



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2008

Softwareschnittstellen als Essential Facilities Zur Frage der Offenlegung von Interoperabilitätsinformationen aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts – dargelegt am Beispiel des Microsoft-Verfahrens in der EU

Hürlimann, Daniel

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-99920>
Published Research Report

Originally published at:

Hürlimann, Daniel (2008). Softwareschnittstellen als Essential Facilities Zur Frage der Offenlegung von Interoperabilitätsinformationen aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts – dargelegt am Beispiel des Microsoft-Verfahrens in der EU. Bern: Weblaw.

Daniel Hürlimann

Softwareschnittstellen als Essential Facilities

Zur Frage der Offenlegung von Interoperabilitätsinformationen aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts – dargelegt am Beispiel des Microsoft-Verfahrens in der EU

Magister

Masterarbeit an der Universität Bern, betreut von Prof. Dr. iur. Roland von Büren

ISBN 978-3-905742-55-8

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis.....	VII
I. EINLEITUNG	1
1. Fragestellung.....	1
2. Begriffserklärungen	3
a. Arbeitsgruppenserver	3
b. Interoperabilität	3
c. Schnittstelleninformationen	4
II. DAS MICROSOFT-URTEIL DES EUROPÄISCHEN GERICHTS ERSTER INSTANZ ..	5
1. Prozessgeschichte.....	5
a. 1998: Beschwerde von Sun Microsystems bei der EU-Kommission	5
b. 2004: Entscheidung der EU-Kommission und Weiterzug durch Microsoft	5
c. 2007: Urteil des EuG und Verzicht auf Berufung durch Microsoft	6
2. Zusammenfassung des Urteils des EuG vom 17. September 2007	7
a. Interoperabilitätsverfügung.....	7
b. Entkopplungsverfügung.....	8
c. Bussgeld.....	9
III. OFFENLEGUNG VON SCHNITTSTELLEN NACH SCHWEIZER RECHT	10
1. Schnittstellen als Immaterialgut?.....	10
2. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht	12
a. Reichweite von Art. 3 Abs. 2 KG	13
b. Schutz des geistigen Eigentums eines marktbeherrschenden Unternehmens	14
3. Die Essential-Facilities-Doktrin.....	15
a. Ursprung der Essential-Facilities-Doktrin	15
b. Die Essential-Facilities-Doktrin im Schweizer Recht	16

4. Immaterialgüter als Essential Facilities.....	16
a. Relevanter Markt.....	17
b. Marktbeherrschende Stellung.....	18
aa. Stellung auf dem Primär- oder Sekundärmarkt?	18
bb. Das wesentliche Immaterialgut	19
c. Missbrauch der Stellung.....	22
aa. Ausschluss von Wettbewerb.....	22
bb. Verhinderung eines neuen Produkts	24
cc. Rechtfertigung des Missbrauchs.....	26
5. Kontrahierungszwang.....	27
a. Verfahren zum Erlass einer Zwangslizenz.....	28
b. Die kartellrechtliche Zwangslizenz.....	29
6. Ergebnis	30
IV. DER FALL MICROSOFT NACH SCHWEIZER RECHT	32
1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes	32
a. Sachlicher Geltungsbereich	32
b. Persönlicher Geltungsbereich.....	32
c. Örtlicher Geltungsbereich.....	33
d. Zeitlicher Geltungsbereich.....	33
2. Verhältnis zum Immaterialgüterrecht	35
3. Der relevante Markt	36
a. Sachlich relevanter Markt.....	36
aa. Markt für Client-PC-Betriebssysteme	37
bb. Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme	38
b. Räumlich relevanter Markt.....	39
4. Marktbeherrschende Stellung.....	39
a. Stellung auf dem Primär- und Sekundärmarkt	39
b. Vorliegen eines wesentlichen Immaterialgutes	40
aa. Grad der verlangten Interoperabilität	40
bb. Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen	41

5. Missbrauch der Stellung	43
a. Ausschluss von Wettbewerb	43
b. Rechtfertigung des Missbrauchs.....	45
6. Verpflichtung zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen	46
V. FAZIT	48
Selbständigkeitserklärung	49

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (amtliche Sammlung)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999
Co.	Compagnie
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht
DesG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design
d.h.	das heisst
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn	Fussnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber

i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
lit.	litera
Ltd.	Limited Company
m.E.	meines Erachtens
MS	Microsoft
MSDN	Microsoft Developer Network
MSchG	Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben
N	Randnote
NT	New Technology
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
PatG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente
PC	Personal Computer
Randnr.	Randnummer
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rz	Randziffer
S.	Seite
SchIT	Schlusstitel
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSNIP	small but significant and non-transitory increase of price
SVKG	Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen
UFITA	Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer

Literaturverzeichnis

BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. Auflage, Bern 2008

BAUDENBACHER CARL, Neues von der Schnittstelle von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht, in: Baudenbacher Carl/Simon Jürg (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht – Achstes St. Galler Internationales Immaterialgüterrechtsforum 2004, Basel/Genf/München 2005, S. 133-156

BORER JÜRIG, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Auflage, Zürich 2005

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2: Urheberrecht im EDV-Bereich, Basel/Genf/München 1998
(zitiert: AUTOR, in: SIWR II/2)

VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008

FIALA DONATELLA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht – Unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Bern 2006

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Urheberrechtliche Nutzungsbefugnisse des EDV-Anwenders, AJP 5/95, S. 569-578

GASTER JENS-LIENHARD, Kartellrecht und geistiges Eigentum: Unüberbrückbare Gegensätze im EG-Recht? – Die Auflösung eines klassischen Spannungsverhältnisses im Spiegel der europäischen Rechtsprechung, CR 4/2005, S. 247-253

GIUDICI GIUSEPPE, Die Anwendbarkeit der essential-facilities-Doktrin auf die Immaterialgüterrechte, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien 2004

HEINEMANN ANDREAS, Geistiges Eigentum, Grundfreiheiten und Kartellrecht – Spannungen im „magischen Dreieck“ und ihr angemessener Ausgleich, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), Internationales und Europäisches Wirtschaftsrecht, Band III, St. Gallen 2004, S. 67-108

(zitiert: HEINEMANN, Ausgleich)

HEINEMANN ANDREAS, Immaterialgüterrecht und Kartellrecht: Konflikt oder Koexistenz?, in: Baudenbacher Carl/Simon Jürg (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht – Sechstes St. Galler Internationales Immaterialgüterrechtsforum 2002, Basel/Genf/München 2003, S. 177-218

(zitiert: HEINEMANN, Koexistenz)

HEINEMANN ANDREAS, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung – Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Tübingen 2002

(zitiert: HEINEMANN, Wettbewerbsordnung)

HEINEMANN ANDREAS, Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire – Bilan et perspectives, sic! 2007, S. 169-179

(zitiert: HEINEMANN, Bilan)

HEINEMANN ANDREAS, Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, sic! 2008 (Sondernummer), S. 33-46

(zitiert: HEINEMANN, Perspektiven)

HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht – Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001

HÜBSCHER BARBARA/RIEDER PIERRE, Die Bedeutung der „Essential facilities“-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997, S. 439-447

JOVANOVIĆ MILAN, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung – Immaterialgüter als Essential-Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Zürich/Basel/Genf 2007

- KÖRBER TORSTEN, Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationsschutz und Machtmissbrauch – Zum Microsoft-Urteil des EuG vom 17.09.2007, WuW 12/2007, S. 1209-1218
- LEHMANN MICHAEL (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993
(zitiert: AUTOR, in: LEHMANN)
- LÉVÊQUE FRANÇOIS, Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case, 28 World Competition (2005), S. 71-91
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Grenzziehung zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, sic! 2000, S. 331-337
- SCHINDLER KATHARINA, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die „Essential-Facility“-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998
- STIEGER WERNER, „Kodak“ – eine Momentaufnahme des Schnittbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht, sic! 2001, S. 89-106
- STIRNIMANN FRANZ XAVER, Urheberkartellrecht – Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2004
- STIRNIMANN FRANZ XAVER/WEBER ROLF H., IT-/Info-Flaschenhälse und Kartellrecht, sic! 2007, S. 85-93
- STRAUB WOLFGANG, Der Sourcecode von Computerprogrammen im schweizerischen Recht und in der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, UFITA 2001, S. 807-840
- TERCIER PIERRE/BOVET CHRISTIAN (Hrsg.), Droit de la Concurrence – Commentaire Romand, Genf/Basel/München 2002
(zitiert: AUTOR, in: TERCIER/BOVET)
- THOUVENIN FLORENT, Microsoft: offene Schnittstellen – offene Märkte?, sic! 2008, S. 469-484

THYRI PETER, Immaterialgüterrechte und Zugang zur wesentlichen Einrichtung, WuW 4/2005,
S. 388-399

WEBER ROLF H., Externe Beschränkungen des Urheberrechts, Jusletter 6. Februar 2006

VON WESTERNHAGEN ALEXANDRA, Zugang zu geistigem Eigentum nach europäischem
Kartellrecht, Lausanne 2006

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005

ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar,
Zürich/Basel/Genf 2004

I. Einleitung

1. Fragestellung

In einer Dienstleistungsgesellschaft, wie sie heute in allen westlichen Industriestaaten besteht, wird ein Grossteil der Arbeit vor dem Bildschirm mit Hilfe von Personalcomputern verrichtet. Entsprechend wichtig ist auf dem Arbeitsmarkt die Fähigkeit zum Umgang mit diesem Arbeitsinstrument. So finden sich in zahlreichen Stelleninseraten Anforderungsprofile, die z.B. „gute Kenntnisse in MS Office“ voraussetzen. MS steht dabei für Microsoft und dieses Beispiel zeigt, wie omnipräsent ein Unternehmen im globalisierten Wirtschaftszeitalter werden kann. Microsoft hält auf dem weltweiten Markt für Betriebssysteme einen Anteil von über 90 Prozent¹ und damit erstaunt es nicht, dass PC-Anwenderkenntnisse in der heutigen Zeit oftmals gleichgesetzt werden mit Microsoft Windows- und Office-Kenntnissen.

Während idealerweise jeder einzelne Büromitarbeiter über einen eigenen Personalcomputer verfügt, können andere Teile der EDV-Infrastruktur zentral organisiert und von mehreren Benutzern gleichzeitig verwendet werden. So werden z.B. Drucker meistens an einem Server angeschlossen und die Druckaufträge der einzelnen Mitarbeiter gelangen dann im internen Netzwerk über den Server zum Drucker. Auch die von den Mitarbeitern erstellten und bearbeiteten Daten werden heute selbst in KMU nur noch selten auf den einzelnen Personalcomputern abgelegt. Stattdessen sind es wiederum die Server, welche als zentrale Einheiten grosse Speicherkapazitäten anbieten und diese allen damit verbundenen Benutzern zur Verfügung stellen können.

Solche Server dienen somit der Verrichtung anderer Aufgaben als die einzelnen Personalcomputer und dazu brauchen sie abgesehen von der speziellen Server-Hardware auch besondere Server-Software. Daher hat sich im Laufe der Zeit ein eigener Markt für Server-Betriebssysteme entwickelt, welche von ihrem Funktionsumfang her auf die Erfüllung der genannten Aufgaben zugeschnitten sind. Betriebssysteme für Server müssen aufgrund des hohen Marktanteils von Windows bei den Betriebssystemen für Personalcomputer mit diesem zusammenarbeiten können. Dies wurde dadurch ermöglicht, dass Microsoft den Her-

¹ Siehe [Operating System Market Share](http://marketshare.hitslink.com) auf marketshare.hitslink.com (Stand 27.11.2008).

stellern der Server-Betriebssysteme Informationen über die Funktionsweise von Windows lieferte, mit Hilfe derer ein gutes Zusammenspiel zwischen den verschiedenen Betriebssystemen erreicht werden konnte.

Microsoft begann erst relativ spät mit der Entwicklung eines eigenen Server-Betriebssystems. Nachdem sich das 1996 erschienene Windows NT 4.0 im Markt etabliert hatte, änderte Microsoft mit der im Jahr 1998 begonnenen Lancierung von Windows 2000 seine bisher verfolgte Offenlegungspraxis hin zu einer Strategie der Zurückbehaltung dieser Informationen. Durch den Abbruch der Lieferung von essentiellen Informationen über die Funktionsweise von Windows wurde den konkurrierenden Unternehmen die Implementierung zentraler Funktionen in ihre Server-Betriebssysteme verunmöglicht. Damit nahm deren Attraktivität für die Benutzer stark ab und so errang Microsoft mit seinem eigenen Server-Betriebssystem innert kürzester Zeit einen sehr hohen Marktanteil. Konkurrenten, die kurz zuvor noch selber über beträchtliche Marktanteile verfügten, standen plötzlich vor dem Aus. Es stellt sich die Frage, ob das Verhalten von Microsoft als missbräuchlich zu qualifizieren ist und – falls dies bejaht werden kann – wie dagegen vorgegangen werden kann.

Diese Frage wurde von der Europäischen Kommission im März 2004 beantwortet² und durch das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) im September 2007 bestätigt³. Nebst Bezahlung einer Geldbusse in Höhe von 497 Millionen Euro wurde Microsoft dazu verpflichtet, allen an der Entwicklung von Server-Betriebssystemen interessierten Unternehmen Informationen zu liefern und deren Nutzung zu gestatten, um die Zusammenarbeit mit Windows zu ermöglichen.

Wie ist der Sachverhalt nach schweizerischem Recht zu beurteilen?

Im Folgenden wird nach einer kurzen Zusammenfassung des Urteils des EuG (II.) untersucht, ob auch in der Schweiz die Möglichkeit zur zwangsweisen Offenlegung von Schnittstellen besteht (III.). Anschliessend wird auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse der Fall Microsoft nach Schweizer Recht (IV.) beurteilt und schliesslich soll ein Fazit (V.) gezogen werden.

² Entscheidung der Kommission vom 24. März 2004 in der Sache [COMP/C-3/37.792](#) Microsoft (im Folgenden: Entscheidung der Kommission).

³ Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften vom 17. September 2007 in der Rechtssache [T-201/04](#), Microsoft Corp. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: Urteil des EuG).

2. Begriffserklärungen

In der Entscheidung der Europäischen Kommission sowie im Urteil des EuG werden gewisse Begriffe wie folgt spezifisch verwendet.

a. Arbeitsgruppenserver

Ein Server ist ein zentraler Computer innerhalb eines Netzwerks, der verschiedene Aufgaben wahrnimmt. Arbeitsgruppenserver dienen der Verrichtung grundlegender Infrastrukturdienste, die von Büropersonal über seine Client-PCs täglich in Anspruch genommen werden: gemeinsame Nutzung von Dateien, die auf Servern gespeichert sind, gemeinsame Nutzung von Druckern sowie zentrale Verwaltung der Zugangsrechte⁴.

Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver sind Betriebssysteme, die entworfen und vertrieben werden, um diese Dienste gleichzeitig für relativ wenige Client-PCs zu leisten, die in kleinen bis mittelgrossen Netzen zusammengeschlossen sind⁵.

b. Interoperabilität

Als Interoperabilität bezeichnet man die Fähigkeit zur Zusammenarbeit von verschiedenen Systemen. Dazu ist in der Regel die Einhaltung gemeinsamer Standards notwendig. In Zusammenhang mit Software spricht man vor allem dann von Interoperabilität, wenn mehrere Programme dasselbe Dateiformat oder dieselben Protokolle⁶ verwenden können. In der Entscheidung der Kommission werden Interoperabilitätsinformationen umschrieben als die vollständigen und genauen Spezifikationen für alle Protokolle, die in Windows-Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver implementiert und von Windows-Arbeitsgruppenservern genutzt werden, um den Arbeitsgruppennetzwerken Daten- und Druckdienste sowie Gruppen- und Nutzerverwaltungsdienste⁷ zur Verfügung zu stellen⁸.

⁴ Entscheidung der Kommission, Randnr. 53.

⁵ Entscheidung der Kommission, Randnr. 345.

⁶ Ein Protokoll wird in Art. 1 Ziff. 2 der Entscheidung der Kommission definiert als ein Regelwerk für die gegenseitige Verbindung und Interaktion zwischen mehreren Windows-Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver und Windows-Client-PC-Betriebssystemen.

⁷ Unter Nutzerverwaltung versteht man die Verwaltung der Zugriffsmodalitäten einzelner Nutzer auf die Netzwerkdienste.

⁸ Art. 1 Ziff. 1 der Entscheidung der Kommission.

c. Schnittstelleninformationen

Als Schnittstelle bezeichnet man die Verbindungsstelle zwischen Funktionseinheiten eines Datenverarbeitungs- oder Datenübertragungssystems, an der der Austausch von Daten oder Steuersignalen erfolgt⁹. Als Beispiel kann das Zusammenspiel zwischen einem Windows-Client-PC und einem Windows-Arbeitsgruppenserver betrachtet werden. Der Client-PC muss über eine Schnittstelle mit dem Arbeitsgruppenserver kommunizieren, um von diesem gewisse Inhalte (z.B. ein Textdokument) oder Berechtigungen (z.B. Zugriff auf einen Drucker) zu erhalten.

Schnittstelleninformationen sind die Spezifikationen, welche die Funktionsweise der Schnittstellen erläutern.

⁹ Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 2007.

II. Das Microsoft-Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz

1. Prozessgeschichte

a. 1998: Beschwerde von Sun Microsystems bei der EU-Kommission

Am 15. September 1998 richtete der Vizepräsident von Sun Microsystems, einem Softwarehersteller und Konkurrenten Microsofts, in einem Schreiben an den Vizepräsidenten von Microsoft die Bitte, Informationen zu gewissen Schnittstellen zur Verfügung zu stellen¹⁰. Im Antwortschreiben vom 6. Oktober 1998 wurde behauptet, dass die verlangten Informationen bereits über das Microsoft Developer Network (MSDN) veröffentlicht worden seien und dass weitere Informationen an einer Konferenz für professionelle Entwickler eingeholt werden könnten¹¹. Am 10. Dezember 1998 legte Sun bei der Europäischen Kommission (im Folgenden: Kommission) eine Beschwerde ein und rügte darin, dass sich Microsoft weigerte, ihr die erforderlichen Informationen und die nötige Technologie zu übermitteln, um die Interoperabilität ihrer Betriebssysteme und Arbeitsgruppenserver mit dem Windows-Betriebssystem für Clients-PCs zu ermöglichen¹². Die Informationen aus dem MSDN seien völlig ungenügend und auch im Rahmen der Entwicklerkonferenz hätten die gewünschten Informationen nicht erlangt werden können. Im Februar 2000 leitete die Kommission von Amtes wegen eine Untersuchung ein¹³ und am 3. August 2000 eröffnete sie ein förmliches Wettbewerbsverfahren gegen Microsoft¹⁴.

b. 2004: Entscheidung der EU-Kommission und Weiterzug durch Microsoft

Am 24. März 2004 erliess die Kommission nach vierjährigen Ermittlungen die Entscheidung COMP/C-3/37.792 gegen Microsoft¹⁵. Laut dieser hat Microsoft durch den Missbrauch einer beherrschenden Stellung in zwei Fällen gegen Art. 82 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) verstossen. Die Kommission verhängte daher eine Geldbusse in der Höhe von 497 Millionen Euro gegen Microsoft und ordnete bestimmte Abhil-

¹⁰ Urteil des EuG, Randnr. 2.

¹¹ Urteil des EuG, Randnr. 4.

¹² Urteil des EuG, Randnr. 6 f.

¹³ Pressemitteilung der Kommission ([IP/00/141](#)), 10. Februar 2000.

¹⁴ Pressemitteilung der Kommission ([IP/00/906](#)), 3. August 2000.

¹⁵ Pressemitteilung der Kommission ([IP/04/382](#)), 24. März 2004.

femassnahmen an¹⁶. Am 7. Juni 2004 reichte Microsoft beim Europäischen Gericht erster Instanz Klage gegen die Entscheidung der Kommission ein¹⁷.

c. 2007: Urteil des EuG und Verzicht auf Berufung durch Microsoft

Nach weiteren drei Jahren Ermittlungszeit sowie Drohungen und Ermahnungen an die Adresse Microsofts durch die Kommission¹⁸, wies das Europäische Gericht erster Instanz am 17. September 2007 die Beschwerde von Microsoft gegen die Kommission fast vollumfänglich ab und erklärte insbesondere das Bussgeld in Höhe von 497 Millionen Euro für gerechtfertigt¹⁹. Lediglich die von der Kommission verhängte Auflage, einen unabhängigen Überwachungsbeauftragten einzusetzen, wurde aufgrund der fehlenden rechtlichen Grundlage aufgehoben²⁰. Im Oktober 2007 sagte Microsoft zu, die Auflagen der Wettbewerbsbehörde – soweit vom EuG bestätigt – zu erfüllen und auf Berufung gegen das Urteil an den Europäischen Gerichtshof (EuGH²¹) zu verzichten²². Der Rechtsstreit wurde damit bezüglich der in dieser Arbeit interessierenden Punkte beendet.

Die EU-Kommission hat jedoch am 27. Februar 2008, nur eine Woche nach Microsofts Ankündigung eines Strategiewechsels hin zu mehr Offenheit²³, gegen den Softwarehersteller ein neues Zwangsgeld in der Höhe von 899 Millionen Euro verhängt²⁴. Als Begründung wird die Nichteinhaltung der Auflagen der Kommission im Zeitraum vom 21. Juni 2006 bis 21. Oktober 2007 angeführt²⁵. Auch gegen diese Entscheidung der Kommission hat Microsoft erneut das Europäische Gericht erster Instanz angerufen²⁶ – das Verfahren ist hängig.

¹⁶ Art. 3 bis 7 der Entscheidung der Kommission.

¹⁷ Pressemitteilung von Microsoft, 8. Juni 2004, [Microsoft Files Appeal in European Commission Case](#).

¹⁸ Pressemitteilung der Kommission ([IP/05/1695](#)), 22. Dezember 2005; Pressemitteilung der Kommission ([IP/06/298](#)), 10. März 2006.

¹⁹ Pressemitteilung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften ([63/07](#)), 17. September 2007; Dispositiv des Urteils des EuG, Ziff. 1 und 2.

²⁰ Urteil des EuG, Randnr. 1278.

²¹ Der EuGH ist Rechtsmittelinstanz für Entscheidungen des EuG (Art. 225 EGV).

²² Pressemitteilung der Kommission ([IP/07/1567](#)), 22. Oktober 2007; Pressemitteilung von Microsoft, 22. Oktober 2007, [Microsoft Statement on Compliance with European Commission 2004 Decision](#).

²³ Pressemitteilung von Microsoft, 21. Februar 2008, [Microsoft Makes Strategic Changes in Technology and Business Practices to Expand Interoperability](#).

²⁴ Pressemitteilung der Kommission ([IP/08/318](#)), 27. Februar 2008.

²⁵ Für den Zeitraum ab Entscheidung der Kommission im März 2004 bis zum 20. Juni 2006 vgl. Pressemitteilung der Kommission ([IP/06/979](#)), 12. Juli 2006.

²⁶ NZZ online, 10. Mai 2008, [Microsoft legt Berufung gegen EU-Strafe ein](#).

2. Zusammenfassung des Urteils des EuG vom 17. September 2007

Das Urteil des EuG vom 17. September 2007 in der Rechtssache T-201/04 besteht im Wesentlichen aus drei Punkten, in denen die Auffassung der Kommission bestätigt wird sowie der Nichtigerklärung eines vierten Elements aus dem Entscheid der Kommission. Bei diesem handelte es sich um die Einsetzung eines unabhängigen Überwachungsbeauftragten, die einer rechtlichen Grundlage im Gemeinschaftsrecht entbehrte und folglich aufgehoben wurde²⁷. Das Bussgeld in der Höhe von 497 Millionen Euro wurde jedoch vollumfänglich bestätigt sowie auch die Feststellung der zwei Verstöße gegen Art. 82 EGV und die darauf beruhenden Abhilfemassnahmen (Interoperabilitätsverfügung und Entkopplungsverfügung). Diese drei Punkte werden im Folgenden kurz ausgeführt, während auf die Frage des unabhängigen Überwachungsbeauftragten nicht näher eingegangen wird.

a. Interoperabilitätsverfügung

Der erste Verstoß gegen das europäische Wettbewerbsrecht besteht in der Weigerung von Microsoft, die fraglichen Interoperabilitätsinformationen preiszugeben²⁸. Art. 82 EGV verbietet „die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gemeinsamen Markt.“ Die beherrschende Stellung Microsofts wurde von der Kommission sowohl auf dem Markt der Betriebssysteme für Client-PCs²⁹ als auch auf dem Markt der Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver³⁰ bejaht und von Microsoft in der Klage gegen die Entscheidung der Kommission nicht bestritten. Da die Schnittstelleninformationen für die Wettbewerber zur Herstellung konkurrenzfähiger Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver essentiell sind, wurde die Weigerung von Microsoft zur Offenlegung dieser Informationen als Missbrauch der beherrschenden Stellung qualifiziert.

Umstritten war dabei insbesondere die Frage, ob es sich bei Interoperabilitätsinformationen um geistiges Eigentum handle³¹. Das EuG umging die Problematik mit der Argumentation, dass vorliegend die in früherer Rechtsprechung³² entwickelten besonderen Umstände und damit die Voraussetzungen für einen kartellrechtlichen Eingriff trotz immaterialgüter-

²⁷ Urteil des EuG, Randnr. 1278.

²⁸ Art. 2 lit. a der Entscheidung der Kommission; bestätigt im Urteil des EuG, Randnr. 711.

²⁹ Urteil des EuG, Randnr. 31: Marktanteil von Microsoft stabil bei über 90 Prozent.

³⁰ Urteil des EuG, Randnr. 33: Marktanteil von Microsoft mindestens 60 Prozent bei schwacher Konkurrenz.

³¹ Urteil des EuG, Randnr. 312 ff.

³² Vgl. zu den Urteilen Magill und IMS Health des EuGH hinten, III.3.a.

rechtlichem Schutz ohnehin gegeben seien. Als aussergewöhnliche Umstände gelten dabei die drei folgenden³³:

1. Die Weigerung betrifft Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auf einem benachbarten Markt unerlässlich sind.
2. Die Weigerung ist geeignet, jeglichen wirksamen Wettbewerb auf diesem benachbarten Markt auszuschliessen.
3. Die Weigerung verhindert das Auftreten eines neuen Produkts, nach welchem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.

Das EuG setzt sich detailliert mit diesen Voraussetzungen auseinander und kommt zum Schluss, dass die aussergewöhnlichen Umstände hier vorliegen und die Klage von Microsoft in diesem Zusammenhang entsprechend als unbegründet zurückzuweisen ist³⁴. Damit wird die in Art. 5 der Kommissionsentscheidung verfügte Abhilfemassnahme bestätigt. Microsoft wird angewiesen, die verweigerten Informationen offenzulegen und ihre Nutzung für die Entwicklung kompatibler Produkte zu erlauben. Die Offenlegungsanordnung gilt nicht nur gegenüber Sun, sondern gegenüber sämtlichen Unternehmen, die auf dem Markt der Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver mit Microsoft konkurrierende Produkte entwickeln wollen³⁵.

b. Entkopplungsverfügung

Der zweite Verstoss gegen das europäische Wettbewerbsrecht besteht in der Kopplung des Windows Media Player an das Windows-Betriebssystem³⁶. Die Kommission stufte die Kopplung aus den folgenden vier Gründen als missbräuchliche Verhaltensweise i.S.v. Art. 82 EGV ein³⁷:

1. Microsoft verfügt auf dem Markt für PC-Betriebssysteme über eine beherrschende Stellung.
2. Beim PC-Betriebssystem Windows und dem Windows Media Player handelt es sich um zwei separate Produkte.

³³ Urteil des EuG, Randnr. 332.

³⁴ Urteil des EuG, Randnr. 337-712.

³⁵ Art. 5 lit. a der Entscheidung der Kommission; bestätigt im Urteil des EuG, Randnr. 809 und 812.

³⁶ Art. 2 lit. b der Entscheidung der Kommission; bestätigt im Urteil des EuG, Randnr. 1228 f.

³⁷ Entscheidung der Kommission, Randnr. 794.

3. Microsoft gibt seinen Kunden nicht die Möglichkeit, Windows ohne den Windows Media Player zu erwerben.
4. Durch die Kopplung wird der Wettbewerb eingeschränkt.

In der Klage gegen die Entscheidung der Kommission wurde von Microsoft nur der erste Punkt nicht bestritten. Das EuG bestätigt jedoch auch hier die Auffassung der Kommission vollumfänglich und weist den Klagegrund in der Folge als unbegründet ab³⁸. Damit wird die Abhilfemassnahme aus der Entscheidung der Kommission bestätigt. Gemäss dieser wird Microsoft angewiesen, Endnutzern und PC-Herstellern eine voll funktionsfähige Version des Windows-Betriebssystems anzubieten, die den Windows Media Player nicht enthält³⁹. Microsoft ist jedoch weiterhin berechtigt, Windows auch zusammen mit dem Media Player und zum gleichen Preis anzubieten⁴⁰.

c. Bussgeld

Die Geldbusse wurde von der Kommission aufgrund der besonderen Schwere⁴¹ des missbräuchlichen Verhaltens auf einen Grundbetrag von 166 Millionen Euro festgesetzt. Wegen der ausserordentlichen Finanzstärke von Microsoft wurde dieser Betrag, um eine ausreichende abschreckende Wirkung zu entfalten, verdoppelt und schliesslich wegen der Dauer der Missbräuche (ab Oktober 1998 bis März 2004, d.h. fünfeinhalb Jahre) nochmals um 50 Prozent erhöht⁴². Die Geldbusse belief sich somit auf total 497 Millionen Euro. Das Europäische Gericht erster Instanz bestätigt ausführlich die Vorgehensweise der Kommission zur Festsetzung der Geldbusse und weist in der Folge das Vorbringen von Microsoft zurück, wonach die Geldbusse überhöht und unverhältnismässig sei⁴³.

³⁸ Urteil des EuG, Randnr. 872-1139.

³⁹ Art. 6 lit. a der Entscheidung der Kommission.

⁴⁰ HEINEMANN, Bilan, S. 175; Entscheidung der Kommission, Randnr. 1012.

⁴¹ Entscheidung der Kommission, Randnr. 1068.

⁴² Entscheidung der Kommission, Randnr. 1074-1080.

⁴³ Urteil des EuG, Randnr. 1326-1367.

III. Offenlegung von Schnittstellen nach Schweizer Recht

Im schweizerischen Wettbewerbsrecht sieht Art. 13 lit. b des Kartellgesetzes (KG⁴⁴) die Möglichkeit der Erteilung einer gesetzlichen Zwangslizenz vor. Hierfür muss jedoch vorgängig abgeklärt werden, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist. Eine Hürde könnte dabei Art. 3 Abs. 2 KG darstellen, welcher Wettbewerbswirkungen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausnimmt, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Davor drängt sich aber noch die Frage auf, ob Schnittstellen in der schweizerischen Rechtsordnung überhaupt als geistiges Eigentum geschützt sind.

1. Schnittstellen als Immaterialgut?

Auch das EuG befasste sich mit der Frage, ob Schnittstellen dem Schutz des geistigen Eigentums unterliegen. Es umging aber die Problematik, indem es das Vorliegen der für den kartellrechtlichen Eingriff in Immaterialgüter erforderlichen besonderen Umstände vorgängig bejahte und die Frage damit obsolet werden liess⁴⁵. Die gleiche Vorgehensweise bietet sich auch für die Lösung des Problems gemäss schweizerischem Recht an. Trotzdem soll vorab näher auf die Frage der Schutzwürdigkeit von Schnittstellen durch das Immaterialgüterrecht eingegangen werden.

Das schweizerische Urheberrechtsgesetz (URG⁴⁶) definiert die von ihm geschützten Werke als geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben⁴⁷. Obwohl Computerprogramme explizit als Werke gelten⁴⁸, sind auch sie nur dann urheberrechtlich schützbar, wenn sie geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter darstellen⁴⁹.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen ([SR 251](#)).

⁴⁵ KÖRBER, S. 1212; Urteil des EuG, Randnr. 283: „Auch wenn die Verfahrensbeteiligten [...] die Frage der Rechte des geistigen Eigentums [...] ausführlich erörtert haben, ist das Gericht der Ansicht, dass über diese Frage zur Klärung des vorliegenden Rechtsstreits nicht entschieden zu werden braucht.“; Randnr. 290: „Die zentrale Frage [...] geht somit dahin, ob [...] die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmen in beherrschender Stellung gezwungen werden kann, eine Lizenz für Rechte des geistigen Eigentums zu erteilen, hier vorliegen.“

⁴⁶ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte ([SR 231.1](#)).

⁴⁷ Art. 2 Abs. 1 URG.

⁴⁸ Art. 2 Abs. 3 URG.

⁴⁹ BARRELET/EGLOFF, N 25 zu Art. 2 URG; STRAUB, S. 812.

Damit stellt sich die Frage, ob Schnittstellen – unabhängig davon, ob sie von Art. 2 Abs. 3 URG erfasst werden oder nicht – als Werke schutzfähig sind. Schnittstelleninformationen beschreiben lediglich bestimmte Merkmale eines Computerprogramms und sind daher von dessen Quellcode⁵⁰ zu unterscheiden⁵¹. Jedoch kann eine Schnittstelle so ausgestaltet sein, dass sie nur über die Implementierung eines bestimmten Quellcodes zugänglich ist. Während also die reine Funktionsbeschreibung als Information per se nicht schutzfähig ist, kann demgegenüber der konkrete Ausdruck oder die Form der Schnittstellen urheberrechtlich geschützt sein⁵².

Obwohl ein Teil der Lehre urheberrechtlichen Schutz von Schnittstellen nach schweizerischem Recht grundsätzlich ablehnt⁵³, kann dies m.E. nicht ausnahmslos gelten. Dort, wo den Programmierern ein gewisser Gestaltungsspielraum offensteht, können die Schnittstellen bei ausreichend individueller Gestaltung urheberrechtlichen Schutz erlangen⁵⁴. Beim Erlass des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes wurde hinsichtlich der Bestimmungen über Computerprogramme Konformität mit der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen angestrebt⁵⁵. Im europäischen Recht wird bezüglich des Urheberrechtsschutzes von Schnittstellen zwischen dem Schutz der Spezifikation einerseits und dem Schutz der Implementierung, d.h. der konkreten Realisierung der Regeln und Methoden des Datenaustauschs im Quellcode, unterschieden. Während die Spezifikation als eine dem Computerprogramm zugrunde liegende Idee urheberrechtlich nicht schutzbar ist, wird der Schutz für die Implementierung der Schnittstelle befürwortet⁵⁶.

Für den urheberrechtlichen Schutz von Schnittstellen spricht auch die Tatsache, dass diese explizit im Urheberrechtsgesetz erwähnt werden: Die Dekompilierungsvorschrift in Art. 21 URG besagt, dass sich der rechtmässige Benutzer eines Computerprogramms die erforderlichen Schnittstelleninformationen durch Entschlüsselung des Programmcodes beschaffen darf. Daraus folgt, dass Schnittstellen grundsätzlich urheberrechtlichen Schutz geniessen

⁵⁰ Unter dem Quellcode versteht man die in einer Programmiersprache geschriebene Abfolge von Programmanweisungen, die vom Menschen gelesen, aber erst nach einer elektronischen Übersetzung vom Computer verarbeitet werden können; vgl. FRÖHLICH-BLEULER, S. 576.

⁵¹ GASTER, S. 252.

⁵² LEHMANN, in: LEHMANN, S. 19; NEFF/ARN, in: SIWR II/2, S. 146.

⁵³ FRÖHLICH-BLEULER, S. 578; JOVANOVIC, S. 24; STIRNIMANN, S. 257.

⁵⁴ HABERSTUMPF, in: LEHMANN, S. 119; NEFF/ARN, in: SIWR II/2, S. 303.

⁵⁵ BARRELET/EGLOFF, N 1 zu Art. 21 URG; NEFF/ARN, in: SIWR II/2, S. 41; STRAUB, S. 813; FELIX H. THOMANN, Die Euroverträglichkeit der Softwareschutz-Regelung gemäss dem revidierten URG, AJP 1993, S. 563 ff., S. 568.

⁵⁶ GIUDICI, S. 114; VON WESTERNHAGEN, S. 107 f.

können. Denn wäre dies nicht der Fall, wäre eine solche Regel im Gesetz obsolet, da die Beschaffung von ungeschützten Daten nie gegen Urheberrecht verstossen kann⁵⁷.

Um die Frage abschliessend beantworten zu können, müsste die konkrete Schnittstelle auf ihre Schutzwürdigkeit hin untersucht werden. Dabei wäre insbesondere zu klären, ob die Schnittstelleninformationen lediglich nicht geschützte Spezifikationen oder auch die konkrete Realisierung der Regeln und Methoden des Datenaustauschs beinhalten. Sowohl die Kommission als auch das EuG sahen sich jedoch mit dem Problem konfrontiert, dass die Schnittstelleninformationen niemandem, auch nicht ihnen, zugänglich gemacht wurden und daher gar nicht beurteilt werden konnte, ob sie derart ausgestaltet sind, dass sie urheberrechtlichen Schutz geniessen⁵⁸.

Auch nach Schweizer Recht kann ohne Betrachtung der fraglichen Schnittstelleninformationen nicht abschliessend beurteilt werden, ob diese als geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter zu qualifizieren sind. Aus diesem Grund muss das für den Betroffenen günstigste Szenario angenommen werden. Somit ist zu prüfen, ob die Offenlegung für den Fall, dass die fraglichen Schnittstellen geistiges Eigentum darstellen, angeordnet werden kann.

2. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht

Das Kartellrecht bezweckt die Förderung des Wettbewerbs, indem es Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen verhindert⁵⁹. Das Immaterialgüterrecht demgegenüber ordnet einem Rechteinhaber ein bestimmtes Wissen zur ausschliesslichen Nutzung zu. Auf den ersten Blick wird von den beiden Rechtsgebieten nicht das gleiche Ziel verfolgt: Auf der einen Seite werden Monopole verhindert, auf der anderen Seite werden sie gesetzlich gestützt. Heute ist man sich indessen weitgehend einig, dass Zielkonformität zwischen beiden Rechtsgebieten besteht. Es geht darum, Innovationen zu fördern⁶⁰. Der Anreiz zur Hervorbringung neuen Wissens wird vom Immaterialgüterrecht dadurch gestärkt, dass es die Möglichkeit zur (zeitlich begrenzten) ausschliesslichen Nutzung des Hervorgebrachten

⁵⁷ NEFF/ARN, in: SIWR II/2, S. 146.

⁵⁸ Entscheidung der Kommission, Fn 249: „In any case, since the relevant specifications are not available for scrutiny, it is not possible for the Commission to determine to what extent Microsoft’s claims relating to various intellectual property rights are justified.“

⁵⁹ Vgl. Art. 1 KG.

⁶⁰ FIALA, S. 13 ff.; HEINEMANN, Perspektiven, S. 34; LEHMANN, in: LEHMANN, S. 808; STIEGER, S. 102.

schaft⁶¹. Auch das Kartellrecht fördert Innovationen, da durch den von ihm geschützten Wettbewerb im Idealfall ein ständiger Innovationsdruck entsteht.

In der Lehre wurden viele verschiedene theoretische Konzepte zum Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und dem Kartellrecht erarbeitet, von denen letztlich jedoch keines zu überzeugen vermag⁶². Stattdessen ist im Einzelfall nach einer Lösung zu suchen, bei der urheberrechtliche Sachverhalte nicht von der kartellrechtlichen Kontrolle ausgenommen werden, sondern sachgerecht und insbesondere unter Berücksichtigung des vom Urheberrecht verfolgten Zweckes beurteilt werden⁶³.

a. Reichweite von Art. 3 Abs. 2 KG

Die Frage der Grenzziehung zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht scheint auf den ersten Blick abschliessend in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG geregelt: „Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.“ Jedoch ist unklar und umstritten, was es mit dem auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmal der Ausschliesslichkeit auf sich hat⁶⁴.

Ein Teil der Lehre bezweifelt, ob die Norm überhaupt eine Bedeutung hat⁶⁵. Andere Meinungen plädieren dafür, das Kriterium der Ausschliesslichkeit im Sinne einer teleologischen Reduktion möglichst eng auszulegen, um damit in möglichst vielen Fällen die uneingeschränkte Überprüfbarkeit von immaterialgüterrechtlichen Sachverhalten durch das Kartellrecht zu erwirken⁶⁶. In die gleiche Richtung geht die Auffassung, wonach die Anwendung des Kartellrechts durch Art. 3 Abs. 2 KG nur in den ganz seltenen Fällen ausgeschlossen ist, wo die Ausübung eines immaterialgüterrechtlichen Schutzrechts klar im Kernbereich des Immaterialgüterrechts liegt⁶⁷.

Da sich Immaterialgüter- und Kartellrecht nicht gegenseitig ausschliessen, sondern einander mit dem Ziel der Innovationsförderung ergänzen, wäre es falsch, Art. 3 Abs. 2 KG dahin zu verstehen, dass alle immaterialgüterrechtlichen Sachverhalte von der kartellrechtlichen

⁶¹ Borer, N 8 zu Art. 3 KG.

⁶² Vgl. Auflistung und Widerlegung der einzelnen Vorschläge bei WEBER, Rz 22.

⁶³ HEINEMANN, Koexistenz, S. 209 f.; STIRNIMANN/WEBER, S. 86 f.

⁶⁴ STIEGER, S. 102 f.

⁶⁵ HILTY, S. 418; THOUVENIN, S. 469.

⁶⁶ HEINEMANN, Perspektiven, S. 41; STIRNIMANN, S. 47 ff.

⁶⁷ MEYER, S. 335 f.

Kontrolle ausgenommen werden sollen. Vielmehr ist dafür zu sorgen, dass im Einzelfall untersucht werden kann, ob besagtem Ziel mit oder ohne kartellrechtlichen Eingriff in das Immaterialgut mehr gedient ist. Da nur solche Wettbewerbswirkungen von der Anwendung von Kartellrecht ausgenommen sind, die nicht ausschliesslich aus den Immaterialgütergesetzen resultieren, ist diese Ausschliesslichkeit möglichst eng zu fassen. Sobald also für eine Wettbewerbswirkung eine andere bzw. eine zusätzliche Ursache neben diejenige des immaterialgüterrechtlichen Schutzes tritt, steht damit der Anwendung des Kartellrechts nichts mehr im Weg⁶⁸.

b. Schutz des geistigen Eigentums eines marktbeherrschenden Unternehmens

Als marktbeherrschende Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die sich auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in wesentlichem Umfang unabhängig von andern Marktteilnehmern verhalten können. Da das Erlangen einer Spitzenstellung in einer freien Marktwirtschaft nicht per se unzulässig sein kann⁶⁹, geniessen marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich den gleichen Schutz ihres geistigen Eigentums wie alle anderen Inhaber eines solchen⁷⁰.

Die Ausübung der Immaterialgüterrechte durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann aber in gewissen Fällen eingeschränkt werden, um damit den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern. Ein dominanter Inhaber eines Immaterialgüterrechts kann bei der Verwertung desselben aufgrund des eingeschränkten Wettbewerbs z.B. höhere Preise verlangen, als dies beim Vorhandensein starker Konkurrenz der Fall wäre. Wenn seine Marktposition so stark ist, dass die Marktgegenseite faktisch von ihm abhängt, darf er diese Situation nicht etwa durch Erzwingen von unangemessenen Bedingungen ausnützen⁷¹. Aber nicht nur überhöhte Preise oder unangemessene Bedingungen sind unzulässig, sondern auch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kann gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG unter bestimmten Voraussetzungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt werden.

⁶⁸ HEINEMANN, Bilan, S. 178.

⁶⁹ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1512; ZÄCH, N 528.

⁷⁰ HEINEMANN, Ausgleich, S. 92.

⁷¹ Art. 7 Abs. 2 lit. c KG.

3. Die Essential-Facilities-Doktrin

Essential Facilities sind monopolisierte Infrastrukturen, die ein Unternehmen unausweichlich benutzen muss, um einen Markt bearbeiten zu können⁷². Die Essential-Facilities-Doktrin legt fest, wann und zu welchen Bedingungen der Inhaber der Essential Facility verpflichtet ist, Dritten Zugang zu dieser Einrichtung zu gewähren⁷³.

a. Ursprung der Essential-Facilities-Doktrin

Die Doktrin stammt ursprünglich aus den USA, wo sie im folgenden Sachverhalt erstmals angewendet wurde: Ein Gemeinschaftsunternehmen kontrollierte den wichtigen Transitbahnhof von St. Louis und war dadurch in der Lage, anderen Eisenbahngesellschaften die Durchfahrt zu verwehren. Der Supreme Court ordnete aufgrund fehlender Ausweichmöglichkeiten das Gemeinschaftsunternehmen an, Dritten Zugang zu der Essential Facility zu gewähren⁷⁴.

Die Essential-Facilities-Doktrin wurde Jahrzehnte später durch die Kommission und den EuGH in die Europäische Union übernommen und weiterentwickelt. Im Fall Magill⁷⁵ aus dem Jahr 1995 hat der EuGH den Missbrauch einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung durch drei Sendeanstalten bejaht und diese dazu verpflichtet, die wöchentlichen Programmlisten gegen Zahlung einer Lizenzgebühr zur Verfügung zu stellen. Nach irischem Recht bestand ein Urheberrecht an den Programmvorschauen und dieses wurde hier eingeschränkt.

Im Fall IMS Health⁷⁶ aus dem Jahr 2004 ging es um regionale Verkaufsdaten von Apotheken in Deutschland, an denen Unternehmen der Pharmaindustrie ein grosses Interesse haben. Die Verkaufsdaten werden anhand der sogenannten 1860-Bausteine-Struktur dargestellt, welche Deutschland in 1860 Gebiete unterteilt und die zu einem Industriestandard wurde. Aufgrund eines Urheberrechts an dieser Struktur konnte IMS Health den Konkurrenten die Benutzung derselben untersagen und einen Antrag auf Lizenzerteilung ablehnen. Der EuGH

⁷² JOVANOVIĆ, S. 4.

⁷³ HÜBSCHER/RIEDER, S. 440; MEYER, S. 333.

⁷⁴ Urteil des Supreme Court, United States v. Terminal R.R. Ass'n of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

⁷⁵ Urteil des EuGH vom 6. April 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, Radio Telefís Éireann und Independent Television Publications Ltd. gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (im Folgenden: Urteil Magill des EuGH).

⁷⁶ Urteil des EuGH vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-418/01, IMS Health GmbH & Co. gegen NDC Health GmbH & Co. (im Folgenden: Urteil IMS Health des EuGH).

kam zum Schluss, dass die Lizenzverweigerung an der urheberrechtsgeschützten Struktur unter den besonderen Umständen des Falles als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren sei und verpflichtete IMS Health zur Lizenzvergabe gegen ein angemessenes Entgelt.

b. Die Essential-Facilities-Doktrin im Schweizer Recht

Im Gegensatz zu Deutschland⁷⁷ verfügt die Schweiz über keine Kodifizierung der Essential-Facilities-Doktrin. Jedoch findet sich ein Hinweis darauf in der Botschaft zum Kartellgesetz⁷⁸. Gemäss dieser besteht ein Kontrahierungszwang, wenn ein Unternehmen „als einziges über Einrichtungen verfügt, die zur Erbringung von bestimmten Dienstleistungen oder zur Herstellung von bestimmten Produkten unerlässlich sind.“⁷⁹ Die Botschaft nennt diesen Fall als Beispiel einer unzulässigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. Damit ist auch gesagt, dass die Essential-Facilities-Doktrin in der Schweiz trotz ihrer losgelösten Rolle in der Literatur keinen eigenen Rechtsanspruch begründet⁸⁰.

In der Schweiz sind schon mehrere Fälle im Sinne der Essential-Facilities-Doktrin entschieden worden⁸¹, wobei bis heute aber noch keine Zugänge zu immaterialgüterrechtlich geschützten Infrastrukturen Streitgegenstand bildeten.

4. Immaterialgüter als Essential Facilities

Wie bereits dargelegt, unterstehen auch immaterialgüterrechtlich geschützte Positionen grundsätzlich der kartellrechtlichen Kontrolle. Da es bei der Essential-Facilities-Doktrin nicht um die Beschaffenheit der fraglichen Sache, sondern vielmehr um deren ökonomische Funktion und die dadurch vermittelte Ausschlussmöglichkeit geht⁸², kann auch ein Immaterialgut als Essential Facility funktionieren⁸³.

⁷⁷ Vgl. § 19 Abs. 4 Ziff. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ([GWB](#)).

⁷⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (im Folgenden: Botschaft zum Kartellgesetz).

⁷⁹ Botschaft zum Kartellgesetz ([BBI 1995 468](#)), S. 571.

⁸⁰ CLERC in: TERCIER/BOVET, N 150 zu Art. 7 KG; HÜBSCHER/RIEDER, S. 447; ZÄCH, N 667.

⁸¹ Vgl. [RPW 2002/4](#) S. 567 ff., [RPW 2003/2](#) S. 406 ff. und das Urteil des Bundesgerichts [2A.142/2003](#) vom 5. September 2003 (Cablecom GmbH gegen Teleclub AG) sowie [RPW 2000/2](#) S. 153 ff., [RPW 2001/2](#) S. 255, [RPW 2002/4](#) S. 672 und das Urteil des Bundesgerichts [2A.520/2002](#) vom 17. Juni 2003 (Entreprises Electriques Fribourgeoises gegen Watt Suisse AG/Migros Genossenschafts-Bund); [BGE 129 II 497](#) S. 539.

⁸² BORER, N 13 zu Art. 7 KG; FIALA, S.70; SCHINDLER, S. 77.

⁸³ GIUDICI, S. 141; HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 510 f.

Jedoch stellt sich die Frage, inwiefern im Rahmen der Essential-Facilities-Doktrin auf die Besonderheiten des Immaterialgüterrechts Rücksicht genommen werden kann bzw. welche Voraussetzungen konkret erfüllt sein müssen, damit ein Eingriff in immaterialgüterrechtlich geschützte Essential Facilities gerechtfertigt ist. Da die Essential-Facilities-Doktrin in der Schweiz keinen eigenen Rechtsanspruch begründet, sind die damit verbundenen Einzelfragen im Rahmen des klassischen kartellrechtlichen Prüfschemas zu beantworten. Somit muss vorab eine Marktabgrenzung vorgenommen werden. Danach ist zu untersuchen, ob das fragliche Unternehmen auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnimmt. Ist dies der Fall, muss weiter geprüft werden, ob ein Missbrauch dieser Stellung vorliegt und schliesslich ist nach einer möglichen Rechtfertigung zu suchen.

a. Relevanter Markt

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes wird untersucht, welche Waren oder Dienstleistungen des fraglichen Anbieters von der Marktgegenseite als gleichartig angesehen werden⁸⁴. Kriterium ist also die Substituierbarkeit. Der relevante Markt muss in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht definiert werden, da diese Faktoren ausschlaggebend für die Austauschbarkeit der angebotenen Leistung sind.

Im Urteil Magill des EuGH wurde für die Anwendbarkeit der Essential-Facilities-Doktrin auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalte das Kriterium eines abgeleiteten Marktes aufgestellt, der nur mit Hilfe des Immaterialgutes bearbeitet werden kann und den sich der Inhaber desselben vorbehält⁸⁵. Die Essential-Facilities-Doktrin wurde bis dahin ausschliesslich in Fällen angewandt, welche dieser Konstellation entsprachen, die also zwei separate Märkte betrafen und bei denen nur der Gebrauch der Essential Facility Zugang zum nachgelagerten Markt ermöglichte⁸⁶. Im Urteil IMS Health sah sich der EuGH dann aber mit dem Problem konfrontiert, dass anstelle der bisher verlangten separaten zwei Märkte nur ein relevanter Markt vorlag, nämlich derjenige für regionale Verkaufsdaten von Apotheken. Der Gerichtshof bediente sich zur Lösung des Problems eines Kunstgriffes, indem er einen hypotheti-

⁸⁴ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1333.

⁸⁵ Urteil Magill des EuGH, Randnr. 56.

⁸⁶ Als Beispiel sei hier ein Hafen genannt, dessen Betreiber den nachgelagerten Markt für Transportdienstleistungen für sich vorbehalten kann, indem er der Konkurrenz die Mitbenutzung des Hafens verweigert.

schen Markt erfand und diesen genügen liess⁸⁷. Diese Rechtsprechung ist trotz der fragwürdigen Vorgehensweise⁸⁸ im Ergebnis zu begrüßen. Denn für die Beurteilung einer Zugangsverweigerung kann es nicht darauf ankommen, ob tatsächlich nur ein oder ob zwei verschiedene bestehende Märkte von einem konkreten Sachverhalt erfasst sind. Ansonsten könnte die Doktrin auf viele Fälle nicht angewendet werden, bei denen das Immaterialgut lediglich als Zwischenprodukt vorliegt und trotz bestehender Nachfrage nicht angeboten wird.

b. Marktbeherrschende Stellung

Im Unterschied zum US-amerikanischen Kartellrecht, das auch schon den Versuch der Erlangung einer Monopolstellung unterbinden will⁸⁹, zielen das europäische und schweizerische Kartellrecht nur auf den Missbrauch einer bereits erlangten marktbeherrschenden Stellung⁹⁰. Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens wird in Art. 4 Abs. 2 KG definiert als Unternehmen, das auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Da bei Essential Facilities stets ein vor- und ein nachgelagerter Markt vorhanden sind oder andernfalls hypothetisch hinzugedacht werden, fragt sich, ob auf beiden oder nur auf einem dieser Märkte eine beherrschende Stellung gegeben sein muss.

aa. Stellung auf dem Primär- oder Sekundärmarkt?

Der Inhaber einer Essential Facility auf dem vorgelagerten Markt verweigert seinen Konkurrenten den Zugang zu dieser und lässt damit auf dem nachgelagerten Markt gar nicht erst eine Wettbewerbssituation entstehen. Damit beseitigt er jeglichen Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt und zwar unabhängig von seiner Stellung auf dem Primärmarkt. Somit kann eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt für eine Beurteilung nach der Essential-Facilities-Doktrin nicht erforderlich sein⁹¹. Demgegenüber ist die marktbeherrschende Stellung auf dem nachgelagerten Markt einer Essential Facility zwangsläufig gegeben, weil der Wettbewerb hier definitionsgemäss beseitigt ist. Denn ist dies nicht der Fall, d.h. besteht auf dem Sekundärmarkt Wettbewerb, so handelt es sich entweder gar

⁸⁷ Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 44.

⁸⁸ Kritik bei BAUDENBACHER, S. 138; JOVANOVIĆ, S. 107.

⁸⁹ SCHINDLER, S. 4 f.

⁹⁰ ZÄCH, N 214 und 527.

⁹¹ JOVANOVIĆ, S. 120 f. und 124.

nicht um eine Essential Facility oder aber der Inhaber hat seinen Konkurrenten Zugang gewährt, womit die Essential-Facilities-Doktrin nicht zur Anwendung gelangt. Der Inhaber einer Essential Facility hat somit zwangsläufig eine marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt, muss sich aber nicht auch auf dem Primärmarkt unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten können.

Allein durch sein Immaterialgüterrecht erlangt dessen Inhaber nicht automatisch eine marktbeherrschende Stellung. Vielmehr steht seiner Konkurrenz der Substitutionswettbewerb offen. Anders verhält es sich nun aber, wenn es sich beim fraglichen Immaterialgut um eine Essential Facility handelt. Wie oben dargelegt, ist der Inhaber einer Essential Facility definitionsgemäss marktbeherrschend auf dem Sekundärmarkt und braucht dies für die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin nicht auch auf dem Primärmarkt zu sein. An Stelle einer Prüfung der marktbeherrschenden Stellung tritt daher die Frage, ob es sich beim fraglichen Immaterialgut um eine Essential Facility handelt, d.h. ob ein wesentliches Immaterialgut vorliegt⁹².

bb. Das wesentliche Immaterialgut

Beim hier interessierenden Spezialfall eines Immaterialgutes als Essential Facility bzw. eines sogenannten wesentlichen Immaterialgutes ist der Markt ausschliesslich über dessen Verwendung zugänglich. Im Unterschied zu physischen Essential Facilities, über deren Mitbenutzung in der Schweiz bereits entschieden worden ist, sind dabei gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen. So kann zum Beispiel trotz Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Programmcodes ohne weiteres ein neues und auch ähnliches Programm geschrieben werden, während etwa der Aufbau eines neuen Stromnetzes aus verschiedenen Gründen weder möglich noch zumutbar ist. Hinzu kommt die beschränkte Schutzdauer eines Immaterialgüterrechts⁹³, während etwa eine physische Einrichtung nicht nur über eine lange Dauer bestehen bleiben, sondern darüber hinaus immer wieder erneuert werden kann. Nichtsdestotrotz sind auch Immaterialgüter als Einrichtungen bzw. Facilities im Sinne der

⁹² Ebenfalls im Rahmen der Marktbeherrschung wird die Wesentlichkeitsprüfung vorgenommen bei HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 505 f.

⁹³ Im Patentrecht bis zu 20 Jahre (Art. 14 PatG, [SR 232.14](#)), im Urheberrecht 70 bzw. bei Computerprogrammen 50 Jahre ab Tod des Urhebers (Art. 29 URG, [SR 231.1](#)), im Designrecht bis zu 25 Jahre (Art. 5 DesG, [SR 232.12](#)). Lediglich der Markenschutz kann unbeschränkt verlängert werden (Art. 10 MSchG, [SR 232.11](#)).

Essential-Facilities-Doktrin zu betrachten, denn es liegt nicht am Merkmal der Einrichtung, die Anwendungsfälle der Doktrin zu beschränken⁹⁴.

Der Marktzugang ist nur dann einzig über ein Immaterialgut möglich, wenn dieses das Kriterium der Wesentlichkeit erfüllt. Da – im Unterschied zur Situation bei physischen Essential Facilities – über längere Zeit mit genügend Forschungs- und Entwicklungsaufwand zu jedem Immaterialgut ein Substitutionsprodukt entwickelt werden kann⁹⁵, muss auf die zeitliche Komponente der Wesentlichkeit eingegangen werden. In diesem Zusammenhang ist auf verschiedene Besonderheiten bei Immaterialgütern hinzuweisen, welche zur Folge haben, dass ein Substitutionsprodukt nur innerhalb einer relativ kurzen Zeitspanne reelle Marktchancen hat:

- Je mehr Marktteilnehmer mit dem gleichen Produkt arbeiten, umso nutzbringender wird dieses für den einzelnen Anwender. Dies wiederum macht das Produkt auch für all diejenigen attraktiver, welche es bis dahin noch nicht benutzen. Dadurch entsteht ein ganzes Netz von Benutzern desselben Produkts und solche **Netzwerkeffekte** erschweren es der Konkurrenz, auf dem relevanten Markt mit einem Substitutionsprodukt einzusteigen⁹⁶.
- Als Kehrseite der positiven Netzwerkeffekte bezeichnet der sogenannte **Lock-In-Effekt** die Schwierigkeit, von einem weit verbreiteten Produkt wieder wegzukommen. Die Hürde ist oft zu hoch, als dass sich eine Abkehr vom eingeführten und weitum bekannten Produkt lohnen würde. Selbst wenn innovative Substitutionsprodukte auf den Markt kommen, führt der Lock-In-Effekt daher zur unbefriedigenden Situation, dass die Benutzer eines Produkts faktisch an dieses gebunden sind⁹⁷.
- Güter und Dienstleistungen sind für einen optimalen Gebrauch oft auf die Zusammenarbeit mit anderen Gütern oder Dienstleistungen angewiesen. Damit die Interoperabilität möglich wird, muss auf gemeinsame Standards zurückgegriffen wer-

⁹⁴ GIUDICI, S. 118; JOVANOVIĆ, S. 90.

⁹⁵ THYRI, S. 392.

⁹⁶ STIRNIMANN/WEBER, S. 90; VON WESTERNHAGEN, S. 62 ff.

⁹⁷ WEBER, Rz 34.

den⁹⁸. Solche werden in der Regel von einem anerkannten Gremium definiert und ihre Spezifikationen sind in der Folge öffentlich zugänglich. Anders verhält es sich bei den sogenannten **De-facto-Standards**. Diese werden nicht im Zusammenwirken von verschiedenen beteiligten Leistungserbringern erarbeitet, sondern von einem einzigen Unternehmen eingesetzt, das damit unter Umständen gar keine Standardisierung beabsichtigt⁹⁹. In der Folge setzen sich diese auf dem relevanten Markt aber durch und werden dadurch zum De-facto-Standard. Beispiele für solche De-facto-Standards sind etwa die Dateiformate MP3 und PDF oder auch die von Microsoft eingeführten Office-Dokumentformate für Textdateien, Tabellen oder Bildschirm-Präsentationen.

Aufgrund dieser Besonderheiten in immaterialgüterrechtlichen Innovationsmärkten wird klar, dass in bestimmten Fällen die Herstellung eines Produktes für den relevanten Markt in relativ kurzer Zeit möglich sein muss. Aus diesem Grund kann die mit grossem Aufwand verbundene Entwicklung substituierbarer Immaterialgüter häufig nicht als Alternative zur Verwendung des originalen Immaterialgutes dienen. Entsprechend ist die Wesentlichkeit in gewissen Fällen auch dann gegeben, wenn die Entwicklung eines konkurrierenden Immaterialgutes zwar möglich wäre, aber aufgrund des grossen Zeitaufwands und der damit einhergehenden Verspätung des Endprodukts auf dem relevanten Markt nicht zum gewünschten Ziel führt¹⁰⁰.

Der Zugang zu einem wesentlichen Immaterialgut darf nur dann gewährt werden, wenn keine andere Möglichkeit zur Bearbeitung des fraglichen Marktes besteht. Im Zusammenhang mit Schnittstelleninformationen ist daher noch auf Art. 21 URG hinzuweisen, wonach die erforderlichen Informationen über Schnittstellen durch Entschlüsselung des Programmcodes beschafft werden können. Eine Dekompilierung ist technisch sehr aufwändig und das Ergebnis meist ungewiss¹⁰¹. Hinzu kommt die Möglichkeit des Softwareherstellers, den Original-Programmcode zu ändern und damit die durch Entschlüsselung beschafften Informationen über Schnittstellen nutzlos werden zu lassen. Insgesamt ist die Dekompilierung zum

⁹⁸ VON WESTERNHAGEN, S. 69 ff.

⁹⁹ HEINEMANN, Perspektiven, S. 40.

¹⁰⁰ KÖRBER, S. 1213.

¹⁰¹ FIALA, S. 50; STRAUB, S. 834; VON WESTERNHAGEN, S. 131 ff.

Auffinden von Schnittstellen aus technischen und wirtschaftlichen Gründen daher keine Alternative zur Offenlegung von Schnittstellen durch den Hersteller¹⁰².

c. Missbrauch der Stellung

Im Fall Magill hat der EuGH erstmals die aussergewöhnlichen Umstände definiert, bei deren Vorliegen die Ausübung eines Immaterialgüterrechts ein missbräuchliches Verhalten darstellt¹⁰³. Demnach sind solche besonderen Umstände gegeben, wenn:

1. durch die Weigerung jeglicher Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt ausgeschlossen wird¹⁰⁴,
2. die Weigerung der Erlaubnis zur Nutzung des immaterialgüterrechtlich geschützten Gutes durch die Konkurrenz das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindert, nach welchem eine potentielle Nachfrage besteht¹⁰⁵ und
3. diese Weigerung sachlich nicht gerechtfertigt ist¹⁰⁶.

Diese aussergewöhnlichen Umstände wurden durch den EuGH im Fall IMS Health bestätigt¹⁰⁷, wobei insbesondere auch das Kriterium des neuen Erzeugnisses wiederholt wurde¹⁰⁸. Im Folgenden wird untersucht, inwiefern diese Kriterien für eine Beurteilung nach schweizerischem Recht massgebend sind.

aa. Ausschluss von Wettbewerb

Um nach der Essential-Facilities-Doktrin unzulässig zu sein, muss die Verweigerung der Nutzung eines Immaterialgüterrechts durch die Konkurrenz jeglichen Wettbewerb auf dem relevanten Markt verunmöglichen¹⁰⁹. Während sich also die marktbeherrschende Stellung aus der Inhaberschaft eines wesentlichen Immaterialgutes ergibt, führt erst die Zugangsverweigerung als missbräuchliche Verhaltensweise zum Ausschluss von Wettbewerb. Dabei kann das Unternehmen, welches die Essential Facility kontrolliert, als einziges auf dem Sekundärmarkt tätig sein und davon profitieren, dass aufgrund der verweigerten Benutzung

¹⁰² JOVANOVIĆ, S. 100.

¹⁰³ Urteil Magill des EuGH, Randnr. 50.

¹⁰⁴ Urteil Magill des EuGH, Randnr. 56; vgl. unten, III.4.c.aa.

¹⁰⁵ Urteil Magill des EuGH, Randnr. 54; vgl. unten, III.4.c.bb.

¹⁰⁶ Urteil Magill des EuGH, Randnr. 55; vgl. unten, III.4.c.cc.

¹⁰⁷ Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 38.

¹⁰⁸ Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 49.

¹⁰⁹ JOVANOVIĆ, S. 127.

des Immaterialgutes keine Konkurrenzsituation und damit kein Wettbewerb auf diesem Markt entsteht. Eine andere Strategie ist demgegenüber die Verweigerung der Benutzung des Immaterialgutes, ohne dass das Unternehmen auf dem Markt selber tätig ist. Damit kann sich das die Essential Facility kontrollierende Unternehmen die – ebenfalls konkurrenzlose – Bearbeitung des noch gar nicht existierenden Marktes zu einem späteren Zeitpunkt vorbehalten. Bei diesen beiden Varianten besteht gar nie eine Wettbewerbssituation, entweder weil nur ein Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig ist oder weil dieser (noch) gar nicht existiert.

Demgegenüber kann der Ausschluss von Wettbewerb auch in einer Situation angestrebt werden, wo zunächst noch Konkurrenz besteht. Bestehende Wettbewerbsverhältnisse können durch das Unternehmen, welches ein wesentliches Immaterialgut kontrolliert, beseitigt werden, indem z.B. bestehende Nutzungsrechte gekündigt werden. Da Lizenzverträge für eine beschränkte Dauer abgeschlossen¹¹⁰ oder auch gekündigt werden können¹¹¹, ist dieses Vorgehen grundsätzlich nicht unzulässig. Anders sieht es jedoch aus, wenn damit der Ausschluss von bestehendem Wettbewerb bezweckt wird, indem den rechtmässigen Nutzern eines wesentlichen Immaterialgutes die Berechtigung entzogen wird, um sie in der Folge vom Markt verschwinden zu lassen¹¹². Der Abbruch und die Einschränkung fallen ebenso wie die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen in den Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG, werden aber strenger bewertet¹¹³. Grund dafür ist die Tatsache, dass andauernde geschäftliche Beziehungen besonders mit marktbeherrschenden Unternehmen auf der Gegenseite zu Abhängigkeitsverhältnissen führen, welche vom Stärkeren nicht in missbräuchlicher Weise ausgenutzt werden dürfen.

Der nach der Essential-Facilities-Doktrin unzulässige Abbruch einer Geschäftsbeziehung über die Nutzung eines wesentlichen Immaterialgutes ist jedoch zu unterscheiden von der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG. Das Diskriminierungsverbot kommt nur dann zur Anwendung, wenn verschiedene Geschäftspartner vom marktbeherrschenden Unternehmen ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden¹¹⁴. Demgegenüber greift die Essential-Facilities-Doktrin in jenen Fällen, wo der Inhaber eines

¹¹⁰ HILTY, S. 949 ff.

¹¹¹ HILTY, S. 959 ff.

¹¹² HÜBSCHER/RIEDER, S. 443.

¹¹³ ZÄCH, N 653.

¹¹⁴ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1535.

wesentlichen Immaterialgutes sämtlichen berechtigten Nutzern desselben die Nutzungsbe-
fugnis und damit die Existenzgrundlage für das Bestehen auf dem relevanten Markt ent-
zieht.

Die vorgängige Erteilung einer Berechtigung zur Nutzung eines wesentlichen Immaterialgu-
tes mit nachträglicher Verweigerung zur Weiternutzung desselben kann auch als Mittel zur
Etablierung eines De-facto-Standards dienen¹¹⁵. Dabei erlaubt der Inhaber einer immateri-
algüterrechtlichen Essential Facility zunächst allen Interessenten die Nutzung derselben. In
der Folge setzt sich ein auf diesem Immaterialgut basierender Standard durch, womit sämt-
liche Marktteilnehmer faktisch zur Einhaltung dieses De-facto-Standards gezwungen
sind¹¹⁶. Der Inhaber des wesentlichen Immaterialgutes kann während dieser Phase selber
bereits auf dem Sekundärmarkt tätig sein und durch die Verweigerung der Weiternutzung
seine Konkurrenten vom Markt verdrängen, um die eigene Position zu stärken, oder er
kann selber erst im Moment der Verweigerung mit der Bearbeitung des Sekundärmarkts
beginnen.

Die Schwierigkeit bei derart gelagerten Fällen besteht in der Beurteilung des De-facto-
Standards bzw. in der Frage, ob die Konkurrenten infolge der Nutzungsverweigerung effek-
tiv vom Markt verschwinden oder ob sie nicht einen anderen Weg zur Bearbeitung dessel-
ben finden werden¹¹⁷. Die Nutzung des verweigerten wesentlichen Immaterialgutes muss
ab dem Zeitpunkt der Verweigerung bis zum Ausscheiden der Konkurrenz als notwendige
Voraussetzung zur Bearbeitung des Sekundärmarktes bestehen bleiben, ansonsten liegt gar
keine Essential Facility mehr vor. Die Wettbewerbsbehörde muss also abschätzen, wie lan-
ge es dauern wird, bis der letzte Konkurrent des Inhabers der Essential Facility vom Markt
verschwinden wird und ob während dieser Zeit mit genügend grosser Wahrscheinlichkeit
keine Alternative zum wesentlichen Immaterialgut entwickelt werden kann¹¹⁸.

bb. Verhinderung eines neuen Produkts

Das durch den EuGH im Fall Magill entwickelte und im Fall IMS Health bestätigte Kriterium,
wonach die Weigerung zur Nutzung des immaterialgüterrechtlich geschützten Gutes das

¹¹⁵ STIRNIMANN/WEBER, S. 90.

¹¹⁶ HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 520 f.

¹¹⁷ STIRNIMANN, S. 246.

¹¹⁸ JOVANOVIC, S. 132.

Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern muss, ist in der Lehre umstritten¹¹⁹. Nach dem Urteil Magill war zunächst nicht klar, ob dieses Kriterium kumulativ oder alternativ zur Voraussetzung des Wettbewerbsausschlusses gelten soll¹²⁰. Im Urteil IMS Health wurde diese Frage durch den EuGH dann zugunsten der Kumulativität entschieden¹²¹, wobei gleichzeitig unklar blieb, wann ein Produkt als neu gilt¹²².

Die Einführung des Kriteriums der Neuheit im Fall Magill und auch die Bestätigung durch den EuGH im Fall IMS Health kann vor dem konkreten Hintergrund der beiden Entscheidungen nachvollzogen werden¹²³. Es scheint jedoch fraglich, ob aufgrund dieser zwei Sonderkonstellationen allgemein das Kriterium der Verhinderung eines neuen Produktes für die Bejahung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch den Inhaber eines wesentlichen Immaterialgutes aufrechterhalten werden soll. Während die Frage der Neuheit an sich schon äusserst schwierig zu beantworten ist, kommt gemäss der Rechtsprechung des EuGH auch noch das Erfordernis einer potentiellen Nachfrage nach diesem neuen Produkt hinzu¹²⁴. Spätestens hier wird klar, dass die Voraussetzungen des EuGH zu restriktiv sind¹²⁵ und sich – unabhängig von ihrer fraglichen weiteren Gültigkeit im europäischen Wettbewerbsrecht – nicht für die analoge Übernahme ins schweizerische Recht empfehlen.

Für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung genügt demnach der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs auf dem betroffenen Markt. Das vom EuGH zusätzlich aufgestellte Erfordernis der Verhinderung eines neuen Produkts ist im europäischen Wettbewerbsrecht umstritten und sollte nicht kumulativ zum Ausschluss des Wettbewerbs gefordert wer-

¹¹⁹ FIALA, S. 65 f.; HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 513 f.; LÉVÊQUE, S. 73 f.

¹²⁰ HEINEMANN, Koexistenz, S. 214; SCHINDLER, S. 111 f. und 132 f.

¹²¹ HEINEMANN, Ausgleich, S. 99; Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 49: „Daher kann die Weigerung eines Unternehmens in beherrschender Stellung, Zugang zu einem durch ein Recht des geistigen Eigentums geschützten Erzeugnis zu gewähren, *obwohl* dieses Erzeugnis für die Tätigkeit auf einem abgeleiteten Markt *unerlässlich* ist, *nur dann* als missbräuchlich eingestuft werden, wenn [...] das Unternehmen [...] beabsichtigt, *neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen* anzubieten, [...].“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹²² Gerade im Fall IMS Health bleibt fraglich, ob sich die von Konkurrent NDC angebotenen Verkaufsdaten derart von jenen von IMS unterscheiden, dass darin ein neues Produkt erblickt werden kann. Der EuGH geht im Urteil nicht näher auf die Behauptung von IMS ein, wonach NDC „ein nahezu identisches Produkt“ anbiete (Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 32).

¹²³ Im Fall Magill wurde effektiv das Entstehen eines neuen Produkts verhindert, da es vor dem Urteil in Irland keinen wöchentlichen Fernsehprogrammführer gab. Im Fall IMS Health wollte der EuGH verhindern, dass ein anderes Unternehmen von der Vorleistung durch IMS profitieren konnte, ohne eine eigene Innovationsanstrengung geleistet zu haben; BAUDENBACHER, S. 144; GASTER, S. 253.

¹²⁴ Urteil IMS Health des EuGH, Randnr. 49.

¹²⁵ HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 513 f.

den¹²⁶. Auch alternativ zur Wettbewerbsbeseitigung ist das Kriterium im Rahmen der Essential-Facilities-Doktrin nicht geeignet, da die Verhinderung der Entstehung eines neuen Produktes als Einschränkung der technischen Entwicklung zu qualifizieren ist und damit von Art. 7 Abs. 2 lit. e als eigene Form des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfasst wird. Das Kartellgesetz unterscheidet in Art. 7 Abs. 2 lit. a und e KG deutlich zwischen den Fallgruppen Geschäftsverweigerung und Leistungseinschränkung. Folglich ist nicht kumulatives, sondern alternatives Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen für die Annahme eines Missbrauchs ausreichend¹²⁷.

cc. Rechtfertigung des Missbrauchs

Obwohl die sachliche Rechtfertigung beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung – im Unterschied zur Situation bei unzulässigen Wettbewerbsabreden¹²⁸ – nicht explizit im Gesetz erwähnt ist, besteht auch hier die Möglichkeit eines solchen Nachweises¹²⁹. Allerdings ist die Rechtfertigung der Zugangsverweigerung zu einer immaterialgüterrechtlichen Essential Facility äusserst schwierig zu erreichen.

Aufgrund der fehlenden Ausweichmöglichkeiten bestehen schon für physische Essential Facilities gegenüber anderen Geschäftsverweigerungsfällen erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung¹³⁰. Noch schwieriger wird die Rechtfertigung bei einer Verweigerung des Zugangs zu einem wesentlichen Immaterialgut. Denn die meisten der für die Zugangsverweigerung zu einer physischen Essential Facility möglichen Rechtfertigungsgründe fallen bei immaterialgüterrechtlichen Essential Facilities ausser Betracht¹³¹. Während z.B. Kapazitätsengpässe als Rechtfertigung für eine Zugangsverweigerung zu einer physischen Essential Facility anerkannt sind¹³², kommt eine analoge Fallgruppe für wesentliche Immaterialgüter nicht in Betracht, weil hier naturgemäss gar keine Kapazitätsengpässe auftreten können. Ebenfalls nicht übertragbar ist die Gefährdung des Bestandes einer Essential Facility als Rechtfertigungsgrund für eine Zugangsverweigerung.

¹²⁶ HEINEMANN, Bilan, S. 175.

¹²⁷ CLERC in: TERCIER/BOVET, N 159 zu Art. 7 KG; HEINEMANN, Koexistenz, S. 217.

¹²⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 1 KG: „Abreden, die [...] sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, [...].“

¹²⁹ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz ([BBl 1995 468](#)), S. 569: „Wettbewerbslich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es *ohne sachlich gerechtfertigten Grund* andere Unternehmen [...] benachteiligt.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

¹³⁰ SCHINDLER, S. 114 f.

¹³¹ JOVANOVIC, S. 151.

¹³² SCHINDLER, S. 115 ff.

Diese Argumentation mag für physische Einrichtungen, die beschädigt werden können, ihre Berechtigung haben, ist aber nicht denkbar für immaterielle Güter.

Eine weitere Kategorie möglicher Argumentationslinien für eine Rechtfertigung sind betriebswirtschaftliche Gründe. Darunter fällt auch die Möglichkeit des Inhabers einer Essential Facility, die von ihm getätigten Investitionen zu amortisieren. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips¹³³ muss eine Zugangsverweigerung für die Amortisation jedoch erforderlich sein, d.h. es darf kein milderes Mittel zur Erreichung desselben Zieles zur Verfügung stehen. Genau dies wird aber im Falle eines Immaterialgutes durch die Erhebung einer Lizenzgebühr ermöglicht. Damit ist die Zugangsverweigerung zu einem wesentlichen Immaterialgut nicht damit zu rechtfertigen, dass nur so die getätigten Investitionen amortisiert werden können. Aber auch die Berufung auf das ausschliessliche Verwertungsrecht als Kern des immaterialgüterrechtlichen Schutzes greift nicht als Rechtfertigungsgrund, weil diese Frage den Geltungsbereich des Kartellgesetzes betrifft und infolgedessen im Rahmen dieser Prüfung zu untersuchen ist¹³⁴.

Ist eine marktbeherrschende Stellung durch die Inhaberschaft eines wesentlichen Immaterialgutes gegeben und wird dadurch jeglicher Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt verhindert, so ist dies nur in wenigen Spezialfällen zu rechtfertigen. Als mögliche Rechtfertigungsgründe für die Zugangsverweigerung zu einer immaterialgüterrechtlichen Essential Facility kommt etwa noch fehlendes Knowhow eines möglichen Lizenzerwerbers in Betracht, falls dadurch potentielle Endabnehmer gefährdet und damit auch das Image des Rechteinhabers geschädigt werden können¹³⁵.

5. Kontrahierungszwang

Als Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit¹³⁶ ist jedes Unternehmen in der Wahl seiner Geschäftspartner grundsätzlich frei¹³⁷. Diese Freiheit kann jedoch dort eingeschränkt werden, wo sie missbräuchlich eingesetzt wird. Dies ist z.B. beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Zugangsverweigerung zu einem wesentlichen Immaterialgut der Fall. Art. 7 Abs. 1 KG ordnet für solche Fälle die Rechtsfolge der Unzulässigkeit an. Dies reicht

¹³³ SCHINDLER, S. 196.

¹³⁴ JOVANOVIĆ, S. 156 f.

¹³⁵ JOVANOVIĆ, S. 158 f.

¹³⁶ Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV.

¹³⁷ BORER, N 11 zu Art. 7 KG.

jedoch in den meisten Fällen nicht, um das marktbeherrschende Unternehmen zur Aufgabe seiner missbräuchlichen Verhaltensweise zu bewegen. Vielmehr muss das betroffene Unternehmen durch Kontrahierungszwang zum Abschluss von marktgerechten Verträgen gezwungen werden¹³⁸.

a. Verfahren zum Erlass einer Zwangslizenz

Das schweizerische Kartellgesetz kennt ein zivilrechtliches (3. Kapitel, Art. 12 ff. KG) und ein verwaltungsrechtliches Verfahren (4. Kapitel, Art. 18 ff. KG). Beide Verfahrensarten haben auch im Zusammenhang mit einer ungerechtfertigten Zugangsverweigerung zu einem wesentlichen Immaterialgut ihre Vor- und Nachteile. So können zum Beispiel Schadenersatzansprüche aufgrund einer unzulässigen Lizenzverweigerung oder die Herausgabe des damit erwirtschafteten Gewinns nur über den zivilrechtlichen Weg eingeklagt werden¹³⁹. Gleichzeitig bestehen hier aber grosse prozessuale Hürden, darunter die Beweislast, das Prozesskostenrisiko und die kurze Verjährungsfrist.

Demgegenüber sprechen verfahrensrechtliche Erleichterungen wie die *Offizialmaxime* und der *Untersuchungsgrundsatz* für das verwaltungsrechtliche Verfahren¹⁴⁰. Jedoch kann auf diesem Wege weder Schadenersatz noch entgangener Gewinn zugesprochen werden. Zudem hängt die Eröffnung der Untersuchung vom öffentlichen Interesse¹⁴¹ an einer solchen ab, d.h. es besteht anders als beim Kartellzivilverfahren kein Anspruch auf die Erledigung eines Falles¹⁴². Schliesslich gibt es im Rahmen des Verwaltungsverfahrens mit Art. 49a KG seit dem 1. April 2004 auch die Möglichkeit einer Verwaltungssanktion.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung interessiert primär die Möglichkeit zur Beseitigung einer Zugangsverweigerung zu einem wesentlichen Immaterialgut durch Erteilung einer Zwangslizenz. Daher wird im Folgenden nicht näher auf Einzelfragen im Zusammenhang mit den pekuniären Ansprüchen nach Art. 12 Abs. 1 lit. b und c KG eingegangen. Auch die Sanktionsregelung sowie die vorsorglichen Massnahmen und weitere verfahrensrechtli-

¹³⁸ ZÄCH, N 712.

¹³⁹ REYMOND in: TERCIER/BOVET, *Remarques liminaires aux art. 12-17 LCart*, N 9.

¹⁴⁰ VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1679 f.

¹⁴¹ Vgl. [RPW 1997/4](#) S. 595: „Wird das Sekretariat [...] zur Eröffnung einer Vorabklärung aufgefordert, wird es regelmässig darauf verzichten, wenn es der Ansicht ist, dass der Fall ein zivilrechtliches Problem (Wahrung individueller Rechte) und nicht ein solches verwaltungsrechtlicher Natur (generelle, den Wettbewerb betreffende Probleme) aufwirft.“

¹⁴² Art. 26 KG bestimmt, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung durchführen kann.

che Fragen werden nicht näher erörtert. Gegenstand der folgenden Ausführungen ist der Kontrahierungszwang als Abhilfemassnahme zur Beseitigung einer Behinderung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. a KG.

b. Die kartellrechtliche Zwangslizenz

Zur Durchsetzung des in Art. 12 Abs. 1 lit. a gegebenen Anspruchs auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung kann das Gericht nach Art. 13 lit. b KG anordnen, dass „der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben.“ Obwohl diese Massnahme im dritten Kapitel des Kartellgesetzes und damit systematisch dem zivilrechtlichen Verfahren zugeordnet ist, kann auch die zuständige Behörde im Verwaltungsverfahren den Abschluss von Verträgen verfügen¹⁴³.

Der in Art. 12 Abs. 1 lit. a KG aufgeführte Beseitigungsanspruch ist gegen eine bestehende Wettbewerbsbehinderung gerichtet, während der Unterlassungsanspruch eine drohende solche verhindern will. Bei einer Lizenzverweigerung besteht die Wettbewerbsbehinderung ab dem Zeitpunkt, an dem das marktbeherrschende Unternehmen dem Zugangswilligen eindeutig mitteilt, dass keine Lizenz erteilt wird¹⁴⁴. Verfahrensrechtlich unproblematisch ist die gegen eine Lizenzverweigerung gerichtete Beseitigungsklage, wenn zum Zeitpunkt der Klageerhebung vom Inhaber des wesentlichen Immaterialgutes die Zugangsverweigerung unzweifelhaft bestätigt wurde.

Wenn die Klage aber vor dieser abweisenden Willensäusserung eingereicht wird, kann das klagende Unternehmen folglich nur die zukünftige Unterlassung einer Behinderung verlangen, denn nur so kann ein Rechtsschutzinteresse – an einer drohenden Gefährdung – geltend gemacht werden¹⁴⁵. Dies dürfte bei Immaterialgütern als Essential Facilities nicht einfach sein, da die Erteilung einer Zwangslizenz einerseits einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des betroffenen Unternehmens darstellt und andererseits die drohende Gefährdung einer Wettbewerbsbehinderung durch Lizenzverweigerung nur äusserst schwierig zu beweisen ist¹⁴⁶.

¹⁴³ ZÄCH, N 997.

¹⁴⁴ JOVANOVIĆ, S. 171.

¹⁴⁵ ZURKINDEN/TRÜEB, N 4 zu Art. 12 KG.

¹⁴⁶ REYMOND in: TERCIER/BOVET, N 74 zu Art. 12 KG.

6. Ergebnis

Die rechtliche Qualifikation von Schnittstellen ist nicht eindeutig. Während der konkrete Ausdruck einer Schnittstelle bei hinreichendem Gestaltungsspielraum urheberrechtlich geschützt ist, kann ein solcher Schutz für einfache Schnittstelleninformationen fehlen. Somit muss im Einzelfall untersucht werden, ob eine konkrete Schnittstelleninformation in den Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes fällt oder nicht. Im Falle einer fehlenden Offenlegung der fraglichen Schnittstellen ist diese Einzelfallprüfung nicht möglich und es muss zur Wahrung der berechtigten Interessen des Schnittstelleninhabers für die weitere Untersuchung davon ausgegangen werden, dass ein immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht.

Damit stellt sich die Frage, ob immaterialgüterrechtlich geschützte Positionen überhaupt einer kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art. 3 Abs. 2 KG näher zu betrachten. Dieser schliesst die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nur für solche Fälle aus, in denen die Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich aus den Immaterialgütergesetzen resultieren. Damit ist eine kartellrechtliche Verpflichtung zur Offenlegung von Schnittstelleninformation denkbar. Da Schnittstelleninformationen für die Bearbeitung eines Marktes häufig unverzichtbar sind, ist die Anwendbarkeit der aus den USA stammenden und über die EU in die Schweiz importierten Essential-Facilities-Doktrin zu prüfen.

In der Schweiz existiert bisher keine Rechtsprechung zur Thematik von Immaterialgütern als Essential Facilities. Demgegenüber hat sich der EuGH bereits mehrmals mit dieser Frage auseinandergesetzt und in den zwei bekannten Fällen Magill und IMS Health Grundsätze für die Behandlung solcher Sachverhalte aufgestellt. Diese Leitlinien sind aufgrund ihrer inneren Überzeugungskraft auch in der Schweiz zu beachten¹⁴⁷. Die Tatbestandselemente, welche der EuGH für einen kartellrechtlichen Eingriff in ein wesentliches Immaterialgut voraussetzt, lassen sich in das Prüfschema des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach dem schweizerischen Kartellgesetz einordnen.

Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu beachten, dass in Fällen der Essential-Facilities-Doktrin stets zwei Märkte vorliegen müssen, wobei einer davon auch nur hypothetisch bestehen kann. Die marktbeherrschende Stellung muss nicht auf dem Primär- son-

¹⁴⁷ BAUDENBACHER S. 147; THOUVENIN, S. 469.

dern auf dem Sekundärmarkt vorliegen und ist somit einzig über die Inhaberschaft eines wesentlichen Immaterialgutes gegeben. Der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung manifestiert sich sodann im Ausschluss von Wettbewerb durch die Zugangsverweigerung zum wesentlichen Immaterialgut und ist nur in ganz wenigen Spezialfällen zu rechtfertigen. Wo dies nicht gelingt, kann im zivil- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren durch die Erteilung einer Zwangslizenz Abhilfe geschafft werden.

IV. Der Fall Microsoft nach Schweizer Recht

Nachfolgend soll untersucht werden, wie die Verweigerung der Lieferung von Schnittstelleninformationen durch Microsoft nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist. Dazu ist zunächst der Geltungsbereich des Kartellgesetzes prüfen. Anschliessend wird das Verhältnis zum Immaterialgüterrecht genauer beleuchtet und schliesslich wird untersucht, ob ein Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gegeben ist.

1. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

Art. 2 KG umschreibt den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Dieser lässt sich unterteilen in einen sachlichen, persönlichen, örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich.

a. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes wird in Art. 2 Abs. 1 KG umschrieben. Er umfasst Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, die Ausübung von Marktmacht und Unternehmenszusammenschlüsse. Während die Begriffe der Wettbewerbsabrede und des Unternehmenszusammenschlusses in Art. 4 KG definiert werden, gilt dies nicht für die (vorliegend interessierende) Ausübung von Marktmacht¹⁴⁸. Art. 4 Abs. 2 äussert sich lediglich zum marktbeherrschenden Unternehmen. Die Ausübung von Marktmacht wird in der Praxis denn auch häufig nicht im Rahmen des Geltungsbereichs untersucht, sondern wird vorerst angenommen und erst im Rahmen der Prüfung von Art. 7 KG näher analysiert¹⁴⁹. Somit kann auch hier der sachliche Geltungsbereich mit Verweis auf die später erfolgende Prüfung der unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 7 KG zunächst angenommen werden.

b. Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes wird in Art. 2 Abs. 1 KG folgendermassen umschrieben: „Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen

¹⁴⁸ ZURKINDEN/TRÜEB, N 7 zu Art. 2 KG.

¹⁴⁹ Vgl. [Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 2004](#) in der Untersuchung einer Vereinbarung zwischen Feldschlösschen und Coca-Cola Beverages AG, S. 7: „Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.“

Rechts [...]“ Als Reaktion auf ein Urteil des Bundesgerichts, welches die Schweizerische Meteorologische Anstalt vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen hatte¹⁵⁰, wurde in der Revision 2003 ein Abs. 1^{bis} ergänzt, der für die vorliegende Untersuchung jedoch nicht weiter von Bedeutung ist. Microsoft ist zweifellos ein Unternehmen¹⁵¹ des privaten Rechts und der persönliche Anwendungsbereich somit klar zu bejahen.

c. Örtlicher Geltungsbereich

Gemäss dem in Art. 2 Abs. 2 KG verankerten Auswirkungsprinzip fallen auch im Ausland veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen unter den örtlichen Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes, wenn sich diese in der Schweiz auswirken. Damit wird auch eine gewisse Spürbarkeit verlangt, d.h. die Wettbewerbsbeschränkung muss in der Schweiz wahrnehmbar sein¹⁵². Microsoft vertreibt seine Produkte inkl. der hier massgebenden Windows-Betriebssysteme für Client-PCs und für Arbeitsgruppenserver auch in der Schweiz, womit der örtliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes zu bejahen ist.

d. Zeitlicher Geltungsbereich

Das Kartellgesetz ist am 1. Februar 1996 in Kraft getreten und die Änderungen vom 20. Juni 2003 sind seit dem 1. April 2004 in Kraft¹⁵³. Die Entscheidung der EU-Kommission datiert vom 24. März 2004, wobei sich der darin behandelte Sachverhalt sowie die Rechtsfolgen auf den Zeitraum von 1998 bis zum Entscheid beziehen¹⁵⁴. Für die Beurteilung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist demnach das Verhalten von Microsoft seit 1998 zu berücksichtigen, da die massgebende Gesetzesbestimmung in Art. 7 KG schon vor diesem Zeitpunkt in Kraft getreten ist und seitdem keine Änderungen erfahren hat. Gleiches gilt für die in Art. 13 lit. b KG aufgeführte mögliche Rechtsfolge eines Kontrahierungszwangs.

¹⁵⁰ BGE 127 II 32 S. 39.

¹⁵¹ Vgl. Botschaft zum Kartellgesetz ([BB1 1995 468](#)), S. 533: „Der Geltungsbereich des Gesetzes spricht folglich diejenigen Marktteilnehmer an, die sich – sei es als Anbieter oder als Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen.“ Microsoft beteiligt sich selbständig als Produzent von Gütern am Wirtschaftsprozess, indem es z.B. sein Betriebssystem Windows auf dem Markt anbietet.

¹⁵² ZÄCH, N 268; ZURKINDEN/TRÜEB, N 10 zu Art. 2 KG.

¹⁵³ Vgl. Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 ([AS 2004 1385](#)), S. 1390.

¹⁵⁴ Entscheidung der Kommission, Randnr. 1077: „Microsoft’s refusal to supply abuse commenced in October 1998 and is still ongoing.“

Geändert hat mit der Revision der Kartellgesetzes jedoch der Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 KG¹⁵⁵, der die Eröffnung einer Untersuchung im verwaltungsrechtlichen Verfahren regelt. Bis zur Änderung dieser Bestimmung begnügten sich die Wettbewerbsbehörden damit, zum Untersuchungszeitpunkt bestehende Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben. Mit der Änderung der Bestimmung können seit dem 1. April 2004 Unternehmen auch für frühere und im Beurteilungszeitpunkt nicht mehr praktizierte kartellrechtswidrige Verhaltensweisen zur Verantwortung gezogen werden¹⁵⁶. Bis dahin hatten es Unternehmen dagegen in der Hand zu verhindern, dass Abklärungen der Wettbewerbsbehörden in rechtskräftige Verfügungen mündeten. Aufgrund des Rückwirkungsverbots¹⁵⁷ darf nun aber jener Teil des Sachverhalts, welcher vor Inkrafttreten dieser Änderung stattgefunden hat, nicht rückwirkend in die Beurteilung miteinbezogen werden, da Microsoft die kartellrechtswidrige Verhaltensweise inzwischen aufgegeben hat und damit unter der Geltung der früheren Version des Art. 27 Abs. 1 KG gar nicht mehr hätte belangt werden können.

Ebenfalls erst seit dem 1. April 2004 in Kraft ist Art. 49a KG, welcher im verwaltungsrechtlichen Verfahren die Möglichkeit einer Sanktionierung bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen schafft. Wenn die untersuchende Behörde zum Schluss kommen sollte, dass sich Microsoft nach Art. 7 KG unzulässig verhalten hat, wird das Unternehmen mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Zu berücksichtigen sind dabei auch Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens sowie der dadurch erzielte Gewinn¹⁵⁸. Hier ist wiederum das Rückwirkungsverbot zu beachten, sodass als Dauer des unzulässigen Verhaltens lediglich die Zeit ab Inkrafttreten dieser Bestimmung bis zur Aufgabe des Verhaltens, also vom 1. April 2004 bis zum 22. Oktober 2007¹⁵⁹, beurteilt werden kann.

¹⁵⁵ Der frühere Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 lautete: „Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, [...]“

¹⁵⁶ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 ([AS 2002 2022](#)), S. 2044; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1725.

¹⁵⁷ Art. 1 SchIT ZGB; CLERC in: TERCIER/BOVET, N 88 zu Art. 2 KG.

¹⁵⁸ Art. 49a Abs. 1 KG.

¹⁵⁹ Vgl. oben, Fn 22.

2. Verhältnis zum Immaterialgüterrecht

Wie bereits dargelegt¹⁶⁰, handelt es sich bei den von Microsoft nicht offengelegten Schnittstellen um Immaterialgüter. Damit stellt sich die Frage, ob die kartellrechtliche Prüfung des Sachverhalts durch Art. 3 Abs. 2 KG verhindert wird. Art. 3 Abs. 2 KG nimmt Wettbewerbswirkungen vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes aus, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Um nicht generell immaterialgüterrechtliche Sachverhalte von der kartellrechtlichen Kontrolle auszunehmen, ist diese Ausschliesslichkeit im Sinne einer teleologischen Reduktion möglichst restriktiv auszulegen¹⁶¹.

Es ist also zu fragen, ob sich die Ausdehnung von Microsofts vorherrschender Stellung auf dem Markt für Client-PC-Betriebssysteme auf den Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergibt. Dies wäre der Fall, wenn Microsofts Immaterialgüterrechte für das Betriebssystem Windows den Zweck hätten, dem Unternehmen auch die Märkte für Server-Software vorzubehalten. Diese Auffassung ist jedoch klar abzulehnen, da es nicht Sinn und Zweck des Urheberrechts ist, die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens auf weitere Märkte auszuweiten. Vielmehr besteht das Ziel des Urheberrechts im Innovationsschutz. Der Urheber einer geistigen Schöpfung mit individuellem Charakter soll für seine Investition angemessen entschädigt werden, indem Dritte nicht mehr (kostenlos) auf das entwickelte Wissen zugreifen können, wodurch der Anreiz zur Hervorbringung neuen Wissens gestärkt wird¹⁶².

Die Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf einen weiteren Markt kann aber unmöglich im Interesse des Innovationsschutzes liegen, weil sich die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung zwangsläufig innovationshemmend auswirkt. Denn eine marktbeherrschende Stellung erleichtert es dem sie innehabenden Unternehmen, seine Produkte auch dann erfolgreich im Markt zu positionieren, wenn sie wenig innovativ sind, und erschwert es gleichzeitig der Konkurrenz, selbst mit innovativen Produkten, gegen das marktbeherrschende Unternehmen anzukommen.

¹⁶⁰ Vgl. oben, III.1.

¹⁶¹ Vgl. oben, III.2.a.

¹⁶² HEINEMANN, Perspektiven, S.34.

Damit ist gesagt, dass sich die Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung als Wettbewerbswirkungen nicht ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergibt¹⁶³. Art. 3 Abs. 2 KG steht damit einer kartellrechtlichen Prüfung der Verhaltensweise von Microsoft nicht entgegen.

3. Der relevante Markt

Bevor geprüft werden kann, ob Microsoft über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen. Dabei wird unterschieden zwischen dem räumlich und dem sachlich relevanten Markt¹⁶⁴.

a. Sachlich relevanter Markt

Da es sich um einen Fall der Essential-Facilities-Doktrin handelt, ist zu beachten, dass zwei separate sachlich relevante Märkte vorliegen müssen¹⁶⁵. Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU¹⁶⁶) umfasst der sachliche Markt „alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.“ Diese Definition gilt auch für die sachliche Marktabgrenzung im Rahmen einer möglichen marktbeherrschenden Stellung¹⁶⁷. Die Kommission hat sich in ihrer Entscheidung eingehend mit der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte auseinandergesetzt und dabei drei gesonderte Produktmärkte festgestellt, nämlich die Märkte der Betriebssysteme für Client-PCs¹⁶⁸, der Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver¹⁶⁹ und der Medienabspielprogramme mit Datenstrom-Kapazitäten¹⁷⁰. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung interessieren nur die ersten beiden dieser drei Märkte; auf sie wird im Folgenden aus der Perspektive des schweizerischen Kartellrechts näher eingegangen.

¹⁶³ Vgl. auch HILTY, S. 414, wonach Art. 3 Abs. 2 KG bei Essential Facilities nie anwendbar ist.

¹⁶⁴ ZÄCH, N 533.

¹⁶⁵ Vgl. oben, III.4.a.

¹⁶⁶ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ([SR 251.4](#)).

¹⁶⁷ Vgl. [RPW 1998/1](#) S. 3; VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, N 1333.

¹⁶⁸ Entscheidung der Kommission, Randnr. 324-342.

¹⁶⁹ Entscheidung der Kommission, Randnr. 343-401.

¹⁷⁰ Entscheidung der Kommission, Randnr. 402-425.

aa. Markt für Client-PC-Betriebssysteme

Aus Sicht des Benutzers dient das Client-PC-Betriebssystem primär zur Verwaltung der Hardware sowie zur Interaktion mit dem Computer und als Plattform zum Betrieb von Anwendungssoftware¹⁷¹. Betriebssysteme, die für den Einsatz auf anderen Computern bestimmt sind, werden in der Regel nicht auf Client-PCs eingesetzt. Dies wäre auch nicht sinnvoll, da die Installation eines solchen Betriebssystems auf einem Client-PC entweder technisch gar nicht möglich ist oder aber nur eingeschränkte Funktionalität mit sich bringen würde¹⁷². Aus Sicht der Benutzer erfüllen somit Client-PC-Betriebssysteme einerseits ein spezifisches Bedürfnis und sind andererseits nicht substituierbar, da keine anderen Betriebssysteme (z.B. Server- oder Mobiltelefon-Betriebssysteme) an ihre Stelle treten können¹⁷³.

Obwohl in Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU nur von der Marktgegenseite – hier also der PC-Betriebssystem-Benutzer als Nachfrager – die Rede ist, besteht neben der Substituierbarkeit der Nachfrage auch die Möglichkeit der Substituierbarkeit des Angebots. Dabei geht es um die Angebotsflexibilität, d.h. um die Entwicklung substituierbarer Produkte ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken und innert kurzer Zeit durch konkurrierende Unternehmen. Um die Substituierbarkeit des Angebots zu untersuchen, bedient man sich des „small but significant and non-transitory increase of price“- oder SSNIP-Tests¹⁷⁴. Dabei wird unter der Annahme, dass der Preis für ein Produkt ohne Alternativangebot geringfügig, aber dauerhaft erhöht wird, untersucht, in welchem Ausmass Unternehmen in der Lage sind, Alternativprodukte kurzfristig auf den Markt zu bringen¹⁷⁵.

Die Entwicklung eines neuen Betriebssystems ist aufgrund der hohen Komplexität¹⁷⁶ sehr kostspielig und überaus zeitintensiv. Für den Eintritt in den Markt für Client-PC-Betriebssysteme ergeben sich daraus zu hohe Hürden, als dass im Ergebnis eine Substituierbarkeit des Angebots angenommen werden könnte¹⁷⁷.

¹⁷¹ Entscheidung der Kommission, Randnr. 324.

¹⁷² Entscheidung der Kommission, Randnr. 325.

¹⁷³ Entscheidung der Kommission, Randnr. 326-333.

¹⁷⁴ Vgl. [RPW 2001/2](#) S. 243.

¹⁷⁵ ZÄCH, N 566.

¹⁷⁶ So besteht z.B. Windows XP aus über 38 Millionen Codezeilen, vgl. Entscheidung der Kommission, Fn 423.

¹⁷⁷ Entscheidung der Kommission, Randnr. 335-341.

Somit ist der Markt für Client-PC-Betriebssysteme ein eigener sachlich relevanter Markt i.S.v. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU.

bb. Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme

Die Ausführungen der Kommission zum Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme wurden von Microsoft in der Klage gegen die Entscheidung bestritten und mussten daher durch das EuG überprüft werden. Microsoft machte geltend, die Kommission habe diesen Markt zu eng definiert, indem sie nur diejenigen Server-Betriebssysteme einbezogen habe, die für die Erbringung der Arbeitsgruppendienste verwendet würden. Für die Annahme eines eigenen Marktes für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme sprechen jedoch alle vier von der Kommission entwickelten und durch das EuG bestätigten Argumente.

Erstens hat eine Marktuntersuchung von 2003 ergeben, dass keine Produkte existieren, welche einen genügend hohen Wettbewerbsdruck auf Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme ausüben, dass sie dem gleichen relevanten sachlichen Markt zugerechnet werden könnten¹⁷⁸. Zweitens hat die Kommission anhand der Produktbeschriebe von Microsoft festgestellt, dass verschiedene Versionen von Server-Betriebssystemen für verschiedene Serveraufgaben entwickelt werden. So wurde das Betriebssystem Windows 2000 Server als die richtige Lösung für Arbeitsgruppenserver angepriesen und auch das Nachfolgeprodukt Windows Server 2003 Standard Edition wird unter Bezugnahme auf die typischen Anforderungen als speziell geeignet für Arbeitsgruppen umschrieben¹⁷⁹. Drittens hat die Kommission auch aufgrund der Preisstrategie von Microsoft darauf geschlossen, dass es sich bei Arbeitsgruppenserver-Betriebssystemen um einen eigenen Markt handelt, da für komplexere Betriebssysteme mindestens das Doppelte des Preises für Windows 2000 Server bzw. Windows Server 2003 Standard Edition verlangt wird¹⁸⁰. Schliesslich hat die Kommission viertens aufgezeigt, dass Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme stärker mit Client-PC-Betriebssystemen interoperabel sein müssen als andere Server-Betriebssysteme¹⁸¹.

Für die Substituierbarkeit auf der Angebotsseite gilt das Gleiche wie beim Markt für Client-PC-Betriebssysteme: Die Entwicklung eines neuen Arbeitsgruppenserver-Betriebssystems

¹⁷⁸ Urteil des EuG, Randnr. 486-502; Entscheidung der Kommission, Randnr. 348-358.

¹⁷⁹ Urteil des EuG, Randnr. 506, 510; Entscheidung der Kommission, Randnr. 359-368.

¹⁸⁰ Urteil des EuG, Randnr. 518 f.; Entscheidung der Kommission, Randnr. 370-373.

¹⁸¹ Urteil des EuG, Randnr. 524 f.; Entscheidung der Kommission, Randnr. 383-386.

ist mindestens so aufwändig, wenn nicht noch aufwändiger als diejenige eines Betriebssystems für Client-PCs. Damit ist es unmöglich, gemäss dem SSNIP-Test ohne grossen Aufwand und innert kurzer Zeit nach einer hypothetischen Preiserhöhung ein alternatives Betriebssystem für Arbeitsgruppen zu entwickeln.

Somit ist der Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme ein eigener sachlich relevanter Markt i.S.v. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU.

b. Räumlich relevanter Markt

Der räumlich relevante Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU „das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.“ Da Microsoft seine Produkte, darunter die Client-PC-Betriebssysteme und die Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme, auf der ganzen Welt vertreibt, ist der räumlich relevante Markt weltweit zu definieren.

4. Marktbeherrschende Stellung

a. Stellung auf dem Primär- und Sekundärmarkt

In Fällen, wo die Essential-Facilities-Doktrin zur Anwendung gelangt, ergibt sich die marktbeherrschende Stellung aus dem wesentlichen Immaterialgut, das als einziges den Zugang zum Sekundärmarkt ermöglicht¹⁸². Irrelevant ist dagegen die Stellung auf dem Primärmarkt, da unabhängig davon ein wesentliches Immaterialgut und damit eine beherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt vorliegen kann¹⁸³. Somit kann offen bleiben, ob Microsoft auf dem Markt für Client-PC-Betriebssysteme (Primärmarkt) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Zu prüfen ist einzig die Frage, ob es sich bei den fraglichen Schnittstellen um ein wesentliches Immaterialgut handelt, d.h. ob der Zugang zu diesen unerlässlich ist, um auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme tätig zu werden. Ist dies der Fall, ergibt sich daraus in Kombination mit einer Zugangsverweigerung zwangsläufig eine marktbeherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt. Dies mag auf den ersten Blick erstaunen, da zum Zeitpunkt der Kommissionsentscheidung Wettbewerb auf dem Markt für Arbeitsgruppen-

¹⁸² Vgl. oben, III.4.b.bb.

¹⁸³ Vgl. oben, III.4.b.aa.

server-Betriebssysteme bestand¹⁸⁴. Dieser war jedoch nur möglich, weil Microsoft den Herstellern von Arbeitsgruppenserver-Betriebssystemen ursprünglich freiwillig die fraglichen Schnittstelleninformationen lieferte und erst mit der Einführung von Windows 2000 damit begann, diese Informationen zurückzubehalten¹⁸⁵.

b. Vorliegen eines wesentliches Immaterialgutes

Um zu prüfen, ob es sich bei den von Microsoft verweigerten Schnittstelleninformationen um ein wesentliches Immaterialgut handelt, muss vorab definiert werden, wie detailliert diese Schnittstelleninformationen offengelegt werden müssten. Mit anderen Worten ist zunächst der Grad der verlangten Interoperabilität festzulegen. Erst dann kann in einem nächsten Schritt untersucht werden, ob die verlangten und diesem Interoperabilitätsgrad entsprechenden Schnittstelleninformationen für die Konkurrenten von Microsoft unerlässlich sind, um auf dem abgeleiteten Markt des Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme bestehen zu können.

aa. Grad der verlangten Interoperabilität

Ziel der kartellrechtlichen Prüfung von Microsofts Verhalten ist es, zu verhindern, dass die Konkurrenz auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme verschwindet. Damit muss sich der Grad der verlangten Interoperabilität daran orientieren, welche Schnittstelleninformationen Microsoft seinen Konkurrenten zur Verfügung stellen muss, damit diese auf dem Markt bestehen können. Dies wiederum hängt davon ab, welche Eigenschaften die Marktgegenseite von einem Arbeitsgruppenserver-Betriebssystem erwartet. Dazu hat die Kommission umfangreiche Abklärungen vorgenommen¹⁸⁶. Nachdem Microsoft die Feststellungen der Kommission angefochten hatte, musste sich auch das EuG mit der Frage nach dem Grad der verlangten Interoperabilität befassen.

Entgegen der Ansicht Microsofts, wonach die Interoperabilität nur in eine Richtung bestehen müsse¹⁸⁷, bestätigte das EuG die Auffassung der Kommission. Diese verlangte eine bidirektionale Interoperabilität, indem ein mit Microsoft konkurrierendes Betriebssystem für Arbeitsgruppenserver innerhalb eines Windows-Arbeitsgruppennetzwerks nicht nur in der

¹⁸⁴ Vgl. die Marktanteile der verschiedenen Anbieter in Entscheidung der Kommission, Randnr. 491.

¹⁸⁵ Entscheidung der Kommission, Randnr. 588.

¹⁸⁶ Entscheidung der Kommission, Randnr. 144-184, Zusammenfassung in Randnr. 176 ff.

¹⁸⁷ Urteil des EuG, Randnr. 215 f.

Lage sein müsse, den Windows-Client-PCs alle seine Funktionen zu bieten, sondern auch dazu, alle Funktionen dieser Client-PCs zu nutzen¹⁸⁸. Da die Kommission aufgezeigt hat, dass der von Microsoft vertretene und gewährte Interoperabilitätsgrad nicht genügt, um die Konkurrenz vor dem Ausscheiden aus dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme zu bewahren¹⁸⁹, ist ihrer Argumentation zum notwendigen Grad der Interoperabilität zu folgen. Somit ist Interoperabilität in dem Mass zu fordern, dass die Konkurrenz von Microsoft Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver entwickeln kann, welche Botschaften von Windows-Client-PCs im gleichen Umfang wie Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme von Microsoft empfangen, verarbeiten und beantworten können¹⁹⁰.

bb. Unerlässlichkeit der Schnittstelleninformationen

Die fraglichen Schnittstelleninformationen müssen im Sinne der Essential-Facilities-Doktrin unerlässlich sein; d.h. dass der Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme nur über die Verwendung derselben zugänglich sein darf¹⁹¹. Wie bereits erwähnt, liegt hier eine Sondersituation vor, da zum Zeitpunkt der Beurteilung auf dem fraglichen Markt Wettbewerb herrscht, obwohl Microsoft die Schnittstelleninformationen nicht mehr bekanntgibt. Es wäre jedoch verfehlt, daraus zu schliessen, dass es sich bei den Schnittstelleninformationen somit nicht um ein wesentliches Immaterialgut handelt. Stattdessen umfasst die Essential-Facilities-Doktrin auch eine zukunftsgerichtete Perspektive, indem der Zugang zu einem wesentlichen Immaterialgut auch angeordnet werden kann, um den Wettbewerb auf einem Markt aufrechtzuerhalten. Mit anderen Worten soll es die Essential-Facilities-Doktrin den Konkurrenten von Microsoft auch ermöglichen, auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme bestehen zu können¹⁹². Falls die vorzunehmende Untersuchung ergibt, dass es sich bei den fraglichen Schnittstelleninformationen um ein wesentliches Immaterialgut handelt und den Konkurrenten von Microsoft der Zugang zu diesem weiterhin verweigert würde, hätte dies zwangsläufig ein unerwünschtes Ausscheiden derselben vom Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme zur Folge¹⁹³.

¹⁸⁸ Urteil des EuG, Randnr. 232.

¹⁸⁹ Urteil des EuG, Randnr. 229.

¹⁹⁰ Zur Interoperabilität in beide Richtungen BARRELET/EGLOFF, N 2 zu Art. 21 URG.

¹⁹¹ Vgl. oben, III.4.b.bb.

¹⁹² Urteil des EuG, Randnr. 360

¹⁹³ Urteil des EuG, Randnr. 428

Bei Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver untereinander sowie zwischen diesen Betriebssystemen und solchen für Client-PCs ist die Fähigkeit zur Interoperabilität besonders wichtig¹⁹⁴. Dies deshalb, weil die klassischen Arbeitsgruppendienste wie gemeinsame Datei- und Druckernutzung oder die zentrale Verwaltung von Zugangsberechtigungen heute in fast jedem EDV-basierten Betrieb eingesetzt werden. Da nun Microsoft auf dem Markt der Betriebssysteme für Client-PCs ein Quasi-Monopol innehat¹⁹⁵, sind Windows-Betriebssysteme in fast allen Organisationen sehr stark verbreitet¹⁹⁶. Dies hat zur Folge, dass Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme anderer Anbieter nur dann eine Chance auf dem Markt haben, wenn sie mit Windows-Client-PCs zusammenarbeiten können. Denn durch die grosse Verbreitung von Windows-Betriebssystemen wurden die von Microsoft entwickelten Kommunikationsregeln zwischen diesen Betriebssystemen zum De-facto-Standard¹⁹⁷. Dies wiederum hatte die logische Konsequenz, dass die Interoperabilität mit Windows-Client-PCs zum zentralen Faktor bei der Auswahl eines Arbeitsgruppenserver-Betriebssystems wurde.

So haben verschiedene Umfragen gezeigt, dass der Faktor „Interoperabilität mit Arbeitsplatzrechnern“ bei der Entscheidung von EDV-Verantwortlichen im Bereich des Erwerbs von Betriebssystemen für Arbeitsgruppenserver eine entscheidende Rolle spielt¹⁹⁸. Gleichzeitig erfüllte kein Arbeitsgruppenserver-Betriebssystem dieses Auswahlkriterium so gut wie jenes von Microsoft¹⁹⁹. Die Interoperabilität von Arbeitsgruppenserver-Betriebssystemen mit Windows-Client-PCs ist deshalb so zentral, weil sie durch verschiedene Vereinfachungen effizienteres Arbeiten ermöglicht²⁰⁰. Eine solche Vereinfachung ist z.B., dass durch die interoperable Sicherheitsarchitektur zwischen Betriebssystemen von Microsoft nur ein einziger Anmeldevorgang nötig ist, während Windows-Benutzer gezwungen

¹⁹⁴ Andere Server kommunizieren in der Regel weniger direkt mit Client-PCs als Arbeitsgruppenserver, vgl. Entscheidung der Kommission, Randnr. 386.

¹⁹⁵ Urteil des EuG, Randnr. 353.

¹⁹⁶ Der Anteil von Microsoft auf dem Markt der Betriebssysteme für Client-PCs liegt bei über 90 Prozent, vgl. Entscheidung der Kommission, Randnr. 430-435.

¹⁹⁷ Urteil des EuG, Randnr. 392.

¹⁹⁸ Auf einer Skala von 0 (für keine Bedeutung) bis 5 (für grosse Bedeutung) erhielt der Faktor „Interoperabilität mit Arbeitsplatzrechnern“ im Rahmen einer Umfrage von Mercer Management Consulting eine Durchschnittsnote von 4.25, vgl. Urteil des EuG, Randnr. 405.

¹⁹⁹ Bei den Leistungen im Bereich dieses Faktors erreichte Windows (wiederum auf einer Skala von 0 bis 5) mit 4.87 die höchste aller Durchschnittsnoten, die bei verschiedenen Betriebssystemen vergeben wurde. Bei diesem Faktor war zudem der Abstand zwischen Microsofts Betriebssystemen und jener der Konkurrenten am deutlichsten (NetWare: 3.78; Linux: 3.43; UNIX: 3.29); vgl. Urteil des EuG, Randnr. 411.

²⁰⁰ Urteil des EuG, Randnr. 413.

sein können, sich zweimal anzumelden, wenn sie sowohl auf Windows-basierte Ressourcen als auch auf Ressourcen von Arbeitsgruppenservern mit einem anderen Betriebssystem zugreifen möchten²⁰¹.

Die Schnittstellen, welche den aufgestellten Kriterien²⁰² entsprechen müssen, sind somit als wesentliches Immaterialgut zu qualifizieren²⁰³, da ohne den Zugang zu ihnen die Konkurrenten von Microsoft aus den genannten Gründen vom Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme verschwinden. Indem Microsoft mit den Schnittstelleninformationen über ein wesentliches Immaterialgut verfügt, ist es auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme marktbeherrschend.

5. Missbrauch der Stellung

Nachdem die marktbeherrschende Stellung von Microsoft feststeht, ist als nächstes zu prüfen, ob eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 KG vorliegt, die als Missbrauch der erlangten Stellung einzustufen ist. Dies ist schon dann zu bejahen, wenn durch eine Zugangsverweigerung jeglicher Wettbewerb auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme ausgeschlossen wird und dafür keine Rechtfertigung besteht²⁰⁴.

a. Ausschluss von Wettbewerb

Die Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen durch Microsoft ist als unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a zu qualifizieren, da durch dieses Verhalten die Konkurrenz auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme nach und nach ausgeschaltet wird. Weil die Schnittstellen ein wesentliches Immaterialgut darstellen²⁰⁵, ist für die Konkurrenten von Microsoft die Teilnahme am Wettbewerb auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme nur dann möglich, wenn sie Zugang zu diesem wesentlichen Immaterialgut haben. Indem Microsoft diesen Zugang durch Nichtoffenlegung der Schnittstelleninformationen verweigert, können konkurrierende Unternehmen keine Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme entwickeln, welche auf dem Markt eine reale Chance haben, und werden daher mittelfristig von diesem Markt verschwinden.

²⁰¹ Entscheidung der Kommission, Randnr. 183.

²⁰² Vgl. oben, IV.4.b.aa.

²⁰³ So auch HEINEMANN, Wettbewerbsordnung, S. 516 f.

²⁰⁴ Vgl. oben, III.4.c.

²⁰⁵ Vgl. oben, IV.4.b.bb.

Der rasante Anstieg der Marktanteile von Microsoft und die gleichzeitige Verringerung der Marktanteile der Konkurrenten trotz ihres technologischen Vorsprungs²⁰⁶ lässt keine Zweifel daran aufkommen, dass es keine Alternativen zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen gibt.

Zu beachten ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, dass der Abbruch von Geschäftsbeziehungen strenger bewertet wird als die Nichtaufnahme derselben. Indem Microsoft von seiner früheren Strategie der freiwilligen Offenlegung von Schnittstelleninformationen der Client-PC-Betriebssysteme Abkehr genommen hat und seit der Lancierung von Windows 2000 seinen Konkurrenten den Zugang zu diesem wesentlichen Immaterialgut verweigerte²⁰⁷, wiegt das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens besonders schwer.

Im europäischen Recht wurde für die Bejahung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung darüber hinaus bisher das Kriterium der Verhinderung eines neuen Produkts verlangt. Die Kommission hat jedoch in ihrer Microsoft-Entscheidung diese Voraussetzung nicht geprüft und stattdessen den „incentive balance test“ angewandt²⁰⁸. Auch das EuG hat im Microsoft-Urteil die bis dahin geforderte Neuheit relativiert und eine technische Einschränkung zum Schaden der Verbraucher genügen lassen²⁰⁹. Unabhängig davon wird im schweizerischen Kartellrecht für die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG kein solches Erfordernis vorausgesetzt²¹⁰, sei es nun die Verhinderung eines neuen Produktes oder eine technische Einschränkung zum Schaden der Verbraucher.

Falls jedoch durch das Verhalten von Microsoft tatsächlich die Entstehung eines neuen Produkts verhindert würde, könnte dies gegen Art. 7 Abs. 2 lit. e KG verstossen, der unter anderem die Einschränkung der technischen Entwicklung als unzulässige Verhaltensweise bezeichnet. Jedoch ist es äusserst schwierig abzuschätzen, wie die von der Konkurrenz nach Offenlegung der Schnittstelleninformationen entwickelten Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme aussehen könnten. Noch schwieriger dürfte es sein, nachzuweisen, dass

²⁰⁶ Urteil des EuG, Randnr. 428.

²⁰⁷ Entscheidung der Kommission, Randnr. 588.

²⁰⁸ LÉVÊQUE, S. 85.

²⁰⁹ KÖRBER, S. 1213; Urteil des EuG, Randnr. 647: „Das Auftreten eines neuen Produkts [...] kann nicht der einzige Parameter sein, [...]“ sowie Randnr. 665: „Aus alledem folgt, dass [...] die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher [...] eingeschränkt [wird]. Der das Auftreten eines neuen Produkts betreffende Umstand liegt somit hier vor.“

²¹⁰ Vgl. oben, III.4.c.bb.

diese Software in einem solchen Mass besser bzw. technisch fortschrittlicher wäre, dass die Verhinderung ihrer Entwicklung durch Nichtoffenlegung der Schnittstelleninformationen gleichsam eine Einschränkung der technischen Entwicklung darstellen würde. Damit fällt eine Beurteilung der Verhaltensweise von Microsoft unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ausser Betracht.

b. Rechtfertigung des Missbrauchs

Schliesslich bleibt noch zu prüfen, ob Microsoft sein Verhalten rechtfertigen kann. Generell ist die Rechtfertigung der Zugangsverweigerung zu einem wesentlichen Immaterialgut nur in ganz wenigen Spezialfällen möglich. Microsoft kann sich insbesondere nicht auf seine Immaterialgüterrechte berufen, da die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalte im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG bereits geprüft und bejaht worden ist. Im Verfahren vor dem EuG hat Microsoft genau dieses Argument vorgebracht und ist damit nicht durchgedrungen²¹¹.

Auch das Argument, wonach die Offenlegung von Schnittstelleninformationen negative Auswirkungen auf Microsofts Innovationsanreize habe, ist zurückzuweisen. Denn es entspricht ständiger Praxis der Wirtschaftsteilnehmer in der Softwarebranche, Dritten Informationen zu geben, um die Interoperabilität mit ihren Produkten zu erleichtern²¹². Das Argument wirkt noch weniger stichhaltig, wenn man berücksichtigt, dass auch Microsoft selbst so vorging, bis das Unternehmen auf dem Markt der Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver hinreichend etabliert war²¹³. Auch die Amortisation von Investitionen kann das Verhalten nicht rechtfertigen, da dieses legitime Ziel gerade mittels Vergabe von kostenpflichtigen Lizenzen für den Zugang zu den Schnittstelleninformationen erreicht werden kann²¹⁴. Die Verweigerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen durch Microsoft lässt sich somit nicht rechtfertigen.

Durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hat sich Microsoft unzulässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a verhalten. Die Nichtoffenlegung von Schnittstelleninformationen stellt eine im

²¹¹ Urteil des EuG, Randnr. 690: „[...] wenn das bloße Innehaben von Rechten des geistigen Eigentums für sich genommen eine objektive Rechtfertigung für die Weigerung, eine Lizenz zu vergeben, sein könnte, wäre die in der Rechtsprechung ausgearbeitete Ausnahme nie anwendbar.“

²¹² Urteil des EuG, Randnr. 702.

²¹³ Urteil des EuG, Randnr. 307.

²¹⁴ JOVANOVIC, S. 161 f.

Gesetz ausdrücklich genannte Liefersperre dar und ist unzulässig, weil die Konkurrenten ohne den Zugang zu diesem wesentlichen Immaterialgut auf dem Markt für Arbeitsgrup-penserver-Betriebssysteme nicht bestehen können und in absehbarer Zeit ausscheiden. Das Verhalten von Microsoft lässt sich nicht rechtfertigen.

6. Verpflichtung zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen

Durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG hat sich Microsoft unzulässig verhalten. Art. 12 lit. a KG verschafft demjenigen, der durch eine unzu-lässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs be-hindert wird, unter anderem einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behin-derung und Art. 13 lit. b KG eröffnet zur Durchsetzung dieses Anspruchs die Möglichkeit zur Anordnung des Abschlusses marktgerechter oder branchenüblicher (Lizenz-)Verträge²¹⁵.

Es braucht also ein Unternehmen, welches durch die Verhaltensweise von Microsoft behin-dert wird und aus diesem Grund durch den Abschluss eines Vertrages die Beseitigung der Behinderung anstrebt. Dieser Kontrahierungszwang kann entweder im Kartellzivilprozess durch ein Gericht oder im verwaltungsrechtlichen Verfahren durch die Behörde angeordnet werden²¹⁶. Im letzteren Fall muss allerdings ein öffentliches Interesse an einem Verfahren durch die Wettbewerbsbehörde bestehen, während das Kartellzivilverfahren keine solche Voraussetzung kennt, dafür aber erhebliche Kostenrisiken und Beweisschwierigkeiten mit sich bringt.

Um eine Beseitigung der Behinderung zu erreichen, muss dem betroffenen Unternehmen vor der Einleitung des Verfahrens die Offenlegung der Schnittstelleninformationen verwei-gert worden sein. Ist dies nicht der Fall, so kann nur bei einer drohenden Gefährdung die Unterlassung einer Behinderung angestrebt werden. Obwohl dies aufgrund der sich stel-lenden Beweisprobleme nur in wenigen Fällen möglich ist, kann im vorliegenden Fall an-hand der abnehmenden Marktanteile der Konkurrenten von Microsoft sowie gestützt auf die Feststellung, dass die Schnittstelleninformationen ein wesentliches Immaterialgut dar-stellen, von einer drohenden Gefährdung ausgegangen werden. Erschwerend hinzu kommt die geänderte Verhaltensweise Microsofts von einer Offenlegungspraxis hin zu der Verwei-

²¹⁵ HILTY, S. 413.

²¹⁶ Vgl. oben, III.5.a.

gerung der Offenlegung von Schnittstelleninformationen, um die eigenen Arbeitsgruppen-server-Betriebssysteme im Wettbewerb zu bevorteilen. Damit dürfte selbst eine Unterlassungsklage nicht chancenlos sein.

Ist jedoch die Verweigerung der Offenlegung durch Microsoft bereits vor Klageanhebung oder Verfahrenseinleitung erfolgt, so kann mittels Beseitigungsanspruch eine kartellrechtliche Zwangslizenz gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13 lit. b KG für Schnittstelleninformationen erteilt werden.

V. Fazit

Die zwangsweise Offenlegung von Schnittstellen ist sowohl grundsätzlich wie auch im konkret vorliegenden Fall Microsoft nach schweizerischem Kartellrecht möglich. Generell handelt es sich bei der Offenlegung von Schnittstellen, wo diese als Essential Facilities auftreten, um eine geeignete Massnahme für die Aufrechterhaltung von Wettbewerb in Innovationsmärkten.

Für den Fall Microsoft erscheint ein Verfahren in der Schweiz indessen nicht sinnvoll, da die fraglichen Schnittstellen inzwischen offengelegt worden sind und eine Verwaltungssanktion nur vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Sanktionsbestimmung Art. 49a KG bis zur Offenlegung und nur für die auf dem Schweizer Markt aufgetretenen Schäden sowie unter weniger grosszügigen Bemessungsgrundsätzen²¹⁷ möglich wäre.

Selbst wenn eine Verwaltungssanktion in Millionenhöhe für den Staatshaushalt verlockend sein kann, so ist vor diesem Hintergrund an den Zweckartikel des Kartellgesetzes zu erinnern. Ziel des Gesetzes ist gemäss Art. 1 KG die Verhinderung von volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen und nicht etwa die Bestrafung von Verstössen. Diese ist lediglich als Hilfsmittel zur Durchsetzung der soeben genannten Ziele zu verstehen und kann insofern nicht als eigenständiges Anliegen des Gesetzgebers aufgefasst werden.

Die volkswirtschaftlichen Schäden werden seit der Anpassung von Microsofts Offenlegungsstrategie als Reaktion auf das Urteil des EuG verhindert und damit ist der Zweck auch des schweizerischen Kartellgesetzes erfüllt, ohne dass es zur Anwendung gelangt ist. In einer globalisierten Wirtschaft kann es nicht Zweck einer nationalen Wettbewerbsregelung sein, Bussgelder für frühere und inzwischen aufgehobene missbräuchliche Verhaltensweisen international marktbeherrschender Unternehmen einzutreiben.

Vielmehr ist zu hinterfragen, ob gerade mit Blick auf solche Fälle globalen Ausmasses eine nationalstaatliche Kartellgesetzgebung überhaupt noch zeitgemäss ist. Die Schweiz als

²¹⁷ Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung (SVKG, [SR 251.5](#)) beschränkt den Basisbetrag einer Sanktion auf den Umsatz, den das betreffende Unternehmen *auf den relevanten Märkten* (in der Schweiz) erzielt. Demgegenüber hat die Kommission für die Sanktionsbemessung sowohl den Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme als auch denjenigen für Client-PC-Betriebssysteme herangezogen; vgl. Entscheidung der Kommission, Randnr. 1073.

Nichtmitglied der EU sowie des EWR²¹⁸ ist der einzige europäische Staat, welcher nicht in absehbarer Zeit Teil einer supranationalen Wettbewerbsordnung sein wird²¹⁹. Als Alternative zum politisch unrealistischen EU-Beitritt wäre für die Schweiz der Abschluss eines bilateralen Abkommens mit der Europäischen Union in Betracht zu ziehen, wie dies vom Präsidenten der Wettbewerbskommission auch schon gefordert worden ist²²⁰.

Selbständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatuts vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Bern, 27. November 2008

Daniel Hürlimann

²¹⁸ Die EWR-Mitglieder haben die Wettbewerbsvorschriften der EU übernommen, vgl. Art. 53 ff. des [EWR-Abkommens](#).

²¹⁹ Mit Ausnahme der Zwergstaaten Andorra, Monaco und San Marino sind alle übrigen europäischen Staaten entweder Kandidatenländer für die Aufnahmen in die EU (Beitrittsverhandlungen eröffnet oder – im Falle Mazedoniens – unmittelbar bevorstehend) oder potentielle Kandidatenländer (Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen unterzeichnet); vgl. [Webseite der Kommission zur Erweiterung der EU](#) (Stand 27.11.2008).

²²⁰ Vgl. [Interview mit Walter Stoffel](#) in der NZZ am Sonntag vom 1. Juni 2008.