

Marktmacht, Machtmissbrauch und Microsoft

Zur Rolle des Kartellrechts in der New Economy

Von Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., und Dr. Torsten Körper, LL.M., Göttingen*

Microsoft hat mit seinem rigiden Geschäftsgepflogenheiten im Umgang mit der Konkurrenz in den letzten Jahren immer wieder für Wirbel gesorgt und die US-amerikanische Kartellbehörde auf den Plan gerufen. In dem anschließenden Kartellrechtsverfahren, indem es um die Frage ging, ob Microsoft seine Monopolstellung für Betriebssysteme missbräuchlich ausgenutzt hat, wurde im Juni das Berufungsurteil getroffen. Darin wurde das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich des Monopolisierungsvorwurfs bestätigt, hinsichtlich der versuchten Monopolisierung des Browsermarktes jedoch verworfen. Damit wurde die Sache an die erste Instanz zurückverwiesen und die von Microsoft zu befürchtende Zerschlagung des Unternehmens ist zunächst vom Tisch.

Im nachfolgenden Beitrag wird die Begründung der Berufungsinstanz nachgezeichnet und in einen Gesamtzusammenhang gestellt. Dabei zeigt sich auch, wie schwierig es ist kartellrechtliche Regeln der Old Economy auf die sich rasch verändernde Marktentwicklung der New Economy zu übertragen.

I. Einleitung

Das Kartellrecht gerät nach Jahren der Konsolidierung wieder in Bewegung, und die entscheidenden Anstöße hierfür verdankt es der *New Economy*. Deren angebots- und nachfrageseitige Besonderheiten beschäftigen zusehends Gerichte wie Kartellbehörden und stellen die hergebrachten Rechtsregeln vor eine neue Bewährungsprobe. Ein besonders prominentes Beispiel bildet die kartellrechtliche Behandlung von Internet-Marktplätzen, für die sich inzwischen erste Lösungen abzeichnen¹. Nicht minder aktuell ist ein zweiter Brennpunkt, von dem hier die Rede sein soll: Die Rolle des Kartellrechts auf Hochtechnologiemärkten und die Auslegung des Missbrauchsverbots in einem Wettbewerbsumfeld, das durch hohe Netzwerk-Externalitäten gekennzeichnet ist.

Beide Teilaspekte treffen in dem aufsehenerregenden Kartellrechtsverfahren der Vereinigten Staaten gegen Microsoft zusammen, dessen erstinstanzliche Entscheidung in drei Teilstücken veröffentlicht wurde: *Finding of Facts*², *Conclusion of Law*³ und *Final Judgement*⁴. Inzwischen ist die wissenschaftliche Diskussion weitergegangen⁵, und das am 28. 6. 2001 erlassene Berufungsurteil⁶ hat manche Unzulänglichkeiten des erstinstanzlichen Richterspruchs aufgedeckt und beseitigt⁷.

Die nachfolgenden Ausführungen zeichnen die zentralen Begründungslinien dieses 125 Seiten umfassenden Ur-

teils nach und stellen es unter Verarbeitung neuester Literaturstimmen in einen größeren Gesamtzusammenhang.

II. Fallübergreifende Konfliktlinien

Das Bundesberufungsgericht für den District of Columbia nähert sich den im Microsoft-Verfahren aufgeworfenen Fragen, indem es zunächst die fallübergreifenden Konfliktlinien des Kartellrechtsstreits herausarbeitet. Mit großer Souveränität lenkt es dabei die Aufmerksamkeit auf zwei Grundprobleme, von denen nacheinander zu handeln ist: die *praktischen* Schwierigkeiten bei der Suche nach geeigneten Rechtsbehelfen auf hochdynamischen Märkten und die *theoretischen* Auseinandersetzungen um die Bedeutung von Netzwerk-Externalitäten für die Auslegung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.

1. Marktmachtmissbrauch und Rechtsbehelfe auf hochdynamischen Märkten

Was die zeitliche Dimension des Rechtsstreits anlangt, erinnert das Berufungsgericht daran, dass seit Microsofts erstem Kartellrechtsverstoß mehr als sechs Jahre verstrichen sind, in denen sich die Computerindustrie dramatisch verändert hat⁸. Dies wiederum wirft beträchtliche Probleme bei der Verhängung geeigneter Sanktionen auf: Maßnahmen der Verhaltenskontrolle laufen womöglich ins Leere, weil der zwischenzeitlich erfolgte Entwicklungsfortschritt das ursprünglich beanstandete Geschäftsgebaren hat obsolet werden lassen; Mittel der Strukturkontrolle kämpfen mit anderen Unzulänglichkeiten, lässt

* Der Autor *Fleischer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Autor *Körper* ist wiss. Assistent an diesem Lehrstuhl. – Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. BKartA, WuW/E DE-V 321 – Covisint; *F. Immenga/Lange*, RIW 2000, 733; *Lange*, EWS 2000, 291; aus betriebswirtschaftlicher Sicht zuletzt *Dudenhöffer*, WISU 2001, 200; *Wirtz/Mathieu*, WISU 2001, 825.

2 *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9 (D. D.C. 1999); im Folgenden: „*Finding of Facts*“.

3 *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D. D.C. 2000); im Folgenden: „*Conclusion of Law*“.

4 *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D. D.C. 2000); im Folgenden: „*Final Judgement*“.

5 Vgl. allein aus diesem Jahr *Shelanski/Sidak*, Antitrust Divestiture in Network Industries, 68 *University of Chicago Law Review* (U.Ch.L.Rev.) (2001), 1–99; sowie die Beiträge von *Fisher/Rubinfeld, Comanor; Levinson/Romaine/Salop* und *Klein* in dem Symposiumsband 46 *Antitrust Bull.* (2001), 1–162; neuesten auch *Evans/Nichols/Schmalensee* und *McKenzie/Lee*, 46 *Antitrust Bull.* (2001), 163–298.

6 *United States v. Microsoft Corp.* (D.C. Cir. 2001), im Folgenden: „*Court of Appeals*“. Der vollständige Entscheidungstext in der hier zitierten Fassung ist abrufbar unter: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/microsoftorder.pdf>.

7 Ausführlich und kritisch bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705; Problemskizze bei *U. Immenga*, RIW 2000, Heft 9, Die erste Seite.

8 Vgl. *Court of Appeals* (Fn. 6), S. 10: „Six years seems like an eternity in the computer industry.“

sich wirksamer Wettbewerb in einem vollständig veränderten Marktumfeld doch nicht auf einfache Weise wieder herstellen⁹. Die damit zusammenhängenden Fragen sind in der ansonsten reichhaltigen US-amerikanischen Kartellrechtsliteratur erst ansatzweise aufbereitet worden¹⁰, und auch der einschlägigen Spruchpraxis lassen sich nur wenige und vergleichsweise grobe Leitlinien entnehmen¹¹. Dazu kommt, dass die bislang gesammelten Erfahrungen in der *Old Economy* nicht maßstabsgetreu auf die Internet-Ökonomie übertragen werden können, in der *intangible assets* und *soft investments* eine dominierende Rolle spielen¹². Endlich wirken die Unsicherheiten bei der Ausarbeitung geeigneter Rechtsfolgen auch auf die Tatbestandsseite zurück, denn die Sinnhaftigkeit kartellbehördlicher Initiative steht und fällt naturgemäß mit der Existenz geeigneter Sanktionen¹³.

2. Marktmachtmissbrauch und Netzwerk-Externalitäten

Dem Rechtsfolgenproblem sachlich und logisch vorgelagert ist die Frage, ob Microsoft seine marktbeherrschende Stellung tatsächlich in missbräuchlicher Weise ausgenutzt hat. Hier kommen die Besonderheiten dynamischer Wettbewerbsprozesse ins Spiel, auf die vor Zeiten schon *Schumpeter* aufmerksam gemacht hat¹⁴. Seine Einsichten über die Bedeutung prozessualer Monopole¹⁵ gewinnen im Lichte des Microsoft-Falls neue Aktualität. Anlass dazu geben die ökonomischen Besonderheiten der Software-Industrie, die durch hohe Netzwerk-Externalitäten gekennzeichnet ist¹⁶.

Wie wir aus der modernen Standardisierungsforschung wissen¹⁷, tendieren solche Märkte zur allmählichen Dominanz eines Anbieters: Direkte Netzeffekte, die mit der Anzahl gleichgesinnter Systemanwender steigen, und indirekte Netzeffekte, die sich bei zunehmender Verbreitung eines Systems aus dem wachsenden Angebot an Komplementärgütern ergeben, führen idealtypisch dazu, dass der maßgebliche Standardsetter nahezu die gesamte Nachfrage auf sich vereint¹⁸. Mit einem plastischen Ausdruck von *Demsetz* stellt sich der Wettbewerb unter diesen Voraussetzungen nicht mehr als ein Kräftemessen „within the field“, sondern „for the field“ dar¹⁹.

Anbieter, die um diese Zusammenhänge wissen, müssen darauf bedacht sein, möglichst rasch eine kritische Masse von Nachfragern für ihren Standard zu gewinnen, und zur Erreichung dieses Ziels kann es betriebswirtschaftlich durchaus sinnvoll sein, das eigene Produkt in einer ersten Phase zu verschenken²⁰.

Welche Folgerungen daraus für die kartellrechtliche Regelbildung im Rahmen des Monopolisierungsverbots zu ziehen sind, darüber gehen die Meinungen noch weit auseinander: Einerseits gibt es vorsichtige Ansätze, den Wettbewerb in der Software-Industrie im Sinne der *Schumpeterschen* Rivalität nicht *simultan*, sondern *sequentiell* zu begreifen: als eine Abfolge von Einzelwettbewerben, deren jeweilige Sieger die Marktführerschaft nur für eine begrenzte Zeit behaupten können²¹. Andererseits finden sich Stimmen, die gerade in der Software-Ind-

ustrie für ein rigoroses kartellrechtliches Vorgehen eintreten, weil sich nicht zwangsläufig der beste Standard durchsetze und Marktteilnehmer nach ihrer Entscheidung für einen bestimmten Standard bei Produktinkompatibilitäten gebunden seien²². Das Berufungsgericht zeigt diese gegenläufigen Effekte mit sicherem ökonomischen Zugriff auf²³, enthält sich angesichts der noch im Flusse befindlichen Diskussion aber einer eigenen Stellungnahme und wendet sich stattdessen den konkreten Einzelvorwürfen gegen Microsoft zu. Das wird man als Gebot obergerichtlicher Klugheit nicht beanstanden können; der Kartellrechtswissenschaft ist es freilich aufgegeben, den ziel-sicher georteten Grundkonflikt zwischen Behinderungsmissbrauch und Produktinnovation schärfer in den Blick zu nehmen und für eine rationale Rechtsfindung auf hochdynamischen Märkten mit Netzwerk-Externalitäten vorzustrukturieren²⁴.

III. Tatbestandliche Einzelwürdigung durch das Berufungsgericht

Die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts folgt den drei vom Bezirksgericht festgestellten Kartellrechtsverstößen:

– Monopolisierung des Marktes für Betriebssysteme i. S. v. Sec. 2 Sherman Act,

- 9 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 11.
- 10 Für einen ersten systematischen Ansatz nunmehr *Shelanski/Sidak*, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 15 ff.; vertiefend zur Rechtsfolgenfrage im Microsoft-Fall auch *Comanor*, 46 Antitrust Bull. (2001), 115; *Levinson/Romaine/Salop*, 46 Antitrust Bull. (2001), 135.
- 11 Zusammenstellung und Auswertung des Fallmaterials bei *Shelanski/Sidak*, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 40 ff., 45 ff.
- 12 Vgl. Remedies Brief of Amici Curiae *Litan/Noll/Nordhaus/Scherer*, United States v. Microsoft Corp., Civil Action No. 98–123, 4 (DDC filed 27. 4. 2000).
- 13 Dazu In re International Business Machines Corp., 687 F.2d 591, 594 (2nd Cir. 1982), unter Hinweis auf eine Maxime von *William F. Baxter*, dem langjährigen Assistant Attorney General; vgl. ferner *Schmalensee*, 51 Stanford Law Review (Stan.L.Rev.) (1999), 1317, 1324–1327.
- 14 Vgl. *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 7. Aufl. 1993, S. 134 ff.; eindringlich dazu *Wieandt*, Die Entstehung, Entwicklung und Zerstörung von Märkten durch Innovation, 1994, S. 18 ff.
- 15 Näher dazu *Arndt*, Kapitalismus, Sozialismus, Konzentration und Konkurrenz, 2. Aufl. 1976, S. 37 ff.; *Fleischer*, Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation, 1997, S. 35 ff.
- 16 Vgl. *Comanor*, 46 Antitrust Bull. (2001), 115, 126 m.w.N.
- 17 Bahnbrechend: *Rohlf's*, 5 Bell Journal of Economic and Management Science (Bell J. Econ Mgmt. Science) (1974), 16. Vertiefend: *Besen/Farrell*, 8 Journal of Economic Perspectives (J.Econ.Persp.) (1994), 117; *Katz/Shapiro*, 8 J.Econ.Persp. (1994), 93. Literaturüberblick bei *Liebowitz/Margolis*, Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology, 1999, S. 49–115.
- 18 Didaktische Aufbereitung bei *Buxmann*, WISU 2001, 544; *Hess*, WiSt 2000, 96.
- 19 Vgl. *Demsetz*, 11 Journal of Law and Economics (J.L.&Econ.) (1968), 55, 57; dazu auch Court of Appeals (Fn. 6), S. 12.
- 20 Vgl. *Buxmann*, WISU 2001, 544, 556 f., unter Hinweis darauf, dass Microsoft seinen Internet-Explorer verschenke, um Netscape Marktanteile abzugeben; ausführlich auch *Picot/Scheuble*, in: *Welge/Al-Laham/Kajüter* (Hrsg.), Praxis des strategischen Managements, 2000, S. 239 ff.
- 21 Vgl. *Boudreaux/Folson*, 44 Antitrust Bull. (1998), 555, 574; vertiefend nunmehr *Shelanski/Sidak*, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 10 ff.; *Teece/Coleman*, 43 Antitrust Bull. (1998), 801, 820–822; ferner *Schmalensee*, 90 American Economic Review, Papers and Proceedings (Am.Econ.Rev.Papers and Proc.) (2000), 192, unter dem programmatischen Titel „Antitrust Issues in Schumpeterian Industries“.
- 22 Vgl. *Fisher/Rubinfeld*, 46 Antitrust Bull. (2001), 1, 5, 9 ff.; *Salop/Romaine*, 7 George Mason University Law Review (Geo. Mason L.Rev.) (1999), 617, 654–655, 663–664.
- 23 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 12 f.
- 24 Für einen ersten Versuch *Fleischer* (Fn. 15), S. 104 ff. und passim.

- versuchte Monopolisierung des Browsermarktes gemäß Sec. 2 Sherman Act und
- verbotene Koppelung zwischen Betriebssystem und Browser nach Sec. 1 Sherman Act²⁵.

Das Berufungsgericht bestätigt die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich des Monopolisierungsvorwurfs und verwirft sie hinsichtlich der versuchten Monopolisierung des Browsermarktes. Mit Blick auf den Koppelungsvorwurf erachtet es die vom Bezirksgericht angewendete *per se*-Regel als rechtsfehlerhaft und verweist den Fall für eine Kontrolle am Maßstab der *rule of reason* zurück²⁶.

1. Monopolisierung des Marktes für Betriebssysteme gemäß Sec. 2 Sherman Act

a) Verbotsvoraussetzungen

Sec. 2 Sherman Act verlangt für einen Monopolisierungsvorwurf zweierlei: Der Normadressat muss auf dem relevanten Markt über eine Monopolstellung (*monopoly power*) verfügen und diese Machtstellung vorsätzlich und wettbewerbswidrig (d.h. nicht durch Unternehmenswachstum, überlegene Produkte, geschäftliches Geschick oder historischen Zufall) erhalten²⁷. Die Marktabgrenzung erfolgt nach dem Bedarfsmarkt-konzept. Zu demselben Markt zählen danach alle aus Verbrauchersicht vernünftigerweise austauschbaren Produkte, denn die Ausweichmöglichkeit hindert die Anbieter daran, die Preise für ihr Produkt über den Wettbewerbspreis anzuheben. Fehlt es an direkten Beweisen für ein monopolistisches Verhalten, so kann eine Monopolstellung auch aus der Marktstruktur, insbesondere aus einem überragenden Marktanteil bei gleichzeitig hohen Marktzutrittschranken abgeleitet werden²⁸.

b) Erstinstanzliche Entscheidung und Berufungsbegründung

Das Bezirksgericht wandte diesen Test auf den Microsoft-Fall an und bejahte das Vorliegen aller Voraussetzungen. Als relevanten Markt sah es denjenigen für Intel-kompatible PC-Betriebssysteme an. Auf diesem Markt, der von hohen Eintrittsbarrieren gekennzeichnet sei, habe Microsoft Windows einen Marktanteil von über 95%. Um diesen Anteil abzusichern und auszubauen, habe sich Microsoft verschiedener Praktiken bedient, indem es behindernde Absprachen mit OEMs (Original Equipment Manufacturers, d.h. Computerherstellern), IAPs (Internet Access Providers, z.B. AOL) und anderen Unternehmen (etwa Apple und Intel) zu Lasten seines Konkurrenten Netscape getroffen habe. Zusätzlich integrierte es seinen Internet Explorer (IE) in das Betriebssystem Windows. Schließlich habe es versucht, die Etablierung eines potenziell konkurrierenden „middleware“-Standards in Gestalt von Java zu verhindern²⁹. Microsoft hielt dieser Auffassung in seiner Berufungsbegründung entgegen, das Bezirksgericht habe den relevanten Markt nicht korrekt abgegrenzt, weil es weder das Apple Mac OS noch Nicht-PC-basierte Betriebssysteme (Handhelds, Portal-Websites) oder so genannte „middleware“ (Navigator, Java) einbezogen habe. Zudem gäbe es keine nennenswerten

Markteintrittsbarrieren. Alternativ wies Microsoft darauf hin, dass der Softwaremarkt besonders dynamisch sei, weshalb eine Ableitung der Monopolmacht aus der Marktstruktur und anderen Indizien (*circumstantial evidence*) fehlgehe. Vielmehr müsse der Monopolisierungsvorwurf unmittelbar anhand des monopolistischen Verhaltens bewiesen werden (*direct proof*)³⁰.

c) Entscheidung des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht hat zu Recht die Sichtweise des Bezirksgerichts bestätigt und alle Einwände Microsofts zurückgewiesen³¹. Dabei unterscheidet es sorgfältig zwischen der Feststellung der Monopolstellung, die auch anhand einer Marktstrukturanalyse erfolgen könne, und der zusätzlich erforderlichen Verhaltensanalyse, aus der sich eine vorsätzliche und wettbewerbswidrige Aufrechterhaltung des Monopols ergeben müsse³².

Die Einführung eines ausschließlich verhaltensgestützten und auf einen direkten Nachweis der Monopolisierung zielenden Tests lehnt das Berufungsgericht ab: Der Softwaremarkt sei zwar dynamisch, aber nicht in dem Maße, dass Microsofts Stellung *in naher Zukunft* durch Substitutionsprodukte bedroht werde. Allein eine solche konkrete Gefahr könne ein marktbeherrschendes Unternehmen jedoch davon abhalten, seine Preise über das Wettbewerbsniveau anzuheben³³.

aa) Monopolstellung

Unter Zugrundelegung des traditionellen, auch „*circumstantial evidence*“ zulassenden Ansatzes steht eine Monopolstellung Microsofts angesichts seines überragenden Marktanteils und der hohen Eintrittsbarrieren außer Frage³⁴. Die *sachliche Eingrenzung des relevanten Marktes* auf Betriebssysteme für Intel-kompatible PC unter Abschluss des Mac OS und sonstiger Nicht-PC-Systeme hatte bereits das Bezirksgericht überzeugend begründet³⁵. Das Berufungsgericht hat sich dem zu Recht angeschlossen³⁶. Im Zentrum des Falls steht die Rolle der *middleware* (namentlich in Gestalt von Netscapes „Navigator“

25 Vgl. Conclusion of Law (Fn. 3), S. 9 ff.; dazu bereits eingehend *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711 ff. Den Vorwurf der illegalen Ausschließlichkeitsbindung i. S. v. Sec. 1 Sherman Act hatte bereits das Bezirksgericht in Ermangelung hinreichender Beweise zurückgewiesen.

26 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 6 ff.

27 Vgl. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U. S. 563, 570 f. (1966).

28 Vgl. *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1423 (9th Cir. 1995).

29 Vgl. Conclusion of Law (Fn. 3), S. 36; siehe dazu bereits eingehend *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711.

30 Wiedergegeben bei Court of Appeals (Fn. 6), S. 15, ökonomischer Überbau bei *Schmalensee*, 90 Am.Econ.Rev.Papers and Proc. (2000), 192.

31 Der erstinstanzlichen Entscheidung insofern zustimmend schon *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711 f.; *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust: An Integrated Hornbook*, 2000, § 15.8, S. 856.

32 Kritisch zur diesbezüglichen Vermengung struktureller und verhaltensbezogener Argumente durch das Bezirksgerichts bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 713.

33 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 23 f.

34 Vgl. dazu bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711.

35 Vgl. Finding of Facts (Fn. 2), S. 20 ff.

36 Vgl. im Einzelnen Court of Appeals (Fn. 6), S. 16 f. Im Übrigen weist es darauf hin, dass der Marktanteil von Windows selbst bei Einbeziehung von Mac OS in den Markt noch über 80% läge, a.a. O., S. 20.

und von Suns „Java“³⁷, die als potenzielle Konkurrenten auszuschalten, auch nach Analyse des Berufungsgerichts das Ziel der Monopolisierungsstrategie von Microsoft war. Diese middleware ist *noch* nicht in den Betriebssystem-Markt einzubeziehen, weil es im Zeitpunkt der Entscheidung an einer funktionalen Austauschbarkeit mit Windows fehlte. Es handelt sich lediglich um potenzielle Substitutionsprodukte, genauer: um Substitutionsprodukte „im Werden“³⁸. Ferner bestätigt das Berufungsgericht die Auffassung, dass der relevante Markt durch hohe *Eintrittsbarrieren* gekennzeichnet sei, die sich insbesondere daraus ergäben, dass Softwareentwickler wie Verbraucher Betriebssysteme mit einem hohen Verbreitungsgrad bevorzugten, wodurch Netzwerkeffekte entstünden³⁹. Dass diese Netzwerk-Externalitäten nicht in wettbewerbswidriger Weise von Microsoft erzeugt worden seien – vielleicht sogar Ausdruck eines natürlichen Monopols sind⁴⁰ – spiele für die Feststellung einer Monopolstellung keine Rolle⁴¹.

bb) Vorsätzliche, wettbewerbswidrige Aufrechterhaltung der Monopolstellung

Nebst der Monopolstellung ist nach dem traditionellen Test weiter zu prüfen, ob Microsoft seine Monopolstellung vorsätzlich und mit wettbewerbswidrigen Mitteln aufrechterhalten hat. Das Berufungsgericht beurteilt diese Frage anhand eines vierstufigen Tests (*rule of reason*-Test)⁴²:

- (a) müsse das Verhalten eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, d.h. den Wettbewerb selbst und damit die Verbraucher (und nicht nur den oder die Wettbewerber) schädigen;
- (b) müsse der Kläger nachweisen, dass das Verhalten des Monopolisten tatsächlich diese Wirkung habe;
- (c) stehe es dem Beklagten frei, wettbewerbsfördernde Aspekte dieses Verhaltens darzulegen. Gelingen ihm dies, so müsse
- (d) wiederum der Kläger den Nachweis erbringen, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen die wettbewerbsfördernden überwiegen.

Eine eingehende Analyse der verschiedenen vom Bezirksgericht für wettbewerbswidrig erachteten Verhaltensweisen anhand dieses Tests belegt die grundsätzliche Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung. Zugleich zeichnet sich ein klares Bild der Strategie Microsofts ab, den Netscape Navigator und die Programmiersprache Java als potenzielle Bedrohungen des eigenen Betriebssystemmonopols auszuschalten⁴³.

(1) Geschäftspraktiken zur Verdrängung des Netscape Navigator

Schon das Bezirksgericht hatte zunächst *Microsofts Lizenzierungspraxis gegenüber OEMs* für wettbewerbswidrig befunden, nach der diese den Internet Explorer installieren und weiter hinnehmen mussten, dass Windows bei seiner Ersteinrichtung ein auf diesen Browser weisendes Symbol (Icon) auf der Benutzeroberfläche (Windows Desktop) ablegte. Dadurch wurde die gleichzeitige Installation eines Konkurrenzprodukts (samt Icon) zwar nicht ausgeschlos-

sen, aber doch erheblich erschwert, weil sie Festplatten- Speicher verschwenden und mehrere Browser-Icons die Kunden womöglich verwirren würden⁴⁴. Microsofts Rechtfertigung für diese Praxis, es übe lediglich sein Recht als Urheberrechtsinhaber aus, weist das Berufungsgericht überzeugend zurück: Gewerbliche Schutzrechte geben ihrem Inhaber kein Recht, die Antitrust-Gesetze zu verletzen. Zudem können unter Berufung auf das Urheberrecht nur massive Änderungen des Schutzgegenstandes verhindert werden⁴⁵. Auch den zweiten wesentlichen Vertriebsweg für Internet Browser verschloss Microsoft gegenüber Netscape, indem es *Abreden mit den IAPs* traf, durch die sich 14 der 15 führenden IAPs in den USA verpflichteten, ausschließlich den Microsoft Internet Explorer in ihre Zugangssoftware zu integrieren. Den aus diesen Ausschließlichkeitsbindungen herrührenden Wettbewerbsbeschränkungen vermochte Microsoft keine wettbewerbsfördernden Effekte entgegenzustellen. Im Gegenteil gab es sogar indirekt zu, damit seine Macht auf dem Betriebssystemmarkt absichern zu wollen⁴⁶. Eine vergleichbare Ausschließlichkeitsvereinbarung schloss Microsoft sogar mit dem Konkurrenten Apple ab, der sich zunächst für den Netscape Navigator entschieden hatte, dann aber nach Androhung der Einstellung des für Apple wichtigen Microsoft-Programmpakets „Mac Office“ nachgab⁴⁷.

37 Dabei handelt es sich um Programme, die zwar nicht selbst Betriebssysteme, aber auch keine reinen Anwendungsprogramme sind, sondern nach Art und Funktion zwischen diesen stehen und unter ihnen vermitteln. Einerseits verfügen sie (wie ein Betriebssystem) selbst über Routinen, welche anderen Programme die Kommunikation mit der Systemhardware und dem Nutzer ermöglichen (sog. APIs), andererseits können sie nicht nur selbst (auch) Anwendungsprogramme sein (wie der Netscape Navigator), sondern stellen vor allem anderen Programme (z. B. in Gestalt sog. Plug-Ins) ihre APIs zur Verfügung. Die „middleware“ wirkt gleichsam wie ein Adapter zwischen Betriebssystem und Anwendungssoftware: Verfügte eine middleware (was bisher nicht der Fall ist) über alle wichtigen APIs, so könnten Softwareanbieter ihre Anwendungsprogramme auf die middleware statt auf das Betriebssystem ausrichten und Kunden müssten nur die middleware und ein beliebiges mit dieser kompatibles Betriebssystem (Windows, Linux, BeOS etc.) erwerben. Daraus ergibt sich die potenzielle Gefährlichkeit der middleware für Microsofts Betriebssystemmonopol. Vgl. dazu auch eingehend *Fisher/Rubinfeld*, 46 Antitrust Bull. (2001), 1, 19 ff.; *Shelanski/Sidak*, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 66 ff.

38 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 19; siehe schon *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711.

39 Zu diesen Netzwerkeffekten eingehend *Fisher/Rubinfeld*, 46 Antitrust Bull. (2001), 1, 9 ff.; *Shelanski/Sidak*, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 7 ff.; *Levinson/Romaine/Salop*, 46 Antitrust Bull. (2001), 135, 141 ff.; kritisch *Comanor*, 46 Antitrust Bull. (2001), 115, 126 ff.; vgl. auch allgemein *P. Buxbaum*, WISU 2001, 544 ff.

40 Vgl. *Fisher/Rubinfeld*, 46 Antitrust Bull. (2001), 1, 10; siehe auch *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 713; gegen eine solche Annahme *Comanor*, 46 Antitrust Bull. (2001), 115, 128 ff.

41 Vgl. dazu eingehend Court of Appeals (Fn. 6), S. 20 ff. Ob sich eine weitere Eintrittsbarriere daraus ergibt, dass die Entwicklung und Etablierung eines neuen Betriebssystems auf dem Markt ganz allgemein hohe Markteintrittskosten verursacht, die letztlich von allen Marktteilnehmern zu tragen sind, ließ das Gericht offen. Da für den Softwarebereich typisch ist, dass hohe Entwicklungskosten bei vergleichsweise marginalen Vielfältigungskosten den Marktzutritt von Newcomern erheblich erschweren, dürfte diese Frage zu bejahen sein, vgl. dazu bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 711.

42 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 26 f.

43 Zur technischen Seite siehe oben Fn. 37.

44 Vgl. Finding of Facts (Fn. 2), S. 159, 210 ff.; Court of Appeals (Fn. 6), S. 28 ff.

45 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 33. Einen solchen Ausnahmefall nimmt das Gericht dann an, wenn ein OEM die Windows-Installation derartig verändert, dass anstelle des Windows-Desktops eine andere Oberfläche erscheint, die diesen völlig in den Hintergrund treten lässt.

46 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 40 ff.

47 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 51.

Diese *rechtliche* Praxis rundete Microsoft schließlich *technisch* dadurch ab, dass es den Internet Explorer auf eine Weise in Windows integrierte, die es unmöglich machte, ihn zu löschen und an seiner Stelle den Netscape Navigator zu installieren. Andere Gründe als den Wunsch nach Verdrängung von Netscape vermochte Microsoft dafür nicht anzuführen⁴⁸.

(2) Geschäftspraktiken zur Ausschaltung von Java

Jeder wettbewerblichen Rechtfertigung entbehren auch die Praktiken, mit denen Microsoft versuchte, die Etablierung von Sun's middleware Java zu verhindern. Java enthält neben einer Programmiersprache, APIs und Compiler eine „Java Virtual Machine“ (JVM), die notwendig ist, um die auf Java als „middleware“ aufgesetzten Programme ablaufen zu lassen. Hier setzte Microsofts Strategie in technischer Hinsicht an: Es entwickelte eine von der Original-JVM abweichende, teilweise mit ihr inkompatible JVM. Microsofts JVM lief nur auf Windows-Rechnern. Gleiches galt für Programme, die für diese JVM geschrieben waren. Der betriebssystemübergreifende Charakter von Java als middleware wurde dadurch sabotiert⁴⁹. Zwar weist das Berufungsgericht zu Recht die Auffassung des Bezirksgerichts zurück, dass bereits die Schaffung und Förderung einer zweiten, mit dem Original inkompatiblen Version der JVM einen Kartellrechtsverstoß darstellen könne⁵⁰: Auch ein Monopolist ist nicht verpflichtet, seine Wettbewerber durch Entwicklung kompatibler Produkte zu fördern und insoweit auf die Entfaltung eigener Wettbewerbsaktivitäten zu verzichten⁵¹. Gleiches gilt im Grundsatz für die Versuche Microsofts, Internet Service Vendors (ISVs) offen dazu zu bringen, ihren Produkten Microsofts Version der JVM zu Grunde zu legen. Doch überschritt Microsoft die Grenze des kartellrechtlich Zulässigen, indem es mit diesen ISVs Ausschließlichkeitsvereinbarungen traf, wodurch Sun's betriebssystemübergreifende JVM von einem beträchtlichen Teil des Marktes ausgeschlossen wurde. Schließlich nutzte Microsoft seine Vormachtstellung auf dem Betriebssystemmarkt aus, um Druck auf den Hardwarehersteller Intel auszuüben, seine Unterstützung für Sun's Java einzustellen⁵².

(3) Schutz potenzieller Wettbewerber

Dass Navigator und Java als potenzielle Substitutionsprodukte bei der Marktabgrenzung unberücksichtigt blieben, lässt es – entgegen einer von Microsoft vorgetragene Auffassung – nicht widersprüchlich erscheinen, sie gleichwohl in den Schutz der Sec. 2 Sherman Act einzubeziehen. Im Gegenteil würde es, wie das Berufungsgericht zu Recht betont, dem Geist des Monopolisierungsverbots widersprechen, dem Monopolisten zu gestatten, derartige Entwicklungen bereits im Keim zu ersticken, bevor sich die Gefährdung des Monopols hinreichend verfestigen kann⁵³.

Der Schutz der Sec. 2 Sherman Act erstreckt sich auch auf potenzielle, „im Werden begriffene“ Wettbewerber (*nascent competitors*). Diese müssen auch nicht etwa den (praktisch kaum möglichen) direkten Beweis dafür erbringen, dass sich ihre Produkte tatsächlich zu

vollwertigen Substituten entwickelt hätten. Es genügt, dass die Behinderung potenzieller Wettbewerber *erstens* (normativ betrachtet) grundsätzlich geeignet ist, in substantieller Weise zur Aufrechterhaltung einer Monopolstellung beizutragen. *Zweitens* müssen die potenziellen Wettbewerber (in tatsächlicher Hinsicht) zum Zeitpunkt des wettbewerbswidrigen Verhaltens vernünftigerweise als künftige Bedrohungen des Monopols angesehen werden können.

Auch dies war vorliegend der Fall⁵⁴. Die Unsicherheit darüber, ob sich diese Drohung tatsächlich realisiert hätte, ist Folge des wettbewerbswidrigen Verhaltens und geht daher zu Lasten des potenziellen Kartellrechtsverletzers. Microsoft wurde daher zu Recht auch nicht mit seinem Einwand gehört, die Kausalität zwischen seinen Geschäftspraktiken und der tatsächlichen Aufrechterhaltung des Monopols sei nicht hinreichend nachgewiesen⁵⁵.

2. Versuchte Monopolisierung des Browsermarktes i.S.v. Sec. 2 Sherman Act

a) Verbotsvoraussetzungen

Ein Verstoß gegen das Verbot der versuchten Monopolisierung i.S.v. Sec. 2 Sherman Act setzt dreierlei voraus: Der potenzielle Rechtsverletzer muss

- (1) ein wettbewerbswidriges Verhalten (*predatory or anticompetitive conduct*) an den Tag legen,
- (2) mit der Absicht handeln, einen Markt zu monopolisieren (*specific intent*), und
- (3) es muss eine hohe Wahrscheinlichkeit (*dangerous probability*) dafür bestehen, dass er damit Erfolg haben wird⁵⁶.

Eine solche Wahrscheinlichkeit liegt vor, wenn der hypothetische Monopolist bei einem Erfolg seiner Strategie tatsächlich seine Monopolmacht auskosten könnte. Dies wiederum ist nur der Fall, wenn der richtig abgegrenzte relevante Markt durch substantielle Marktzutrittschranken gegen den Zutritt neuer Wettbewerber geschützt wird⁵⁷.

b) Erstinstanzliche Entscheidung

Die Prüfung dieser Voraussetzungen durch das Bezirksgericht fiel vergleichsweise knapp aus. Es definierte den sachlich relevanten Markt als den „Browser-Markt“. Die Monopolisierungsabsicht Microsoft leitete es aus den Versuchen Microsofts ab, Netscape von der Entwicklung eines Navigators für moderne 32-Bit Windows-Betriebssysteme (Windows 9x, Windows NT) abzubringen und (nach dem Scheitern dieser Strategie) den Navigator

48 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 36 ff.

49 Zur Funktion der middleware siehe oben Fn. 37.

50 Vgl. Conclusion of Law (Fn. 3), S. 43 f.; Court of Appeals (Fn. 6), S. 52 f. Dass dadurch möglicherweise das Urheberrecht von Sun and Java bzw. vertragliche Absprachen zwischen Microsoft und Sun verletzt wurden, steht auf einem anderen Blatt.

51 Vgl. dazu bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 713 f.

52 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 53 ff.

53 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 19 und S. 61.

54 Vgl. Finding of Facts (Fn. 2), S. 68 ff.; siehe auch Fn. 37.

55 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 59 ff.

56 Vgl. *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U. S. 447, 456 (1993).

57 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 63.

durch die beschriebenen rechtlichen und technischen Strategien vom Markt zu verdrängen. Die hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgs dieser Strategie leitete das Gericht einmal daraus ab, dass Microsoft – hätte Netscape dem Vorschlag zugestimmt – auf dem Markt für Windows-Browser eine Monopolstellung zugefallen wäre, die es womöglich in ähnlicher Weise durch künstliche Zutrittschranken hätte absichern können wie den Markt für Betriebssysteme. Zum anderen hätten die von Microsoft tatsächlich durchgeführten Strategien den Marktanteil des Internet Explorers von unter 30% im Jahre 1995 auf über 60% Anfang 2001 anwachsen lassen, und zwar mit weiter steigender Tendenz⁵⁸.

c) Entscheidung des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht hält die Feststellungen des Bezirksgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht für unzureichend. Ohne auf die ersten beiden Voraussetzungen des Tests einzugehen⁵⁹, untersucht es allein die hohe Wahrscheinlichkeit, den Browsermarkt zu monopolisieren, die es als nicht erwiesen erachtet. Seiner Ansicht nach fehlt bereits eine hinreichend klare Marktabgrenzung. Vor allem aber sei ein verbotener Monopolisierungsversuch nur dann anzunehmen, wenn der Zielmarkt hohe Eintrittsbarrieren aufweise. Insoweit mutmaßte das Bezirksgericht lediglich, dass Microsoft ähnliche Strategien anwenden und Netzwerkeffekte ausnutzen könnte wie auf dem Betriebssystemmarkt⁶⁰. Es versäumte zu untersuchen, ob der Browsermarkt notwendig denselben Regeln folge wie der Betriebssystemmarkt, namentlich ob das Entstehen von Netzwerkeffekten überhaupt wahrscheinlich und die dadurch begründeten Marktzutrittschranken ähnlich bedeutsam sind wie auf dem Betriebssystemmarkt⁶¹.

d) Stellungnahme

Man mag füglich bezweifeln, ob die sachliche Eingrenzung des relevanten Marktes als „Browsermarkt“ wirklich unzureichend ist; die vom Berufungsgericht beispielhaft vorgeschlagene Definition als Markt für „Browser, die aus einem graphischen Interface und Internet Protokollen bestehen“⁶², dürfte kaum trennschärfer ausfallen.

Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht aber darin, dass sich die Feststellungen zum Betriebssystemmarkt nicht einfach auf den Browsermarkt übertragen lassen. Zwar ist das Auftreten von Netzwerkeffekten mit Blick auf die Natur der Browser als middleware wahrscheinlich und deren wettbewerbswidrige Verstärkung nicht ausgeschlossen⁶³. Doch sind solche Effekte nach Art und Umfang nicht zwangsläufig jenen gleichzusetzen, die auf dem Betriebssystemmarkt auftreten.

So muss sich ein Betriebssystemnutzer regelmäßig für ein System entscheiden: Die Einrichtung zweier Betriebssysteme auf demselben Rechner ist zwar technisch möglich (sog. Dual-Boot-System), überlastet jedoch die technischen Fähigkeiten eines durchschnittlichen Anwenders, ist mit erheblichen Fehlerrisiken behaftet und verbraucht in hohem Maße Systemressourcen, weil nicht nur das Betriebssystem, sondern auch die jeweils kompatible Anwendungssoftware doppelt installiert werden

muss. Zudem ist kein Wechsel zwischen den Betriebssystemen im laufenden Rechnerbetrieb möglich. Die zusätzliche Einrichtung eines zweiten Browsers ist dagegen wesentlich einfacher, birgt regelmäßig keine über die Einrichtung eines normalen Anwendungsprogramms hinausgehenden Risiken für die Systemstabilität und verbraucht deutlich weniger Ressourcen. Auch kann ein Nutzer im laufenden Betrieb zwischen verschiedenen Browsern hin- und herwechseln oder sie sogar parallel einsetzen.

Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Konkurrent einen dem Internet Explorer technisch überlegenen Browser entwickelt und damit in den Browsermarkt eindringt, weil dieser schneller, stabiler oder leichter bedienbar ist, weniger Ressourcen beansprucht oder über mehr Funktionen verfügt, ist deshalb erheblich höher als diejenige, dass sich neben Windows ein zweites Betriebssystem etabliert. Im Ergebnis verdient die Auffassung des Berufungsgerichts daher Zustimmung⁶⁴.

3. Verbotene Koppelung i.S.v. Sec. 1 Sherman Act

a) Verbotsvoraussetzungen

Nach Maßgabe der höchstgerichtlichen Rechtsprechung verstoßen Koppelungsgeschäfte (*tying arrangements*) unter vier Voraussetzungen *per se* (d. h. unwiderleglich) gegen das Kartellverbot der Sec. 1 Sherman Act:

- (1) Es müssen zwei gesonderte Produkte – *tying good* und *tyed good* – vorliegen (*separate products*-Test).
- (2) Der potenzielle Kartellrechtsverletzer muss über Marktmacht auf dem Markt für das bindende Produkt verfügen.
- (3) Er darf dem Kunden keine Alternative zum Erwerb des gebundenen Produkts lassen, und
- (4) muss das Koppelungsgeschäft die Wettbewerber in erheblichem Umfang um ihre Absatzmöglichkeiten bringen⁶⁵.

Erfolgt eine solche Koppelung durch eine körperliche Integration des gebundenen Produkts in das bindende Produkt (*physical tie-in*), so liegt darin allerdings nur dann ein Kartellrechtsverstoß, wenn es dafür an einer technologischen Rechtfertigung fehlt⁶⁶.

b) Entscheidung des Bezirksgerichts und Berufungsbegründung von Microsoft

Nach Auffassung des *Bezirksgerichts* verstieß Microsoft gegen das Kartellverbot der Sec. 1 Sherman Act,

58 Vgl. Conclusion of Law (Fn. 6), S. 45 f.

59 Beide Voraussetzungen dürften hier vorgelegen haben. Zu den wettbewerbswidrigen, auch und gerade auf eine Monopolisierung des Browsermarktes hinauslaufenden Praktiken siehe bereits unter III.1.c bb.

60 Siehe oben bei Fn. 58.

61 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 63 ff.

62 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 66.

63 Siehe dazu oben Fn. 37.

64 Kritisch zur Entscheidung des Bezirksgerichts bereits *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 714.

65 Vgl. *Eastman Kodak Co. v. Image Tech. Servs., Inc.*, 504 U. S. 451, 461 f. (1992); *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U. S. 2, 12 ff. (1984).

66 Vgl. dazu eingehend mit umfangreichen Belegen *Fleischer* (Fn. 15), S. 129 ff.; *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705, 715.

indem es seinen Internet Explorer in das Windows Betriebssystem integrierte und zwingend mit diesem zusammen vertrieb. Auf diese Weise habe es zwei Produkte gekoppelt, ohne dass dies durch technische Notwendigkeiten oder Effizienzermäßigungen gerechtfertigt gewesen sei.

Derartige Koppelungsgeschäfte liefen Sec. 1 Sherman Act *per se* zuwider⁶⁷. Microsoft hielt dem entgegen, dass es sich bei Browser und Betriebssystem nicht um zwei gesonderte Produkte handle und dass die Sichtweise des Bezirksgerichts, Innovationsleistungen inhibiere, die auch in der Integration zuvor getrennter Funktionen in ein bestehendes Produkt liegen könnten.

c) Entscheidung des Berufungsgerichts

Nach Auffassung des Berufungsgerichts passen weder der *separate products*-Test noch die *per se*-Regel auf den vorliegenden Fall. Das Gericht gibt Microsoft insoweit Recht, als eine strenge Anwendung des *separate products*-Tests in Verbindung mit einer *per se*-Regel innovationshemmend wirken könne⁶⁸. Der Supreme Court selbst habe darauf hingewiesen, dass die Gerichte potenziell kartellrechtswidrige Geschäftspraktiken erst bei hinreichender Erfahrung als *per se* verboten einordnen sollten⁶⁹. Eröffne ein Fall – wie der vorliegende – gänzlich neue Dimensionen, so sei eine Überprüfung am flexiblen Maßstab der *rule of reason* sachgerechter⁷⁰. Für den (eher unwahrscheinlichen) Fall, dass sich das Department of Justice (DoJ) entschließen sollte, das Verfahren insoweit fortzuführen, gibt das Berufungsgericht dem Bezirksgericht auf, nach einer sorgfältigen Marktabgrenzung die wettbewerblichen Vor- und Nachteile der Integration von Betriebssystem und Browser gegeneinander abzuwägen⁷¹.

d) Stellungnahme

In der Tat lässt sich die Frage, ob es sich bei Browser und integriertem Betriebssystem um zwei gesonderte Erzeugnisse handelt oder ob beide ein neues Produkt darstellen, nur schwer im Sinne einer Alles-oder-Nichts-Entscheidung beantworten⁷².

Vor allem aber kann eine solche Entscheidung gerade in Industriezweigen mit hohem Innovationstempo wie der Computer- und Softwareindustrie nicht abschließend „für alle Zeit“ getroffen werden. Eine statische Betrachtungsweise liefe darauf hinaus, die technologisch womöglich sinnvolle und effizienzfördernde Integration eines Produkts in ein anderes immer als kartellrechtswidrig anzusehen.

Der Innovationsführer, der diese Integration als Erster wage, liefe Gefahr auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Das Berufungsgericht hat dies am Beispiel des Marktes für magnetische Speichermedien eindrucksvoll veranschaulicht⁷³: Dort verkaufte IBM in den 50er Jahren zunächst Festplatten-Speicher, in denen Schreib-/Leseköpfe und Speichermedium integriert waren. Da die Kapazität der Speicherme-

dien bald nicht mehr ausreichte und sich nach dem damaligen Stand der Technik nicht steigern ließ, entkoppelte IBM diese Produkte und bot Laufwerke mit austauschbaren Disketten an. Als die Speichertechnologie entsprechend fortgeschritten war, re-integrierte IBM Köpfe und Speichermedien zu den heute gebräuchlichen Festplattenlaufwerken – und wurde prompt (wenn auch erfolglos) vom einem Diskettenanbieter wegen rechtswidriger Koppelung verklagt⁷⁴. Der Entscheidung des Berufungsgerichts, den Microsoft-Fall zu erneuter Prüfung nach Maßgabe der *rule of reason* an die erste Instanz zurückzuverweisen, ist daher im Ergebnis beizupflichten. Dies hat zugleich zur Folge, dass der *separate products*-Tests seine Funktion als *conditio sine qua non* der Feststellung eines Verstoßes gegen Sec. 1 Sherman Act weithin einbüßt: einerseits begründet das Vorliegen zweier Produkte noch keinen Kartellrechtsverstoß, andererseits kann ein solcher Verstoß nach dem *rule of reason*-Test auch dann vorliegen, wenn man nur ein einziges Produkt annimmt und dessen Vermarktungsmethoden untersucht⁷⁵.

Anzusetzen ist in beiden Fällen bei den wettbewerblichen Auswirkungen der konkreten, die Koppelung oder Produktintegration begleitenden Maßnahmen. Es liegt nahe, dass zwar nicht die Integration des Browsers als solche, wohl aber die verschiedenen Praktiken, mit denen Microsoft OEMs, ISPs und Verbraucher daran hinderte, die beiden Produkte wieder zu „entkoppeln“, auch bei Anwendung eines *rule of reason*-Tests die Annahme eines Verstoßes gegen Sec. 1 Sherman Act rechtfertigen⁷⁶.

IV. Rechtsfolgen

Ein Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act ist eine Straftat, die unter anderem Geldstrafen von bis zu 10 Mio. US-\$ nach sich zieht. Hinzu tritt die Möglichkeit privater Kläger, der Bundesstaaten sowie der Vereinigten Staaten wegen des Verstoßes gegen diese Norm (grundsätzlich dreifachen) Schadensersatz nach Sec. 4 ff. Clayton Act oder eine richterliche Verfügung (*injunctive relief*) nach Sec. 16 Clayton Act geltend zu machen⁷⁷. Im Mittelpunkt des Microsoft-Verfahrens steht der letztgenannte Aspekt. Die dem Gericht zu Gebote stehenden Möglichkeiten sind vielfältig und lassen sich grob in Maßnahmen der Verhaltenskontrolle (*behavioral relief* oder *conduct re-*

67 Vgl. Conclusions of Law (Fn. 3), S. 47 ff.

68 Court of Appeals (Fn. 6), S. 76.

69 Vgl. Broad. Music, Inc. v. CBS, 411 U. S. 1. 9 (1979); United States v. Topco Assocs., 504 U. S. 596, 607 f. (1972).

70 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 69, 75 ff.

71 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 86 ff.

72 Vgl. dazu bereits die kritische Würdigung der erstinstanzlichen Entscheidung in Fleischer/Doege, WuW 2000, 705, 715 f.

73 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 78 ff.

74 Vgl. ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp., 448 F. Supp. 228 (N. D. Cal. 1978). Das Gericht kam zu dem Schluss, dass Festplattenlaufwerke ein Produkt seien, a. a. O., S. 233. Dazu Court of Appeals (Fn. 6), S. 84 f.

75 Vgl. Beispiele bei Court of Appeals (Fn. 6), S. 89.

76 Zu diesen Praktiken siehe oben unter III.1.c bb; vgl. auch eingehend Fleischer/Rubinfeld, 46 Antitrust Bull. (2001), 1, 35 ff.

77 Vgl. dazu eingehend Körper, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996, S. 105 ff.; Shelanski/Sidak, 68 U. Chi. L. Rev. (2001), 1, 45 ff.

lief) und der Strukturkontrolle (*structural relief*) unterteilen. Ein besonders drastisches Mittel der Strukturkontrolle bildet die Entflechtung (*divestiture*)⁷⁸.

1. Entscheidung des Bezirksgerichts

In seinem Final Judgement ordnete das Bezirksgericht eine Zerschlagung Microsofts in zwei unabhängige Unternehmen an, von denen eines das Betriebssystemgeschäft und das andere das Geschäft mit Anwendungssoftware übernehmen sollte (*vertical divestiture*). Für die Zeit bis zur vollständigen Durchführung dieser Aufspaltung verpflichtete es Microsoft zusätzlich, bestimmte Softwarefunktionen gegenüber ISVs und OEMs offenzulegen, und untersagte ihm die oben beschriebenen Praktiken einschließlich der Koppelung von Betriebssystem und Internet Explorer⁷⁹.

2. Entscheidung des Berufungsgerichts

Das Berufungsgericht hat die Rechtsfolgenanordnung des Bezirksgerichts vollständig aufgehoben und den Fall auch insoweit an die erste Instanz zurückverwiesen. Zur Begründung führt es mehrere Argumente ins Feld:

- *Erstens* stützt es sich darauf, dass das Bezirksgericht Microsoft im letzten Prozessabschnitt weder ausreichendes rechtliches Gehör geschenkt noch seine Rechtsfolgenanordnung hinreichend begründet habe⁸⁰.
- *Zweitens* hält es dem Bezirksgericht vor, bei der Rechtsfolgenanordnung nicht nach einzelnen Tatbeständen differenziert zu haben⁸¹.
- *Drittens* bejaht es ein außergerichtliches Fehlverhalten des Bezirksrichters Jackson, der durch Äußerungen gegenüber der Presse den Eindruck der Parteilichkeit erweckt habe⁸².

Für die Neuverhandlung gibt das Berufungsgericht zu bedenken, dass das Bezirksgericht zwar grundsätzlich über breites richterliches Ermessen hinsichtlich der anzuordnenden Rechtsfolgen verfüge, so dass auch die Zerschlagung Microsofts als Rechtsfolge in Betracht komme, doch hätte den meisten Fällen, in denen die Gerichte bisher eine Entflechtung angeordnet hätten, ein Unternehmenszusammenschluss zu Grunde gelegen⁸³.

Die Aufspaltung eines einheitlich gewachsenen Unternehmens (*unitary company*) wie Microsoft könne sich in der Praxis deutlich schwieriger gestalten⁸⁴. Zudem sei in diesem Zusammenhang genau zu untersuchen, inwieweit Microsoft seine Monopolstellung wirklich seinem wettbewerbswidrigem Verhalten zu verdanken habe. Lasse sich nicht sicher feststellen, dass Microsoft diese Stellung ohne die wettbewerbswidrigen Praktiken verloren hätte, so komme eher ein allein gegen diese Verhaltensweisen gerichtetes Vorgehen (*behavioral relief*) in Betracht⁸⁵.

Da Microsoft sein Monopol im Wesentlichen durch überlegenes Produktdesign und Marketing aufgebaut hat und für die hohen Marktzutrittsschranken infolge ausgeprägter Netzwerkeffekte kartellrechtlich nicht verantwortlich

ist⁸⁶, steht zu erwarten, dass sich die Rechtsfolgenanordnungen des Bezirksgerichts in diesem Rahmen halten werden. Die ursprünglich angeordnete Zerschlagung erscheint in diesem Lichte nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch zur Lösung des eigentlichen Problems ungeeignet⁸⁷: Das Betriebssystemmonopol bliebe in Gestalt des Teilunternehmens „Microsoft-Betriebssysteme“ unangetastet⁸⁸. Alternativvorschläge, die auf einer Spaltung Microsofts in mehrere vertikal integrierte und miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen (*horizontal divestiture*) eintreten⁸⁹, vermeiden zwar diesen Fehler, erscheinen aber mit Blick auf die vorbeschriebenen Bedenken in ihrem Konsequenzen ebenfalls zweifelhaft⁹⁰. Dies gilt erst recht für den Vorschlag, die bezirksgerichtliche Verfügung um eine weitere (horizontale) Aufspaltung der „Microsoft-Betriebssysteme“ in drei unabhängige Gesellschaften („Baby Bells“) zu erweitern⁹¹.

V. Praktische Konsequenzen

Microsoft hat umgehend auf das Urteil des Berufungsgerichts reagiert: Obwohl es nach wie vor eine völlige Aufhebung des Urteils sucht, kündigte das Unternehmen am 11. 7. 2001 an, seine Lizenzierungspraktiken gegenüber OEMs zu ändern und die Installation anderer Browser sowie die Änderung des Windows Desktop zu erlauben. Außerdem sollen Anwender, die einen anderen Browser nutzen wollen, technisch in die Lage versetzt werden, den Internet Explorer zu löschen⁹².

Die Entscheidung hat darüber hinaus Bedeutung für die mehr als 100 privaten Schadensersatzklagen gegen Microsoft, die sich hinsichtlich des Monopolisierungs-

78 Dazu bereits eingehend Fleischer/Doege, WuW 2000, 705, 716 ff.; Comanor, The problem of remedy in monopolization cases: the Microsoft case as an example, 46 Antitrust Bull. (2001), 115 ff.; Levinson/Romaine/Salop, The flawed fragmentation critique of structural remedies in the Microsoft case, 46 Antitrust Bull. (2001), 135 ff.; Shelanski/Sidak, Antitrust Divestiture in Network Industries, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 15 ff.

79 Vgl. Final Judgement (Fn. 4), S. 59 ff.; dazu eingehend Shelanski/Sidak, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 75 ff.

80 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 6 und S. 96 ff.

81 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 100 ff.

82 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 6 und S. 106 ff.

83 Zu den vergleichsweise seltenen Fällen, in denen gewachsene Monopole zerschlagen wurden, vgl. Comanor, 46 Antitrust Bull. (2001), 115, 118 ff.; Shelanski/Sidak, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 45 ff. und 90 ff.

84 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 103 f.

85 Vgl. Court of Appeals (Fn. 6), S. 105 f., unter Zitierung von Areeda/Hovenkamp, Antitrust Law, 1995, § 650 a, S. 67.

86 Siehe dazu bereits Fleischer/Doege, WuW 2000, 705, 707 f. und 713.

87 Zweifeln auch Shelanski/Sidak, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 82 ff.

88 Vgl. Stellungnahme der Wirtschaftswissenschaftler Litan, Noll, Nordhaus und Scherer, Remedies Brief of Amici Curiae (Fn. 12), 48.

89 Dafür etwa Levinson/Romaine/Salop, 46 Antitrust Bull. (2001), 135 ff.; ähnlich Comanor, 46 Antitrust Bull. (2001), 115, 128 ff.

90 Vgl. ausführlich und kritisch zu den verschiedenen, auf eine Zerschlagung von Microsoft hinauslaufenden Lösungsansätzen Shelanski/Sidak, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1 ff., insb. 73 ff.

91 Für eine solche „complete divestiture“ insb. Litan, Noll, Nordhaus und Scherer (Fn. 12), 46 ff., die insoweit auch auf die Zerschlagung des Bell Systems in mehrere Gesellschaften (sog. „Baby Bells“) infolge des AT&T-Falls verweisen (ebenda, 24); dagegen Shelanski/Sidak, 68 U.Chi.L.Rev. (2001), 1, 83 ff.

92 Vgl. dazu Krim/Cha, Microsoft to Let PC Firms Change Windows Setup, Washington Post vom 12. 7. 2001, S. A01 (abrufbar unter: <http://washingtonpost.com/wp-dyn/business/specials/microsofttrial/A47506-2001Jul11.html>); siehe auch FAZ vom 13. 7. 2001, 24 (Markt & Meinung: Das Ende des Browser-Krieges).

vorwurfs nunmehr auf die Entscheidung des Berufungsgerichts berufen können und „nur“ noch nachweisen müssen, dass sie durch diesen Kartellrechtsverstoß einen Schaden erlitten haben⁹³.

Der Nachweis konkreter Schäden einzelner Kunden oder Konkurrenten dürfte sich allerdings auf Grund der hohen Anforderungen, die die US-Rechtsprechung daran stellt, in der Praxis als äußerst schwierig erweisen⁹⁴. Ob all dies angesichts des Umstands, dass Microsoft den Browsermarkt mittlerweile nahezu ebenso beherrscht wie denjenigen für Betriebssysteme, noch hilft, bleibt abzuwarten. Das Verfahren befindet sich derzeit wieder beim Bezirksgericht⁹⁵. Das DoJ hat mitgeteilt, dass es bei der anstehenden Neuverhandlung weder seine Forderung nach der Zerschlagung von Microsoft noch den Vorwurf rechtswidriger Koppelung von Windows und Internet Explorer im erneuten Verfahren vor dem Bezirksgericht aufrechterhalten wird⁹⁶. Die ebenfalls an der Klage beteiligten Bundesstaaten Kalifornien und New York haben daraufhin angekündigt, notfalls im Alleingang strengere Sanktionen zu suchen⁹⁷.

Trotzdem könnte sich der Microsoft-Fall am Ende, wie viele Kartellrechtsfälle vor ihm, als Pyrrhus-Sieg erweisen⁹⁸. Ganz in diesem Sinne kommentierte *Tom Miller*, der Attorney General von Iowa, bereits die Reaktion Microsofts auf das berufsgerichtliche Urteil: „Much of the Microsoft announcement deals with the browser – but the browser war is over. Microsoft has won.“⁹⁹

93 Dazu *Johnson*, Microsoft Faces Collateral Damage, Washington Post vom 11. 7. 2001, S. E01 (abrufbar unter: <http://washingtonpost.com/wp-dyn/business/specials/microsofttrial/A42977-2001Jul10.html>).

94 Dazu eingehend *Körber*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996, S. 174 ff.

95 Vgl. FAZ Nr. 208 vom 7. 9. 2001, 17.

96 Vgl. FAZ Nr. 208 vom 7. 9. 2001, 17; kritisch *Knop*, FAZ Nr. 214 vom 14. 9. 2001, 17: „Microsoft ist überall“.

97 *Krim*, Justice, States ad Odds on Microsoft, Washington Post vom 8. 9. 2001, S. E01 (abrufbar unter: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A59809-2001Sept7.html>); siehe auch FAZ Nr. 211 vom 10. 9. 2001, 20, Staatsaktionen gegen Microsoft?

98 Vgl. den prägnanten Aufsatztitel von *Elzinga*, The Antimerger Laws: Pyrrhic Victories, 12 J.L. & Econ. (1969), 43.

99 Wiedergegeben bei *Krim/Cha*, Washington Post vom 12. 7. 2001, S. A01 (abrufbar unter: <http://washingtonpost.com/wp-dyn/business/specials/microsofttrial/A47506-2001Jul11.html>).

E-Commerce-Richtlinie und Vergaberecht: Zur formellen Wirksamkeit der elektronischen Angebotsabgabe im Vergabeverfahren

Von Dr. Heiko Höfler und Dr. Annette Rosenkötter, Frankfurt a. M.*

Die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie greifen in nahezu alle Rechtsgebiete ein. Sie haben unter anderem auch unmittelbare Auswirkungen auf das Vergaberecht. Künftig wird es möglich sein, Angebote im Vergabeverfahren auch auf elektronischem Wege abzugeben.

Der nachfolgende Beitrag macht deutlich, wo Schwachstellen mit der Umsetzung der Richtlinie im Vergabeverfahren auf nationaler Ebene zu erwarten sind.

I. Problemstellung

Das Volumen der öffentlichen Aufträge in der Union beträgt pro Kalenderjahr mehr als 1 Billion Euro. Es ist erklärtes Ziel der Unionspolitik, in diesem Bereich die Vorteile des Binnenmarktes voll zum Tragen zu bringen¹. Auch Ziel der so genannten „E-Commerce-Richtlinie“ (ECRL) ist es, Europa auf dem Weg zu einer wettbewerbsfähigen Wissensgesellschaft voranzubringen².

Im Vergaberecht können gemäß § 15 VgV³ „die Auftraggeber zulassen, dass die Abgabe der Angebote in anderer

Form als schriftlich (...) erfolgen kann“ – also auch elektronisch. Nach dem Wortlaut der Regelung ist damit grundsätzlich nur die schriftliche Einreichung des Angebots formwirksam und beachtlich; erst wenn der Auftraggeber die elektronische Form explizit akzeptiert, soll diese zulässig sein.

Der Anwendung moderner Kommunikationsformen im Vergabeverfahren wird ein erhebliches Potenzial eingeräumt: In ihrer Mitteilung über das öffentliche Auftragswesen der Europäischen Union vom 11. 3. 1998⁴ hat die Kommission sich zum Ziel gesetzt, bis zum Jahr 2003 25% aller öffentlichen Aufträge auf

* Der Autor *Höfler* ist Partner der Kanzlei *Knauthe Paul Schmitt* in Frankfurt a. M., die Autorin *Rosenkötter* ist dort als Anwältin tätig. Mehr über sie erfahren Sie auf S. VIII.

1 *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement, 1996, S. 46 f.
2 Pressemitteilung vom 4. 5. 2001, GD Internal Market; *Lindholm*, CRI 2000, 65.

3 Insofern die Verdingungsordnungen selbst Regelungen über die elektronische Angebotsabgabe enthalten, hat § 15 Abs. 1 VgV subsidiären Charakter, so *Kratzenberg*, NZBau 2000, 119, 121, so bisher für § 21 VOB /A.

4 KOM(1998)143 endg. vom 11. 3. 1998.