

Übungen im Handels- und Wirtschaftsrecht Herbstsemester 2007

Fall 15

Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – *Microsoft*

Prof. Dr. Andreas Heinemann

Lernziele

1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes
2. Missbrauch von Marktmacht
3. Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung
4. Verschiedene Missbrauchsformen
5. Der „Microsoft“-Fall

Vorbemerkung

„Microsoft“-Verfahren waren oder sind in mehreren Staaten anhängig, z.B.:

USA (1)

- "*Microsoft-Browser-Verfahren*" (1996 – 2004): *Microsoft* verteidigt seine beherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme (zugunsten seines *Internet Explorer*), indem es mögliche Substitute rechtswidrig behindert, insbesondere andere *Browser* (*Netscape Navigator*).
- **7.6.2000:** *Final Judgment* und *Memorandum and Order*. Der zuständige *District Court* ordnet die Aufspaltung von *Microsoft* in zwei getrennte Unternehmen für Betriebssystem und Anwendungssoftware an.

USA (2)

US Court of Appeals DC Circuit, 28.6.2001

- Beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme wurde wettbewerbswidrig verteidigt.
- Entflechtungsanordnung des District Court wurde kassiert.
- Kartellbehörden akzeptieren einen Vergleich.

USA (3)

District Court, 12.11.2002:

Genehmigung des folgenden Vergleichs:

- *Microsoft* darf **Produktintegration** fortsetzen (also keine Pflicht zur Entfernung des *Internet Explorer* aus dem Betriebssystem), muss aber jeweils einige Monate im voraus Schnittstelleninformationen liefern;
- Ebenfalls **offenzulegen** sind alle *Communications Protocols*, die in einem Betriebssystem auf einem *Client Computer* installiert sind, und welche mit *Microsoft Server Software* kommunizieren sollen (*Server-Aspekt* des amerikanischen Verfahrens!);
- *Microsoft* verpflichtet sich zur **Lizenzierung** aller Schutzrechte (gegen angemessene Gebühr), die für die Durchführung des Vergleichs erforderlich sind.

EU (1)

Vorgeschichte: Die Europäische Kommission verzichtete im Zuge der bilateralen Zusammenarbeit EU/USA zunächst auf eigene kartellrechtliche Ermittlungen. Im Jahr 2000 leitete sie dann außerhalb des Browser-Streits ein Verfahren gegen *Microsoft* ein.

EU (2)

Europäische Kommission, 24.3.2004:

Microsoft-Entscheidung:

Bussgeld i.H.v. 497 Millionen Euro

EU (3)

(1) Schnittstelleninformationen

Kompatibilitätsprobleme zwischen konkurrierender Server Software und dem *Windows*-Betriebssystem.

Europäische Kommission: Strategie zielt auf missbräuchliche Eroberung des Markts für Arbeitsgruppen-Server-Software.

➔ Microsoft muss allen interessierten Unternehmen Schnittstelleninformationen zukommen lassen.

EU (4)

(2) Bundling

Integration des Windows Media Player (*WMP*) in das *Windows*-Programm.

Europäische Kommission: Wegen der gemeinsamen Verbreitung von Betriebssystem und Media Player werden konkurrierende Media Player behindert.

→ *Microsoft* muss eine tadellos funktionierende *Windows*-Version ohne Media Player anbieten.

EU (5)

EuG, 17.9.2007, Rechtssache, T-201/04

- Die Entscheidung der Kommission (inklusive Höhe der Geldbusse) wird im wesentlichen aufrechterhalten.
- Lediglich die Anordnung der Einsetzung eines unabhängigen Überwachungsexperten (auf Kosten von *Microsoft*) wird aufgehoben.

Keine Rechtsgrundlage für die Delegation solch weitreichender Untersuchungsbefugnisse an Dritte

Schweiz

- Vor der Weko (oder den Schweizer Gerichten) ist kein Microsoft-Verfahren anhängig.
- Die Kartellbehörde hat ein Aufgreifermessen.
- Ist Schweizer Kartellrecht überhaupt auf ein ausländisches Unternehmen anwendbar?

Kartellgesetz (KG)

Art. 2 Geltungsbereich

1 Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

1^{bis} Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

2 Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

Geltungsbereich KG

1. Sachlicher Geltungsbereich

hier: Ausübung von Marktmacht

2. Persönlicher Geltungsbereich

Unternehmen des privaten Rechts

3. Örtlicher Geltungsbereich

Auswirkungsprinzip: Vertrieb der *Microsoft*-Produkte auch in der Schweiz

Kartellgesetz (KG)

Art. 3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

1 [Staatliche Marktordnungen, Erfüllung öffentlicher Aufgaben]

2 Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.

3 [Preisüberwachungsgesetz]

Art. 3 Abs. 2 KG

- Schutz des geistigen Eigentums vor übermässiger Kartellrechtsanwendung
- "Fossil vergangener Kartellrechtsepochen" (*Hilty*)
- Tendenz zu restriktiver Auslegung: Einbeziehung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs

Art. 3 Abs. 2 KG

Haben *Microsofts* Schutzrechte für das Betriebssystem *Windows* den Zweck, dem Unternehmen auch die Märkte für Server-Software und für Media Player vorzubehalten?

Nur wenn man diese Frage verneint, kommt man überhaupt zur materiell-rechtlichen Frage des Missbrauchs i.S.v. Art. 7 KG.

Art. 3 Abs. 2 KG

S. ausserdem:

Art. 21 URG Entschlüsselung von Computerprogrammen

1 Wer das Recht hat, ein Computerprogramm zu gebrauchen, darf sich die erforderlichen Informationen über Schnittstellen zu unabhängig entwickelten Programmen durch Entschlüsselung des Programmcodes beschaffen oder durch Drittpersonen beschaffen lassen.

2 Die durch Entschlüsselung des Programmcodes gewonnenen Schnittstelleninformationen dürfen nur zur Entwicklung, Wartung sowie zum Gebrauch von interoperablen Computerprogrammen verwendet werden, soweit dadurch weder die normale Auswertung des Programms noch die rechtmässigen Interessen der Rechtsinhaber und -inhaberinnen unzumutbar beeinträchtigt werden.

Art. 3 Abs. 2 KG

Aus der **Dekompilierungsvorschrift** des Art. 21 URG folgt, dass Urheberrecht nicht der Offenlegung von Computer-Schnittstellen entgegen steht.

➔ Der Weg ins Kartellgesetz ist eröffnet.

Tatbestandsmerkmale von Art. 7 KG

**1. Marktbeherrschende
Stellung**

2. Missbrauch

Marktbeherrschende Stellung

Art. 4 Begriffe

2 Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Marktbeherrschende Stellung

Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt in zwei Schritten:

- a) Abgrenzung des relevanten Marktes**
- b) Beherrschende Stellung auf diesem Markt**

Marktbeherrschende Stellung

a) Abgrenzung des relevanten Marktes

- sachlich
- räumlich
- zeitlich

Sachliche Marktabgrenzung

- synonym: Abgrenzung des **Produktmarkts**
- Art. 11 Abs. 3 lit. a) der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen:

„Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.“

Sachliche Marktabgrenzung

Je enger der sachlich (oder örtlich) relevante Markt abgegrenzt wird, desto wahrscheinlicher ist das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.

Hier: Jeweils sachlich relevanter Markt für (client) Betriebssysteme, Server-Software und Media Player.

H.M.: PC-Betriebssysteme bilden einen eigenständigen Markt (unter Ausschluss des Macintosh-Betriebssystems). Die Gegenmeinung ist gut vertretbar (führt aber nicht zu einem anderen Ergebnis).

Örtliche Marktabgrenzung

- Art. 11 Abs. 3 lit. b) der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen:

„Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.“

Örtliche Marktabgrenzung

Da überall auf der Welt *Microsoft*-Produkte vertrieben werden, ist der Markt weltweit zu definieren.

Exkurs: Wenn man den sachlich relevanten Markt nach Sprachen fragmentieren wollte, wäre der örtlich relevante Markt insoweit jeweils einzugrenzen.

Marktbeherrschende Stellung

Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt in zwei Schritten:

- a) Abgrenzung des relevanten Marktes
- b) Beherrschende Stellung auf diesem Markt**

Marktbeherrschende Stellung

Art. 4 Begriffe

2 Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Marktbeherrschende Stellung

Fähigkeit zu unabhängigem Verhalten

1. Marktstruktur

- Aktueller Wettbewerb (insbesondere Marktanteil)
- Potentieller Wettbewerb (Marktzutrittsschranken)

2. Unternehmensstruktur

- Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Unternehmen (Finanzkraft, technologischer Vorsprung, Markenportfolio)

3. Marktverhalten

- zweifelhaft, z.B. diskriminierende Preise

Marktbeherrschende Stellung

1. Marktstruktur

Microsoft hat einen Marktanteil von über 90 % auf dem Markt für Betriebssysteme. Potentieller Wettbewerb ist gedanklich nicht ausgeschlossen, ist aber in nächster Zeit von marginaler Bedeutung. Hohe Marktzutrittsschranken aufgrund des Netzwerkeffekts.

2. Unternehmensstruktur

Zahlreiche Produkte stärken das Unternehmen; große Finanzkraft.

3. Marktverhalten

In der Vergangenheit zahlreiche Maßnahmen zur Aussperrung von Konkurrenten (z.B. durch vertragliche Vereinbarungen mit Computerherstellern und Anbietern von Internetzugang)

Marktbeherrschende Stellung

Fazit

Microsoft hat eine beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme.

Tatbestandsmerkmale von Art. 7 KG

1. Marktbeherrschende Stellung

2. Missbrauch

Missbrauch

2. Missbrauch

- **Behinderung** anderer Unternehmen oder **Benachteiligung** („Ausbeutung“) der Marktgegenseite
- Sechs Beispiele in Art. 7 Abs. 2 KG

Missbrauch

Zwei Verhaltensweisen kommen als missbräuchlich in Betracht:

- **Verweigerung von**

Schnittstelleninformationen

(gegenüber Anbietern konkurrierender Server-Software)

- **Integration des Media Player ins *Windows*-Betriebssystem**

Schnittstelleninformationen

Ausgangspunkt

Privatautonomie: Jedes Unternehmen kann frei über die Lieferung von Schnittstelleninformationen oder die Lizenzierung von Schutzrechten entscheiden.

Schnittstelleninformationen

Dieser Grundsatz wird durchbrochen, wenn ein Missbrauch vorliegt, z.B.:

- Art. 7 Abs. 2 lit. b) KG: Diskriminierung
- Art. 7 Abs. 2 lit. e) KG: Leistungseinschränkung
- Art. 7 Abs. 2 lit. a) KG: Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
- Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung (Generalklausel)

Schnittstelleninformationen

Diskriminierung

Niemandem werden Schnittstelleninformationen geliefert. (-)

Leistungseinschränkung

Microsoft bietet selber Server-Software an.
Leistungseinschränkung nur dann, wenn Konkurrenzprodukte von besserer Qualität wären.
Nachweis schwierig.

(Das EuG hat es für das europäische Recht ausreichen lassen, dass technischer Fortschritt eingeschränkt wird, und dass Verbraucherpräferenzen für konkurrierende Server-Software existiert.)

Schnittstelleninformationen

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

- Art. 7 Abs. 2 lit. a) KG schafft keinen allgemeinen Kontrahierungszwang zu Lasten von Marktbeherrschern.
- Der Abbruch von Geschäftsbeziehungen wird dann als missbräuchlich angesehen, wenn kein sachlicher Grund hierfür vorliegt („*legitimate business reasons*“).
- Hier: *Microsoft* stellt im Jahr 2000 die Lieferung von Schnittstelleninformationen ein. Die eigene Server-Software soll hierdurch gefördert werden.

Schnittstelleninformationen

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

- Erkennt man dies nicht als sachlichen Grund an, liegt ein Missbrauch vor. (+)
- Außerdem wird die marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme als „Hebel“ eingesetzt, um den benachbarten Markt für Server-Software zu erobern (sog. *leveraging*).
- Schließlich lassen sich die Informationen als *essential facility* bezeichnen.

Missbrauch

Zwei Verhaltensweisen kommen als missbräuchlich in Betracht:

- Verweigerung von Schnittstelleninformationen
- **Integration des Media Player in das *Windows*-Betriebssystem**

Integration des Media Player

- Art. 7 Abs. 2 lit. f) KG: Kopplung
- Art. 7 Abs. 1 KG: Behinderung (Generalklausel)

Integration des Media Player

Kopplung

Wird den Vertragspartnern eine zusätzliche Leistung aufgedrängt, oder wird lediglich ein Produkt der Informationstechnologie weiterentwickelt?

Integration des Media Player

Behinderung (allgemein)

- Die Europäische Kommission (und das EuG) sind der Auffassung, dass die gemeinsame Verbreitung von ubiquitärem Betriebssystem und Media Player konkurrierende Media Player unzulässig behindert.
- Sehr zweifelhaft: Die technische Weiterentwicklung wird hierdurch zu Lasten des Verbrauchers gestört (str.).
- Wenn man dem folgt: (-) (Mindermeinung)

Fazit

- *Microsoft* hat eine beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme.
- Die Feststellung eines Missbrauchs ist in höchstem Mass wertungsgebunden.
- Lösungsvorschlag: Die Verweigerung von Schnittstelleninformationen ist missbräuchlich, nicht aber die Integration des Media Player in das Betriebssystem.
- Folgt man dem EuG, ist auch die Produktintegration missbräuchlich (anders die Lösung in den USA).