

Meyer, Lena; Neuraüter, Sebastian; Bohne, Michael

Working Paper

Gesetzgebungsbedarf für Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie?

Internetökonomie und Hybridität, No. 57

Provided in Cooperation with:

University of Münster, European Research Center for Information Systems (ERCIS)

Suggested Citation: Meyer, Lena; Neuraüter, Sebastian; Bohne, Michael (2008) : Gesetzgebungsbedarf für Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie?, Internetökonomie und Hybridität, No. 57, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, European Research Center for Information Systems (ERCIS), Münster

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/46600>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Prof. Dr. Dieter Ahlert, PD Dr. Detlef Aufderheide, Prof. Dr. Klaus Backhaus, Prof. Dr. Jörg Becker, Prof. Dr. Heinz Lothar Grob, Prof. Dr. Karl-Hans Hartwig, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Prof. Dr. Heinz Holling, Prof. Dr. Bernd Holznagel, Prof. Dr. Stefan Klein, Prof. Dr. Thomas Langer, Prof. Dr. Andreas Pfingsten

Nr. 57

LENA MEYER, SEBASTIAN NEURAUTER, MICHAEL BOHNE

Gesetzgebungsbedarf für Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie?



European Research Center
for Information Systems



**Westfälische
Wilhelms-Universität
Münster**

Gefördert durch:



Förderkennzeichen:
01 AK 704

Projektträger:



INTERNET  KONOMIE

Internetökonomie und Hybridität

Sprecher
Prof. Dr. Heinz Lothar Grob

www.ercis.org

Nr. 57

**LENA MEYER, SEBASTIAN NEURAUTER, MICHAEL
BOHNE**

**Gesetzgebungsbedarf für Wettbewerb und Regulierung in der
globalen Internetökonomie?**

Inhalt

1 Einführung	1
2 Essential Facilities Doctrine (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB)	1
2.1 Geltendes Recht (<i>de lege lata</i>)	2
2.1.1 Gesetzgebungsgeschichte zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	2
2.1.2 Die Einrichtungen der Internetökonomie als Zugangsobjekte gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	4
2.1.2.1 Netze	5
2.1.2.2 Infrastruktureinrichtungen	5
2.1.2.3 Subsumtion der Einrichtungen der Internetökonomie	8
2.1.2.3.1 Technische Einrichtungen (z.B. Server)	8
2.1.2.3.2 Informationen (insb. Schnittstelleninformationen)	8
2.1.2.3.3 Immaterialgüterrechte	10
2.1.2.3.4 Dienstleistungen	10
2.1.2.3.5 Internet-Plattformen und Internet-Dienste	12
2.1.2.3.6 Netzeffekte	14
2.1.3 Zugangsgrund: Wesentlichkeit der Einrichtung	15
2.1.4 Wettbewerbsverhältnis	17
2.1.5 § 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB als Auffangtatbestände für <i>essential facility</i> Fälle?	18
2.2 Bewertung der Rechtslage, Änderungsbedarf (<i>de lege ferenda</i>)	19
2.2.1 Aufnahme von Leistungen und Informationen in den Tatbestand § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	19
2.2.2 Pflicht zur Erteilung von Lizenzen zur Nutzung von Immaterialgüter-Schutzrechten	20
3 Zugang zu IP-Rechten	21
3.1 Problemstellung	22
3.2 Übersicht über die deutschen Vorschriften und einen Regelungsbedarf	23
4 Standardisierung	26
4.1 Untersuchungsgegenstand	26
4.2 Zielvorgaben im deutschen und europäischen Recht	29
4.3 Regelungsbedarf	31
4.3.1 Unilaterale Standardsetzung	31
4.3.2 Multilaterale Standardsetzung	33
4.3.2.1 X/Open Group	33

4.3.2.2	RFID	34
4.3.2.3	Regelungsbedürftigkeit multilateraler Standardisierung	34
5	Elektronische Marktplätze	36
5.1	Marktabgrenzung.....	37
5.2	Geheimwettbewerb bei B2B-Marktplätzen	38
6	Geheimwettbewerb.....	38
7	Netzneutralität	40
7.1	Erfordernis einer gesetzlichen Sicherstellung der Netzneutralität.....	41
7.2	Argumente gegen eine gesetzliche Sicherstellung der Netzneutralität.....	42
7.3	Fazit	43
8	Ausblick.....	44

1 Einführung

Die Internetökonomie, definiert als eine im Wesentlichen digital basierte und elektronisch gesteuerte Ökonomie, welche die computerbasierte Vernetzung nutzt, um Kommunikation, Interaktion und Transaktion in einem globalen Rahmen zu ermöglichen, bringt neue Ursachen- und Wirkungszusammenhänge hervor, die auch auf kartellrechtliche Bewertungen Auswirkungen haben.¹ Die Entwicklung moderner Informations- und Telekommunikationstechnologien, insbesondere des Internets, ermöglicht Unternehmen die Verfolgung einer hybriden Marktstrategie. Neben reinen Online-Produkten, die ausschließlich für den digitalen Handel und die digitale Distribution entwickelt werden und bei denen sämtliche Transaktionsprozesse online abgewickelt werden können, ist durch die Kombination von herkömmlichen Offline-Gütern mit den Merkmalen der Internetökonomie ein neuer Bereich der hybriden Märkte geschaffen worden. Die Vorteile des Internets werden dabei verstärkt im Rahmen einzelner Transaktionsphasen zur Unterstützung der Transaktionsabwicklung eingesetzt. Die Frage ist, wie sich diese Fortschritte im Rahmen der Internetökonomie auf die kartellrechtliche Bewertung derartiger Sachverhalte auswirken.

Das Fehlen sichtbarer Grenzen im Internet stellt das Kartellrechtssystem vor neue Fragen. Bisher existiert keine spezifische gesetzliche Grundlage oder Rechtsprechung, die es ermöglicht, auf diese Herausforderung zu reagieren. Die Diskrepanz zwischen einer im und über das Internet global zusammenwachsenden Ökonomie und national gebundener Regulierung der Wirtschaft muss mit den vorhandenen Mitteln des Kartellrechts gelöst werden. Der Frage, ob diese Mittel ausreichen, um den Herausforderungen der Internetökonomie für einen freien Wettbewerb zu begegnen, wird im Rahmen der folgenden Untersuchung nachgegangen.

2 Essential Facilities Doctrine (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB)

Als *essential facilities* werden im Wettbewerbsrecht solche Einrichtungen bezeichnet, die für die Tätigkeit auf bestimmten Märkten eine solche Bedeutung haben, dass ein Ausschluss von ihrer Benutzung einen Marktteilnehmer spürbar in seiner wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit einschränken kann. Im Folgenden wird die Frage erörtert, ob das deutsche Recht im Hinblick auf internetspezifische Fallgestaltungen mit *essential facilities* novelliert werden sollte. Zunächst ist die geltende deutsche Rechtslage (*de lege lata*) zu analysieren. Anschließend ist zu fragen, ob die festgestellte Rechtslage erwünscht und ausreichend ist oder ob Änderungen

¹ Zimmerlich, WRP 2004, 1260.

anzustreben sind (*de lege ferenda*). Diese Überlegung ist eine wirtschaftspolitische: Sollen internetspezifische Fallgestaltungen mit wesentlichen Einrichtungen der Regulierung durch das GWB unterworfen werden, oder soll aufgrund der Spezifika der Internetökonomie zu Gunsten des technischen Fortschritts von einer Regulierung abgesehen werden?

2.1 Geltendes Recht (*de lege lata*)

Während die *essential facilities doctrine* im europäischen und US-amerikanischen Recht in den Anwendungsbereich von Generalklauseln² hineingelesen wird,³ existiert im deutschen Recht eine explizite Normierung zu dieser Fallgruppe. Gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darin zu sehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen

„sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.“

2.1.1 Gesetzgebungsgeschichte zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Die Vorschrift wurde im Rahmen der sechsten GWB-Novelle⁴ mit Wirkung zum 1.1.1999 als Regelbeispiel in § 19 GWB, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt, eingefügt. Vorausgegangen war ein umfangreiches Gesetzgebungsverfahren, in dem um die Formulierung der Regelung gerungen wurden.⁵ Den Anstoß zur Aufnahme der Problematik in das GWB gab das Bundeskartellamt durch einen Vorschlag am 23.7.1996: es solle der Zugang zu „wesentlichen Einrichtungen“ reguliert werden, sofern „die Schaffung eigener Einrichtungen für die Dritten aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht in

² Art. 82 S. 1 EG bzw. § 2 Sherman Act.

³ Dazu *Müller/Meyer*, Arbeitsbericht Nr. 45 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität.

⁴ 6. GWB-Novelle vom 29.5.1998, in Kraft getreten am 1.1.1999, BGBl. 1998 I S. 2546.

⁵ Zum Ganzen *Hohmann*, S. 89-98.

Betracht kommt“.⁶ Hintergrund des Vorschlages des Bundeskartellamts war die zeitgleiche Diskussion um die Einführung einer sektorspezifischen Vorschrift betreffend die Durchleitung im Energiesektor im Energiewirtschaftsgesetz.⁷ Das Bundeskartellamt wollte die Gelegenheit der GWB-Reform nutzen, um die Streitigkeiten um einen Durchleitungsanspruch im reformierten Energiewirtschaftsgesetz durch die Einführung eines allgemeinen Zugangs-Tatbestands für „wesentliche Einrichtungen“ im GWB zu umgehen.⁸ Ferner sollte durch die Einführung eine Angleichung an die Rechtspraxis der europäischen Behörden und Gerichte bei der Anwendung von Art. 82 EG geschaffen werden.⁹

Das Bundesministerium für Wirtschaft nahm den Vorschlag in seinen Formulierungsvorschlag zur GWB-Novelle vom 17.3.1997 auf.¹⁰ Der Entwurf enthielt noch immer die Bezeichnung „wesentliche Einrichtungen“ und verwies auf die sog. Hafenenscheidungen der EG-Kommission¹¹ und die Rechtsprechung des EuGH in den Verfahren *Commercial Solvents*¹² und *Magill*¹³. Auch der am 29.1.1998 folgende Gesetzentwurf der Bundesregierung bezog sich auf „wesentliche Einrichtungen“.¹⁴ Eine bedeutende Änderung bezüglich des Regelungsobjekts der geplanten Zugangsvorschrift brachte jedoch die Stellungnahme des Bundesrates vom 19.12.1997¹⁵, in der eine Beschränkung auf strategische Engpasseinrichtungen mit dem Charakter eines natürlichen Monopols gefordert wurde.¹⁶ Die Bundesregierung stimmte diesem Anliegen zu und änderte das Begriffspaar „wesentliche Einrichtungen“ in die heutige Fassung

⁶ BKartA, Vorschlag zur Einführung eines eigenständigen Mißbrauchstatbestandes für marktbeherrschende Unternehmen bei Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ vom 23.7.1996, Az. EG 1 – 1/95, S. 2 f.

⁷ BKartA, Vorschlag zur Einführung eines eigenständigen Mißbrauchstatbestandes für marktbeherrschende Unternehmen bei Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ vom 23.7.1996, Az. EG 1 – 1/95, S. 2.

⁸ *Hohmann*, S. 90.

⁹ BKartA, Vorschlag zur Einführung eines eigenständigen Mißbrauchstatbestandes für marktbeherrschende Unternehmen bei Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ vom 23.7.1996, Az. EG 1 – 1/95, S. 3 ff.

¹⁰ BMWi, Referentenentwurf zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 17.03.1997, Az. I B 5 – 22 12 00.

¹¹ Kommission vom 11.6.1992, EG-Bulletin Nr. 6 1992, Tz. 1.3.30 – *Sealink I*; Kommission vom 21.12.1993 – IV/34.689– *Sea Containers/Sealink (Sealink II)*, Rn. 62; Kommission vom 21.12.1993 – *Rödby*.

¹² EuGH Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*.

¹³ EuGH Slg. 1995, I-743 – *Magill*.

¹⁴ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, S. 8.

¹⁵ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 13/9720, S. 71.

¹⁶ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 13/9720, S. 73 f.

„Infrastruktureinrichtungen“.¹⁷ Als Begründung führte die Bundesregierung an, dass durch diese Begrifflichkeit Ansprüche auf Nutzung fremder gewerblicher Schutzrechte vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen werden sollten.¹⁸

2.1.2 Die Einrichtungen der Internetökonomie als Zugangsobjekte gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Im Arbeitsbericht Nr. 45 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität¹⁹ wurde festgestellt, dass in der Internetökonomie zahlreiche Konstellationen denkbar sind, in denen Unternehmen über eine Einrichtung verfügen, welche für die Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt wesentlich sind, und dass diese wesentlichen Einrichtungen sowohl physischer, als auch logischer Natur sein können. So kommen als wesentliche Einrichtungen in der Internetökonomie in Betracht:

- Physische Netze und Netzabschnitte
- Technische Einrichtungen (z.B. Server)
- Informationen, insb.: Schnittstelleninformationen, Algorithmen
- Immaterialgüterrechte
- Dienstleistungen (z.B. Access- oder Host-Providing)
- Plattformen (z.B. die Handelsplattform Ebay) und Web-Dienste (z.B. der Suchdienst Google)

Für die Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf die Einrichtungen der Internetökonomie kommt es maßgeblich auf das Zugangsobjekt an; entscheidend ist also die Auslegung der Begriffe „Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen“. Aus der Formulierung der Vorschrift ergibt sich, dass die Netze ein Unterfall der Infrastruktureinrichtungen sind.²⁰ Allerdings werden die Begriffe weder im Gesetz, noch in den Gesetzmaterialien positiv definiert.²¹ In der Gesetzesbegründung finden sich allein Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber durch den formalen Oberbegriff der

¹⁷ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, S. 80.

¹⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/9720, S. 79 f.

¹⁹ Müller/Meyer, Arbeitsbericht Nr. 45 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität.

²⁰ So auch ausdrücklich die Begründung, BT-Drs. 13, 9720, S. 36.

²¹ Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 89.

„Infrastruktureinrichtung“ gewerbliche Schutzrechte aus dem Kreis der möglichen wesentlichen Einrichtungen ausschließen wollte (s. schon oben).²²

2.1.2.1 Netze

Nach der Literatur ist ein Netz i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ein System physikalischer oder virtueller Verbindungen zwischen verschiedenen Orten, welche im Zuge der Leistungserbringung erreicht werden müssen.²³

2.1.2.2 Infrastruktureinrichtungen

Demgegenüber ist die Definition des Begriffs „Infrastruktureinrichtung“ umstritten.²⁴ Der Begriff entstammt den lateinischen Begriffen „*infra*“ und „*structura*“ und bedeutet demnach soviel wie „Unterbau“.²⁵ Aus diesem Grunde besteht bei der Auslegung insofern Einigkeit, als dass der fraglichen Einrichtung als Grundvoraussetzung eine dienende Basisfunktion zukommen muss.²⁶ Beispielsweise ist nach Ansicht *Göttings* eine Einrichtung dann eine Infrastruktureinrichtung i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, wenn sie zur Vornahme einer Wettbewerbshandlung in Anspruch genommen wird und als Grundlage zur Erbringung von Dienstleistungen dient.²⁷ *Dreher* geht richtigerweise über diese Definition hinaus und spricht auch dann von einer Infrastruktureinrichtung i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, wenn die Einrichtung dem Absatz oder der Produktion von Waren dient.²⁸

Jenseits der Voraussetzung der dienenden Basisfunktion, die sich unmittelbar aus der Wortbedeutung ableiten lässt, stellen einige Autoren ökonomische Anforderungen an die jeweilige Einrichtung und fordern, die Einrichtung müsse den Charakter eines natürlichen Monopols haben und wesentlich für die Aufnahme von Wettbewerb sein.²⁹ Dieser Ansatz, der sich auf Äußerungen des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren stützt³⁰ und den Zweck der

²² BT-Drs. 13/9720, S. 37, 79 f.; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 195, 219.

²³ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 89; *Schwarz v. Berk*, S. 155 f.

²⁴ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 89; *Schwarz v. Berk*, S. 155 f.

²⁵ *Hohmann*, S. 198.

²⁶ *Hohmann*, S. 191 ff; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 195.

²⁷ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 89.

²⁸ *Dreher*, DB 1999, 833, 834.

²⁹ *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 22 f.

³⁰ BT-Drs. 13/9720, S. 73.

Regelung zu erfassen versucht, ist jedoch unpraktikabel.³¹ Der Begriff des natürlichen Monopols ist mangels empirischer Bestimmbarkeit aus rechtlicher Perspektive kaum greifbar.³² Was das zweite Element dieser ökonomischen Definition betrifft, also die Wesentlichkeit für die Aufnahme von Wettbewerb, so ist anzumerken, dass diese Voraussetzung gerade im weiteren Tatbestand von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB geprüft wird: Gemäß der Vorschrift muss nämlich dem „anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich [sein], auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“. Es erscheint überflüssig, diese Voraussetzung bereits in das Merkmal der „Infrastruktureinrichtung“ bzw. des „Netzes“ vorzuverlagern.

Im Ergebnis ist die Auslegung der Begriffe „Netz“ und „Infrastruktureinrichtung“ daher grundsätzlich auf das Erfordernis der dienenden Basisfunktion zu beschränken; weitergehende ökonomische Kriterien sind abzulehnen. Jedoch kann es in komplizierten Sachverhalten, in denen es Schwierigkeiten bereitet, die relevante Infrastruktureinrichtung ausfindig zu machen und zu benennen (insb. in Internetsachverhalten), zweckmäßig sein, die wirtschaftliche Bedeutung der Elemente des Sachverhaltes zu analysieren, um den „Flaschenhals“ zu finden und als Zugangsobjekt gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zu subsumieren (s. dazu unten).

Es bleibt zu überlegen, welche Beschaffenheit die Einrichtungen haben können, ob also lediglich physikalische Einrichtungen, oder auch „virtuelle“ Einrichtungen wie Schnittstellen oder Plattformen (z.B. Handelsplattformen) erfasst sein können. Nach dem Gesetzesentwurf und nach überwiegender Auffassung in der Literatur erfasst § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auch nicht-physische Einrichtungen.³³ Dies erscheint angesichts des Zwecks der Vorschrift sachgerecht, welcher in der Initiierung und Förderung des Wettbewerbs bei Zusammentreffen von nachhaltig verfestigten Marktstrukturen und vertikal integrierten Unternehmensstrukturen besteht.³⁴ Der Missbrauch von wirtschaftlichen Machtpositionen, die auf der Kontrolle strategischer Engpasseinrichtungen (sog. *bottlenecks*) beruhen, soll verhindert werden.³⁵ Es ist nicht ersichtlich, warum unter dieser wirtschaftspolitischen Zielsetzung nur physische

³¹ Hohmann, S. 196 ff.

³² Hohmann, S. 197.

³³ BT-Drs. 13/9720, S. 73; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 197; Hohmann, S. 211 f.; Schwarz v. Berk, S. 160 f.

³⁴ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 184 m.w.N.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 13/9720, S. 73.

Einrichtungen erfasst sein sollten. Vielmehr soll ausweislich der Gesetzesbegründung gerade den wirtschaftspolitischen Bedürfnissen „im Rahmen der globalen Informationsgesellschaft Rechnung getragen werden“,³⁶ weshalb auch nicht-physische Einrichtungen erfasst sein müssen.

Vielfach werden in der Literatur im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB an physische und virtuelle Einrichtungen unterschiedlich hohe Voraussetzungen geknüpft. Während beide Arten von Einrichtungen jedenfalls die beschriebene dienende Basisfunktion haben müssen, sollen die physischen Einrichtungen zusätzlich eine entfernungsüberwindende Transport- oder raumintegrierende Logistikfunktion haben.³⁷ Diesem Ansatz ist aus geschichtlichen und wettbewerbspolitischen Erwägungen zu folgen.³⁸ Zum einen wurde der Begriff der Infrastruktureinrichtung für bestimmte Einrichtungen in Verkehrs-, Versorgungs- und Kommunikationsnetzen geprägt.³⁹ Zum anderen erscheint es in systematischer Hinsicht zweckmäßig, bei der Auslegung des Begriffs „Infrastruktureinrichtung“ den untergeordneten Begriff „Netz“ heranzuziehen. Die Eingrenzung des Begriffes der physikalischen Infrastruktureinrichtung auf solche Einrichtungen, die eine entfernungsüberwindende Transport- oder raumintegrierende Logistikfunktion haben, bewirkt eine Reduzierung des Tatbestandes auf solche Fälle, in denen eine Einrichtung netzähnlich ist oder zumindest einige Charakteristika der Netzwirtschaft aufweist.⁴⁰

Es ist notwendig, die Fallgestaltungen der virtuellen Einrichtungen von dieser Eingrenzung auszunehmen, da sie den Spezifika der Sachverhalte der Internetwirtschaft nicht gerecht wird. Die *bottlenecks* der Internetökonomie wie Plattformen oder bestimmte Informationen haben in der Regel weder Transport-, noch Logistikfunktionen, passen aber dennoch in das Zielschema von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, da sie bei vertikaler Integration und verfestigten Marktstrukturen die Gefahr eines Machtmissbrauchs in sich bergen.

³⁶ BT-Drs. 13/9720, S. 36.

³⁷ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 196; *Hohmann*, S. 205 f.

³⁸ *Hohmann*, S. 205 f.

³⁹ *Hohmann*, S. 205.

⁴⁰ Ähnlich *Hohmann*, S. 205.

2.1.2.3 Subsumtion der Einrichtungen der Internetökonomie

Im Folgenden wird eine Subsumtion der genannten Einrichtungen der Internetökonomie unter die Tatbestandselemente „Netze oder andere Infrastruktureinrichtungen“ versucht. Außen vor gelassen werden hierbei die physischen Netze oder Netzabschnitte der Internetökonomie (wie z.B. Telefonnetze), die unproblematisch als Netze i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB einzuordnen sind.

2.1.2.3.1 Technische Einrichtungen (z.B. Server)

Technische Einrichtungen wie z.B. Serversysteme können als Bestandteile von „Netzen“ i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erfasst sein.⁴¹ So stellen die Server in einem Computernetzwerk Netzknotenpunkte dar und sind damit integraler Bestandteil der Netzstruktur. Isoliert betrachtet können technische Einrichtungen „Infrastruktureinrichtungen“ i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB sein. Wie oben dargestellt, sind physische Einrichtungen nur dann Infrastruktureinrichtungen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, wenn sie eine dienende Basisfunktion, sowie zusätzlich eine entfernungsüberwindende Transport- oder raumintegrierende Logistikfunktion haben. Ein bestimmter Computerserver kann die Grundlage für die Erbringung von Dienstleistungen sein; verschiedene technische Dienste könnten auf einem bzw. über einen bestimmten Server angeboten werden. Die Frage, ob dieselben Dienste nicht ebenso gut über einen anderen (eigenen) Server angeboten werden könnten ist zwar berechtigt, wird allerdings erst im weiteren Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und nicht schon im Tatbestandmerkmal der Infrastruktureinrichtung relevant. Auch haben Computerserver eine raumintegrierende Logistikfunktion, da sie Knotenpunkte in physischen Computernetzwerken sind.

2.1.2.3.2 Informationen (insb. Schnittstelleninformationen)

Wie oben erläutert, erfasst § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auch nicht-physische Einrichtungen (sog. virtuelle Infrastruktureinrichtungen).⁴² In der Internetökonomie kommen vor allem Informationen als solche Einrichtungen in Betracht. Die Bezeichnung „Informationsgesellschaft“ kommt nicht von ungefähr und weist auf den wirtschaftlichen Bedeutungszuwachs hin, den immaterielle Güter gegenüber den traditionellen Industriegütern erlangt haben. Da § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB laut Gesetzesbegründung gerade den

⁴¹ Schwarz v. Berk, S. 158.

⁴² BT-Drs. 13/9720, S. 73; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rn. 197; Hohmann, S. 211 f.; Schwarz v. Berk, S. 160 f.

wirtschaftspolitischen Bedürfnissen „im Rahmen der globalen Informationsgesellschaft Rechnung“ tragen soll,⁴³ müssen Informationen in den Anwendungsbereich der Vorschrift miteinbezogen werden.

Um als Infrastruktureinrichtung i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zu gelten, müsste die jeweilige Information zur Vornahme einer Wettbewerbshandlung in Anspruch genommen werden und als Grundlage zur Erbringung von Dienstleistungen oder dem Angebot von Waren dienen (s.o.). Das Kriterium der entfernungsüberwindenden Transport- oder raumintegrierenden Logistikfunktion ist, wie oben dargelegt, für nicht-physische Einrichtungen keine zwingende Voraussetzung der Einordnung unter § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.⁴⁴

Dass die Kenntnis von (bisher unbekannt) Informationen Grundlage wirtschaftlicher Handlungen sein kann, leuchtet ein. Beispielsweise ist die Anknüpfung an Software-Schnittstellen notwendige Voraussetzung für die Herstellung sekundärer Programme, die mit dem Primärprogramm kompatibel sein sollen. Der Hersteller der Sekundärprogramme benötigt folglich die jeweiligen Schnittstelleninformationen des Primärprogramms. Es sind vielfältige Konstellationen denkbar, in denen andere Informationen Voraussetzung für die Erschließung eines vor- oder nachgelagerten Marktes sein können. Ein Beispiel ist der EuGH-Fall *Magill*, in dem sich die in Irland sendenden Rundfunkanstalten RTE, ITP und BBC weigerten, dem Verlag Magill TV Guide Ltd. wöchentliche Vorschauen über ihre Fernsehprogramme zur Verfügung zu stellen.⁴⁵ Hierdurch war es der Firma Magill nicht möglich, vollständige Fernsehprogrammzeitschriften herzustellen.

Die Fallgruppe der Informationen als *essential facilities* wird allerdings nahezu vollständig von einer weiteren Fallgruppe überlagert, nämlich dem Zugang zu *Ausschließlichkeitsrechten* an Informationen, da den begehrten Informationen in aller Regel Immaterialgüter-Schutzrechte anhaften werden. In solchen Fällen geht es dann weniger um die Frage der Mitteilung der begehrten (unbekannt) Informationen, als vielmehr um die Erteilung der Lizenz zur Nutzung der (schon bekannten oder zugänglichen) Informationen.

⁴³ BT-Drs. 13/9720, S. 36.

⁴⁴ *Hohmann*, S. 211.

⁴⁵ EuGH, Slg. 1995, I-743 - *Magill*.

2.1.2.3.3 Immaterialgüterrechte

Wie mehrfach erwähnt, soll § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers nach keinen Zwang zur Lizenzerteilung zur Nutzung gewerblicher Schutzrechte begründen.⁴⁶ Es verbietet sich somit, sofern Immaterialgüterschutz besteht, die Einordnung von Informationen oder den anhängigen Schutzrechten als Infrastruktureinrichtungen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB.⁴⁷ So kann z.B. die Herausgabe und Erlaubnis zur Nutzung von Schnittstelleninformationen oder eines geheimen Algorithmus nicht über § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB verlangt werden, sofern diese Informationen durch gewerbliche Schutzrechte (z.B. Patente) geschützt sind, da der Zugang gerade dem Gehalt der Schutzrechte widersprechen würde. Auch die Nutzung bereits bekannter Informationen, denen Schutzrechte anhängen, kann durch § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht legitimiert werden. So kann ein Urheber nicht gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zur Erteilung einer Nutzungslizenz gezwungen werden. Jedoch muss in beiden Fällen über eine Anwendung der Generalklauseln § 19 Abs. 1 oder § 20 Abs. 1 GWB nachgedacht werden⁴⁸ (dazu unten).

Im Gegensatz zum deutschen Recht wird die *essential facilities doctrine* des europäischen Rechts auch auf Immaterialgüterrechte angewendet. Einen Missbrauch gemäß Art. 82 EG sah die Kommission beispielsweise in der Weigerung seitens des Softwareherstellers Microsoft, Wettbewerbern Informationen zur Herstellung von Interoperabilität zwischen Netzwerkservern und dem Betriebssystem Windows bereitzustellen.⁴⁹

2.1.2.3.4 Dienstleistungen

In vielen Fallgestaltungen der Internetökonomie begehren Unternehmen die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung durch ein anderes Unternehmen. Bei der Beurteilung von Diensten im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB drohen jedoch terminologische Ungenauigkeiten in Bezug auf die Sachverhalte. Richtigerweise ist zu trennen zwischen der Gewährung des Zugangs zu wesentlichen Infrastruktureinrichtungen in Form einer Dienstleistung und solchen

⁴⁶ BT-Drs. 13/9720, S. 37, 79 f.

⁴⁷ Es ist unerheblich, ob versucht wird, die geschützten Informationen oder den Rechtsschutz als solchen als „Infrastruktureinrichtung“ einzuordnen; sobald Immaterialgüter-Rechtsschutz besteht, ist dem Willen des Gesetzgebers zu folgen, so dass § 19 IV Nr. 4 GWB unangewendet bleiben muss.

⁴⁸ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 90.

⁴⁹ Kommission vom 24.3.2004, COMP 37.792 – Microsoft; dazu *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260.

Fällen, in denen ein bestimmter Dienst als solcher die wesentliche Einrichtung darstellen könnte.⁵⁰

In der ersten Fallgruppe, in der die jeweilige Dienstleistung nur die Gewährung des Zugangs zur eigentlichen Infrastruktureinrichtung darstellt, kann und muss diese Dienstleistung selbst nicht unter den Begriff der Infrastruktureinrichtung subsumiert werden, um den Anwendungsbereich von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zu eröffnen. Beispielsweise ist in dem Fall, in dem ein Fährunternehmen Zugang zu einem Hafen verlangt, der Hafen die Infrastruktureinrichtung, nicht aber die Dienstleistung, die in der Hafenabfertigung besteht.

Ob Dienstleistungen per se Infrastruktureinrichtungen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB darstellen können, ist zweifelhaft. Die *essential facilities doctrine* im europäischen Recht wurde vom EuGH schon früh, nämlich im Fall CBEM/Telemarketing⁵¹, auf Dienstleistungen erstreckt. Aufgrund der Formulierung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB dürfte eine solche Auslegung im deutschen Recht ausgeschlossen sein. Dienste können terminologisch schwerlich als Infrastruktureinrichtung bezeichnet werden.⁵² Obgleich sich in den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte zu dieser Frage finden, liegt die Annahme fern, dass der Gesetzgeber unter „Einrichtungen“ auch „Dienste“ fassen wollte.

Der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erschöpft sich in Bezug auf Dienste somit auf die erste Fallgruppe, in der Dienste nicht die *essential facility* selbst darstellen, sondern nur den Zugang zu einer solchen. Ein Anspruch auf eine Dienstleistung unter § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB erfordert folglich, dass die begehrten Dienste in einem Kontext stattfinden, der im weitesten Sinne als physische oder virtuelle Infrastruktureinrichtung bezeichnet werden kann. Die Differenzierung zwischen wesentlicher Einrichtung und Zugangsgewährung bereitet in Fällen physischer Infrastruktureinrichtungen keine Probleme (Bsp.: Hafen). In den Fallgestaltungen der Internetökonomie kann die Bestimmung einer Infrastruktureinrichtung allerdings schwierig sein; häufig ist die Infrastruktureinrichtung in solchen Fällen eine logische Plattform oder ein bestimmter Webdienst, der in Folge der internet-typischen Netzeffekte große Bekanntheit und dadurch eine hohe wirtschaftliche Bedeutung erlangt hat (dazu im Folgenden).

⁵⁰ Dazu ausführlicher *Schwarz v. Berk*, S. 161 ff.

⁵¹ EuGH vom 3. Okt. 1985, Slg. 1985, 3261 CBEM/Telemarketing.

⁵² *Schwarz v. Berk*, S. 163.

2.1.2.3.5 Internet-Plattformen und Internet-Dienste

Zwar lässt die Gesetzesbegründung deutlich erkennen, dass § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht nur physische, sondern auch virtuelle (logische) Infrastruktureinrichtungen zum Gegenstand von Zugangsverpflichtungen machen soll.⁵³ Jedoch haben bislang weder die Rechtsprechung, noch die Literatur nachvollziehbare Kriterien entwickelt, nach denen in den vielfältigen Fallgestaltungen virtuelle Infrastrukturen ausfindig gemacht und abgegrenzt werden können, die dann als Zugangsobjekt i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB herhalten könnten. Besonders in Internetsachverhalten ist es mitunter schwierig, die Infrastruktureinrichtung zu benennen und von der Gewährung des Zugangs, welche in der Erbringung einer bestimmten Dienstleistung besteht, abzugrenzen.

Einerseits schwebten dem Gesetzgeber bei der Einführung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB die typischen Fallgestaltungen der Netzwirtschaften aus den Bereichen Telekommunikation, Energiewirtschaft und Schienenverkehr vor,⁵⁴ in denen die jeweiligen Infrastruktureinrichtungen leicht zu benennen sind (Beispiel: Schienen- oder Leitungsnetze). Andererseits sollte § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB „ähnliche Sachverhalte“ erfassen und als Generalklausel für die Zugangsverweigerung zu Einrichtungen, die für die wirtschaftlichen Tätigkeiten wesentlich sind, dienen.⁵⁵ Der Auffangcharakter des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB spricht dafür, den Begriff der Infrastruktureinrichtung weit zu fassen und bei den Fallgestaltungen den Zweck der Regelung in den Vordergrund zu rücken. Bei der weiten Auslegung sind lediglich zwei Einschränkungen zu machen: Erstens darf die Anwendung nicht zu der Verpflichtung führen, eine Lizenz zur Nutzung eines gewerblichen Schutzrechts erteilen. Zweitens ist es grammatikalisch ausgeschlossen, Dienste als Infrastruktureinrichtungen zu bezeichnen; die Infrastruktureinrichtung als solche ist von der Dienstleistung zu trennen, welche die Zugangsgewährung darstellt. Beide Einschränkungen wurden oben bereits erläutert.

In der Internetökonomie bieten sich viele *Bottleneck*-Konstellationen, in denen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB seinem Zweck nach anwendbar sein sollte, die Benennung der Infrastruktureinrichtung aber Probleme bereitet. Als Beispiel kann die Internet-Suchplattform

⁵³ BT-Drs. 13/9720, S. 73.

⁵⁴ BT-Drs. 13/9720, S. 36.

⁵⁵ Vgl. BT-Drs. 13/9720, S. 36.

Google gelten. Der Marktanteil von Google auf dem deutschen Markt für Internet-Suchanfragen wurde für 2005 auf über 90 % geschätzt.⁵⁶ Die Auffindbarkeit über Google ist mithin für jeden Anbieter eines kommerziellen Web-Auftrittes von essenzieller Wichtigkeit. Würde Google einen bestimmten Anbieter von Waren aus den Suchergebnissen ausschließen, könnte der Anbieter erhebliche wirtschaftliche Verluste erleiden, da er darauf angewiesen wäre, dass die Interessenten entweder seine Webadresse kennen oder durch Links auf seine Seite geführt werden. Durch den überragenden Marktanteil besitzt Google momentan für einen Großteil sämtlicher Navigation im Internet die Funktion eines Nadelöhrs, also eine typische *Bottleneck*-Stellung. Diese Bedeutung spiegelt sich im Marktwert des Unternehmens wieder, der Ende 2006 über 150 Mrd. US-Dollar betrug. Eine ähnliche Machtstellung hat die Plattform Ebay auf dem deutschen Markt für Internetauktionen.

Betrachtet man den Zweck des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, nach dem der Missbrauch eben solcher *Bottleneck*-Positionen verhindert werden soll, so erscheint es wünschenswert, solche Fallgestaltungen zu erfassen. Es bleibt das Problem, in diesen Fällen die „Infrastruktureinrichtung“ zu benennen. Was ist im Falle von Google die Einrichtung, zu der Zugang gewährt werden soll? Mangels anderer Anhaltspunkte muss bei der Ermittlung der Einrichtung nach teleologischen Gesichtspunkten vorgegangen werden. Zu fragen ist also, worin die dienende Basisfunktion liegt, deren Nutzung für das Tätigwerden auf einem vor- oder nachgelagerten Markt wesentlich ist und deren Nichtgewährung bei nachhaltig verfestigten Marktstrukturen und vertikal integrierten Unternehmensstrukturen als missbräuchlich zu werten ist. Im Falle von Google liegt die dienende Basisfunktion in der passiven Auffindbarkeit über die Suchmaschine, also das Aufführen der bestimmten Website in den Suchergebnissen. Die Infrastruktureinrichtung, zu der Zugang gewährt werden muss, ist der Webdienst Google, also eine virtuelle Einrichtung, die sich aus der Summe der Funktionalitäten und Eigenschaften des Internetdienstes zusammensetzt. Dieser Webdienst ist ein typisches Beispiel für eine virtuelle Infrastruktureinrichtung der Internetökonomie. Der wirtschaftliche Wert und mithin die Wesentlichkeit für das den Zugang begehrende Unternehmen ergibt sich bei der Suchmaschine Google aus der sehr hohen Nutzerfrequentierung und dem überragenden Marktanteil auf dem deutschen Markt für Suchmaschinen.

⁵⁶ <http://www.internetmarketing-news.de/2005/06/28/websidestory-google-gewinnt-marktanteile-msn-verliert/>.

Ähnlich sind fiktive Fälle zu beurteilen, in denen Internethändler Zugang zur Handelsplattform Ebay verlangen.⁵⁷ Ebay hat auf dem Markt für Internetauktionen einen überragenden Marktanteil und eine sehr hohe Nutzerfrequentierung. Die Infrastruktureinrichtung, die für das Online-Angebot von Waren wesentlich sein könnte, ist somit die Handelsplattform Ebay, also die Summe der Funktionalitäten und Eigenschaften des Internetdienstes namens „Ebay“, der unter der einschlägigen Webadresse erreichbar und unter dem entsprechenden Unternehmens- und Markenzeichen bekannt ist.

Im Ergebnis muss in Internetsachverhalten somit der Begriff der Infrastruktureinrichtung bis an die Grenzen der Wortbedeutung ausgedehnt werden, um die logischen Konstrukte der Web-Dienste und Web-Plattformen zu erfassen. Es sollte nicht der Versuchung nachgegeben werden, die Dienstleistungen der Anbieter der einzelnen Webdienste, welche die Zugangsgewährung zu den Web-Diensten bzw. Plattformen darstellen, mit der zugrunde liegenden Infrastruktur zu verwechseln. Für den Fall Ebay bedeutet dies beispielsweise, dass die Infrastruktur i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht das Einstellen eines Angebots auf die Ebay-Website ist, sondern die Internet-Handelsplattform Ebay als solche.

2.1.2.3.6 Netzeffekte

Betrachtet man die zuletzt beschriebene Fallgruppe, in der Internet-Plattformen und Internet-Dienste als logische Konstrukte die Infrastruktureinrichtungen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB darstellen, so fällt auf, dass sich jene Konstrukte weit von dem Bild einer Infrastruktureinrichtung entfernt haben, welches der Anwendung der *essential facilities doctrine* ursprünglich zugrunde lag. Der Gesetzgeber dachte an Schienennetze, Seehäfen und Stromleitungen als Paradebeispiele für wesentliche Infrastruktureinrichtungen.⁵⁸ Diese traditionellen Infrastruktureinrichtungen verdanken ihre wirtschaftliche Bedeutung ihrer physischen Eigenschaft als Netze bzw. Knotenpunkte in den jeweiligen Netzwirtschaften. Die virtuellen Einrichtungen der Internetökonomie verdanken ihre wirtschaftliche Bedeutung und mithin ihre *Bottleneck*-Stellung, die sie als Zielobjekt von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB qualifiziert, ebenfalls den Eigenheiten einer Netzwirtschaft (nämlich der Internetwirtschaft), insbesondere den sog. Netzeffekten.

⁵⁷ Zur hypothetischen Anwendung der *essential facilities doctrine* auf die Plattform ebay s. auch *Aufderheide/Lindner/Zimmerlich*, in: Grob, Internetökonomie, S. 129, 150 ff.

⁵⁸ BT-Drs. 13/9720, S. 36.

Zur Verdeutlichung können der Strommarkt und der Markt für Internetauktionen mit ihren Netzen und Netzknotenpunkten verglichen werden: Im Strommarkt findet sich ein physisches Netz aus Leitungen, in dem sich bestimmte Verteilerpunkte befinden. Im Markt für Internetauktionen fehlt ein solches physisches Netz, jedoch existiert ein logisches Netzwerk aus potenziellen Anbietern und Nachfragern. Knotenpunkte dieses logischen Netzwerkes sind Auktionsplattformen wie Ebay, Ricardo oder Azubo. Die Infrastruktureinrichtungen der Stromwirtschaft verdanken ihre wirtschaftliche Bedeutung ihrer physischen Eigenschaft als Knotenpunkte. Ebay und Co. verdanken ihre Bedeutung der Zusammenführung von großen Strömen potenzieller Anbieter und Nachfrager. Die wirtschaftliche Bedeutung der Plattformen steigt mit ihrer Nutzerfrequentierung (sog. Netzeffekt). Da gerade die virtuellen Infrastruktureinrichtungen der Internetökonomie wie Web-Dienste oder Web-Plattformen ihr Potenzial aus Netzeffekten ableiten, könnte es nahe liegen, die Netzeffekte als solche als Zugangsobjekte von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ins Auge zu fassen.

Eine solche Herangehensweise wäre jedoch irreführend und ist aus systematischen Gründen abzulehnen. Ebenso wie es zu vermeiden ist, Dienstleistungen, welche die Zugangsgewährung zu einer Infrastruktureinrichtung darstellen, mit der Infrastruktureinrichtung an sich zu verwechseln (s.o.), wäre es verfehlt, die Netzeffekte, welche einer Infrastruktureinrichtung anhaften und ihr ihre wirtschaftliche Bedeutung als *bottleneck* geben, selbst als Infrastruktureinrichtung anzusehen. Mit anderen Worten: die Netzeffekte sind der *Grund* für die *Bottleneck*-Stellung der jeweiligen Infrastruktureinrichtung; Zielobjekt von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB bleibt aber der potenzielle *bottleneck* an sich. Überdies wäre kaum ersichtlich, wie auf der Rechtsfolgenseite Zugang zu bestimmten Netzeffekten zu gewähren sein sollte. Zugang kann vielmehr nur zur Infrastruktureinrichtung gegeben werden, in der Internetökonomie also beispielsweise zu Web-Diensten oder Web-Plattformen.

2.1.3 Zugangsgrund: Wesentlichkeit der Einrichtung

Nachdem die betreffende Infrastruktureinrichtung der Internetökonomie als Zugangsobjekt des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB identifiziert wurde, ist weiterhin zu prüfen, ob es dem Zugangspetenten aufgrund der Zugangsverweigerung „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“. Diese Voraussetzung wird gemeinhin – und ursprünglich auch im Gesetzesentwurf⁵⁹ – als

⁵⁹ S. Hohmann, S. 223.

„Wesentlichkeit“ der Einrichtung bezeichnet.⁶⁰ Eine Einrichtung ist nach überwiegender Auffassung dann wesentlich i.S.d. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, wenn sie nicht *duplizierbar* und nicht *substituierbar* ist. Sie ist nicht-duplizierbar, wenn sie vom Zugangspetenten nicht selbst errichtet werden kann, und nicht-substituierbar, wenn sie auf keine andere Weise ersetzt werden kann.⁶¹

Es bestehen Zweifel daran, ob die oben genannten virtuellen Einrichtungen der Internetökonomie, die als Zugangsobjekt gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Frage kommen, tatsächlich nicht-duplizierbar sind. Internetplattformen oder ein Web-Dienste können – im Gegensatz zu einem Hafen – meist mit vertretbarem Aufwand selbst geschaffen werden. Zwar besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass für die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht unbedingt eine physische (tatsächliche) Unmöglichkeit der Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit verlangt werden darf, sondern dass für beide Merkmale auch die wirtschaftliche Unmöglichkeit der Duplizierung bzw. Substituierung ausreichend ist.⁶² Jedoch führt auch diese Überlegung im Falle virtueller Infrastruktureinrichtungen nicht weiter, da es auch *wirtschaftlich* durchaus möglich wäre, beispielsweise eine Web-Plattform oder einen Web-Dienst selbst einzurichten.

Dieses Ergebnis, nach dem § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf virtuelle Infrastruktureinrichtungen aufgrund ihrer Duplizierbarkeit praktisch niemals anzuwenden wäre, vermag jedoch nicht zu befriedigen. Ihrem Zweck nach (s.o.) sollte die Vorschrift § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auch auf die virtuellen Infrastruktureinrichtungen der Internetökonomie Anwendung finden. Demnach wäre es nicht sachgerecht, für die Duplizierbarkeit ausschließlich auf die technische Infrastruktur abzustellen. Eine Suchplattform wie Google oder ein Webdienst wie Ebay kann nicht durch ein eigenes Webangebot adäquat ersetzt werden, selbst wenn die technische Realisierung tatsächlich und wirtschaftlich möglich wäre. Bei der Frage der Duplizierbarkeit und Substituierbarkeit müssen vielmehr die Netzeffekte, also die Bekanntheit und der anhängende Nutzerstamm, jeweils als Eigenschaft der Einrichtung mitberücksichtigt werden. Es ist somit jeweils zu fragen, ob die Einrichtung *funktional*, das heißt aus wirtschaftlicher Perspektive, dupliziert oder substituiert werden kann. Somit kann sich auch für virtuelle Infrastruktureinrichtungen eine Nicht-Duplizierbarkeit und Nicht-Substituierbarkeit ergeben.

⁶⁰ Beckmerhagen, S. 379.

⁶¹ Hohmann, S. 226; Beckmerhagen, S. 379.

⁶² Schwarz v. Berk, S. 181 ff.; Beckmerhagen, S. 379; Hohmann, S. 228 f.

Entscheidend ist bei Internetangeboten die Bekanntheit und Nutzerfrequentierung. Bei einer verfestigten Marktstruktur ist es wirtschaftlich unzumutbar, so viel Werbung zu betreiben, dass erhebliche Nutzerströme vom Marktbeherrscher (z.B. Ebay, Google) auf das eigene Angebot umgeleitet werden.

2.1.4 Wettbewerbsverhältnis

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB fordert ausdrücklich ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Unternehmen, das die Infrastruktureinrichtung kontrolliert, und dem Unternehmen, das den Zugang begehrt. Die Vorschrift weicht insofern von der essential facilities doctrine des EG-Wettbewerbsrechts ab⁶³ und setzt eine vertikal integrierte Unternehmensstruktur bei dem Normadressaten voraus: er muss einerseits die Infrastruktur kontrollieren und andererseits auf dem abgeleiteten Markt tätig sein.⁶⁴

Solche Konstellationen sind in der Internetökonomie häufig anzutreffen. Jene Unternehmen, die physische Netze kontrollieren, sind oftmals auch auf nachgelagerten Märkten tätig. Beispielsweise ist die Deutsche Telekom AG bzw. ihre Tochterunternehmen gleichzeitig Netzbetreiber, Internet-Service-Provider, Telefon-Anbieter und vieles mehr. Auch die Betreiber großer Webdienste gehen zunehmend dazu über, ihre Bekanntheit und Liquidität dazu auszunutzen, um sich auf fremden Märkten zu etablieren. Wichtigstes Beispiel ist einmal mehr der Suchmaschinen-Gigant Google, der seine erheblichen Geldressourcen aus dem Werbegeschäft nutzt, um neben der kostenlosen Suchmaschine mittlerweile über 30 andere Dienste anzubieten. Mit GoogleNews ist Google auf dem Markt für Informationsdienste tätig, mit GoogleEarth auf dem Markt der elektronischen Kartographie, mit YouTube auf dem Markt für Video-Plattformen, mit Gmail auf dem Markt für E-Mail-Dienste. Diese Liste wird in Zukunft beständig länger werden – solange Geldmittel vorhanden sind. Bei den Software-Riesen Microsoft und Apple zeigt sich ein ähnlicher Expansionsdrang. Diese vertikale Integration, die besonders bei größeren Anbietern häufig anzutreffen ist, führt dazu, dass sich zahlreiche Wettbewerbsverhältnisse auf solchen Märkten bilden, die den „wesentlichen“ Infrastruktureinrichtungen der Internetökonomie nachgelagert sind, so dass sich für § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ein weites Anwendungsfeld bietet.

⁶³ Beckmerhagen, S. 379.

⁶⁴ Hohmann, S. 256; Schwarz v. Berk, S. 185.

2.1.5 § 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB als Auffangtatbestände für *essential facility* Fälle?

Grundsätzlich können die Generalklauseln aus § 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 GWB für alle *essential facility* Fälle, in denen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht eingreift, als Auffangtatbestände herhalten. Beispielweise ist es dem Inhaber einer internetspezifischen Infrastruktureinrichtung gemäß § 20 Abs. 1 GWB verboten, andere Unternehmen unbillig zu behindern oder zu diskriminieren – und zwar unabhängig davon, ob es auch auf dem nachgelagerten Markt tätig ist.

Problematisch ist eine Anwendung von § 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 GWB allerdings in solchen Fällen, in denen Immaterialgüterrechte die wesentliche Einrichtung darstellen, da der Gesetzgeber ausweislich der Begründung zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB Immaterialgüterrechte gerade aus dem Anwendungsbereich der letztgenannten Vorschrift heraushalten wollte (s.o.). Ein Rückgriff auf § 19 Abs. 1 und § 20 Abs. 1 GWB könnte daher den Willen des Gesetzgebers unterlaufen. In der Literatur wird ein Rückgriff auf § 19 Abs. 1 GWB in Bezug auf Immaterialgüterrechte überwiegend für möglich gehalten.⁶⁵ Gegen diese Ansicht bestehen jedoch gesetzssystematische Bedenken, da es geboten scheint, nicht auf die allgemeine Ausformung des Missbrauchsverbots aus § 19 Abs. 1 GWB zurückzugreifen, wenn die spezielle Ausformung aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ihrer Zielrichtung nach eingreift, ihre Voraussetzungen aber nicht vorliegen.⁶⁶ Der Zugriff auf unternehmensinterne Ressourcen sollte vielmehr nur unter den engen Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ermöglicht werden.⁶⁷ Ein Ausweichen auf § 19 Abs. 1 GWB würde den Willen des Gesetzgebers unterwandern.

Hingegen bestehen gegen eine Anwendung von § 20 Abs. 1 GWB auf *essential facility* Konstellationen mit Immaterialgüterrechten keine Bedenken. Nach dieser Vorschrift verbietet sich eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung von Unternehmen – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsverkehr dem Unternehmen „üblicherweise zugänglich“ ist. Sofern im konkreten Fall bislang keine Lizenzen für die Benutzung von Immaterialgüterrechten vergeben wurden, ist der Geschäftsverkehr nicht eröffnet, so dass auch aus § 20 Abs. 1 GWB keine Lizenzpflicht erwachsen kann.

⁶⁵ Götting, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2: GWB, § 19 Rn. 90; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 19 Rn. 217-220; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., § 18, 14 b); Kaestner, S. 35.

⁶⁶ So i.E. auch Beckmerhagen, S. 378 f.

⁶⁷ Beckmerhagen, S. 378.

2.2 Bewertung der Rechtslage, Änderungsbedarf (*de lege ferenda*)

Der Begriff der Infrastruktureinrichtung muss nach jetzigem Wortlaut als Grobfilter eingesetzt werden, um bestimmte Objekte als Zugangsobjekte i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auszuschließen. Vom Gesetzgeber beabsichtigt ist der Ausschluss von Immaterialgüter-Schutzrechten aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift. Auch Dienste können schwerlich als Infrastruktureinrichtungen bezeichnet werden, so dass in allen Fallgestaltungen - unabhängig von der konkreten vom Anspruchsgegner gewünschten Handlung - eine Infrastruktureinrichtung ermittelt werden muss, an die sich die gewünschte Handlung als Zugangsgewährung anknüpfen kann. Daher kommen im Hinblick auf *essential facilities* zwei mögliche Gesetzesänderungen in Betracht:

- Leistungen und Informationen könnten *neben* Infrastruktureinrichtungen als Zugangsobjekte im Tatbestand des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB aufgeführt werden
- In Abweichung zur ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers könnte auch die Pflicht zur Erteilung einer Lizenz zur Nutzung eines Immaterialgüter-Schutzrechts als Rechtsfolge von kartellrechtlichen Vorschriften in Frage kommen

2.2.1 Aufnahme von Leistungen und Informationen in den Tatbestand § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Der Zwang zur Bezeichnung einer Infrastruktureinrichtung im Einzelfall läuft dem Zweck des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, gerade auch die *bottleneck*-Situationen der Informationsgesellschaft zu regulieren, zuwider. Der Begriff der Infrastruktureinrichtung entstammt den Ursprüngen der *essential facilities doctrine*, in denen die fraglichen Einrichtungen wie Seehäfen, Telekommunikations- und Energieleitungen rechtlich leicht als Zugangsobjekt fassbar waren. Die Vorschrift § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB war insofern von vornherein veraltet; Auslegungsschwierigkeiten waren vorprogrammiert. Zwar besitzt der Begriff der Infrastruktureinrichtung in einer sehr weiten Auslegung die nötige Flexibilität, die *bottlenecks* der Informationsgesellschaft (vor allem Informationen, Web-Dienste und Web-Plattformen) zu erfassen, jedoch bergen derart ausschweifende Subsumtionen (Informationen als „Infrastruktureinrichtungen“) die Gefahr von Anwendungsfehlern.

Mit Blick auf die Vielgestaltigkeit der *bottlenecks* der Informationsgesellschaft könnte der Begriff der Infrastruktureinrichtung in einem Zusatz erläutert werden:

§ 19 Abs. 4 Nr. 4 S. 2 (neu einfügen):

„Als Infrastruktureinrichtungen im Sinne von Satz 1 kommen auch Informationen oder virtuelle Einrichtungen wie Internetplattformen in Betracht.“

Oder:

„Als Infrastruktureinrichtungen im Sinne von Satz 1 kommen auch Informationen oder virtuelle Einrichtungen sowie Internetplattformen, die aufgrund ihrer Marktstellung und Bekanntheit funktional nicht mit zumutbarem Aufwand duplizierbar sind, in Betracht.“

Diese Klarstellung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB würde im Hinblick auf den praktischen Anwendungsbereich der Regelung kaum ins Gewicht fallen, da die wettbewerbspolitische Weichenstellung für das Eingreifen der Regelung im Zugangsgrund angebracht wurde, also an der Frage, ob „dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden“.

2.2.2 Pflicht zur Erteilung von Lizenzen zur Nutzung von Immaterialgüter-Schutzrechten

Wie oben gezeigt wurde, sprechen systematische Gründe und der Wille des Gesetzgebers dagegen, aus § 19 Abs. 4 Nr. 4 oder § 19 Abs. 1 GWB in der jetzigen Fassung eine Pflicht zur Erteilung einer Lizenz zur Nutzung von Immaterialgüterrechten herzuleiten. Eine solche Pflicht kommt vielmehr nur aus § 20 Abs. 1 GWB in Betracht, wenn bereits anderen Unternehmen eine Lizenz erteilt wurde. Nach jetziger Rechtslage lassen sich aus dem deutschen Kartellrecht demnach keine Pflichten zur originären, d.h. erstmaligen Erteilung von Lizenzen zur Nutzung von Immaterialgüterrechten herleiten.

Es bleibt zu überlegen, ob eine solche Möglichkeit in Zukunft geschaffen werden sollte. Sofern, wie oben vorgeschlagen, Informationen ausdrücklich als Zugangsobjekte in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB aufgenommen werden, bedürfte es einer Klarstellung durch den Gesetzgeber, wenn Immaterialgüterrechte weiterhin aus dem Anwendungsbereich von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ausgeschlossen sein sollen. Diese könnte lauten:

§ 19 Abs. 4 S. 3 (neu einfügen):

„Ausschließlichkeitsrechte an Informationen bleiben unberührt.“

3 Zugang zu IP-Rechten

Zu den wichtigsten Gütern der Internetökonomie zählen geistige und gewerbliche Schutzrechte (*intellectual property rights*, IP-Rechte). Die technischen Netzeinrichtungen und Infrastrukturen sind durch Patentrechte, Software und Schnittstelleninformationen durch Urheber- und im Einzelfall ebenfalls durch Patentrecht geschützt. Im Internet verwendete und teilweise gewerblich angebotene Inhalte (Texte, Bilder, Musik, Filme, Datenbanken) unterliegen urheberrechtlichem Schutz. Damit wird für die Internetökonomie die Frage nach dem Schutz von IP-Rechten und dem Zugang zu diesen relevant. Der an Schutzgütern Berechtigte kann nur dann sein umfassendes Schutzrecht wirtschaftlich verwerten, wenn nicht jeder den Zugang zu den Informationen des Schutzgutes erhält und es damit nutzen kann.

Für die Entwicklung von Innovationen ist ein Immaterialgüterrechtssystem von großer Bedeutung. Die Verleihung exklusiver Nutzungsrechte ermöglicht die Realisierung von Monopolgewinnen und Lizenzeinnahmen und stellt somit einen Anreiz zu weiterer innovativer Tätigkeit dar. Ohne Schutzrechte bestünde keine ausreichende Motivation zur Hervorbringung von Innovationen, da Dritte ohne eigene Aufwendungen fremde Ergebnisse sofort übernehmen könnten. Zudem werden Konkurrenten auf diese Weise gezwungen, Substitute für das geschützte Gut zu entwickeln, die ihrerseits den Stand der Technik bereichern. Demnach bilden Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht keinen Gegensatz, sondern ein sich ergänzendes System: Beide haben als grundlegende Zielsetzung die Förderung von Innovationen und Verbraucherschutz gemein. Allerdings sind die zur Zielerreichung eingesetzten Mittel gegensätzlich. Während das Wettbewerbsrecht auf Konkurrenzkampf und die Verhinderung von Monopolen ausgerichtet ist, ist Wesensmerkmal der Immaterialgüterrechte die Gewährung eines Vorsprungs. Während der Immaterialgüterschutz Rechte an bestimmten Informationen schützt und dadurch zu einem knappen Gut macht, gestaltet das Kartellrecht den Rahmen, der dem Austausch von Gütern zugrunde liegt. Folglich muss der Einsatz dieser beiden Instrumente aufeinander abgestimmt werden.

3.1 Problemstellung

Für die Internetökonomie ist vor allem das Erfordernis der Weitergabe von (Schnittstellen-) Informationen problematisch, welche erst den Zugang in das Netz und zu netzbasierten Infrastrukturen ermöglichen. Für ein Netzwerk sind einheitliche Standards, die erst die Koordination und Kompatibilität von Kommunikations- und Systemprodukten ermöglichen, zwingende Voraussetzung.⁶⁸ Im Rahmen von Computernetzwerken kommunizieren die einzelnen PCs mittels ihrer Betriebssysteme mit dem Netzwerkserver und die einzelnen Netzwerkserver untereinander. Ist die genaue Spezifikation der Betriebssystem-Schnittstellen zwischen den Netzwerkservern und PCs nicht bekannt, kann ein reibungsloser Datenaustausch zwischen den Komponenten des Computernetzwerkes und damit auch die volle Funktionsfähigkeit der einzelnen serverseitigen Dienste nicht gewährleistet werden. Erforderlich für die erfolgreiche Teilnahme an der technologisch geprägten Internetökonomie kann aber auch die Nutzung fremder IP-Rechte wie Schlüsselpatente sein.

Dadurch bedingt, wächst die Abhängigkeit der Unternehmen auf demselben oder auf vor- oder nachgelagerten Märkten untereinander. Insbesondere für den Zugang zu bestimmten Netzwerken oder zur Entwicklung kompatibler Produkte sind die Unternehmen auf Informationen und die Erteilung von Lizenzen angewiesen. Dies versetzt diejenigen Unternehmen, die über immaterialgüterrechtlich geschützte Informationen und Patente verfügen, in die Lage, durch Lizenzverweigerungen oder Selektion bei der Lizenzvergabe Einfluss auf die Produktentwicklung bei anderen Unternehmen und auf die Anbieterstruktur des Marktes zu nehmen und sich so eine marktmächtige Position zu verschaffen. Informationen können sich so zu einem strategischen Instrument im Wettbewerb entwickeln, z. B. zur Marktabschottung oder Ausbeutung von Nachfragern. Um zu verhindern, dass sich aus der Geheimhaltung von für Vernetzungen erforderlichen Informationen auch ein Missbrauchsinstrument entwickelt, gilt es, einen gerechten Interessenausgleich zu schaffen. Einerseits haben die Unternehmen ein Interesse am Schutz ihrer Informationen zu Produkten, Leistungen und ihrem Unternehmen. Andererseits sind die Verbraucherinteressen und Interessen der Wettbewerber zu berücksichtigen. Dem Verbraucher ist daran gelegen, dass auch möglichst viele andere Produkte mit standardisierten Produkten kompatibel sind. Die Wettbewerber benötigen den Zugang zu Netzen oder die Herstellung kompatibler Produkte, wofür die erforderlichen Informationen offen gelegt werden müssen. Ohne Zugang zu den relevanten Informationen ist ihnen ein Tätigwerden auf vor- oder nachgelagerten Märkten

⁶⁸ Zerdick, S. 158.

nicht möglich. Zur Abwägung dieser unterschiedlichen Interessenlagen und der notwendigen Grenzziehung ist aus kartellrechtlicher Sicht sowohl der Informationsaustausch als auch dessen Nutzen für die Verbraucher und das betreffende Unternehmen zu bewerten.

Dem Schöpfer bzw. dem Rechteinhaber werden Ausschließlichkeitsrechte an dem Immaterialrechtsgut zugewiesen, damit ein Anreiz zu Innovationen besteht; aus der monopolartigen Stellung des Rechtsinhabers können sich aber Nachteile für den Wettbewerb und die Verbraucher ergeben. Daher ist sorgfältig abzuwägen, welche Ausschließlichkeitsrechte dem Schöpfer bzw. dem Rechtsinhaber eingeräumt werden sollten und inwieweit Dritte einen Zugang zu den Rechten verlangen dürfen.

3.2 Übersicht über die deutschen Vorschriften und einen Regelungsbedarf

Im deutschen Recht finden sich, verstreut über verschiedene Rechtsgebiete, Regelungen, die den Inhaber von Immaterialgüterrechten in seiner Freiheit beschränken, sein Recht zu nutzen oder gegen die Nutzung durch andere abzusichern:

- § 226, 242, 826 BGB
- §§ 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG
- §§ 21, 49 MarkenG
- §§ 24 Abs. 1 PatG
- § 20 GebrauchsmusterG i.V.m. § 24 PatG
- § 12 SortenschutzG
- §§ 19 Abs. 4 Nr. 4, 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 GWB

Aus § 242 BGB⁶⁹ ergibt sich der allgemeine Grundsatz, dass jede Person in der Ausübung ihrer Rechte, als auch bei Erfüllung ihrer Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat,⁷⁰ woraus sich unter anderem ein Verbot der unzulässigen Rechtsausübung ergibt, welches rechtsgebietsübergreifende Geltung hat.⁷¹ § 242 BGB kann somit in vielen denkbaren Fallgestaltungen Einfluss auf die Art und Weise haben, in der jemand ein

⁶⁹ Wortlaut von § 242 BGB: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“

⁷⁰ BGHZ 85, 48.

⁷¹ Vgl. *Kaestner*, S. 28 f.

Immaterialgüterrecht ausübt.⁷² § 226 BGB⁷³ stellt mit dem sog. Schikaneverbot einen weiteren allgemeinen rechtsethischen Grundsatz auf, der seiner Natur nach zwar ebenfalls die Ausübung von Immaterialgüterrechten beschränken kann, in der Praxis aber weit hinter der Bedeutung von § 242 BGB zurückbleibt.⁷⁴ § 826 BGB verpflichtet im Falle einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung zum Schadensersatz; auch diese Vorschrift kann unter Umständen für Praktiken der Lizenzvergabe von Bedeutung sein.

Das deutsche Urheber- und Markenrecht hält nur indirekte Regelungen des Immaterialgüterrechtsmissbrauchs bereit. Das Urheberrecht enthält mit § 34 Abs. 1 Satz 2 UrhG eine praktisch wenig relevante Regelung, nach welcher der Urheber die Weiterübertragung von Nutzungsrechten nicht wider Treu und Glauben verweigern darf.⁷⁵ Im Markenrecht besteht mit § 21 MarkenG eine Regelung zur Verwirkung von Ansprüchen aus Markenrechtverletzung sowie mit § 49 MarkenG eine Regelung zum Verfall einer Marke. Das Patentrecht dagegen enthält mit § 24 Abs. 1 PatG eine ausdrückliche Regelung zum Immaterialgüterrechtsmissbrauch. Danach kann das Patentgericht unter bestimmten Voraussetzungen die nicht ausschließliche Befugnis zur gewerblichen Benutzung einer Erfindung erteilen (Zwangslizenz). Im Gebrauchsmusterrecht ist § 24 PatG gem. § 20 GebrMG entsprechend anwendbar. Vergleichbare Regelungen finden sich in §§ 12, 12a SortenschutzG⁷⁶, nach denen Zwangslizenzen zur Nutzung von bestimmten Pflanzensorten (§ 12) oder biotechnologischen Erfindungen (§ 12a) erteilt werden können.

Die größte Bedeutung bei der Verhinderung von Immaterialgüterrechtsmissbrauch kommt im deutschen Recht §§ 19 Abs. 4 Nr. 4, 19 Abs.1, 20 Abs. 1 GWB zu. Die entscheidende Frage ist, ob von dieser Regelung auch Immaterialgüterrechte als *essential facilities* (wesentliche Einrichtungen) erfasst sein sollten und ob diesbezüglich eine Gesetzesänderung erforderlich und sinnvoll ist (dazu ausführlich oben unter *essential facility doctrine*). Wie mehrfach erwähnt, soll § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht zu einem Zwang zur Erteilung einer Lizenz zur Nutzung gewerblicher Schutzrechte führen.⁷⁷ Es verbietet sich somit die Einordnung von

⁷² Dazu *Kaestner*, S. 29 f.

⁷³ Wortlaut von § 226 BGB: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“

⁷⁴ Zur geringen Bedeutung von § 226 BGB s. *Grothe*, in: *MüKo*, § 226, Rn. 1.

⁷⁵ Dazu *Kaestner*, S. 23 f.

⁷⁶ Mit „Sorten“ sind Pflanzensorten gemeint; das Sortenschutzgesetz schützt demnach besondere Pflanzensorten.

⁷⁷ BT-Drs. 13/9720, S. 37, 79 f.

Informationen oder den anhängigen Schutzrechten als Infrastruktureinrichtungen i.S.v. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, sobald die relevanten Informationen Immaterialgüter-Rechtsschutz genießen (s.o.). So kann ein Urheber nicht gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB zur Erteilung einer Nutzungslizenz gezwungen werden. Jedoch muss in solchen Fällen über eine Anwendung der Generalklauseln § 19 Abs. 1 oder § 20 Abs. 1 GWB nachgedacht werden⁷⁸

Eine einseitige Lösung im Konflikt zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbschutz wäre es, die Weitergabe der Schnittstelleninformationen und Lizenzen in das Belieben des berechtigten Unternehmens zu stellen. Dadurch würde jedoch die Abhängigkeit der Unternehmen auf demselben oder dem nachgelagerten Markt untereinander wachsen. Die Unternehmen wären in die Lage versetzt, durch Lizenzverweigerungen oder Selektionen bei der Lizenzvergabe Einfluss auf die Marktstärke anderer Unternehmen zu nehmen. Dies wiederum kann nicht Sinn und Zweck des Immaterialgüterschutzes sein. Erlegt man den Unternehmen jedoch auf, ihre IP-Rechte komplett geheim zuhalten, um eine ungerechte Verteilung zu vermeiden, führt dies entweder zur Verstärkung der Marktmacht des betroffenen Unternehmens oder zum Stillstand des Wettbewerbs. Dies wiederum liegt nicht im Interesse des Wettbewerbsrechts.

Zum anderen besteht die Möglichkeit, die Unternehmen zu zwingen, ihre Schnittstelleninformationen und sonstigen IP-Rechten anderen Unternehmen zu offenbaren, um ihnen das Bestehen auf dem betroffenen Markt und ihre Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Dies wiederum hat wieder den Nachteil, dass den Unternehmen kaum noch Anreize zur Schaffung von Innovationen gemacht werden. Wenn die Unternehmen ihre IP-Rechte ohne Ausnahme auch ihren Wettbewerbern offenbaren müssen, rentieren sich für dieses Unternehmen keine Investitionen in die Forschung und in Innovationen. Das könnte wiederum zum Stillstand der Entwicklung und somit auch zur Ausschaltung von Wettbewerb führen. Folglich spricht sprechen gegen diese Möglichkeit sowohl die Prinzipien des Immaterialgüterschutzes als auch des Wettbewerbsrechts.

Der Grundsatz kann deshalb nur lauten, dass die Unternehmen über die Weitergabe von Informationen und die Erteilung von Lizenzen, die sich in ihrer Verfügungsgewalt befinden, frei bestimmen. Trotzdem könnten und sollten in Einzelfällen Ungerechtigkeiten durch die Anwendung des Kartellrechts vermieden werden. Über die Anwendung von § 19 Abs. 1 und

⁷⁸ *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, § 19 Rn. 90.

§ 20 GWB käme man in solchen Fällen zu einer Pflicht zur Weitergabe der Informationen. Die Vorschriften können nur dann zur Anwendung kommen, wenn eine vereinzelt Weitergabe von IP-Rechten zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder zu einer Diskriminierung führt. Diese zusätzlichen Eingreiffkriterien verhindern, dass eine grundsätzliche Pflicht zur Lizenzerteilung an nützlichen Informationen entsteht und wahren insofern den Innovationswettbewerb. Der Schutz über § 20 GWB, also die Pflicht zur Lizenzerteilung im Einzelfall, tritt bereits nach dem aktuellen Wortlaut ein, ohne dass es einer Änderung oder Klarstellung bedarf. An der Anwendbarkeit der Generalklausel aus § 19 Abs. 1 GWB bestehen jedoch in solchen Fällen, in denen Zugang zu Infrastruktureinrichtungen verlangt wird, bedenken, da insoweit mit § 19 Abs. 4 Satz 4 GWB ein speziellerer Tatbestand existiert, der einen Rückgriff auf § 19 Abs. 1 GWB ausschließt.⁷⁹ Über eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB auf Immaterialgüterrechte ist, wie oben dargestellt, nachzudenken; sie erscheint jedoch angesichts der hier geschilderten Möglichkeiten der Missbrauchsverhinderung durch § 20 Abs. 1 GWB verzichtbar.

Regelungsbedarf in Bezug auf die anderen genannten Vorschriften ist nicht ersichtlich.

4 Standardisierung

Des Weiteren zu untersuchen ist der gesetzliche Änderungsbedarf für den Bereich der Standardisierung. Die Monopolkommission definiert Standards als

„... Regeln über die Beschaffenheit von Dingen und Prozeduren. Gegenstand von Festlegungen sind messbare funktionale, quantitative und qualitative Eigenschaften.“⁸⁰

Standardisierung ist demnach die Festlegung technischer oder qualitätsmäßiger Anforderungen an bestehende oder zukünftige Erzeugnisse, Herstellungsverfahren oder Methoden.⁸¹

4.1 Untersuchungsgegenstand

Es sind zwei Formen von Standardisierung zu unterscheiden: Zum einen kann die Standardisierung in Form von Gesetzen, Verordnungen, Empfehlungen oder anderen

⁷⁹ S. oben Punkt 2.1.5.

⁸⁰ Monopolkommission. 9. Hauptgutachten, BR-Drucks. 490/92, Rn. 815 (S. 333).

⁸¹ Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2001 Nr. C 3/02 (Horizontalleitlinien).

Rechtsakten hoheitlich durchgesetzt werden. Hierbei handelt es sich um eine Standardisierung *de jure*. Zum anderen kann die Standardisierung durch eine freiwillige bzw. nicht rechtlich, sondern faktisch erzwungene Übernahme der Standards eines Unternehmens durch andere erfolgen (sog. *de facto* Standardisierung). Bei der Standardisierung durch ein Unternehmen, das bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, kann von Freiwilligkeit eines neu hinzutretenden Unternehmens in der Regel keine Rede sein, da die Übernahme des Standards unter Umständen erst die Möglichkeit zum Marktzutritt eröffnet. Entscheidend ist daher letztlich die tatsächliche Akzeptanz des Standards durch andere Unternehmen, sei diese auch bloß einem faktischen ökonomischen Zwang geschuldet.⁸² Aus diesem Grund wird bei den zu untersuchenden proprietären Standards ausschließlich auf die letztgenannten *de facto*-Standards abgestellt. Gerade diese Form der Standardisierung begründet in ihrem gehäuftem Auftreten eine Eigenart der Internetökonomie. Zwar ist festzuhalten, dass auch die staatlich gesetzten *de jure*-Standards zu rechtlichen Problemen führen können, doch sind diese nicht spezifisch für die Internetökonomie und bleiben daher im Folgenden unberücksichtigt.

Im Rahmen der Internetökonomie kommen als Formen der Standardisierung proprietäre und offene Standards in Betracht. Ein Standard wird als proprietär bezeichnet, wenn er den anderen Marktteilnehmern nicht offen steht, wenn also der Hersteller der alleinige Verfügungsberechtigte an dem Standard ist.⁸³ Das Gegenstück dazu bilden die offenen Standards, die ohne die Einflussnahme durch den Hersteller genutzt werden können. Nach der Europäischen Kommission sind offene Standards solche,

- die von einer gemeinnützigen Einrichtung angenommen und aktualisiert werden und deren laufende Weiterentwicklung auf der Grundlage offener Entscheidungsfindungsverfahren erfolgt, die allen Interessierten offen stehen
- die veröffentlicht wurden und deren die Standardspezifikationen entweder kostenlos oder gegen ein nominelles Entgelt erhältlich sind und
- bei denen das geistige Eigentum am Standard oder Teile davon unwiderruflich unentgeltlich zugänglich gemacht wird.⁸⁴

⁸² Wey, S. 29.

⁸³ Thum, S. 12; Wey, S. 29.

⁸⁴ Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments zu „Kenntnisse in die Praxis umsetzen: Eine breit angelegte Innovationsstrategie für die EU“, Tz. 51, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0159&language=DE&mode=XML>.

Für den Hersteller ist es aufgrund der in der Internetökonomie wirkenden Netzwerkeffekte äußerst erstrebenswert, eine breite Nutzerbasis zu schaffen, um den jeweiligen Markt zum Umkippen zu bringen. Aus diesem Grunde wirken offene Standards aus Sicht des Herstellers kontraproduktiv, da sie die Gefahr eines Kippens verringern. Zwar werden Unternehmen regelmäßig ein Interesse an einem möglichst geringen Wettbewerb haben, was durch die Verwendung offener Standards kurzfristig erreicht werden kann, da kein Wettbewerb um den zukünftigen beherrschenden Standard ausgefochten werden muss. Doch ohne die Dominanz eines Unternehmens auf dem Markt wird der Wettbewerb mit neu hinzutretenden Konkurrenten später verstärkt einsetzen. Hat sich ein proprietärer Standard einmal durchgesetzt, kann er als Quelle von Monopolmacht angesehen werden. Hersteller von Komplementärprodukten werden in der Folge hauptsächlich Produkte für diesen Standard entwickeln, um selbst an den Netzeffekten zu partizipieren. Dies wirkt wiederum auf den Standard zurück und festigt seine Monopolstellung. Durch Netzwerkeffekte ist folglich ein Monopol von besonderer Dauerhaftigkeit möglich.⁸⁵ Proprietäre Standards erschweren demnach Konkurrenten den Zutritt zum Wettbewerb.

Diese Monopolstellung kann der Hersteller nur dann verlieren, wenn seine Technologie durch eine neue ersetzt wird, deren Nutzen die Wechselkosten aufwiegt. Vorausgesetzt die Benutzung seiner Technologie steht anderen Unternehmen offen, kann dieser Umstand ein Ansporn sein, um Innovationen zu entwickeln und hierdurch selbst Standardsetzer zu werden. Bei einem offenen Standard findet der Wettbewerb nicht um, sondern auf dem Markt statt.⁸⁶ Der Marktzugang wird für alle potenziellen Wettbewerber kostengünstig. Dies erhöht die Anzahl der Wettbewerber und intensiviert den Wettbewerb auf dem Primärmarkt.⁸⁷ Durch proprietäre Standards erlischt zwar der Wettbewerb auf dem Primärmarkt, aber dessen Wachstum vergrößert auch die vor- und nachgelagerten Märkte. Dies führt dort zu einer Intensivierung des Leistungswettbewerbs. Aufgrund dieser verschiedenen wettbewerbsrechtlichen Aspekte im Bereich der proprietären Standards konzentriert sich die folgende Untersuchung auf dieselben.

⁸⁵ Zimmerlich, WRP 2004, 1260, 1261.

⁸⁶ Wolf, S. 94.

⁸⁷ Thum, a.a.O. S. 23.

4.2 Zielvorgaben im deutschen und europäischen Recht

Ausdrücklich ist die Standardisierung weder im deutschen noch im europäischen Recht geregelt. Die mit der Standardisierung auftretenden Probleme werden vielmehr anhand der allgemeinen kartellrechtlichen Regeln beurteilt. Sobald sich ein proprietärer Standard durchgesetzt hat, bildet dieser aufgrund der Selbstverstärkungseffekte und der Pfadabhängigkeit eine Quelle von Monopolmacht. Auf dem Primärmarkt sind neue Wettbewerber in der ungünstigen Situation, dass sie über keine Nutzerbasis verfügen, weshalb zu ihren Gunsten keine Netzeffekte wirken. Wenn sie nicht auf die Nutzerbasis des Standardsetzers zugreifen können, erschwert der vorhandene Standard ihnen den Zutritt zum Markt. Daher sind sie auf Kompatibilität zum Standard angewiesen. Wird diese verweigert, werden künstlich Marktzutrittschranken auf dem Primärmarkt aufgebaut.⁸⁸

Der Inhaber des Standards kann seine Position auf dem Primärmarkt als Hebel benutzen, um auf nachgelagerte Märkte vorzudringen.⁸⁹ Indem ein komplementäres Produkt an das Standardprodukt gekoppelt wird, wird dessen große Verbreitung zum Vertrieb ausgenutzt. Konkurrierenden Produkten wird so die Nachfrage entzogen.⁹⁰ Zudem kann die Kompatibilität der Konkurrenzprodukte verhindert oder beeinträchtigt werden, so dass nur die eigenen komplementären Produkte mit dem Standard optimal zusammenarbeiten.⁹¹

Marktzutrittsschranken, Marktmachtverlagerung und Lock-In-Effekte behindern den Innovationswettbewerb, wenn potenzielle Wettbewerber den Markteintritt als aussichtslos betrachten.⁹² Innovationen sind jedoch von enormer Bedeutung für den Wettbewerb. Nur durch innovative Produkte, deren Nutzen die anfallenden Wechselkosten aufwiegt, kann der Standard abgelöst werden.⁹³ Unter Innovationen versteht das Europäische Parlament „neuartige Lösungsmöglichkeiten für Probleme, die bei der Herstellung oder Verwendung von Produkten bzw. der Erbringung von Dienstleistungen auftreten“.⁹⁴ Innovationen stellen

⁸⁸ *Pilny*, GRUR Int. 1990, 431, 435.

⁸⁹ *Rubinfeld*, GRUR Int. 1999, 479, 485.

⁹⁰ *Beth*, S. 250; *Zimmerlich/Aufderheide*, Arbeitsbericht Nr. 4, S. 11.

⁹¹ *Zimmerlich/Aufderheide*, Arbeitsbericht Nr. 4, S. 11.

⁹² *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260, 1267.

⁹³ *Wolf*, S. 69.

⁹⁴ Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments zu „Kenntnisse in die Praxis umsetzen: Eine breit angelegte Innovationsstrategie für die EU“, Begründung Tz. 2, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0159&language=DE&mode=XML>.

einen Prozess dar, der auf die Einführung neuer und innovativer oder auch die Weiterentwicklung bestehender Lösungen abzielt, indem diese an neue Tätigkeitsbereiche angepasst werden.⁹⁵ Um dies umsetzen zu können, sind umfassende Kenntnisse innovationsfördernder Faktoren notwendig. Die Anwendung von Innovationen führt in der Regel zu preiswerteren, funktionaleren und umweltverträglicheren Erzeugnissen und Verarbeitungstechnologien sowie zu besser organisierten, qualitativ hochwertigeren und preisgünstigeren Dienstleistungen. Dies kann sich unterschiedlich auswirken, da Bedingungen geschaffen werden, die die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs von Innovationen erhöht.

Die Frage ist, ob diese wettbewerbsrelevanten Risiken mit der geltenden Rechtslage hinreichend berücksichtigt werden können. Nicht jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs muss zwingend einen Eingriff des Staates nach sich ziehen. Mithin kann aus den durch einen proprietären Standard eintretenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht ohne weiteres auf die Notwendigkeit oder Zulässigkeit eines Wettbewerbsschutzes geschlossen werden. Die Frage nach dem Sinn und den Voraussetzungen staatlicher Intervention in den Prozess des Wettbewerbs gehört zu den Grundfragen des Kartellrechts. Eine Antwort kann aufgrund der Vielschichtigkeit moderner Wettbewerbsprozesse nur aus einer Parallelwertung politischer, juristischer und ökonomischer Aspekte gewonnen werden.

Wesentliches Anliegen der Europäischen Gemeinschaft ist es, Handelsbeschränkungen für europäische Produkte durch neue Standardisierungs- und Konformitätsanerkennungsmaßnahmen in Drittmärkten zu verhindern bzw. abzubauen und auch in Drittmärkten die Einführung international oder auf europäischer Ebene anerkannter technischer Vorschriften und Normen durchzusetzen, um so die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Produkte zu steigern.⁹⁶ Auch die Europäische Kommission spricht sich vermehrt gegen eine Ausweitung proprietärer Standards und damit für offene Standards aus. Sie fordert, dass offene Standards von einer gemeinnützigen Einrichtung angenommen und in einem offenen Entscheidungsfindungsverfahren aktualisiert werden müssten.⁹⁷ Entsprechende Spezifikationen seien entweder kostenlos oder gegen ein nominelles Entgelt zur Verfügung zu

⁹⁵ Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments zu „Kenntnisse in die Praxis umsetzen: Eine breit angelegte Innovationsstrategie für die EU“, Begründung Tz. 3, abrufbar unter: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0159&language=DE&mode=XML>.

⁹⁶ *Grabitz/Hilf*, E.29, S.12.

⁹⁷ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/90177>

stellen und das geistige Eigentum etwa in Form bestehender gewerblicher Schutzrechte am Standard oder Teilen davon "unwiderruflich unentgeltlich zugänglich" zu machen.

4.3 Regelungsbedarf

Wie das Ergebnis des Rechtsvergleichs zeigt, fehlt es im deutschen und europäischen Recht an ausreichenden Regelungen zur Standardisierung.⁹⁸

Bei der Beurteilung eines Regelungsbedarfs für Standardisierung sind zwei Arten von Standardisierungsmaßnahmen zu unterscheiden:

- Multilaterale Standardsetzung
- Unilaterale Standardsetzung

4.3.1 Unilaterale Standardsetzung

Bei der unilateralen Standardsetzung erfolgt die Festlegung eines Standards durch ein Unternehmen. Diesbezügliche Beispiele geben die Entscheidungen IBM und Microsoft.

Der IBM-Rechner System/370 war kein Gesamtsystem, sondern beruhte als erster Rechner auf austauschbaren, steckerkompatiblen Modulen.⁹⁹ Für die Herstellung kompatibler Peripheriegeräte waren die Hersteller auf Schnittstelleninformationen über den IBM-Rechner als Standardrechner angewiesen. Durch eine Verweigerung oder Verzögerung der Herausgabe dieser Schnittstelleninformationen konnte IBM seine marktbeherrschende Stellung auch für die kompatiblen Produkte auf dem vor- oder nachgelagerten Markt herstellen.

Eine ähnliche Situation stellt sich bei der Beurteilung des Microsoft-Betriebssystems durch die Europäische Kommission.¹⁰⁰ Im Fall Microsoft geht es um die Kopplung der Medien-Abspielsoftware Windows Media Player an das PC-Betriebssystem Windows. Hier kann es zu einer Verlagerung der Marktmacht auf den Markt für Medien-Abspiel-Software kommen, indem sich der Windows Media Player durch seine Verbindung mit dem Windows-Betriebssystem als Standard durchsetzt. Das Wettbewerbsverfahren gegen Microsoft läuft schon seit einigen Jahren. Die Kommission hatte im März 2004 ein Rekordbußgeld von 497 Millionen Euro gegen Microsoft verhängt und das Unternehmen zur Öffnung von Windows für mehr Wettbewerb bei Medien-Playern und Servern verurteilt – dazu gehörte, dass

⁹⁸ Müller/Meyer, Arbeitsbericht Nr. 45, S. 61 ff.

⁹⁹ Vgl. EG-Bulletin Nr. 10 1984, S.105 ff.

¹⁰⁰ Kommission vom 24.3.2004 – COMP 37.792 – Microsoft.

Microsoft eine Windows-Version ohne Media Player anbieten musste und die Schnittstelleninformationen zur Kommunikation mit Microsoft-Servern offenlegen sollte. Das Gericht erster Instanz bestätigte nun grundsätzlich die Entscheidung der Kommission.¹⁰¹ Es entschied, dass die Kommission die Situation im Servermarkt korrekt beschrieben und die richtigen Konsequenzen gezogen habe. Auch wies das Gericht den Einwand Microsofts zurück, durch die Auflagen zur Interoperabilitätsgewährleistung bei Servern sei Technik betroffen, die durch Immaterialgüterrechte des Konzerns geschützt sei. Dies würde die Möglichkeiten, Interoperabilität zu gewährleisten und wettbewerbswidriges Verhalten zu verhindern, ausschalten. Auch habe Microsoft nicht ausreichend begründen können, warum die Offenlegung der Schnittstelleninformationen negative Effekte auf den Anreiz für Microsoft haben solle, innovative Techniken zu entwickeln. Ähnlich hielt der Gerichtshof auch die Entscheidung aufrecht, dass Microsoft Windows auch ohne Media Player anbieten müsse.

Es stellt sich die Frage, ob für derartige unilaterale Standardisierungen ein Regelungsbedarf besteht und, wenn ja, wie ein solcher aussehen sollte. Im Kern geht es bei der Beurteilung einer unilateralen Standardsetzung um die Auslegung von § 19 GWB bzw. Art. 82 EG. Dennoch kann eine diesbezügliche explizite Regelung von Vorteil sein, um auftretenden Problemen vorzubeugen. Das Problem, welches sich bei der Beurteilung von unilateralen Standardisierungen in der Regel stellt, ist die Kollision von Immaterialgüterrechten des Herstellers mit dem Wettbewerbsrecht. Um Wettbewerbern eine Möglichkeit zu schaffen, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt einzutreten, ist die Offenlegung der Schnittstelleninformationen erforderlich. Nur anhand dieser Informationen können Wettbewerber kompatible Peripheriegeräte herstellen.

Die Zurückhaltung von Schnittstelleninformationen kann im deutschen Recht unter § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB gefasst werden. Hiernach liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten andere Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlichen Grund beeinträchtigt. Dem marktbeherrschenden Unternehmen muss es allerdings möglich bleiben, sich auf dem Markt mit leistungsgerechten Mitteln zu betätigen.¹⁰² Die Vorteile einer

¹⁰¹ EuG vom 17.9.2007 – T-201/04 – Microsoft.

¹⁰² BGH, WuW/E BGH 2195, 2199.

unilateralen Standardisierung können jedoch die wettbewerbsbeschränkenden Eigenschaften wie die Produktkopplung und die Zurückhaltung von Schnittstelleninformationen nicht überwiegen. Aufgrund dessen kommt eine Zulässigkeit von unilateralen Standardisierungsmaßnahmen nur in Betracht, wenn damit keine Produktkopplung einhergeht und wenn die Schnittstelleninformationen für (potenzielle) Wettbewerber offen gelegt werden.

§ 19 Abs. 5 (neu einfügen):

Die Festlegung von Normen oder Standards durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist ein Missbrauch im Sinne von Abs. 4 Nr. 1, es sei denn, die der Norm oder dem Standard zugrunde liegenden Informationen werden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht und die Normen bzw. Standards keine Produktkopplung auf einem vor- oder nachgelagerten Markt zur Folge haben.

4.3.2 Multilaterale Standardsetzung

Multilaterale Standardsetzungen sind Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen über die Festlegung von Standards.

4.3.2.1 X/Open Group

Ein Beispiel in diesem Bereich ist die Standardisierungsinitiative X/Open Group.¹⁰³ Eine Gruppe bedeutender Hersteller von Hard- und Software hatte eine Vereinbarung angemeldet, welche die Entwicklung einer gemeinsamen Schnittstelle für das Betriebssystem UNIX verfolgte.¹⁰⁴ UNIX war als bisher einziges Betriebssystem auf allen Rechnersystemen der verschiedenen Hersteller einsetzbar und ermöglichte daher eine Verwendung von Software unabhängig vom übrigen System. Ziel der X/Open Group war es, einen einheitlichen, öffentlich zugänglichen Standard zur Verbesserung der Kompatibilität der verschiedenen Versionen zu entwickeln.¹⁰⁵ Die Kenntnis der von der X/Open Group definierten Schnittstelle verschaffte den Mitgliedern der Gesellschaft den bedeutenden Vorteil, dass sie ihre Produkte deshalb schneller auf den Markt bringen konnten. Zudem verschaffte die Mitgliedschaft in der Organisation zusätzliches technisches Wissen, das Nichtmitgliedern vorenthalten blieb.

¹⁰³ Kommission Abl. (EG) Nr. L 35 vom 6.2. 1987, S. 36 – X/Open Group.

¹⁰⁴ Schroeder in: Kilian/Heussen, Kap. 60, Rn. 16.

¹⁰⁵ Sucker, CR 1988, 271, 273; Roth, CR 1988, 195, 196.

4.3.2.2 RFID

Ein weiteres Beispiel für multilaterale Standardsetzung ist die Verwendung von *Radio Frequency Identification* – Systemen (RFID). Der englische Begriff *Radio Frequency Identification* bedeutet im Deutschen Identifizierung über Radiowellen. RFID ist ein Verfahren zur automatischen Identifizierung von Gegenständen und Lebewesen. Neben der berührungslosen Identifizierung und der Lokalisierung von Gegenständen steht RFID auch für die automatische Erfassung und Speicherung von Daten. Ein RFID-System besteht hauptsächlich aus einem Transponder und einem Lesegerät, wobei der Transponder auf einem Chip wichtige Daten enthält, die er auf Anregung von außen, durch das Lesegerät, aussendet. Der große Vorteil der RFID-Technik ist, dass Daten codiert und von einem Lesegerät schnell gelesen werden können. Ein nochmaliges Eintippen von Artikelnummern, Mengen oder anderen Identifikationsmerkmalen entfällt, was natürlich eine Zeit- und Kostenersparnis einbringt. Transponder, wie sie bei der RFID-Technik eingesetzt werden, reagieren auf ein Funksignal und senden erst dann ihre Daten an das entsprechende Lesegerät und das über teilweise große Distanzen.

Auch im Anwendungsbereich von RFID-Techniken kann sich die Problematik der Standardsetzung stellen. Viele Anwendungen im Bereich RFID spielen sich heute noch in geschlossenen Systemen ab; dies gilt z.B. für Anwendungen im Bereich des Zugangsmanagements oder der Nachverfolgung innerhalb eines geschlossenen Unternehmensnetzes.¹⁰⁶ Zunehmend kommen jedoch auch offene Systeme zum Einsatz, in denen z.B. ein Produkt entlang der gesamten Herstellungs- und Lieferkette mithilfe des daran angebrachten Transponders verfolgt wird. Dies kann jedoch nur funktionieren, wenn Interoperabilität zwischen den beteiligten Systemen herrscht, was wiederum das Einhalten bestimmter Standards erfordert. Teilweise werden Unternehmen vom Wirtschaftsleben ausgeschlossen, wenn nicht mit kompatiblen RFID-Systemen gearbeitet wird. So müssen beispielsweise Zulieferer das von Wal-Mart verlangte RFID-System benutzen, um Zulieferer von Wal-Mart zu werden.

4.3.2.3 Regelungsbedürftigkeit multilateraler Standardisierung

Bei der Beurteilung multilateraler Standardisierungen geht es im Kern um eine Auslegung von § 1 GWB bzw. Art. 81 EG. Multilaterale Standardisierungen können grundsätzlich die Wettbewerbssituation von Konkurrenten verschlechtern und daher geeignet sein, den

¹⁰⁶ Huber, MMR 2006, 728, 731.

Wettbewerb zu verschlechtern. Wird der Standardisierungsprozess unter den Mitgliedern der Vereinbarung ausgetauscht und werden die relevanten Schnittstelleninformationen im Rahmen der multilateralen Standardisierung offenbart, so erleiden die Konkurrenten bereits aufgrund des zeitlichen Vorsprungs der Mitglieder erhebliche Wettbewerbsnachteile. Bereits die Zugangskriterien können diskriminierend sein. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn sie an die Höhe des Unternehmensumsatzes oder die technischen Vorleistungen anknüpfen oder wenn die Zulassung zu der Vereinbarung sogar von einer Abstimmung abhängig gemacht wird.¹⁰⁷

Trotz dieser wettbewerbsbeschränkenden Wirkung von multilateralen Standardisierungen kommt eine Freistellung gem. Art. 81 Abs. 3 EG oder § 2 GWB in Betracht. Da die mit dem Standardisierungsprozess einhergehende Förderung des technischen Fortschritts sowohl für Mitglieder der Vereinbarung als auch für andere Wettbewerber eine stimulierende Wirkung haben kann, kann dies für den Verbraucher technisch verbesserte und auch größere Auswahl zur Folge haben. Eine derartige Wirkung kann der Standardisierungsprozess jedoch nur dann haben, wenn die erforderlichen Schnittstelleninformationen den übrigen Wettbewerbern unverzüglich bekannt gegeben werden. Die Mitglieder der Vereinbarung haben dann zwar trotzdem einen Wettbewerbsvorteil, da sie früher als andere Wettbewerber auf die Schnittstelleninformationen zugreifen können, dennoch überwiegen die wettbewerbsfördernden Wirkungen. Aufgrund dessen sollten Maßnahmen der multilateralen Standardisierung nicht per se gesetzlich untersagt werden. Dennoch bietet es sich an, diese Form der Standardisierung gesetzlich zu erfassen und an gewisse Voraussetzungen zu knüpfen.

Die erforderlichen Voraussetzungen könnten vorhandenen geschriebenen und ungeschriebenen Regelungen entnommen werden. In den Leitlinien über die Anwendung des Art. 81 EG auf Horizontalvereinbarungen hat die Kommission angeführt, dass eine Vereinbarung über Normen keine Wettbewerbsbeschränkung darstellt, wenn diese für alle Mitglieder zugänglich, transparent und nicht verbindlich ist.¹⁰⁸ Die Kommission hat weiterhin entschieden, dass keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn die Mitglieder die Spezifikationen und Schnittstelleninformationen unverzüglich bekannt geben, da ein solches

¹⁰⁷ Kommission Abl. (EG) Nr. L 35 vom 6.2. 1987, S. 36 – X/Open Group.

¹⁰⁸ Kommission (EG), Leitlinien über die Anwendung von Art. 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Abl. (EG) C 3, vom 6.1.2001, S. 2 ff., Rn. 163.

Vorgehen die nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb kompensieren würde.¹⁰⁹ Eine unverzügliche Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit berücksichtigt die Interessen der Mitglieder als auch diejenigen anderer Wettbewerber gleichermaßen. Auch im Falle einer unverzüglichen Veröffentlichung der Schnittstelleninformationen verbleibt den Mitgliedern ein gewisser zeitlicher Vorsprung. Dennoch wird den Wettbewerbern der Zutritt zu dem Markt nicht versperrt.

Diese Anforderungen an eine multilaterale Standardisierung beziehen sich zwar auf das europäische Recht, sind jedoch aufgrund der Wortlautgleichheit von Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB auf das deutsche Recht übertragbar. Folglich ließe sich folgende Formulierung zu multilateralen Standardisierungen in das GWB einfügen:

§ 4 (neu einfügen):

Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen über die Festlegung von Normen oder Standards unterfallen der Freistellung gem. § 2 dieses Gesetzes, wenn sie für alle Mitglieder zugänglich, transparent und nicht verbindlich sind und unverzüglich der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

5 Elektronische Marktplätze

Elektronische Marktplätze und die damit zusammenhängenden Wettbewerbshandlungen sind unter vielen Gesichtspunkten kartellrechtlich zu prüfen:

- Gründung und Zusammenschlüsse von B2B-Plattformen unter dem Gesichtspunkt der Fusionskontrolle
- Absprachen und Informationsaustausch unter dem Gesichtspunkt des Verbotes von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen (Kartellverbot)
- Einkaufs- oder Verkaufsgemeinschaften (Bündelung von Nachfrage- bzw. Angebotsmacht) unter dem Gesichtspunkt des Verbotes wettbewerbsbeschränkender Absprachen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung
- Zugangsbeschränkungen unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

¹⁰⁹ Kommission Abl. (EG) Nr. L 35 vom 6.2. 1987, S. 36 – X/Open Group.

Die meisten dieser angesprochenen Problemfelder sind mit der vorhandenen gesetzlichen Struktur zu bewältigen. Problematisch sind bei der rechtlichen Bewertung von B2B-Plattformen jedoch zwei Punkte:

5.1 Marktabgrenzung

Lange Zeit herrschten große Irritationen darüber, wie die Marktabgrenzung bei B2B-Plattformen vorgenommen werden sollte. Die Kartellbehörden und –gerichte ließen die Frage oftmals offen oder entschieden widersprüchlich. In den neueren Entscheidungen zu B2B-Plattformen setzte sich die Einsicht durch, dass zwischen dem Markt für B2B-Plattformen selbst und dem Markt für die Produkte, die über die Plattform gehandelt werden, unterschieden werden muss. Bedeutsam ist, dass alle Entscheidungen differenzieren zwischen dem Markt für die über die Plattform gehandelten Güter und dem Markt für Internet-Plattformen, teilweise genauer für B2B-Plattformen. Ohne tiefer ins Detail zu gehen und unter Verwendung der Argumentation der anmeldenden Parteien, wurde eine Austauschbarkeit des Online-Angebots der gehandelten Güter mit deren Offline-Angebot bejaht sowie eine Austauschbarkeit von verschiedenen Internet-Plattformen untereinander.¹¹⁰ Dieses Problemfeld ist mithin weitgehend durch die Rechtsprechung gelöst worden.

Mehrfach hatten Kommission und BKartA sich auch mit der räumlichen Marktabgrenzung von B2B-Plattformen zu befassen. Wesentlich uneinheitlicher als die Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung fallen die Überlegungen der Wettbewerbsbehörden zur geographischen Marktabgrenzung aus.¹¹¹ Für die räumliche Marktabgrenzung kommt es aber unter anderem auf die Gestaltung der einzelnen B2B-Plattform und der darüber angebotenen Produkte an. Neben der Wahl der Sprache, Zielgruppe des Produktes, tatsächliche geographische Hindernisse (beispielsweise beim Versand) kommt es auf viele verschiedene Aspekte zur Definition des räumlich relevanten Marktes an. Aufgrund dessen läuft diese Abgrenzung auf eine Einzelfallentscheidung hinaus, sodass sich eine Gesetzesänderung nicht anbietet. Im Übrigen sind weder allgemeine Kriterien der Marktabgrenzung noch das explizite Erfordernis einer Marktabgrenzung gesetzlich geregelt. Folglich wäre eine gesetzliche

¹¹⁰ Z. B. Kommission vom 07.11.2000 – COMP/M.2172 – Babcock Borsig/MG Technologies/SAP Markets/ec4ec, Rn. 11; Kommission vom 25.04.2001 – COMP/M.2398 – Linde/Jungheinrich, Rn. 10, 14; Kommission vom 25.10.2002 – COMP/M.2830 – Lufthansa Cargo/Air France Finance/British Airways/Global Freight Exchange, Rn. 10.

¹¹¹ Siehe Müller/Meyer, Arbeitsbericht Nr. 45, S. 38.

Änderung in Hinblick auf die Marktabgrenzung bei B2B-Plattformen oder im Hinblick auf sonstige internetspezifische Sachverhalte zusammenhanglos und zu weitgehend.

5.2 Geheimwettbewerb bei B2B-Marktplätzen

Ungeklärt ist die Frage, welche Informationen die Wettbewerber bzw. Kooperationspartner über eine Plattform austauschen dürfen. Einerseits ist die Preistransparenz zu begrüßen, andererseits ist ein Ausschluss des Geheimwettbewerbs zu vermeiden. Denn eine Transparenz auf B2B-Plattformen hat einerseits den Vorteil, dass die Zusammensetzung des Unternehmens und die Entstehung der Preise durchsichtiger und verständlicher werden. Andererseits birgt eine Transparenz von Unternehmen und Preisstruktur auch die Gefahr der Preisabsprachen und somit einer Wettbewerbsverzerrung. Es stellt sich mithin die Frage, wie dieser Konflikt zu lösen ist. Der Konflikt zwischen dem Geheimwettbewerb einerseits und dem Transparenzgebot andererseits ist jedoch im Rahmen von B2B-Plattformen genauso relevant wie in allgemeinen Internetsachverhalten allgemein. Aufgrund dessen wird im Folgenden dieser Konflikt anhand von allgemeinen Internetsachverhalten im folgenden Abschnitt „Geheimwettbewerb“ dargestellt.

6 Geheimwettbewerb

Zu den unbestrittenen Notwendigkeiten eines funktionierenden Wettbewerbs gehört der Geheimwettbewerb. Auf der anderen Seite ist es aus ökonomischer Perspektive wünschenswert, dass bestimmte Informationen über die Markttätigkeit eines Unternehmens publik werden. So hat die Veröffentlichung von Preislisten einen großen Nutzen für mögliche Kunden.

Der Informationsaustausch findet aus kartellrechtlicher Perspektive seine Grenze im Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und abgestimmter Verhaltensweisen (Kartellverbot). Weder im europäischen, noch im deutschen Kartellrecht finden sich genaue gesetzliche Vorgaben dafür, welche Informationen ausgetauscht werden dürfen und welche nicht. Jedoch lassen sich Verstöße gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs in der Regel mit den herkömmlichen kartellrechtlichen Regelungen lösen. Problematisch wird es erst bei Erreichen des Konflikts zwischen dem Immaterialgüterrecht und dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs.

Die Rechtspraxis zieht für den Fall von Marktinformationsverfahren, also bei Verfahren der organisierten Markttransparenz zwischen Wettbewerben, die Grenze zwischen „identifizierenden und nicht-identifizierenden“ Marktinformationsverfahren. Es ist fraglich, ob diese Rechtspraxis auch für die Internetökonomie praktikabel ist.

Durch das Internet bieten sich schnellere und diskretere Möglichkeiten zum Informationsaustausch zwischen bestimmten Marktteilnehmern, sowie zur freien Veröffentlichung von Informationen. Aufgrund dessen kommt es insbesondere bei Internetsachverhalten auf die Aktualität der Informationen an. Obwohl es letztendlich wiederum eine Frage des Konflikts zwischen dem Immaterialgüterrecht und dem Kartellrecht bzw. dem Geheimwettbewerb und dem Transparenzgebot ist und es im Einzelfall auf den Charakter der Informationen ankommt, stellt sich die Frage, ob zumindest der Charakter der rechtmäßiger Weise preisgegebenen Informationen gesetzlich niedergelegt werden sollte. Hier käme höchstens eine Differenzierung von identifizierenden und nicht identifizierenden Informationen in Betracht.

Identifizierende Informationen sind solche, bei denen Einzelgeschäfte durch Meldungen unter Benennung der Lieferanten oder Abnehmer offen gelegt werden.¹¹² Da sie zur Beschränkung des Geheimwettbewerbs geeignet sind, kann ein Austausch solcher Informationen gegen Art. 81 EG und § 1 GWB verstoßen. Diese Bedenken greifen umso mehr, je aktueller und unmittelbarer die Informationen die jeweiligen Marktbeziehungen widerspiegeln. Die entscheidende wettbewerbsbeschränkende Wirkung identifizierender Verfahren sah der *BGH* darin, dass mit diesen Verfahren die Ungewissheit der Beteiligten über die Wettbewerbslage beseitigt werde und damit der Einsatz des Preises als Wettbewerbsmittel im Geheimwettbewerb nicht mehr zu nachhaltigen Wettbewerbsvorsprüngen führen würde, so dass der Preiswettbewerb auf höherem als wettbewerblichem Niveau an Intensität verliert.¹¹³ Nichtidentifizierende Verfahren hingegen sind solche, bei denen ein Rückschluss auf Einzelgeschäfte trotz der Ermittlung und Auswertung preisbezogener Daten nicht möglich ist. Ein derartiger Informationsaustausch ist in der Regel kartellrechtlich unbedenklich.

¹¹² *Mestmäcker/Schweitzer*, § 9, Rn. 43; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 1, Rn. 307; *Schroeder*, in: *Wiedemann*, § 8, Rn. 241; *Bechtold*, § 1, Rn. 37.

¹¹³ *BGH NJW* 1975, 788, 789= *WuW/E* 1337 ff., 1342 („Aluminium-Halbzeug“).

Die Begrifflichkeiten der identifizierenden und nichtidentifizierenden Informationen sind zwar gesetzlich nicht geregelt, dennoch lassen sie sich unter die vorhandenen gesetzlichen Strukturen subsumieren. Daher wäre eine gesetzliche Differenzierung zwischen nichtidentifizierenden und identifizierenden Informationen lediglich eine Klarstellung hinsichtlich der vorhandenen Rechtslage. Aufgrund der zum Teil schwierigen Abgrenzung von identifizierenden und nichtidentifizierenden Marktinformationsverfahren sind Abwägungen im Einzelfall erforderlich. Vor diesem Hintergrund ist auch eine gesetzliche Definition der identifizierenden und nichtidentifizierenden Informationen nicht zielführend.

7 Netzneutralität

Wer auch immer sich ins Internet einwählt, kann bisher die weltweite Infrastruktur nutzen, ohne für jede Umleitung und jeden Router zahlen zu müssen. Da sich das Internetgeschäft im Laufe der Zeit gewandelt hat, kommt nunmehr die Frage der Netzneutralität auf. Bislang war die sog. Netzneutralität eine selbstverständliche Eigenheit der weltweiten Netze, deren Zusammenschluss das Internet begründet. Der Begriff Netzneutralität meint im Wesentlichen die nichtdiskriminierende Datenübermittlung im Internet, d.h. dass für jeden Nutzer der Zugang zu einem Netz gesichert ist und sämtliche Daten im Netz unterschiedslos übertragen werden. Auch Zugangsanbieter (access provider) machen bei der Übermittlung von Datenpaketen an ihre Kunden keinen Unterschied, woher diese stammen oder welche Anwendungen die Pakete generiert haben.

Aufgrund des technischen Fortschritts sind allerdings „intelligente“ Netze nunmehr in der Lage, die Quelle – den Computer, von dem die Datei versendet wird – sowie den Inhalt einer Datei herauszufinden. Dies ermöglicht einerseits eine qualitative oder quantitative Vorzugsbehandlung bei der Datenübertragung, andererseits eine Filterung oder Blockierung unliebsamer Datenpakete.¹¹⁴ Somit haben die Netzbetreiber die technischen Mittel, die Neutralität des Internets einzuschränken. Kritiker sehen deswegen die Entwicklung des Internets und darüber hinaus das Wachstum der Internetökonomie bedroht. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich mithin die Frage, inwieweit neue Regeln zur Sicherung der Netzneutralität erforderlich sind.

¹¹⁴ *Kreml*, c` t 2006, Heft 14, 78, 79.

7.1 Erfordernis einer gesetzlichen Sicherstellung der Netzneutralität

Wenn Breitbandanbieter den Zugang zu den Netzen kontrollieren können, kann dies zu einer Diskriminierung von Wettbewerbern führen (§ 20 GWB). Das Prinzip des offenen und diskriminierungsfreien Zugangs war in der Vergangenheit notwendig, um die starke Online-Wirtschaft zu ermöglichen und TK-Dienste wettbewerbsfähig zu halten. Teilweise wird sogar die Offenheit des Netzes als fester Bestandteil eines „Internet-Grundgesetzes“ gefordert.¹¹⁵ Bei fehlender Netzneutralität könnte für junge und innovative Netzfirmer der Zugang zum Markt erschwert werden. Die Verfechter einer uneingeschränkten Netzneutralität sind vor allem Internetdiensteanbieter, die nicht gesondert für den Breitbandnetzzugang zahlen möchten.

Bei fehlender gesetzlicher Sicherstellung der Netzneutralität ist es den Breitbandanbietern möglich, Technologien zu verwenden, die die Übermittlung von eigenen oder favorisierten Inhalten gegenüber den Inhalten anderer Anbieter bevorzugt. Somit haben sie es in der Hand, welche Inhalte an den Endnutzer herangetragen werden und welche nicht. Hier stellt sich dann die Frage, ob der Endnutzer erkennen kann, warum einige Inhalte uneingeschränkt oder schneller abrufbar sind als andere. Inhalte und Anwendungen von Anbietern, die dem Netzbetreiber angegliedert sind oder einen größeren finanziellen Background haben, könnten schneller übermittelt werden. Darüber hinaus könnten sich vertikal integrierte Unternehmen, also vor allem Breitbandanbieter, die selbst Inhalte anbieten, selbst bevorteilen. Es gibt Stimmen, die deshalb eine gesetzliche Restriktion einer vertikalen Integration von Breitbandanbietern fordern.¹¹⁶

Gleichzeitig könnte eine fehlende Netzneutralität auch Innovationen behindern. Denn um seinen Inhalten eine privilegierte Stellung einzuräumen, muss der Entwickler einen gewissen finanziellen Background aufweisen. Dadurch könnten Innovationen geblockt, degradiert oder im Hinblick auf die Übermittlungsgeschwindigkeit der Daten mit geringer Priorität behandelt werden. Auch hier liegt es wieder in der Hand der Breitbandanbieter, welche Innovationen gefördert werden und welche benachteiligt werden.

Teilweise wird angeführt, dass sich bei einer weiteren Entwicklung der Übertragungsgeschwindigkeit die Bevorzugung gewisser Internetinhalte ohnehin erledigen

¹¹⁵ *Benhamou*, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/80260>.

¹¹⁶ *Hogendorn*, 4 REV. NETWORK ECON. 19, 30 (2005).

wird. Bei Erreichung einer Geschwindigkeit von 100 Megabits pro Sekunde könnten alle Inhalte ohne Probleme übertragen werden.¹¹⁷ Dann würden sich die aufgetretenen Probleme des Übermittlungstaus und der Breitbandpolitik erübrigen und die Netzneutralität wäre gewährleistet. Eine jetzige gesetzliche Regelung bzw. Sicherstellung von Netzneutralität wäre aufgrund dessen lediglich eine Überbrückung des momentanen technischen Defizits.

7.2 Argumente gegen eine gesetzliche Sicherstellung der Netzneutralität

Ein Argument gegen die Netzneutralität könnte sein, dass es nicht einleuchtet, warum nur der Kunde ein monatliches Grundentgelt für das Internet bezahlen soll, jedoch nicht Internetunternehmen, die die Infrastruktur für ihre Dienste nutzen. Die großen Breitbandnetzbetreiber sind entschiedene Gegner einer unbegrenzten Netzneutralität. Sie möchten die Möglichkeit haben, für besondere Leistungsmerkmale – wie eine garantierte oder besonders zügige Bearbeitung von Inhalten – zusätzliche Gebühren zu verlangen und auf diese Weise „Mautstellen“ für das Internet einzurichten. Dies schafft insbesondere Anreize für zukünftige Investitionen in den Netzausbau und schafft mithin die Innovationen im technischen Bereich.

Eine differenzierte Behandlung von Internetinhalten ist bereits deswegen geboten, da die entsprechenden Anwendungen verschiedene Anforderungen an die Datenübermittlung (Übermittlungsgeschwindigkeit, Warte- und Ladezeiten, Bildstabilität, Symmetrie und Kapazitäten) stellen. Beispielsweise erfordert eine virtuelle Telekonferenzschaltung in der Regel eine hohe Übertragungsgeschwindigkeit bei geringen Wartezeiten. Ein einmaliger Video-Download hingegen erfordert lediglich eine hohe Übertragungsgeschwindigkeit. Die Bildstabilität und die Symmetrie während des Downloads sind diesbezüglich sekundär. VoIP-Dienste wiederum verlangen keine signifikante Bandbreite, sind jedoch empfindlich hinsichtlich der Ladezeiten und der Bildstabilität.

Des Weiteren ist es das gute Recht der Netzbetreiber, zu entscheiden, welche Inhalte ihrem Netzwerk schaden könnten und deswegen beschränkt werden müssen. Es steht den Netzbetreibern frei, mit ihrer Dienstleistung Wettbewerb zu betreiben. Falls dieses „Experiment“ nicht funktionieren sollte, werden sie zum status quo zurückkehren und ihr Netz wieder für jeden zugänglich machen. Außerdem werden auch von Endbenutzern

¹¹⁷ Federal Trade Commission, staff report, Juni 2007. S. 56, abrufbar unter: <http://www.ftc.gov/reports/broadband/v070000report.pdf>.

spezielle Gebühren für einen privilegierten Mail-Zugang genommen. Warum darf von Inhaltenanbietern für mehr Qualität nicht eine höhere Gebühr verlangt werden?

Im Übrigen könnte ein striktes Beharren auf der Netzneutralität zulasten der Endnutzer gehen. Denn wenn die nötigen Investitionen für die Einrichtung des Netzwerks nicht von den Inhaltenanbietern amortisiert werden, so werden diese im Endeffekt den Endnutzern in Form erhöhter Zugangsgebühren auferlegt.

7.3 Fazit

Nachdem die Diskussion auch in den USA bisher zu keinem Ergebnis geführt hat, wird auch in Europa und in Deutschland diskutiert, die Netzneutralität regelnde Vorschriften einzuführen. Der Erfolg des Internet beruht auf offenen Standards. Suchmaschinenanbieter, Auktionshäuser und andere innovative Onlinehändler haben ihre Dienste im Vertrauen darauf entwickelt, dass jeder mit einem Netzzugang und einem Browser imstande ist, auf sie zuzugreifen. Dies ist auch eine wichtige Bedingung für den Wachstum und die Weiterentwicklung des Internet. Nur durch den Erhalt der Netzneutralität bleibt auch kleineren Unternehmen und Einzelpersonen der Zugang zu einem weltweiten Markt eröffnet. Aufgrund dessen stellt sich die wettbewerbsrechtliche und –politische Frage einer gesetzlichen Regelung der Netzneutralität. Zunächst könnte eine Beschränkung der Netzneutralität die Informationsfreiheit der Nutzer beeinflussen. Eine sog. Breitband-Maut betrifft zwar nicht unmittelbar die Nutzer. Sie könnte jedoch eine mittelbare Wirkung für die Nutzer bewirken. Zu unterscheiden in diesem Zusammenhang ist zwischen Inhaltenanbietern, die für ihre Dienste von den Endnutzern eine Gebühr verlangen oder die ihre Dienste kostenlos zur Verfügung stellen. Im Kern betroffen ist die ureigenste Eigenschaft des Internet in Form der Freiheit für jeden Einzelnen, sich Zugang zu Inhalten zu verschaffen, für die er sich interessiert.

Neben diesem Recht der Verbraucher auf den freien und unbeschränkten Zugang zu Informationen kann bei fehlender Netzneutralität auch der Wettbewerb beschränkt werden. Das missbräuchliche Ausnutzen einer marktbeherrschenden Stellung und wettbewerbswidrige Vereinbarungen könnten Folgen mangelnder Netzneutralität sein. Sowohl bei gewährleisteter Netzneutralität als auch beim Fehlen derselben unterliegt der Wettbewerb der Beobachtung und Kontrolle der Wettbewerbsbehörden.

Eine gesonderte Verpflichtung der Anbieter zur Einhaltung der Netzneutralität ist demnach nicht erforderlich, da der Wettbewerb unter den Netzbetreibern selbst für die Aufrechterhaltung des Prinzips des offenen Internet sorgt. Vielmehr verstärkt sich der Wettbewerb durch die neuen Technologien. Bisher gibt es noch keine Anzeichen für bedeutendes Marktversagen oder die Schädigung von Verbrauchern, sollte es zu der geplanten Breitband-Maut kommen. Aufgrund dessen bietet sich eine gesetzliche Regulierungsaufgabe in diesem Stadium der Entwicklung noch nicht an. Vielmehr lassen sich die Gesamtauswirkungen, etwa die potenziellen Verhaltensweisen der Netzbetreiber in Bezug auf die Preise oder die Qualität breitbandiger Zugänge, noch nicht absehen. Eine hypothetische Rechtsverletzung ohne genügend Anhaltspunkte kann noch kein hinreichender Anlass für das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung sein.

8 Ausblick

Die Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Lage in der Internetökonomie zeigt, dass die gesetzlichen Vorlagen und Regelungen teilweise unzureichend und lückenhaft sind. In der Praxis haben sich jedoch die Wettbewerbsbehörden und -gerichte den spezifischen Herausforderungen an das Wettbewerbsrecht durch die veränderten ökonomischen Bedingungen und neuen Kooperations- und Kommunikationsmöglichkeiten der modernen Informationstechnologien gestellt und angepasst. Aufgrund dessen ist die Gesetzeslage zum großen Teil bereits aufgrund der ausgeprägten behördlichen und gerichtlichen Strukturen derart auslegungsfähig, dass eine gesetzliche Neuregelung lediglich der Klarstellung dienen würde. Hier ist jedoch Sorge zu tragen, dass eine gesetzliche Anpassung an die technischen und ökonomischen Strukturen der Internetökonomie nicht zu detailliert erfolgt. Denn das Recht des Wettbewerbs und der Regulierung ist insgesamt äußerst überschaubar und generalklauselartig in Form von einigen wenigen zentralen Vorschriften gestaltet. Würden alle Einzelfälle durch Klarstellungen zusätzlich geregelt, wenn auch eine Anwendung zentraler Vorschriften durch eine entsprechende Auslegung genügt, besteht die Gefahr der Unübersichtlichkeit. Aufgrund dessen sollten auch die erforderlichen klarstellenden Klauseln, wie vorgeschlagen, relativ allgemein gehalten werden.

Teilweise, wie beispielsweise in der Netzneutralität, in der bisher noch keine gesetzliche Anpassung erforderlich scheint, ist die politische und wirtschaftliche Entwicklung abzuwarten, bevor eine endgültige Einschätzung eines gesetzlichen Anpassungsbedürfnisses möglich ist. Insgesamt bleibt jedoch festzustellen, dass bereits in den Generalklauseln, wie

beispielsweise § 19 GWB, eine begriffliche Anpassung an den technischen Standard ratsam erscheint. Insbesondere im Rahmen von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB würde dies eine Einstufung verschiedener technischer Strukturen als wesentliche Einrichtung erleichtern. Folglich lassen sich zwar die meisten Problemfelder aus der Internetökonomie anhand vorhandener rechtlicher Strukturen unter Zuhilfenahme von Auslegung und Rechtsprechung lösen. Dennoch scheint in einigen Bereichen eine Gesetzesänderung zur Auslegungshilfe und als Klarstellung angebracht.

Literaturverzeichnis

Bechtold, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl., München 2006.

Beckmerhagen, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen Recht und europäischen Kartellrecht, Konstanz 2002.

Beth, Rechtsprobleme proprietärer Standards in der Softwareindustrie, 2004.

Dreher, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Missbrauch der Marktbeherrschung, in: DB 1999, 833 ff.

Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München 2001.

Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 32. Lieferung, München 2007.

Grob/vom Brocke (Hrsg.), Internetökonomie, Interdisziplinäre Beiträge zur Erklärung und Gestaltung hybrider Systeme, München, 2006.

Hogendorn, Regulating Vertical Integration in Broadband: Open Access Versus Common Carriage, 4 REV. NETWORK ECON. 19, 30 (2005).

Hohmann, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 2001.

Huber, Radiofrequenz-Identifikation, in: MMR 2006, 728 ff.

Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Auflage, München 2007.

Kaestner, Missbrauch von Immaterialgüterrechten, Europäische Rechtsprechung von Magill bis IMS Health, München 2005.

Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, München, Stand: 2006.

Krempf, Mautstellen für das Internet, in: c` t 2006, Heft 14, S. 78 ff.

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Bd. 2, GWB, München 2006.

Martenczuk/Thomaschki, Der Zugang zu Netzen zwischen
allgemeinem Kartellrecht und sektorieller Regulierung, RTkom 1999,
S. 15 ff.

Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004.

Müller/Meyer, Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie - Eine
rechtsvergleichende Studie zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht,
Arbeitsbericht Nr. 45 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität, Münster
2007.

Pilny, Schnittstellen in Computerprogrammen, in: GRUR Int. 1990, S. 431 ff.

Rebmann/Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl.,
München 2006.

Roth, Schnittstellenkooperation und Europäisches Kartellrecht, in: CR 1988, S. 195 ff.

Rubinfeld, Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen,
vernetzten Industrien, in: GRUR Int. 1999, S. 479 ff.

Schwarz v. Berk, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach europäischem und
deutschem Kartellrecht.

Sucker, Normsetzung durch Kartelle und Marktbeherrscher im Bereich der
Datenverarbeitungsindustrie, in: CR 1988, S. 271 ff.

Thum, Netzwerkeffekte, Standardisierung und staatlicher Regulierungsbedarf, Tübingen
1995.

Wey, Christian: Marktorganisation durch Standardisierung. Ein Beitrag zur neuen Institutionenökonomik des Marktes, Berlin 1999.

Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, München 1999.

Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, Baden-Baden, 2004.

Zerdick, Die Internet-Ökonomie, 3. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 2001.

Zimmerlich, Der Fall Microsoft, in: WRP 2004, 1260 ff.

Zimmerlich/Aufderheide, Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, Arbeitsbericht Nr. 4 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität, Münster 2004.

- Arbeitsberichte des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität
- Grob, H. L. (Hrsg.), Internetökonomie und Hybridität – Konzeption eines Kompetenzzentrums im Forschungsverbund Internetökonomie, Nr. 1.
- Brocke, J. vom, Hybride Systeme - Begriffsbestimmung und Forschungsperspektiven für die Wirtschaftsinformatik, Nr. 2.
- Holznagel, D., Krone, D., Jungfleisch, C., Von den Landesmedienanstalten zur Ländermedienanstalt - Schlussfolgerungen aus einem internationalen Vergleich der Medienaufsicht, Nr. 3.
- Zimmerlich, A., Aufderheide, D., Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, Nr. 4.
- Ahlert, D., Evanschitzky, H., Erfolgsfaktoren des Multi-Channel-Managements, Nr. 5.
- Holling, H., Freund, P. A., Kuhn, J.-T., Usability-Analysen von Wissensmanagementsystemen, Nr. 6.
- Bröcher, J., Domain-Names und das Prioritätsprinzip im Kennzeichenrecht – Nochmals shell.de & Co., Nr. 7.
- Trauten, A., Zur Effizienz von Wertpapieremissionen über Internetplattformen, Nr. 8.
- Aufderheide, D., Hybridformen in der Internetökonomie - Gegenstand und Methode eines rechtswissenschaftlichen und institutionenökonomischen Forschungsprogramms, Nr. 9.
- Grob, H. L., Brocke, J. vom, Hermans, J., Wissensplattformen zur Koordination verteilter Forschungs- und Entwicklungsprozesse – Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 10.
- Becker, J., Brelage, C., Falk, T., Thygs, M., Hybrid Information Systems - Position the Web Information Systems Artefact, Nr. 11.
- Brocke, J. vom, Hermans, J., Kontextkonstruktion in Wissensmanagementsystemen – Ordnungsrahmen und Ergebnisse einer Marktstudie, Nr. 12.
- Holznagel, B., Jungfleisch, C., Die Verwirklichung von Zuschauerrechten im Rundfunk - Regulierungskonzepte zwischen Theorie und Praxis, Nr. 13.
- Bröcher, J., Hoffmann, L.-M., Sabel, T., Der Schutzbereich des Markenrechts unter besonderer Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, Nr. 14.
- Holling, H., Kuhn, J.-T., Freund, P. A., Anforderungsanalysen für Wissensmanagementsysteme: Ein Methodenvergleich, Nr. 15.
- Becker, J., Hallek, S., Brelage, C., Fachkonzeptionelle Spezifikation konfigurierbarer Geschäftsprozesse auf Basis von Web Services, Nr. 16.
- Brocke, J. vom, Hybridität – Entwicklung eines Konstruktionsprinzips für die Internetökonomie, Nr. 17.
- Gutweniger, A., Riemer, K., Potenzialanalyse – Methoden zur Formulierung von E-Business-Strategien, Nr. 18.
- Riemer, K., Totz, C., Der Onlinemarketingmix – Maßnahmen zur Umsetzung von Internetstrategien, Nr. 19.
- Riemer, K., Web-Design: Konzeptionelle Gestaltung von Internetanwendungen, Nr. 20.
- Riemer, K., Müller-Lankenau, C., Web-Evaluation: Einführung in das Internet-Qualitätsmanagement, Nr. 21.

- Müller-Lankenau, C., Kipp, A., Steenpaß, J., Kallan, S., Web-Evaluation: Erhebung und Klassifikation von Evaluationsmethoden, Nr. 22.
- Müller-Lankenau, C., Terwey, J., Web Assessment Toolkit: Systemdokumentation, Nr. 23.
- Müller-Lankenau, C., Terwey, J., Web Assessment Toolkit: Benutzerhandbuch, Nr. 24.
- Müller-Lankenau, C., Rensmann, B., Schellhammer, S., Web Assessment Toolkit: Entwicklerleitfaden, Nr. 25.
- Gauer, S. S., Evantschitzky, H., Ahlert, D., Kolhatkar, A. A, Marketing innovative Service Solutions with Inter-organizational Service Networks: Opportunities and Threats, Nr. 26.
- Holznagel, B., Rosengarten, V., Der Zugang zu Premium-Inhalten insbesondere für Multimedia-Anbieter, Nr. 27.
- Zimmerlich, A., David, D., Vedder, M., Übersicht B2B-Marktplätze im Internet Branchenspezifische B2B-Marktplätze - empirische Erhebung, Nr. 28.
- Becker, E., Akzeptanz von Internetwahlen und Volksabstimmungen - Ergebnisse der Umfrage zum Wahl-O-Mat in Schleswig-Holstein, Nr. 29.
- Totz, C., Potenziale und Herausforderungen der Markenführung im Kontext internetbasierter Interaktionen, Nr. 30.
- Holznagel, B., Bonnekoh, M., Auswirkungen der TK-Regulierung auf die Internetmärkte dargestellt am Beispiel von Voice over IP, Nr. 31.
- vom Brocke, J., Hermans, J., Anreizsysteme zur Wissensteilung in Netzwerken. Fachkonzeptionelle Modellierung und Prototypische Implementierung für die OpenSource-Plattform HERBIE, Nr. 32.
- vom Brocke, J., Altfeld, K., Nutzung von Semantic Web-Technologien für das Management von Wissen in Netzwerken. Konzeption, Modellierung und Implementierung, Nr. 33.
- Ahlert, D., Evanschitzky, H., Thesing, M., Zahlungsbereitschaft im Online Handel: Eine empirische Untersuchung mittels der Conjoint Analyse, Nr. 34.
- Holling, H., Freund, P. A., Kuhn, J.-T., Webbasierte Evaluation eines Wissensmanagementsystems, Nr. 35.
- Trauten, A., Schulz, R. C., IPO Investment Strategies and Pseudo Market Timing, Nr. 36.
- Hoffmann, M.-L., Marken und Meinungsfreiheit – Virtuelle Brand Communities auf dem kennzeichenrechtlichen Prüfstand, Nr. 37.
- Trauten, A., The perceived benefit of internet-based Commercial Paper issuance in Europe – A survey, Nr. 38.
- Ricke, Thorsten, Triple Play – Zugangsansprüche bei vertikalen Verflechtungen, Nr. 39.
- Ricke, Thorsten, Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien, Nr. 40.
- Müller, Ulf, Utz, Rainer, Aufderheide, Detlef, Meyer, Lena, Rodenhausen, Anselm, Die Zukunft der Internetadressierung: ICANN, DNS und alternative Systeme - kartell- und markenrechtliche Fragen und ihr ökonomischer Hintergrund, Nr. 42.
- Holling, Heinz, Freund, Philipp Alexander, Kuhn, Jörg Tobias, Salascheck, Martin, Benutzbarkeit von Software: Wie usable sind Evaluations-Verfahren?, Nr. 41.
- Müller, U., Utz, R., Aufderheide, D., Meyer, L., Rodenhausen, A., Die Zukunft der Internetadressierung: ICANN, DNS und alternative Systeme — kartell- und markenrechtliche Fragen und ihr ökonomischer Hintergrund, Nr. 42.

- Müller, U., Meyer, L., Unternehmenstransparenz und Geheimwettbewerb im digitalen Umfeld, Nr. 43.
- Ahlert, D., Evanschitzky, H., Thesing, M., Kundentypologie in der Multikanalwelt – Ergebnisse einer online- und offline-Befragung, Nr. 44.
- Müller, U., Meyer, L., Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie: Eine rechtsvergleichende Studie zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht, Nr. 45.
- Becker, E., Bünger, B., Die Rolle des Internets in politischen Willensbildungsprozessen: Ergebnisse einer empirischen Analyse des Internets anlässlich der vorgezogenen Bundestagswahl 2005, Nr. 46.
- Berg, C., Döge, B., Pfingsten, A., Internetökonomie im Privatkundenkreditgeschäft deutscher Banken – Theoretische und empirische Beobachtungen, Nr. 47.
- Ahlert, D., Heidebur, S., Michaelis, M., Kaufverhaltensrelevante Effekte des Konsumentenvertrauens im Internet - eine vergleichende Analyse von Online-Händlern, Nr. 48.
- Schröder, R., Die Neuen Informationstechnologien als Gegenstand der ökonomischen Bildung, Nr. 49.
- Trauten, A., Langer, T., Information Production and Bidding in IPOs - An Experimental Analysis of Auctions and Fixed-Price Offerings, Nr. 50.
- Grob, H. L., Vossen, G. (Hrsg.), Entwicklungen im Web 2.0 aus technischer, ökonomischer und sozialer Sicht, Nr. 51.
- Bockmühl, E., Ricke, T., Internetwahlen - Ein interdisziplinärer Ansatz -, Nr. 52.
- Riemer, K., E-Commerce und Supply-Chain-Management - Maßnahmen und Instrumente zur Verbesserung der Koordination in Lieferketten, Nr. 53.
- Christ, F., Riemer, K., Das Beergame - Realisierung einer Softwarevariante für den Einsatz in E-Commerce-Lehrveranstaltungen, Nr. 54.
- Riemer, K., Beziehungsmanagement - Grundlagen, Konzepte und Maßnahmen am Beispiel von Supplier- und Customer-Relationships, Nr. 55.
- Utz, R., Reul, F., Das Markengesetz im Internetzeitalter – Sind Änderungen des Markengesetzes zur Wahrung der Rechtssicherheit im Hinblick auf das moderne Massenmedium „Internet“ notwendig?, Nr. 56.
- Meyer, L., Neuraüter, S., Bohne, M., Gesetzgebungsbedarf für Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie?, Nr. 57.