Stephan Beth (Autor)

Rechtsprobleme proprietärer Standards in der Softwareindustrie

https://cuvillier.de/de/shop/publications/2600

Copyright:
Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentzsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen, Germany
Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: https://cuvillier.de

KAPITEL 1 - EINLEITUNG

Economists are at long last emerging from the stage in which price competition was all they saw. In capitalist reality [...] it is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply [...] - competition which [...] strikes [...] existing firms [...] at their foundations and their very lives.

Joseph A. Schumpeter
Capitalism, Socialism, and Democracy, 1942.

§ 1 Einführung in die Problemstellung

Als der in Österreich geborene Ökonom Joseph Schumpeter in der ersten Hälfte des zurückliegenden Jahrhunderts davon sprach, dass in der Wirtschaft ein Wettbewerb um den technologischen Fortschritt effektiver sei, als ein Wettbewerb um den Produktpreis,[1] fand er wenig Beachtung. Heute, mehr als 50 Jahre nach seinem Tod, gilt er als der neue Superstar der Ökonomie.[2] Die Wende in der öffentlichen Rezeption Schumpeters ergab sich zeitgleich mit dem Wachstum der High-Tech-Märkte in der Computerindustrie.
Allgemein wird die Veränderung wirtschaftlicher Rahmenbedingungen von marktstarken Unternehmen als gefährlich empfunden, während neue Unternehmen auf die sich eröffnenden Chancen der Veränderung hoffen können. Speziell die Märkte der Softwareindustrie befinden sich in beständigem Wandel.[3] Ein Wandel, der schneller und tief greifender ist, als es von klassischen Märkten bekannt ist.[4] Er wird in seiner Wirkung noch dadurch verstärkt, dass sich die Softwaremärkte größtenteils aufeinander beziehen und voneinander abhängig sind. So sind beispielsweise die meisten Märkte

---

[1] Schumpeter, Capitalism, S. 84 f. (S. 139 f.).
[2] Wahlen, BW vom 11.12.2000, S. 70; Hanusch, HB vom 08.03.1991, S. 8.
[3] Wiebe, Know-how-Schutz, S. 20 f.; Bundesregierung, BT-Drucks. 14/8253, S. 4; Monopolkommission, 14. Hauptgutachten, BT-Drucks. 14/9903, Rn. 662.
[4] Vgl. Hohmann (essential facilities, S. 19), der von einer „neuen Qualität" der Dynamik in Hochtechnologiemärkten spricht. Ähnlich Black, CRI 2001, 58: *The nature of the modern economy allows for some companies to set up virtually overnight, becoming nearly ubiquitous and offering consumers products and services that were previously unavailable.*

für Anwendungssoftware vom vorgelagerten Betriebssystemmarkt abhängig.
Ein solcher schneller Wandel der technischen Bedingungen stellt gerade für große Konzerne, die durch ihre Größe fast zwangsläufig behäbiger agieren, eine immense Gefahr dar. Wer Innovationen verschläft, findet sich schnell auf der Verliererseite.[5] Der Schlüssel zum Erfolg liegt daher nicht mehr in einer möglichst hohen Effizienz und einem sich daraus ergebenden möglichst niedrigen Produktpreis, sondern in einem möglichst hohen Marktanteil. Durch diesen setzt ein Unternehmen selbst Standards, die als notwendige Infrastruktur von Mitbewerbern benutzt werden müssen.[6] Schwerwiegende Wettbewerbsprobleme wirft dabei insbesondere die Marktabschottung durch fehlende Kompatibilität mit anderer Software auf.[7] Für Marktbeherrscher auf Märkten, die strukturell mit den neuen Märkten in Verbindung stehen, bietet sich darüber hinaus die verlockende Option, ihre marktbeherrschende Stellung zur Erzielung von Vorteilen auf den neuen Märkten zu nutzen. Als Mittel zur Erreichung eines hohen Marktanteils setzten viele Softwarehersteller auf herstellereigene, so genannte proprietäre Standards.[8] Diese dienen den Unternehmen in einem kaum vorhersehbaren Markt als Schutz vor den sich beschleunigenden technischen Innovationen der Konkurrenten. Die *Monopolkommission* spricht in diesem Zusammenhang von „strategischen Standardisierungsentscheidungen".[9]
In der Vergangenheit hat sich gezeigt, dass proprietäre Standards regelmäßig nur dann erfolgreich sind, wenn sie von einem Unternehmen aufgrund seiner besonderen Marktmacht durchgesetzt werden können.[10] Marktschwache Unternehmen werden dagegen durch die Verwendung proprietärer Standards zusätzlich benachteiligt. Sie versuchen in jüngerer Zeit durch die vermehrte Verwendung offener Standards diesen Nachteil auszugleichen.[11] Diese Entwicklung wird noch dadurch verstärkt, dass Monopolisten durch ihr Monopol zusätzliche Gewinne abschöpfen können. Bei ei-

[5] Vgl. Rubinfeld, GRUR Int. 1999, 479; Wolf, Produktinnovationen, S. 67 ff.
[6] Rifkin, FAZ vom 12.08.2000, Beilage *Bilder und Zeiten*, S. I ff.
[7] Kloepfer, InformationsR, § 1, Rn. 8.
[8] Vgl. Wiebe, Know-how-Schutz, S. 24.
[9] Monopolkommission, 9. Hauptgutachten, BR-Drucks. 490/92, Rn. 813 (S. 333).
[10] Am Beispiel von Apple-Computern: Gröndahl, *Die Zeit* vom 28.11.1997, S. 90.
[11] Ciupek, *VDI nachrichten* vom 21.03.2003, S. 8.

nem Verlust des Monopols haben sie folglich mehr zu verlieren, als ein Wettbewerber gewinnen kann.[12]
Durch diese Entwicklungen wandelt sich der Charakter des Wettbewerbs auf Softwaremärkten. Die Märkte sind hochkonzentriert, Markteintrittsbarrieren hoch und Innovationen von großer Bedeutung. Der traditionelle Wettbewerb *am Markt* wird durch einen Wettbewerb *um den Markt* verdrängt.[13]
Als Paradigma einer solchen Entwicklung kann die Erschließung des Internet für den Massenmarkt angesehen werden. Selten haben Unternehmen und Politiker Entwicklungen in der Vergangenheit derart falsch eingeschätzt. Das Potential des Internet für zukünftige Geschäftsprozesse wurde von den großen Medienkonzernen in seiner Dynamik verkannt.[14] Ihr Zögern haben die Branchenriesen inzwischen längst erkannt und dafür teuer bezahlt. So ist es der Microsoft Corp. zwar gelungen, ihren Browser Internet Explorer als unangefochtenen Marktführer zu etablieren,[15] doch musste dazu die Software kostenlos verteilt und in das Betriebssystem Windows integriert werden. Trotz aller Anstrengungen ist es Microsoft jedoch nicht gelungen, auf dem Markt der Internetserver mit dem *Open-Source*-Konkurrenten Linux gleichzuziehen, der sich anschickt, von dieser gesicherten Basis aus Microsoft ernsthafte Konkurrenz im quasi-monopolisierten Bereich der Desktop-Betriebssysteme zu machen.[16]
Nicht zuletzt entstehen mit der Verwendung proprietärer Software auch Sicherheitsprobleme durch die fehlende Möglichkeit, entdeckte Softwarefehler zeitnah selbst beheben zu können.[17] So kam es anlässlich der Beschaffung neuer Computersysteme für Abgeordnete des Deutschen Bundestages zu massivem Streit zwischen Befürwortern und Gegnern von Software mit proprietären Standards, der schließlich mit einer Mischlösung endete.[18] Darüber hinaus verpflichtete sich die Microsoft GmbH in einem Rahmenvertrag mit dem Bundesinnenministerium, die Nutzung offener Standards in ihren Produkten voranzutreiben.[19]

---

[12] OECD, OJCLP 2000, vol. 2, no. 2, S. 200.
[13] Monopolkommission, 14. Hauptgutachten, BT-Drucks. 14/9903, Rn. 708.
[14] Vgl. bspw. Microsoft und das Internet bei Grassmuck (Freie Software, S. 197).
[15] OneStat, www.nua.ie/surveys/index.cgi?f=VS&art_id=905358670&rel=true [Stand: 16.04.2003]; Statmarket, www.nua.ie/surveys/index.cgi?f=VS&art_id=90535586-9&rel=true [Stand: 16.04.2003].
[16] Ohlendorf, FAS vom 20.04.2003, S. 34.
[17] Lippert, CR 2002, 460.
[18] Krempl, www.heise.de/newsticker/data/odi-28.02.02-000/ [Stand: 20.04.2003].
[19] Bayer, CW vom 18.04.2003, S. 8.

Das Recht findet sich angesichts proprietärer Standards in einer Zwickmühle: Technische Innovation ist ein vitales staatliches Interesse, das in unserer Wirtschaftsordnung maßgeblich von Unternehmen erreicht werden muss.[20] Diese sind jedoch primär auf ökonomisches Handeln ausgerichtet. Bedingung für die technische Innovation durch private Unternehmen ist daher deren Rentabilität. Diese Rentabilität wird gerade in der Softwareindustrie durch proprietäre Standards erreicht, die wiederum den Markt behindern und daher eigentlich staatlich verhindert werden müssten.[21]

Dabei ist zusätzlich zu beachten, dass proprietäre Standards zunächst einen durchaus positiven Einfluss auf den Wettbewerb haben. Unternehmen, die ihrem proprietären Standard zur Stellung als *de facto*-Standard verhelfen möchten, sind in der Anfangsphase einem harten Wettbewerb mit Konkurrenten ausgesetzt, die ihrerseits ihren eigenen – möglicherweise proprietären Standard – in diese Position bringen möchten. In jener frühen Phase kann der Wettbewerb folglich durchaus zu Vorteilen bei den Kunden führen. Hat jedoch ein Standard den Wettbewerb gewonnen, so stellt er einen gefährlichen Katalysator für marktbeherrschende Stellungen dar.[22] Proprietäre Standards sind in ihrer Wirkung auf den Wettbewerb folglich ambivalent zu beurteilen.[23] Entscheidend für den Schutz des Wettbewerbs und das Wohl des Gemeinwesens ist demnach die Effektivität des anwendbaren Rechts bei dem Balanceakt der Regulierung der beschriebenen Phänomene.

§ 2 Ziele und Aufbau der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist die umfassende Darstellung der kartellrechtlichen Problemkreise, die das Phänomen der proprietären Standards in der Softwareindustrie aufwirft. Dadurch soll am Ende eine Bewertung ermöglicht werden, die zeigt, ob die Kartellbehörden mit dem bestehenden rechtlichen Instrumentarium in die Lage versetzt werden, die aufgeworfenen Probleme zufriedenstellend zu bewältigen.

Ausgehend von einer Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes in Kapitel 2 werden aktuelle technische Entwicklungen in der Softwareindust-

[20] Ordover/Willig, JLawEco 1985, vol. 28, 312 f.
[21] Zur Notwendigkeit staatlicher Intervention s. u. Kapitel 4 § 1 C.
[22] Vgl. Farrell/Saloner, Compatibility, S. 8.
[23] Vgl. Kloepfer, InformationsR, § 4, Rn. 81; Monopolkommission, Fn. 9, Rn. 811 (S. 333), OECD, OJLP, vol. 2, no. 2, S. 223.

rie, die in besonderem Maße auf proprietären Standards aufbauen, exemplarisch in Kapitel 3 aufgezeigt.
Die USA reagieren auf die wirtschaftliche Entwicklung mit verstärkten Anstrengungen, den Kartellgesetzen zum Schutz des Wettbewerbs mehr tatsächliche Geltung zu verschaffen. Beobachter sprechen bereits von einer *Renaissance der Machtkontrolle*.[24] Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Aufsehen erregenden Prozesse gegen Microsoft in den USA[25] und Europa.[26] In Kapitel 4 wird nach einer Darstellung der Besonderheiten des Wettbewerbs auf den Softwaremärkten (§ 1 A) die kartellrechtliche Problematik der proprietären Standards erörtert (§ 1 B, C). Der Softwaremarkt in Deutschland ist nach dem amerikanischen der zweitgrößte der Welt. Daher schließt sich eine eingehende Untersuchung der deutschen und europäischen Rechtsordnung auf Regelungen zur Behandlung dieser Probleme an (§§ 2, 3). Im Besonderen wird auf Phänomene infrastruktureller Marktbeherrschungen einzugehen sein. In das Blickfeld rückt insoweit zunächst Art. 82 EGV als Ausgangspunkt der *essential facilities*-Lehre der Kommission. Aber auch das deutsche Kartellrecht kennt seit der 6. GWB-Novelle 1998 den Missbrauch durch Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung (§ 19 IV Nr. 4 GWB). Die Norm ist vom Schrifttum unterschiedlich aufgenommen und interpretiert worden. Während die einen ihr ein Potential zur Verhinderung technologischer Entwicklungen zuschreiben und sie als unnötige Regelung restriktiv auslegen möchten,[27] begrüßen andere sie als einen großen Fortschritt für das deutsche Kartellrecht.[28] Grund genug unter § 3 die Regelung des § 19 IV Nr. 4 GWB und die sonstigen Mittel des deutschen Kartellrechts näher zu untersuchen.
Abgerundet werden die rechtlichen Ausführungen mit einem gestrafften Ausblick auf die sich in anderen Rechtsgebieten ergebenden Probleme bei der Verwendung proprietärer Softwarestandards (Kapitel 5). Unter anderem stellen sich schuldrechtliche Fragen beim Verkauf und Erwerb von Software mit proprietären Standards (§ 1). Untersucht werden dabei in der Hauptsache Fragen der Mängelgewährleistung und Pflichten im Rahmen der nachvertraglichen Fehlerbehebung, des so genannten Bugmanagements. Anschließend ist nach der urheber- (§ 2) und wettbewerbsrechtli-

[24] Kaps, FAZ vom 28.05.1998, S. 17.
[25] Überblick bei: Bickerstaff, MMR 2001, 79 m. w. N.; von Wallenberg, in: Schwarz, InternetR, 5-4.1 (S. 12 f.).
[26] [Microsoft-Case].
[27] Von Wallenberg, K&R 1999, 156 f.
[28] Schwintowski, WuW 1999, 851.

chen (§ 3) Zulässigkeit ausgewählter und bereits praktisch angewandter Maßnahmen zur Durchsetzung proprietärer Standards am Markt zu fragen, bevor in Kapitel 6 im Überblick öffentlich-rechtliche Fragen der Verfassungsmäßigkeit außerstaatlicher Normsetzung durch Softwarehersteller diskutiert werden.
Die jüngst ergangene Entscheidung der europäischen Kommission im Kartellverfahren gegen Microsoft beschäftigt sich mit zentralen Aspekten der kartellrechtlichen Behandlung proprietärer Standards. Im Rahmen einer Fallstudie wird sie in Kapitel 7 ausführlich dargestellt und anschließend einem Vergleich mit den Erkenntnissen dieser Arbeit unterzogen.
Geschlossen wird die Untersuchung mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem Ausblick auf die weitere Entwicklung der dargestellten rechtlichen Instrumente und der ihnen zugrunde liegenden wettbewerbspolitischen Richtungsentscheidungen in Kapitel 8.

§ 3 Methodik

Die im Folgenden angewandte Methodik dieser Untersuchung lässt sich bereits aus dem vorstehend dargestellten Aufbau ableiten. Es sollen alle Instrumente des deutschen und europäischen Rechts betrachtet werden, die durch die Verwendung proprietärer Softwarestandards entstehende Probleme erfassen können, wobei der Schwerpunkt auf dem deutschen und europäischen Kartellrecht liegt.
Proprietäre Standards stehen im Zentrum der Gefährdungen denen der Wettbewerb auf Hochtechnologiemärkten ausgesetzt ist.[29] Während dies in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur einen Niederschlag in einer Vielzahl monographischer Abhandlungen findet, harren die juristischen Probleme, jedenfalls in Deutschland, einer umfassenden Aufarbeitung. Zuletzt sind drei Abhandlungen erschienen, die auf ein Erwachen der Diskussion hoffen lassen: *Fleischer* beschäftigt sich mit der kartellrechtlichen Fallgruppe des Behinderugsmissbrauchs durch Produktinnovation, *Beckmerhagen* geht explizit auf Fragestellungen der Standardisierung im Rahmen der europäischen Verhaltenskontrolle für marktbeherrschende Unternehmen ein und *Wolf* untersucht die Beziehung zwischen Innovation und Kartellrecht auf Hochtechnologiemärkten.[30] Wenngleich somit von einer positi-

[29] Wolf, Produktinnovationen, S. 89 f. u. 93 ff.
[30] Umfassende Nachweise im Literaturverzeichnis: Fleischer, Behinderungsmissbrauch; Beckmerhagen, essential facilities; Wolf, Produktinnovationen.