

Professor Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Düsseldorf\*

## Geistiges Eigentum, essential facilities und „Innovationsmissbrauch“

Überlegungen zum Microsoft-Fall im Lichte der EuGH-Entscheidung IMS Health GmbH

Kann die Berufung auf geistige Eigentumsrechte einen kartellrechtlich verbotenen Missbrauch von Marktmacht begründen? Sind durch geistige Eigentumsrechte geschützte Standards (z. B. das Windows-Betriebssystem) vielleicht sogar sog. „essential facilities“ (wesentliche Einrichtungen) im Sinne des Kartellrechts, zu denen der Inhaber seinen Wettbewerbern Zugang gewähren muss? Kann die Weiterentwicklung eines solchen Standards einen Fall kartellrechtswidrigen „Innovationsmissbrauchs“ darstellen, wenn der Inhaber nicht bereit ist, seine Innovationsleistung sogleich mit seinen Wettbewerbern zu teilen? Oder setzt sich in all diesen Fällen letztlich doch der Schutz der Innovation und des geistigen Eigentums gegenüber dem Schutz des Produktwettbewerbs durch? Das Verhältnis des geistigen Eigentums zum Kartellrecht beschäftigt seit geraumer Zeit Kartellbehörden und Gerichte diesseits wie jenseits des Atlantik. Der EuGH hat dazu 1995 in seiner Aufsehen erregenden Magill-Entscheidung Stellung bezogen. Er hat diese Rechtsprechung jüngst in der Entscheidung IMS Health GmbH vom 29. 4. 2004 präzisiert. Die hohe praktische und ökonomische Relevanz dieser Fragen manifestiert sich in der Microsoft-Entscheidung der Europäischen Kommission vom 24. 3. 2004, in welcher diese Microsoft auch unter Berufung auf die Magill-Rechtsprechung zur umfassenden Offenlegung von Windows-Schnittstelleninformationen verpflichtete. Der folgende Beitrag spürt am Beispiel dieser Entscheidungen den eingangs aufgeworfenen Fragestellungen nach.

### I. Problemstellung

#### 1. Immaterialgüterrecht vs. Kartellrecht?

Die überwiegend im nationalen Recht verorteten Immaterialgüterrechte, d. h. das Urheberrecht und die gewerblichen Schutzrechte (Marken-, Muster- und Patentrechte) verleihen geistigen Leistungen oft überhaupt erst einen kommerziellen Wert, indem sie das „geistige Eigentum“ daran in bestimmtem Umfang und für bestimmte Zeit exklusiv seinem Schöpfer zuweisen. Wie ein Sacheigentümer nach § 903 BGB ist auch der Schutzrechtsinhaber grundsätzlich berechtigt, mit seinem geistigen Eigentum nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf auszuschlie-

ßen<sup>1</sup>. Diese rechtlich geschützte Ausschließlichkeit macht es für den Innovator lohnend, Kosten und Risiken der Schöpfung und Produktinnovation auf sich zu nehmen, weil er darauf vertrauen kann, die Früchte seiner Arbeit für eine gewisse Zeit allein ernten zu dürfen. Umgekehrt fördert sie aber auch die Innovationsbereitschaft der Wettbewerber, gerade weil diese nicht darauf vertrauen können, sich einfach die geistigen Leistungen anderer aneignen zu dürfen. Das Immaterialgüterrecht kann insoweit in doppelter Hinsicht als „Voraussetzung und Motor des Innovationswettbewerbs“ bezeichnet werden.

Das Gemeinschaftskartellrecht ist auf der anderen Seite bestrebt, durch das Verbot bestimmter handels- oder wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen zwischenstaatlichen Handel und freien, unverfälschten Wettbewerb zu schützen und zu erhalten<sup>2</sup>. Der Wettbewerb sichert seinerseits die individuelle Freiheit und zwingt die Unternehmen aufgrund seiner Selektions- und Entmachtungsfunktion zu ständiger Effizienzsteigerung und Innovation.

Obwohl Immaterialgüterrecht und Kartellrecht also im Grundsatz die Zielsetzung der Förderung von Innovation und Konsumentenwohlfahrt gemein ist, gibt es aus der Perspektive des Kartellrechts auch eine „wettbewerbliche Schattenseite“ des Immaterialgüterrechts: Die für das Immaterialgüterrecht kennzeichnende Ausschließlichkeit geistiger Eigentumsrechte gibt ihrem Inhaber nämlich eine – wenn auch zeitlich und räumlich begrenzte – Rechtsmacht, die zwar nicht notwendig<sup>3</sup>, aber doch häufig auch zu Marktmacht führt. Dies kann jedenfalls dann zu Konflikten mit den Regelungsanliegen des Kartellrechts führen, wenn der Schutzrechtsinhaber seine geistigen Eigentumsrechte missbraucht und zur Grundlage handels- oder wettbewerbsbeschränkender Praktiken macht, um die aus ihnen resultierende Macht auf andere, „freie“ Bereiche auszudehnen, beispielsweise zur Marktabschottung innerhalb des Europä-

\* Der Autor ist Universitätsprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. etwa *Hubmann/Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl. 1998, S. 49 ff. und 62 ff.; nach Art. 30, 295 EG liegt die Rechtssetzungskompetenz im Verhältnis zwischen EG und Mitgliedstaaten grundsätzlich bei Letzteren, vgl. Überblick bei *Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 316 ff. Rdnr. 745 ff.

2 Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g, 81 ff. EG.

3 Die geschützten Produkte (z. B. ein Markenmedikament) können durchaus in lebhafter Konkurrenz mit einer Vielzahl anderer Produkte (andere Markenwaren, Generika etc.) stehen.

ischen Binnenmarktes, zur Durchsetzung einer Koppelungs- oder Preismisbrauchsstrategie<sup>4</sup> oder im Dienste einer diskriminierenden Lizenzierungs- oder Belieferungspraxis<sup>5</sup>. Ist ein marktbeherrschendes Unternehmen zugleich Inhaber eines durch Immaterialgüterrechte geschützten Standards, so reicht unter Umständen bereits die bloße Verweigerung der Preisgabe oder Lizenzierung geschützter Informationen aus, um den Produktwettbewerb und vielleicht auch den Innovationswettbewerb zu beeinträchtigen<sup>6</sup>.

## 2. Innovationswettbewerb vs. Produktwettbewerb?

Wie schwierig die Grenzziehung in einem solchen Fall sein kann, wird durch den grundlegenden US-amerikanischen Fall *Berkey Photo* aus dem Jahre 1979 illustriert: Das marktbeherrschende Unternehmen Eastman Kodak hatte neuartige Pocket-Kameras samt zugehörigen Filmen entwickelt und es (abweichend von seiner früheren Praxis) unterlassen, die Wettbewerber auf dem Markt für die Filmentwicklung vorab über das neue Filmformat und die zu seiner Entwicklung notwendigen Daten zu informieren. Der Konkurrent *Berkey Photo* hatte mehrere Monate gebraucht, um ein eigenes Verfahren zur Verarbeitung dieser neuen Filme zu entwickeln. In der Zwischenzeit hatte *Berkey Photo* Umsatz und Marktanteile an Kodak verloren. Der zuständige District Court sah im Verhalten Kodaks gleichsam einen „Innovationsmissbrauch“ und verurteilte das Unternehmen wegen Verstoßes gegen das Monopolisierungsverbot der Sec. 2 Sherman Act nicht nur zur Zahlung von 87 Mio. \$ Schadensersatz, sondern auch und vor allem dazu, die Wettbewerber in Zukunft vorab über neue Filmformate zu informieren. Die Berufungsinstanz hob diese Entscheidung jedoch in allen Punkten auf: Der Court of Appeals betonte, dass selbst ein Monopolist das Recht habe, seine Innovationen vor den Wettbewerbern geheim zu halten, und diese dadurch zu zwingen, aus eigener Kraft den innovationsbedingten Vorsprung aufzuholen. Eine Verpflichtung, einen unter Kosten und Risiken erlangten Innovationsvorsprung sogleich mit den Wettbewerbern zu teilen, bedrohe den Innovationswettbewerb und damit eine wichtige Triebfeder der wettbewerbsverfassten Wirtschaftsordnung<sup>7</sup>.

Im Gegensatz dazu musste sich der Computerhersteller IBM im Jahre 1984 auf Druck der Europäischen Kommission u. a. dazu bereit erklären, alle auf dem europäischen Markt tätigen Anbieter von IBM-kompatiblen Computerbauteilen gegen eine angemessene Lizenzgebühr vorab über bevorstehende Änderungen seiner Schnittstellenstandards zu informieren<sup>8</sup>. Die Kommission räumte damit letztlich dem Schutz des Produktwettbewerbs Vorrang vor dem Schutz des geistigen Eigentums und der Innovationsleistung der IBM ein.

## II. Der Microsoft-Fall

### 1. Überblick über das Microsoft-Verfahren der Europäischen Kommission

Das in den Fällen *Berkey Photo* und IBM bestehende Spannungsverhältnis prägt auch den Microsoft-Fall: Ausgangspunkt des im Jahre 2000 eröffneten Microsoft-Verfahrens der Europäischen Kommission<sup>9</sup> war eine Beschwerde des Konkurrenten Sun Microsystems, der Microsoft vorgeworfen hatte, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme zu missbrauchen, indem es seinen Wettbewerbern Schnittstelleninformationen vorenthalte, die für den Datenaustausch zwischen Windows-PCs und Servern

mit fremder Software – für die sog. „Interoperabilität“ – unverzichtbar seien<sup>10</sup>. Diese Schnittstelleninformationen sind u. a. für die Kommunikation mehrerer PCs untereinander, für die gemeinsame Nutzung von Dateien, Druckern, Festplatten oder Internetverbindungen sowie für die Nutzerverwaltung erforderlich. Microsoft hatte diese Informationen, solange es selbst nur einen relativ bescheidenden Anteil am Markt für Serverprogramme hatte und technologisch im Rückstand war (d. h. bis zur Generation Windows NT), bereitwillig mit seinen Wettbewerbern ausgetauscht. Seit dem Wechsel zur Generation Windows 2000 hatte es sich jedoch geweigert, den Wettbewerbern die für die uneingeschränkte Nutzung der neuen, innovativen Funktionen dieser Betriebssystemgeneration (etwa des „Active Directory“ und des „Kerberos-Sicherheitsprotokolls“<sup>11</sup>) erforderlichen Schnittstelleninformationen preiszugeben und dadurch die „volle Interoperabilität“ mit den Server-Programmen anderer Hersteller zu ermöglichen. Ein Jahr später kam der Vorwurf hinzu, Microsoft habe das Windows Betriebssystem kartellrechtswidrig mit dem Programm „Windows Media Player“ gekoppelt<sup>12</sup>.

Nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen mit Microsoft erließ die Europäische Kommission am 24. 3. 2004 eine kartellrechtliche Missbrauchsverfügung auf der Grundlage des Art. 82 EG. Darin verhängte sie ein Rekordbußgeld in Höhe von rund 497,2 Mio. Euro gegen Microsoft und gab dem Softwaregiganten auf,

- binnen 90 Tagen neben der Komplettversion von Microsoft Windows XP mit dem Windows Media Player eine davon entkoppelte Betriebssystem-Variante anzubieten („Entkoppelungsverfügung“) sowie
- binnen 120 Tagen durch Preisgabe aller erforderlichen Schnittstelleninformationen die volle Interoperabilität der Microsoft Betriebssystem-Software mit den Serverprogrammen anderer Hersteller zu ermöglichen („Interoperabilitätsverfügung“)<sup>13</sup>.

Die nachfolgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die „Interoperabilitätsverfügung“<sup>14</sup>. Hierzu ist bemerkenswert,

- 4 Vgl. etwa EuGH, 13. 7. 1989 – Rs. 395/87, Slg. 1989, 2521 Rdnr. 14 – *Tournier*.
- 5 Weitere Beispiele bei *Ullrich*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-WbR (2001), GRUR, S. 1256 ff.
- 6 Dazu unten III.2. Im Verhältnis zu Mitgliedstaaten finden die Schutzrechtsregelungen Grenzen in den aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Grundsätzen der Schutzbeschränkung auf die Wahrung des „spezifischen Gegenstandes“ der Schutzrechte und der „gemeinschaftsweiten Erschöpfung“, dazu eingehend *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 692 ff.
- 7 Vgl. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 281 (2d. Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980); weitere Bsp. bei *Fleischer*, Behinderungsmißbrauch durch Produktinnovation, 1997, S. 26 ff.
- 8 Vgl. 14. Wettbewerbsbericht 1984 Nr. 94 – IBM. In den USA waren entsprechende Klagen gegen IBM durchweg gescheitert, vgl. *Fleischer* (Fn. 7), S. 22 ff.
- 9 Zum US-amerikanischen Verfahren gegen Microsoft siehe *Körber*, RIW 2004, 568, 569 f. m. w. N.
- 10 Zur Vorgeschichte vgl. die Microsoft-Entscheidung der Kommission vom 24. 3. 2004 (im Folgenden „Microsoft-Entscheidung“) Rdnr. 3 ff.; zum Begriff der „Interoperabilität“ siehe ebenda Rdnr. 30 ff., 144 ff. und S. 298. Der Volltext der Entscheidung ist in der verbindlichen englischen Fassung abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.
- 11 Vgl. dazu Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 149 ff. (Technik) und 613 ff. (Bedeutung).
- 12 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 60 ff. (Digitale Medien), Rdnr. 107 ff. (Digitale Medien-Industrie) und Rdnr. 402 ff. (Abgrenzung eines Marktes für Streaming Media Player).
- 13 Ausführlicher Entscheidungstenor siehe Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), S. 298 ff.
- 14 Die „Entkoppelungsverfügung“ wurde bereits an anderer Stelle kritisch und rechtsvergleichend gewürdigt, vgl. *Körber*, RIW 2004, 568 ff., insb.

dass der Wettbewerber Sun Microsystems sich kurz nach Verkündung der Entscheidung der Europäischen Kommission mit Microsoft geeinigt und in den USA eine weitgehend gleichgerichtete Privatklage gegen Microsoft zurückgenommen hat<sup>15</sup>. Dieser Vergleich macht die Microsoft-Entscheidung der Kommission nicht hinfällig, doch wird ihm von Praktikern ein Vorbildcharakter für eine mögliche Einigung Microsofts mit der Kommission vor dem EuGH beigemessen<sup>16</sup>. Unabhängig davon hat der EuGH gut vier Wochen nach Verkündung der Microsoft-Entscheidung im Urteil IMS Health GmbH seine sehr restriktive, bereits die Bronner-Entscheidung prägende Linie zur Anwendung der „Essential-Facilities-Doktrin“<sup>17</sup> fortgesetzt und auf einen Fall übertragen, dem die Frage des Machtmissbrauchs durch Verweigerung des Zugangs zu einem urheberrechtlich geschützten Standard zugrunde lag<sup>18</sup>. Durch diese Entscheidung ermutigt, hat Microsoft am 7. 6. 2004 beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Kommission erhoben und am 25. 6. 2004 zusätzlich die Aussetzung ihres Vollzugs bis zur Entscheidung in der Hauptsache beantragt<sup>19</sup>. In Ermangelung einer aufschiebenden Wirkung seiner Rechtsmittel hat Microsoft das Bußgeld zunächst fristgerecht unter Vorbehalt gezahlt<sup>20</sup>. Den Vollzug der beiden Missbrauchsverfügungen hat die Kommission dagegen bis zur Entscheidung des EuG über den einstweiligen Rechtsschutz freiwillig ausgesetzt<sup>21</sup>. Mit einer Entscheidung in der Hauptsache wird, falls das Verfahren nicht vorher durch einen Vergleich beendet wird, erst in mehreren Jahren gerechnet<sup>22</sup>.

## 2. Die Interoperabilitätsverfügung

### a) Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der „Interoperabilitätsverfügung“ war das kartellrechtliche Machtmissbrauchsverbot des Art. 82 EG in Verbindung mit der KartellVO 17/62. Nach Art. 82 Abs. 1 EG ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Nach dem Regelbeispiel des Art. 82 Abs. 2 lit. b EG kann ein solcher Missbrauch insbesondere auch „in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ bestehen. Ein auf der Grundlage dieser Normen verfügtes Gebot zur Preisgabe bzw. Lizenzierung der Schnittstelleninformationen setzt danach jedenfalls voraus, dass Microsoft Inhaber einer marktbeherrschenden Stellung und damit Verbotsadressat des Art. 82 EG war und dass es diese Macht in wettbewerbswidriger Weise missbraucht hat.

### b) Begründung der Kommission

Die Kommission grenzt in ihrer Entscheidung dementsprechend zunächst sorgfältig die relevanten Märkte ab<sup>23</sup> und stellt sodann eine marktbeherrschende Stellung Microsofts sowohl auf dem Markt für PC-Betriebssysteme<sup>24</sup> als auch auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme fest<sup>25</sup>. Ihre Argumentation erscheint insoweit überzeugend.

Als deutlich schwieriger erweist sich die Feststellung eines Machtmissbrauchs. Insoweit ist bemerkenswert, dass Art. 82 des EG-Vertrages weder legal erworbener Macht als solcher noch der Nutzung des aus dieser Machtstellung oder aus marktstrukturellen Besonderheiten der Betriebssystemmärkte<sup>26</sup> resultierenden, besonderen Verhaltensspielraums entgegensteht. Art. 82 EG verbietet lediglich den Miss-

brauch dieses besonderen Verhaltensspielraums. Die Kommission leitet einen durch Art. 82 Abs. 2 lit. b EG verbotenen Machtmissbrauch Microsofts aus seiner Weigerung ab, Sun Microsystems und anderen Konkurrenten (ggf. gegen Lizenzgebühr) die Schnittstelleninformationen zu liefern, die diese zur Herstellung „voller Interoperabilität“ ihrer Serverprogramme mit Windows-PCs benötigen. Sie ist der Auffassung, dass die Lizenzierungsverweigerung Teil einer Strategie Microsofts zur Verdrängung der Wettbewerber von den Märkten für Serverprogramme sei<sup>27</sup>. Diese Strategie werde auch darin deutlich, dass Microsoft früher entsprechende Informationen bereitwillig an seine Wettbewerber preisgegeben, diese „Versorgung“ aber nach Erreichung seiner dominanten Stellung auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme eingestellt habe<sup>28</sup>. In Zusammenschau mit der außergewöhnlichen Marktmacht Microsofts auf dem Markt für PC-Betriebssysteme (Client-Betriebssysteme) und mit der Bedeutung, die der reibungslose Datenaustausch in Server-Netzwerken (d.h. die volle Interoperabilität) für die Nutzer habe, erweise sich die von der Kommission erzwungene Lizenzierung als „unerlässlich“ für die Teilnahme am Wettbewerb auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme<sup>29</sup>. Dieser Befund wer-

S. 571 ff.; die Entscheidung insoweit (noch vor Veröffentlichung des vollen Textes) begrüßend *Dolmans/Graf*, *World Competition* 27/2004, S. 225 ff.

- 15 Vgl. F.A.Z. v. 3. 4. 2004, 5 („Sun Microsystems macht reinen Tisch mit Microsoft“).
- 16 Vgl. *Netzzeitung* v. 6. 4. 2004, <http://www.netzeitung.de/servlets/page?section=784&item=280655> („Monti Microsoft-Entscheidung wankt“); s. a. F.A.Z. v. 28. 9. 2004, 15 („Microsoft und EU zu Gesprächen bereit“).
- 17 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner.
- 18 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 – IMS Health GmbH = EWS 2004, 310 m. Anm. v. *Wesler*.
- 19 EuG, Rs. T-201/04R, Microsoft/Kommission. Das EuG hat am 26. 7. 2004 eine Teilentscheidung über die Verfahrensbeteiligung anderer Unternehmen getroffen, vgl. EuGH-Webpage.
- 20 Vgl. Heise Newsticker v. 1. 7. 2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48791> („Microsoft bezahlt Brüsseler Rekordbußgeld“); F.A.Z. v. 3. 7. 2004, 16 („Microsoft zahlt Bußgeld“).
- 21 Vgl. Heise Newsticker v. 27. 6. 2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48643> („EU-Kommission setzt Forderungen an Microsoft aus“); F.A.Z. v. 28. 6. 2004, 11 („Auflagen gegen Microsoft ausgesetzt“).
- 22 Vgl. F.A.Z. v. 29. 6. 2004, 17 („Microsoft gewinnt Zeit“). Wahrscheinlicher ist, dass sich Microsoft und die Kommission vor dem EuG oder dem EuGH letztlich doch vergleichen; zu Signalen in diese Richtung siehe F.A.Z. v. 28. 9. 2004, 15 („Microsoft und EU zu Gesprächen bereit“).
- 23 Vgl. dazu Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 321 ff. Die Kommission differenziert nicht nur zwischen einem Markt für Client-Betriebssysteme und einem Markt für Server-Betriebssysteme, sondern ermittelt einen separaten Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme und konzentriert sich auf diesen. Zur Marktabgrenzung und zu technischen Details jetzt auch *Fichert/Sohns*, WuW 2004, 907, 908 ff.
- 24 Zu Besonderheiten dieses stark von Netzwerkeffekten geprägten Marktes der New Economy, auf dem Microsoft zuletzt über einen Marktanteil von 93,8% verfügte, siehe bereits eingehend *Körper*, RIW 2004, 568, 572; s. a. monographisch *Pohlmeier*, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, 2004.
- 25 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 473 ff., insb. Rdnr. 499, 514. Die Kommission begründet diese Annahme mit einem Marktanteil Microsofts von (je nach Markt und Berechnungsmethode) mindestens 60% und mit den engen Verbindungen dieser Märkte zum PC-Betriebssystemmarkt (dazu eingehend Microsoft-Entscheidung, Rdnr. 526 ff.).
- 26 Insoweit sind insbesondere die Tendenz des Betriebssystemmarktes zur Standardisierung und der daraus folgende „Wettbewerb um den Markt“, seine durch hohe Entwicklungskosten und geringe Vervielfältigungskosten geprägte Kostenstruktur sowie direkte wie indirekte Netzwerkeffekte zu nennen, dazu bereits eingehend *Körper*, RIW 2004, 568, 572 ff.; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 ff.
- 27 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 573 ff.
- 28 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 578 ff.
- 29 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 585 ff. unter Bezugnahme auf die Bronner-Entscheidung des EuGH.

de durch die Entwicklung der Marktanteile<sup>30</sup>, durch die Hervorhebung der Interoperabilität in der eigenen Werbung Microsofts<sup>31</sup> und durch Kundenumfragen untermauert<sup>32</sup>.

Hinreichende Alternativen zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen bestehen nach Auffassung der Kommission nicht: Zwar hatte Microsoft schon früher Schnittstelleninformationen (insbesondere des älteren Windows NT Systems) an seine Wettbewerber preisgegeben bzw. lizenziert und auf diese Weise eine fortwährende Rückwärtskompatibilität und Interoperabilität nicht nur mit älteren Windows-Systemen, sondern auch mit Fremdsystemen ermöglicht<sup>33</sup>. Doch reicht dies der Kommission ebenso wenig aus wie die Möglichkeit, offene Industriestandards für die Kommunikation zwischen Client und Server zu nutzen, weil diese Standards es den Wettbewerbern nicht ermöglichten, „den gleichen Grad an Interoperabilität zu erreichen“ wie innerhalb reiner Windows-Netzwerke<sup>34</sup>. Dass sich Microsoft in den USA auf Druck der dortigen Kartellbehörden „freiwillig“ bereit gefunden hat, im Rahmen des sog. „Communications Protocols Licensing Program“ die für die „Client-to-Server“-Interoperabilität erforderlichen Protokolle auch der neuen Betriebssysteme an die Wettbewerber zu lizenzieren<sup>35</sup>, genügt der Kommission ebenfalls nicht; sie verlangt zusätzlich eine Offenlegung derjenigen „Server-to-Server“-Protokolle, die mittelbar die „Client-to-Server“-Kommunikation beeinflussen können<sup>36</sup>. Schließlich scheidet nach ihrer Auffassung auch eine „Selbsthilfe“ der Wettbewerber aus: Die Herstellung der Interoperabilität durch auf den Client-PCs installierte Hilfsprogramme oder Middleware, welche die Windows-Schnittstellenprotokolle substituieren könnten, sei nicht nur zeit- und kostenaufwendig, sondern begründe auch die Gefahr zumindest zeitweiliger Inkompatibilitäten und Funktionsstörungen<sup>37</sup>. Ähnlich unzureichend und kaum realisierbar sei schließlich auch die Möglichkeit der Selbstermittlung der nötigen Schnittstelleninformationen im Wege des sog. „reverse engineering“<sup>38</sup>.

Die Einwände Microsofts, eine Pflicht zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen negiere den Schutz seiner geistigen Eigentumsrechte, sie eliminiere dadurch den Anreiz, künftig in die innovative Entwicklung geistiger Eigentumsrechte zu investieren und erleichtere es den Wettbewerbern Microsoft-Programme zu „klonen“, lässt die Kommission nicht gelten: Der Schutz geistiger Eigentumsrechte diene letztlich der Stimulierung von Kreativität zum Nutzen der Allgemeinheit. Stelle sich die Berufung auf solche Rechte aufgrund „außergewöhnlicher Umstände“ ausnahmsweise als Machtmissbrauch dar, so stehe sie im Widerspruch zum Allgemeininteresse und scheidet daher für sich genommen als Rechtfertigungsgrund aus<sup>39</sup>. Die Befürchtung des Klonens der Microsoft-Programme durch die Wettbewerber sei ebenfalls unbegründet, weil Microsoft nicht den Windows Quellcode offenlegen müsse<sup>40</sup>. Und Gleiches gelte schließlich auch für den Vorwurf, die Kommissionsverfügung gehe über die Anforderungen der Software-Richtlinie 91/250/EWG hinaus<sup>41</sup>.

Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, die Lizenzierungsverweigerung Microsofts begründe die Gefahr, dass der Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt für Serverprogramme eliminiert und dadurch verhindert werde, dass die Wettbewerber den Verbrauchern die fortschrittlichen Eigenschaften ihrer Serverprogramme zugänglich machen könnten. Microsoft schränke dadurch die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher ein. Dieses Verhal-

ten erfülle das Regelbeispiel des Art. 82 Abs. 2 lit. b EG<sup>42</sup>. Die Kommission hält Microsoft zur Abstellung dieses Missbrauchs für verpflichtet, alle für die „volle Interoperabilität“ erforderlichen Informationen an die Wettbewerber preiszugeben, und sie über künftige Standardwechsel „rechtzeitig“ (konkret: sobald die Neuerungen in die Beta-Test-Phase treten) zu informieren<sup>43</sup>.

### III. Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung

Dreh- und Angelpunkt der Interoperabilitätsverfügung ist die Frage, ob wirklich „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, aufgrund derer das Gemeinschaftskartellrecht ausnahmsweise den Innovationsschutz und sogar Urheberrechte Microsofts an den Schnittstelleninformationen<sup>44</sup> „brechen“ und eine Pflicht zur Zwangslizenzierung begründen kann. Die Kommission sieht den Microsoft-Fall insoweit auf einer Linie nicht nur mit dem IBM-Verfahren von 1984, sondern mit den EuGH-Entscheidungen Commercial Solvents<sup>45</sup> und Télémarketing<sup>46</sup> zur kartellrechtlich verbotenen Geschäftsverweigerung und insbesondere mit der Entscheidung Magill, die als europäische Leitentscheidung sowohl zur Essen-

30 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 590 ff. Der Marktanteil Microsofts bei Server-Betriebssystemen hatte sich in nur sechs Jahren zwischen 1996 und 2002 mehr als verdoppelt.

31 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 638 ff.

32 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 642 ff.

33 Zu diesem Aspekt vgl. dazu Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 168 ff. sowie Rdnr. 208 ff.

34 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 669 ff.

35 Vgl. <http://members.microsoft.com/consent/info/default.aspx>; Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 273 ff.

36 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 688 ff. Sie bezieht den Begriff „interoperability information“ im Entscheidungstext sogar primär auf diese Protokolle, a. a. O. S. 298 Art. 1 Nr. 1.

37 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 671 ff.

38 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 292 ff. und 683 ff.; unter „reverse engineering“ versteht man die Rückübersetzung (Dekompilierung) des binären Programmcodes in eine für Menschen verständliche Form. Vgl. dazu auch Art. 6 der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG (Recht der Lizenznehmer zur Dekompilierung zwecks Herstellung der Interoperabilität).

39 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 711 f. und 783.

40 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 713 ff.

41 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 743 ff. Zu Letzterem vgl. Erwägungsgrund 27 zu dieser Richtlinie (keine Präjudizierung der Anwendung der Wettbewerbsregeln).

42 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 693 ff.

43 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 1002 ff. Eine Offenlegung des geheimen Windows-Quellcodes fordert die Kommission ausdrücklich nicht, vgl. Microsoft-Entscheidung, Rdnr. 568 ff. und 1004.

44 Nach Art. 1 Abs. 2 der Computerprogramm-Richtlinie 91/250/EWG (§ 69 a Abs. 2 UrhG) sind die Computerprogrammen im Allgemeinen und Schnittstellen im Besonderen zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze (also Algorithmen) nicht schutzfähig. Daraus lässt sich im Umkehrschluss entnehmen, dass die Schnittstellen ebenso wie Computerprogramme im Übrigen schutzfähig sind. Gleiches lässt sich auch dem in Art. 6 der RL (§ 69 e UrhG) normierten Recht der Lizenznehmer (nicht etwa von jedermann) entnehmen, die zur Herstellung der Interoperabilität nötigen Informationen notfalls durch Dekompilierung zu ermitteln. Die Kommission hat in der Microsoft-Entscheidung die Frage nach dem Urheberrechtsschutz nicht abschließend geklärt, weil sie ihre Verfügung selbst bei Bestehen eines solchen Schutzes für berechtigt hält. Da deshalb die für eine abschließende Beurteilung dieser Frage erforderlichen Fakten nicht vorliegen, soll im Folgenden unterstellt werden, dass ein solcher Schutz besteht. Umgekehrt würde sein Fehlen zwar die Position Microsofts schwächen, doch bliebe der Konflikt zwischen Innovations(wettbewerbs)schutz und Schutz des Produktwettbewerbs auch in diesem Falle (dann als „rein innerkartellrechtliches“ Problem) grundsätzlich der gleiche.

45 Vgl. EuGH, 6. 3. 1974 – verb. Rs. 6 und 7-73, Slg. 1974, 223 – Commercial Solvents.

46 Vgl. EuGH, 3. 11. 1985 – Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 – Télémarketing (auch: CBEM).

Essential-Facilities-Doktrin als auch zum Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht gilt<sup>47</sup>. Der EuGH hat die Magill-Rechtsprechung nur gut vier Wochen nach Verkündung der Microsoft-Entscheidung im Urteil IMS Health GmbH präzisiert<sup>48</sup>. Der Umstand, dass sowohl Microsoft<sup>49</sup> als auch die Kommission<sup>50</sup> sich der Presse gegenüber durch dieses Urteil bestätigt sehen, lässt es lohnend erscheinen, diese Rechtsprechungslinie genauer zu betrachten und auf ihrer Grundlage den Microsoft-Fall noch einmal aufzurollen.

### 1. Missbräuchliche Geschäftsverweigerung durch marktbeherrschende Unternehmen

In einem durch offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb geprägten Binnenmarkt ist es grundsätzlich Sache der Unternehmen, ihre Handelspartner selbst auszuwählen. Trotzdem hat der EuGH schon vor dreißig Jahren in der Entscheidung Commercial Solvents betont, dass es Situationen geben könne, in denen eine Geschäftsverweigerung durch ein marktbeherrschendes, vertikal integriertes Unternehmen ausnahmsweise einen Missbrauchsvorwurf begründen könne. Ein Unternehmen, das auf dem Markt für bestimmte Rohstoffe marktbeherrschend war, hatte einem langjährigen Kunden die Weiterbelieferung verweigert, nachdem es sich entschlossen hatte, die von diesem erzeugten Derivate selbst herzustellen. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen Art. 82 EG, wenn die Lieferverweigerung die Gefahr begründe, „jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten“<sup>51</sup>. In der Entscheidung Télémaking machte der Gerichtshof elf Jahre später deutlich, dass nichts anderes für die Geschäftsverweigerung durch ein marktbeherrschendes Dienstleistungsunternehmen gelte<sup>52</sup>.

### 2. Exkurs: Die Essential-Facilities-Doktrin

Von diesen Fällen der Geschäftsverweigerung ist es kein allzu großer Schritt zur Übertragung der US-amerikanischen Essential-Facilities-Doktrin auf das europäische Recht<sup>53</sup>. Unter einer essential facility versteht man eine wesentliche Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung die Wettbewerber nicht am Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt teilnehmen können und die sie auch nicht mit zumutbaren Mitteln duplizieren können<sup>54</sup>. Klassisches Beispiel für eine essential facility ist die einzige Brücke über einen Fluss, der nur an dieser Stelle überquert werden kann und über die man daher gehen muss, um am Wettbewerb auf einem Markt am anderen Flussufer teilnehmen zu können. Klassischer Fall ist die US Supreme Court-Entscheidung United States v. Terminal Railroad Association, in der es um die Nutzung eines Eisenbahnnetzes ging<sup>55</sup>. Wird eine solche Einrichtung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kontrolliert, so kann nach der Essential-Facilities-Doktrin bereits die bloße Zugangsverweigerung als solche einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch begründen. Für das deutsche Recht ist dies seit der 6. GWB-Novelle in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB gesetzlich anerkannt<sup>56</sup>. Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftskartellrechts hat die Kommission in ihren Seehafen-Entscheidungen aus dem Jahre 1990 erstmals Sonderregeln für die Zugangsverweigerung zu „wesentlichen Einrichtungen“ entwickelt<sup>57</sup>.

Könnte man diesen Ansatz auf immaterialgüterrechtlich geschützte Schnittstellenprotokolle oder Standards wie das Windows-Betriebssystem übertragen<sup>58</sup>, so würde dies den potenziellen Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht auf eine ganz neue Ebene heben: Während

nämlich die traditionelle EuGH-Rechtsprechung das Immaterialgüterrecht in seinem Bestand unangetastet ließ und lediglich seiner exzessiven Ausübung und Ausdehnung in den „freien Bereich“ (etwa zu Marktabschottung, Preismissbrauch oder Diskriminierung) entgegentrat<sup>59</sup>, würde eine auf der Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin angeordnete Zwangslizenzierung die Ausschließlichkeit des geistigen Eigentums relativieren und damit in den Kernbestand des Immaterialgüterrechts eingreifen, vielleicht sogar einen immaterialgüterrechtlichen Schutz von Schnittstellenstandards an sich infrage stellen<sup>60</sup>. In der Literatur ist daher die Auffassung verbreitet, die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin sei mit dem Immaterialgüterrecht wesensgemäß unvereinbar<sup>61</sup>.

Auch das US-Antitrustrecht hält sich insoweit zurück:

- Erstens räumt es (wie die Entscheidung Berkey Photo zeigt) Innovation und langfristigem Innovationswettbewerb grundsätzlich Vorrang vor den kurzfristigen Wettbewerbsinteressen der Konkurrenten ein. Dass die Wettbewerber durch die Zugangsverweigerung wirtschaftliche Nachteile erleiden, begründet für sich genommen noch keinen Missbrauchsvorwurf. Erforderlich ist, dass der Wettbewerb als solcher auf dem Spiel steht.
- Zweitens fasst die US-amerikanische Praxis den Anwendungsbereich der Essential-Facilities-Doktrin zunehmend enger<sup>62</sup>; dies gilt insbesondere dann, wenn der Inhaber ei-

47 Vgl. EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 Rdnr. 50 – Magill (auch: RTE und ITP); Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 546 ff.

48 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620 – IMS Health GmbH.

49 Vgl. Scheerer, Handelsblatt v. 30. 4. 2004 („Microsoft will Monti vor Gericht stoppen“).

50 Vgl. Bonner, <http://www.pcwelt.de/news/vermischtes/39699> („Brüssel sieht Microsoft-Strafe nicht durch Urteil gefährdet“).

51 EuGH, 6. 3. 1974 – verb. Rs. 6 und 7/73, Slg. 1974, 223 Rdnr. 25 – Commercial Solvents.

52 Vgl. EuGH, 3. 11. 1985 – Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 Rdnr. 26 – Télémaking. In diesem Fall lag der potenzielle Machtmissbrauch in der Weigerung eines marktbeherrschenden TV-Senders, auch in Zukunft Teleshopping-Sendungen freier Anbieter auszustrahlen, um auf diese Weise die Nutzung der sendereigenen Telefonzentrale für Teleshopping-Dienstleistungen zu erzwingen.

53 Zum US-Recht siehe insbesondere Areeda, 58 Antitrust Law Journal 841 (1990); Lipsky/Sidak, 51 Stan. Rev. 1187 (1999).

54 Vgl. monographisch Beckmerhagen, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, 2002; s. a. Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, 2004, S. 181 ff.; Ehle, EuZW 1999, 89, 90.

55 United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912). Der praktische Anwendungsschwerpunkt der Essential-Facilities-Doktrin liegt nach wie vor bei der Frage des Zugangs zu solchen Netzen (heute insbesondere auch zum Telefonnetz, Stromnetz, Kabelnetz usw.).

56 Allerdings wird der Missbrauch gewerblicher Schutzrechte nicht von dieser Regelung, sondern allenfalls von § 19 Abs. 1 GWB erfasst, vgl. Ausschussbericht, BT-Drucks. 13/10633, S. 72; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, S. 202.

57 Vgl. Kommission, EG-Bulletin Nr. 6, 1992, Tz. 13.30 = 22. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Tz. 219 – Sealink I; ABIEG 1994 Nr. L 15, S. 8 – Sealink II; ABIEG 1994 Nr. L 55, S. 52 – Hafen von Rodby.

58 Zur nicht abschließend geklärten Frage des Urheberrechtsschutzes, der im Folgenden unterstellt wird, siehe bereits eingehend oben in Fn. 44.

59 Grundlegend EuGH, 13. 7. 1966 – verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 322 – Consten und Grundig.

60 Wielsch, (2004) E.L.R. 95, 104: „[I]f we were truly to permit competition within de facto standards, we would have to deny all forms of IP [intellectual property] protection to the interfaces that allow access to such standards.“

61 Vgl. etwa Lipsky/Sidak, 52 Stan. Law Rev. 1187, 1220 (1999); Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 28 Rdnr. 57.

62 Vgl. Areeda, 58 Antitrust Law Journal 841 (1990), der für das US-Recht drei Entwicklungsphasen der Essential-Facilities-Doktrin ausmacht: Erstens ihre Entstehung unter dem Eindruck eines besonderen Sachver-

ner solchen Einrichtung seine Stellung nicht der Nachwirkung eines staatlichen Monopols oder Privilegs verdankt (wie oft bei Versorgungsnetzen, aber auch bei knappen Rundfunklizenzen), sondern eigener Leistung (wie bei urheberrechtlich geschützten Standards)<sup>63</sup>.

- Drittens ist für das US-Recht keineswegs gesichert, dass überhaupt eine Schnittmenge von Immaterialgüterrecht und Essential-Facilities-Doktrin existiert<sup>64</sup>.

### 3. Volvo

Auch der EuGH hat 1988 in seiner Volvo-Entscheidung einen grundsätzlichen Vorrang des Immaterialgüterrechts anerkannt und die Weigerung Volvos, einem Ersatzteilhersteller eine Lizenz zur Herstellung von geschmacksmusterrechtlich geschützten Pkw-Karosserieteilen zu erteilen, grundsätzlich für berechtigt erachtet. Der EuGH betonte dazu, „daß die Befugnis des Inhabers eines geschützten Musters, Dritte an der Herstellung und dem Verkauf oder der Einfuhr der das Muster verkörpernden Erzeugnisse ... zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts darstellt. Daraus folgt, daß eine dem Inhaber des geschützten Musters auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz ... zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschließlichen Rechts nehmen würde und daß die Weigerung, eine solche Lizenz zu erteilen, als solche keinen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann“<sup>65</sup>.

### 4. Magill

Dann allerdings hat der EuGH 1995 in seiner Magill-Entscheidung stillschweigend den Essential-Facilities-Ansatz aufgegriffen und auf den Schnittbereich von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht übertragen<sup>66</sup>. Dieser Entscheidung lag die Praxis in Irland tätiger Fernsehanstalten zugrunde, die Veröffentlichung von Sendeeintragungen über ihr Programm in einer wöchentlichen Programmzeitschrift, dem „Magill TV Guide“, unter Berufung auf ihr Urheberrecht an diesen Daten zu unterbinden, obwohl sie selbst keine vergleichbaren Programmzeitschriften publizierten. Der EuGH bekräftigte zwar im Grundsatz seine Volvo-Rechtsprechung, doch hielt er „unter außergewöhnlichen Umständen“ eine kartellrechtliche Durchbrechung des Urheberrechts für möglich<sup>67</sup>. Eine solche Ausnahme komme in Betracht, wenn die Lizenzierungsverweigerung

1. das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindere, was einen Missbrauch gemäß Art. 82 Abs. 2 lit. b des Vertrages darstellen könne<sup>68</sup>; wenn sie
2. weder durch die Tätigkeit der Ausstrahlung von Fernsehsendungen noch durch die der Herausgabe von Fernsehzeitschriften *gerechtfertigt* sei; und wenn die Fernsehgesellschaften sich durch dieses Verhalten
3. einen abgeleiteten Markt (den Markt für wöchentliche Programmzeitschriften) durch Verweigerung des Zugangs zu den Programminformationen als „dem unentbehrlichen Ausgangsmaterial“ für solche Zeitschriften vorbehalten und dadurch „jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschließen“<sup>69</sup>.

### 5. Bronner

In der Entscheidung Bronner unterstrich der EuGH drei Jahre später dann aber nachdrücklich, dass die alleinige Nutzung einer Einrichtung (oder eines Rechts) durch den Inhaber die Regel und der Zwang zur Zugangsgewährung (oder

zur Lizenzierung) nur die Ausnahme darstelle. Dem Begehren eines Zeitungsverlags, mithilfe des Art. 82 EG Zugang zum Hauszustellungssystem des marktbeherrschenden Wettbewerbers zu erlangen und diese zu verpflichten, die Tageszeitungen der Konkurrenten mitzuverteilen, hielt der EuGH entgegen: „Selbst wenn diese Rechtsprechung zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts anwendbar wäre, ließe sich aus dem Urteil Magill ... nur dann auf einen Mißbrauch ... schließen, wenn die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung zum einen geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und nicht objektiv zu rechtfertigen wäre, und zum anderen die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich wäre, dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für das Hauszustellungssystem bestünde“<sup>70</sup>. Dafür ließ es der EuGH „mit Sicherheit“ nicht ausreichen, dass de facto nur ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen kontrolliertes Hauszustellungssystem existierte<sup>71</sup>. Im Gegenteil stehe einerseits fest, „daß für Tageszeitungen andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf, bestehen – auch wenn sie für den Vertrieb bestimmter Tageszeitungen weniger günstig sein dürften“<sup>72</sup>, und andererseits seien keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, die Duplizierung des Hauszustellungssystems unmöglich oder zumindest unzumutbar zu machen<sup>73</sup>.

halts, zweitens ihre mehr oder minder mechanische Anwendung auf weitere Fälle, und drittens ihre Reduktion auf einen berechtigten Kern; dazu auch *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 358 ff.

63 Vgl. *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2. Aufl. 2000, S. 113 f.; *Wolf* (Fn. 54), S. 181 ff. und 264 ff.

64 Dagegen etwa *Lipsky/Sidak*, 52 Stanford Law Rev. 1187, 1220 (1999); s. a. *Wolf* (Fn. 54), S. 187 (bisher keine höchstrichterliche US-Entscheidung, in welcher Immaterialgüterrecht und Essential-Facilities-Doktrin zusammengeführt worden wären).

65 EuGH, 5. 10. 1988 – Rs. C-238/87, Slg. 1988, 6211 Rdnr. 8 – Volvo.

66 EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. C-241 und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Leitsatz 2 – Magill. Zur Rezeption des US-Antitrustrechts in das Gemeinschaftskartellrecht eingehend *Fleischer/Körber*, WuW 2001, 6 ff. (speziell zur Essential-Facilities-Doktrin, ebenda S. 10). Dass der EuGH die Essential-Facilities-Doktrin bis auf den heutigen Tag nicht ausdrücklich als solche bezeichnet, sondern sie lediglich als Unterfall der missbräuchlichen Geschäftsverweigerung behandelt, tut dem in der Sache keinen Abbruch. Zur dogmatischen Einordnung der EuGH-Rechtsprechung eingehend *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 353 f.; s. a. *Müller*, EuZW 1998, 232.

67 Dies hat in der Literatur ein erhebliches, überwiegend kritisches Echo sowohl aus der Warte des Kartellrechts als auch aus derjenigen des Urheberrechts hervorgerufen, vgl. nur *Ebenroth/Bohne*, EWS 1995, 397 ff.; *Götting*, JZ 1996, 307 ff.; *Jaestedt*, WuW 1995, 483 f.; *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954 ff.; *Jehoram/Mortelsmann*, GRUR Int. 1997, 11 ff.; *Montag*, EuZW 1997, 71 ff.

68 In Irland gab es damals noch keine wöchentliche Programmzeitschrift mit den Sendedaten aller Sender, sondern nur von den TV-Anstalten jeweils für ihr eigenes Programm herausgegebene Wochenvorschauen und Überblicke über alle Programme in den Tageszeitungen.

69 Vgl. EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. C-241 und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 Leitsatz 2 – Magill (Hervorhebung durch den Verfasser).

70 EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 41 – Bronner.

71 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 42 – Bronner.

72 EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 43 – Bronner.

73 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 44 f. – Bronner. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Duplizierung stellte der EuGH ausdrücklich *nicht* auf die individuellen Verhältnisse einzelner Wettbewerber, sondern darauf ab, „daß es unrentabel wäre, für den Vertrieb von Tageszeitungen mit einer Auflagehöhe, die mit derjenigen der anhand des vorhandenen Systems vertriebenen Tageszeitungen vergleichbar wäre, ein zweites Hauszustellungssystem zu schaffen“, vgl. Rdnr. 46 der Entscheidung.

Die Essential-Facilities-Doktrin kann demnach auch auf europäischer Ebene nicht einfach nach der Formel „marktbeherrschende Stellung + einzigartige Einrichtung = Zugangsgewährungspflicht“ angewendet werden. Die Einrichtung muss zusätzlich geradezu „unentbehrlich“ für den Marktzugang sein. Und das ist sie nur, wenn sie weder dupliziert werden kann, noch (auch weniger günstige) Zugangsalternativen existieren<sup>74</sup>.

Das lässt aufhorchen, denn die Microsoft-Entscheidung der Kommission durchzieht (wie schon das IBM-Verfahren) der Grundgedanke, der marktbeherrschende Inhaber einer wesentlichen Einrichtung sei verpflichtet, seinen Wettbewerbern gleiche Wettbewerbschancen zu ermöglichen. Dieser Widerspruch zur Bronner-Entscheidung ist der Kommission nicht entgangen. Sie hat deshalb in ihrer Microsoft-Entscheidung betont, der EuGH habe in Bronner keine abschließende „Checkliste“ für das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ aufgestellt, sondern Raum für eine flexible Einzelfallbetrachtung gelassen<sup>75</sup>.

Der Gedanke, besondere Regeln für das Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht<sup>76</sup> oder auch für den Betriebssystemmarkt als Teilbereich der sog. „New Economy“ herauszuarbeiten<sup>77</sup>, liegt in der Tat nahe. Die Frage ist allerdings, ob diese Besonderheiten dann nicht eher einen noch strengeren Maßstab gebieten, als ihn der EuGH im Bronner-Fall angelegt hat, denn

1. macht die Ausschließlichkeit gerade den Kern des Urheberrechts aus,
2. hat Microsoft sich diese Ausschließlichkeit durch seine Innovationsleistung selbst verdient<sup>78</sup> und
3. sprechen die besondere Dynamik des Betriebssystemmarktes und seine Tendenz zur Standardisierung ebenfalls für eine zurückhaltende Anwendung des Kartellrechts<sup>79</sup>.

## 6. IMS Health GmbH

An dieser Stelle kommt die aktuelle Entscheidung IMS Health GmbH ins Spiel, der die Frage nach den Voraussetzungen einer auf Art. 82 EG basierenden Zwangslizenz an einem urheberrechtlich geschützten Standard zugrunde lag. Die IMS hatte ein urheberrechtlich geschütztes Darstellungssystem für Marktberichte über den Absatz von Arzneimitteln und Gesundheitserzeugnissen entwickelt. Dieses „1860er Struktur“ genannte System war auf dem betreffenden Dienstleistungsmarkt (ebenso wie Microsoft Windows auf dem Betriebssystemmarkt) zum De-facto-Standard geworden. Ein Wettbewerber hatte daher beantragt, die „1860er Struktur“ in Lizenz für seine Dienstleistungen nutzen zu dürfen. Er war damit sowohl bei der IMS als auch vor dem LG Frankfurt a. M. gescheitert, das sich weigerte, eine Lizenzierung oder einstweilige Verfügung anzuordnen. Das LG legte den Fall allerdings dem EuGH vor, um klären zu lassen, ob die Lizenzierungsverweigerung der IMS gegen Art. 82 EG verstoße. Die Kommission hatte das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ im Sinne der Magill-Rechtsprechung zwischenzeitlich bejaht, weil die „1860er Struktur“ ein nicht duplizierbarer Standard und die Verweigerung der Lizenzierung daher geeignet sei, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt für die darauf basierenden Dienstleistungen auszuschließen<sup>80</sup>.

Der EuGH hielt in seiner Entscheidung vom 29. 4. 2004 trotz heftiger Kritik der Literatur am Magill-Grundsatz fest, dass eine kartellrechtliche Durchbrechung des Urheber-

rechts „unter außergewöhnlichen Umständen“ möglich sei<sup>81</sup>. Er stellte damit zugleich klar, dass dieser Grundsatz nicht auf Fälle beschränkt werden kann, in denen Zweifel an der Berechtigung des Urheberrechtsschutzes (wie in Magill hinsichtlich der Programminformationen) bestehen<sup>82</sup>. Doch bestätigte er auch die enge Anwendung des Kriteriums der „außergewöhnlichen Umstände“ (und damit der europäischen Essential-Facilities-Doktrin) durch die Bronner-Entscheidung. Insoweit präziserte der EuGH seine Auffassung dahingehend, dass es für die Differenzierung in vor- und nachgelagerten Markt ausreiche, dass ein potenzieller oder hypothetischer vorgelagerter Markt (hier für die Lizenzierung der 1860er Struktur) bestimmt werden könne<sup>83</sup> und dass bei der Frage nach der „Unerlässlichkeit“ der Lizenzierung auch die Beteiligung der Kunden an der Entwicklung des Standards sowie ihre Umstellungskosten bei einem Standardwechsel zu berücksichtigen seien<sup>84</sup>.

Vor allem aber unterstrich der EuGH, dass eine kartellrechtliche Durchbrechung des Urheberrechtsschutzes schon nach der Magill-Entscheidung zusätzlich zur „Unerlässlichkeit“ einer Lizenzierung nach dem Bronner-Test – ja sogar in erster Linie – voraussetze, dass die Lizenzierungsverweigerung das Auftreten eines „neuen Erzeugnisses“ verhindere. Einerseits stellte der EuGH ausdrücklich klar, dass die drei Kriterien des Magill-Tests kumulativ zu erfüllen sind, um „außergewöhnliche Umstände zu begründen“ (und nicht etwa nur alternativ, wie es die Kommission noch in ihrer Microsoft-

74 Dazu auch eingehend *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 363, die in der Bronner-Entscheidung in Anlehnung an *Aredas* „Drei-Phasen-Modell“ (siehe oben Fn. 62) zu Recht ein Indiz dafür sehen, dass auch das europäische Recht nunmehr in die dritte Phase des Entwicklung der Essential-Facilities-Doktrin (Reduktion ihres Anwendungsbereichs) eingetreten sei.

75 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 553 ff. Vgl. auch unten bei und in Fn. 85 zur (fehlgehenden) Deutung des Magill-Tests als Reihung alternativer (statt kumulativer) Umstände in Rdnr. 551.

76 Vgl. dazu (aus der Perspektive des Kartellrechts) *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 354 sowie (eher aus der Perspektive des Urheberrechts) *Wielsch*, (2004) E.L.R. 95, 102 ff.

77 Dazu schon *Körper*, RIW 2004, 568, 572 ff.; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 ff.

78 Vgl. *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust (2. Aufl. 2000), S. 113 f.

79 Dazu bereits eingehend *Körper*, RIW 2004, 568, 572 f.

80 Die Kommission hatte daher die IMS per einstweiliger Anordnung auf der Grundlage des Art. 82 EG zur Lizenzierung der „1860er Struktur“ verpflichtet, vgl. Entscheidung 2002/165/EG vom 3. 7. 2001, ABIEG 2002 Nr. L 59/18 – NDC Health/IMS Health. Das EuG hatte den Vollzug dieser Anordnung jedoch ausgesetzt, vgl. EuG, 26. 10. 2001 – Rs. T-184/01R, Slg. 2001, II-3193 – IMS Health GmbH/Kommission) und die Kommission hatte sie (freilich nur wegen Wegfalls der Dringlichkeit) noch vor Ergehen der EuGH-Entscheidung zurückgenommen, vgl. Entscheidung 2003/741/EG vom 13. 8. 2003, ABIEG 2003 Nr. L 268/69 – NDC Health/IMS Health.

81 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 623 f. (Rdnr. 36 ff.) – IMS Health GmbH.

82 Für eine Deutung von Magill als auf Fälle zweifelhafter nationaler Urheberrechte beschränkte Ausnahmeentscheidung etwa *Götting*, JZ 1996, 307, 309; *Jehoram/Mortelsmann*, GRUR Int. 1997, 11, 12 („törichtes Urheberrecht an Programminformationen“) und 14 f. („Anomalie“); *Jaestedt*, WuW 1995, 483, 485 („obskure Natur des zugrunde liegenden Urheberrechts“). Dieser auf den ersten Blick nahe liegende Test, nach dem die Frage nach einer Zwangslizenzierung einerseits von der Bedeutung des geschützten Urheberrechts und andererseits von der Intensität der drohenden Wettbewerbsbeschränkungen abhängt, ist auch mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und EG nicht unproblematisch, denn da der EG-Vertrag in Art. 30, 295 den Mitgliedstaaten die Kompetenz zur Regelung der geistigen Eigentumsrechte zuweist, muss die Kommission grundsätzlich auch „obskure“ Urheberrechte, etwa für Programminformationen, akzeptieren und darf sie nicht durch die Hintertür des Kartellrechts aushebeln.

83 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 624 (Rdnr. 44) unter Verweis auf Tz. 56–59 der Schlussanträge des GA Tizzano.

84 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 623 (Rdnr. 30) zur „Pfadabhängigkeit“ der Nutzer bereits *Körper*, RIW 2004, 568, 572 bei Fn. 48; s. a. v. *Welsch*, EWS 2004, 314, 315 („Lock-in-Effekt“).

Entscheidung beschrieben hatte)<sup>85</sup>. Andererseits betonte der EuGH nachdrücklich, dass das Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs das Interesse am Schutz des geistigen Eigentums und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Schutzrechtsinhabers nur dann überwiegen könne, wenn die Verweigerung der Lizenz die Entwicklung eines Marktes zum Nachteil der Verbraucher verhindere. Und dies wiederum sei nur dann der Fall, „wenn sich das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht hat, nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die vom Inhaber des Rechts des geistigen Eigentums bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden, sondern beabsichtigt, neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht“<sup>86</sup>.

Die Einräumung einer Zwangslizenz kommt danach nur in atypischen Fällen in Betracht, in denen der langfristige Innovationswettbewerb durch einen solchen Eingriff in die Substanz eines Immaterialgüterrechts ausnahmsweise nicht vermindert, sondern gesteigert wird<sup>87</sup>. Mehr noch: Während es in „normalen“ Essential-Facilities-Fällen bei Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ Sache des Inhabers der wesentlichen Einrichtung ist, die Zugangsverweigerung und die daraus resultierende Ausschaltung des Wettbewerbs zu rechtfertigen<sup>88</sup>, ist es im Schnittbereich mit dem Immaterialgüterrecht zunächst Sache des potenziellen Lizenznehmers (Patenten) bzw. der Kommission, überzeugend darzulegen, dass mithilfe der Zwangslizenz ein „neues Produkt“ angeboten werden soll bzw., allgemeiner, dass dadurch ausnahmsweise der Innovationswettbewerb gesteigert wird.

## 7. Bewertung

Die in der Bronner-Entscheidung zum Ausdruck kommende allgemeine Zurückhaltung gegenüber der Anwendung der kartellrechtlichen Essential-Facilities-Doktrin und die in den Entscheidungen Magill und IMS Health GmbH betonte besondere Zurückhaltung gegenüber ihrer Übertragung auf Fälle im Schnittfeld von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht erscheint berechtigt, ja geboten. Generalanwalt *Jacobs* hat schon in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Bronner drei überzeugende Gründe dafür herausgearbeitet<sup>89</sup>:

- Erstens fallen zugunsten des Inhabers einer essential facility die grundrechtlichen Garantien der negativen Vertragsfreiheit (Vertragsabschlussfreiheit) und des (materiellen wie geistigen) Eigentums in die Waagschale. Das gilt um so mehr für den Bereich des Immaterialgüterrechts, denn eine kartellrechtliche Zwangslizenz greift, wie wir gesehen haben, in den Kern des geistigen Eigentums ein und entwertet es weitgehend. Hier sind auch die Berner Übereinkunft und das WTO-TRIPS-Abkommen zu berücksichtigen<sup>90</sup>.
- Zweitens deuten wohlfahrtstheoretische Überlegungen in die gleiche Richtung, namentlich die Notwendigkeit, durch die Ausschließlichkeit der Immaterialgüterrechte Anreize zu schaffen, die sowohl aufseiten des Innovators als auch aufseiten der Wettbewerber wirken<sup>91</sup>.
- Drittens ist das wettbewerbspolitische Leitbild des Gemeinschaftskartellrechts zu beachten, nach dem Art. 82 EG in erster Linie den Wettbewerb und nicht einzelne Wettbewerber schützt und zu diesem Zweck nicht Marktmacht oder Monopolisierung als solche, sondern nur den Missbrauch überragender Marktmacht verbietet<sup>92</sup>.

In der Literatur wird daneben auch die ordnungspolitische Überlegung angeführt, dass Kartellbehörden und Gerichte sich durch eine Zugangserzwingung mit Folgeaufgaben belasteten, für deren langfristige Erfüllung sie nicht eingerichteten seien, namentlich mit der Bestimmung eines angemessenen Entgelts und mit der Überwachung des freien Zugangs<sup>93</sup>. Dem lässt sich hinzufügen, dass eine Zurückhaltung des EuGH in dieser Frage auch der US-amerikanischen Praxis entspricht und dadurch den internationalen Entscheidungseinklang fördert<sup>94</sup>.

## IV. Auswirkungen der Entscheidung IMS Health GmbH auf den Microsoft-Fall

### 1. Grundsätzlicher Vorrang des Schutzes von Innovation und geistigem Eigentum

Was bedeutet das für den Microsoft-Fall? Der EuGH hat in der Entscheidung IMS Health GmbH aufs Neue unterstrichen, dass der Schutz der Innovation im Allgemeinen und insbesondere der Schutz der durch geistige Eigentumsrechte geschützten Innovation der Regelfall und seine kartellrechtliche Durchbrechung nur eine eng zu handhabende Ausnahme ist. Daher sind die quasi-monopolartige Stellung Microsofts auf dem Markt für PC-Betriebssysteme und die in diese Richtung kippende Stellung auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme zwar „außergewöhnlich“<sup>95</sup>. Doch begründen sie für sich genommen noch keine „außergewöhnlichen Umstände“ im Sinne der Magill-Rechtsprechung, weil Art. 82 EG kein allgemeines Monopolisierungsverbot enthält und nicht Marktmacht als solcher entgegensteht. Die außergewöhnliche Machtstellung Microsofts begründet für sich genommen lediglich seine Verbotsadressateneigenschaft, nicht aber das Vorliegen eines verbotenen Machtmissbrauchs. Selbst die Verbindung dieser Marktmacht mit der

85 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 623 (Rdnr. 38). Das hatte die Kommission bisher anders gesehen, vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 551, wo sie die drei Kriterien des Magill-Tests als „three sets of exceptional circumstances“ bezeichnet und damit als Alternativen (miss)versteht. Insoweit irreführend bzw. fehlgehend auch EuG, 12. 6. 1997 – Rs. T-503/93, Slg. 1997, II-923 Rdnr. 131 – Tiercé Ladbroke.

86 EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 623 f. (Rdnr. 37 f. und 48 f.); sehr deutlich auch Tz. 61 ff. der Schlussanträge des GA *Tizzano*.

87 Zur grundsätzlich wettbewerbsfördernden Wirkung der Ausschließlichkeit des geistigen Eigentums siehe bereits oben Abschnitt I. 1.

88 Vgl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 4 Halbsatz 2 GWB.

89 Vgl. GA *Jacobs*, Schlussanträge zu EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner, Tz. 56 ff.

90 Nach Presseberichten versucht Microsoft, die US-Regierung zu einer Beschwerde bei der WTO zu bewegen, vgl. Heise Newsticker v. 26. 3. 2004, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/46027> („Microsoft will WTO gegen EU in Stellung bringen“). Der Frage, ob Berner Übereinkunft oder TRIPS-Abkommen kartellrechtlich begründeten Zwangslizenzen entgegen stehen können, kann hier nicht im Detail nachgegangen werden. In der Literatur ist dies in Bezug auf die Magill-Entscheidung verneint worden, vgl. etwa *Jehoram/Mortelsmann*, GRUR Int. 1997, 11, 15; s. a. *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954, 959.

91 Dazu bereits eingehend oben nach I. 1. und I. 2.

92 Dazu bereits *Körber*, RIW 2004, 568, 572 f.

93 Vgl. *Areeda*, 58 Antitrust Law Journal 841, 853 (1990); *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 356.

94 Zur Position des US-Rechts siehe bereits oben Abschnitte I.2. und III.2. a. E.

95 Nicht außergewöhnlich, sondern eher typisch für Betriebssystemmärkte ist die Tendenz zur Standardisierung. Man sollte daher vorsichtig sein, aus dem „Kippen“ des Marktes zugunsten eines Anbieters auf einen Machtmissbrauch zu schließen. Im Gegenteil kann das „Kippen“ auch gerade ein Anzeichen dafür sein, dass dieser Anbieter den Wettbewerb um diesen Markt für sich entscheidet; zu dieser Dynamik vgl. etwa *Körber*, RIW 2004, 568, 572 ff.; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1262 f. („Winner-takes-it-all-markets“).

Kontrolle über einen urheberrechtlich geschützten Standard, macht die Lizenzierungsverweigerung noch nicht zwingend missbräuchlich, denn eine Anwendung des Art. 82 nach der Formel „Marktmacht + urheberrechtlich geschützter Standard = Zwangslizenzen“ würde die Fähigkeit Microsofts (und anderer marktbeherrschender Unternehmen) infrage stellen, Inhaber von Immaterialgüterrechten zu sein, und damit möglicherweise die innovative Weiterentwicklung des (ob man es mag oder nicht) eben von Microsoft kontrollierten Standards zum potenziellen Schaden der Allgemeinheit behindern.

## 2. Bronner-Test

Nach dem grundsätzlich auch für „geistige essential facilities“ geltenden Bronner-Test ist für die Annahme eines Machtmissbrauchs zusätzlich erforderlich, dass die Lizenzierungsverweigerung Microsofts geeignet ist, nicht nur die Wettbewerbschancen einzelner Wettbewerber zu beeinträchtigen, sondern den Wettbewerb als solchen in Frage zu stellen.

- Insoweit ist erstens festzustellen, dass Microsoft ohne Zweifel den Betriebssystem-Standard für Client-PCs und die untrennbar damit verbundenen Schnittstellenprotokolle kontrolliert.
- Dieser Standard dürfte zweitens auch nicht mit zumutbarem Aufwand duplizierbar sein, denn die Betriebssystemmärkte tendieren aus verschiedenen Gründen zu einer Standardisierung, und das Unterfangen, Microsoft seinen Standard streitig zu machen, erscheint auf absehbare Zeit aussichtslos<sup>96</sup>.
- Und drittens ist die volle Interoperabilität zweifellos ein wichtiger Wettbewerbsfaktor.

Doch reicht all dies nach dem Bronner-Test noch nicht aus, um eine Lizenzierungspflicht zu begründen. Erforderlich ist vielmehr, dass die Lizenzierung „unentbehrlich“ in dem Sinne ist, dass eine Teilnahme am Wettbewerb ohne sie schlechthin ausgeschlossen erscheint.

Das Vorliegen einer solchen „Unentbehrlichkeit“ ist im Microsoft-Fall bereits deshalb zweifelhaft, weil unstrittig ein gewisses Maß an Interoperabilität existiert. Der Konflikt kreist nämlich, wie auch die Kommission betont hat, nicht um das „Ob“, sondern um den „Grad“ der von Microsoft zu gewährenden Einblicke<sup>97</sup>. Insoweit ist zu berücksichtigen,

- dass der EuGH in Bronner gerade keine vollständige Gleichstellung der Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Inhaber der essential facility verlangt hat,
- dass Microsoft den Wettbewerbern nur den Zugang zu einigen innovativen Funktionen von Windows 2000 und Windows XP erschwert, nicht aber die Interoperabilität an sich verweigert und
- dass die Wettbewerber Wettbewerbsnachteile aufgrund von Defiziten bei der Nutzbarkeit dieser innovativen Windows-Funktionen möglicherweise durch größere Zuverlässigkeit oder Sicherheit ihrer Serverprogramme im Vergleich zu den Microsoft-Produkten ausgleichen können.

Hinzu kommt, dass der EuGH in der Bronner-Entscheidung neben der Duplizierbarkeit der Einrichtung auch untersucht hat, ob Marktzutrittsalternativen – d. h. bezogen auf den Microsoft-Fall: Alternativen zur Herstellung „voller Interoperabilität“ – existieren. Die Kommission hat dazu selbst festgestellt, dass solche Alternativen grundsätzlich vorhanden sind<sup>98</sup>. Dass sie für die Wettbewerber im Vergleich zur Bereitstellung aller aktuellen Windows-Schnittstelleninforma-

tionen durch Microsoft beschwerlicher und wahrscheinlich auch weniger effektiv sind, ist nach Maßgabe der Entscheidung Bronner für sich genommen nicht ausreichend, um eine kartellrechtliche Zwangslizenzierung zu legitimieren<sup>99</sup>.

## 3. Missbräuchliche Geschäftsverweigerung?

Der Befund, dass Microsoft früher freigiebiger mit solchen Informationen war und dass es diese freiwillige Versorgung nunmehr eingestellt hat, trägt für sich genommen auch keinen Schluss auf das Vorliegen einer „missbräuchlichen Geschäftsverweigerung“ oder eines „missbräuchlichen Lieferabbruchs“ nach dem Muster der Entscheidung Commercial Solvents<sup>100</sup>, denn einerseits stehen die älteren Protokolle den Wettbewerbern nach wie vor zur Verfügung. Die Versorgung wurde insoweit gar nicht „gekappt“<sup>101</sup>. Und andererseits bestehen bezüglich der neuen Protokolle die soeben beschriebenen Alternativen<sup>102</sup>.

## 4. Erfordernis eines „neuen Produkts“

Unterstellen wir trotz dieser erheblichen Zweifel mit der Kommission, dass die Bronner-Kriterien im Microsoft-Fall erfüllt waren<sup>103</sup>, so ist unsere Prüfung damit gleichwohl noch nicht zu Ende. Da der Microsoft-Fall im Schnittfeld von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht spielt, ist weiter zu prüfen, ob die Wettbewerber die Schnittstelleninformationen begehren, um mit ihrer Hilfe ein „neues Produkt“ anzubieten<sup>104</sup>.

Die Kommission hat dazu in ihrer Microsoft-Entscheidung ausgeführt, die drohende Verdrängung der Wettbewerber vom Markt für Server-Betriebssysteme schränke die Produktauswahl ein, indem sie verhindere, dass die Wettbewerber die fortschrittlichen Eigenschaften ihrer Produkte den Verbrauchern zugänglich machen könnten<sup>105</sup>. Es erscheint in der Tat eher unwahrscheinlich, dass die Wettbewerber bei Gewährung einer Lizenz in einen reinen Imitationswettbewerb eintreten und nur noch die Microsoft-Produkte „klo-

96 Siehe dazu die vorausgehende Fußnote sowie oben Fn. 24 und 26; Körper, RIW 2004, 568, 572 ff.

97 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 33. Während Microsoft es wohl für ausreichend erachtet, dass die fremde Serversoftware auf alle wesentlichen Funktionen der Windows-Clients zugreifen kann (a. a. O. Rdnr. 751), strebt die Kommission eine Offenlegung aller Client-to-Server- und vor allem auch Server-to-Server-Protokolle an, die erforderlich sind, um den Datenaustausch mit fremder Server-Software ebenso reibungslos und effektiv zu gestalten wie innerhalb reiner Windows-Netzwerke.

98 Dazu bereits oben Abschnitt II. 2. b bei Fn. 33 ff.

99 Vgl. EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdnr. 41 – Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 624 (Rdnr. 40) – IMS Health GmbH; vgl. auch oben III. 2. a. E. zum US-Recht.

100 Insoweit a. A. die Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 578 ff.

101 Ganz abgesehen davon, dass die Informationsgewährung regelmäßig kostenlos erfolgte, so dass man in Frage stellen könnte, ob überhaupt eine Geschäftsbeziehung vorhanden war, die in kartellrechtlich relevanter Weise abgebrochen werden konnte.

102 Deshalb führt hier auch ein Abstellen auf „Treue und Glauben“ bzw. auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (dazu Zimmerlich, WRP 2004, 1260, 1269) hier nicht weiter.

103 Besondere Rechtfertigungsgründe (etwa eine besondere Knappheit des Gutes, der Umstand, dass der Markt nur groß genug für einen Anbieter ist etc.) sind hier nicht ersichtlich. Die Bedeutung des Urheberrechts ist im Rahmen des Prüfung des „neuen Produkts“ zu berücksichtigen. Einen selbstständigen Rechtfertigungsgrund bildet es nach Auffassung des EuGH wohl nicht, denn sonst dürfte gar kein Schnittbereich zwischen Urheberrecht und Essential-Facilities-Doktrin im Sinne von Magill und IMS Health GmbH existieren.

104 Vgl. EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 624 f. (Rdnr. 48 ff.) – IMS Health GmbH.

105 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 10), Rdnr. 693 ff.

nen“ würden, wie Microsoft im Verfahren befürchtet hat. Entscheidend ist aber letztlich, welchen Grad von Innovation ein „neues Produkt“ erfordert. Die Sichtweise der Kommission, nach der „neu“ letztlich nur „irgendwie anders“ bedeutet, und die darin zum Ausdruck kommende Hervorhebung des kurzfristigen Produktwettbewerbs gegenüber dem langfristigen Innovationswettbewerb werden dem grundsätzlichen Vorrang des Schutzes der Innovationsleistung (und erst recht des geistigen Eigentums) auch marktbeherrschender Unternehmen nicht gerecht.

Würde man andererseits wie Generalanwalt *Gulmann* in seinen Schlussanträgen zur Magill-Entscheidung verlangen, dass ein „neues Produkt“ ein ganz anderes Bedürfnis befriedigt als das Produkt des Schutzrechtsinhabers und dass es mit diesem nicht im Wettbewerb stehen darf<sup>106</sup>, so würden die Server-Programme der Konkurrenten diesen Test augenscheinlich nicht bestehen, und eine Zwangslizenzierung auf der Grundlage des Art. 82 EG schiefe aus. Grundsätzlich entspricht ein solch enger Test, nach dem selbst ein besseres Konkurrenzprodukt nicht ausreicht, um das Erfordernis des „neuen Produkts“ zu erfüllen, dem vom EuGH betonten Vorrang des Immaterialgüterrechts besser als die Sichtweise der Kommission<sup>107</sup>. Doch wird auch dieser Test dem Microsoft-Fall nicht gerecht, denn anders als in den Rechtssachen Magill und IMS Health GmbH streben die Microsoft-Wettbewerber nicht danach, mithilfe der Lizenzierung der Schnittstelleninformationen erstmals auf dem Markt für Serverprogramme Fuß zu fassen. Sie sind bereits auf diesem Markt tätig und waren es oft schon vor Microsoft, so dass hier das Erfordernis des „neuen Produkts“ bei wörtlichem Verständnis nicht passt.

### 5. Markteröffnungs-Kriterium

In der Literatur ist das alternative Kriterium der „Markteröffnung“ vorgeschlagen worden: In einem Fall wie dem Microsoft-Fall, in dem die Wettbewerber den Markt durch ihre Innovationen eröffnet hätten, bezwecke die Verhinderung von Kompatibilität nur die Umleitung der Nutzer auf das eigene Produkt. In einem solchen Fall könne die strategische Nutzung einer wesentlichen Einrichtung zur Eroberung dieses Marktes einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch darstellen, denn hier stehe nicht nur der Imitationswettbewerb, sondern der Innovationswettbewerb auf dem Spiel<sup>108</sup>. Daran ist richtig, dass hinter dem Kriterium des „neuen Produkts“ letztlich die Frage steht, wie dem Innovationswettbewerb langfristig am besten gedient ist. Das auf den Zeitpunkt der Marktentstehung zurückblickende Kriterium der „Markteröffnung“ ist dafür freilich ein zu statisches Instrument. Zum einen kann, selbst wenn die Wettbewerber insoweit schneller waren, durchaus ein legitimes Interesse des Standard-Inhabers bestehen, entsprechende Funktionen auch selbst anzubieten und sogar in den Standard zu integrieren, um ihn auf diese Weise „fit für die Zukunft“ zu machen<sup>109</sup>. Und andererseits geht es im Microsoft-Fall um den Zugang zu innovativen Funktionen der Microsoft-Betriebssysteme (wie „Active Directory“).

### 6. Innovationswettbewerb oder Innovationsmissbrauch?

Die eigentliche Frage ist, ob es einen kartellrechtlich verbotenen Machtmissbrauch darstellt, dass Microsoft seine Windows-Betriebssysteme weiterentwickelt hat, ohne den Wettbewerbern Zugang zu den neuen Funktionen zu gewähren. Dahinter steht – wie schon in den Fällen Berkey Photo

und IBM – die Grundsatzfrage nach der Grenzziehung zwischen Innovationswettbewerb und Innovationsmissbrauch. Sucht man insoweit nach einem Maßstab, der sowohl dem grundsätzlichen Vorrang des Immaterialgüterrechts als auch der besonderen Dynamik des Softwaremarktes gerecht wird<sup>110</sup>, so bietet sich dafür der „Plausible-benefit“-Test des US-amerikanischen Rechts an<sup>111</sup>.

Nach diesem Maßstab kann eine Weiterentwicklung eines Produkts oder Standards grundsätzlich keinen Kartellrechtsverstoß begründen, es sei denn, ihr fehlt jede technologische Rechtfertigung im Sinne eines „plausiblen Vorteils“<sup>112</sup>. Auf den Microsoft-Fall bezogen bedeutet dies, dass die Grenze zum „Innovationsmissbrauch“ grundsätzlich erst dann überschritten ist, wenn das Einfügen der neuen Funktionen nachweislich keine plausiblen Funktionsvorteile mit sich gebracht, sondern allein das Ziel verfolgt hat, die Interoperabilität mit den Serverprogrammen der Konkurrenten zu behindern. Das dürfte nicht der Fall sein, denn einerseits spricht schon der Wunsch der Wettbewerber, Zugang zu den neuen Funktionen zu erhalten, um sie in ihre Server-Funktionalität einzubeziehen, für das Vorliegen „plausibler Vorteile“. Und andererseits ist die Kommission den Nachweis eines „Innovationsmissbrauchs durch bloße Scheininnovation“ bisher schuldig geblieben<sup>113</sup>.

Geht man einen Schritt weiter und fragt, ob ausnahmsweise auch die Berufung eines „echten Innovators“ auf sein exklusives Nutzungsrecht einen Missbrauch darstellen kann, so kommt nach dem Vorgesagten aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs des Schutzes der Innovationsleistung (und erst recht des geistigen Eigentums) allenfalls dann eine Zwangslizenzierung in Betracht, wenn evident ist, dass bei einem Nichteingreifen des Kartellrechts per saldo das langfristige Innovationspotenzial auf dem Markt absinken wird. Dies überzeugend darzulegen, ist wiederum Sache der Kartellbehörde bzw. des Patenten. In der Praxis dürfte diese Hürde ebenfalls nur sehr schwer zu überwinden sein, da Kartellbehörden und Gerichte kaum in der Lage sind (und sich grundsätzlich auch nicht in der Lage wännen sollten), zuverlässig

106 Vgl. GA *Gulmann*, EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 – Magill, Tz. 97 f.

107 Für eine enge Sichtweise auch *Ebenroth/Bohne*, EWS 1995, 397, 403 und *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954, 957 (unwesentliche Verbesserung reicht nicht aus).

108 Vgl. *Zimmermann*, WRP 2004, 1260, 1270.

109 Vgl. dazu bereits unter dem Aspekt der Produktintegration *Körber*, RIW 2004, 568, 573 ff.

110 Vgl. dazu bereits *Körber*, RIW 2004, 568, 575: Eine zu großzügige oder auch nur unklare Bemessung des Anwendungsbereichs des Kartellrechts könnte – auch und gerade angesichts oft jahrelanger Kartellverfahren bei zugleich sehr kurzen Innovationszyklen auf dem Softwaremarkt – von Innovationsanstrengungen abschrecken, denn über einem marktbeherrschenden Innovationsführer würde stets das (bußgeldbewehrte) Damoklesschwert des kartellbehördlichen Missbrauchsverbots schweben.

111 Vgl. *California Computer Products v. IBM*, 613 F.2d 727 (9th Cir. 1979); *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 US. 1093 (1980); dazu auch *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 715; *Fleischer* (Fn. 7), S. 129 ff. m. w. N.

112 Zum „Plausible-benefit“-Test als sachgerechtem Maßstab für die kartellrechtliche Beurteilung der Produktinnovation bereits eingehend *Körber*, RIW 2004, 568, 575. Für ein Beispiel siehe *Fleischer* (Fn. 7), S. 117 f. unter Hinweis auf eine Entscheidung der Kommission vom 21. 12. 1988 (ABIEG 1988 Nr. L 43/27 – Navigationsgeräte): In diesem Fall war die Kommission zu Recht einer technisch sinnlosen Änderung der Signalübermittlung für Navigationsgeräte entgegen getreten, die nur den Zweck verfolgte, die Funktion der (infolge des Ablaufs eines Patents auf den Markt gekommenen) Geräte der Konkurrenz zu beeinträchtigen.

113 Zur Beweislastverteilung vgl. schon oben Abschnitt III.5. a. E. sowie allgemein *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 716; *Fleischer/Körber*, K&R 2001, 623, 629; *Gey*, WuW 2001, 933, 939; *Körber*, RIW 2004, 568, 575; a. A. *Dolmans/Graf*, World Competition 27/2004, S. 225, 230.

ger als der Markt Innovationstempo und Innovationspotenzial zu messen, zu prognostizieren und oder gar darüber zu bestimmen. Bleiben Zweifel, so scheidet die Anordnung einer Informationspflicht oder gar Zwangslizenz auf der Grundlage des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots aus.

## 7. Schlussbemerkung

In der Summe spricht mehr dafür, dass auch die Interoperabilitätsverfügung der Kommission gegen Microsoft nicht den hohen Anforderungen genügt, die der EuGH in den Entscheidungen Magill, Bronner und IMS Health GmbH für die Durchbrechung des Urheberrechtsschutzes durch das Kartellrecht aufgestellt hat<sup>114</sup>. Die Kommission täte daher gut daran, sich doch noch gütlich mit Microsoft zu eini-

gen<sup>115</sup>. In den USA sind nicht nur die Antitrustbehörden so verfahren. Auch der Konkurrent Sun Microsystems, der das europäische Verfahren durch seine Beschwerde ins Rollen gebracht hatte, hat sich kurz nach Erlass der Kommissionsverfügung in den USA mit Microsoft verglichen<sup>116</sup>. Manchmal ist David klüger, wenn er die Schleuder bei Seite legt und Goliath die Hand reicht – auch wenn ein gewisses, durchaus gesundes Misstrauen gegenüber Goliath bleibt.

114 Dazu, dass Gleiches hinsichtlich der Entkoppelungsverfügung gelten dürfte, siehe bereits *Körper*, RIW 2004, 568 ff.

115 Sie hat signalisiert, dass sie – ebenso wie Microsoft – zu einem Vergleich bereit wäre, falls die EuGH-Richter eine entsprechende Empfehlung aussprechen sollten, vgl. F.A.Z. v. 28. 9. 2004, 15 („Microsoft und EU zu Gesprächen bereit“).

116 Dazu bereits oben bei und in Fn. 15.

Professor Dr. Ulrich M. Gassner, Mag. rer. publ., M. Jur. (Oxon.), Augsburg, und Rechtsreferendar Dr. Michael Braun, Frankfurt a. M.\*

# Die Failing Company Defense in der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrolle

Die Beurteilung von Sanierungsfusionen im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrollrecht ist in stetem Wandel begriffen. Über die normative Reichweite der Failing Company Defense als Rechtfertigungsgrund für Sanierungsfusionen ist man sich nach wie vor nicht einig. Dies gilt selbst für die USA, wo diese Rechtsfigur schon 1930 vom Supreme Court erstmals angewendet wurde. Darüber hinaus lassen sich in jüngster Zeit auch Harmonisierungstendenzen zwischen den drei Rechtsordnungen erkennen. So hat sich die europäische Failing Company Defense in einem entscheidenden Punkt deutlich verändert und insofern – zumindest auf den ersten Blick – der US-Praxis angeglichen. Angesichts dieser Entwicklungen erscheint, und zwar auch gerade im Hinblick auf eine mögliche Weiterentwicklung der bisherigen deutschen Lösung, eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme sinnvoll.

## I. Einführung

Droht einem Unternehmen die Insolvenz und steht ein Auscheiden aus dem Markt bevor, stellt sich zuallererst die Frage, ob eine Sanierung in Betracht kommt. Eine Möglichkeit, ein Unternehmen vor dem Zusammenbruch zu retten, ist der Zusammenschluss mit einem finanzkräftigen Partner, der den Erhalt des angeschlagenen Unternehmens für die Zukunft sichert. Kommt es dabei jedoch zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, kann im Rahmen der Failing Company Defense die finanzielle Notlage eines der Zusammenschlussbeteiligten vor der Kartell-

behörde geltend gemacht werden. Bei Vorliegen der einzelnen Failing-Company-Voraussetzungen wird eine Sanierungsfusion am Ende doch noch genehmigungsfähig. Die Rechtsfigur der Failing Company Defense wurde im US-amerikanischen Antitrustrecht entwickelt und in jeweils veränderter Form in das deutsche sowie europäische Fusionskontrollrecht übernommen. Nachfolgend werden die verschiedenen Ausgestaltungen näher erörtert.

## II. Die deutsche Failing Company Defense

In Deutschland wurde die Problematik der Failing Company Defense lange Zeit nur unter dem Stichwort „Sanierungsfusion“ geführt<sup>1</sup>. Erst in seinen Auslegungsgrundsätzen zur Marktbeherrschung aus dem Jahr 2000 sprach das Bundeskartellamt auch offiziell von einer deutschen „Failing Company Defense“<sup>2</sup>. Folgende Kriterien hat das Bundeskartellamt aufgestellt:

Die Sanierungsfusion ist ein besonderer Fall der fehlenden Kausalität des Zusammenschlusses für die Marktbeherrschung. Davon kann ausgegangen werden, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Das sanierungsbedürftige Unternehmen wäre ohne den Zusammenschluss nicht überlebensfähig;

\* Der Verfasser *Dr. Gassner* ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg, der Verfasser *Dr. Braun* ist Rechtsreferendar in Frankfurt a. M. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. grundlegend BKartA, TB 1976, 22, 23.

2 BKartA, Auslegungsgrundsätze, S. 42, abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/Auslegungsgrunds.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/Auslegungsgrunds.pdf) (Stand: 29. 8. 2004).