Thilo Stapper, Das essential facility Prinzip und seine Verwendung zur Öffnung immaterialgüterrechtlich geschützter de facto Standards für den Wettbewerb. Berlin (Duncker & Humblot) 2003, 237 S., 62,-- EUR

Erschienen in ZHR 167 (2003), 751-755

Dass das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und Kartellrecht auch nach jahrzehntelanger Diskussion noch nicht abschließend geklärt ist, wird daran deutlich, dass sich dieses Thema derzeit eines regen wissenschaftlichen Interesses erfreut. Zu nennen ist hier insbesondere die Habilitationsschrift von *Heinemann* (Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002), die eine umfassende Neubestimmung des Verhältnisses der beiden Rechtsgebiete anstrebt.

Die hier zu besprechende Hamburger Dissertation beschränkt sich demgegenüber auf einen Ausschnitt des Gesamtkomplexes, nämlich auf die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen als speziellem Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und der Anwendung dieser kartellrechtlichen Institution auf Industriestandards, die zudem noch immaterialgüterrechtlich geschützt sind. Die im Rahmen der Arbeit herausgearbeiteten Tatbestandsmerkmale jener *essential facilities*-Doktrin wendet *Stapper* auf Standards im Bereich der Softwareindustrie an, namentlich auf die Herstellung von Interoperabilität mit dem Betriebssystem *Windows* von Microsoft. Dem Unternehmen ist vorgeworfen worden, seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme missbräuchlich durch Errichtung künstlicher Marktzutrittsschranken abzusichern und diese Stellung gleichzeitig auf benachbarte Märkte für Anwendungssoftware, insbesondere für Internetbrowser, auszuweiten.

Bevor der Verfasser auf diesen möglichen Anwendungsfall der *essential facilities*-Doktrin eingeht, zeichnet er deren allgemeine und auf Immaterialgüterrechte bezogene Entwicklung im US-amerikanischen und europäischen Recht nach. Abgesehen von einem Satz in der Einleitung (S. 18) bleibt das deutsche Kartellrecht ohne Begründung unberücksichtigt. Das erstaunt trotz der schwindenden Bedeutung des nationalen Kartellrechts im Verhältnis zum europäischen Kartellrecht etwas, sieht § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB seit 1998 doch immerhin eine ausdrückliche Normierung dieser Fallgruppe vor.

Im ersten Kapitel arbeitet *Stapper* die Entstehung der *essential facilities*-Lehre in ihrem Herkunftsland, den USA, ihre Tatbestandsvoraussetzungen und die Abgrenzung zu anderen Fallgruppen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung heraus (S. 21-54). Dabei geht er auch auf ökonomische Argumente für und wider diesen Ansatz ein (S. 42-54). Als die vier Voraussetzungen für ein Eingreifen der *essential facilities*-Doktrin nennt *Stapper* die Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung eines Monopolisten, die Unmöglichkeit der Duplizierung dieser Einrichtung, die Weigerung, dem Wettbewerber die Nutzung zu gestatten, und die Möglichkeit, den Zugang zu gewähren (S. 22). Das 2. Kapitel enthält eine Darstellung der einschlägigen Rechtsprechung auf der Basis des europäischen Wettbewerbsrechts (S. 55-79).

Im dritten Kapitel schließlich wendet sich *Stapper* der Anwendung der *essential facilities*-Doktrin auf Immaterialgüterrechte zu, indem er die Entscheidungen des EuGH in Sachen *Magill* und *Volvo* im Lichte dieser Fallgruppe analysiert (S. 80-113). Hierbei legt der Verfasser seine Sicht der Dinge zum Verhältnis der Immaterialgüterrechte zum Kartellrecht dar. Weder handele es sich um Monopole im Sinne von Wettbewerbsbeschränkungen (im Anschluss an *Fikentscher*) noch sei eine Immunisierung der Immaterialgüterrechte gegenüber dem Kartellrecht gerechtfertigt. Vielmehr ermöglichten Immaterialgüterrechte überhaupt erst den dezentralen Marktmechanismus mit nicht rivalisierenden und nicht exklusiven, also öffentlichen Gütern (den Erfindungen, Werken usw.). Wenn aber die Funktion der Immaterialgüterrechte auf diese Güterzuordnung gerichtet sei, handele es sich nicht um

Schutzrechte *vor* dem, sondern *für* den Wettbewerb, weshalb sich auch kein Gegensatz zwischen beiden Regelungsbereichen ergebe (im Anschluss an *Ullrich*, S. 108). Nicht zu folgen sei der vor allen Dingen in den USA vertretenen Auffassung, Immaterialgüterrechte böten einen Anreiz für künftige Innovationen, weil sie die Amortisation von Ausgaben in Forschung und Entwicklung und die Erzielung von Gewinnen ermöglichten. Der Innovationsanreiz komme vielmehr allein vom Wettbewerb, dem die öffentlichen Güter durch den gesetzlichen Schutz zugeführt würden.
Anschließend vertieft *Stapper* den von ihm vertretenen Ansatz, das Kartellrecht grundsätzlich uneingeschränkt auf Immaterialgüterrechte anzuwenden, durch eine vergleichende Betrachtung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im amerikanischen und europäischen Recht (113-147). Weil ein Unternehmen die Einzigartigkeit eines Produkts nicht uneingeschränkt dafür benutzen dürfe, abhängige Märkte zu monopolisieren (indem etwa nicht austauschbare Ersatzteile nur an bestimmte Wartungsunternehmen geliefert werden), müssten auch geschützte immaterielle Güter, von deren Benutzung der Zutritt zu Folgemärkten abhinge, der allgemeinen kartellrechtlichen Kontrolle unterworfen werden. Ein Quasi-Ausschließlichkeitsrecht an abhängigen Märkten sei nicht gerechtfertigt. Hier findet der Verfasser auch zur *essential facilities*-Doktrin zurück, die ebenfalls den Zutritt zu Märkten eröffne, die ausschließlich auf Grund der subjektiven Sichtweise verständiger Verbraucher abzugrenzen seien.
Im letzten Kapitel (148-192) wendet *Stapper* diese Ergebnisse auf das Beispiel Microsoft und die Frage an, ob die Konkurrenten über die *essential facilities*-Doktrin Zugang zu den Schnittstelleninformationen des *Windows* Betriebssystems erlangen können. *Stapper* zeigt vor allem anhand der erstinstanzlichen Entscheidung des einschlägigen US-amerikanischen Kartellverfahrens aus dem Jahre 1999 anschaulich auf, weshalb im Markt für Computer- und Softwareprodukte eine Tendenz zur Etablierung von Standards und damit zur Konzentration besteht, wenn der Markt zu einem Zeitpunkt zugunsten eines bestimmten Produkts „kippt“ und danach nur noch durch revolutionäre technologische Entwicklungen ersetzt werden kann (Netzwerkeffekte). Dadurch entstünden strukturelle Marktzutrittsschranken im inter-System Wettbewerb. Wenn nun dieser Standard auch noch zugunsten eines Unternehmens immaterialgüterrechtlich geschützt sei, wäre dieses Unternehmen in die Lage versetzt, Kompatibilitätsstandards zu vereiteln und damit auch abgeleitete Märkte (hier: für Anwendungsprogramme, die *Windows*-kompatibel sind) für sich zu monopolisieren. *Stapper* prüft, ob dieser für innovationsfeindlich gehaltene Zustand im Immaterialgüterrechtssystem behoben werden kann (S. 192-202). Wie bereits angedeutet, weist er den Rechten an immateriellen Gütern lediglich die Funktion zu, handelbare Güter für den Marktprozess zu kreieren. Dieser Ansatz ist zwar vor dem Hintergrund verständlich, eine Zurückdrängung des Kartellrechts mit dem Argument, der Gesetzgeber habe ein solches Recht eben zur Förderung der Innovation verliehen, das nicht durch das Kartellrecht wieder entzogen werden könne, zu verhindern. Damit verbaut man sich aber den weitergehenden Ansatz, Immaterialgüterrechte einerseits wie das Sacheigentum den allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen zu unterwerfen, sie andererseits durch eine funktionale Analyse so auszugestalten, dass etwaige Missbräuche des Rechtsinhabers zur Beschränkung des Wettbewerbs von vornherein erschwert werden - wohlgemerkt ohne damit das Kartellrecht für obsolet zu erklären. Denn an sich endet die Erklärungskraft der von *Stapper* übernommenen „reinen“ Funktionslehre damit, dass ein Ausschließlichkeitsrecht an einem immateriellen Gut erforderlich ist, um es im dezentralen Marktmechanismus verwerten zu können. Wie weit dieses Ausschließlichkeitsrecht reichen soll, lässt sich damit nicht bestimmen. Die hierfür denkbaren Lösungen erwähnt *Stapper* nur zum Teil. Unberücksichtigt bleiben etwa Beschränkungen der Schutzdauer und/oder die Herabstufung des Verbotsrechts zu *liability rules* in Form von vergütungspflichtigen Schranken in solchen Bereichen, in denen die Wahrscheinlichkeit besteht, dass das rechtliche Monopol zum wirtschaftlichen Monopol heranwächst, weil damit

ein ganzer Markt abgedeckt wird (siehe für Software etwa die Vorschläge von *Samuelson/Davis/Kapor/Reichman,* 94 Columbia Law Review 1994, 2308 ff.). Auch bleibt Art. 6 der Computerprogramm-Richtlinie (§ 69e UrhG) unberücksichtigt, der die Dekompilierung von Computercodes unter bestimmten Voraussetzungen gerade zur Erhaltung von Wettbewerb für zulässig erklärt. Zumindest theoretisch kann eine solche Schutzbereichsbegrenzung potentielle Konfliktlagen zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht entschärfen (siehe auch *Heinemann,* a.a.O., 516). Natürlich kann man diese Diskussion wie *Stapper* (Fn. 871) mit dem Hinweis abtun, eine Änderung etwa des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme sei auf internationaler Ebene faktisch entschieden und daher unmöglich. Für eine wissenschaftliche Arbeit ist diese Argumentation aber wenig überzeugend. Vielmehr muss weiter diskutiert werden, ob man die erhofften Effekte (die natürlich zu definieren sind) eher durch den bloßen Verweis auf das Kartellrecht zu erzielen vermag, oder *zusätzlich* Modifikationen im Immaterialgüterrechtssystem vorzunehmen bereit ist. Dabei sollte auch nach der tatsächlichen Durchschlagskraft des Kartellrechts gefragt werden. Bedenkt man den Ausgang des von *Stapper* nur bis zur ersten Instanz verfolgten Microsoft-Kartellverfahrens in den USA und die schleppenden Aktivitäten der EU-Kommission in diesem Bereich, die beide bisher die Marktführerschaft des Unternehmens nicht erkennbar beeinträchtigt haben, können durchaus Zweifel entstehen.

Der Verfasser jedenfalls schlägt vor, die Funktionsfähigkeit von Netzmärkten der Software-Industrie durch die Anwendung der *essential facilities*-Doktrin zu gewährleisten. Die Schnittstelleninformationen des Betriebssystems *Windows* seien wesentliche Einrichtungen, ohne deren Lizenzierung andere Unternehmen keine kompatiblen Produkte auf den Markt bringen könnten, so dass Microsoft sein Monopol im Bereich des Betriebssystems auf abgeleitete Märkte ausdehnen könne. Allerdings möchte *Stapper* die *essential facilities*-Doktrin nicht auf die Öffnung von abgeleiteten Märkten z.B. für Anwendungssoftware beschränken, sondern auch den Primärmarkt (Betriebssysteme) für Hersteller substituierender Produkte zugänglich machen (S. 211-214; differenzierend hingegen *Heinemann,* a.a.O., 520 f.). Mit diesem Aspekt spricht der Verfasser eine Frage an, die dem Rezensenten bei der Lektüre nicht recht klar geworden ist, die den Anwendungsbereich der *essential facilities*-Doktrin auf Immaterialgüterrechte jedoch in einer zentralen Frage betrifft: Können damit nur „abhängige" Märkte geöffnet werden (dies legen die Ausführungen zum US-amerikanischen Recht und zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nahe) oder kann damit auch auf dem „Primärmarkt" (dem immaterialgüterrechtlich geschützten Standard, also dem Betriebssystem) Wettbewerb erzwungen werden? Und wie wären diese beiden Sphären abstrakt abzugrenzen, wenn sie relevant wären?

Diese Probleme und auch die Interdependenz zwischen dem Schutzbereich der Immaterialgüterrechte und dem Anwendungsbereich des Kartellrechts treten in einer von *Stapper* wohl aus zeitlichen Gründen nicht berücksichtigten Auseinandersetzung deutlich zu Tage, die hier noch kurz angedeutet werden soll. Das Unternehmen *IMS Health* hatte eine Datenbankstruktur mit mehreren tausend Bausteinen entwickelt, um Absatzdaten im deutschen Pharmamarkt zu erfassen und damit Dienstleistungen anzubieten. Nachdem *IMS Health* den Konkurrenten die Verwendung dieser Struktur für die eigene Erhebung und Vermarktung von Pharmamarktdaten auf urheberrechtlicher Basis untersagt und auch eine anschließende Lizenzierung untersagt hatte, erklärte die EU-Kommission dieses Verhalten im Juli 2001 für einen Missbrauch gem. Art. 82 EGV und verpflichtete *IMS* zur Lizenzierung. Diese ebenfalls mit der *essential facilities*-Doktrin in Verbindung gebrachte Entscheidung bezog sich nach Ansicht der Kommission auf einen de facto Industriestandard. Besonders zweifelhaft war, ob mit dem Kontrahierungszwang ein neues Produkt ermöglicht wurde oder unzulässig der Primärmarkt für regionale Absatzdaten für Pharmazeutika in Deutschland aufgebrochen wurde (siehe EuG GRUR Int. 2002, 67, 69). Dieser Fall wirft ferner ein interessantes Licht auf das allgemeine Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht.

Nachdem das OLG Frankfurt (MMR 2003, 45 ff.) nämlich Ansprüche von *IMS Health* gegen die Verwendung der Datenbankstruktur aus § 4 UrhG (wegen mangelnder Aktivlegitimation) und § 87a UrhG abgelehnt hatte, stellte die Kommission ihr Verfahren am 13.8.2003 mit der Begründung ein, die Konkurrenten könnten unter Berücksichtigung der Entscheidung des OLG Frankfurt auch Datenbankstrukturen verwenden, die derjenigen von *IMS Health* sehr ähnlich seien, um damit in den Dienstleistungsmarkt mit Absatzdaten einzutreten (siehe Pressemitteilung *Commission intervention no longer necessary to enable NDC Health to compete with IMS Health*, abrufbar über http://www.europa.eu.int/comm/competition/press_releases/). Das Problem für die Konkurrenten ist nur, dass das OLG Frankfurt den Unterlassungsanspruch sehr wohl bejaht hatte (und das sieht die Kommission auch), nämlich auf der Basis des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes (§ 1 UWG) und der Begründung, dass die Struktur ein besonders schützenswerter Besitzstand sei, in den Dritte „jedenfalls nicht durch unmittelbare Übernahme im Wege der Raubkopie eingreifen" dürften. Damit verlagert sich der Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht in eine Auseinandersetzung um *unclean hands* wegen beidseitig wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (OLG Frankfurt, MMR 2003, 45, 49). Berücksichtigt man, dass die Kommission im Rahmen einer empirischen Untersuchung ursprünglich festgestellt hatte, es sei den Konkurrenten faktisch nicht möglich, auf Daten zurückzugreifen, die in einer anderen Struktur als der von *IMS* entwickelten angeboten werden, zeigt sich, dass den Konkurrenten durch die Ablehnung urheberrechtlicher Ansprüche letztlich Steine statt Brot gegeben wurden.

Offenbar wird auch dadurch wieder, dass ein isolierter Blick auf das Immaterialgüter- (und ergänzend das Recht des unlauteren Wettbewerbs) oder das Kartellrecht der Komplexität des Schutzes immaterieller Güter und insbesondere grundlegender Informationen nicht gerecht wird. *Stapper* erkennt und berücksichtigt diesen Zusammenhang, auch wenn seine Schlussfolgerungen entsprechend der Themenstellung seiner Arbeit primär auf kartellrechtlichen und nur am Rande auf immaterialgüterrechtlichen Erwägungen beruhen.

Dr. Alexander Peukert, München