



2. Wissenschaftlicher Roundtable, DIW Berlin, 26.10.2007

Rechtliche Umsetzbarkeit des More Economic Approach in der Praxis: Das Microsoft EU-Wettbewerbsverfahren

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)
Friedrich-Schiller-Universität Jena



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

1

Ausgangspunkt

- 17. September 2007: Entscheidung des EuG in allen materiellen Punkten zugunsten Kommission
- wohl aufwendigstes Art. 82 EG-Verfahren der KOM
- Philip Lowe (DG Wettbewerb): „erstmal maßgeb. Untersuchung der Auswirkungen i.S.d. „effects based approach“ neben dem Verhalten Microsofts
- Die Microsoft-Entscheidung als Musterfall für den „more economic approach“ bei Anwendung des Art. 82 EG?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

2

A. Das Microsoft-Verfahren im Überblick

- 1998 Beschwerde von Sun Microsystems
- 2000 Ermittlungen der Kommission
- 2001 US-Vergleich (2004 gerichtlich bestätigt)
- 24. 3. 2004: Kommissionsentscheidung
- 22.12.2004: Ablehnung einstweiligen Rechtsschutzes
- 12. 6. 2006: Kommission verhängt Zwangsgeld
- 17. 9. 2007: Entscheidung des EuG
- 22.10.2007: Rechtsmittelverzicht Microsofts

B. Kommissionsentscheidung

1. Bußgeld i.H.v. 497,2 Mio. Euro
2. Interoperabilitätsverfügung
3. Entkoppelungsverfügung
4. Einsetzung Überwachungstreuhänder

I. Interoperabilitätsverfügung

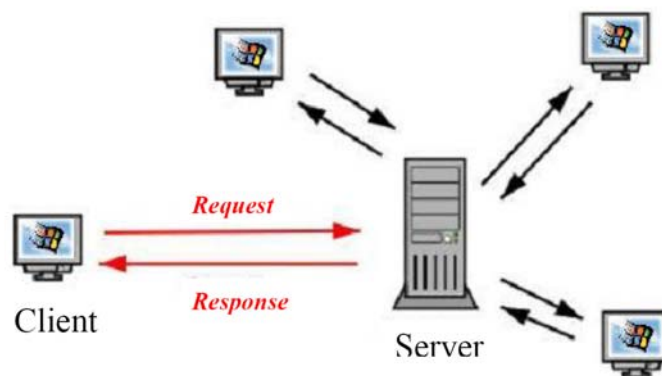
■ Vorwurf

Microsoft verweigert den Wettbewerbern auf dem Markt für Workgroup-Serverbetriebssysteme (anders als früher)

die zur Herstellung „vollständiger Interoperabilität“ erforderlichen Schnittstelleninformationen,

um auf diese Weise seine Marktmacht vom Markt für PC-Betriebssysteme auf diesen Markt auszudehnen.

Interoperabilität



Interoperabilitätsverfügung

■ Rechtsgrundlage: Artikel 82 EG

„Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die **mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung** auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“

Interoperabilitätsverfügung

■ Insb. Regelbeispiel Art. 82 lit. b EG

„Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

...

b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;

“
...

Interoperabilitätsverfügung

■ Inhalt (Artikel 5 der Entscheidung)

Ermöglichung „voller Interoperabilität“ zwischen Windows-PCs und der Workgroup-Serversoftware der Konkurrenten

durch Offenlegung/Lizenzierung der erforderlichen Schnittstellenprotokolle binnen 120 Tagen

II. Entkoppelungsverfügung

■ Vorwurf

Microsoft koppelt widerrechtlich das Windows-Betriebssystem mit dem Windows Media Player (WMP),

um auf diese Weise die Wettbewerber (auch) vom Markt für Streaming Media Player zu verdrängen.

Streaming Media Player



(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

11

Entkoppelungsverfügung

- **Rechtsgrundlage: Art. 82 EG,**
- **insb. Regelbeispiel Art. 82 lit. d EG:**

„Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

...

d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

12

Entkoppelungsverfügung

■ Inhalt (Artikel 6 der Entscheidung)

Angebot einer Windows-Variante ohne WMP („Windows N“) binnen 90 Tagen neben der vollständigen Windows-Version („code removal requirement“)

Dies geht deutlich über US-Vergleich („OEM configuration flexibility requirement“) hinaus.

III. Einsetzung e. unabhängigen Überwachungstreuhänders

■ Inhalt (Artikel 7 der Entscheidung)

Einsetzung eines von Microsoft unabhängigen, aber von Microsoft bezahlten Überwachungstreuhänders (monitoring trustee),

der die Einhaltung der Kommissionsverfügungen überwachen und die Kommission beraten soll,

dazu Vorschlag Microsofts binnen 30 Tagen.

C. Die Entscheidung des EuG

- **Bestätigung (incl. Begründung der KOM):**
 - Interoperabilitätsverfügung
 - Entkoppelungsverfügung
 - Geldbuße
- **Nichtigkeit mangels Rechtsgrundlage:**
 - unabhängiger Überwachungstreuhänder
- **Kosten:**
 - 80% Microsoft, 20% Kommission

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

15

I. Interoperabilitätsverfügung

- **Maßstab:** Art. 82 (insb. Art. 82 lit. b) EG
- **Konkretisierung:**
 - EuGH-Rspr. zu Lieferverweigerungen
 - genauer: zur „essential facilities“-Doktrin
 - noch genauer: zu Zwangslizenzen
 - konkret: Entscheidungen *Magill* (1995) und *IMS Health GmbH* (2004)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

16

Interoperabilitätsverfügung

■ Grundsatz

Vertragsfreiheit und freie Nutzung des Eigentums, incl. der Rechte an geistigem Eigentum (Urheberrecht, Patentrecht, Markenrecht)

=> Lizenzierungsverweigerung ist grds. „gutes Recht“ auch marktbeherrschender Unternehmen und *kein Missbrauch*

Interoperabilitätsverfügung

■ Ausnahme

Durchbrechung der Rechte des Inhabers einer „wesentlichen Einrichtung“ (essential facility)

und Anordnung einer Zwangslizenzierung auf der Grundlage des Art. 82 EG „**unter außergewöhnlichen Umständen**“

Interoperabilitätsverfügung

■ Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zwangslizenzierung (kumulativ):

1. Die Lizenzierung ist „unerlässlich“ für den Zugang zu einem benachbarten Markt,
2. ihre Verweigerung würde jeden wirksamen Wettbewerb ausschließen
3. und das Erscheinen eines neuen Produkts auf dem benachbarten Markt verhindern.
4. Fehlen einer objektiven Rechtfertigung (d.h. keine Rückausnahme).
5. **neu i.S.d. „more economic approach“ (KOM):** keine abschließende „Checkliste“, Berücksichtigung besonderer Umstände des Einzelfalles statt „automatischer“ Anwendung der EuGH-Kriterien 1 – 4, die hier aber auch vorlägen (316 f.)

1. Unerlässlichkeit

Die Lizenzierung ist „unerlässlich“ für den Zugang zu einem benachbarten Markt.

Microsoft	EuG
nein, da mindestens fünf Alternativen zur Herstellung von Interoperabilität zur Verfügung stehen (345 f.)	ja, da gleicher Grad an Interoperabilität („volle“) für ein Überleben der Konkurrenten am Markt erforderlich ist (374, 435)

2. Wettbewerbsausschluss

Die Lizenzierungsverweigerung schließt jeden wirksamen Wettbewerb aus.

Microsoft	EuG
nein, kein Ausschluss <i>jeden</i> wirksamen Wettbewerbs durch die Lizenzierungsverweigerung (437)	ja, durch wachsenden Marktanteil Microsofts indizierte Wahrscheinlichkeit des Ausschlusses wirksamen Wettbewerbs reicht aus, insb. da Ausschluss wg. Netzeffekten irreversibel wäre (562 f.)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

21

3. „Neues Produkt“ verhindert

Die Lizenzierungsverweigerung verhindert neue Produkte auf dem benachbarten Markt.

Microsoft	EuG
nein, im Gegenteil könnten Wettbewerber bei Lizenzierung MS-Software „klonen“ (623)	ja, „Neues Produkt“ keine <i>conditio sine qua non</i> , zudem haben Wettbewerber Interesse an eigener Innovation statt bloßen „Klonens“ (647, 658)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

22

4. keine Rechtfertigung

Die Lizenzierungsverweigerung ist nicht ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt.

Microsoft	EuG
Rechtfertigung (+) durch ImmaterialgüterR und weil durch die Lizenzierung die Innovationsbereitschaft bei Microsoft und bei den Wettbewerbern sinkt (666 ff.)	Rechtfertigung (-) MS trägt Darlegungs- und Beweislast und hat diese nicht erfüllt, sondern nur lediglich vage, allgemeine und theoretische Argumente vorgetragen (697f.)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

23

5. Analyse besonderer Auswirkungen (more economic approach)

KOM: keine abschließende „Checkliste“, keine „automatische“ Anwendung der Kriterien des EuGH-Tests

hier: KOM und EuG gehen davon aus, dass EuGH-Kriterien vorliegen => kein gesonderter Prüfpunkt

aber trotzdem **Ansatzpunkte** für more economic approach

1. bei vom EuG nicht wörtlich und zwingend verstandenen Kriterium des „neuen Produkts“ sowie
2. bei Rechtfertigungsgründen (Abwägung voraussichtl. Auswirkungen auf die künftige Innovationsbereitschaft der Wettbewerb und Microsofts).

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

24

Bewertung

- **Bronner-Kriterien** hier **nicht erfüllt**, da nach *Bronner* auch weniger effektive Zugangsmöglichkeit ausreicht (aA EuG)
- Aber: **flexibler Ansatz grds. richtig**; das Kartellrecht hat noch nie die Augen vor ökonomischen Besonderheiten bestimmter Märkte verschlossen
- Andererseits: **Ausgangspunkt muss regelbasierter Ansatz sein**, unterstützt – aber nicht ersetzt – von ökon. Analyse.
- hier: Verzicht auf starres Kriterium „neues Produkt“ zu begrüßen => stattdessen **Abwägung der Auswirkungen der Lizenzierungsverweigerung auf Innovationsbereitschaft**

Bewertung

Bei Abwägung zu beachten:

1. **Regel** ist Vertrags- und Eigentumsfreiheit (st EuGH-Rspr) .
2. **Missbräuchlichkeit** der Lizenzierungsverweigerung = von der KOM zu beweisende **Ausnahme**, d.h.
3. **Beweislast** für Überwiegen der Nachteile (und damit Missbrauch) sollte (wie in den USA) bei Kommission liegen
4. **Folgerung**: Zurückhaltende Prognose zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Innovationsabschreckung, insb.
 - Entwicklung dynamischer, innovationsorientierter Märkte **schwer prognostizierbar** (Bsp. zu MP folgt)
 - **wachsende MS-Marktanteile ambivalent**: nicht notwendig Folge der Lizenzierungsverweigerung, sondern ggf. auch Resultat eigener Innovation.

Entkoppelungsverfügung

- **Maßstab:** Art. 82 (insb. Art. 82 lit. d) EG
- **Konkretisierung:**
 - EuGH-Rspr. zur rechtswidrigen Koppelung
 - konkret: Entscheidungen *Hilti* (1994) und *Tetra Pak II* (1996)

Entkoppelungsverfügung

- **Voraussetzungen (kumulativ):**
 1. Bindendes und gebundenes Gut sind zwei verschiedene Produkte („separate demand test“).
 2. Verbotsadressat ist auf dem Markt für das bindende Gut marktbeherrschend.
 3. Bindendes Unternehmen lässt den Abnehmern keine Wahl, das bindende Produkt ohne das gebundene zu erwerben.
 4. Koppelung der beiden Produkte beschränkt den Wettbewerb auf dem Markt für das gebundene Produkt.
 5. **Neu:** Koppelung ist nicht durch überwiegende Effizienzvorteile gerechtfertigt.

1. Zwei verschiedene Produkte

Bindendes und gebundenes Gut sind zwei verschiedene Produkte („separate demand test“).

Microsoft	EuG
<p>nein, WMP und Windows = <i>ein</i> integriertes Produkt, arg.: jedes OS enthält MP, Stand der Technik u. Konsumenten erwarten MP, keine separate Nachfrage nach „Windows N“ ohne WMP (885 ff)</p>	<p>ja, WMP und OS jedenfalls „ex ante“ <i>zwei</i> Produkte; arg.: verschiedene Funktionen, spezialisierte MP-Hersteller, separate Nachfrage nach MP und nach Windows ohne MP (926 ff)</p>

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

29

2. Marktbeherrschende Stellung

Der Verbotsadressat ist auf dem Markt für das bindende Gut marktbeherrschend.

Microsoft	EuG
<p>unstreitig, Microsoft ist auf dem Markt für PC-Betriebssysteme marktbeherrschend (u.a. Marktanteil konstant über 90%).</p>	

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

30

3. Abnahmezwang

Bindendes Unternehmen lässt Abnehmern keine Wahl, bindendes Produkt ohne gebundenes zu erwerben.

Microsoft	EuG
nein, kein Mehrpreis für WMP, kein Nutzungszwang gegenüber den Windows- Käufern (959)	ja, Bezahlungs- oder Nutzungszwang irrelevant, entscheidend ist allein, dass man Windows nicht ohne WMP erwerben kann (968)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

31

4. Wettbewerbsbeschränkung

Die Koppelung der beiden Produkte beschränkt den Wettbewerb auf dem Markt für das gebundene Produkt.

Microsoft	EuG
nein, keine vertragl./techn. Behinderung anderer MP, Zahl der parallel installierten und genutzten MP steigt, Zahl der Internetseiten, die Konkurrenz-MP unterstützen, wächst (996 ff)	ja, Omnipräsenz von WMP durch Koppelung, höhere Vertriebskosten für Konkurrenz- MP, deren Nutzung und Präsenz relativ zu WMP „trotz besserer Qualität“ sinkt (971, 1038 ff, 1080 ff)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

32

5. keine Rechtfertigung

(≈ Rule of Reason ≈ more economic approach)

Die Koppelung ist nicht durch überwiegende Effizienzvorteile gerechtfertigt.

Microsoft	EuG
Vorteile überwiegen: Integration ermöglicht effiziente Modularisierung von Windows und Standardisierungsvorteile für Kunden und unabhängige Entwickler von Software und Internetseiten; code removal degradiert Windows (1104 ff)	Nachteile überwiegen: Omnipräsenz von WMP und daraus resultierende Standardisierung sind keine Rechtfertigungsgründe, sondern Grund für Wettbewerbsbeeinträchtigung; Windows schon heute in mehreren Versionen vertrieben; Vertrieb von Windows mit WMP bleibt erlaubt (1144 ff)

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

33

Bewertung

- „More economic approach“ ist zukunftsorientiert.
- => rückblickender **separate demand test** bzgl. Media Player auch angesichts der dynamischen technischen Entwicklung auf den Softwaremärkten **zweifelhaft, weil** „less economic than necessary“
- **Alternative Tests:**
 - „radikal“: **Plausible Benefit Test**
 - vermittelnd: Ist anzunehmen, dass es in Zukunft noch eine **Nachfrage nach dem nicht-integrierten Produkt** („Windows N“) geben wird?

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

34

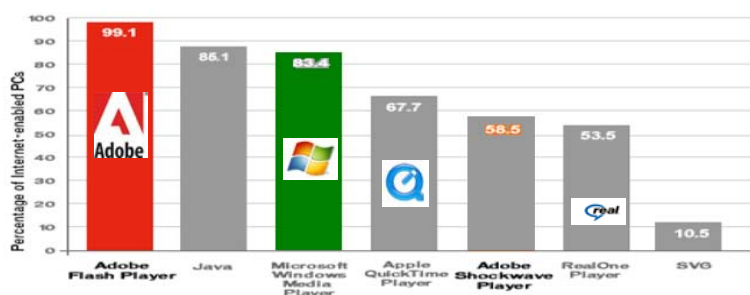
Bewertung

- hier: **keine Nachfrage nach „Windows N“ für PCs**
- Bei Erlass der Entkoppelungsverfügung **absehbar** (Warum sollte jemand den gleichen Preis für funktionsreduziertes Windows bezahlen?)
- Bzgl. „Streaming Media Players“ ist die KOM-Analyse mittlerweile wohl empirisch widerlegt:

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

35

Marktdurchdringung 2007



Millward Brown survey, conducted September 2007. See [Methodology Section](#) for details on the Millward Brown study.

Notes

1. Mature Markets include US, Canada, UK, France, Germany, Japan.

Quelle: http://www.adobe.com/products/player_census/flashplayer/ [Grafik wurde für Präsentation modifiziert]

(c) Prof. Dr. Torsten Körber, Jena

36