

**Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften
im Rahmen des Art. 82 EG-Vertrag**

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Hesty Diyah Lestari

aus Indonesien

2006

Dekan: Prof. Dr. Joachim Vogel

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Martin Nettesheim

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wernhard Möschel

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Juli 2006

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Einführung in das Thema der Arbeit	1
II. Ziele der Arbeit	4
III. Struktur der Arbeit	5
§ 1. Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäfte	7
I. Begriffsbestimmungen	7
A. <i>Leveraging</i>	7
B. Kopplungsgeschäfte	8
C. Vertragliche- und Technologische Kopplungsgeschäfte	10
D. Die Zwei-Güter-Frage	12
II. Die Entwicklung der Leverage-Theorie	15
A. Historischer Hintergrund	15
B. Die ökonomische Debatte über die Leverage-Theorie	16
1. Die traditionelle Leverage-Theorie	17
2. Die Chicago School-Theorie	19
a. Das <i>Fixed Sum Argument</i>	20
b. Gewinnmaximierung vs. Monopolausdehnung	22
3. Die Post-Chicago-Theorie	23
a. Die Ablehnung des <i>Fixed Sum Arguments</i>	23
a.1. <i>Whinstons</i> Model	25
a.2. <i>Seidmanns</i> Model	26
a.3. <i>Nalebuffs</i> Model	27
b. Gewinnmaximierung und Monopolausdehnung	28
4. Stellungnahme	28
§ 2. Die Leverage-Theorie im amerikanischen Antitrustrecht	30
I. Rechtsgrundlagen	30
A. Sec. 2 Sherman Act	30

B. Sec. 1 Sherman Act	32
C. Sec. 3 Clayton Act	33
D. Sec. 5 FTC Act	34
II. Anwendungsbereich	35
III. Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften	37
A. <i>Rule of Reason</i> und <i>Per Se Rule</i>	37
B. Beispiele vertraglicher Kopplungsfälle	38
1. Die <i>per se rule</i>	38
2. Die qualifizierte <i>per se rule</i>	42
C. Beispiele technologischer Kopplungsfälle	46
1. IBM	46
a. Telex	47
b. Memorex	48
c. Transamerica	49
2. Microsoft	50
a. Microsoft I	51
b. Microsoft II	52
c. Microsoft III	54
d. Microsoft IV	58
D. Stellungnahme	59
1. <i>Rule of Reason</i> und <i>Per Se Rule</i>	60
2. Marktmacht auf dem Primärmarkt	62
3. Die zwei-Güter-Frage	63
§ 3. Die Leverage-Theorie im europäischen Wettbewerbsrecht	66
I. Rechtsgrundlage	66
A. Die Abgrenzung des relevanten Marktes	67
1. Der sachlich relevante Markt	68
2. Der räumlich relevante Markt	70
B. Die marktbeherrschende Stellung	71
1. Definition	71

2. Marktanteile	72
C. Missbräuchliche Ausnutzung	73
1. Definition	73
2. Verhältnis Marktbeherrschung – Missbrauch	75
3. Besondere Verantwortung beherrschender Unternehmen	76
4. Missbrauch auf einem anderen Markt	77
5. Koppelungsgeschäfte	79
II. Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften	80
A. Beispiele vertraglicher Kopplungsfälle	81
1. Hilti	81
a. Sachverhalt	81
b. Entscheidung	82
2. Tetra Pak II	84
a. Sachverhalt	84
b. Entscheidung	85
3. La Poste	88
a. Sachverhalt	88
b. Entscheidung	89
B. Beispiele technologischer Kopplungsfälle	90
1. IBM	90
2. Microsoft	91
a. Sachverhalt	91
b. Entscheidung	91
III. Stellungnahme	94
A. Beherrschende Stellung	94
B. Zwei verschiedene Güter	95
C. Zwang	96
D. Ausschaltung des Wettbewerbs	97
E. Objektive Rechtfertigung	100
IV. Vergleich mit amerikanischer Rechtsprechung	102
A. Vertragliche- und technologische Kopplungen	102
B. Der <i>rule of reason</i> – Ansatz	103

C. Missbrauch	104
D. Besondere Verantwortung	105
§ 4. Die Ermittlung der Kopplungsgeschäfte: Entkräftung der Leverage-Theorie ..	107
I. Ökonomische Analysen der Kopplungsgeschäfte	107
A. Motive für Kopplungsgeschäfte	107
1. Preisdiskriminierung	108
a. <i>Bowmans</i> Analyse	108
b. <i>Stiglers</i> Analyse	109
2. Sicherung der Qualität	109
3. Umgehung einer Preisregelung	111
a. Umgehung einer Höchstpreisregelung	111
b. Umgehung einer Mindestpreisregelung	112
4. <i>Economies of scale</i>	113
5. Erhöhung des Outputniveaus	114
6. Gewinnmaximierung	115
a. Zwei komplementäre Produkte	115
b. Mehrfachprodukte	117
B. Effizienzgewinne der Kopplungsgeschäfte	117
II. Kopplungsgeschäfte in dynamischen Hochtechnologiemärkten	119
A. Charakteristika der dynamischen Hochtechnologiemärkte	120
B. Netzwerkeffekte	122
1. Direkte- und indirekte Netzwerkeffekte	122
2. <i>Tipping</i>	124
3. Standardisierung	125
C. Monopole, <i>Leveraging</i> und Netzwerkeffekte	127
III. Zielsetzung des Wettbewerbsrechts	131
A. Historische Entwicklung	133
1. Amerikanisches Antitrustrecht	133
2. Europäisches Wettbewerbsrecht	136
B. Standard der Verbraucherwohlfahrt	139

§ 5. Folgerungen für die Anwendung des europäischen Kopplungsrechts	141
I. Keine <i>per se</i> Regel	141
II. Der <i>rule of reason</i> – Ansatz	143
A. Prüfung der zwei verschiedenen Güter	143
1. Vertragliche Kopplungsfälle	145
a. Der getrennte-Nachfrage-Test	145
b. Der Handelsbrauch-Test	146
2. Technologische Kopplungsgeschäfte	147
B. Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Effekten der Kopplungsgeschäfte	149
1. Marktmacht auf dem Primärmarkt	149
2. Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt	150
3. Ausschaltung des Wettbewerbs	150
4. Marktzutrittschranken	151
5. Anreize zu koppeln	152
C. Rechtfertigungsgründe	154
III. Freundliche Behandlung	155
A. Risiko der Fehlentscheidungen.....	156
B. Irrtumskosten	158
IV. Der ökonomische Ansatz	160
 Zusammenfassung	 164
Schlussbemerkung	170
 Literaturverzeichnis	

Einleitung

“Economic freedom ... is a precondition for the development of a free society. Freedom of competition is thus a public freedom. It impacts not only on the economic environment but also on the organisation of society at large. It is in this way that competition policy is a ‘people’s’ policy.”

(Mario Monti, Competition for Consumers’ Benefit, S. 6).

I. Einführung in das Thema der Arbeit

Am 24. März 2004 hat die Europäische Kommission im Verfahren gegen die Microsoft Corporation entschieden, dass Microsoft durch Ausdehnung seiner Marktmacht bei Betriebssystemen für PCs auf den Markt für *Media Players* (Medienabspielprogramme) gegen Art. 82 EG-Vertrag¹ verstoßen hat. Die Kommission war der Ansicht, Microsoft nutze seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus, indem es seinen Windows Media Players (WMP) an das allgegenwärtige Windows-Betriebssystem koppelte. Sie behauptete, Microsoft würde durch die Integration des WMP an das Windows seine Konkurrenten auf dem Markt für Medienabspielprogramme ausschalten.²

Die Entscheidung der Kommission hat die Theorie von Marktmachtausdehnung (die Leverage-Theorie) zu Kopplungsgeschäften wieder ins Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt. *Leveraging* (Hebelwirkung) tritt auf, wenn ein Monopolist seine Monopolmacht auf einem Markt ausnutzt, um diese Machtstellung auf einen anderen Markt auszudehnen,³ indem er den Wettbewerb auf dem anderen Markt ausschließt.⁴ Die Leverage-Verhaltensweisen können sehr unterschiedlich ausfallen. Die wichtigsten Beispiele sind Kopplungsgeschäfte (*tying arrangements*), Lieferverweigerung (*refusals to supply*) und Preisunterbietung (*predatory pricing*). Die größte praktische Relevanz haben dabei Kopplungsgeschäfte.

Ein Kopplungsgeschäft liegt vor, wenn ein Anbieter den Verkauf seines Produkts oder seiner Dienstleistung mit dem gleichzeitigen Bezug eines anderen Produktes oder einer anderen

¹ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

² Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, verfügbar auf: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.

³ *Virgin Atlantic Airways, Ltd. v. British Airways*, 257 F. 3d 256, 272 (2d Cir. 2001): Leveraging is “the use of monopoly power in one market to strengthen a monopoly share in another market.” Vgl. *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 107 (1948); *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263, 275 (2d Cir. 1979).

⁴ *Feldman*, 87 Geo. L.J. 2079 (1999): “Leveraging occurs when a monopolist uses power in one market to induce or foreclose sales in another market and thereby monopolize both.”

Dienstleistung koppelt.⁵ Hier müssen zwei verschiedene Güter vorliegen: das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut. Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften besagt, dass ein Monopolist mittel Kopplungsgeschäfte seine Marktmacht auf dem koppelnden Markt auf den gekoppelten Markt ausdehnen kann. Ein Beispiel soll diese Theorie verdeutlichen: ein Unternehmen ist tätig in zwei Märkten: im Markt für Software (dem Primärmarkt) und im Markt für Hardware (dem Sekundärmarkt). Das Unternehmen verfügt über eine Monopolstellung auf dem Primärmarkt, aber auf dem Sekundärmarkt konkurrieren mehrere Unternehmen. Dann verkauft der Monopolist seine Software (das koppelnde Gut) mit der Bedingung, dass die Lieferung der Software nur an den gleichzeitigen Kauf seiner Hardware (das gekoppelte Gut) geknüpft ist. Durch dieses Kopplungsgeschäft kann er seine Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt vom Zugang zu den vom Monopolisten gebundenen Abnehmern ausschließen und danach vom Sekundärmarkt verdrängen. Als Ergebnis kann er den Sekundärmarkt auch beherrschen. Dies ist *Leveraging*.

Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften ist allerdings umstritten. Seit dem letzten Jahrhundert wurde vornehmlich im U.S.-amerikanischen Antitrustrecht⁶ viel diskutiert, ob ein Monopolist seine Marktmacht auf dem Primärmarkt auf den Sekundärmarkt mittel Kopplungsgeschäfte ausdehnen kann. Die sog. *Chicago School*-Theorie verneint diese Frage und behauptet, dass Kopplungsgeschäfte eine effiziente Verhaltensweise und nicht wettbewerbswidrig sind.⁷ Die sog. *Post-Chicago*-Theorie hingegen bejaht diese Frage. Sie ist der Ansicht, dass unter bestimmten Umständen Kopplungsgeschäfte ein effektives Mittel für *Leveraging* sein können, deshalb Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrig sein können.⁸ In der Literatur ist diese Frage bis heute noch nicht gelöst.

Einerseits sind Kopplungsgeschäfte allgegenwärtig. Sowohl Unternehmen in beherrschender Stellung als auch Unternehmen in konkurrierenden Märkten praktizieren Kopplungsgeschäfte. So ist es in folgenden Beispielen: Hotels bieten Zimmer, Frühstück und Sportzentrum an; Zeitungsverleger bieten Zeitung und Zustelldienstleistungen zusammen an; Copyshops vermieten Kopiermaschinen mit Papier und Tinten von ihnen; Arzneimittel gegen Grippe beinhalten auch Arzneimittel gegen Kopfschmerzen, etc. Vor allem in Technologiemarkten ist es häufig, dass ein Anbieter zwei oder mehrere Produkte in einer Bündelung oder als ein

⁵ Ross, Principles of Antitrust Law, S. 273: "Tying arrangements (or 'tied sales') occur when a seller conditions the purchase of one good or service on the buyer's purchase of another good or service."

⁶ Wird im folgenden von "amerikanischem Antitrustrecht" geschrieben.

⁷ Director/Levi, 51 Nw. U. L.R. 281 (1956); Bowman, 67 Yale. L.R. 19 (1957); Posner, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 171-84; Bork, The Antitrust Paradox, S. 365 ff.

⁸ Kaplow, 85 Colum. L.R. 515 (1985); Whinston, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990); Seidmann, 58 *Economica* 491 (1991).

integriertes Produkt verkauft. Beispielsweise werden Drucker-Faxgeräte-Kopiermaschine, Radio-Kassette-CD-Spieler und Handy-Digitalkamera-Wecker als ein integriertes Produkt angeboten. Eine robuste Erklärung über die allgegenwärtigen Kopplungsgeschäfte wurde von *Bork* geäußert:

“Every person who sells anything imposes a tying arrangement. This is true because every product or service could be broken down into smaller components capable of being sold separately, and every seller refuses at some point to break the product down any further....”⁹

Die Ubiquität der Kopplungsgeschäfte zeigt, dass diese Verhaltensweise effizient ist. Kopplung kann die Produktionskosten und Transaktionskosten verringern, was Unternehmen und Verbraucher begünstigt. Wenn sie nicht effizient ist, kann sie im Markt nicht überleben.

Andererseits können Kopplungsgeschäfte auch wettbewerbsbeschränkende Effekte haben. Dies geschieht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Kopplungsgeschäfte benutzt, um Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt zu beseitigen, damit kann es den Sekundärmarkt auch monopolisieren. In dieser Konstellation funktionieren Kopplungsgeschäfte als eine wettbewerbswidrige Leverage-Verhaltensweise, die zum Verbraucherschaden führt. Solche Kopplungsgeschäfte sollten verhindert werden.

Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass Kopplungsgeschäfte pro- und antiwettbewerbliche Effekte haben können. Das Wettbewerbsrecht sollte prowettbewerbliche Kopplungen bestätigen und antiwettbewerbliche Kopplungen untersagen. Im europäischen Wettbewerbsrecht werden Kopplungsgeschäfte als eine Leverage-Verhaltensweise gemäß Art. 82 EG-Vertrag geprüft. Art. 82 EGV richtet sich gegen missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Vorschrift zählt Beispiele der missbräuchlichen Verhaltensweisen auf, unter anderem Kopplungsgeschäfte. Nach Art. 82 lit. d) EGV sind Kopplungsgeschäfte missbräuchlich, wenn sie „weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

Im amerikanischen Antitrustrecht fällt *Leveraging* unter dem Bereich der Monopolisierung marktbeherrschender Unternehmen. *Leveraging* wird in erster Linie von Section 2 Sherman Act geprüft. Wenn die Leverage-Verhaltensweisen Kopplungsgeschäfte sind, so werden sie direkt nach Section 1 Sherman Act, oder Section 3 Clayton Act oder Section 5 FTC Act behandelt.

⁹ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 378 f.

II. Ziele der Arbeit

Es ist eine schwierige Aufgabe für die Kartellbehörden und Gerichte zu entscheiden, ob ein Kopplungsgeschäft von einem marktbeherrschenden Unternehmen tatsächlich eine Leverage-Verhaltensweise ist. Diese Aufgabe wird schwieriger sein, wenn das Kopplungsgeschäft auf einer innovativen Produktintegration von zwei Produkten beruht, die früher nur getrennt erworben werden konnten und jetzt als ein einzelnes Produkt angeboten werden. Das aktuellste Beispiel ist die rechtliche Konfrontation zwischen dem Softwaregiganten Microsoft Corp. und den Kartellbehörden sowohl in den USA als auch in der Europäischen Union (EU).

Microsoft, der Marktführer bei PC-Betriebssystemen, hatte mehrere Funktionen, u.a. Internet Explorer (IE) und Windows Media Player (WMP), an sein Betriebssystem Windows integriert. In den USA wurde die Integration von IE in das Windows vom Justizministerium (*Department of Justice*) als eine wettbewerbswidrige Kopplung angesehen, die bezweckte, den Markt für Internetbrowser zu monopolisieren. Microsoft behauptete, dass IE und Windows ein einzelnes integriertes Produkt waren, also kein Kopplungsgeschäft von zwei verschiedenen Produkten, und diese Produktintegration innovativ war. Das Berufungsgericht für den District of Columbia bestätigte die Integration von IE in das Windows. Diese Integration ist daher keine wettbewerbswidrige Kopplung.¹⁰

Die Integration von WMP in das Windows wurde ebenfalls von der Europäischen Kommission als wettbewerbswidrige Kopplung eingestuft, die bezweckte, den Markt für Medienabspielprogramme zu monopolisieren. Microsoft behauptete, dass die Integration von WMP in das Windows effizient und innovativ war. Wie bereits erwähnt, entschied die Kommission, dass diese Integration eine wettbewerbswidrige Leverage-Verhaltensweise ist. Als Abhilfemaßnahme verlangte sie vom Microsoft eine Windows-Version ohne WMP anzubieten.¹¹

Die Entscheidung der Kommission ist umstritten. Strittig sind insbesondere, ob *Leveraging* die einzige Erklärung für die Microsofts Verhaltensweise sei und ob Kopplungsrecht angerufen werden solle, um Microsoft daran zu hindern, neue Funktionen an das Windows zu integrieren.¹² Kritiker befürchten, dass solch eine Entscheidung die Innovation abkühlen

¹⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C. Cir. 1998); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹¹ Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*.

¹² *Fleischer/Körber*, 12 K&R 623, 624 (2001); *Körber*, RIW 568 (2004); *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, verfügbar auf: http://papers.ssrn.com/abstract_id=59663; *Art & McCurdy*, 11 ECLR 694, 699 (2004); *Norall/Gowdy*, The European Commission's Microsoft Decision, 17.05.2004, abrufbar unter: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=26057&searchresults=1>.

könne und eine entsprechende Auslegung des Wettbewerbsrechts der Produktinnovation entgegenstehen könne.¹³ In Technologiemarkten beruht die Innovation häufig auf einer Implementierung unterschiedlicher Funktionen in einem einzelnen Produkt. Diese Arbeit beschäftigt sich daher unter anderem mit der Frage, wie Produktinnovation und Schutz des Wettbewerbs in Einklang gebracht werden können.

Schwerpunkt dieser Arbeit ist die Analyse der bisherigen europäischen Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften. Ziel dieser Analyse ist die Tatbestandsmerkmale der Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften im Rahmen des Art. 82 EGV herauszuarbeiten.

Im amerikanischen Antitrustrecht ist die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften schon weit entwickelt. Daher empfiehlt sich die Darstellung der Entwicklung dieser Theorie in der amerikanischen Rechtsprechung. Ziel ist der Rechtsvergleich zwischen dem europäischen und dem amerikanischen Kopplungsrecht.

Außer Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften wird diese Arbeit auch die Literatur zu Kopplungsgeschäften analysieren. Dabei sind die ökonomischen Analysen der Kopplungsgeschäfte und Kopplungsgeschäfte in dynamischen Hochtechnologiemärkten sowie die Zielsetzung der Wettbewerbspolitik zu ermitteln. Ziel ist die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften zu prüfen.

Nach der Ermittlung desselben wird diese Arbeit der Frage nachgehen müssen, wie die europäische Rechtspraxis Kopplungsgeschäfte von beherrschenden Unternehmen behandeln sollte.

III. Struktur der Arbeit

Diese Arbeit gliedert sich in fünf Kapitel. Das erste Kapitel dient als Überblick über die Leverage-Theorie und Kopplungsgeschäfte, sowie die Entwicklungsphasen der Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften im amerikanischen Antitrustrecht.

In Kapitel zwei erfolgt eine Darstellung der amerikanischen Rechtsprechung zu Kopplungsfällen. Zunächst werden die Rechtsgrundlagen der Leverage-Theorie sowie der Anwendungsbereich der Leverage-Theorie im amerikanischen Antitrustrecht dargestellt. Nach dieser Darstellung wird das amerikanische Kopplungsrecht analysiert.

¹³ A.a.O.

Das dritte Kapitel befasst sich mit der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu Kopplungsfällen. Durch eine Analyse dieser Entscheidungen werden die speziellen Tatbestandsmerkmale der wettbewerbswidrigen Kopplungsgeschäfte im europäischen Wettbewerbsrecht erarbeitet. Danach werden sie mit der amerikanischen Rechtsprechung zu Kopplungsfällen verglichen.

Kapitel vier behandelt die ökonomischen Analysen der Kopplungsgeschäfte. Dabei werden Kopplungsgeschäfte in dynamischen Hochtechnologiemärkten und die Zielsetzung des Wettbewerbsrechts analysiert.

Aus dem Ergebnis der Analyse der Rechtspraxis und der Literatur werden in Kapitel fünf Folgerungen für die Anwendung des europäischen Kopplungsrechts ermittelt.

§ 1. Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften

“Tying contracts – agreements conditioning the sale of one, “tying” product upon an agreement to purchase a second, “tied” product – are endemic in the modern economy.”

(Alan J. Meese, 146 U. Pa. L.R. 1 (1997)).

I. Begriffsbestimmungen

A. Leveraging

Bevor die Arbeit die Leverage-Theorie darstellt, wird zunächst kurz das Grundkonzept von Monopol und Marktmacht erläutert. Ein Monopolist ist ein Unternehmen, das die Möglichkeit hat, die Lieferung der von ihm angebotenen Produkte so einzuschränken, dass er den Preis dieser Produkte kontrolliert.¹⁴ Eine Marktmacht bezieht sich auf die Fähigkeit eines Unternehmens, seine Gewinne zu maximieren, indem es seine Produktion beschränkt und dadurch einen höheren Preis für dieses Produkt erzielt.¹⁵ Ein Monopolist ist daher ein Unternehmen, das auf dem betreffenden Markt eine Marktmacht innehat. Ferner kann der Monopolist diese Marktmacht ausnutzen, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen, indem er Konkurrenten auf diesem Markt beseitigt oder verdrängt.¹⁶

Marktzutrittschranken sind als *conditio sine qua non* für das Bestehen von Marktmacht anerkannt. Ohne das Errichten von Zugangshindernissen für potentielle Wettbewerber ist es für den Monopolisten nicht möglich, seine Preise langfristig über die Grenzkosten zu heben. Dies kann dadurch geschehen, indem der Monopolist durch Preiserhöhung ein hohes Niveau von Gewinnen erreichen kann, bevor es dazu kommt, dass neue Wettbewerber sich dafür interessieren, in den Markt einzutreten. Bei Eintritt neuer Wettbewerber wird die Gesamtproduktion für das betreffende Produkt zunehmen. Als Folge dessen wird der Preis des Monopolisten für dieses Produkt sinken. Durch das Errichten von Zugangshindernissen für potentielle Wettbewerber behindert der Monopolist somit den Markteintritt von Konkurrenten und sichert langfristig einen Monopolpreis.¹⁷

¹⁴ *Smith*, An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nation, 61; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17, Rn. 9; *Baker*, 41 A.B.A. Antitrust L.J. 613, 615 (1972); *Lombardo*, 41 St. Louis U.L.J. 387, 390 (1996).

¹⁵ *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, S. 172.

¹⁶ *Krattenmaker*, Monopoly Power and Market Power, in First, Fox/Pitofsky, Revitalizing Antitrust, 180 f.

¹⁷ *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, 55 f.; *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organisation, 74 ff.; *Lombardo*, 41 St. Louis U.L.J. 387, 391 (1996).

Als *Leveraging* (Hebelwirkung) werden Tätigkeiten des Monopolisten bezeichnet, die darauf abzielen, seine Marktmacht in seinem eigenen Markt als Hebel (Lever) dafür zu benutzen, um die Marktmacht auf einen anderen, üblicherweise benachbarten Markt auszudehnen. Man spricht vom "Monopolisieren" des anderen Marktes. Der Begriff *Leveraging* ist auch als „*the establishment of a new or second monopoly*“ gekennzeichnet.¹⁸ Ziel des Leverage-Verhaltens ist daher die Monopolisierung des Sekundärmarktes.

Bei der Leverage-Theorie kommen immer zwei Märkte in Betracht: der Primärmarkt, auf dem ein Unternehmen eine Monopolstellung innehat und der Sekundärmarkt, der üblicherweise konkurrierend ist. Das Unternehmen kann auch über eine beherrschende Stellung auf dem Sekundärmarkt verfügen, aber es trifft in diesem Markt auf heftigen Wettbewerb. Durch *Leveraging* versucht es, Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt zu beseitigen und den Sekundärmarkt zu monopolisieren.

Leveraging kann durch eine Vielzahl von Verhaltensweisen umgesetzt werden: Kopplungsgeschäfte, Lieferverweigerung, Preisunterbietung etc. Die größte praktische Relevanz haben dabei Kopplungsgeschäfte. In dieser Arbeit sollen Kopplungsgeschäfte systematisch untersucht werden.

B. Kopplungsgeschäfte

Ein Kopplungsgeschäft (*tying arrangement, tie-ins*) liegt vor, wenn ein Anbieter für den Verkauf seines Produkts bzw. seiner Dienstleistung (koppelndes Gut) voraussetzt, dass der Abnehmer gleichzeitig ein andere seiner Produkte bzw. seiner Dienstleistungen (gekoppeltes Gut) abnimmt. Ohne die Abnahme des gekoppelten Gutes kann der Abnehmer das koppelnde Gut nicht erwerben. Also ist das koppelnde Gut einzeln nicht erhältlich. Das gekoppelte Gut kann jedoch einzeln erworben werden. Kopplungsgeschäfte können sowohl durch Vereinbarung als auch durch positive Anreize bzw. durch faktischen Zwang durchgeführt werden.¹⁹ Voraussetzung für wettbewerbswidrige Kopplungsgeschäfte ist das Bestehen von Marktmacht auf dem Markt für das koppelnde Gut. Ohne diese Marktmacht kann das beherrschende Unternehmen die Abnehmer nicht zwingen, das gekoppelte Gut abzunehmen.²⁰

¹⁸ *Bowman*, 67 Yale L.J. 19, 20 (1957).

¹⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 18, Rn. 25.

²⁰ *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, S. 238; *Leslie*, 60 Ohio St. L.J. 1773 (1999).

Im Kontext der Leverage-Theorie bezwecken Kopplungsgeschäfte, den Markt für das gekoppelte Gut zu monopolisieren. Ein Beispiel hierfür ist der Verkauf der Software und Hardware, wie bereits dargestellt. Der Monopolist verkauft sein Monopolprodukt Software unter der Bedingung, dass der Abnehmer gleichzeitig auch seine Hardware kauft. Der Abnehmer kann Hardware ohne Software kaufen, aber wenn er Software kaufen möchte, dann muss er auch Hardware abnehmen. Durch dieses Geschäft wird der Software-Monopolist den Markt für Hardware kontrollieren. Die Konkurrenten, die keine Software anbieten, werden vom Markt für Hardware verdrängt. Damit kann der Software-Monopolist auch den Hardware-Markt monopolisieren.

Eine Form von Kopplungsgeschäften ist das sog. *Bundling* (Bündelung). Hier verkauft ein Unternehmen sein Produkt (koppelndes Gut) mit einem andere seiner Produkte (gekoppeltes Gut) als Bündel. Beim *Pure Bundling* (reiner Bündelung) verkauft das Unternehmen bestimmte Produkte nur gebündelt. Keines der Produkte aus dem Bündel kann einzeln erworben werden. Beispielsweise verkauft der Software-Monopolist seine Software und Hardware nur als Bündel. Sowohl Software als auch Hardware können nicht einzeln erworben werden. Im Unterschied dazu wird beim *Tying* das gekoppelte Gut auch einzeln verkauft. *Pure Bundling* wird selten praktiziert. Üblicherweise verwenden Unternehmen beim Verkauf mehrerer Produkte ein "*Mix Bundling*" (gemischten Bündelung). *Mix Bundling* wird auch als *Commercial Tying* bezeichnet.²¹

Bei *mix bundling* verkauft das Unternehmen ein Produktbündel zu einem Preis, der günstiger als die Summe der Einzelpreise ist. Das Unternehmen verkauft zwar die Produkte auch einzeln, die Einzelpreise sind jedoch nicht attraktiv. Der Abnehmer bekommt einen Rabatt für den Kauf des Monopolprodukts nur dann, wenn er das andere Produkt abnimmt. Beispielsweise verkauft ein Unternehmen sein Monopolprodukt Digital-Kamera mit Speicherkarte sowie Akkus und Ladegerät als Bündel zum Preis von € 450. Der Einzelpreis für die Digital-Kamera beträgt € 400, der für die Speicherkarte € 50 und der für Akkus und Ladegerät € 50. Die Preisdifferenz zwischen dem gebündelten Produkt und ungebündelten Produkten ist so gering, dass der Preis für das gebündelte Produkt attraktiver ist als der Preis für ungebündelte Produkte.

Eine andere Konstellation tritt beim *Technical Bundling* auf. Hier stellt ein Unternehmen das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut als ein integriertes Produkt her. Das koppelnde Gut kann nicht ohne das gekoppelte Gut funktionieren. Beispielsweise kann der Photo-Film ohne

²¹ *Giotakos*, 23 U.Pa.J.Int'l.Econ.L. 469, 483 (2002); *Völcker*, C.M.L.R. 581, 584 (2003).

die passende Kamera nicht verwendet werden. Das Unternehmen stellt als einziges die Filme und die dazu passenden Kameras her. Wer die Kamera bei der Firma kauft, muss später auch deren Filme kaufen.

Die bloße Tatsache, dass der Abnehmer zwei oder mehr Produkte eines Unternehmens erwirbt, ist nicht unbedingt als ein Kopplungsgeschäft zu bezeichnen.²² Entscheidend ist der Grund für die Abnahme dieser Produkte. Ein Kopplungsgeschäft liegt nur dann vor, wenn bei der Abnahme mehrerer Produkte durch die Geschäftspolitik des Unternehmens der Bezug des Hauptprodukts an die gleichzeitige Abnahme anderer Produkte gebunden wird.

Kopplungsgeschäfte können verschiedene Gründe haben: Marktmachtausdehnung, Umgehung einer Preisregelung, Preisdiskriminierung, Sicherung der Qualität, Skalengewinne (*economies of scale*) etc.²³ Kopplungsgeschäfte können wettbewerbsfördernde oder wettbewerbswidrige Effekte haben - je nach den Umständen. Sie sind wettbewerbsfördernd, wenn durch sie das beherrschende Unternehmen sein Vertriebssystem verbessern, die Preise seiner Produkte verringern, die Qualität seiner Produkte verbessern oder ein verwandtes Produkt besser herstellen kann.²⁴ Demgegenüber sind Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrig, wenn durch sie das beherrschende Unternehmen seine Preise künstlich erhöhen kann oder die Konkurrenten auf dem gekoppelten Markt durch den Konkurrenzdruck gezwungen werden entweder in teure Produktentwicklungen zu investieren oder vom Markt zu weichen.²⁵ Kopplungsgeschäfte sind daher weder *per se* illegal noch *per se* legal.

C. Vertragliche- und Technologische Kopplungsgeschäfte

In dieser Arbeit werden Kopplungsgeschäfte in zwei Fallgruppen analysiert: vertragliche Kopplungsgeschäfte und technologische Kopplungsgeschäfte. Vertragliche Kopplungsgeschäfte beriefen sich auf den Fällen, in denen das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut getrennt hergestellt werden. Die Kopplungsgeschäfte erfolgen durch vertragliche Vereinbarungen oder durch eine sonstige Verständigung zwischen dem Anbieter und dem Abnehmer.²⁶ Demgegenüber werden das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut bei technologischen Kopplungsgeschäften zusammen hergestellt. Vorher wurden beide Güter

²² Burkert, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 31.

²³ Bork, The Antitrust Paradox, S. 376; Moschel, in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 198; Burkert, a.a.O., S. 57 ff.

²⁴ Rubinfeld, 6 GRUR Int. 479, 485 f., (1999).

²⁵ A.a.O.

²⁶ Fleischer, Behinderungsmisbrauch durch Produktintegration, S. 43.

getrennt hergestellt. Angesichts einer neuen Technologie bzw. Innovation werden sie integriert und nunmehr erscheinen sie als ein integriertes Produkt. *Technical bundling* ist auch unter der technologischen Fallgruppe einzuordnen.

Zwischen vertraglichen- und technologischen Kopplungen gibt es mindestens vier wesentliche Unterschiede.²⁷ Der erste ist die Natur der Verbindung zwischen dem koppelnden Gut und dem gekoppelten Gut. In der vertraglichen Kopplung ist die Verbindung zwischen den Gütern explizit; das gekoppelte Gut ist eine Zugabe des koppelnden Gutes, z.B. Software und Hardware sowie Kamera und Film. Im Gegensatz dazu ist die technologische Kopplung eine implizite Kopplung,²⁸ indem das gekoppelte Gut an das koppelnde Gut integriert wird und nunmehr als ein integriertes Produkt erscheint, z.B. Windows Media Player und Windows-Betriebssystem. Diese Kopplung führt zur technischen Kompatibilität der beiden Güter.²⁹

Der zweite Unterschied liegt in der zeitlichen Dimension der Kopplungsstrategien.³⁰ Während die Dauer einer vertraglichen Kopplung durch die Vertragsparteien bestimmt wird, büßt die technologische Kopplung ihre Wirkung ein, sobald es einem Konkurrenten gelingt, ein kompatibles gekoppeltes Gut zu erfinden. Deshalb gibt es theoretisch keine zeitliche Schranke bei der vertraglichen Kopplung, während die technologische Kopplung auf eine bestimmte Zeitspanne beschränkt wird.³¹

Drittens sind die Gründe, aus denen Unternehmen vertragliche- oder technologische Kopplungen durchführen, nicht völlig gleich. Unternehmen haben ungefähr fünf Motive, die vertragliche Kopplung auszuüben: (1) Umgehung einer Hochpreisregelung, (2) Preisdiskriminierung, (3) Zählfunktion von Kopplungsgeschäften, (4) Skaleneffekte und (5) Qualitätskontrolle.³² Bei der Durchführung technologischer Kopplung können diese Motive auch eine Rolle spielen, aber aufgrund der begrenzten Zeitspanne sind sie wahrscheinlich weniger ausschlaggebend.³³

Der vierte Unterschied beruht auf der Rechtsfolgenreise der Kopplungen. Wird eine vertragliche Kopplung als rechtswidrig angesehen, verhängt die Kartellbehörde als Sanktion

²⁷ A.a.O., S. 42 ff.

²⁸ Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law, § 738.1, S. 702.

²⁹ *Fleischer*, Behinderungsmißbrauch durch Produktinnovation, S. 43.

³⁰ A.a.O.

³¹ A.a.O.

³² Vgl. *Fleischer*, a.a.O.; *Burkert*, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 57 ff; *Bork*, Antitrust Paradox, S. 376.

³³ *Fleischer*, a.a.O., S. 43.

ein Verbot dieser Kopplung. Also muss das betreffende Unternehmen das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut anbieten. Bei rechtswidriger technologischer Kopplung kann die Kartellbehörde nicht nur ein Verbot sondern auch ein Gebot als Sanktion bestimmen.³⁴

D. Die Zwei-Güter-Frage

Ein Kopplungsgeschäft setzt das Bestehen von zwei getrennten Produkten voraus. Bei der Beurteilung, ob ein Kopplungsgeschäft zulässig ist, spielt die Zwei-Güter-Frage eine große Rolle. Liegen nicht zwei getrennte Produkte, sondern nur eines vor, so kann auch nicht von einem Kopplungsgeschäft gesprochen werden. Allerdings ist das Bestehen von zwei getrennten Produkten schwierig zu bestimmen. Man muss zwischen dem Angebot eines Produktes, das aus mehreren Komponenten besteht, und einem Kopplungsgeschäft von zwei oder mehrere verschiedenen Produkten unterscheiden. Von besonderem Interesse sind hierbei Produkte oder Dienstleistungen, die als Bündel angeboten werden, jedoch auch getrennt angeboten werden könnten. Soll das Angebot als ein Angebot von einem einzelnen Produkt bewertet werden, oder handelt es sich um ein Kopplungsgeschäft?

In traditionellen Märkten ist die Zwei-Güter-Frage schon schwierig genug zu beantworten. Ist ein Auto beispielsweise, eine Bündelung von Maschinen, Reifen, Sitz und Lenkrad? Sind Pauschalreisen, die Flug, Hotel, Essen, Stadtführung und Reiseleiterin umfassen, eine Bündelung? Ist ein paar Schuhe eine Bündelung von rechtem Schuh und linkem Schuh?

In Technologiemarkten ist die Zwei-Güter-Frage noch schwieriger zu beantworten. Viele Produkte in diesem Markt sind als ein integriertes Produkt angeboten, obwohl die Produkte einzeln auch erworben werden können. Ein klassisches Beispiel ist das Angebot eines Computers, das CPU (Prozessor), Monitor, Peripheriegeräte und Software beinhaltet. Ist das Angebot eine Bündelung? Sind der integrierte Browser und das Betriebssystem ein Produkt oder zwei getrennte Produkte? Soll man glauben, dass ein Stereo-Radiorecorder mit CD-, Kasette, und MP3-Spieler eine Bündelung ist?

In der Literatur gibt es verschiedene Methoden zur Beantwortung der Frage, ob zwei getrennte Produkte vorliegen, z.B. der angebotsorientierte Test, der wettbewerbsorientierte Test, der produktorientierte Test und der nachfrageorientierte Test.³⁵ Beim angebotsorientierten Test ist der Unterschied der Güter aus der Sicht des Anbieters zu

³⁴ A.a.O.

³⁵ Burkert, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 42 ff.

beurteilen. Wenn der Anbieter der Ansicht ist, dass sein Angebot nur ein einzelnes oder ein integriertes Produkt beinhaltet, dann würden zwei getrennte Produkte nicht vorliegen. Als Ergebnis liegt ein Kopplungsgeschäft nicht vor. Auf einer Seite versteht der Anbieter besser als die anderen Marktteilnehmer, was genau die Funktion eines Produkts ist, ob die Funktion dieses Produkts als ein integriertes Produkt besser ist, als wenn es als zwei getrennte Produkte angeboten wird, und ob durch Produktintegration das Vertriebssystem des Anbieters effizienter ist und die Kosten geringer sind, damit Verbraucher niedrigere Preise bekommen können. Auf der anderen Seite würde der Anbieter immer behaupten, dass das Angebot ein neues innovatives integriertes Produkt beinhaltet. In der Praxis führt dies dazu, dass man im Zweifelsfall nie zu dem Befund käme, dass zwei getrennte Produkte vorliegen. Kopplungsgeschäften würden Tür und Tor geöffnet.

Die Prüfung könnte auch aus dem Verhalten der Wettbewerber erfolgen. Wenn Wettbewerber zwei Produkte getrennt anbieten, wird ein Angebot, das diese zwei Produkte zu einem integrierten Produkt bindet, ein Kopplungsgeschäft. Beispielsweise werden Kamera und Film von verschiedenen Unternehmen hergestellt. Wenn ein Unternehmen seinen Film nur kompatibel mit seiner Kamera herstellt, oder Kamera und Film als ein integriertes Produkt anbietet, ist diese Verhaltensweise ein Kopplungsgeschäft. Die Effizienzvorteile einer Produktintegration oder Produktinnovation würden daher nicht in diesem Test anerkannt. Solange es Unternehmen gibt, die das koppelnde Gut oder das gekoppelte Gut einzeln anbieten, wird die Integration beider Güter ein Kopplungsgeschäft. Dieser Test vereinfacht es kleinen Unternehmen oder nicht effizienten Unternehmen, deren Produkte mit dem effizienten integrierten Produkt des Monopolisten nicht konkurrieren können, zu behaupten, dass der Monopolist seine Produkte gekoppelt habe, um seine Konkurrenten zu beseitigen. Diesen subjektiven Test anzuwenden, ist daher problematisch.

Nach dem produktorientierten Test würde ein Produkt aus funktionellen Erwägungen geprüft, ob das Produkt ein integriertes Produkt oder zwei verschiedene Produkte beinhaltet. Wenn ein Produkt ohne ein anderes Produkt nicht funktioniert, dann werden beide Produkte als ein integriertes Produkt bezeichnet. Beispielsweise kann CPU ohne Monitor und Peripheriegeräte nicht verwendet werden, deshalb sind CPU, Monitor und Peripheriegeräte ein integriertes Produkt. Folgt man diesem Gedanken, so werden zwei getrennte Produkte nur selten vorliegen, da fast alle Produkte immer mit anderen Produkten verwendet werden, z.B. Kamera und Film, Software und Hardware.

Oft wird empfohlen, den nachfrageorientierten Test anzuwenden.³⁶ Bei diesem Test wird die Antwort auf die Frage, ob es sich um zwei getrennte Produkte handelt, aus der Sicht der Verbraucher bestimmt. Also liegen zwei getrennte Produkte vor, wenn es neben den Nachfragern für das koppelnde Gut noch andere Nachfrager für das gekoppelte Gut gibt. Beispielsweise sind CPU, Monitor und Peripheriegeräte ein integriertes Produkt, wenn Verbraucher CPU immer mit Monitor und Peripheriegeräte kaufen. Wenn es allerdings Verbraucher gibt, die Monitor bzw. Peripheriegeräte ohne CPU kaufen, so sind CPU, Monitor und Peripheriegeräte getrennte Produkte. Die Tatsache, dass ein Gut ohne das andere Gut nicht verwendet werden kann, ist kein Rechtfertigungsgrund in diesem Test. Obwohl eine CPU ohne Monitor und Peripheriegeräte nicht funktionieren kann, könnte es theoretisch Nachfrager für Monitor und Peripheriegeräte ohne CPU geben, und damit wären CPU, Monitor und Peripheriegeräte kein integriertes Produkt. Der Test scheint plausibel, aber auch schwach, da der Test das Verhalten der Verbraucher in der Vergangenheit und in der Gegenwart analysiert und dann behauptet, dass sich das Verhalten der Verbraucher in der Zukunft nicht verändert.³⁷ Ferner können nicht alle Verbraucher die Effizienzvorteile einer Produktintegration beurteilen, oder zwischen einem integrierten bzw. innovativen Produkt und zwei getrennten Produkten unterscheiden.³⁸ Auch die Anwendung dieses Tests ist somit problematisch.

Im dynamischen Technologiemarkt sind viele neue Hochtechnologieprodukte einfach deshalb besser bewertet als andere, weil sie auf einem einzelnen integrierten Produkt das kombinieren können, was früher nur getrennt erworben werden konnte und was jetzt in der Kombination eine bessere Funktionen anbietet. In diesem Zusammenhang wird die Zwei-Güter-Frage nicht mehr plausibel. Die Zwei-Güter-Frage könnte die Effizienzvorteile einer Bündelung nicht identifizieren. Daher liegt in allen Lösungsansätzen zur Zwei-Güter-Frage die Gefahr, Produktinnovation zu bremsen. Manche Autoren haben empfohlen, die Diskussion zur Zwei-Güter-Frage zu beenden.³⁹ Die wichtige Frage bei der Beurteilung eines Kopplungsgeschäfts ist nicht die Zwei-Güter-Frage, sondern die Frage, ob das Kopplungsgeschäft zulässig ist.⁴⁰

³⁶ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 22 (1984); *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc. et al*, 504 U.S. 451 (1992); *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30, 49 (D.D.C. 2000) (Conclusions of Law); Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 803; *Strasser*, 34 Emory L.J., 253, 256 f. (1985); *De Vries*, 14 Berkeley Tech. L.J. 303, 321 f. (1999); *Lam*, 108 Yale L.J. 1441 (1999).

³⁷ *Gastle/Boughs*, 6 Va. J.L. & Tech. 7, 48 (2001).

³⁸ *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 920 (2002).

³⁹ *Katz/Saphiro*, 8 J. Econ. Persp. 93 (1994); 40 J. Indus. Econ. 55 (1992); 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985); *Gastle/Boughs*, 6 Va. J.L. & Tech. 7 (2001).

⁴⁰ *Burkert*, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 45.

Wenn ein Angebot aus zwei getrennten Produkten besteht, sollte das Angebot nicht *per se* als rechtswidrig beurteilt werden. Zu prüfen ist, ob das Kopplungsgeschäft wettbewerbsfördernd oder wettbewerbswidrig ist. Wenn die wettbewerbsfördernden Effekte größer als die wettbewerbswidrigen Effekte sind, soll das Kopplungsgeschäft gerechtfertigt werden. Kopplungsgeschäfte sollten daher nach der *rule of reason* geprüft werden, ob sie zulässig sind. Nach der *rule of reason* – Analyse werden die ökonomischen Effekte der Kopplungsgeschäfte *case by case* untersucht. Eine eingehende Prüfung zu den ökonomischen Effekten des betreffenden Kopplungsgeschäfts ist hier notwendig.

II. Die Entwicklung der Leverage-Theorie

A. Historischer Hintergrund

Die Leverage-Theorie tauchte zum ersten Mal 1912 in einem Urteil des U.S.-amerikanischen *Supreme Court* (des obersten Gerichtshofs) im Fall *Sidney Henry v. A.B. Dick Co.*⁴¹ auf. Der Fall bezieht sich auf ein Kopplungsgeschäft im Bereich des Patentrechts. A.B. Dick Co. erlangte ein Patentrecht, eine Patronen-Verdoppelungsmaschine namens „Rotary Mimeograph“ herzustellen und zu verkaufen. Der Lizenzvertrag von A.B. Dick verlangte von dem Lizenznehmer, nur Patronenpapier, Tinte und andere zugehörigen Produkte von A.B. Dick zu benutzen. Sidney Henry, der Beklagte, verkaufte den Lizenznehmern von Rotary Mimeograph Tinte, die für Rotary Mimeograph geeignet war. Die Frage vor dem Gericht war, ob der Verkauf der Tinte von Sidney Henry das Patentrecht von A.B. Dick verletzte. Der *Supreme Court* entschied, dass der Verkauf das Patentrecht verletze.⁴² Das Kopplungsgeschäft von A.B. Dick war daher legal.

In seiner *dissenting opinion* behauptete *Justice White*, dass der Lizenzvertrag von A.B. Dick ein Patentrecht auf dem Markt für Tinte begründe, während das tatsächliche Patentrecht nur die Benutzung von Rotary Mimeograph umfasse. *White J.* legte dann Grundprinzipien der Leverage-Theorie dar: einem Monopolunternehmen zu erlauben, den Verkauf seiner patentierten Maschine mit anderen Produkten zu koppeln, würde „multiply monopolies at the will of an interested party“ implizieren⁴³

⁴¹ 224 U.S. 1 (1912).

⁴² A.a.O. S. 12-13.

⁴³ A.a.O. S. 53.

Die Auffassung von *White J.* wurde 1917 vom *Supreme Court* im Fall *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*⁴⁴ übernommen. In diesem Fall beschränkte Motion Picture in seinem Lizenzvertrag die Benutzung seiner patentierten *projecting-kinescope* auf die von ihm verkauften Bewegungsbilder. Der Gerichtshof stellte fest, dass ein Patentinhaber keine patentierten Maschinen verkaufen dürfe, bei der er die Nutzung dieser Maschinen nur in Bezug auf die bestimmten Produkte begrenzt, die kein Teil der patentierten Maschine seien und von dem Patentrecht nicht umfasst würden.⁴⁵ Der Gerichtshof wandte die Meinung von *White J.* in *Sidney Henry v. A.B. Dick Co.* an und fand, dass die Durchsetzung des Lizenzvertrags ein Monopol in der Herstellung und der Benutzung von Bewegungsbilderfilms begründen würde.⁴⁶

Seit dem Urteil *Motion Picture Patents* hat die Leverage-Theorie in der amerikanischen Rechtsprechung an Bedeutung gewonnen. Antitrustautoren diskutierten die Leverage-Theorie der Gerichte und debattierten, ob ein Unternehmen durch Kopplungsgeschäfte seine Monopolmacht auf einem Markt auf einen anderen Markt ausdehnen kann. Sie versuchten zu erklären, warum Unternehmen das Leverage-Verhalten ausüben, was die eventuellen Effekte dieses Verhalten sind, ob ein Monopolist durch das Leverage-Verhalten einen zusätzlichen Monopolgewinn auf dem Sekundärmarkt erzielen kann, und wie das Antitrustrecht das Leverage-Verhalten behandeln soll.

B. Die ökonomische Debatte über die Leverage-Theorie

Die Leverage-Theorie hat sich nach und nach durch die Debatten zwischen Antitrustautoren und den Gerichten entwickelt. Die Entwicklung der Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften im amerikanischen Antitrustrecht verlief in drei Phasen: traditionelle Leverage-Theorie, *Chicago School*-Theorie und *Post-Chicago*-Theorie. Die traditionelle Leverage-Theorie behauptet, dass *Leveraging* durch Kopplungsgeschäfte eine zweite Monopolstellung begründen würde; Kopplungsgeschäfte seien wettbewerbswidrig und daher *per se* illegal. Demgegenüber ist die *Chicago School* der Meinung, die Monopolausdehnung durch Kopplungsgeschäfte mache keinen Sinn; Kopplungsgeschäfte seien wettbewerbsfördernd und daher *per se* legal. Die *Post-Chicago*-Theorie zeigt, dass

⁴⁴ 243 U.S. 502 (1917).

⁴⁵ A.a.O., S. 518.

⁴⁶ A.a.O. S. 519.

Kopplungsgeschäfte sowohl wettbewerbswidrige- als auch wettbewerbsfördernde Effekte haben können.

1. Die traditionelle Leverage-Theorie

Vor den fünfziger Jahren wurde die traditionelle Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften von Antitrustsautoren allgemein angenommen.⁴⁷ Die traditionelle Leverage-Theorie behauptet, dass die Ausnutzung einer Monopolmacht auf dem Primärmarkt durch Kopplungsgeschäfte einen Versuch darstellt, die Monopolmacht auf den Sekundärmarkt auszudehnen. In Bezug auf das Monopolrecht des Patentinhabers, der den Verkauf seines patentierten Produkts an dessen komplementären Produkte gekoppelt hat, schrieb *Rich* wie folgt:

„The test is always the same: will the enforcement of the restriction be a mere enforcement of the right to exclude others from making, using, or selling the patented invention or will it enlarge the rights of the patentee as against the public? If to enforce it gives a partial monopoly in an unpatented commodity, there has been an extension.“⁴⁸

Die traditionelle Leverage-Theorie glaubt, dass *Leveraging* durch Kopplungsgeschäfte eine zweite Monopolstellung begründen würde. Monopolstellung ist nicht nur ein potentiell Ergebnis, sondern auch die einzige Absicht der Kopplungsgeschäfte.⁴⁹ Bei dieser Theorie spielt die Frage, ob Kopplungsgeschäfte effiziente Verhaltensweise sind, um die Monopolmacht auf dem Primärmarkt auszunutzen, oder eine neue Monopolmacht auf dem Sekundärmarkt zu begründen, keine große Rolle.⁵⁰ Die Frage ist hier, ob Unternehmen eine Marktmacht haben, wettbewerbswidriges Verhalten zu praktizieren. Die Theorie fragt nicht, ob ein Monopolist Anreize hat, sich wettbewerbswidrig zu verhalten.⁵¹

Nach der traditionellen Leverage-Theorie haben Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrige Effekte, nämlich: (1) die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt; (2) die

⁴⁷ Siehe: *Rich*, 24 J. Patent Off. Soc’y, 422, 427 (1942); *Oppenheim*, 50 Mich. L.R. 1139, 1181 (1952); *Turner*, 72 Harv. L.R. 50, 62 (1958); *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, S. 157; *Bauer*, 33 Vand. L.R. 283, 291f. (1980).

⁴⁸ *Rich*, a.a.O., zitiert von *Atkins*, 5 Geo. Mason L.R. 525, 536 (1997).

⁴⁹ Siehe: *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, S. 157; *Bauer*, 33 Vand. L.R. 283, 291f. (1980); *Meese*, 146 U. Pa. L.R. 1, 5 (1997).

⁵⁰ *Bowman*, 67 Yale L.J., 19, 23 f. (1957); *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 485 (2001).

⁵¹ *Motta*, Competition Policy: Theory and Practice, 7 (2004); *Evans/Padilla*, 72 U. Chi. L.R., 73, 74 (2005).

Verminderung der Wahlmöglichkeit der Verbraucher; und (3) die Begründung von Marktzutrittschranken sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt.⁵²

Die ökonomische Analyse der traditionellen Leverage-Theorie fokussiert sich auf die Strukturveränderung des Sekundärmarkts. Angenommen das Beispiel des Software & Hardware-Kopplungsgeschäfts, wie bereits dargestellt. Bevor der Software-Monopolist das Leverage-Verhalten praktiziert, sind viele Unternehmen auf dem Hardware-Markt (dem Sekundärmarkt) tätig. Als der Monopolist den Verkauf seiner Software mit seiner Hardware koppelt, haben Verbraucher keine Möglichkeit, Hardware von anderen Unternehmen abzunehmen. Das Kopplungsgeschäft schaltet andere Unternehmen aus, auf dem Sekundärmarkt zu betreiben und verändert den Sekundärmarkt von einem konkurrierenden Markt zu einem monopolisierten Markt. Die Ausschaltung der Wettbewerber wird der Primärgrund der traditionellen Leverage-Theorie, die *per se illegal rule* anzuwenden.⁵³

Die traditionelle Leverage-Theorie behauptet auch, dass Kopplungsgeschäfte die Wahlfreiheit der Verbraucher vermindern. Wie oben erwähnt, als der Monopolist den Verkauf seiner Software an den gleichzeitigen Bezug des Verkaufs seiner Hardware bindet, haben Software-Verbraucher keine Wahl, Hardware von anderen Unternehmen zu kaufen. Verbraucher sind hier gezwungen, Hardware des Monopolisten abzunehmen, die sie im konkurrierenden Markt nicht abnehmen möchten. Die Abnahme von Hardware des Monopolisten erfolgt nicht wegen ihrer besseren Produktqualität oder ihres niedrigeren Preises, sondern wegen der Marktmacht des Monopolisten auf dem Software-Markt.⁵⁴

Ferner findet die traditionelle Leverage-Theorie, dass Kopplungsgeschäfte Marktzutrittschranken für potentielle Wettbewerber sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt begründen. Kopplungsgeschäfte erschweren es potentiellen Wettbewerbern, in den Sekundärmarkt einzutreten, da sie auch in den Primärmarkt eintreten müssen, um mit dem Monopolisten konkurrieren zu können. Zurück zum Software & Hardware-Kopplungsgeschäft; Hardware-Unternehmen, die keine Software anbieten, können nicht mit dem Software-Monopolisten auf dem Hardware-Markt konkurrieren. Sie müssen auch Software anbieten, um mit dem Software-Monopolisten konkurrieren zu können. Wenn ein potentieller Wettbewerber in den Hardware-Markt eintreten möchte, muss er auch in den Software-Markt eintreten. Allerdings kann die Machtstellung des Monopolisten auf dem

⁵² Vgl. *Butler, Lane & Phillips*, 36 *Hastings L.J.* 173, 177 (1984); *Feldman*, 87 *Geo. L.J.* 2079, 2082 f. (1999); *Weinstein*, 90 *Calif. L.R.* 903, 911 f. (2002).

⁵³ *Butler, Lane & Phillips*, 36 *Hastings L.J.* 173, 177 (1984).

⁵⁴ *Feldman*, 87 *Geo. L.J.* 2079, 2083 (1999).

Software-Markt den Eintritt des potentiellen Wettbewerbers in den Software-Markt erschweren. Daher trifft potentieller Wettbewerber auf zwei Marktzutrittschranken: einen auf dem Sekundärmarkt, und den anderen auf dem Primärmarkt.⁵⁵

Wenn der Monopolist keine Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt trifft, kann er den Preis auf dem Sekundärmarkt erhöhen und Monopolgewinn auf dem Sekundärmarkt abschöpfen. Der Monopolist übt das Leverage-Verhalten, um die gesamten Gewinne zu erhöhen, indem er den Monopolgewinn auf dem Sekundärmarkt zu dem Monopolgewinn auf dem Primärmarkt hinzufügt. Verbraucher treffen damit zwei Monopolpreise: den Monopolpreis auf dem Primärmarkt und den Monopolpreis auf dem Sekundärmarkt. Die Monopolstellung auf dem Primärmarkt zusammen mit der Monopolstellung auf dem Sekundärmarkt würde eine größere Wettbewerbsgefährdung bedeuten als die ursprüngliche, einzige Monopolstellung. Wenn eine Monopolstellung schlecht ist, dann würden zwei Monopolstellungen schlechter sein.⁵⁶

Der traditionellen Leverage-Theorie ist widerwillig anzuerkennen, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbsfördernde Effekte haben können. Wie *Turner* schrieb:

“If in a described category of cases the tie-in serves no useful function, or if any useful functions can be fulfilled in a large majority of instances by less restrictive devices, it is a reasonable assumption that the purpose of the seller in using a tie-in is to restrain competition in the tied product”⁵⁷

Die traditionelle Leverage-Theorie besagt, dass alle Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrig sind und daher *per se* als illegal zu beurteilen. Hier sagten *Kaysen* und *Turner* aus: „... a flat rule against tying arrangements, regardless of whether or not they serve a useful purpose, appears justified.“⁵⁸

2. Die *Chicago School* – Theorie

Die traditionelle Leverage-Theorie wurde seit den fünfziger Jahren von Juristen⁵⁹ und Ökonomen⁶⁰ der *Chicago School* scharf kritisiert.⁶¹ Nach der *Chicago School* ist die Idee,

⁵⁵ A.a.O.

⁵⁶ A.a.O.

⁵⁷ *Turner*, 72 Harv. L.R. 50, 62 (1958).

⁵⁸ *Kaysen/Turner*, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, S. 157, 159.

⁵⁹ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281 (1956); *Posner*, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 171-84; *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 365 ff.

⁶⁰ *Burstein*, 55 Nw. U. L.R. 62 (1960); *Blair/Kaserman*, 68 Am. Econ. Rev. 397 (1978); *Blair/Kaserman*, Antitrust Economics, S. 382- 94.

⁶¹ Die *Chicago School* war in der Vergangenheit nur mit dem Monetarismus gekennzeichnet worden. In den siebziger Jahren hat sie auch ein Credo zu Fragen der Antitrustpolitik entwickelt. Unter Präsident *Reagan* hatte

dass ein Monopolist seine Marktmacht von einem Markt zu einem anderen Markt mittel Kopplungsgeschäfte ausdehnen kann, aus der ökonomischen Sicht nicht plausibel. Die *Chicago School* behauptet, dass es viele Umstände gibt, unter denen ein Unternehmen Kopplungsgeschäfte nicht benutzen kann, um eine Monopolstellung in einem Markt auszudehnen, und um zusätzliche Gewinne in einen anderen Markt zu erzielen. Die *Chicago School* glaubt, dass Kopplungsgeschäfte zu unrecht als inhärent wettbewerbswidrig beurteilt worden seien. Um für Kopplungsgeschäfte zu plädieren, behauptet die *Chicago School*, dass Kopplungsgeschäfte wirtschaftlich effizient und wettbewerbsfreundlich seien, und aus dem sozialen Gesichtspunkt viele Vorteile einbringen.⁶² Die Theorie der *Chicago School* war erstmal von *Aaron Director* und *Edward H. Levi* postuliert, und von ihren Studenten und Kollegen, wie *Ward Bowman Jr.*, *Richard Posner* und *Robert H. Bork* ausbreitet. Die wichtigste Theorie der *Chicago School* in Bezug auf Kopplungsgeschäfte sind (1) das *Fixed Sum Argument* und (2) der Gewinnmaximierung/Monopolausdehnung - Unterschied.

a. Das Fixed Sum Argument

Die *Chicago School* fokussiert sich auf die Preis-Theorie, um das Leverage-Verhalten zu analysieren.⁶³ Sie erkennt an, dass Kopplungsgeschäfte den Sekundärmarkt von einem konkurrierenden Markt zu einem monopolisierten Markt verändern können.⁶⁴ Dennoch behauptet sie,⁶⁵ dass die Wechselwirkung der Preise auf den beiden Märkten den Monopolist hindere, Monopolpreise auf den beiden Märkten durchzusetzen. Wenn das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut komplementär seien, werde die Preiserhöhung eines Gutes die Fähigkeit des Monopolisten beschränken, den Preis des anderen Gutes zu erhöhen. Der Monopolist könne den Preis des gekoppelten Gutes nicht erhöhen, ohne Verlust seines Gewinns von dem koppelnden Gut. Es gebe nur einen Monopolgewinn, der erzielt werden könne. Der Monopolist könne den Gewinn entweder auf dem Primärmarkt oder auf dem Sekundärmarkt erzielen, oder einer Mischung von beiden Märkten, aber in welchem Markt der Monopolist

diese Schule auf die amerikanische Antitrustpolitik erlangt. Siehe: *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 19.

⁶² *Schmalensee*, 25 J. Law & Econ. 67 (1982); *Smaistria*, 61 Tex. L.R. 898 (1983); *Wollenberg*, 39 Stan. L.R. 737 (1987); *Kattan*, 9 Antitrust 41 (1994); *Leslie*, 8 TLNLR 727 (2004).

⁶³ *Jacobs*, 79 Minn. L.R. 1, 36 f. (1994); *Feldman*, 87 Geo. L.J. 2079, 2084 (1999).

⁶⁴ *Whinston*, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990).

⁶⁵ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281, 288 ff. (1956).

seinen Gewinn abschöpfe, sei ganz gleich: die Endsumme des Monopolgewinns sollte gleich sein.⁶⁶ Dieses Argument wird auch als die *single monopoly profit* – Theorie genannt.

Ein Beispiel soll das Argument verdeutlichen.⁶⁷ Ein Unternehmen hat Monopolstellung auf dem Markt für Drucker. Jeder Drucker braucht Patronen, ohne Patronen kann ein Drucker nicht verwendet werden. Die Patronen werden allerdings von vielen Unternehmen hergestellt. Da Drucker und Patrone komplementär sind, werden Verbraucher Drucker ohne Patrone nicht kaufen, und *vice versa*. In diesem Sinne sind Drucker und Patrone aus der Sicht der Verbraucher ein Produkt. Als Folge wollen Verbraucher die Drucker/Patrone-Kombination nur in einer bestimmten Summe (*fixed sum*) zahlen, unabhängig davon, wie viel von diesem *fixed sum* auf den Drucker und auf die Patrone entfallen. Wenn also Verbraucher für die Drucker/Patrone-Kombination nur € 100 zahlen möchten, ist es für sie kein Unterschied, ob sie € 80 für den Drucker und € 20 für die Patrone zahlen, oder € 75 für den Drucker und € 25 für die Patrone. Entscheidend ist, dass sie für die Drucker/Patrone-Kombination nur in *fixed sum* € 100 zahlen möchten.

Wenn der Monopolist seinen Drucker mit seiner Patrone koppelt, kann er Konkurrenten vom Markt für Patronen verdrängen und damit den Markt für Patronen monopolisieren. Dennoch kann er den Preis für Patronen nicht erhöhen, ohne den Preis für Drucker zu reduzieren. Er kann Monopolpreise auf den beiden Märkten nicht berechnen. Angenommen, der Monopolpreis für den Drucker ist € 80. Da Verbraucher für die Drucker/Patrone-Kombination nur € 100 zahlen möchten, kann der Monopolist den Preis für die Patrone nicht höher als € 20 berechnen. Wenn er den Preis für die Patrone auf € 30 erhöht, wird der Preis für Drucker/Patrone € 110, und die Verbraucher werden entscheiden, keine Drucker/Patrone abzunehmen. Er muss daher den Preis für den Drucker reduzieren, damit der Preis für Drucker/Patrone nicht über € 100 liegt. In dieser Konstellation verliert die Besorgnis um zwei Monopolpreise seinen Grund. *Bork* kritisierte die Idee der zwei Monopolpreise als „*fallacy of double counting*“.⁶⁸ Der Monopolist kann nur einen Monopolgewinn erzielen.

Ferner wird es vorteilhafter, wenn der Monopolist den Preis für die Patrone verringert, damit kann er seinen Monopolgewinn auf dem Markt für Drucker maximieren. Wenn also der Monopolist den Preis für die Patrone von € 20 auf € 15 reduziert, kann er den Monopolpreis

⁶⁶ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 373 ff.: “The tying arrangement, whatever else it may accomplish, is obviously not a means of gaining two monopoly profits from a single monopoly.”; *Blair/Kaserman*, Antitrust Economics, S. 403: “A seller cannot get two monopoly profits from one monopoly.”

⁶⁷ Vgl. *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, S. 56 f.; *Lombardo*, 41 St. Louis U.L.J. 387, 418 f. (1996).

⁶⁸ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 140.

für den Drucker von € 80 auf € 85 erhöhen. Je niedriger der Preis für die Patrone ist, desto größer ist der Monopolverdienst auf dem Markt für Drucker. Da der Monopolist bereits seinen Gewinn auf dem Primärmarkt abschöpfen kann, macht es für ihn keinen Sinn, wenn er versucht, den Komplementärmarkt zu monopolisieren. Deshalb behauptet die *Chicago School*, dass ein Monopolist keinen Anreiz habe, das Leverage-Verhalten auszuüben, obwohl er die Möglichkeit habe, das Verhalten zu praktizieren. So schrieb *Posner*:

“A [fatal] weakness of the leverage theory is its inability to explain why a firm with a monopoly power of one product would want to monopolize complementary products as well. It may seem obvious that two monopolies are better than one, but since the products are by hypothesis used in conjunction with one another, it is not obvious at all. If the price of the tied product is higher than the purchaser would have had to pay in the open market, the difference will represent an increase in the price of the final product or service to him, and he will demand less of it, and will therefore buy less of the tying product.”⁶⁹

In der Folgezeit erklärt die *Chicago School*, dass die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften als endgültig widerlegt gelte.⁷⁰ Allerdings, da viele Unternehmen tatsächlich Kopplungsgeschäfte praktizieren, hat die *Chicago School* alternative Erklärungen für Kopplungsgeschäfte zu finden. Sie behauptet, dass Unternehmen Kopplungsgeschäfte für wettbewerbsfördernde oder neutrale Motive ausüben, z.B. Preisdiskriminierung, Umgehung einer Preisregelung, Kostenvorteile, Komplementärgüter und Qualitätskontrolle.⁷¹ Keines von diesen Motiven wird jedoch die Summe des Monopolverdienstes erhöhen, die der Monopolist abschöpfen kann, wenn er die Ausbeutung des Monopolverdienstes auf dem Primärmarkt ausübt. Die *Chicago School* kommt zu dem Ergebnis, dass Kopplungsgeschäfte nicht wettbewerbswidrig seien und es keine genügenden Gründe gebe, Kopplungsgeschäfte abzulehnen.⁷² Die *Chicago School* plädiert, dass Kopplungsgeschäfte als *per se* legal zu beurteilen seien.⁷³

b. Gewinnmaximierung vs. Monopolverdienstausdehnung

Eine andere Kritik der *Chicago School* lautet, dass die traditionelle Leverage-Theorie keinen bedeutsamen Unterschied machen könne zwischen den Leverage-Verhaltensweisen, die lediglich eine Gewinnmaximierung für den Monopolisten seien, und den Leverage-

⁶⁹ *Posner*, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, S. 173.

⁷⁰ *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 140: “Perhaps no other ... theory has been so thoroughly and repeatedly demolished in the legal and economic literature.”

⁷¹ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281, 290 (1956); *Bowman*, 67 Yale. L.R. 19, 22 (1957).

⁷² *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 365.

⁷³ A.a.O., 380 f.

Verhaltensweisen, die die Monopolstellung auf den Sekundärmarkt ausdehnen.⁷⁴ Nach der *Chicago School* betreffe die erste Kategorie (Gewinnmaximierung) die Benutzung der existierenden Marktmacht, während die zweite Kategorie (Monopolausdehnung) die Begründung einer neuen Marktmacht erfordere. Bei den beiden Kategorien sei eine Monopolstellung vorhanden und Verbraucher des koppelnden Guts gezwungen, das gekoppelte Gut abzunehmen. Allerdings solle die erste Kategorie gerechtfertigt werden, da jeder Angriff an solch eine Verhaltensweise implizite die Legitimität der Monopolstellung an dem Primärmarkt angreife, und deshalb solcher Angriff direkt an diese Monopolstellung richten solle. Wenn das Bestehen der Monopolstellung auf dem Primärmarkt legal sei, sollten die Gewinnmaximierungspraktiken erlaubt werden. Wenn sie illegal seien, solle die Ablehnung direkt an sie, also nicht an die Gewinnmaximierungspraktiken gerichtet werden.⁷⁵ Die *Chicago School* stimmte mit der traditionellen Leverage-Theorie zu, dass die zweite Kategorie abgelehnt werden solle. Angesichts des *Fixed Sum Arguments* sei allerdings solche Ablehnung unmöglich.⁷⁶ Kopplungsgeschäfte sind keine effektiven Praktiken, eine Monopolstellung in einem Markt in einen anderen Markt auszudehnen.

3. Die *Post-Chicago* – Theorie

Seit den achtziger Jahren begannen Ökonomen,⁷⁷ die *Chicago School* - Theorie anzugreifen. Die sog. *Post-Chicago* – Ökonomen kritisieren scharf die breite Generalisierung der *per se legal rule* für Kopplungsgeschäfte. Sie zeigen, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrige Effekte haben können. Unter bestimmten Umständen, so behaupten sie, können Kopplungsgeschäfte eine Monopolstellung ausdehnen. Ein Monopolist hat daher Anreize, wettbewerbswidrige Kopplungsgeschäfte auszuüben.

a. Die Ablehnung des *Fixed Sum*-Arguments

Die Analyse der *Post-Chicago* – Ökonomen basiert auf der sog. *game theorie* (die Spieltheorie). Sie erklärt, dass das *Fixed Sum Argument* nicht so robust sei wie die

⁷⁴ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281, 290, 295 (1956); *Bowman*, 67 Yale. L.R. 19 f., 54 (1957); *Posner*, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 171 f.; *Baldwin/McFarland*, 8 Antitrust Bull. 743, 768, 771 (1963); *Burstein*, 55 Nw. U. L.R. 62 (1960); *Bauer*, 33 Vand. L.R. 283, 291f. (1980); *Comanor*, 57 Am. Econ. Rev. 254 (1967); *Markovits*, 58 Tex. L.R. 1363, 1369 (1980).

⁷⁵ *Bowman*, 67 Yale. L.R. 19 f., 54 (1957); *Kaplow*, 85 Colum. L.R. 515, 519 f. (1985).

⁷⁶ *Kaplow*, A.a.O.

⁷⁷ A.a.O.; *Whinston*, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990); *Seidmann*, 58 *Economica* 491 (1991).

Behauptung der *Chicago School*.⁷⁸ Die Spieltheorie präsentiert hervorragende Erklärungen, um das Verhalten der Unternehmen im Oligopolmarkt, wo nur wenige Unternehmen „spielen“, zu verstehen.⁷⁹ Die Theorie zeigt, u.a. die *tacit collusion* der Oligopolisten, um das Preisequilibrium über den Grenzkosten zu halten.

John Nash postulierte 1950 seine Theorie „*Nash equilibrium*“. Diese Theorie basiert auf einer Analyse von sozialem und ökonomischem Verhalten basiert, welches als ein Multipartei-Spiel bezeichnet wird. In diesem Spiel mischen sich Zusammenarbeit und Wettbewerb zwischen den Parteien.⁸⁰ Hier sei die gegenseitige Abhängigkeit ein Merkmal der Spielstrategie, so dass das Spielergebnis für einen Spieler von den Strategien der anderen Spieler abhängt.⁸¹ In bestimmten Fällen würden Spieler entscheiden, zusammenzuarbeiten statt zu konkurrieren, da sie fanden, dass eine kollektive Strategie mit ihren Konkurrenten für sie vorteilhafter sei als individuelle Strategie.⁸² Jeder Spieler erkennt seine gegenseitige Abhängigkeit mit anderen Spielern wieder.⁸³ Es kommt ihm zu Bewusstsein, dass seine Konkurrenten die Waffen für Preissenkung, aggressive Werbung und Produktverbesserung haben, die so stark wie seine Waffen sind.⁸⁴ Wenn also ein Unternehmen um den Verkauf anzukurbeln den Preis senkt, werden andere Unternehmen sofort reagieren, um zu dieser Preissenkung zu passen. Die Wettbewerbsreaktion der Konkurrenten wird nicht nur den Versuch der Verkaufsankurbelung verhindern, sondern auch allen Unternehmen schaden.⁸⁵ In bestimmten Fällen wird jedes Unternehmen versuchen, die aggressive Wettbewerbsreaktion von Konkurrenten zu verhindern, und der Versuchung einer Preissenkung widerstehen. Da im Oligopolmarkt nur wenige Unternehmen spielen, ist es für sie einfacher, die Preisentscheidung zu treffen, welche die wahrscheinliche Wettbewerbsreaktion von Konkurrenten berücksichtigt, ohne ausdrückliche Preisvereinbarung. „Cooperative Pricing is thus a logical outcome of the ‚game‘ without any secret meetings or additional communication.“⁸⁶

Die *Post-Chicago* – Ökonomen verwenden verschiedene Modelle von der Spieltheorie, Kopplungsgeschäfte als ein Mittel von *Leveraging* zu prüfen. Ihre ökonomische Forschung

⁷⁸ *Ahlborn, Evans & Padilla*, 49 *Antitrust Bull.* 287 (2004).

⁷⁹ *Tom*, 5 *Geo. Mason L.R.* 457 (1997); *Piraino*, 89 *Minn. L.R.* 9 (2004).

⁸⁰ *Nasar*, *A Beautiful Mind*, S. 97.

⁸¹ A.a.O.

⁸² A.a.O., S. 96.

⁸³ *Piraino*, 89 *Minn. L.R.* 9, 19 (2004).

⁸⁴ A.a.O.

⁸⁵ A.a.O.

⁸⁶ *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organisation*, S. 428.

stützt die *Chicago School* – Theorie dahingehend, dass Kopplungsgeschäfte keine effektive Methode sind, eine Monopolstellung auszudehnen. Sie behaupten jedoch, dass unter bestimmten Umständen Kopplungsgeschäfte als ein Mittel von *Leveraging* effektiv sind, wenn der Sekundärmarkt nicht perfekt konkurrierend ist. Drei von diesen Modellen werden in folgenden kurz dargestellt: Whinstons Model, Seidmanns Model und Nalebuffs Model.

a.1. Whinstons Model

Whinston's Artikel „Tying, Foreclosure, and Exclusion“⁸⁷ wird als *the seminal Post-Chicago article* weitgehend akzeptiert. In diesem Artikel präsentiert Whinston, dass ein Monopolist Kopplungsgeschäfte verwenden kann, um seine Monopolstellung im Primärmarkt in einen Sekundärmarkt auszudehnen. Diese Monopolausdehnung ist durch einen Mechanismus erzielt, nämlich „*strategic foreclosure*“.⁸⁸ Whinston findet, dass der Schwachpunkt der *single monopoly profit* – Theorie in ihrer Annahme liege, dass der Sekundärmarkt von starker Konkurrenz und ständigem Gewinnniveau beschrieben sei.⁸⁹ Whinston ist der Meinung, dass *Leveraging* nicht möglich sei, wenn der Sekundärmarkt wie die Annahme der *Chicago School* beschrieben sei. Wenn allerdings der Sekundärmarkt von Kostenvorteilen und nur wenigen Unternehmen (Oligopolisten) beschrieben sei, könnten Kopplungsgeschäfte eine effektive und vorteilhaftere Methode für *Leveraging* werden, in der der Monopolist den Betrieb seiner Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt immer wieder nicht Gewinn bringend verursache und damit die Konkurrenten ausschließe.⁹⁰ Whinstons Model nimmt an, dass das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut nicht komplementär sind. Um in Kopplungsgeschäften erfolgreich zu sein, muss der Monopolist *Commitment* haben,⁹¹ Kopplungsgeschäfte durchzuführen.

Beispielsweise stellt ein Unternehmen zwei Produkte her: Computer und DVD-Spieler. Beide Produkte sind weder komplementär noch substituierbar, daher ist die Nachfrage nach beiden Produkten gegenseitig unabhängig. Hier beeinflusst der Preis eines Produkts nicht den Verkauf des anderen Produkts. Das Unternehmen hat die Monopolstellung im Markt für Computer inne, aber es trifft die Konkurrenz im Markt für DVD-Spieler. Es möchte den Verkauf seines DVD-Spielers an den Verkauf seines Computers knüpfen, daher übt es

⁸⁷ Whinston, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990).

⁸⁸ A.a.O., S.840.

⁸⁹ A.a.O., S. 838.

⁹⁰ A.a.O., S. 855 f.

⁹¹ *Commitment* bezeichnet eine hergestellte Übereinstimmung, die Verbindlichkeit hat. Siehe: QM Lexikon, abrufbar unter: <http://www.quality.de/lexikon/commitment.htm>.

Kopplungsgeschäfte aus. Es muss *Commitment* haben um zu koppeln. Also muss es zunächst das Outputniveau und den Preis für DVD-Spieler als gekoppeltes Gut bei dem *decision making* Prozess bestimmen. Dann stellt es seinen Computer und seinen DVD-Spieler als ein integriertes Produkt her. Hier hat es große Anreize, den Preis für DVD-Spieler zu senken. Diese Preissenkung verursacht eine Wettbewerbsreaktion von Konkurrenten. Diese Kopplungsgeschäfte werden somit den Preis für DVD-Spieler senken und die Gewinne des Monopolisten und seiner Konkurrenten im Markt für DVD-Spieler verringern. Für den Monopolisten bringen Kopplungsgeschäfte Kostenvorteile in der Produktion, die seine Konkurrenten verursachen, uneffektivere Konkurrenten zu werden. Die Senkung der Gewinne kann Konkurrenten veranlassen, den Markt für DVD-Spieler zu verlassen. Damit kann der Monopolist alle Verkäufe des DVD-Spielers fangen. In diesem Model können Kopplungsgeschäfte die Gewinne des Monopolisten erhöhen aber Konkurrenten ausschließen.

a.2. *Seidmanns Model*

Die Forschung von *Seidmann* stellt dar,⁹² dass Kopplungsgeschäfte ein effektives Mittel für *Leveraging* sind, wenn der Sekundärmarkt nicht perfekt konkurrierend ist (Duopoly), und die beteiligten Unternehmen im Sekundärmarkt an *tacit collusion* anwenden.⁹³ In diesem Model gibt es zwei Unternehmen. Jedes Unternehmen verfügt über eine Monopolstellung im Primärmarkt, aber im Sekundärmarkt sind sie Konkurrenten.

Beispielsweise gibt es Firma A und Firma B. Firma A stellt zwei Produkte her: Computer und DVD-Spieler. Firma B stellt auch zwei Produkte her: Radio und DVD-Spieler. Firma A ist der Monopolist im Markt für Computer (Primärmarkt) und Firma B ist der Monopolist im Markt für Radio (Primärmarkt). Allerdings sind sie Konkurrenten im Markt für DVD-Spieler (Sekundärmarkt).

Ohne Kopplungsgeschäfte schöpft jede Firma volle Monopolgewinne von ihrem Primärprodukt ab, aber keine Gewinne vom Sekundärprodukt.⁹⁴ Der Equilibriumpreis für eine Sammlung von Primärprodukt und Sekundärprodukt kann erzielt werden, wenn jede Firma volle Monopolgewinne von ihrem Primärprodukt abschöpft, und der Preis für Sekundärprodukt über dem Preisniveau im konkurrierenden Markt liegt. Dies kann erreicht

⁹² *Seidmann*, 58 *Economica* 491 (1991); zitiert von *Grimes*, 62 *Antitrust L.J.* 263, 271 f. (1994).

⁹³ *Larson*, 63 *Antitrust L.J.* 239, 257 (1994).

⁹⁴ A.a.O., S. 258.

werden, wenn Firma A, oder Firma B, oder Firma A und Firma B Kopplungsgeschäfte ausüben.⁹⁵

Wenn also Firma A entscheidet, den Verkauf ihres Computers an den Verkauf ihres DVD-Spielers zu binden, wird sie DVD-Spieler mit höherem Preis berechnen, der den konkurrierenden Preis im Sekundärmarkt überschreitet. Dieses *Commitment* zu bündeln wird dazu führen, dass die Verbraucher des Sekundärproduktes, die keine Verbraucher des Computers sind, keine andere Wahlmöglichkeit haben, daher nehmen sie das Sekundärprodukt von Firma B ab. Dies veranlasst die Firma B, den Preis ihres Sekundärproduktes auch zu erhöhen. Die Preiserhöhung von Firma B verhindert Verbraucher von Firma A, an Firma B anzuschließen. Dies ermöglicht Firma A, den Preis ihrer Bündelung zu erhöhen. Kopplungsgeschäfte steigern daher die Preise für DVD-Spieler von Firma A und Firma B durch *tacit collusion*. Nach diesem Model fällt die *single monopoly profit* – Theorie der *Chicago School* durch.

a.3. Nalebuffs Model

Anders als *Whinstons* Model und *Seidmanns* Model zeigt das *Nalebuffs* Model, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrige Effekte haben können, wenn sie den Eintritt des Sekundärmarkts abschrecken können.⁹⁶ Angenommen, ein Monopolist verkauft Radio (Primärprodukt) und CD-Spieler (Sekundärprodukt), während der Konkurrent nur CD-Spieler verkauft. Durch Kopplungsgeschäfte zieht der Monopolist Verbraucher des CD-Spielers an, die hohe Bewertung an Radio und CD-Spieler haben (die bereit sind, Radio und CD-Spieler mit höheren Preisen zu zahlen), und berechnet einen hohen Preis für CD-Spieler. Der Konkurrent kann nur Verbraucher des CD-Spielers anziehen, die niedrige Bewertung an Radio haben, und einen niedrigeren Preis für CD-Spieler berechnen. Für den Monopolist führen Kopplungsgeschäfte zur Erhöhung seines Gewinns und des Preises für sein Sekundärprodukt. Demgegenüber hindern Kopplungsgeschäfte den Konkurrenten hinreichende Masse zu erzielen, um im Markt für CD-Spieler betreiben zu können. Angesichts dieser Auswirkung entscheiden potentielle Wettbewerber dafür, in den Markt für CD-Spieler nicht einzutreten. Daher machen Kopplungsgeschäfte den Eintritt in den Markt für das Sekundärprodukt so schwierig, dass potentielle Wettbewerber nicht eintreten können.

⁹⁵ A.a.O.

⁹⁶ *Nalebuff*, Bundling, Yale ICF Working Paper No. 99-14, 1999.

b. Gewinnmaximierung und Monopolausdehnung

Die *Post-Chicago* - Theorie kritisiert auch die Erklärung der *Chicago School*, die die unterschiedliche Behandlung für die Gewinnmaximierungspraktiken und die Monopolausdehnungspraktiken fordert. *Kaplow* behauptet, dass diese Idee die Probleme bei der Überwachung des Monopols nicht anerkennen kann.⁹⁷ Erstens, wenn das Bestehen des Monopols wegen einer Rechtsordnung unhaltbar sei, sei es sehr wahrscheinlich, dass es keine Abhilfemaßnahme gebe, die den konkurrierenden Markt wieder herstellen könne. Die Gewinnmaximierungsverhaltensweise zu verbieten könne daher eine gute zweite beste Lösung sein.⁹⁸ Zweitens, es sei wahrscheinlich, dass die Kosten der Abhilfemaßnahme – wenn überhaupt – höher sein könnten, als die Kosten, dem Monopol zu erlauben zu existieren, und das Verhalten des Monopolisten zu kontrollieren.⁹⁹ Schließlich könne es wünschenswert sein, einige Monopolisten zu erlauben, einzutreten und übrig zu bleiben, aber sie mit weniger Gewinnen zu versehen, als die Gewinne, die sie erzielen könnten, wenn ihnen erlaubt würde, ihre Gewinne unbegrenzt zu maximieren.¹⁰⁰

Außerdem lehnt *Kaplow* das Argument der *Chicago School* ab, das annimmt, dass ein Unternehmen immer das Bestreben hat, Gewinne zu maximieren. *Kaplow* behauptet, dass das Motiv einer Monopolausdehnung eine Verminderung des Wettbewerbs bewirken könne, statt unmittelbarer Gewinne. Er berücksichtigt, dass viele große Unternehmen lieber ihr gesamtes Output, ihre Verkäufe oder Wachstumsrate als ihre Gewinne maximieren wollen.¹⁰¹

4. Stellungnahme

Die *Chicago School* – Theorie und die *Post-Chicago* – Theorie verlassen sich auf ökonomische Bedenken, um die traditionelle Leverage-Theorie zu analysieren. Beide Theorien lehnen die *per se illegal rule* für Kopplungsgeschäfte ab. Während allerdings die *Chicago School* die Leverage-Bedenken bei Kopplungsgeschäften nicht annimmt, erklärt die *Post-Chicago* – Theorie, dass unter bestimmten Umständen *Leveraging* einer Monopolstellung durch Kopplungsgeschäfte möglich ist.

⁹⁷ *Kaplow*, 85 Colum. L.R. 515, 522 (1985).

⁹⁸ A.a.O.

⁹⁹ A.a.O.

¹⁰⁰ A.a.O.

¹⁰¹ A.a.O., S. 515.

Ferner plädiert die *Chicago School*, dass Kopplungsgeschäfte immer wettbewerbsfördernd sind, und daher sie *per se* legal sind. Demgegenüber stellen die *Post-Chicago* - Ökonomen eine Reihe von Modellen dar, die wettbewerbswidrige Effekte eines Kopplungsgeschäfts zeigen. Die *Post-Chicago* - Theorie weist daher die Generalisierung der *per se legal*- Regel zurück und fordert die Anwendung der *rule of reason*.

Die *Post-Chicago* – Theorie und ihre Spieltheorie beruhen dennoch auf hoch stilisierten Vermutungen, die mit der Marktrealität nicht immer geeignet und im tatsächlichen Prozess in den Gerichten schwer anzuwenden sind.¹⁰² Außerdem setzt diese Theorie eine detaillierte Tatsachenfeststellung voraus, die für Antitrust zu komplex ist zu ermitteln.¹⁰³ Deshalb kann die *Post-Chicago* – Theorie die *Chicago School* - Theorie im Antitrustrecht nicht ersetzen.

¹⁰² *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 470 (2001.)

¹⁰³ *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 261 (1985).

§ 2. Die Leverage-Theorie im amerikanischen Antitrustrecht

„[S]ociety has an interest in competition even though that competition be an elimination bout.“

(*Union Leader Corp. v. Newspapers of New England, Inc.*, 284 F.2d 582 (1st Cir. 1960)).

I. Rechtsgrundlagen

Das amerikanische Antitrustrecht findet seine gesetzliche Grundlage im Wesentlichen in drei Bundesgesetzen. Dies ist zum einen der vom Kongress 1890 verabschiedete Sherman Act, der sich gegen Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit richtet. Dieser wird durch zwei Gesetze aus dem Jahre 1914 ergänzt, nämlich dem Federal Trade Commission Act und dem Clayton Act. Der Federal Trade Commission (FTC) Act bezweckte in erster Linie die Einrichtung der Federal Trade Commission als eine der zuständigen Behörden für die Durchsetzung des Antitrustrechts. Der Clayton Act richtet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht über den Sherman Act erfasst werden.¹⁰⁴

Das *Leveraging* einer Monopolstellung in einen anderen Markt fällt im amerikanischen Antitrustrecht unter den Bereich der Monopolisierung marktbeherrschender Unternehmen. Das *Leveraging* wird in erster Linie von Section 2 Sherman Act geregelt. Wenn die Leverage-Verhaltensweisen Kopplungsgeschäfte sind, so werden sie direkt nach Section 1 Sherman Act, oder nach Section 3 Clayton Act oder Section 5 FTC Act geahndet. Diese Vorschriften werden im folgende kurz dargestellt.

A. Section 2 Sherman Act

Das Monopolisierungsverbot des Section 2 Sherman Act (Sec. 2) lautet: „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, ...“ Die Vorschrift erfasst also drei strafbare Handlungen: Monopolisierung (*monopolization*), Versuch der Monopolisierung

¹⁰⁴ *Areeda/Kaplow*, Antitrust Analysis, §§ 131-136, S. 46 ff.; *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, S. 48 f.; *Weimann*, RIW 769, 769 f. (1999).

(*attempted monopolization*) und Kombination bzw. Verschwörung zur Monopolisierung (*combination or conspiracy to monopolize*).

Der Begriff der Monopolisierung ist ein zentraler Begriff in dieser Vorschrift, dennoch ist er nicht gesetzlich definiert. Als Anhaltspunkte wendet das Antitrustrecht die Rechtsprechung des *Supreme Court* im Fall *United States v. Grinnell Corporation*¹⁰⁵ im Jahre 1966 an. Dort stellte der Oberste Gerichtshof fest, dass rechtswidrige Monopolisierung ein objektives und ein subjektives Tatbestandsmerkmal voraussetze: (1) *the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power*.¹⁰⁶ Also umfasst die rechtswidrige Monopolisierung die Erlangung der Monopolmacht in unzulässiger Weise oder die Benutzung der Monopolmacht um in unzulässiger Weise die Monopolstellung aufrecht zu erhalten oder den effektiven Wettbewerb auszuschließen.¹⁰⁷

Der *Supreme Court* definiert den Versuch der Monopolisierung als „[the] employment of methods, means and practices which would, if successful, accomplish monopolization, and which though falling short nevertheless approach so close as to create a dangerous probability of it.“¹⁰⁸ Man unterscheidet zwischen dem Versuch der Monopolisierung und der tatsächlichen Monopolisierung. Bei dem Versuch der Monopolisierung ist der Besitz einer Monopolmacht nicht erforderlich, da diese Handlung impliziert, dass die Monopolmacht noch nicht erlangt worden ist.¹⁰⁹

Unter eine Verschwörung zur Monopolisierung versteht man „a conspiracy to get control of the industry in which the defendant is engaged, by means which prevent others from engaging in fair competition with them“. ¹¹⁰ Eine Kombination zur Monopolisierung ereignet sich, wenn zwei oder mehrere Unternehmen den relevanten Markt dominieren und Marktzutrittschranken für potentielle Wettbewerber errichten.¹¹¹

Nach Sec. 2 ist der Besitz einer Monopolstellung nicht *per se* verboten.¹¹² Beispielsweise ist es zulässig, wenn ein Unternehmen eine Monopolstellung erwirbt oder aufrechterhält, weil es ein neues Produkt erfunden hat, ökonomisch und technologisch tüchtig ist oder weil es ein

¹⁰⁵ 384 U.S. 563 (1966).

¹⁰⁶ A.a.O., S. 570 f.

¹⁰⁷ *Kintner*, Federal Antitrust Law, S. 101.

¹⁰⁸ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 785 (1946); *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396 (1911).

¹⁰⁹ *Kintner*, Federal Antitrust Law, S. 317.

¹¹⁰ *United States v. National Retail Lumber Dealers Ass'n*, 40 F. Supp. 448, 456 (D. Colo. 1941).

¹¹¹ *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

¹¹² *Standard Oil Company v. United States*, 221 U.S. 1, 62 (1911).

Patentrecht besitzt.¹¹³ Die Gerichte definierten Monopolmacht als die Macht, den Preis zu kontrollieren oder den Wettbewerb auszuschließen.¹¹⁴ Wenn die Monopolmacht nicht spezifisch gezeigt werden kann, kann sie vom Besitz eines hohen Marktanteils gemessen werden.¹¹⁵ Um den Marktanteil zu messen, grenzen die Gerichte den sachlich und räumlich relevanten Markt ab.¹¹⁶ Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts werden die Substituierbarkeit des Produktes¹¹⁷ und die Tatsachenanalyse der Marktrealitäten berücksichtigt.¹¹⁸ Der räumlich relevante Markt ist als der Raum des effektiven Wettbewerbs definiert, in dem die beteiligten Unternehmen tätig sind.¹¹⁹

B. Section 1 Sherman Act

Kopplungsgeschäfte können nach Section 1 Sherman Act (Sec. 1) untersucht werden. Sec. 1 lautet: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony,”

Im Gegensatz zu Sec. 2, das einseitige Verhaltensweise erfasst, befasst sich Sec. 1 gemeinsame Handlung, die mehrere Beteiligte erfordert. Das Antitrustrecht macht einen wesentlichen Unterschied zwischen einer einseitigen Verhaltensweise und einer gemeinsamen Handlung, die zu einer Beschränkung des Handels führt.¹²⁰ Das Recht behandelt die gemeinsame Handlung strenger als die einseitige Verhaltensweise, da die gemeinsame Handlung eine größere Gefahr eines wettbewerbswidrigen Schadens verursacht.¹²¹

¹¹³ *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 110 F. Supp 295, 342 (D. Mass. 1953); *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416, 429 f. (2d Cir. 1945).

¹¹⁴ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966); *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956); *TV Signal Co. v. American Tel. & Tel. Co.*, 462 F.2d 1256, 1261 (8th Cir. 1972).

¹¹⁵ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966): “The existence of such power ordinarily may be inferred from the predominant share of the market. In *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 797, we said that “over two-thirds of the entire domestic field of cigarettes, and ... over 80% of the field of comparable cigarettes” constituted “a substantial monopoly.” ... In the present case, 87% of the accredited central station service business leaves no doubt that the congeries of these defendants have monopoly power”

¹¹⁶ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

¹¹⁷ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 404 (1956).

¹¹⁸ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 572 (1966).

¹¹⁹ *TV Signal Co. v. American Tel. & Tel. Co.*, 462 F.2d 1256, 1260 (8th Cir. 1972).

¹²⁰ *Leslie*, 60 Ohio State L.J. 1773, 1776 (1999).

¹²¹ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752, 768 (1984).

Demgegenüber untersagt das Antitrustrecht einseitige Verhaltensweise nicht, außer wenn sie tatsächlich die Monopolisierung eines Marktes droht.¹²²

Sec. 1 und Sec. 2 wenden unterschiedliche Schwellen (*thresholds*) für den Schuld an. Eine gemeinsame Handlung verletzt Sec. 1, wenn sie unzumutbar (*unreasonable*) zu einer Beschränkung des Handels führt.¹²³ Eine einseitige Verhaltensweise ist ein Verstoß gegen Sec. 2, wenn sie mehr als lediglich unzumutbar ist: sie muss die tatsächliche Monopolisierung begründen, aufrechterhalten oder drohen, bevor sie Sec. 2 verletzt.¹²⁴ Die gemeinsame Handlung und die einseitige Verhaltensweise werden daher nach unterschiedlichem Standard untersucht.¹²⁵

Kopplungsgeschäfte werden als gemeinsame Handlung behandelt, da sie eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien betreffen, nämlich den Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer.¹²⁶ Kopplungsgeschäfte verletzen Sec.1, wenn sie in unzulässiger Weise zu einer Beschränkung des Handels zwischen den einzelnen Bundesstaaten oder des Außenhandel der Vereinigten Staaten führen.

C. Section 3 Clayton Act

Kopplungsgeschäfte können auch gemäß Section 3 Clayton Act (Sec. 3) geprüft werden. Sec. 3 richtet sich direkt gegen Kopplungsgeschäfte und lautet:

“It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States ..., or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce.”

Sec. 3 verhindert die Generalisierung des Sec. 1 Sherman Act. Sec. 3 wird auf jede Art von Vertrag, Vereinigung oder vereinbartem Zusammenwirken angewandt.¹²⁷ Sec. 3 bestimmt explizit spezifische Arten von Geschäften, nämlich Pachten, Verkäufe eines Gutes oder Verträge, die unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass der Pächter oder Käufer keine

¹²² *Leslie*, 60 Ohio State L.J. 1773, 1773 (1999).

¹²³ A.a.O., S. 1777.

¹²⁴ A.a.O.

¹²⁵ A.a.O.

¹²⁶ A.a.O., S. 1773.

¹²⁷ *Sullivan*, Law of Antitrust, S. 432.

Güter von Konkurrenten des Verpächters oder des Verkäufers verwendet. Sec. 3 ist nicht anwendbar auf Kopplungsgeschäfte, die andere Güter als Waren zum Gegenstand haben, z.B. Dienstleistungen,¹²⁸ Grundgeschäfte¹²⁹ oder Kreditbedingung.¹³⁰

Kopplungsgeschäfte verletzen Sec. 3, wenn seine Effekte „*may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly*“. Diese Regel stellt eine niedrigere Schwelle dar, um Kopplungsgeschäfte unterzusagen, als es die Regel des Sec. 1, der Kopplungsgeschäfte verbietet. Voraussetzung ist dabei, dass die Kopplungsgeschäfte in unzulässiger Weise zu einer Beschränkung des Handels führen.¹³¹ Über mehrere Jahre hinweg haben sich beide Regeln aufeinander zubewegt.¹³² Die Gerichte senkten die Schwelle des Sec. 1 sukzessive auf das Niveau der Schwelle des Sec. 3.¹³³

Der Clayton Act war eine Reaktion auf die Unzufriedenheit über den *rule of reason* - Ansatz.¹³⁴ Mit dem Erlass des Clayton Acts bezweckte der Congress, die Feststellung einer Verletzung des Antitrustrechts zu vereinfachen.¹³⁵ Sec. 3 war eine Erwiderung auf die Entscheidung des *Supreme Court* im Fall *Sidney Henry v. A.B. Dick*, in dem der *Supreme Court* das Kopplungsgeschäft von A.B. Dick erlaubte.¹³⁶ In der *dissenting opinion* von *Justice White* wurde jedoch die Sorge von *Leveraging* und Kopplungsgeschäften geäußert. Der Congress nahm diese Bedenken ernst und erklärte Kopplungsgeschäfte als „one of the greatest agencies and instrumentalities of monopoly ever devised by the brain of man.“¹³⁷ Sec. 3 wurde entworfen, um den wettbewerbsbeschränkenden Effekten von Kopplungsgeschäften zu begegnen.

D. Section 5 FTC Act

Neben Sec. 1 Sherman Act und Sec. 3 Clayton Act können Kopplungsgeschäfte unter Section 5 FTC Act (Sec. 5) untersucht werden. Sec. 5 lautet: „Unfair methods of competition in

¹²⁸ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

¹²⁹ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

¹³⁰ *Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1969).

¹³¹ *Sullivan*, Law of Antitrust, S. 432.

¹³² A.a.O., S. 434.

¹³³ A.a.O., S. 440; *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 483 (2000).

¹³⁴ *Sullivan*, Law of Antitrust, S. 432.

¹³⁵ A.a.O., S. 433.

¹³⁶ A.a.O.; *Kramer*, 69 Minn. L.R. 1013, 1022 f. (1985).

¹³⁷ Report of the House Comm. on the Judiciary, H.R. Rep. No. 63-627, pt.1 S. 13 (1914) in *Kintner*, The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes, S. 1094.

commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared unlawful.”

Ursprünglich lehnte der *Supreme Court* die Anwendung des Sec. 5 auf Kopplungsgeschäfte ab.¹³⁸ Allerdings, begann der Gerichtshof 1965, nach umfassender Lektüre des FTC Act, Kopplungsgeschäfte als eine „*unfair practice*“ festzustellen.¹³⁹ Trotzdem spielt Sec. 5 keine große Rolle als Rechtsgrundlage bei der Prüfung der Kopplungsgeschäfte.¹⁴⁰

II. Anwendungsbereich

In der amerikanischen Rechtsprechung ist es umstritten, in wie weit eine Leverage-Verhaltensweise eine Verletzung des Monopolisierungsverbots gemäß Sec. 2 Sherman Act darstellt.¹⁴¹ Die engere Ansicht nimmt an, dass eine Leverage-Verhaltensweise nur Sec. 2 verletzt, wenn sie zur Monopolisierung des Sekundärmarktes führt. Wenn sie lediglich Gewinne auf dem Sekundärmarkt erzielt und nicht zur Monopolisierung des Sekundärmarktes führt, ist sie kein Verstoß gegen Sec. 2. Die weitere Ansicht hingegen findet, dass *Leveraging*, das sowohl zur Monopolisierung des Sekundärmarktes als auch zur Gewinnerhöhung auf dem Sekundärmarkt führt, eine Verletzung von Sec. 2 ist.

Die Position der *Courts of Appeals Circuits* (Berufungsgerichte) in Bezug auf diese Streitfrage ist unterschiedlich. Im Fall *Berkey Photo*, beispielsweise wandte das *Second Circuit* die weitere Ansicht an. Es erklärte: „the use of monopoly power in one market to gain a competitive advantage in another is a violation of §2 of the Sherman Act, even if there has not been an attempt to monopolize the second Market. It is the use of economic power that creates the liability.“¹⁴² Nach Auffassung des *Second Circuit* ist die Streitfrage hier der Missbrauch der Monopolstellung auf dem Primärmarkt und nicht die Besorgnis der Monopolisierung des Sekundärmarktes. Diese Auffassung wurde vom *Sixth Circuit* im Fall *Kerasotes Michigan Theaters v. National Amusements, Inc.* bestätigt.¹⁴³

Demgegenüber hat das *Ninth Circuit* die engere Ansicht aus der Leverage-Theorie angewandt. Im Fall *Alaska Airlines v. United Airlines* stellte es fest, dass *Leveraging* nicht

¹³⁸ *FTC v. Gratz*, 253 U.S. 421, 428 f. (1920); *Atkins*, 5 Geo. Mason L.R. 525, 530 (1997).

¹³⁹ *FTC v. Texaco*, 381 U.S. 739 (1965); *Atlantic Ref. Co. v. FTC*, 381 U.S. 357 (1965).

¹⁴⁰ *Frey*, Tying Arrangement, S. 130 f.; *Bürkert*, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 337 f.

¹⁴¹ *Blair/Esquibel*, 40 Antitrust Bull. 371, 373 ff. (1995); *Lombardo*, 41 St. Louis U.L.J. 387, 398 ff. (1996); *Clarke-Smith*, 52 Cath. U.L.R. 179, 179 ff. (2002).

¹⁴² *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 274 f. (2d Cir. 1979).

¹⁴³ 854 F. 2d 135 (6th Cir. 1988).

rechtswidrig sei, es sei denn, dass es das Risiko der Monopolisierung auf dem Sekundärmarkt begründe.¹⁴⁴ Es erklärte:

“The anticompetitive dangers that implicate the Sherman Act are not present when a monopolist has a lawful monopoly in one market and uses its power to gain a competitive advantage in the second market. By definition, the monopolist has failed to gain, or attempt to gain, a monopoly in the second market. Thus, such activity fails to meet the second element necessary to establish a violation of Section 2. Unless the monopolist uses its power in the first market to acquire and maintain a monopoly in the second market, or to attempt to do so, there is no Section 2 violation.”¹⁴⁵

Das *Third Circuit* stimmte dem *Ninth Circuit* im Fall *Fineman v. Armstrong World Indus.* zu: “in order to prevail upon a theory of monopoly leveraging, a plaintiff must prove threatened or actual monopoly in the leveraged market.”¹⁴⁶ Ebenfalls waren das *Fifth Circuit*, das *Tenth Circuit* und das *Eleventh Circuit* der Auffassung, dass *Leveraging* Sec. 2 verletze, wenn es eine Monopolstellung auf dem Sekundärmarkt begründe oder verstärke.¹⁴⁷

Der *Supreme Court* wandte zunächst die weitere Ansicht aus der Leverage-Theorie in früheren Entscheidungen an. Im Urteil *Griffith* stellte der Gerichtshof fest, dass eine Verletzung des Gesetzes vorliege, wenn ein Unternehmen seine Monopolstellung benutze, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen, wettbewerbliche Vorteile zu gewinnen, oder Konkurrenten zu verdrängen.¹⁴⁸ Der gleiche Ansatz wurde im Fall *Eastman Kodak* angewandt.¹⁴⁹

Allerdings veränderte der *Supreme Court* seine Position im Fall *Spectrum Sports v. McQuillan*. Es wandte die engere Ansicht und stellte fest, dass *Leveraging* nur dann eine Verletzung von Sec. 2 sei, wenn dadurch tatsächlich der Sekundärmarkt monopolisiert wird oder zumindest diese Gefahr entsteht.¹⁵⁰ Zur Begründung gab der Gerichtshof an, dass es oft schwierig sei, zwischen robustem Wettbewerb und Praktiken, die zukünftig wettbewerbswidrige Effekte haben können, zu unterscheiden. Wegen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von *Leveraging* auf der einen Seite und wettbewerbsfördernden Praktiken auf der anderen Seite wird der Beweis der versuchten oder tatsächlichen Monopolisierung gefordert, wenn ein Verstoß gegen Sec. 2 belegt werden soll. Andernfalls könnten

¹⁴⁴ 948 F.2d 536, 548 f. (9th Cir. 1992).

¹⁴⁵ A.a.O.

¹⁴⁶ 980 F.2d 171, 206 (3d Cir. 1992).

¹⁴⁷ Beispielsweise *Great W. Directories, Inc. v. Southwestern Bell Tel. Co.*, 63 F. 3d. 1378 (5th Cir. 1995), *Multistate Legal Studies, Inc. v. Harcourt Brace Jovanovich Legal & Prof'l Publications, Inc.*, 62 F. 3d 1540 (10th Cir. 1995); *Key Entpr. of Del., Inc. v. Venice Hosp.*, 919 F. 2d 1550 (11th Cir. 1990).

¹⁴⁸ *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 107 ff. (1948).

¹⁴⁹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451, 459 (1992).

¹⁵⁰ 506 U.S. 447, 459 (1993).

Geschäftspraktiken großer Unternehmen, die tatsächlich den Wettbewerb fördern, eine Verletzung von Sec. 2 vorgeworfen werden.¹⁵¹

III. Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften

A. *Rule of Reason* und *Per Se Rule*

Kopplungsgeschäfte werden allgemein nach Sec. 1 Sherman Act untersucht. Sec. 1 verbietet gemeinsame Handlungen, die unzumutbar zur Beschränkung des Handels führen. Bei der Prüfung, ob eine Handelsbeschränkung unzumutbar ist, haben die Gerichte zwei verschiedene Analysen verwendet: *rule of reason* und *per se rule*.¹⁵² Die *rule of reason* – Analyse fordert eine detaillierte Untersuchung der wettbewerbsbeschränkenden- und wettbewerbsfördernden Effekte einer Verhaltensweise, zu bestimmen, ob die wettbewerbsbeschränkenden Effekte das Übergewicht über die wettbewerbsfördernden Effekte gewinnen oder umgekehrt.¹⁵³ Die Gerichte fanden auch, dass unter bestimmten Umständen die wettbewerbsbeschränkenden Effekte einer Verhaltensweise so wichtig sind, dass die Prüfung der möglichen wettbewerbsfördernden Effekte nicht notwendig ist und diese Verhaltensweise als *per se* (unwiderleglich) illegal zu beurteilen ist.¹⁵⁴

Die *rule of reason* und die *per se rule* haben Vorteile und Nachteile. Die *rule of reason* ermutigt die Gerichte, auf die Tatsachen vom Einzelfall biegsam anzusprechen.¹⁵⁵ Sie fördert auch ökonomische Effizienzgewinne als Rechtfertigungsgründe einer Verhaltensweise.¹⁵⁶ Ferner sichert sie ein rechtes gutes Verhör für den Beklagten.¹⁵⁷ Andererseits verlangt sie ökonomische Berücksichtigung, was schwer für die Gerichte ist.¹⁵⁸ Demgegenüber fordert die *per se rule* keine ökonomische Analyse der Effekte einer Verhaltensweise.¹⁵⁹ Sie bringt

¹⁵¹ A.a.O.

¹⁵² Vgl. *Bork*, 75 Yale L.J. 373 (1966); *Joliet*, The Rule of Reason in Antitrust Law, S. 22; *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 21; *Hornick*, 10 Del. J. Corp. L. 703 (1986); *Piraino*, 64 S. Cal. L.R. 685 (1991); *Black*, 3 ECLR 145 (1997); *Manzini*, 8 ECLR 392 (2002).

¹⁵³ *Manzini*, a.a.O., S.393.

¹⁵⁴ A.a.O.

¹⁵⁵ *Easterbrook*, 63 Texas L.R. 1, 10 (1984); *Joliet*, The Rule of Reason in Antitrust Law, S. 189 f.

¹⁵⁶ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 267 f.; *Piraino*, 47 Vand. L.R. 1753, 1754 (1994).

¹⁵⁷ *Piraino*, 64 S. Cal. L.R. 685, 695 (1991); *Black*, 3 ECLR 145, 152 (1997).

¹⁵⁸ *Fox/Sullivan*, Cases and Materials on Antitrust, S. 282; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, S. 336 f.

¹⁵⁹ A.a.O.

Effizienz in Verwaltung, Prozess und Urteil.¹⁶⁰ Andererseits gibt sie dem Beklagten keine Chance, seine Verhaltensweise mit wettbewerblichen Gründen zu rechtfertigen.¹⁶¹

Die amerikanische Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften behandelt vertragliche Kopplungsgeschäfte und technologische Kopplungsgeschäfte unterschiedlich. In vertraglichen Kopplungsfällen wandte der *Supreme Court* erstmal die *rule of reason* aber danach die *per se rule* an. Er verbot Kopplungsgeschäfte ohne Beweise für deren wettbewerbsbeschränkenden Effekte, wenn nur die folgenden Elemente erfüllt wurden:

- a. es liegen zwei verschiedene Güter vor;
- b. der Verkauf eines Produkts (das koppelnde Gut) wird an den gleichzeitigen Bezug eines anderen Produktes (das gekoppelte Gut) gebunden;
- c. der Anbieter hat Marktmacht im koppelnden Markt, damit kann er das Kopplungsgeschäft erzwingen;
- d. der Handel im gekoppelten Markt ist in einem nicht unerheblichen Umfang beeinträchtigt.¹⁶²

Im Gegensatz zu vertraglichen Kopplungsfällen lehnten die unteren Gerichte ab, technologische Kopplungsfälle *per se* als illegal einzustufen. In den meisten technologischen Kopplungsfällen bestätigten die Gerichte die innovative Produktintegration.

B. Beispiele vertraglicher Kopplungsfälle

1. Die *per se rule*

Frühere Rechtsprechung zu Kopplungsfällen befasste sich mit dem Patentrecht.¹⁶³ Der *Supreme Court* erlegte dem Patentinhaber wettbewerbliche Verpflichtungen auf, wenn der Patentinhaber den Verkauf seines patentierten Produkts mit dem Verkauf anderes Produkts verknüpfte.¹⁶⁴ Der Gerichtshof erkannte an, dass das Patentrecht dem Patentinhaber ein

¹⁶⁰ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 18 f.; *Easterbrook*, 63 Texas L.R. 1, 10 (1984); *Piraino*, 47 Vand. L.R. 1753, 1756 (1994); *Posner*, Economic Analysis of Law, S. 513; *Schauer*, Playing by the Rules, S. 145 ff.; *Webb*, 92 Yale L.J. 706 (1983).

¹⁶¹ *Hamilton*, 71 Denv. U.L.R. 607, 615 (1994).

¹⁶² *ABA Section of Antitrust Law*, Antitrust Law Developments, S. 177 ff.; *Royall*, 68 Antitrust L.J. 1023, 1025 f. (2001); *Cantor*, 1484 PLI/Corp 675, 683 f. (2005).

¹⁶³ *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 485 f. (2000).

¹⁶⁴ Vgl. *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacture Co.*, 243 U.S. 502 (1917); *Mercoid Corp. v. Minneapolis-Honeywell Regulator Co.*, 320 U.S. 680 (1944); *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942).

gesetzliches Monopol übertrug.¹⁶⁵ Allerdings wurde das gesetzliche Monopol auf die enge Reichweite der Patentansprüche begrenzt.¹⁶⁶ Alle Maßnahmen des Patentinhabers, sein gesetzliches Monopol bei patentierten Produkten auf andere Produkte zu erweitern, wurden als ein Missbrauch des Patentrechts interpretiert. Sie sind *per se* illegal.¹⁶⁷

Der *Supreme Court* begann die strenge *per se rule* im Fall *International Business Machines Corp. v. United States*¹⁶⁸ anzuwenden.¹⁶⁹ Die IBM Corp. hatte seine Rechenmaschine nur unter der Bedingung vermietet, dass der Mieter auch die zum Betrieb notwendigen Lochkarten von IBM bezog. Der *Supreme Court* erstellte keine ausführliche Untersuchung über die Marktstruktur, sondern stellte einfach fest, dass IBM, angesichts seines Patentrechts, Macht im koppelnden Markt innehatte. Der Gerichtshof fand, dass die \$3 Millionen, die jährlich den Verkauf von Lochkarten erzielt werden (81% vom gesamten Lochkarte-Markt) einen beträchtlichen Anteil des Handels auf dem Markt für das gekoppelte Produkt ausmache. Daher entschied er, dass Sec. 3 Clayton Act zutreffe, denn eine Folge dieses Kopplungsgeschäfts „may be to substantially lessen competition.“¹⁷⁰ IBM argumentierte, nur mit der Benutzung seiner Lochkarte sei die richtige Bedienung der Rechenmaschine sicher und die Benutzung anderer Lochkarte könne verursachen, dass die Maschinen verstopfen oder Fehler auftreten.¹⁷¹ Allerdings zeigte der Gerichtshof den Beweis, dass andere konkurrierende Unternehmen in der Lage seien, andere Lochkarte herzustellen, die keine negativen Effekte auf die IBM-Maschine verursachten.¹⁷² Der *Supreme Court* stellte fest, dass es die *business justification* von IBM nur akzeptieren könne, wenn keine anderen Produkte verfügbar seien. Es läge ein weniger beschränkendes Geschäft vor, wenn IBM eine Spezifikation für Lochkarten veröffentlichen würde, die sicherstellt, dass die Maschinen nicht schaden nehmen. Dann könnte vorgegeben werden, dass für die Maschinen nur Lochkarten benutzt werden dürfen, die der Spezifikation entsprechen. In dieser Entscheidung prüfte der Gerichtshof Kopplungsgeschäfte gemäß der *per se rule*, allerdings wägt er die Wettbewerbsbeschränkung und die Vorteile von Kopplung gegeneinander ab.

¹⁶⁵ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacture Co.*, 243 U.S. 502, 511 (1917).

¹⁶⁶ A.a.O., S. 511.

¹⁶⁷ A.a.O.

¹⁶⁸ *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

¹⁶⁹ Vgl. *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 486 ff. (2000); *Sullivan*, Law of Antitrust, S. 436 ff.

¹⁷⁰ *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

¹⁷¹ A.a.O., S. 138.

¹⁷² A.a.O. S. 139.

In *International Salt Co. v. United States*¹⁷³ lehnte der *Supreme Court* die Erwägung der *business justification* ab, die in *International Business Machines Corp. v. United States*¹⁷⁴ angewandt wurde. Hier benutzte der *Supreme Court* zum ersten Mal den Begriff “*per se*”. *International Salt Co.* setzte für die Benutzung seiner zwei patentierten Salz-Veredelungsmaschinen an den Lizenznehmer voraus, Salz von *International Salt Co.* zu kaufen.¹⁷⁵ In diesem Fall machte der Gerichtshof keine ausführliche Untersuchung, ob *International Salt Co.* Macht im koppelnden Markt hatte, und ob *International Salt Co.* anderen Marktanteil im gekoppelten Markt ausgeschlossen hat, das den Wettbewerb in beträchtlicher Weise bewirken konnte. Der *Supreme Court* befand in Bezug auf den koppelnden Markt, dass *International Salt Co.* ein Patentrecht habe. Für ein Unternehmen mit einem Patentrecht konnte angenommen werden, dass es eine signifikante Marktmacht habe. In Bezug auf den gekoppelten Markt fand der *Supreme Court*, dass der jährliche Verkauf von Salz für die Benutzung in den Maschinen für etwa \$ 500.000 durch Leveraging erzwungen werde. Nach Ansicht des Gerichtshofes sei diese Summe *quantitatively substantial*.¹⁷⁶ Der *Supreme Court* entschied: „It is unreasonable, per se, to foreclose competitor from any substantial market.“¹⁷⁷ Ferner stellte er fest: „by contracting to close this market for salt against competition, *International Salt* has engaged in a restraint of trade for which its patents afford no immunity from the anti-trust laws.“¹⁷⁸ Dennoch zeigte er keinen Beweis, dass das Kopplungsgeschäft einen großen Prozentsatz des Salzmarkts ausgeschlossen hat.

International Salt Co. argumentierte, die Voraussetzung sei nötig, weil das Unternehmen verpflichtet sei, die Maschinen zu reparieren und zu pflegen. Deshalb verlange es eine hohe Qualität von Salz, um die Reparaturkosten zu vermindern, so dass es seine patentierten Maschinen zu niedrigen Kosten verkaufen könne. Der *Supreme Court* lehnte diese wettbewerbsfördernde Argumentation ab und nahm an, dass es der tatsächliche Grund für Kopplungsverträge sei, die Marktmacht des Unternehmens auf dem Markt für Salz zu stärken, durch ein Verfahren, bei dem es seine Konkurrenten daran hindere, den Verbrauchern Salz zu verkaufen.¹⁷⁹ Der Gerichtshof entschied, *International Salt* verletze sowohl Sec. 1 Sherman Act als auch Sec. 3 Clayton Act.¹⁸⁰

¹⁷³ *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

¹⁷⁴ *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

¹⁷⁵ *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 394 (1947).

¹⁷⁶ A.a.O., S. 395.

¹⁷⁷ A.a.O., S. 396.

¹⁷⁸ A.a.O.

¹⁷⁹ A.a.O. S. 398.

¹⁸⁰ A.a.O.

Die Bedenken der Marktmacht in *International Salt* wurde in *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*¹⁸¹ wieder interpretiert. Hier stellte der *Supreme Court* fest, die Kopplung verletze Sec. 1, nur wenn der Beklagte beträchtliche Marktmacht im koppelnden Gut habe, und wenn ein beträchtliches Volumen des Handels im gekoppelten Produkt beschränkt sei. Gemäß Sec. 3 sei Kopplung illegal, wenn der Beklagte beträchtliche Marktmacht im koppelnden Gut habe, oder wenn ein beträchtliches Volumen des Handels im gekoppelten Produkt beschränkt sei. Ferner umriss der Gerichtshof drei Kriterien als Voraussetzungen für Kopplungsgeschäfte, mit deren Hilfe die Gesetzesverletzung durch einen *per se* - Test geprüft werden soll : (1) das Bestehen einer Kopplung, bei der zwei verschiedene Produkte bzw. Märkte beteiligt seien; (2) das Bestehen von Marktmacht auf dem Primärmarkt; und (3) der Beweis von Ausschaltungen auf dem Sekundärmarkt. Ein Kläger muss alle drei Elemente belegen können, um den *per-se*-Test gewinnen zu können.

Fünf Jahre nach *International Salt* entwickelte der *Supreme Court* die *per se rule* in einem Sec. 1 - Fall *Northern Pacific Railway Co. v. United States*¹⁸² weiter. In diesem Fall forderte die Railroad Co. die Käufer und Mieter ihres Landes, die von diesem Land produzierten Waren mit ihrer Eisenbahnlilien zu transportieren. Der Gerichtshof stützte sich auf den *per se* Ansatz in *International Salt*. Er stellte fest, dass es unvernünftig sei, *per se* Wettbewerber von jedem beträchtlichen Markt durch Kopplungsgeschäfte auszuschließen.¹⁸³ Der Gerichtshof wandte eine strengere *per se* Ansatz als in *International Salt* an. Er war der Ansicht, dass der extensive Landsbesitz von Railroad Co. eine hinreichende Marktmacht zeige. Der *Supreme Court* untersuchte nicht den spezifischen ökonomischen Beweis der Marktmacht.¹⁸⁴ Im Gegensatz zu IBM und International Salt Co. legte Northern Pacific Railway Co. keine *business justification* vor, um sich in seinem Verfahren zu verteidigen.¹⁸⁵

Der *per se* Ansatz wurde in *Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp.*,¹⁸⁶ einem anderen Sec.-1-Fall sogar noch strenger angewandt. In diesem Fall band United States Steel Corp. Kredit-Services mit dem Verkauf seiner vorgefertigten Häuser als Bündel zusammen.¹⁸⁷ Der Kreditvertrag band Häuser, die teilweise zu Preisen unter dem aktuell üblichen Marktniveau angeboten wurden.¹⁸⁸ Der *Supreme Court* befand, die insgesamt für \$9

¹⁸¹ *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

¹⁸² *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

¹⁸³ A.a.O., S. 9.

¹⁸⁴ A.a.O.

¹⁸⁵ A.a.O.

¹⁸⁶ *Fortner Enterprises Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495 (1969).

¹⁸⁷ A.a.O., S. 495 ff.

¹⁸⁸ A.a.O., S. 495.

Millionen über einen dreijährigen Zeitraum verkauften vorgefertigten Häuser würden Wettbewerber auf diesem Markt ausschließen.¹⁸⁹ In Bezug auf die Marktmacht von United States Steel auf dem koppelnden Markt erklärte der Gerichtshof:

„[D]ecisions rejecting the need for proof of truly dominant power over the tying product have all been based on a recognition that because tying arrangements generally serve no legitimate purpose that cannot be achieved in some less restrictive way, the presence of any appreciable restraint on competition provides sufficient reason for invalidating the tie. Such appreciable restraint exists whenever the seller can exert some power over some of the buyers in the market, even if his power is not complete over them“¹⁹⁰

Ferner wies der *Supreme Court* die Behauptung von United States Steel zurück, dass die Fähigkeit, vorteilhafte Kreditkonditionen anzubieten, aus einem Gewinn an Effizienz resultiere.¹⁹¹ Obwohl der Gerichtshof die mögliche *business justification* für das Kopplungsgeschäft berücksichtigen wollte und mit *International Business Machines Corp.* übereinstimmte, lehnte er die versuchte Rechtfertigung von United States Steel ab.¹⁹²

2. Die qualifizierte *per se rule*

Mitte der achtziger Jahre wurde die Anwendung der *per se rule* für Kopplungsfälle im Fall *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*¹⁹³ angegriffen. In diesem Fall schloss Jefferson Parish Hospital District einen exklusiven Vertrag mit der Arztpraxis Roux, die aus fünf Narkoseärzten besteht. In dem Vertrag hatte sich das Krankenhaus verpflichtet, Narkosedienste ausschließlich von Roux in Anspruch zu nehmen, während Roux sich verpflichtet hatte, Narkosedienste nur in diesem Krankenhaus zu leisten. Das Krankenhaus hatte damit die Patienten gezwungen, die operiert werden sollen, Narkosedienste von Roux zu nehmen. Dr. Hyde bewarb sich als Narkosearzt bei dem Krankenhaus. Allerdings wurde seine Bewerbung wegen des Vertrages zurückweisen. Dr. Hyde erhob darauf Klage auf die Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages und behauptete, die Kopplung von Operationsdiensten und Narkosediensten sei eine Verletzung gegen Sec. 1 Sherman Act.

Bei der Prüfung dieses Kopplungsgeschäfts beschäftigte sich der *Supreme Court* mit der Streitfrage, ob das Kopplungsgeschäft nach der *per se rule* oder nach der *rule of reason* zu beurteilen ist. Die Minderheit des *Supreme Court* forderte die Anwendung der *rule of reason*, während die Mehrheit des *Supreme Court* blieb, die *per se rule* anzuwenden. *Justice Stevens*,

¹⁸⁹ A.a.O., S. 502.

¹⁹⁰ A.a.O., S. 503.

¹⁹¹ A.a.O., S. 514.

¹⁹² A.a.O., S. 507.

¹⁹³ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

der für die Mehrheit schrieb, verweist auf die Rechtsprechung zu Kopplungsfällen, die seit der Entscheidung *International Salt* aus dem Jahre 1947 Kopplungsgeschäfte nach der *per se rule* beurteilt hatten. Die Mehrheit des Gerichtshofes war der Meinung, eine Änderung dieser ständigen Rechtsprechung wäre bedeutsam gewesen, aber eine solche Änderung fand nicht statt. „It is far too late in the history of our antitrust jurisprudence to question the proposition that certain tying arrangements pose an unacceptable risk of stifling competition and therefore are unreasonable ‘per se’“.¹⁹⁴

Trotz der Anwendung der *per se rule* in diesem Fall erkannte der Gerichtshof an, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbliche Vorteile bringen könnten.

„[N]ot every refusal to sell two products separately can be said to restrain competition. If each of the products may be purchased separately in a competitive market, one seller’s decision to sell the two in a single package imposes no unreasonable restraint on either market, particularly if competing suppliers are free to sell either the entire package or its several parts.... Buyers often find package sales attractive; a seller’s decision to offer such packages can merely be an attempt to compete effectively – a conduct that is entirely consistent.“¹⁹⁵

Mit dieser Behauptung versuchte der *Supreme Court*, die *per se rule* einzugrenzen. Er fokussierte auf den Grund der *per se illegal rule* für Kopplungsgeschäfte, nämlich die Beschränkung des Leistungswettbewerbs (*competition on the merits*) im Markt für das gekoppelte Gut. Zu diesem Zweck prüfte der Gerichtshof, ob die Kriterien für illegale Kopplung in diesem Fall erfüllt werden. Also beschäftigte sich der Gerichtshof mit den Fragen, ob zwei verschiedenen Güter in diesem Geschäft vorliegen; und ob das Krankenhaus eine Marktmacht im Markt für das koppelnde Gut innehat, um die Patienten zu zwingen, andere Dienstleistungen abzunehmen, die sie im konkurrierenden Markt nicht abnehmen würden.

Das beklagte Krankenhaus behauptete, dass Operationsdienste und Narkosedienste ein einheitliches funktionelles Leistungspaket (*functionally integrated package of services*) seien und daher zwei verschiedene Güter nicht vorliegen würden. Die Mehrheit des *Supreme Court* lehnte diese Behauptung ab. Statt auf die funktionelle Verhältnis zwischen den Gütern, fokussierte der Gerichtshof auf den Charakter der Nachfrage für beide Güter.

„Thus, in this case no tying arrangements can exist unless there is a sufficient demand for the purchase of anesthesiological services separate from hospital services to identify a distinct product market in which it is efficient to offer anesthesiological services separately from hospital services.“¹⁹⁶

¹⁹⁴ A.a.O., S. 14.

¹⁹⁵ A.a.O., S. 19.

¹⁹⁶ A.a.O., S. 22.

Der Gerichtshof musste daher prüfen, ob es neben der Nachfrage nach Operationsdiensten eine Nachfrage nach Narkosediensten gab, die einen eigenständigen Markt bildete. Hier zeigte der Gerichtshof, dass die Patienten getrennte Rechnungen für Operationsdienste und Narkosedienste bekämen. Außerdem würden Patienten oft einen ganz bestimmten Narkosearzt für ihre Operation bitten. Der *Supreme Court* kam zu dem Schluss, dass das Krankenhaus den Kauf zweier verschiedener Dienstleistungen in ein Einzelgeschäft kombiniere.¹⁹⁷

Weiterhin prüfte der Gerichtshof den Marktanteil des Krankenhauses im Markt für Krankenhausdienste. Der Gerichtshof fand, Jefferson Parish habe einen 30% Marktanteil¹⁹⁸ und somit habe das Krankenhaus keine notwendige Marktmacht inne, um die Patienten zu zwingen, die Narkosedienste abzunehmen. Daher stellte der Gerichtshof fest, dass die *per se rule* in diesem Fall nicht anwendbar sei.¹⁹⁹ Dies ist das Kriterium, nach dem die Mehrheit des Gerichtshofes die *per se rule* eingrenzt.

Die Mehrheit des *Supreme Court* fand, das exklusive Geschäft des Krankenhauses sei keine Verletzung gegen Sec. 1 Sherman Act. Die Minderheit des *Supreme Court* stimmte mit der Mehrheit überein, dennoch forderte sie die Anwendung der *rule of reason* in diesem Fall. *Justice O'Connor*, die für die Minderheit schrieb, war der Meinung, in Kopplungsfällen habe der *Supreme Court* nie ausdrücklich gewollt, dass Kopplungsgeschäfte immer illegal seien, wenn es nicht einen Beweis für die Marktmacht oder für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung gibt.²⁰⁰ *O'Connor J.* schrieb:

“The 'per se' doctrine in tying cases has thus always required an elaborate inquiry into the economic effects of the tying arrangement. As a result, tying doctrine incurs the costs of a rule of reason approach without achieving its benefits: the doctrine calls for the extensive and time-consuming economic analysis characteristic of the rule of reason, but then may be interpreted to prohibit arrangements that economic analysis would show to be beneficial. Moreover, the per se label in the tying context has generated more confusion than coherent law because it appears to invite lower courts to omit the analysis of economic circumstances of the tie that has always been a necessary element of tying analysis.

The time has therefore come to abandon the 'per se' label and refocus the inquiry on the adverse economic effects, and the potential economic benefits, that the tie may have.”²⁰¹

Ferner behauptete *O'Connor J.*, dass Kopplungsgeschäfte sowohl ökonomische Vorteile als auch ökonomische Schaden bringen könnten. Diese ökonomischen Vorteile sollten in der *rule of reason* – Erwägung berücksichtigt werden. *O'Connor J.* setzte Beweise der

¹⁹⁷ A.a.O., S. 24.

¹⁹⁸ A.a.O., S. 26.

¹⁹⁹ A.a.O., S. 27 ff.

²⁰⁰ A.a.O., S. 33.

²⁰¹ A.a.O., S. 35.

ökonomischen Effekte der Kopplungsgeschäfte voraus, um ein Kopplungsgeschäft als illegal zu beurteilen. Sie stellte fest, dass nur dann ein Kopplungsgeschäft angenommen werden soll, wenn seine wettbewerbsbeschränkenden Effekte seine Beiträge zu Effizienzvorteilen überwiegen.²⁰²

Die qualifizierte *per se rule* und die Prüfkriterien für die Unterscheidung zweiter Güter, die im Urteil *Jefferson Parish* entwickelt wurden, wurde vom *Supreme Court* im Urteil *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*²⁰³ bestätigt. Kodak stellte Photokopiermaschinen und ihre Ersatzteile her. Kodak erledigte auch Reparaturdienstleistungen für diese Maschinen. Independent Service Organizations (ISOs) waren Konkurrenten von Kodak im Markt für Reparaturdienstleistungen. ISOs kaufte Ersatzteile von Kodak und unabhängig *original-equipment manufacturers (OEMs)*. Wegen des heftigen Wettbewerbs von ISOs begann Kodak 1985 seine Geschäftspolitik zu verändern. Es verlangte von Abnehmern seiner Ersatzteile, entweder die Reparaturdienstleistung von Kodak zu benutzen oder ihre Maschinen selbst zu reparieren. Außerdem lehnte Kodak ab, seine Ersatzteile an ISOs zu verkaufen.²⁰⁴ ISOs legte eine Beschwerde gegen die Geschäftspolitik von Kodak ein.

Der *Supreme Court* war der Ansicht, dass Kodak versucht, seine Marktmacht im Markt für Ersatzteile in den Markt für Reparaturdienstleistungen auszudehnen. Obwohl der Gerichtshof fand, dass Kodak keine Marktmacht im Markt für Ersatzteile innehatte, stellte er fest, dass das Kopplungsgeschäft von Kodak illegal sei. Der Gerichtshof verlässt sich auf die Streitfrage des *market imperfections*. Im Markt gebe es einen Mangel an Informationen bezüglich der Effizienz bei der Kopplung von Ersatzteilen und Reparaturdienstleistungen für Verbraucher. Nach Auffassung des Gerichtshofes könne die Unvollständigkeit der Information, die über den Markt vorliege, der effizienten Bearbeitung eines Verfahrens in einem unkonkurrierenden Markt schaden. Er kam zu dem Schluss, dass „*market imperfections*“ den Wettbewerb im Markt für Ersatzteile erschweren können, denn sie behindern die Bemühungen der Marktaufsicht, den Versuch der Monopolausdehnung im Markt für Reparaturdienstleistungen zu disziplinieren.²⁰⁵

Die qualifizierte *per se rule* in *Jefferson Parish* wurde im Urteil *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*²⁰⁶ vom *Supreme Court* wieder angewandt. *Illinois Tool Works, Inc.*

²⁰² A.a.O., S. 41 f.

²⁰³ *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc. et al*, 504 U.S. 451 (1992).

²⁰⁴ A.a.O., S. 458.

²⁰⁵ A.a.O., S. 477 f.

²⁰⁶ *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. ____ (2006).

(ITW) stellte Drucksysteme her, die aus einem Drucker, einer Patrone und Tinte bestehen. Die Drucker und Patrone von ITW genossen einen gewissen Patentschutz, nicht jedoch dessen Tinten. Der Lizenzvertrag von ITW verlangte von Lizenznehmern, nur Tinten von ITW zu verwenden. Independent Ink, Inc. war ein Verteiler und Lieferer der Tinten, die auch geeignet für Drucksysteme von ITW sind. Independent Ink legte eine Beschwerde gegen das Kopplungsgeschäft von ITW ein.²⁰⁷

Der *Supreme Court* war der Auffassung, dass diese Kopplung legal sei. Er stellte fest, dass in allen Kopplungsfällen der Kläger beweisen müsse, dass der Beklagte über Marktmacht auf dem koppelnden Markt verfüge. Der Gerichtshof lehnte die Behauptung von Independent Ink ab, dass ein Patentinhaber eine Marktmacht genieße. Er stellte fest: „the vast majority of academic literature recognizes that a patent does not necessarily confer market power“. Der *Supreme Court* gab daher die *per se illegal rule* in *International Salt* auf, die annahm, dass das Patentrecht dem Patentinhaber eine Marktmacht überträgt. Er erklärte, dass seine ablehnende Haltung gegenüber Kopplungsgeschäften ‚ein Überrest der Geschichte‘ sei und in der letzteren Entscheidungen wesentlich verringert wurde. Der Gerichtshof stellte fest: „many tying arrangements, even those involving patents and requirements ties, are fully consistent with a free, competitive market.“ Er kam zu dem Schluss, dass Kopplungsgeschäfte der patentierten Produkte nach dem gleichen Standard geprüft werden sollen, der in allen anderen Kopplungsfällen angewandt werde, nämlich dem *Jefferson Parish* – Standard.²⁰⁸

C. Beispiele technologischer Kopplungsfälle

1. IBM

Vor dem Aufstieg von Intel und Microsoft war die IBM Corp. der Marktführer der Computerindustrie. IBM wurde als ein „*vertically integrated systems vendor*“ genannt, da IBM sowohl die Hardware (Prozessoren (CPUs),²⁰⁹ Hauptspeicher und Peripheriegeräte²¹⁰) als auch die Software (Betriebssystem und Anwendungsprogramme) als System selbst

²⁰⁷ Siehe: *McLaughlin*, 48-MAR Orange County Law. 38 (2006); *Seidenberg*, 5 NO. 9 A.B.A. J. E-Report 1(2006); *Gowdy/Marcinko*, Supreme Court Strikes Down Presumption of Illegality for Tying Arrangements Involving a Patented Product, 02.03.2006, abrufbar unter:

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38136&lastestnews=1>; *McGibbon*, Supreme Court Abolishes Presumption of Market Power In Antitrust Patent Tying Cases, 28.03.2006, abrufbar unter: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38706&lastestnews=1>.

²⁰⁸ A.a.O.

²⁰⁹ CPU (Central Processing Unit) ist die zentrale Verarbeitungseinheit des Computers.

²¹⁰ Peripheriegeräte sind beispielsweise Tastatur, *Disk Drive*, Maus, Drucker, usw.

entwickelte und verkaufte.²¹¹ Während IBM im Markt für CPUs seine marktbeherrschende Stellung lange behalten konnte, traf es heftige Konkurrenz im Markt für Peripheriegeräte. Zunächst senkte IBM die Preise seiner Peripheriegeräte, um die Konkurrenz besiegen zu können.²¹² Danach veränderte es seine Geschäftspolitik. Es koppelte CPUs und Peripheriegeräten zu Einheiten, die nur noch zusammen und nicht mehr einzeln verkauft wurden. Außerdem konstruierte IBM sein Computer so, dass Sie mit Peripheriegeräten von anderen Herstellern nicht mehr zusammenarbeiteten. Wegen dieser Geschäftspolitik wurde IBM in den siebziger und Anfang der achtziger Jahre mit einer Reihe von Antitrustsklagen konfrontiert.²¹³ Der erste Fall ist *Telex Corp. vs. IBM Corp.*²¹⁴ (*Telex*), danach *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM Corp.*²¹⁵ (*Memorex*) und *re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation*²¹⁶ (*Transamerica*).

In diesen Fällen gingen die Gerichte nicht auf die Frage ein, ob diese Klagen nach der *per se rule* oder nach der *rule of reason* beurteilt wurden. Die Gerichte kamen in ihrer Abwägung zu der Entscheidung, dass der Produktinnovation, die sich aus der Produktintegration ergibt, ein höherer Stellenwert einzuräumen ist, als den Nachteilen, die sich durch die Inkompatibilität der neuen IBM-Produkte mit Peripheriegeräten fremder Hersteller ergeben.

a. Telex

Telex, ein Hersteller von IBM-kompatiblen Peripheriegeräte (*plug-compatible manufacturer – PCM*), beklagte sich über die Entscheidung von IBM, sein System 370 CPUs und seine Peripheriegeräte *memory* und *control units* zu integrieren. Telex war gegen diese Integration und behauptete, die Integration sei ein rechtswidriges Kopplungsgeschäft, das Sec. 1 und Sec. 3 verletze.²¹⁷

Das Gericht prüfte zuerst, ob im vorliegenden Geschäft zwei verschiedenen Güter vorlagen.²¹⁸ Telex behauptete, dass hier mehrere Produkte existierten, obwohl *memory* und *control units* in CPUs integriert würden. Das Gericht lehnte diese Behauptung ab und sah dieses integrierte

²¹¹ Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 22.

²¹² A.a.O.

²¹³ Royal, 68 Antitrust L.J., 1023, 1020 ff. (2001); Heiner, 72 U. Chi. L.R. 123, 125 f. (2004).

²¹⁴ *Telex Corp. vs. IBM*, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973).

²¹⁵ *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978).

²¹⁶ *Re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation*, 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979).

²¹⁷ *Telex Corp. vs. IBM*, 367 F. Supp. 258, 342 (N.D. Okla. 1973).

²¹⁸ A.a.O., S. 346 f.

Produkt physisch als ein einzelnes Produkt.²¹⁹ Nach Auffassung des Gerichts wird durch das Antitrustrecht nicht gerechtfertigt, dass durch gerichtliche Beschlüsse Produkte in Einzelkomponenten zerteilt werden, um diesen dann beim gemeinsamen Verkauf den Charakter eines Kopplungsgeschäfts zuordnen zu können.²²⁰ Das Gericht erklärte:

„To rule otherwise, would enmesh the courts with technical and uncertain inquiry into the technological justifiability of functional integration and cast unfortunate doubt on the legality of product innovations in serious detriment to the industry and without any legitimate antitrust purpose.”²²¹

Daher stellte das Gericht fest, dass die Integration der *memory* und *control units* im System 370 CPUs kein Kopplungsgeschäft begründet.²²² Ferner betonte das Gericht, dass es dem Kunden freigestellt bleibt, ob er diese Integration will oder nicht, denn IBM biete auch CPUs ohne integrierte *memory* und *control units* an. Außerdem befand das Gericht, dass sich die Verbraucher auch frei für CPUs und control units anderer Hersteller wie etwa Telex entscheiden können.²²³

b. Memorex

Im Fall *Memorex (ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM)*²²⁴ beklagte sich Memorex über die Entscheidung von IBM, eine neue *disk drive interface* (Schnittstelle)²²⁵ in System 370 CPUs zu verwenden, die nicht kompatibel mit Peripheriegeräten von Memorex und anderen Herstellern war. IBM argumentierte, dass die Anwendung der neuen Schnittstelle technologisch gerechtfertigt sei. Memorex stimmte zu, dass hier eine Innovation unabdingbar war, behauptete jedoch, dass es IBM auch möglich sei, ein alternatives Produktdesign zu entwickeln, das kein Kompatibilitätsproblem verursache.²²⁶ Das Gericht fand es nicht nötig diesen technischen Streit aufzulösen. Eher erklärte es:

“Where there is a difference of opinion as to the advantages of two alternatives which can both be defended from an engineering standpoint, the court will not allow itself to be enmeshed ‘in a technical inquiry into the justifiability of product innovations.’”²²⁷

²¹⁹ A.a.O., S. 347.

²²⁰ A.a.O.

²²¹ A.a.O.

²²² A.a.O.

²²³ A.a.O.

²²⁴ *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978).

²²⁵ *Interfaces* (Schnittstellen) sind die Ansatzpunkte im Computersystem rund um den Quellcode, mit deren Hilfe ein Produkt mit einem anderen kommunizieren kann. Schnittstellen legen die Kompatibilität der Hardware fest und bestimmen Informationen über den Softwareaufbau, mit denen die eine Einheit die andere erkennen kann. Siehe: *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 22 f.

²²⁶ *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 458 F. Supp. 423, 438 f. (N.D. Cal. 1978).

²²⁷ A.a.O., S. 439.

c. *Transamerica*

Der Ansatz im Fall *Memorex* wurde jedoch im Fall *Transamerica (re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation)*²²⁸ nicht angewandt. In diesem Fall beschwerte sich Transamerica über die Entscheidung von IBM, seine Schnittstellen auf das „Aspen“ control unit und auf das „Mallard“ disk drive zu verändern, damit waren die Peripheriegeräte von anderen Herstellern nicht kompatibel mit CPUs von IBM.

Das Gericht fand, dass der Ansatz im Fall *Memorex*, mit der ein Produktdesign gerechtfertigt wurde, solange es einen triftigen Streit über eine Produktsuperiorität gebe, über schützend sei, da sie die Möglichkeit der Ausnutzung eines Superiorprodukts als Kopplung von mehreren Produkten ignoriere.²²⁹ Das Gericht war der Auffassung, der Monopolist verletze den Sherman Act, wenn das neue Produktdesign in unvernünftiger Weise den Wettbewerb beschränkt.²³⁰

Transamerica behauptete, die Veränderungen im „Aspen“ control unit und im „Mallard“ disk drive seien nicht nötig und das Ziel dieser Veränderungen sei den Wettbewerb anderer Herstellern zu beseitigen.²³¹ Das Gericht lehnte diese Behauptung ab und befand, dass Aspen ein hervorragendes Produkt sei und dass die mit dem Produkt erzielten Verbesserungen mit Hilfe der Schnittstellenveränderungen zu erreicht wurden und somit eine hinreichende Begründung für die Schnittstellenveränderungen vorliegt.²³² Daher stellte das Gericht fest, dass “even if its effect was to injure competitors, the antitrust laws do not contemplate relief in such situations.”²³³ In Bezug auf „Mallard“ disk drive erklärte das Gericht, dass die Entscheidung von IBM „Mallard“-Schnittstelle einzusetzen, legal sei, und das obwohl es offensichtlich die Absicht von IBM sei, den Wettbewerb anderer Herstellern zu beseitigen:

“Mallard was a design adopted primarily to preclude PCM competition, but it was a superior design, and its effect on competition was negligible. A finding adverse to IBM on this aspect of its conduct would amount to a punishment for intent alone.”²³⁴

²²⁸ *Re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation*, 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979).

²²⁹ A.a.O., S. 1003.

²³⁰ A.a.O.

²³¹ A.a.O., S. 1004.

²³² A.a.O.

²³³ A.a.O.

²³⁴ A.a.O., S. 1004 f.

2. Microsoft

Die oben genannten IBM-Fälle bezogen sich auf Computer-Hardware. Damals gab es noch keine getrennte Software-Industrie; Software wurde an Verbraucher als ein Teil des *Mainframe*-Computers angeboten.²³⁵ Diese Situation veränderte sich seit Anfang der achtziger Jahre, als Microsoft Corp. und andere Unternehmen begannen, Software-Plattformen²³⁶ zu entwickeln, die auf Hardware von verschiedenen Herstellern laufen können. Dies führt zu der Begründung der getrennten Software-Industrie, die heutzutage aus tausenden von unabhängigen Softwareanbietern besteht.²³⁷

Microsofts Aufstieg in die Software-Industrie begann im Jahre 1980, als es eine Lizenz für ein Betriebssystem von Seattle Computer Products bekam, das es danach modifizierte und als das „Microsoft Disk Operating System (MS-DOS)“ einführte.²³⁸ Microsofts Beherrschung im Markt für Betriebssysteme resultierte aus einem trivialen Ereignis. IBM entschied sich für Microsoft, um seine neuen Personal-Computer (PC) mit einem leistungsfähigen Betriebssystem zu versorgen. IBM erhielt von Microsoft eine Lizenz für MS-DOS, dessen Urheberrechte bei Microsoft verblieben. MS-DOS wurde auf dem ersten PC von IBM im Jahr 1981 eingesetzt. Es stach seine Konkurrenten sofort aus - einschließlich Macintosh von Apple Computer, DR-DOS von Digital Research und OS/2 System von IBM. Microsoft entwickelte sein Betriebssystem weiter, und im Jahr 1985 führte es das Betriebssystem Windows als Nachfolger von MS-DOS ein. Durch die sukzessiven Verfeinerungen in Windows, Windows 95, Windows 98 und andere Windows-Versionen hat Microsoft bei Betriebssystemen einen weltweiten Marktanteil von über 90% erreicht.²³⁹

Außer den Betriebssystemen erstellte Microsoft Anwendungsprogramme.²⁴⁰ Als Microsoft sein Betriebssystem und seine Anwendungsprogramme in einer Bündelung verkaufte, konnte

²³⁵ Heiner, 72 Chi. L.R. 123, 126 (2005).

²³⁶ Eine Plattform-Software ist eine Software, die als eine Plattform für die Entwicklung und den Lauf anderer Software bedient. Die Plattform-Software versorgt Funktionalitäten, auf den Software-Entwicklern bzw. *third-party software developers* ihre eigene Software bzw. Anwendungsprogramme erschaffen können. Diese Funktionalitäten wird für Software-Entwickler via Software-Schnittstellen bzw. *application programming interfaces (APIs)* bereitgestellt.

²³⁷ Heiner, 72 Chi. L.R. 123, 127 (2005).

²³⁸ Das *operating system* (Betriebssystem) ist das Grundlagenprogramm, das den Betrieb eines Computers kontrolliert und die Interoperabilität zwischen dem Computers Memory und Peripheriegeräten, wie Tastatur, Monitor, Disk Drive und Drucker koordiniert. Das Betriebssystem umfasst die Grundlagenschnittstellen, die Benutzer begegnen, wenn sie ihre Computer erstmal einschalten. Das Betriebssystem bedient als eine Plattform-Software.

²³⁹ Piraino, 93 Nw. Univ. L.R. 1, 8 f. (1998).

²⁴⁰ Anwendungsprogramme sind z.B. Textverarbeitung, Datenbanken und *spreadsheets*. Um funktionsfähig zu sein, müssen die Anwendungsprogramme mit dem Betriebssystem kommunizieren. Dazu sind ausführliche

es die Marktführung von WordPerfect im Markt für Textverarbeitung, von Lotus im Markt für E-Mail und von Borland im Markt für Datenbanken übernehmen.²⁴¹ Somit ist Microsoft nicht nur im Markt für Betriebssystem dominant, sondern auch in benachbarten Märkten mit verschiedenen Anwendungsprogrammen dominant.

Microsoft entwickelt immer noch sein Betriebssystem weiter, in dem es Funktionalitäten, wie Internet-Browser und Media Player, zu dem Betriebssystem hinzufügte. Als Microsoft Windows und seinen Internet-Browser „Internet Explorer (IE)“ in einer Bündelung anbot, in der es IE ins Windows integrierte, verdoppelte es seinen Marktanteil im Markt für Internet-Browser auf 40% im Jahr 1997, während Internet-Browser „Navigator“ von Netscape Corp. seinen Marktanteil von 73% auf 58% verlor.²⁴²

Microsofts Konkurrenten hatten gegen die Software-Integration von Microsoft beklagt. Sie hatten Beschwerden bei dem Amerikanischen *Department of Justice (DoJ)* gelegt und vorgeworfen, Microsoft nutze seine marktbeherrschende Stellung im Markt für Betriebssysteme als Hebel aus, um diese Stellung im Markt für Anwendungsprogramme auszudehnen. Infolge dessen begann das DoJ, die Verhaltensweisen von Microsoft gründlicher unter die Lupe zu nehmen.²⁴³ Am Ende der neunziger Jahre legte er zwei verschiedene Klagen bei dem *District Court of Columbia* ein, dessen Entscheidungen vom *District of Columbia Circuit* aufgehoben wurden. In diesen Fällen formulierten die Gerichte verschiedene Maßnahmen, eine Produktintegration als rechtswidriges Kopplungsgeschäft zu beurteilen. Diese Maßnahmen bewegten sich zwischen dem Ansatz in den IBM-Fällen, der *per se rule* und dem *rule of reason* – Ansatz.

a. Microsoft I

Der Microsoft-Prozess begann 1994 durch die Beschwerde von Novell Corp. bei dem DoJ und der europäischen Kommission (DG IV). Novell, das eine Lizenz für das Betriebssystem DR-DOS von Digital Research erworben hatte, beschwerte sich über das Kopplungsgeschäft von Microsoft, da Microsoft den Verkauf der graphischen Benutzeroberfläche Windows 3.11 mit dem Verkauf des Betriebssystems MS-DOS verknüpfte. Wegen dieser Geschäftspolitik

Informationen über Beschaffenheit und Schnittstellen des Betriebssystems erforderlich. Vgl. *Fleischer/Doege*, 7-8 WuW 705, 707 (2000).

²⁴¹ *Piraino*, 93 Nw. Univ. L.R. 1, 9 (1998).

²⁴² A.a.O., S. 11.

²⁴³ *Meier-Wahl/Wrobel*, 1 WuW 28 (1999); *Fleischer/Doege*, 7-8 WuW 705 (2000).

würden PC-Hersteller bzw. *original equipment manufacturers* (OEMs) vorzugsweise MS-DOS und nicht DR-DOS auf ihren Computern installieren.²⁴⁴

Die Klage endete im Oktober 1995 mit einem Vergleich (*Consent Decree*). Der Vergleich wurde so eingerichtet, damit Microsoft keine Leverage-Verhaltensweise praktiziert, in der es seine Monopolstellung im Markt für Betriebssysteme ausnutzt, um die Märkte für Anwendungsprogramme zu dominieren.²⁴⁵ Der Vergleich verpflichtet Microsoft, u.a. in Section IV (E) (1), die Lizenzierung eines Produktes nicht von der Lizenzierung eines weiteren Produkts abhängig zu machen.²⁴⁶ Diese anti-Kopplung-Bestimmung beruht auf den vertraglichen Kopplungsgeschäften, über die sich Novell beschwert hatte. Die Bestimmung verbietet Microsoft jedoch nicht, integrierte Produkte zu entwickeln. Als Microsoft in der Folge Windows 95 erstellte und dabei die graphische Oberfläche und das Betriebssystem MS-DOS in einem einzigen integrierten Produkt kombinierte, erhob das DoJ deshalb keine Klage.²⁴⁷

b. Microsoft II

Im Oktober 1997 legte der DoJ eine Klage gegen die Missachtung des Vergleichs von Microsoft bei dem *District Court of Columbia* ein. Das DoJ machte geltend, dass Microsoft die anti-Kopplung-Bestimmung des Vergleichs verletze, da Microsoft das Windows-Betriebssystem 95 nur zusammen mit seinem Internet Explorer (IE) anbot.²⁴⁸ Microsoft behauptete, Windows 95 und IE – Kombination sei ein integriertes Produkt und sie würde daher gemäß dem Vergleich erlaubt. Das *District Court* befand, dass Microsoft die anti-Kopplung-Bestimmung verletze.²⁴⁹ Das *District of Columbia Circuit (D.C. Circuit)* hob diese

²⁴⁴ Royall, 68 Antitrust L.J. 1023, 1041 f. (2001); De Vries, 14 Berkeley Tech. L.J. 303, 304 (1999).

²⁴⁵ A.a.O.

²⁴⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, Civil Action No. 94- 1564 § IV (E); verfügbar auf <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f0000/0047.htm>:

“Microsoft shall not enter into any License Agreement in which the terms of that agreement are expressly or impliedly conditioned upon:

(1) the licensing of any other Covered Product, Operating System Software product or other product (provided, however, that this provision in and of itself shall not be construed to prohibit Microsoft from developing integrated products).”

²⁴⁷ Royall, 68 Antitrust L.J. 1023, 1041 f. (2001).

²⁴⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 980 F. Supp. 537 (D.D.C. 1997); Meier-Wahl/Wrobel, 1 WuW 28 (1999).

²⁴⁹ A.a.O.

Entscheidung auf,²⁵⁰ und fand, dass Microsoft die anti-Kopplung-Bestimmung nicht verletze, da Windows 95/IE-Bündelung ein integriertes Produkt sei.²⁵¹

Die Streitfrage vor dem *D.C. Circuit* war die, ob Windows 95/IE-Kombination ein einzelnes integriertes Produkt im Rahmen des Vergleichs bildete.²⁵² Das Gericht lehnte die Anwendung des *separate demand* – Tests (des *Jefferson Parish* – Tests) in diesem Fall ab. Nach Auffassung des Gerichts sei der *Jefferson Parish* – Test kein zuverlässiger Test der Verschiedenheit, wenn ein neues Produkt Funktionen integriere, die vorher von getrennten Produkten realisiert wurden.²⁵³ Das Gericht war der Ansicht, dass eine Produktkombination kein unzulässiges Kopplungsgeschäfte sein könne, wenn sie wirklich eine technische Integration (*genuine technological integration*) sind, und zwar unabhängig davon, ob die Elemente der integrierten Bündelung getrennt angeboten werden.²⁵⁴ Das Gericht interpretierte ein integriertes Produkt als ein Produkt, das kombinierte Funktionalitäten in einer Weise anbietet, durch die Vorteile entstehen, die durch die einzelne Nutzung der Funktionalitäten nicht vorhanden sind. Ob die Funktionalitäten dabei tatsächlich als einzelne Produkte oder nur als Gesamtprodukt vermarktet werden, ist unerheblich.²⁵⁵

Das Gericht formulierte einen Testkriterien, mit denen entschieden werden kann, ob ein Produktkombination ein einzelnes Produkt darstellt: (1) die Kombination muss sich von dem unterscheiden, was Verbraucher aus den getrennten Produkten selbst erzeugen könnten; und (2) die Kombination muss in ein bestimmter Hinsicht besser als die getrennten Produkte sein.²⁵⁶ Das Gericht vermied es, ein Computerdesign zu beurteilen, und erklärte: „The question is not whether the integration is a net plus but merely whether there is a plausible claim that it brings some advantage.“²⁵⁷ Es war der Ansicht, es gebe sicher eine plausible Behauptung, dass Windows 95/IE-Kombination Vorteile bringe.²⁵⁸

Das Gericht stellte fest, dass Windows 95/IE den ersten Teil des Tests erfülle. Denn Microsoft habe Programmteile entwickelt, mit deren Hilfe Windows 95 und IE integriert wurden.²⁵⁹ Die Verbraucher könnten Windows 95 und IE nicht in der gleichen Art selbst kombinieren wie Microsofts. Dazu müssten die Verbraucher eine aufwändige Programmierarbeit selbst

²⁵⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C. Cir. 1998).

²⁵¹ A.a.O., S. 952.

²⁵² A.a.O., S. 946 f.

²⁵³ A.a.O., S. 947.

²⁵⁴ A.a.O., S. 948.

²⁵⁵ A.a.O.

²⁵⁶ A.a.O., S. 949.

²⁵⁷ A.a.O., S. 950.

²⁵⁸ A.a.O., S. 950 f.

²⁵⁹ A.a.O., S. 952.

durchführen und der Aufwand dafür sei für die Verbraucher nicht effizient.²⁶⁰ Das Gericht befand auch, dass die Windows-95/IE-Kombination den zweiten Teil des Tests erfülle. Denn eine Windows-95/IE-Kombination habe Vorteile, die nicht vorhanden wären, wenn die Produkte getrennt verwendet würden. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass Windows 95 mit IE ein integriertes Produkt sei, und daher Microsofts Geschäft kein unzulässiges Kopplungsgeschäft von zwei getrennten Produkten sei.²⁶¹

c. Microsoft III

Im Mai 1998 hatten das DoJ, 19 Bundesstaaten und der District of Columbia Microsoft durch sein Geschäftsgebaren gegen Sec. 1 und 2 des Sherman Act bei dem *District Court of Columbia* verklagt. Sie machten geltend, Microsoft habe die mit Windows 95 auf dem Markt für Betriebssysteme erworbene Machtposition missbraucht, um die Verbreitung des Netscape Internetbrowsers „Navigator“ zugunsten seines IE zu verhindern. Somit habe Microsoft versucht, den Browsermarkt zu monopolisieren, was Sec. 2 Sherman Act verletze. Außerdem hatten sie Microsoft vorgeworfen, ein unzulässiges Kopplungsgeschäft vorgenommen zu haben, in dem es PC-Herstellern (OEMs) gezwungen habe, gemeinsam mit der Installation von Windows 95 und Windows 98 auch IE zu installieren, was ein Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act darstelle.²⁶²

Das *District Court of Columbia* verkündete im November 1999 Tatsachenfeststellungen (*findings of fact*), dass Microsoft einen Marktanteil über 90% des relevanten Marktes innehabte; dass hohe Marktzutrittschranken die Marktbeherrschung durch Microsoft schützen würden; und dass Verbraucher keine kommerzielle lebensfähige Alternative zu dem Windows-Betriebssystem hätten.²⁶³

Im April 2000 erklärte das Gericht in Form einer rechtlichen Würdigung (*conclusions of law*), dass Microsoft seine Monopolmacht mit wettbewerbswidrigen Praktiken aufrechterhalten habe, was gegen Sec. 1 verstoßen hätte. Außerdem habe Microsoft seine Position genutzt habe, um den Markt für Internetbrowser zu monopolisieren, was eine Verletzung von Sec. 2 sei. Ferner habe Microsoft seinen Internetbrowser mit seinem Betriebssystem in

²⁶⁰ A.a.O.

²⁶¹ A.a.O.

²⁶² *United States v. Microsoft Corp.*, 65 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 1999).

²⁶³ *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999) (Findings of Fact).

rechtswidriger Weise gekoppelt, was ein Verstoß gegen Sec. 1 sei. Microsoft habe jedoch keine rechtswidrigen Exklusivverträge mit anderen Firmen geschlossen.²⁶⁴

In diesen rechtlichen Würdigungen kritisierte der zuständige Richter *Jackson* den Ansatz des *D.C. Circuits* in *Microsoft II* bei der Beurteilung eines Produktdesigns. Er war der Ansicht, dass dieser Ansatz jedes Produktdesign von der Untersuchung des Antitrustrechts immunisiere, und zwar ganz unabhängig von seinen Effekten auf dem Wettbewerb, wenn der Anbieter nur plausible Vorteile eines Produktdesigns behaupten könne.²⁶⁵ Der plausible Vorteile-Ansatz stimme nicht mit den entsprechenden Präzedenzfällen des *Supreme Court* überein.²⁶⁶ Richter *Jackson* wandte daher die *per se rule* und den getrennte Nachfrage-Ansatz an, der vom *Supreme Court* im Fall *Jefferson Parish* eingeführt wurde. Er erklärte, dass der getrennte Nachfrage-Ansatz in *Jefferson Parish* den Beweis der wirtschaftlichen Realität fordere, beispielsweise die Analyse der Verbraucher, die Natur des Produktes und die Märkte für diese Produkte.²⁶⁷ Richter *Jackson* fand, dass die Verbraucher Windows und IE als zwei verschiedene Produkte sahen. Deshalb stellte er fest, dass Windows und IE zwei getrennte Produkte seien.²⁶⁸

Richter *Jackson* hielt keine Verhandlung ab, um die Abhilfemaßnahme gegen Microsofts Verhaltensweise zu bestimmen.²⁶⁹ Stattdessen ging er im Juni 2000 auf ein Endurteil (*final judgment*) ein. Nach diesem Urteil sollte Microsoft Corp. in zwei unabhängige Unternehmen gespalten werden.²⁷⁰ Microsoft legte Berufung bei dem *D.C. Circuit* ein. Das DoJ suchte jedoch eine direkte Entscheidung vom *Supreme Court*. Nachdem der *Supreme Court* diese abgelehnt hatte, begann das *D.C. Circuit*, diesen Fall zu beurteilen.²⁷¹

Das *D.C. Circuit* hob zum Teil die Entscheidung des *District Court* auf und bestätigte zum Teil dieser Entscheidung.²⁷² Das Gericht nahm die Tatsachenfestellungen und die rechtliche Würdigungen an, dass Microsoft Monopolmacht innehatte; und dass Microsoft seine Monopolmacht mit wettbewerbswidrigen Praktiken aufrechterhalten habe. Allerdings lehnte es die Würdigung ab, dass Microsoft versuche, den Browsermarkt zu monopolisieren und

²⁶⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (Conclusions of Law); veröffentlicht unter <http://www.usdoj.gov/atr.cases/f4900/f4909.htm>.

²⁶⁵ A.a.O., S. 47 ff.

²⁶⁶ A.a.O.

²⁶⁷ A.a.O., S. 49.

²⁶⁸ A.a.O., S. 49 f.

²⁶⁹ *O'Dell*, 30 Ga. J. Int'l & Comp. L. 101, 104 (2001).

²⁷⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (Final Judgment).

²⁷¹ *O'Dell*, 30 Ga. J. Int'l & Comp. L. 101, 105 (2001); *Gey*, 10 WuW 933, 933 f. (2001).

²⁷² *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

dass Microsoft rechtswidrige Kopplungsgeschäfte durchführe. Das Gericht hob auch die Aufspaltungsanordnung auf.²⁷³

In diesem Fall lehnte das *D.C. Circuit* die Anwendung der *per se rule* ab und behauptete, dass bei der Beurteilung der Kopplungsgeschäfte hinsichtlich Plattform-Software-Produkte die *rule of reason* anzuwenden sei.²⁷⁴ Das Gericht war der Ansicht, dieser Fall biete die erste eingehende Untersuchung einer technologischen Integration ergänzender Funktionalitäten in eine Software, die als eine Plattform für Software-Anwendungen von Drittanbietern diene. Deshalb gebe es für diesen Fall keine engen Parallelen aus früheren Antitrustsfällen. Die simple Anwendung der *per se rule* für Kopplungsgeschäfte berge ein ernstes Schadensrisiko.²⁷⁵ Das Gericht stellte fest, dass der *Jefferson Parish*-Test wettbewerbsfördernde- und wettbewerbsbeschränkende Kopplungsgeschäfte nicht immer unterscheiden könne.²⁷⁶

Microsoft behauptete, die Integration sei innovativ und verbessere den Wert des Betriebssystems für Benutzer und Software-Entwickler. Das Gericht gründete daher seine Analyse meist auf die Effizienzgewinne, die sich mit der Integration der neuen Funktionalität in die Plattform-Software verbunden.²⁷⁷ Es glaubte, dass nicht alle Kopplungsgeschäfte schlecht seien. Kopplungsgeschäfte könnten Einsparungen der Transaktionskosten und Kostenvorteile (*economies of scale or scope*) produzieren.²⁷⁸ Das Gericht bestätigte die Behauptung von Microsoft, wonach durch den *Jefferson-Parish-Test* Innovationen abkühlen würden. Das schade Verbrauchern, da es in den Unternehmen die Integration neuer Funktionen in Produkte verhindere, wenn die Funktionen bereits als *stand-alone* Produkte angeboten werden, und damit nach dem *Jefferson Parish*-Test zwei getrennten Produkte vorliegen.²⁷⁹

Das Gericht betonte, die Natur des Marktes für die Plattform-Software weise bestimmte Eigenschaften auf, die dazu führen, dass die Anwendung der *per se rule* wertvolle Innovationen behindern könne. Erstens sei die *per se rule* zur Beurteilung getrennter Produkte bei neuen integrierten Produkte nicht hilfreich, da zum Zeitpunkt der Integration das

²⁷³ *O'Dell*, 30 Ga. J. Int'l & Comp. L. 101, 105 (2001); *Gey*, 10 WuW 933, 936 ff. (2001).

²⁷⁴ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

²⁷⁵ A.a.O.

²⁷⁶ A.a.O., S. 84.

²⁷⁷ A.a.O., S. 85.

²⁷⁸ A.a.O., S. 87.

²⁷⁹ A.a.O., S. 89.

gekoppelte Gut als ein wesentlich anderer Markt erscheine.²⁸⁰ Demgegenüber gebe die *rule of reason* – Analyse dem *first mover* eine Möglichkeit zu demonstrieren, dass ein Effizienzgewinn seiner Kopplung jede Beschränkung der Wahlmöglichkeit der Verbraucher ausgleiche.²⁸¹ Das Gericht war deshalb besorgt, dass der Test auf getrennte Produkte die Integration, die im Markt für Plattform-Software üblich sei, nicht bewerten könne. Daher erklärte es: „[The] ubiquity of bundling in competitive platform software markets should give courts reason to pause before condemning such behaviour in less competitive markets.“²⁸²

Zweitens sei die *rule of reason*-Analyse deshalb notwendig, weil die Innovation im Markt für Plattform-Software durchdringend sei und eine Kopplung in diesem Markt Effizienzgewinne produzieren könne, was Gerichte vorher nicht beurteilen könnten, und was von der *per se rule* nicht berücksichtigt würde.²⁸³ Ferner erklärte das Gericht, der Lauf der Produktentwicklung in dynamischen Technologiemarkten sei sehr schwierig vorherzusagen und die Effizienzgewinne der neuen Geschäfte seien oft schwierig zu verstehen.²⁸⁴ Deshalb forderte das Gericht, Kopplungsgeschäfte seien unter der *rule of reason* – Analyse zu beurteilen, in der die Vorteile der Kopplung gegen die Kosten beim Verbraucher ausgleichen würden.²⁸⁵ Das Gericht kam zu dem Schluss, dass die Integration neuer Funktionalitäten in die Plattform-Software ein übliches Verfahren sei und die sture Anwendung der *per se rule* in diesem Fall die Innovation der Plattform in den Märkten für PCs, Netzwerkcomputers und Informationsgeräte erschweren könne.²⁸⁶

Das Gericht verwies den Fall an das *District Court* zurück, um Abhilfemaßnahmen zu bestimmen. Das Gericht entschied, dass der Kläger, der sich bei einer Kopplungsbeschwerde auf die *rule of reason* bezieht, zeigen muss, dass die Verhaltensweise von Microsoft in unzumutbarer Weise den Wettbewerb beschränke.²⁸⁷ Dies fordere eine Untersuchung nach dem tatsächlichen Effekt der Verhaltensweise von Microsoft auf den Wettbewerb im gekoppelten Markt. Hier müssten die Kläger die Gefahr der Verhaltensweise von Microsoft durch Argumente belegen. Wenn sie diese Gefahr nicht belegen könnten, müssten sie zeigen, dass die Verhaltensweise von Microsoft wettbewerbsbeschränkend ist. Wenn Microsoft wettbewerbsfördernde Rechtsfertigungsgründe erkläre, müssten die Kläger beweisen, dass die

²⁸⁰ A.a.O., S. 92.

²⁸¹ A.a.O.

²⁸² A.a.O., S.93.

²⁸³ A.a.O.

²⁸⁴ A.a.O., S. 94.

²⁸⁵ A.a.O.

²⁸⁶ A.a.O.

²⁸⁷ A.a.O., S. 95.

wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Verhaltensweise von Microsoft die wettbewerbsfördernden Rechtsfertigungsgründe von Microsoft überwiegen.²⁸⁸

d. Microsoft IV

Als Folge der Entscheidung des *D.C. Circuit* in *Microsoft III* schlossen das DoJ und 9 der 19 Bundesstaaten mit Microsoft im November 2001 einen Vergleich ab, in dem sich Microsoft zur Aufgabe einiger der eingangs erläuterten Geschäftspraktiken bereit erklärte.²⁸⁹ Dieser Vergleich wurde vom *District Court* ein Jahr später und vom *D.C. Circuit* im Juni 2004 bestätigt.²⁹⁰ Das DoJ verzichtete auf eine Weiterverfolgung des Kopplungsvorwurfs, da das *D.C. Circuit* in *Microsoft III* die Anforderungen an die Beweise eines Kopplungsvorwurfs sehr hoch gesetzt hatte.²⁹¹

Die verbliebenen Staaten schlugen eine verschiedene Reihe von Abhilfemaßnahmen vor, u.a. die Auflage, dass Microsoft eine Version von Windows entwickeln muss, bei der der Softwarecode der Funktionalitäten wie Internet Explorer und Windows Media Player, von PC-Herstellern (OEMs) und Endbenutzern beseitigt werden können (*code removal requirement*).²⁹² Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung des Vergleichs wies das *District Court* diese Abhilfemaßnahme zurück. Die nunmehr zuständige Richterin *Kollar-Kottelly* forderte von Microsoft nicht, die Funktionalitäten von Windows zu beseitigen, sondern sie legte Microsoft eine Reihe von Design- und Lizenzierungsverpflichtungen auf, damit die Software der Konkurrenten über Windows gut laufen würden und damit Konkurrenten ihre Softwareprodukte an Verbraucher über verschiedene Kanäle verbreiten können und zwar insbesondere dadurch, dass auf neuen PCs diese Software direkt zusammen mit Windows installiert wird.²⁹³ Das *District Court* bewahrt somit die Vorteile des Microsofts integrierten Designs des Betriebssystems.²⁹⁴

Gegen die Entscheidung des *District Court* legte der Bundesstaat Massachusetts eine Berufung bei dem *D.C. Circuit* ein (*Microsoft IV*). Diese Berufung wurde vom *D.C. Circuit*

²⁸⁸ A.a.O.

²⁸⁹ http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm.

²⁹⁰ *Körber*, RIW 568, 569 (2004).

²⁹¹ A.a.O., S. 574.

²⁹² *United States v. Microsoft Corp.*, 2002 US Dist LEXIS 22861, *3-4 (D.D.C.).

²⁹³ A.a.O.

²⁹⁴ *Evans/Nichols/Schmalensee*, "U.S. v. Microsoft: Did Consumers Win?", Working Paper 11727, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w11727>.

im Juni 2004 in allen Punkten zurückgewiesen.²⁹⁵ Das *D.C. Circuit* befand, dass Software-Entwickler und Verbraucher geschadet würden, wenn Microsoft gezwungen würde, das Design von Windows zu verändern, in dem der Softwarecode der Funktionalitäten entfernt würde.²⁹⁶ Das Gericht lobte die Entscheidung des *District Court*, die den wettbewerbswidrigen Effekten abhalf, ohne dass es ins Design und Engineering des Windows-Betriebssystems eingriff:

“The district court fashioned a remedy aimed at reducing the costs an OEM might face in having to support multiple internet browsers. The court thereby addressed itself to Microsoft's efforts to reduce software developers' interest in writing to the Application Program Interfaces (APIs) exposed by any operating system other than Windows. Far from abusing its discretion, therefore, the district court, by remedying the anticompetitive effect of commingling, went to the heart of the problem Microsoft had created, and it did so without intruding itself into the design and engineering of the Windows operating system. We say, Well done!”²⁹⁷

D. Stellungnahme

Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften ist eine lange Geschichte im amerikanischen Antitrustrecht. Seit Anfang des letzten Jahrhunderts hatte sich der *Supreme Court* mit diesem Thema schon beschäftigt. Trotzdem hat das amerikanische Antitrustrecht noch keinen einheitlichen Ansatz, um pro- und antiwettbewerbliche Kopplungsgeschäfte zu unterscheiden.²⁹⁸ Die Rechtsprechung des *Supreme Court* schwang von einem Ansatz zum anderen.²⁹⁹ Infolge dessen wandten die unteren Gerichte auch verschiedene Ansätze an, Kopplungsgeschäfte zu prüfen.³⁰⁰ Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der amerikanischen Rechtsprechung es noch umstritten ist, (1) ob Kopplungsgeschäfte nach der *rule of reason* oder der *per se rule* geprüft werden sollten; (2) ob der Besitz der Marktmacht auf dem Primärmarkt notwendig für eine wettbewerbswidrige Kopplung ist; und (3) mit welchem Test die zwei verschiedenen Güter geprüft werden sollten.

²⁹⁵ *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F. 3d 1199 (D.C. Cir. 2004).

²⁹⁶ A.a.O., S. 1208.

²⁹⁷ A.a.O., S. 1210.

²⁹⁸ Siehe: *Meese*, 146 U. Pa. L.R. 1 (1997); *Kramer*, 69 Minn. L.R. 1013 (1985).

²⁹⁹ A.a.O.

³⁰⁰ *Meese*, a.a.O., S. 4.

1. *Rule of reason* und *per se rule*

Ursprünglich wurden Kopplungsgeschäfte in der amerikanischen Rechtsprechung als *per se* legal beurteilt.³⁰¹ Allerdings hat der *Supreme Court* danach seine Auffassung mehrere Mal darüber verändert, ob Kopplungsgeschäfte nach der *rule of reason* oder der *per se rule* geprüft werden sollten. Im Fall *United Shoe I* wandte er die *rule of reason* – Analyse an, in dem er die wettbewerbswidrigen Effekte und die Effizienzvorteile der Kopplung abgewogen hat.³⁰² Vier Jahre später hat jedoch der *Supreme Court* diesen Ansatz im Fall *United Shoe II* verändert und die Effizienzvorteile der Kopplung nicht anerkannt.³⁰³ Kurz darauf wurde die *rule of reason* – Analyse wieder angewandt.³⁰⁴ Im Jahr 1936 hat der *Supreme Court* die Anwendung der *rule of reason* – Analyse wieder bestätigt,³⁰⁵ aber in diesem Jahr hat er auch begonnen, die strenge *per se rule* bei Kopplungsfällen anzuwenden.³⁰⁶ Seitdem hat er Kopplungsgeschäfte als *per se illegal* beurteilt. Der *Supreme Court* konnte nicht anerkennen, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbsfreundliche- und wettbewerbsfeindliche Effekte haben können. Er vertrat einen feindlichen Ansatz zu Kopplungsfällen und glaubte, dass „tying arrangements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition.“³⁰⁷ Er stimmte mit der traditionellen Leverage-Theorie überein, dass Kopplungsgeschäfte ein Mittel der Marktmachtausdehnung und daher *per se* illegal sind. Der Gerichtshof untersuchte nicht, ob Kopplungsgeschäfte im Einzelnen dazu verwendet werden können, eine Monopolstellung auszudehnen. Ebenfalls wurden die Effizienzgewinne der Kopplungsgeschäfte hier nicht berücksichtigt.

Im Fall *Jefferson Parish* veränderte der *Supreme Court* seine Auffassung, um die *per se rule* zu Kopplungsgeschäften einzugrenzen.³⁰⁸ Hier erkannte der Gerichtshof an, dass Kopplungsgeschäfte Effizienzvorteile bringen könnten. Allerdings blieb die Mehrheit des Gerichtshofs dabei, die *per se rule* anzuwenden, solange die Voraussetzungen für die *per se rule* erfüllt werden. Hier spielten die Effizienzvorteile der Kopplung von Operationsdiensten

³⁰¹ *Heaton-Peninsular Button-Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F. 288 (6th Cir. 1896); *Sidney Henry v. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912); *United States v. United Shoe Mach. Co.*, 247 U.S. 32 (1918).

³⁰² *United States v. United Shoe Mach. Co.*, 247 U.S. 32, 65 f. (1918): “We must assume [the tying clauses] were entered into by the lessees upon a calculation of their value--the efficiency of the machines balanced against the restrictions upon and conditions of their use.”

³⁰³ *United States v. United Shoe Mach. Co.*, 258 U.S. 451, 462 (1922): “No matter how good the machines of the United Company may be, or how efficient its service, it is not at liberty to lease its machines upon conditions prohibited by a valid law of the United States.”

³⁰⁴ *FTC v. Sinclair Refining Co.*, 261 U.S. 463 (1923).

³⁰⁵ *Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp.*, 299 U.S. 3 (1936).

³⁰⁶ *IBM Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

³⁰⁷ *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293, 305 (1949).

³⁰⁸ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

und Narkosediensten auf dem Wettbewerb keine Rolle. Der Gerichtshof bestätigte in diesem Fall die Kopplung nicht deshalb, weil sie effizient war, sondern weil das Krankenhaus keine Marktmacht innehatte, die eine Voraussetzung der *per se rule* war.

Nach ökonomischer Analyse von *Nalebuff & Majerus* ist jedoch die Kopplung von Operationsdiensten und Narkosediensten effizient und nicht wettbewerbsbeschränkend.³⁰⁹ Der Markt für Krankenhaus ist konkurrierend und Narkosedienste sind nur ein kleiner Teil von den gesamten Dienstleistungen, die von einem Krankenhaus angeboten werden. Deshalb würde diese Kopplung nicht zur Errichtung der Marktzutrittschranken im Markt für Krankenhäuser führen.³¹⁰ Ebenso war der Markt für Narkosedienste konkurrierend. Wenn ein Narkosearzt beim Krankenhaus Jefferson Parish nicht praktizieren kann, kann er bei anderem Krankenhaus noch praktizieren. Deshalb würde diese Kopplung auch nicht zur Errichtung der Marktzutrittschranken im Markt für Narkosedienste führen.³¹¹ Das Motiv für diese Kopplung ist daher kein *Leveraging*.³¹² *Nalebuff & Majerus* glauben, dass der Vertrag zwischen Jefferson Parish und Arztpraxis Roux aufgrund Effizienzvorteile abgeschlossen wurde. Durch diesen Vertrag kann Jefferson Parish von Roux hoch qualifizierte Narkoseärzte verlangen. Es muss daher die Qualifikation der Narkoseärzte nicht selbst kontrollieren. Für Roux ist dieser Vertrag auch effizient. Denn Roux darf nur bei Jefferson Parish praktizieren, deshalb muss er nur auf einen einzigen Standard der Praxis und Verfahren achten. Im Ergebnis führt diese Kopplung zu einer Qualität und Kosteneinsparungen für Jefferson Paris und Roux.³¹³

Da der *Supreme Court* keine einheitliche Auffassung hat, ob die Effizienzvorteile der Kopplungsgeschäfte als Rechtfertigungsgründe für wettbewerbliche Kopplungen verwendet werden können, wandten die unteren Gerichte verschiedene Ansätze an.³¹⁴ Das *10th Circuit* beispielsweise, hat im Fall *Motors, Inc. v. Mazda Distrib. Inc.*³¹⁵ die Effizienzvorteile als Rechtfertigungsgrund abgelehnt. Das *9th Circuit* hingegen akzeptierte diese im Fall *Mozart Co. v. Mercedes Benz of N. Am. Inc.*³¹⁶

Der feindliche Ansatz zu Kopplungsfällen bezieht sich jedoch meist auf vertragliche Kopplungsgeschäfte. In technologischen Kopplungsfällen weigerten sich die unteren Gerichte

³⁰⁹ *Nalebuff/Majerus*, Bundling, Tying, and Portfolio Effects”, Report for the UK Department of Trade and Industry, February 2003, S. 122 ff., verfügbar auf: <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/bundle2.pdf>>.

³¹⁰ A.a.O., S. 124.

³¹¹ A.a.O.

³¹² A.a.O., S. 125.

³¹³ A.a.O.

³¹⁴ *Meese*, 146 U. Pa. L.R. 1, 4 (1997).

³¹⁵ 806 F. 2d 953, 957 f. (10th Cir. 1986).

³¹⁶ 833 F. 2d 1342, 1348 ff. (9th Cir. 1987).

in der Regel, die *per se rule* anzuwenden. Beispielsweise nahmen die Gerichte in *IBM*³¹⁷ und das *D.C. Circuit* in *Microsoft II*³¹⁸ einen freundlichen Ansatz zu der innovativen Produktintegration ein, der sogar ähnlich wie die *per se legal rule* ist. Ebenfalls war das *D.C. Circuit* in *Microsoft III* der Auffassung, dass bei der Beurteilung der Kopplungsgeschäfte hinsichtlich Plattform-Software-Produkte die *rule of reason* anzuwenden ist.³¹⁹ Nach der *rule of reason* – Analyse werden die Effizienzvorteile der Produktintegration mit den wettbewerbsbeschränkenden Effekten abgewogen.³²⁰

2. Marktmacht auf dem Primärmarkt

Der *Supreme Court* hat seine Auffassung auch mehrere Mal darüber verändert, ob der Besitz der Marktmacht auf dem Primärmarkt notwendig ist für die Feststellung einer wettbewerbswidrigen Kopplung. In früherer Rechtsprechung nahm der Gerichtshof an, dass Kopplungsgeschäfte *per se* illegal sind, wenn der Anbieter eine Marktmacht innehat. Allerdings machte er keine ausführliche Untersuchung über die Marktstruktur des Primärmarktes. Er war der Auffassung, dass das Patentrecht dem Patentinhaber signifikante Marktmacht gebe.³²¹ In *Times-Picayune* begrenzte der *Supreme Court* die Anwendung der *per se rule* zu Kopplungsgeschäften. Nach seiner Ansicht seien Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrig, nur wenn der Anbieter eine beträchtliche Marktmacht auf dem Primärmarkt innehabe.³²² Fünf Jahre später jedoch, veränderte der *Supreme Court* seine Auffassung, als er feststellte, dass jedes Kopplungsgeschäft, das von einem Unternehmen mit einer kleinen Marktmacht durchgeführt werde, *per se* illegal sei.³²³

In *Jefferson Parish* begrenzte der *Supreme Court* wieder die *per se rule* zu Kopplungsgeschäften, in dem er annahm, dass Kopplungsgeschäfte nur *per se* illegal seien, wenn der Anbieter signifikante Marktmacht innehabe.³²⁴ Allerdings wurde diese Regel acht Jahre später wieder verändert, als der Gerichtshof die Kopplung von Kodak untersagte,

³¹⁷ *Telex Corp. vs. IBM*, 367 F. Supp. 258 (N.D. Okla. 1973); *ILC Peripherals Leasing Corp. v. IBM*, 458 F. Supp. 423 (N.D. Cal. 1978); *Re IBM Peripheral EDP Devices Antitrust Litigation*, 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979).

³¹⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935 (D.C. Cir. 1998).

³¹⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001).

³²⁰ A.a.O.

³²¹ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacture Co.*, 243 U.S. 502, 511 (1917); *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936); *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

³²² *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953).

³²³ *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

³²⁴ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

obwohl Kodak über keine Marktmacht auf dem Primärmarkt verfügte.³²⁵ Da die Regel im Fall *Kodak* mit der Regel im Fall *Jefferson Parish* nicht übereinstimmt,³²⁶ begrenzten die unteren Gerichte die Regel in *Kodak* nur für Kopplungsfälle, in denen der Anbieter seine Geschäftspolitik verändert, nachdem Verbraucher die Maschine gekauft hatten.³²⁷

Die Regel in *Jefferson Parish* wurde vom *Supreme Court* 2006 im Urteil *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* wieder angewandt. Der Gerichtshof lehnte die Behauptung ab, dass das Patentrecht dem Patentinhaber signifikante Marktmacht gibt. Er war der Auffassung, dass Kopplungsgeschäfte der patentierten Produkte nur dann illegal sind, wenn es Beweise gebe, dass der Patentinhaber eine Marktmacht auf dem koppelnden Markt innehat. Wie in allen anderen Kopplungsfällen verlangte der *Supreme Court* von dem Kläger in Kopplungsfällen der patentierten Produkte solche Beweise.³²⁸

3. Die zwei-Güter-Frage

Der *Supreme Court* stellte in *Jefferson Parish* fest, dass die Prüfung der zwei verschiedenen Güter nach dem *separate demand* (getrennten Nachfrage) – Test durchgeführt werde.³²⁹ Nach diesem Test liegen dann zwei getrennte Produkte vor, wenn es genügend Nachfrage für das gekoppelte Gut ohne das koppelnde Gut gibt. Dieser Test wird aber in technologischen Kopplungsfällen abgelehnt. Kritiker meinen, dass es im Kontext der technologischen Kopplungsgeschäfte problematisch ist, diesen Test anzuwenden, da er die Vorteile einer Produktintegration nicht anerkennen kann.³³⁰ Verbraucher haben nicht immer die Fähigkeit, die Effizienzvorteile einer Produktintegration zu beurteilen. Manchmal dauert es längere Zeit, bis diese Effizienzvorteile erkannt werden. Daher nehmen Kunden die Produkte auch nach der Integration und trotz der daraus resultierenden Vorteile noch getrennt ab.³³¹ Solange also noch eine getrennte Nachfrage existiert, wird ein integriertes Produkt als zwei verschiedene Güter

³²⁵ *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc. et al*, 504 U.S. 451 (1992).

³²⁶ *Lande*, 62 Antitrust L.J. 193, 200 (1993); *Jacobs*, 52 Md. L.R., 336, 356 ff. (1993); *Lazaroff*, 69 Wash. L.R. 101, 153 (1994); *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 481 f. (2001).

³²⁷ *Metzler v. Bear Automotive Serv. Equip. Co.*, 19 F. Supp.2d 1345, 1357; *Lee v. Life Ins. Co.*, 23 F.3d 14, 19 (1st Cir. 1994); *Queen City Pizza, Inc. v. Domino's Pizza, Inc.*, 124 F.3d 430, 440 (3rd Cir. 1997).

³²⁸ Siehe: *McLaughlin*, 48-MAR Orange County Law. 38 (2006); *Seidenberg*, 5 NO. 9 A.B.A. J. E-Report 1(2006); *Gowdy/Marcinko*, Supreme Court Strikes Down Presumption of Illegality for Tying Arrangements Involving a Patented Product, 02.03.2006, abrufbar unter:

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38136&lastestnews=1>; *McGibbon*, Supreme Court Abolishes Presumption of Market Power In Antitrust Patent Tying Cases, 28.03.2006, abrufbar unter:

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38706&lastestnews=1>.

³²⁹ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

³³⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935, 947 (D.C. Cir. 1998); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 84 (D.C. Cir. 2001).

³³¹ Vgl. *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 920 (2002).

betrachtet. Ferner ist der Test rückwärts gewandt.³³² Er fokussiert auf das Verhalten der Verbraucher in der Vergangenheit.³³³ Er berücksichtigt nicht, dass sich das Verhalten der Verbraucher in der Zukunft verändern kann, wenn sie die Effizienzvorteile der Produktintegration erkennen. Im Technologiemarkt läuft die Innovation sehr schnell und eine Produktintegration ist manchmal notwendig. Je dynamischer eine Industrie ist, desto größer ist der wahrscheinliche Fehler des *Jefferson Parish* – Tests.³³⁴ Der Fehler tritt auf, wenn ein wettbewerbsförderndes Kopplungsgeschäft als illegal beurteilt wird (fälschliche Verurteilung - *false conviction*). Der *Jefferson Parish* – Test kann also zwischen pro- und antiwettbewerblichen Kopplungsgeschäften nicht unterscheiden.

Sowohl vor als auch nach dem Urteil *Jefferson Parish* formulierten die unteren Gerichte in technologischen Kopplungsfällen verschiedene Kriterien, um eine Produktintegration zu beurteilen. Keines dieser Kriterien erlaubt jedoch eine zuverlässige Unterscheidung von guten und schlechten Kopplungsgeschäften. Im Fall *Memorex* beispielsweise, wurde eine Produktintegration gerechtfertigt, solange ein triftiger technischer Streit über eine Produktüberlegenheit besteht. In *Transamerica* wurde diese Maßnahme als ein übermäßiger Schutz für Produktinnovationen kritisiert. Allerdings hat das Gericht hier die Produktinnovation gerechtfertigt, obwohl sie Wettbewerbern schadet. Ebenso gab das Gericht im Fall *Microsoft II* der Innovation den Vorrang vor den Wettbewerbern: solange der Anbieter plausibel behaupten kann, dass die Integration vorteilhaft ist, wird das Geschäft als legal beurteilt (*plausible benefit argument*). Hier wird nicht berücksichtigt, ob der Markt hinterher noch konkurrierend ist. Kritiker meinen, dass diese Entscheidungen eine Hintertür für wettbewerbswidrige Kopplungsgeschäfte öffnen.³³⁵ Die Maßnahmen in den Fällen *IBM* und *Microsoft II* bergen auch ein Risiko der Fehlentscheidung. Der Fehler tritt auf, wenn ein wettbewerbswidriges Kopplungsgeschäft als legal beurteilt wird (fälschliche Freispruch - *false acquittal*). Die Gerichte haben die Aufgabe, die Spannung zwischen der Produktinnovation und dem Schutz des Wettbewerbs aufzulösen, noch nicht endgültig gelöst.

In *Microsoft III* wird eine Produktintegration nach dem *rule of reason* – Ansatz geprüft. Allerdings gibt das Gericht in diesem Fall keine klaren Hinweise, wie man wettbewerbswidrige Produktintegration identifiziert. Die Bewertung der Effizienzvorteile

³³² *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 301 (2004).

³³³ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 140 (D.C. Cir. 2001).

³³⁴ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 301 (2004).

³³⁵ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935, 957 (D.C. Cir. 1998) *Wald J.* (dissenting); *Lawrence, Amicus Curiae, United States v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (No. 98-1232); *Weinstein*, 17 Berkeley Tech. L.J. 273, 290 (2002).

wird dem Gericht überlassen und den Unternehmen fällt es schwer, vorherzusagen, wie das Gericht ihre Produktintegration beurteilen wird. Fraglich ist hier, ob das Gericht überhaupt in der Lage ist, die Effizienzvorteile einer Produktintegration sicher zu bestimmen.³³⁶ Das *D.C. Circuit* selbst erklärte in *Microsoft II*: „Courts are ill-equipped to evaluate the benefits of high-tech product design.“³³⁷ Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass der Test, zwischen wettbewerbsfördernden- und wettbewerbswidrigen Kopplungsgeschäften zu unterscheiden, im amerikanischen Antitrustrecht noch eine Frage mit offenem Ende ist.

³³⁶ Weinstein, a.a.O., S. 288 f.

³³⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935, 952 (D.C. Cir. 1998).

§ 3. Die Leverage-Theorie im europäischen Wettbewerbsrecht

“Economists disagree on many things – almost everything in fact. But there is one thing they broadly agree on, and that is that it is markets and not politicians who generate growth. And markets operate best when there is a free and simple environment for **competition between businesses.**”

(*Neelie Kroes*, Competition must drive European competitiveness in a global economy, SPEECH/05/477, 03.09.2005).

I. Rechtsgrundlage

Zur Gewährleistung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG-Vertrag kennt das europäische Wettbewerbsrecht drei Säulen. Im EG-Vertrag (EGV) befinden sich die erste und zweite Säule, nämlich die Bestimmung über das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen unter Art. 81 (ex-Art. 85) EGV und die Bestimmung über das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung unter Art. 82 (ex-Art. 86) EGV. Die dritte Säule stellt die Kontrolle von Unternehmenszusammenschluss dar, die in der Verordnung Nr. 4064/89 (Fusionskontrollverordnung) geregelt ist. Die Leverage-Theorie im europäischen Wettbewerbsrecht kann sowohl nach Art. 82 EGV als auch nach der Fusionskontrollverordnung untersucht werden. Die vorliegende Arbeit fokussiert ihre Untersuchung auf die zweite Säule des europäischen Wettbewerbsrechts: das Missbrauchsverbot einer beherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EGV.

Die Vorschrift des Art. 82 EGV lautet:

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

Dieser Missbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingungen, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Art. 82 EGV beinhaltet kein generelles Monopolisierungsverbot wie Sec. 2 Sherman Act.³³⁸ Die Vorschrift wendet sich nicht gegen eine beherrschende Stellung als solche, sondern nur gegen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Vielmehr müssen diese missbräuchlichen Verhaltensweisen im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben geeignet erscheinen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel).³³⁹

Art. 82 EGV ist im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV zu verstehen, der die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs umfasst.³⁴⁰ Die zentrale Aufgabe dieser Vorschrift ist damit, große und mächtige Unternehmen daran zu hindern, durch den Einsatz ihrer besonderen Machtmittel die ordnungsmäßige Funktionsweise des Systems unverfälschten Wettbewerbs zu stören.³⁴¹

Das Missbrauchsverbot wendet sich an ein oder mehrere Unternehmen mit beherrschender Stellung auf einem bestimmten, abgegrenzten Markt. Der Anwendung des Art. 82 EGV hat daher die präzise Abgrenzung des relevanten Marktes zu beginnen. Auf diesem abgegrenzten Markt wird dann der Beherrschungsgrad des Unternehmens festgestellt.³⁴² Danach wird beurteilt, ob das Unternehmen seine beherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt.

A. Die Abgrenzung des relevanten Marktes

Mit der Marktabgrenzung wird der Handlungsspielraum von Unternehmen definiert.³⁴³ Hauptzweck der Marktabgrenzung ist „die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben.“³⁴⁴ Ein Unternehmen kann sich seinen Abnehmern gegenüber nicht unabhängig verhalten, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, „ohne weiteres auf vor Ort verfügbare Substitute oder ortsfremde Anbieter auszuweichen.“³⁴⁵ Bei der Marktabgrenzung wird daher die Substituierbarkeit bzw. die Austauschbarkeit von Unternehmen angebotenen Produkten und Dienstleistungen

³³⁸ *Emmerich* in Dausers, H.I. §1 Rn. 314; *Koch* in Grabitz, EWG-Vertrag, Art. 86 Rn. 1 ff.; *Schröter* in Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWGV, Art. 86 Rn. 21 ff.

³³⁹ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn.1.

³⁴⁰ *Emmerich* in Dausers, H.I. §1 Rn. 314.

³⁴¹ A.a.O.

³⁴² Vgl. *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 38; *Emmerich*, a.a.O., Rn. 320; *Zäch*, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, S. 236.

³⁴³ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 10.

³⁴⁴ *Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997, Rn. 2.

³⁴⁵ A.a.O., Rn. 13.

ermittelt. Haben die Nachfrager zumutbare Austauschbarkeit, liegt eine beherrschende Stellung nicht vor.³⁴⁶ Sind die Produkte und Dienstleistungen nicht austauschbar, ist eine beherrschende Stellung zu bejahen.³⁴⁷ Hierbei ist die Abgrenzung des relevanten Marktes mit der Prüfung der beherrschenden Stellung verknüpft.³⁴⁸ Je enger der relevante Markt definiert wird, desto leichter wird die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung³⁴⁹ und desto leichter wird es damit, ein missbräuchliches Verhalten zu prüfen.

Die Marktabgrenzung in der Missbrauchskontrolle nach Art. 82 EGV und in der Fusionskontrolle im Rahmen der Fusionskontrollverordnung (FKVO) enthält übereinstimmende ökonomische Bestimmungsgründe.³⁵⁰ Allerdings ist der Zweck dieser Normen unterschiedlich.³⁵¹ Während die FKVO den Einfluss eines Zusammenschlusses auf die Prognose der Marktstrukturen beurteilt, richtet sich Art. 82 EGV gegen die missbräuchliche Verhaltensweise eines Unternehmens in der Vergangenheit.³⁵² Infolge dessen kommt die Marktabgrenzung beim Missbrauchsverbot tendenziell zu engeren Märkten als bei der Fusionskontrolle.³⁵³

Der relevante Markt als Bezugsrahmen für die Feststellung einer beherrschenden Stellung ist in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.³⁵⁴

1. Der sachlich relevante Markt

Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bildet die Austauschbarkeit bzw. die Substituierbarkeit des Produktes des betreffenden Unternehmens mit anderen Produkten das maßgebliche Kriterium.³⁵⁵ Laut der Bekanntmachung der Kommission³⁵⁶ umfasst der sachlich

³⁴⁶ Zäch, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, S. 236 I.

³⁴⁷ A.a.O.

³⁴⁸ A.a.O.

³⁴⁹ A.a.O., S. 236 I.1.a; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 14.

³⁵⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, a.a.O., Rn. 2.

³⁵¹ A.a.O.

³⁵² A.a.O.

³⁵³ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 41.

³⁵⁴ Zur Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes, vgl. *Möschel*, a.a.O., Rn.58; *Schröter* in Groeben/Thiesing/Ehlerman, EWGV, Art. 86 Rn 126 f.; *Schröter*, in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 156; *Dirksen*, in Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 36; *Thiesing* in FS. Hartmann, „Die Abgrenzung des relevanten Marktes“, S. 355; *Zäch*, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, S. 241; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 194, 329; *Jung* in Grabitz/Hilf, EUV/EGV-Kommentar, Art. 82 Rn. 48; *Koch* in Grabitz/Hilf, Art. 86 Rn. 40; *Mailänder*, Gemeinschaftskommentar, Art. 86 Rn. 37; *Hopmann*, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, S. 32.

³⁵⁵ *Hopmann*, a.a.O.

relevante Produktmarkt „sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“³⁵⁷

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes stellen die Kommission und der Gerichtshof auf das so genannte *Bedarfsmarktkonzept* ab.³⁵⁸ Hierbei ist der Produktmarkt „nach Maßgabe derjenigen Merkmale der fraglichen Erzeugnisse abzugrenzen, die sie zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs geeignet und mit anderen Erzeugnissen in geringem Maße austauschbar erscheinen lassen.“³⁵⁹ Entscheidend ist hiernach die Substituierbarkeit von Produkten und Dienstleistungen jeweils aus der Perspektive der Marktgegenseite.³⁶⁰ Also wird die Substituierbarkeit aus der Sicht der Nachfrager für die Angebotsmärkte und aus der Sicht des Anbieters für die Nachfragemärkte untersucht.³⁶¹

Die Substituierbarkeit auf der Nachfrageseite spielt eine maßgebliche Rolle.³⁶² In zahlreichen Fällen wird die Substituierbarkeit aus der Sicht der Nachfrager untersucht.³⁶³ Diese Untersuchung erfordert „eine Bestimmung derjenigen Produkte, die von den Abnehmern als austauschbar angesehen werden.“³⁶⁴ Hierbei ist zu prüfen, ob Nachfrager als Reaktion auf eine geringe, bleibende Preiserhöhung (zwischen 5% bis 10%) für die betreffenden Produkte auf verfügbare Produkte ausweichen würden.³⁶⁵ Wandern Nachfrager zu anderen Produkten ab, damit erbringt die Preiserhöhung wegen der großen Substitution keinen Zusatzgewinn, so werden in den sachlich und räumlich relevanten Markt so viele weitere Produkte einbezogen, bis eine Reihe von Produkten bestimmt ist, bei denen eine Preiserhöhung zu keiner ausreichende Substitution bei der Nachfrage führt.³⁶⁶

Die Substituierbarkeit aus der Sicht des Anbieters wird nur in Einzelfällen geprüft.³⁶⁷ Hier wird untersucht, inwiefern die Anbieter in benachbarten Produktsegmenten in der Lage sind,

³⁵⁶ *Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997.

³⁵⁷ A.a.O., Rn. 7.

³⁵⁸ *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 321; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 12.

³⁵⁹ EuGH 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 248, *Continental Can*; 3.7.1991, Slg. 1991 I 3359, 3450 Rn. 51, *AKZO*; 26.11.1998, Slg. 1998 I 7791, 7829 Rn. 33, *Bronner*; sowie *Jung* in Grabitz/Hilf, EUV/EGV-Kommentar, Art. 82 Rn. 29-39; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 12.

³⁶⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, a.a.O.

³⁶¹ A.a.O.

³⁶² *Kommission*, 23. Wettbewerbsbericht (1993), S. 186.

³⁶³ *Huggenberger*, Die Marktbeherrschende Stellung in der Fusionskontrolle der EG, S. 126.

³⁶⁴ *Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997, Rn. 15.

³⁶⁵ A.a.O., Rn. 17.

³⁶⁶ A.a.O.

³⁶⁷ *Huggenberger*, Die Marktbeherrschende Stellung in der Fusionskontrolle der EG, S. 126.

ihre Produktion kurzfristig auf die betreffenden Produkte umzustellen.³⁶⁸ Bei dieser Prüfung spielt die Zeitdauer, die für eine Umstellung benötigt würde, eine große Rolle.³⁶⁹ Sind die Anbieter in der Lage, ihre Produktion kurzfristig, ungefähr innerhalb eines Jahres, auf benachbarte Produktsegmente umzustellen, so kann dies in dem sachlich relevanten Marktes abgegrenzt werden, andernfalls wird die Möglichkeit einer Produktionsumstellung lediglich als potentieller Wettbewerb berücksichtigt.³⁷⁰

In der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung schwanken die Abgrenzungskriterien von Fall zu Fall, da Verbraucher bei der Beurteilung der Substituierbarkeit eines Produktes ebenso unterschiedliche Kriterien anwenden.³⁷¹ Wichtige Kriterien sind die Eigenschaften, die Preise und der Verwendungszweck des betreffenden Produktes.³⁷² Maßgebend sind außerdem die Wettbewerbsbedingungen sowie die Struktur der Nachfrage und des Angebots auf dem Markt.³⁷³

2. Der räumlich relevante Markt

Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes dient der Feststellung, in welchem Tätigkeitsgebiet ein Unternehmen, dessen beherrschende Stellung zu prüfen ist, mit anderen Unternehmen tatsächlich konkurriert.³⁷⁴ Die Kommission definiert den räumlich relevanten Markt als „das Gebiet, in dem beteiligte Unternehmen die relevanten Produkte und Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“³⁷⁵ Das Kriterium der hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen kann in räumlicher Hinsicht von Transportkosten, Außenzolltarifen, unterschiedlichen Produktvorschriften, gebührenpflichtigen Grenzkontrollen abhängen.³⁷⁶

³⁶⁸ *Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997, Rn. 20.

³⁶⁹ *Kommission*, 22. Wettbewerbsbericht (1992), S. 136.

³⁷⁰ A.a.O.

³⁷¹ *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 322.

³⁷² A.a.O.

³⁷³ A.a.O.

³⁷⁴ A.a.O., Rn. 325.

³⁷⁵ *Kommission*, Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 von 9.12.1997, Rn. 8.

³⁷⁶ *Zäch*, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, S. 241.

Wie bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist grundsätzlich auch bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen.³⁷⁷ Weshalb ist hier vollumfänglich auf die oben dargestellte Substituierbarkeit der Marktgegenseite zu verweisen.

B. Die marktbeherrschende Stellung

1. Definition

Das Missbrauchsverbot unter Art. 82 EGV setzt zunächst die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des betreffenden Unternehmens voraus. Allerdings enthält der EG-Vertrag keine Legaldefinition des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung. Diese Lücke wurde bewusst offen gelassen, um der Kommission und den europäischen Gerichten die Möglichkeit zu geben, das Missbrauchsverbot dynamisch der Entwicklung des Gemeinsamen Marktes anzupassen.³⁷⁸ In ständiger Rechtsprechung³⁷⁹ betonte der EuGH, dass der Begriff der Marktbeherrschung selbständig an der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV – ein System zu errichten, das den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt vor Verfälschungen schützt – auszulegen.³⁸⁰ Also definiert der EuGH die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens als „eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“³⁸¹

Anders als ein Monopol schließt eine beherrschende Stellung einen gewissen Wettbewerb nicht aus, aber aufgrund ihrer Machtstellung versetzt sie das Unternehmen in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich der Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder zumindest zu beeinflussen.³⁸²

³⁷⁷ A.a.O.; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 55; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 326.

³⁷⁸ *Emmerich*, a.a.O., S. 322.

³⁷⁹ Bspw. EuGH 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 244 ff., *Continental Can*; 22.1.1974, Slg. 1974, 223, 252 Rn. 25, *Commercial Solvents*; 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 520 Rn. 38, *Hoffmann-La Roche*; 9.11.1983, Slg. 1983, 3461, 3503 Rn. 29, *Michelin*.

³⁸⁰ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 63.

³⁸¹ EuGH 14.2.1978, Slg. 1978, 207, *United Brands*.

³⁸² *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 24.

Die beherrschende Stellung kann sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Faktoren ergeben, beispielsweise die Marktstruktur, das Marktverhalten des betreffenden Unternehmens und die dadurch herbeigeführten Marktergebnisse.³⁸³ Der Marktstruktur kommt besondere Bedeutung zu, vor allem die Marktanteile des beherrschenden Unternehmens. Zur Feststellung einer beherrschenden Stellung sind diese Faktoren in einer wertenden Gesamtschau zusammenzufassen.³⁸⁴

2. Marktanteile

Dem Marktanteil kommt bei der Prüfung einer beherrschenden Stellung mit Abstand die größte Bedeutung zu.³⁸⁵ Dieser wird in jeder Entscheidung und jedem Urteil berücksichtigt. Allerdings ist er als „Indikator für den Grad des Wettbewerbs“ zu verstehen.³⁸⁶ Die Bedeutung des Marktanteils schwankt von Markt zu Markt, vor allem „nach der jeweiligen Produktion-, Angebots- und Nachfragestruktur.“³⁸⁷ Ein bestimmter Marktanteil reicht daher nicht aus, um die beherrschende Stellung festzuhalten. Die nachfolgenden Prozentziffern dienen daher lediglich als „Anhaltspunkte“³⁸⁸ für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung.

Nach der Rechtsprechung können besonders hohe Marktanteile ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern; nur bei „außergewöhnlichen Umständen“ soll etwas anderes gelten.³⁸⁹ Als besonders hoch sind Marktanteile von über 50% gewertet worden.³⁹⁰ Liegen die Marktanteile unter 50% genügt dies alleine nicht als ein Hinweis auf eine beherrschende Stellung, dazu sind weitere Marktbeherrschungsfaktoren

³⁸³ A.a.O.; *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 73; *Schröter* in Groeben/Thiesing/ Ehlermann, EWGV, Art. 86 Rn. 73; *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 37; *Emmerich*, Kartellrecht, §38 S.431.

³⁸⁴ A.a.O.

³⁸⁵ *Möschel*, a.a.O.; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 342; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 30.

³⁸⁶ *Möschel*, a.a.O.; *Koch* in Grabitz/Hilf, Art. 86 Rn. 29.

³⁸⁷ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 521 Rn. 40, *Hoffmann-La Roche*.

³⁸⁸ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 81 ff.

³⁸⁹ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 521 Rn. 41, *Hoffmann-La Roche*; 3.7.1991, Slg. 1991 I 3359, 3453 Rn. 60, *AKZO*; EuG 12.12.1991, Slg. 1991 II 1439, 1480 Rn. 91, *Hilti*; 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, 811 Rn. 109, *Tetra Pak II*, bestätigt durch EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951; *Möschel*, a.a.O., Rn. 74; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, §16, Rn. 30.

³⁹⁰ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 527 f. Rn. 53, 56, *Hoffmann-La Roche* (86%); EuG 12.12.1991, Slg. 1991 II 1439, 1480 Rn. 91, *Hilti* (70% - 80%); EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, 811 Rn. 109, *Tetra Pak II* (90%), bestätigt durch EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951; EuGH 1991, Slg. 1991 I 3439, 3453 Rn. 60 *AKZO* (50%); EuGH 9.11.1983, Slg. 1983, 3461, 3505 Rn. 33 *Michelin* (57% - 65%).

notwendig.³⁹¹ Je höher der Marktanteil ist, desto geringer ist die Bedeutung der übrigen Faktoren.³⁹²

Marktbeherrschung ist bei Marktanteilen zwischen 75% und 40% möglich, wenn gleichzeitig andere Marktbeherrschungsfaktoren vorliegen.³⁹³ Als ein wichtiger Faktor gelten die Wettbewerbsverhältnisse.³⁹⁴ Hierbei steht im Vordergrund der Vergleich der Anteile der Wettbewerber auf dem relevanten Markt.³⁹⁵ „Je größer der Abstand zu den kleineren Wettbewerbern ist, desto stärker ist der Marktanteil des führenden Unternehmens zu gewichten.“³⁹⁶ Im Fall *Hoffmann-La Roche* stellte der Gerichtshof fest, dass ein enges Oligopol vorliege, wenn der Anteil von dem führenden Unternehmen weit über der Summe der Anteile der nächsten Wettbewerber liege.³⁹⁷ Ebenso liegt eine beherrschende Stellung vor, wenn ein Unternehmen über einen Marktanteil von 55% verfügt, und dieser Marktanteil 10% bis 15% höher als die gemeinsamen Marktanteile der beiden wichtigsten Wettbewerber ist.³⁹⁸ Liegen Marktanteile unter 25%, bedeutet dies normalerweise keine marktbeherrschende Stellung.³⁹⁹

C. Missbräuchliche Ausnutzung

1. Definition

Art. 82 EGV richtet sich nicht gegen die beherrschende Stellung als solche, sondern gegen deren missbräuchliche Ausnutzung. Ebenso richtet sich die Vorschrift nicht gegen die bloße Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Die Betonung liegt auf dem Begriff „missbräuchlich“. Daher liegt ein Verstoß gegen Art. 82 EGV nur dann vor, wenn die Ausnutzung einer beherrschenden Stellung zugleich missbräuchlich ist.⁴⁰⁰ Die Definition der missbräuchlichen Ausnutzung findet sich in Art. 82 EGV nicht. Die Vorschrift gibt aber

³⁹¹ Kommission, 24. Wettbewerbsbericht (1994), Rn. 203.

³⁹² *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 74; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 203 a.

³⁹³ KOMM. 17.12.1975, ABl. 1976 Nr. L 95/1, 12 ff., *Chiquita*, bestätigt durch EuGH 14.2.1978, Slg. 1978, 207, 294 ff., *United Brands*; KOMM. 4.11.1988, ABl. 1988 Nr. L 317/47, 52 Rn. 23 ff., *London European/ SABENA*; ebenso *Möschel*, a.a.O., Rn. 83.

³⁹⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 31.

³⁹⁵ A.a.O.

³⁹⁶ A.a.O.

³⁹⁷ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461 Rn. 50 f. und 66; vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, a.a.O., Rn. 31.

³⁹⁸ EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, 815 Rn. 119, *Tetra Pak II*.

³⁹⁹ EuGH Slg. 1977, 1875, 1903 f., *Metro I*; Slg. 1986, 3021, 3094, *Metro II*.

⁴⁰⁰ *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 71.

Beispiele von missbräuchlichen Verhaltensweisen, die sie verbietet.⁴⁰¹ Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung bedarf daher „zur Ermittlung seines Inhalts und seiner Tragweite der Auslegung.“⁴⁰²

In diesem Zusammenhang war es fraglich, ob die Auslegung der missbräuchlichen Verhaltensweisen weiter sein durfte als der Beispielskatalog.⁴⁰³ *Joliet* war der Meinung, dass Art. 82 EGV nur auf die missbräuchlichen Verhaltensweisen anzuwenden sei, die die Verbraucher verletzt, und nicht auf solche, die die Marktstruktur verändert.⁴⁰⁴ Die Kommission lehnte diese Meinung ab. Im Fall *Continental Can* erklärte sie, dass Art. 82 EGV auch missbräuchliche Verhaltensweisen umfasse, die die Marktstruktur verändern.⁴⁰⁵

Der EuGH hob die Entscheidung der Kommission in diesem Fall auf, aber er bestätigte die Ansicht der Kommission in Bezug auf die Auslegung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne des Art. 82 EGV. Nach dem Gerichtshof sei der in Art. 82 EGV enthaltene Beispielskatalog nur exemplarisch, also keine erschöpfende Aufzählung der Arten der nach dem Vertrag verbotenen missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung. Art. 82 EGV beziehe sich nicht nur auf Verhaltensweisen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen könne, sondern auch auf solche, die ihnen durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs, von dem Artikel 3 Abs. 1 lit. g) EGV handele, Schaden zufüge.⁴⁰⁶ Ferner erklärte der Gerichtshof, dass ein missbräuchliches Verhalten vorliege,

„wenn ein Unternehmen in beherrschende Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“⁴⁰⁷

Die schwierigste Frage bei der Anwendung des Missbrauchsverbots ist „eine operationale Fassung des Missbrauchsbegriffs.“⁴⁰⁸ Der EuGH orientiert sich bei der Auslegung dieses Begriffs an „Geist, Aufbau und Wortlaut“ von Art. 82 EGV sowie „System und Ziele des

⁴⁰¹ EuGH 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 246 Rn. 26, *Continental Can*.

⁴⁰² *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 71.

⁴⁰³ A.a.O., Rn. 72; *Hirsch* in Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Art. 86 Rn. 52; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 351; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 240.

⁴⁰⁴ *Joliet*, Monopolization and Abuse of Dominant Position, S. 250-252.

⁴⁰⁵ KOMM. 8.1.1972, ABl. 1972 Nr. L 7/37, *Continental Can*. In diesem Fall fand die Kommission, dass *Continental Can* ihre beherrschende Stellung missbräuchliche ausgenutzt habe, als sie durch den Zusammenschluss Europemballage/Thomassen & Drijver-Verblifa NV derart verstärkt wurde, „dass der Wettbewerb, der trotz der anfänglich beherrschenden Stellung tatsächlich oder potentiell fortbestanden hätte, für die betreffenden Waren in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes praktisch ausgeschaltet wird.“

⁴⁰⁶ EuGH 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 246 Rn. 26, *Continental Can*.

⁴⁰⁷ A.a.O.

⁴⁰⁸ *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 352.

Vertrages“, vor allem an Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV, der die Errichtung eines Systems vorsieht, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt.⁴⁰⁹

Aus der Zielsetzung des Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV definierte der Gerichtshof den Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung als:

„die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert, welche von den Mitteln des normalen Produkt- und Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“⁴¹⁰

Diese Definition kann nur Anhaltspunkte für die Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung geben.⁴¹¹ Im Einzelfall wird Missbrauch mit Berücksichtigung aller relevanten Umstände überprüft.⁴¹² Durch Art. 82 EGV sollen daher sowohl der Verbraucher und der Geschäftspartner als auch der Wettbewerb als Institution geschützt werden. Ziel der Missbrauchsaufsicht muss es daher sein, den schon beherrschten Markt offen zu halten und die Monopolisierung weiterer Märkte zu verhindern.⁴¹³

2. Verhältnis Marktbeherrschung – Missbrauch

In der Literatur viel erörtert ist die Frage, ob ein Kausalzusammenhang zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlicher Ausnutzung erforderlich ist. Im Schrifttum wird diese Frage zum Teil bejaht.⁴¹⁴ Allerdings hält die überwiegende Meinung diesen Kausalzusammenhang für nicht notwendig,⁴¹⁵ denn die Forderung nach einem Kausalzusammenhang kann in der Zielsetzung von Art. 82 EGV nicht gesehen werden.⁴¹⁶

Der Gerichtshof hat die Frage nach dem Kausalzusammenhang ausdrücklich im Urteil *Continental Can* angesprochen. Dabei verneinte er die klägerische Forderung nach einem

⁴⁰⁹ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 119; *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 74.

⁴¹⁰ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 541 Rn. 91, *Hoffmann-La Roche*.

⁴¹¹ *Stoll*, Drittmarktbehinderung im deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 239.

⁴¹² A.a.O.

⁴¹³ *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 353.

⁴¹⁴ *Koch*, in Grabitz/Hilf, EWG-Vertrag-Kommentar, Art. 86 Rn. 45 f.; *Mailänder*, Gemeinschaftskommentar, Art. 86, Rn. 48; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 358; *Hirsch* in Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Art. 86 Rn. 56 f.

⁴¹⁵ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 123; *Jung* in Grabitz/Hilf, EUV/EGV-Kommentar, Art. 82 Rn. 117 f.; *Emmerich* in Dausen, H.I. §1 Rn. 221; *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 85; *Mestmäcker* in FS Raisch, Zum Begriff des Missbrauchs in Art. 86 EGV, S. 441, 444; *Schröter* in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 166; *Ritter/Braun/Rawlinson*, European Competition Law, S. 354 f., 9-070; *Bellamy/Child*, Common Market Law of Competition, Rn. 9-045; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 247.

⁴¹⁶ *Jung*, a.a.O., Rn. 113, 117.

ursächlichen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung, „denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Art. [82] des Vertrages verboten sein, sofern sie die vorstehend beschriebenen Wirkungen hervorruft.“⁴¹⁷ Hierbei knüpft der Gerichtshof an den objektiven Erfolg der fraglichen Verhaltensweise an.⁴¹⁸ Ebenso lehnte der Gerichtshof ausdrücklich im Urteil *Hoffmann – La Roche* das Argument der Klägerin ab, dass der Missbrauchs begriff voraussetze, „dass die durch eine beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Missbrauchs eingesetzt wird.“⁴¹⁹

In der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung ist der Streit um das Kausalitätserfordernis nie problematisiert worden.⁴²⁰ In zahlreichen Fällen gehen die Kommission und die Gerichte sogar so weit, dass sie einen Missbrauch des Marktbeherrschers auf einem anderen, nicht beherrschten Markt als Verstoß gegen Art. 82 EGV ansehen, obwohl sie in diesen Fällen⁴²¹ die Frage nach dem Kausalzusammenhang stellen.⁴²² Entscheidend ist allein, ob das missbräuchliche Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zurechenbar ist.⁴²³

3. Besondere Verantwortung beherrschender Unternehmen

Wie bereits erwähnt, ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung eines Unternehmens und dem Missbrauch nicht notwendig. Zu ermitteln sind die Auswirkungen des Missbrauchs, nämlich ob die Verhaltensweise des Unternehmens dazu führt, dass es seine beherrschende Stellung verstärkt und ob es den Wettbewerb auf dem Markt verfälscht.⁴²⁴ Obwohl bei dieser Verhaltensweise das Unternehmen seine beherrschende Stellung nicht ausnutzt, wird seine Verhaltensweise immer dann missbräuchlich, wenn sie zu einer Beschränkung der Wettbewerbsstruktur führt.⁴²⁵ Eine Verhaltensweise, die bei den Konkurrenten zwar erlaubt ist, kann bei beherrschenden

⁴¹⁷ EuGH 21.2.1973, Slg. 1973, 215, 246 Rn. 27, *Continental Can*.

⁴¹⁸ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 123.

⁴¹⁹ EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 541 Rn. 91, *Hoffmann-La Roche*.

⁴²⁰ *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 85.

⁴²¹ EuGH 6.3.1974, Slg. 1974, 223, *Commercial Solvents*; 3.10.1985, Slg. 1985, 3261 Rn. 23, 25, *Telemarketing*; 3.7.1991, Slg. 1991 I, 3359 Rn. 43 ff., *AKZO*; KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 L 1/22, *Tetra Pak II*.

⁴²² *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 85.

⁴²³ A.a.O.

⁴²⁴ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 247.

⁴²⁵ A.a.O.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 39.

Unternehmen ein Verstoß gegen Art. 82 EGV darstellen.⁴²⁶ Denn die beherrschenden Unternehmen haben eine besondere Verantwortung, dass sie durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigen.⁴²⁷

Allerdings hindert diese besondere Verantwortung ein beherrschendes Unternehmen nicht, „seine Eigeninteressen auf dem Markt zur Geltung zu bringen und sich gegen die Bedrohung seiner beherrschenden Stellung durch angemessene Maßnahmen zu Wehr zu setzen.“⁴²⁸

Beherrschende Unternehmen sind auch nicht verpflichtet, potentielle Wettbewerber im Zugang zum Markt zu fördern.⁴²⁹

4. Missbrauch auf einem anderen Markt

Art. 82 EGV richtet sich gegen missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf den Gemeinsamen Markt oder auf einen wesentlichen Teil desselben. Fraglich ist, ob Art. 82 EGV bei der Beurteilung von Fällen, in denen ein beherrschendes Unternehmen sein missbräuchliches Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt ausübt (Missbrauchstransfer), anzuwenden ist.

Die Antwort auf diese Frage ist im Schrifttum umstritten. Ein Teil des Schrifttums, der einen Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschungstatbestand und Missbrauchstatbestand fordert, lehnt die Anwendbarkeit von Art. 82 EGV auf einen anderen, nicht beherrschten Markt (Sekundär- bzw. Drittmärkte) ab.⁴³⁰ *Koch* ist der Ansicht, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb eines Behinderungsmissbrauchs auf dem Sekundärmarkt weniger gefährlich seien. Deshalb sei die Anwendung von Art. 82 EGV auf den Fall des „Missbrauchstransfers“ grundsätzlich abzulehnen.⁴³¹ Hierbei müssten beherrschter Markt und betroffener Markt identisch sein.⁴³²

⁴²⁶ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 120; *Mestmäcker/Schweitzer*, a.a.O.; *Emmerich* in Dausers, H.I. §1 Rn. 355; *Jones/Sufrin*, a.a.O., S. 247 f.

⁴²⁷ EuGH 9.11.1983, Slg. 1983, 3461, 3511 Rn. 57, *Michelin*.

⁴²⁸ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 16, Rn. 40.

⁴²⁹ A.a.O.

⁴³⁰ Die Begriffe Sekundär- bzw. Drittmärkte werden im folgenden synonym verwendet und bezeichnen die getrennte Märkte vom beherrschenden Primärmarkt.

⁴³¹ *Koch*, in Grabitz/Hilf, EWG-Vertrag-Kommentar, Art. 86 Rn. 49.

⁴³² A.a.O.

Demgegenüber plädiert der überwiegende Teil des Schrifttums für die Anwendung von Art. 82 EGV bei der Beurteilung von Fällen des Missbrauchstransfers.⁴³³ Als Argument behauptet *Möschel*, dass Sinn und Zweck von Art. 82 den Ausgangspunkt der Überlegungen bildeten, den beherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung für das System eines unverfälschten Wettbewerbs gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. g) EGV aufzuerlegen.⁴³⁴ Art. 82 EGV erfasse Verhaltensweisen, welche die Aufrechterhaltung oder Entwicklung des durch die Existenz des Marktbeherrschers geschwächten Restwettbewerbs behindern würden.⁴³⁵ Verhaltensweisen auf einem unbeherrschten Drittmarkt würden sich dem Schutzzweck des Art. 82 EGV einfügen.⁴³⁶

Ebenso befürwortet *Jung* die Ausdehnung des Missbrauchsverbots auf den Sekundärmarkt. Allerdings ist er der Ansicht, dass es nicht ausreiche, wenn der beherrschte Markt und der Sekundärmarkt „völlig isoliert nebeneinander stehen.“⁴³⁷ Hierbei sei eine Verbindung zwischen dem beherrschten Markt und dem von Missbrauch betroffenen Markt erforderlich, da Art. 82 EGV eine zeitliche und sachliche, aber keine kausale Verbindung zwischen Marktbeherrschungstatbestand und Missbrauchstatbestand fordere.⁴³⁸ Die erforderliche Verbindung bestehe „insoweit, wie sich diese spezifische Konstellation einer besonderen Schutzbedürftigkeit gegen Wettbewerbsbeschränkungen wegen allgemein geschwächter Wettbewerbsstruktur erstreckt.“⁴³⁹

Die Kommission und Gerichte haben in zahlreichen Fällen ein missbräuchliches Verhalten auf dem Sekundärmarkt bzw. das Missbrauchstransfer als ein Verstoß gegen Art. 82 EGV festgestellt. Nach Ansicht der Kommission mache es keinen Unterschied, ob der Missbrauch auf dem beherrschten Markt begangen werde, oder auf dem nicht beherrschten benachbarten Markt.⁴⁴⁰ Art. 82 EGV gelte auch in den Fällen, in denen eine marktbeherrschende Stellung

⁴³³ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 101 f.; *Jung* in Grabitz/Hilf, EUV/EGV-Kommentar, Art. 82 Rn. 123; *Emmerich* in Dausies, H.I. §1 Rn. 314, 357; *Dirksen* in Langen/Bunte, Art. 82, Rn. 85; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 18, Rn. 19 ff.; *Schröter* in Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 167; *Ritter/Braun/Rawlinson*, European Competition Law, S. 354 f., 9-070; *Bellamy/Child*, Common Market Law of Competition, Rn. 9-045; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 323 f.; *Kareff*, 28 Law & Pol’y Int’l Bus. 549 (1997).

⁴³⁴ *Möschel*, a.a.O., Rn. 101.

⁴³⁵ A.a.O.

⁴³⁶ A.a.O., Rn. 104.

⁴³⁷ *Jung* in Grabitz/Hilf, EUV/EGV-Kommentar, Art. 82 Rn. 124.

⁴³⁸ A.a.O.

⁴³⁹ A.a.O.

⁴⁴⁰ KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 1/21 f. Rn. 104, *Tetra Pak II*.

auf einem Markt ein missbräuchliches Verhalten auf einem anderen ermöglichen.⁴⁴¹ Diese Ansicht wurde von den Gerichten bestätigt.⁴⁴²

Angesichts ihrer Auswirkung erscheinen die Fälle des Missbrauchstransfers in zwei Formen. Die erste Form bezieht sich auf Missbrauchsverhalten auf dem Sekundärmarkt, dessen Auswirkung jedoch auf dem beherrschten Markt (dem Primärmarkt) entfällt. Durch den Missbrauchstransfer soll die beherrschende Stellung des betroffenen Unternehmens auf dem Primärmarkt verstärkt werden.⁴⁴³ Die zweite Form erfasst das Missbrauchsverhalten auf dem Primär- oder Sekundärmärkten, dessen Auswirkung auf dem Sekundärmarkt entfällt.⁴⁴⁴

Durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 82 EGV um Verhaltensweisen auf dem Sekundärmarkt lässt sich die Leverage-Verhaltensweise wirksam verhindern.⁴⁴⁵ Praktische Beispiele der Leverage-Verhaltensweisen sind hierfür Geschäftsverweigerungen,⁴⁴⁶ Kopplungsgeschäfte⁴⁴⁷ und die Verwendung von gesetzlichem Monopol, um in den Sekundärmarkt einzutreten.⁴⁴⁸ Diese Arbeit fokussiert ihre Untersuchung auf die Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften nach Art. 82 lit. d) EGV.

5. Kopplungsgeschäfte

Art. 82 lit. d) EGV zählt Kopplungsgeschäfte als ein Beispiel der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf. Im europäischen Wettbewerbsrecht gibt es jedoch für marktbeherrschende Unternehmen kein per se Verbot von Kopplungsgeschäften.⁴⁴⁹ Um festzustellen, ob ein Kopplungsgeschäft gemäß Art. 82 lit. d) EGV missbräuchlich ist, muss zunächst untersucht werden, ob es sich bei dem gekoppelten Gut um eine zusätzliche Leistung des marktbeherrschenden Unternehmens handelt. Bejaht man dies, muss weiter geprüft werden, ob es zwischen dem koppelnden Gut und dem gekoppelten Gut sachlich eine

⁴⁴¹ A.a.O.

⁴⁴² EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, *Tetra Pak II*, bestätigt durch EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951.

⁴⁴³ EuGH 6.4.1995, Slg. 1995 I 865, 904 Rn. 11, *BPB*; 3.7.1991, Slg. 1991 I 3359, 3448 ff. Rn. 44, 102 f., *AKZO*.

⁴⁴⁴ EuGH 22.1.1974, Slg. 1974, 223, 252 Rn. 25, *Commercial Solvents*; 3.10.1985, Slg. 1985, 3261, 3277 f. Rn. 25 ff., *Telemarketing*; 13.12.1991, Slg. 1991 I 5941, 5979 f., *RTT*; KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, 22 Rn. 104, *Tetra Pak II*, sowie das EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, 813 ff., bestätigt durch EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951, 6007 ff.

⁴⁴⁵ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 104.

⁴⁴⁶ EuGH 22.1.1974, Slg. 1974, 223, 252 Rn. 25, *Commercial Solvents*; 3.10.1985, Slg. 1985, 3261, 3277 f. Rn. 25 ff., *Telemarketing*.

⁴⁴⁷ EuGH 2.3.1994, Slg. 1994 I 667, *Hilti*; 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951, *Tetra Pak II*.

⁴⁴⁸ KOMM. 20.3.2001, ABl. 2001 Nr. L 125/27, *Deutsche Post AG*; 5.12.2001, ABl. 2002 Nr. L 62/32 Rn. 36, *La Poste*.

⁴⁴⁹ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17, Rn. 23.

Beziehung gibt oder die Kopplung dem Handelsbrauch entspricht. Wenn die Kopplung wegen eines Sachzusammenhangs oder Handelsbrauchs durchgeführt wird, ist sie legal. Andernfalls ist sie rechtswidrig, allerdings kann sie durch wettbewerbsrechtliche Gründe (z.B. Effizienzvorteile, Sicherheitsgründe) gerechtfertigt werden.⁴⁵⁰ Wenn keine Rechtfertigungsgründe bestehen, stellt das Kopplungsgeschäft ein Verstoß gegen Art. 82 EGV dar.

Kopplungsgeschäfte werden auch in Art. 81 Abs. 1 lit. e) EGV geregelt.⁴⁵¹ Während sich Art. 82 EGV gegen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung richtet, behandelt Art. 81 EGV wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Art. 81 Abs. 1 lit. e) EGV lautet:

- (1) Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigung und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere
.....
e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

Da es bei der Leverage-Theorie um die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung geht, beschränkt sich diese Arbeit mit Kopplungsgeschäften nach Art. 82 lit. d) EGV.

II. Rechtspraxis zu Kopplungsgeschäften

Im Vergleich zu der amerikanischen Rechtspraxis zu Kopplungsfällen ist die europäische Rechtspraxis noch nicht so weit entwickelt. Der EuGH hat sich bis jetzt nur in den Fällen *Hilti* und *Tetra Pak II* mit Kopplungsfällen beschäftigt. Die meisten Fälle wurden von der Kommission im Beschlussverfahren entschieden.⁴⁵² Einige Fälle endeten mit einer nicht förmlichen Entscheidung der Kommission, wenn es zwischen dem betroffenen Unternehmen und der Kommission zu einer Einigung bezüglich der Änderung der Geschäftspraktiken gekommen ist.⁴⁵³ Die Kommission unterscheidet nicht zwischen vertraglichen- und

⁴⁵⁰ Vgl. *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 201.

⁴⁵¹ Ausführlich zu der Kopplung nach Art. 81 EGV nunmehr *Veltrap*, C.M.L.R., 549 (1994).

⁴⁵² Bspw. KOMM. 19.10.1988, ABl. 1988 Nr. L 284/41 Rn. 69 ff., *Napier Brown/British Sugar*; 5.12.2001, ABl. 2002 Nr. L 62/32 Rn. 36, *La Poste*; Abl. 1988 Nr. L 317/47, *London European/Sabena*.

⁴⁵³ Bspw. *Kommission*, 14. Wettbewerbsbericht (1984) Rn. 94, *IBM*; 26. Wettbewerbsbericht (1996) Rn. 62, *Novo Nordisk*; 27. Wettbewerbsbericht (1997) Rn. 69, *Digital*.

technologischen Kopplungsfällen. Sie wandte den gleichen Ansatz an, die beiden Fallgruppen zu behandeln.

A. Beispiele vertraglicher Kopplungsfälle

1. Hilti

a. Sachverhalt

Die Hilti AG war ein großes Unternehmen in der Bauindustrie, das sich auf die Herstellung und den Vertrieb eines Sortiments von Befestigungssystemen (z.B. Bohrgeräte, Bolzenschussgeräte) spezialisiert hat. Hilti galt weltweit als führendes Unternehmen auf dem Gebiet der Bolzenschussgeräten und der dafür bestimmten Treibladungen (Bolzen, Kartuschen und Kartuschenstreifen).⁴⁵⁴ Eurofix war ein kleines Unternehmen, das eine Vielzahl von Bolzen herstellte und verkaufte, darunter auch Bolzen für die Verwendung in den von Hilti produzierten Bolzenschussgeräten.⁴⁵⁵ Bauco war ebenfalls ein kleines Unternehmen, das sich auf die Einfuhr und den Vertrieb von Bolzen für die Verwendung in Hiltis Bolzenschussgeräten spezialisiert hat.⁴⁵⁶

Bolzenschussgeräte funktionieren ähnlich wie ein Gewehr. Dabei bringt die explodierende Kartusche einen Bolzen mit großer Kraft und Präzision in die gewünschte Stellung.⁴⁵⁷ Die früheren Varianten dieser Bolzenschussgeräte erforderten nach jedem Schuss die Einführung eines neuen Bolzens und einer neuen Kartusche. Jüngere Bolzenschussgeräte, darunter auch die von Hilti, ermöglichen die Verwendung eines Magazins mit einer Reihe von Kartuschen. Dies geschieht meistens in der Form eines Streifen oder einer Scheibe, der bzw. die in der Regel zehn Messingkartuschen enthält. Dieser Kartuschenstreifen wird automatisch bei jedem Schuss in das Bolzenschussgerät eingeführt.⁴⁵⁸ Die Bolzenschussgeräten und Kartuschenstreifen von Hilti genossen einen gewissen Patentschutz, nicht jedoch deren Bolzen.⁴⁵⁹

Am 7. Oktober 1982 reichte Eurofix bei der Kommission die Beschwerde ein, dass Hilti gegen Art. 82 EGV verstoßen habe. Eurofix behauptete, u.a. Hilti habe sich geweigert,

⁴⁵⁴ KOMM. 22.12.1987, ABl. 1988 Nr. L 65/19 Rn. 1 ff., *Hilti*.

⁴⁵⁵ A.a.O., Rn. 4.

⁴⁵⁶ A.a.O., Rn. 5.

⁴⁵⁷ A.a.O., Rn. 6.

⁴⁵⁸ A.a.O., Rn. 10.

⁴⁵⁹ A.a.O., Rn. 12 f.

unabhängigen Händlern und Vertriebsunternehmen für die Produkte von Hilti Kartuschenstreifen ohne die erforderlichen Bolzen zu liefern. Ebenfalls legte Bauco am 26. Februar 1985 eine ähnliche Beschwerde bei der Kommission ein. Eurofix und Bauco behaupteten, das Verhalten von Hilti bezweckte, sie vom Markt für die Produkte von Hilti zu verdrängen.⁴⁶⁰

b. Entscheidung

Die Kommission definierte die Märkte für Bolzenschussgeräte, Bolzen und Kartuschenstreifen als drei verschiedene relevante Märkte, auf denen Hilti eine beherrschende Stellung innehatte.⁴⁶¹ Die Kommission akzeptierte nicht die Ansicht von Hilti, dass es sich bei den Bolzenschussgeräten, Kartuschenstreifen und Bolzen um ein integrales System, nämlich Direktbefestigungssystem, gehandelt hatte.⁴⁶² Die Kommission war der Ansicht, dass es Hilti hauptsächlich um folgende Geschäftsstrategien ging: (i) die Kopplung des Verkaufs von Bolzen mit dem Verkauf von Kartuschenstreifen; (ii) die Verweigerung der vollständigen Ausführung von Kartuschenstreifen-Bestellungen von Seiten aller Kunden oder Händler, die diese weiterverkaufen könnten; (iii) die Verteilung oder die Verzögerung der Erteilung von Zwangslizenzen im Rahmen von Patenten der Hilti AG; (iv) die Gewährleistungsverweigerung für Bolzenschussgeräte, wenn sie nicht mit den ebenfalls von Hilti hergestellten Bolzen verwendet würden.⁴⁶³

Die Kommission stellte fest, dass Hilti ihre beherrschende Stellung auf den relevanten Märkten missbraucht habe. Nach Ansicht der Kommission bestand das missbräuchliche Verhalten von Hilti darin, dass Hilti ihre Marktmacht als Hersteller von Bolzenschussgeräten, Bolzen und Kartuschenstreifen dazu benutze, unabhängigen Herstellern Hilti-kompatibler Treibladungen den Marktzutritt zu verwehren oder zu erschweren. Damit könne sie ihre beherrschende Stellung verstärken. Dazu führte die Kommission aus:

„Durch Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs durch Marktneulinge konnte Hilti ihre beherrschende Stellung erhalten. Die Fähigkeit, ihre rechtswidrigen Politiken durchzuführen, liegt in ihrer Macht auf dem Markt für Hilti-kompatible Kartuschenstreifen und Bolzenschussgeräte begründet ... und zielt auf eine Verstärkung der Marktbeherrschung auf dem Markt für Hilti-kompatible Bolzen ab“⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ A.a.O., Rn. 25 ff.

⁴⁶¹ A.a.O., Rn. 55, 70.

⁴⁶² A.a.O., Rn. 57.

⁴⁶³ A.a.O., Rn. 30.

⁴⁶⁴ A.a.O., Rn. 74.

Um ihre Geschäftsstrategien zu rechtfertigen äußerte Hilti ihre Besorgnisse hinsichtlich der Sicherheit, Zuverlässigkeit und Funktionsweise ihrer Bolzenschussgeräte. Sie behauptete, dass nur der Hersteller von Bolzenschussgeräten die Kompatibilität, Sicherheit und Zuverlässigkeit des ganzen Systems von Bolzenschussgerät, Bolzen und Kartuschen als einheitliches System gewährleisten könne.⁴⁶⁵ Hilti trug vor, dass Bolzen von anderen Herstellern, insbesondere von Eurofix und Bauco qualitätsmäßig minderwertig seien und sogar gefährlich seien, da die Bolzen bestimmte Grundwerkstoffe nicht in genügendem Maße durchdringen könnten.⁴⁶⁶

Zu Entkräftung der von Hilti vorgebrachten Argumente führte die Kommission die Rechtsprechung des Gerichtshofs im Urteil *Windsurfing International*⁴⁶⁷ und im Urteil *British Leyland*⁴⁶⁸ auf. Nach beiden Urteilen könne ein Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV nicht durch Erwägungen gerechtfertigt werden, die mit der Sicherheit und der Zuverlässigkeit der betreffenden Produkte zusammenhängen. Ferner verweist die Kommission darauf, dass Hilti u.a. ihre Verkäufer angewiesen habe, niemals irgendeine Kritik wegen der Sicherheit oder der Zuverlässigkeit der Bolzen von Eurofix und Bauco in einer schriftlichen Form zu äußern. Des weitere habe Hilti die Beschwerde hinsichtlich der Zuverlässigkeit, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit der Bolzen von Eurofix und Bauco den zuständigen Behörden niemals gemeldet. Nach Auffassung der Kommission sollte Hilti sich bei nationalen oder Regierungsstellen in Großbritannien wie dem *Health and Safety Executive* (aufgrund des *Health and Safety at Work Act*) oder dem *Trading Standards Department* (aufgrund des *Consumer Safety Act*) beschweren.⁴⁶⁹ Die Kommission stellte fest, dass Hilti gegen Art. 82 EGV verstoßen habe.⁴⁷⁰

Hilti hatte beim Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Kommission erhoben. Im Berufungsurteil bestätigte das Gericht die Feststellung der Kommission, dass Hilti eine beherrschende Stellung auf den relevanten Märkten für Bolzenschussgeräten, Bolzen und Kartuschenstreifen einnehme. Ebenso bestätigte das Gericht die Beurteilung der Kommission, dass die Geschäftsstrategien von Hilti missbräuchlich seien.⁴⁷¹ Nach Auffassung des Gerichts sei die selektive und diskriminierende

⁴⁶⁵ A.a.O., Rn. 87.

⁴⁶⁶ A.a.O.

⁴⁶⁷ EuGH 25.2.1986, Slg. 1986, 611.

⁴⁶⁸ EuGH 11.11.1986, Slg. 1986, 3263.

⁴⁶⁹ A.a.O., Rn. 89.

⁴⁷⁰ A.a.O., Rn. 97.

⁴⁷¹ EuG 12.12.1991, Slg. 1991 II 1439, 1483 Rn. 100.

Politik von Hilti geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, da diese die Konkurrenten vom Markt beseitigen könne.⁴⁷²

Angesichts der Rechtfertigungsgründe bezüglich der Hiltis Verhaltensweisen stellte das Gericht zunächst fest, dass Hilti sich niemals an die zuständigen Behörden gewandt habe, um von diesen feststellen zu lassen, dass die von Eurofix und Bauco hergestellten Bolzen gefährlich seien. Hilti erklärte, sie habe deswegen nicht den Rechts- und Verwaltungsweg bestritten, weil dadurch die Interessen von Eurofix und Bauco „abträglicher gewesen wäre als ihr tatsächliches Verhalten“.⁴⁷³ Das Gericht akzeptierte diese Erklärung nicht.⁴⁷⁴ Es kam zu dem Ergebnis, dass der auf einer angeblichen Sorgfaltspflicht gestützte Behauptung von Hilti nicht zu folgen sei.⁴⁷⁵ Da es keine Rechtfertigungsgründe für die Kopplungsgeschäfte von Hilti gab, stellten diese Kopplungsgeschäfte eine missbräuchliche Ausnutzung ihrer beherrschenden Stellung auf den Märkten für Bolzenschussgeräten, Bolzen und Kartuschenstreifen dar. Das EuG hat die Klage von Hilti auf Aufhebung der Entscheidung der Kommission abgewiesen. Hilti hatte beim EuGH Nichtigkeitsklage gegen das Urteil des EuG erhoben. Der EuGH hatte die Berufung von Hilti aufgehoben.⁴⁷⁶

2. Tetra Pak II

a. Sachverhalt

Tetra Pak war ein Hersteller von Kartonverpackungsmaterialien für flüssige und halbflüssige Nahrungsmittel und die dazugehörenden Abfüllmaschinen. Bei den Kartonverpackungen wurde unterschieden: zum einen dem aseptischen Bereich, der die Kartons und Abfüllmaschinen für die Verpackung von Nahrungsmitteln umfasst, welche eine mehrmonatige Aufbewahrung in ungekühlter Umgebung möglich macht; zum anderen dem nicht-aseptischen Bereich, der Kartons und Abfüllmaschinen zur Verpackung von zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Produkten zum Gegenstand hat.⁴⁷⁷ Im Bereich der aseptischen Kartonverpackungen war der einziger wirklicher Konkurrent von Tetra Pak die

⁴⁷² A.a.O.

⁴⁷³ A.a.O., Rn. 116 f.

⁴⁷⁴ A.a.O., Rn. 118.

⁴⁷⁵ A.a.O.

⁴⁷⁶ EuGH 2.3.1994, Slg. 1994 I 667, *Hilti*.

⁴⁷⁷ KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, Rn. 1 ff., *Tetra Pak II*.

Firma PKL, während im Bereich der nicht-aseptischen Kartonverpackungen sein Hauptkonkurrent die Elopak Gruppe war.⁴⁷⁸

Bei der Lieferung von Kartons und dem Verkauf oder der Vermietung von Abfüllanlagen legte Tetra Pak eine Reihe von Standardverträgen, darunter Kopplungsverträgen, zugrunde, in denen war u.a. festgelegt, dass der Abnehmer mit den Maschinen nur Tetra Pak-Kartons füllen durfte. Des weitere durfte der Abnehmer seine Kartons nur von Tetra Pak oder einer von dieser bezeichneten Firma beziehen. Darüber hinaus galt die Garantie für die Anlage nur, wenn die Abnehmer nur Tetra Pak-Kartons verwendeten.⁴⁷⁹ Elopak richtete an die Kommission die Beschwerde gegen die Vertriebspolitik von Tetra Pak.

b. Entscheidung

Die Kommission definierte die Märkte für aseptische Kartons und Maschinen und nicht-aseptische Kartons und Maschinen als die relevanten Märkte.⁴⁸⁰ Die Kommission war der Auffassung, dass Tetra Pak auf den Märkten für aseptischen Kartons und Maschinen eine beherrschende Stellung innehatte, sogar eine ähnliche Monopolstellung, da Tetra Pak einen Marktanteil von 90% bis 95% innehatte. Auf den Märkten für nicht-aseptische Kartons und Maschinen habe Tetra Pak eine führende Stellung. Im nicht-aseptischen Bereich sei die Angebotstruktur offener, aber immer noch oligopolistisch. Hier habe Tetra Pak einen Marktanteil von 50% bis 55%, die Elopak Gruppe einen Anteil von 27% und PKL einen Anteil von 11%.⁴⁸¹

Bei der Beurteilung des angeblich missbräuchlichen Verhaltens von Tetra Pak berücksichtigte die Kommission das Verhältnis zwischen den vier Märkten (den Märkten für aseptische Kartons und Maschinen und den Märkten für nicht-aseptische Kartons und Maschinen). Hierbei vertrat die Kommission die Meinung, dass die Schlüsselprodukte, die in die Kartons abgefüllt würden, auf den aseptischen Märkten und auf den nicht-aseptischen Märkten gleich seien. Es handelt sich dabei immer um flüssige Milchprodukte und Obstsaft. Auch seien die meisten Abnehmer von Tetra Pak nicht nur im aseptischen sondern auch im nicht-aseptischen Bereich tätig. Deshalb war die Kommission der Ansicht, dass die vier Märkte zwar getrennt, aber doch benachbart und auch verbunden seien. Als Folge könnte Tetra Pak mit seiner

⁴⁷⁸ A.a.O., Rn. 11 ff.

⁴⁷⁹ A.a.O., Rn. 19 ff.

⁴⁸⁰ A.a.O., Rn. 92 ff.

⁴⁸¹ A.a.O., Rn. 100 f.

beherrschenden Stellung auf den aseptischen Märkten Art. 82 EGV verletzen, wenn es ein missbräuchliches Verhalten auf den nicht-aseptischen Märkten an den Tag lege.⁴⁸²

Ferner führte die Kommission aus, dass Tetra Pak die Verbindung zwischen den vier Märkten zu Missbräuchen auf den nicht-aseptischen Märkten ausgenutzt habe. Das missbräuchliche Verhalten wäre ohne die beherrschende Stellung auf den aseptischen Märkten nicht ausgeführt worden.⁴⁸³

Zu Rechtfertigung seiner Kopplungsgeschäfte behauptete Tetra Pak, dass die Abfüllanlagen und die Kartons als ein integriertes System anzusehen seien und dass die Kopplung nicht nur Skalengewinne und Kosteneinsparungen entsprachen, sondern auch technische Gründe, die Verantwortung für die Produktqualität, sanitäre Gründe und der Schutz seines Rufs.⁴⁸⁴ Diese Behauptung wurde von der Kommission abgelehnt.⁴⁸⁵ Ferner stellte die Kommission fest, dass die Kopplungsgeschäfte von Tetra Pak, die nicht mit dem Gegenstand des Vertrages in Verbindung stehen, ein Verstoß gegen Art. 82 EGV sei.⁴⁸⁶

Tetra Pak erhob vor dem EuG Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung der Kommission. Das Gericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen.⁴⁸⁷ Gegen dieses Urteil legte Tetra Pak beim Gerichtshof die Berufung ein. Tetra Pak behauptete, dass das Gericht in seinem Urteil zu Unrecht angenommen habe, das Verhalten auf einem Markt, auf dem Tetra Pak keine beherrschende Stellung habe, stelle einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EGV dar. Außerdem machte Tetra Pak geltend, dass das Gericht zu Unrecht angenommen habe, dass die Kopplungsverkäufe von Kartons und Abfüllmaschinen unvereinbar mit Art. 82 EGV seien.

In Bezug auf den Anwendungsbereich des Art. 82 EGV stellte der Gerichtshof fest, dass Art. 82 EGV keinen ausdrücklichen Hinweis hinsichtlich der Voraussetzung im Zusammenhang mit der Lokalisierung des Missbrauchs auf den sachlich relevanten Markt gebe.⁴⁸⁸ Die Anwendung von Art. 82 EGV verlange einen Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem angeblichen Missbrauch, der in der Regel bei dem Missbrauch auf einem von dem beherrschten Markt nicht gegeben sei. Art. 82 EGV könne nur unter besondere Umstände auf ein Verhalten, das auf dem verbunden, nicht beherrschten Markt

⁴⁸² A.a.O., Rn. 104.

⁴⁸³ A.a.O.

⁴⁸⁴ A.a.O., Rn. 118.

⁴⁸⁵ A.a.O., Rn. 119.

⁴⁸⁶ A.a.O., Rn. 184 ff.

⁴⁸⁷ EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, *Tetra Pak II*.

⁴⁸⁸ EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951, Rn. 24, *Tetra Pak II*.

stattgefunden wurde und sich dort auswirke, angewandt werden.⁴⁸⁹ Im vorliegenden Fall zeigen sich die besonderen Umstände im Anteil von Tetra Pak in Höhe von 78% am gesamten Markt für aseptische und nicht-aseptische Kartonverpackungen, in der führenden Stellung von Tetra Pak auf den nicht-aseptischen Märkten, in der Quasimonopolstellung von Tetra Pak auf den aseptischen Märkten (sein Marktanteil war nahezu 90%), und in den engen Verbindungen zwischen den vier Märkten.⁴⁹⁰ Die Bedeutung der Verbindung könne darin gesehen werden, dass die verschiedenen Materialien zur Verpackung derselben Produkte verwendet wurden, womit also die Kunden von Tetra Pak im aseptischen Bereich auch potentielle Kunden im nicht-aseptischen Bereich seien.⁴⁹¹ Tetra Pak sei daher in einer Situation, die einer beherrschende Stellung auf dem gesamten Markt gleichkomme.⁴⁹² Als Ergebnis bestätigte der Gerichtshof das Urteil des Gerichts, dass Art. 82 EGV im vorliegenden Fall anwendbar sei.⁴⁹³

Bezüglich seiner Kopplungsverkäufe argumentierte Tetra Pak, dass es zwischen den Kartons und den Maschinen sachlich eine Beziehung gebe und die Kopplungsverkäufe dem Handelsbrauch entsprächen. Tetra Pak plädierte, dass Art. 82 lit. d) EGV nur verbiete, den Abschluss von Verträgen an die Bedingungen zu knüpfen, zusätzliche Leistungen anzunehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.⁴⁹⁴

Der Gerichtshof folgte den Ausführungen des Gerichts, dass sachlich eine Beziehung zwischen den Kartons und den Maschinen nicht bestehe.⁴⁹⁵ Ebenso bestätigte der Gerichtshof die Feststellung des Gerichts, dass Tetra Pak nicht gerechtfertigt sei, aus eigener Initiative aufgrund seiner Erwägungen hinsichtlich die Technik, die Produkthaftung, den Gesundheitsschutz oder den Schutz seines Rufes, anderen bestimmte Maßnahme durchzuführen.⁴⁹⁶ Im Ergebnis hob der Gerichtshof die Berufung von Tetra Pak auf.

⁴⁸⁹ A.a.O., Rn. 27.

⁴⁹⁰ A.a.O., Rn. 28.

⁴⁹¹ A.a.O., Rn. 29.

⁴⁹² A.a.O., Rn. 31.

⁴⁹³ A.a.O., Rn. 32.

⁴⁹⁴ A.a.O., Rn. 35.

⁴⁹⁵ A.a.O., Rn. 36.

⁴⁹⁶ A.a.O.

3. La Poste

a. Sachverhalt

La Poste war ein belgischer Postbetreiber, der über ein gesetzliches Monopol im traditionellen Briefpostdienst bzw. *Business to Private (B2P)* – Postdienst verfügte. Hays war der Anbieter eines speziellen Dienstes zur Beförderung von Geschäftspost (*Document exchange* bzw. DX-Dienst) in Belgien. Ab 1998 führte La Poste einen neuen Geschäftspostdienst bzw. *Business to Business (B2B)* – Postdienst ein, der ähnlich konzipiert war wie DX-Dienst von Hays. Die B2B-Post unterschied sich von der B2P-Post, die unter das Monopol fallen.⁴⁹⁷ La Poste und Hays konkurrierten bei den B2B-Postdiensten für Versicherungsunternehmen in Belgien miteinander. B2B-Postdienste werden lediglich einer geschlossenen Benutzergruppe für den gegenseitigen Austausch von Geschäftspost angeboten.

Am 28. Mai 1998 unterbreiteten La Poste zusammen mit Air Business Belgium (ABB) der Union Professionnelle Compagnies d'Assurance (UPEA) ein gemeinsames Angebot für B2B-Post.⁴⁹⁸ Kurz zuvor, am 8. April 1998 hatten La Poste und die UPEA eine Vereinbarung über den Vorzugstarif für die B2P-Briefpost (Vereinbarung 2026) abgeschlossen.⁴⁹⁹ Als die UPEA das Angebot von La Poste/ABB für B2B-Post ablehnte, und das Angebot von Hays annahm, hatte La Poste am 30. Oktober 1998 die geschlossene Vereinbarung 2026 gekündigt.⁵⁰⁰ Deshalb hatte die UPEA am 27. Januar 2000 das Angebot von La Poste/ABB für B2B-Post angenommen. Damit konnte sie die Vereinbarung 2026 verlängern. Infolge dessen hatte sie den Vertrag über den DX-Dienst von Hays gekündigt.⁵⁰¹

Am 7. April 2000 reichte Hays bei der Kommission eine Beschwerde gegen La Poste ein. Hays machte geltend, dass La Poste im Vorgriff auf eine weitere Liberalisierung der Postdienste in Belgien jetzt versuchte, Hays vom belgischen Markt zu verdrängen. Um die Hays-Kunden zu gewinnen, würde La Poste bei denjenigen, die die B2B-Post in Anspruch nehmen, attraktive Preisabschläge auf die B2P-Post gewähren, die La Poste gesetzlich vorbehalten waren.⁵⁰²

⁴⁹⁷ *Kommission*, „Kommission leitet Kartellverfahren gegen La Poste (Belgien) ein“, Pressemitteilung, IP/01/791, 6. Juni 2001: „Im Gegensatz zur normalen Briefpost, ... sind Geschäftspostdienste nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt, sondern müssen abonniert werden. Die Abonnenten dieser Leistungen bilden die sogenannten „geschlossenen Benutzergruppen“.“

⁴⁹⁸ KOMM. 5.12.2001, ABl. 2002 Nr. L 62/32 Rn. 18, *La Poste*.

⁴⁹⁹ A.a.O., Rn. 17.

⁵⁰⁰ A.a.O., Rn. 23 f.

⁵⁰¹ A.a.O., Rn. 27-29.

⁵⁰² *Kommission*, „Kommission leitet Kartellverfahren gegen La Poste (Belgien) ein.“ Pressemitteilung, IP/01/791, 6. Juni 2001.

b. Entscheidung

In der vorliegenden Entscheidung sah die Kommission zwei Märkte als relevant an.⁵⁰³ Zum einen ging es um den Markt für den allgemeinen Briefdienst, auf dem La Poste ihre Stellung als Marktführer missbraucht habe. Zum anderen handelte es sich um den Markt für die B2B-Postdienstleistung, auf dem sich der Missbrauch ausgewirkt habe. La Poste sei Inhaberin des gesetzlichen Postmonopol und nehme also auf dem belgischen Markt des allgemeinen Briefdienstes eine beherrschende Stellung ein.⁵⁰⁴

Die Kommission war der Auffassung, La Poste habe die Gewährung des Vorzugstarifs für die B2P-Post, die unter das Monopol fällt (Vereinbarung Nr. 2026), davon abhängig gemacht, dass die UPEA die zusätzliche Dienstleistung der B2B-Post in Anspruch nehme. La Poste habe damit einen Missbrauch im Sinne von Artikel 82 lit. d) EGV begangen.⁵⁰⁵ Da La Poste keine Gründe angeben konnte, um ihre Kopplung zu rechtfertigen, stellte die Kommission fest, dass La Poste gegen Artikel 82 lit. d) EGV verstoßen hatte.⁵⁰⁶

Hinsichtlich der Auswirkung der Kopplung von B2P-Post und B2B-Post war die Kommission der Ansicht, dass diese Kopplungspraxis die Schaffung alternativer Beförderungssysteme für die B2B-Post auf den Wettbewerb verhindere. In einem geschlossenen Postaustauschsystem wie DX-Dienst sei die Attraktivität des Systems für die Kunden abhängig von der Anzahl der Teilnehmer, weil jedes Unternehmen mit der größtmöglichen Zahl anderer Unternehmen korrespondieren wolle. Deshalb könne der Verlust von Kunden infolge der Kopplungspraxis von La Poste das DX-System von Hays auch Kunden kosten, die von der Kopplungspraxis nicht direkt betroffen seien. Nachdem die UPEA am 21. März 2000 ihre Teilnahme am DX-Dienst gekündigt hatte, verließen die elf größten Versicherungsunternehmen zwischen Juli 2000 und Dezember 2000 den DX-Dienst. Das Ausscheiden der elf größten Versicherungsunternehmen habe unmittelbar zum Ausscheiden von über hundert Maklern geführt. Als Folge könne der DX-Dienst in Belgien nicht mehr aufrechterhalten werden.⁵⁰⁷

Die Kommission stellte fest, dass La Poste die finanziellen Quellen seines Monopols beim B2P-Dienst ausnutze, um ihre beherrschende Stellung in den Markt für B2B-Post auszudehnen. Da Hays wegen des Postmonopols keine Möglichkeit habe, dieselben vorteilhaften Tarife oder den B2P-Dienst überhaupt anzubieten, könne La Poste ihren

⁵⁰³ KOMM. 5.12.2001, ABl. 2002 Nr. L 62/32 Rn. 36, *La Poste*.

⁵⁰⁴ A.a.O., Rn. 52.

⁵⁰⁵ A.a.O., Rn. 55.

⁵⁰⁶ A.a.O., Rn. 59.

⁵⁰⁷ A.a.O., Rn. 71 f.

Konkurrenten im Markt für B2B-Post beseitigen.⁵⁰⁸ La Poste habe somit Art. 82 lit. d) EGV verletzt.

B. Beispiele technologischer Kopplungsfälle

1. IBM

Wie in den USA wurde IBM in der EU wegen der Einführung seines neues CPU System 370 verklagt. Mit der Mitteilung der Beschwerdepunkte hatte die Kommission Verfahren gegen IBM im Dezember 1980 eingeleitet.⁵⁰⁹ Sie fand, IBM hatte eine beherrschende Stellung in den Märkten für die Schlüsselerzeugnisse für das System 370 (CPUs und Betriebssystem). Sie hatte IBM vorgeworfen, diese beherrschende Stellung dazu missbraucht zu haben, in dem IBM den Hauptspeicher in das CPU integriert hatte und den Herstellern von IBM-kompatiblen Peripheriegeräten die zur Herstellung erforderlichen technischen Schnittstelleninformation erst bekannt gegeben hatte, wenn die IBM-Produkte am Markt bereits ausgeliefert wurden. Infolge dessen konnte IBM den Markt für System 370-kompatible Peripheriegeräte kontrollieren.⁵¹⁰

Parallel zum förmlichen Verfahren hatte die Kommission auch im April 1983 nicht förmliche Gespräche mit IBM begonnen. Im August 1984 ist die Kommission mit IBM zu einer Einigung gekommen, nachdem IBM der Kommission eine Zusage gegeben hatte. IBM hatte sich in der Zusage verpflichtet, u.a. das System 370 CPUs innerhalb der Europäischen Gemeinschaft entweder ohne Hauptspeicher oder mit der Testspeicher-Kapazität anzubieten und rechtzeitig die Schnittstelleninformation preiszugeben, um Konkurrenten im Markt für Peripheriegeräte zu ermöglichen, kompatible Geräte herzustellen. Die Kommission akzeptierte die IBMs Verpflichtungen. Infolge dieser erzielten Einigung wurde das Verfahren gegen IBM eingestellt. Es erfolgte keine förmliche Entscheidung in diesem Fall durch die Kommission.⁵¹¹

⁵⁰⁸ A.a.O., Rn. 73.

⁵⁰⁹ *Kommission*, 14. Wettbewerbsbericht (1984) Nr. 94; *Kommission*, Pressemitteilung, IP/84/290, 2.8.1984.

⁵¹⁰ A.a.O.; *Dryander/Hehn/Lohman*, 5 RIW 352, 360 f. (1985).

⁵¹¹ A.a.O.

2. Microsoft

a. Sachverhalt

Ausgangspunkt des Verfahrens gegen Microsoft in der EU war eine Beschwerde des US-Software-Unternehmens Sun Microsystems vom Dezember 1988. Sun hatte ausgeführt, Microsoft habe sich geweigert, Schnittstelleninformationen offenzulegen, die Sun benötigte, um Produkte entwickeln zu können, die mit dem allgegenwärtigen Windows-Betriebssystem kommunizieren können.⁵¹²

Im Jahr 2000 eröffnete die Kommission ein förmliches Verfahren gegen Microsoft. Die Kommission weitete ihre Untersuchungen aus und prüfte auch die Auswirkungen der Kopplung des Windows Media Player (WMP) von Microsoft mit dessen Betriebssystem Windows 2000. Im März 2004 kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass Microsoft durch die Ausdehnung seines Quasi-Monopols bei Betriebssystemen für PCs (über 95% weltweit) auf den Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver und den Markt für Mediaplayer-Software gegen Art. 82 EGV verstoßen hat.⁵¹³

b. Entscheidung

Die Kommission definierte drei relevante Produktmärkte: den Markt für PC-Betriebssysteme, den Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme und den Markt für Streaming Media Player.⁵¹⁴ Sie fand, Microsoft habe eine beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme und auf dem Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme.⁵¹⁵ Sie stellte fest, Microsoft habe seine beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme zu missbrauchen und diese Stellung durch Verweigerung der Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen auf den Markt für Arbeitsgruppenserver-Betriebssysteme sowie durch Kopplung von Windows und WMP auf den Markt für Streaming Media Player auszudehnen.

⁵¹² *Kommission*, Kommission schließt Untersuchung gegen Microsoft mit Abhilfemaßnahme und Geldbuße ab“, Pressemitteilungen, IP/04/382, 24. März 2004.

⁵¹³ A.a.O.

⁵¹⁴ Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 323; verfügbar auf <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.

⁵¹⁵ A.a.O., Rn. 471, 541.

Bei der Beurteilung der Kopplung von Windows und WMP berief sich die Kommission auf die EuGH-Entscheidungen *Hilti* und *Tetra Pak II*.⁵¹⁶ Die Kommission war der Ansicht, der vorliegende Fall liege ganz auf der Linie dieser Entscheidungen und sei in keiner Weise neuartig.⁵¹⁷ Nach Auffassung der Kommission verstieße eine Kopplung gegen Art. 82 EGV, wenn die folgenden Elemente erfüllt seien:

- (1) das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut sind zwei verschiedene Güter;
- (2) das betroffene Unternehmen ist auf dem Markt für das koppelnde Gut marktbeherrschend;
- (3) das betroffene Unternehmen gibt den Abnehmer keine Wahl, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu erwerben; und
- (4) die Kopplung beschränkt den Wettbewerb.⁵¹⁸

Diese Elemente sind nach Ansicht der Kommission im vorliegenden Fall erfüllt. Die marktbeherrschende Stellung von Microsoft im Markt für das koppelnde Gut (PC-Betriebssysteme) werde von der Kommission bereits geprüft.⁵¹⁹ In Bezug auf die zwei verschiedenen Güter war die Kommission der Auffassung, dass Windows-Betriebssystem und WMP zwei getrennte Produkte seien. Hier wandte die Kommission den *separate-consumer-demand-Test* an: „The distinctiveness of products for the purposes of an analysis under Art. 82 ... has to be assessed with a view to consumer demand.“⁵²⁰ Nach Auffassung der Kommission gebe es getrennte Nachfrage für Media Players, die von der Nachfrage für das Betriebssystem unterschieden werden können, angesichts der Tatsache, dass Media Players von verschiedenen Firmen im Markt getrennt angeboten würden,⁵²¹ und das ein „*non-insignificant consumer demand*“ für getrennte Media Players existiere, nachdem Microsoft seine WMP mit Windows gekoppelt habe.⁵²²

Das dritte Element ist, das betroffene Unternehmen gebe Abnehmer keine Wahl, das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut zu erwerben. Die Kommission war der Auffassung, bei der Prüfung dieses Elements sei es nicht notwendig, zu zeigen, dass Verbraucher gezwungen würden, das gekoppelte Gut abzunehmen.⁵²³ „As long as consumers automatically obtain WMP – even if for free – alternative suppliers are at a competitive disadvantage.“⁵²⁴

⁵¹⁶ A.a.O., Rn. 792 ff.

⁵¹⁷ *Körber*, RIW 568, 574 (2004); *Zimmerlich*, WRP 1260, 1266 (2004); *Art/McCurdy*, 11 ECLR 694 (2004).

⁵¹⁸ Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 794.

⁵¹⁹ A.a.O., Rn. 799.

⁵²⁰ A.a.O., Rn. 803.

⁵²¹ A.a.O., Rn. 804.

⁵²² A.a.O., Rn. 808.

⁵²³ A.a.O., Rn. 832.

⁵²⁴ A.a.O., Rn. 833.

Bei der Prüfung des vierten Elements, ob die Kopplung von Windows und WMP den Wettbewerb beschränke, war die Kommission der Auffassung: „tying in this specific case has the potential to foreclose competition.“⁵²⁵ Daher sah die Kommission nicht, dass der Wettbewerb tatsächlich beschränkt wurde.⁵²⁶ Eher stellte sie fest, „tying WMP with the dominant Windows makes WMP the platform of choice for complementary content and applications which in turn risks foreclosing competition in the market for media players.“⁵²⁷ Ihre Analyse basierte auf der „*tipping*“ theory (die Umkippen-Theorie), d.h. es gibt eine natürliche Tendenz auf dem Markt, die Benutzung eines einzigen Produkts vorzuziehen, und die anderen Produkte umzukippen.⁵²⁸ Die Kommission glaubte, dass durch die Kopplung von WMP mit Windows der Markt endgültig zugunsten von Microsoft umkippen werde.⁵²⁹

Zu Rechtfertigung sein Kopplungsgeschäft behauptete Microsoft, u.a., dass es den WMP in effizienzerhöhender Weise an das Windows-Betriebssystem integriert habe, was letztlich Softwareentwicklern, Inhaltanbietern und Konsumenten zugute komme; dass rund 20 Betriebssystemfunktionen unmittelbar vom WMP abhingen; dass die Funktionalität von WMP ein entscheidendes, innovatives Qualitätsmerkmal von Windows XP darstelle; und dass letztendlich nicht nur Windows, sondern alle modernen Betriebssysteme eine solche Funktionalität enthielten.⁵³⁰

Die Kommission akzeptierte diese Rechtfertigungsgründe nicht. Obwohl sie anerkannte, dass eine rechtswidrige Kopplung von einem Rechtfertigungsgrund gerettet werden könne,⁵³¹ stellte sie fest, dass solche Rechtfertigungsgründe nicht ausreichten, außer wenn die Kopplung das einzige Mittel sei, die Effizienzvorteile zu erreichen. Die Kommission war der Auffassung, die von Microsoft behaupteten Vorteile könnten ohne Kopplung erreicht werden.⁵³²

Als Abhilfemaßnahme gegen diese Kopplung verlangte die Kommission von Microsoft, dass es sein Windows-Betriebssystem von WMP „entkoppeln“ sollte. Sie gab Microsoft auf, binnen 90 Tagen neben der Kompletversion von Windows XP mit dem WMP eine Betriebssystem-Variante anzubieten, aus welcher der WMP und die diesem zugrunde

⁵²⁵ A.a.O., Rn. 842.

⁵²⁶ Heiner, 72 U.Chi.L.R. 123, 136 (2005).

⁵²⁷ Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 842 ff.

⁵²⁸ *Katz/Shapiro*, 8 J. Econ. Pers. 93 (1994); *Liebowitz/Margolis*, 8 J. Econ. Pers. 133 (1994); *Liebowitz/Margolis*, 33 J. Law & Econ. 1 (1990); *Art/McCurdy*, 11 ECLR 694, 699 (2004).

⁵²⁹ A.a.O., Rn. 968, 1016 f.; *Körber*, RIW 568, 575 (2004).

⁵³⁰ A.a.O., Rn. 821 ff., 959 ff;

⁵³¹ A.a.O., Rn. 961.

⁵³² A.a.O., Rn. 963, 967.

liegende Windows Media Architektur vollständig entfernt worden seien.⁵³³ Daher wandte die Kommission das in den USA von dem DoJ und dem *District Court of Columbia* einhellig verworfene „code removal requirement“ an.⁵³⁴

Gegen die Entscheidung der Kommission hat Microsoft am 7. Juni 2004 beim EuG Nichtigkeitsklage erhoben und am 25. Juni 2004 zusätzlich die Aussetzung der Durchführung von Abhilfemaßnahmen bis zur Entscheidung in der Hauptsache beantragt. Das EuG wies den Antrag von Microsoft am 22. Dezember 2004 durch den Beschluss seines Präsidenten mangels Dringlichkeit vollständig zurück.⁵³⁵ Microsoft hat darauf verzichtet, ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluss einzulegen.

III. Stellungnahme

Die Leverage-Theorie zu den Kopplungsfällen ist keine neue Theorie in der europäischen Rechtspraxis, obwohl man sich in der europäischen Rechtspraxis mit ihr noch nicht so intensiv wie im U.S.-amerikanischen Antitrustrecht beschäftigt hat. Die EU unterzieht Kopplungsgeschäfte einer fünf-Stufen-Analyse: (1) ob das betroffene Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem koppelnden Gut innehat; (2) ob zwei verschiedene Güter vorliegen; (3) ob Verbraucher gezwungen werden, das gekoppelten Gut abzunehmen; (4) ob die Kopplung den Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt ausschaltet. Wenn diese vier Fragen bejaht werden, ist die Kopplung grundsätzlich rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit kann aber durch die letzte-Stufe-Analyse geheilt werden. Auf dieser fünften Stufe wird geprüft, ob die Kopplung durch wettbewerbliche Gründe gerechtfertigt sein kann.

A. Beherrschende Stellung

Der Regelungszweck des Art. 82 EGV liegt darin, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern. Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ist daher eine Voraussetzung für die Anwendung des Art. 82 EGV. In allen Kopplungsfällen ist deshalb die erste Stufe der Analyse immer erfüllt. In der Praxis ist die beherrschende Stellung relativ einfach zu bestimmen, da die Kommission und die Gerichte

⁵³³ A.a.O., S. 298 ff.

⁵³⁴ *Körber*, RIW 568, 571 (2004).

⁵³⁵ EuG, 22.12.2004 – Rs. T-201/104 R – *Microsoft*, abrufbar auf: <http://curia.eu.int/de/transitpage.htm>; Dazu kritisch *Körber*, K&R 193 (2005).

tendenziell zu engen Marktabgrenzungen neigen.⁵³⁶ Je enger der Markt abgegrenzt wird, desto eher kann eine beherrschende Stellung angenommen werden. In *Hilti* beispielsweise, definierte die Kommission drei verschiedene relevante Produktmärkte (Bolzenschussgeräte, Bolzen und Kartuschenstreifen), während Hilti der Auffassung war, es gab nur einen relevanten Produktmarkt, nämlich den des Direktbefestigungssystems. Ebenfalls wurden Kartons in *Tetra Pak II* nicht als ein einzig relevanter Produktmarkt definiert, sondern als zwei verschiedene Produktmärkte: aseptische Kartons und nicht-aseptische Kartons.

B. Zwei verschiedene Güter

Um in der EU die Verschiedenheit der Produkte festzustellen, bedient man sich des *separate-consumer-demand*-Tests. Obwohl die Kommission in *Microsoft* anerkannte, dass der getrennte-Nachfrage-Test das Verhalten der Verbraucher in der Vergangenheit reflektiert, blieb es bei der Anwendung dieses Tests. Wie bereits erwähnt, kritisierte das *D.C. Circuit* in *Microsoft II* und *Microsoft III* den getrennten-Nachfrage-Test als unzuverlässiger Test der Verschiedenheit, besonders bei Produktintegration. Die Anwendung dieses Tests für die Prüfung einer Produktintegration kann den Gesichtspunkt der Innovation außer Acht lassen. Microsoft beispielsweise, hat den Kode des WMP in das Windows-Betriebssystem vorsichtig integriert und die Zuverlässigkeit und die Kompatibilität dieser Integration mit verschiedenen Typen von Hardware und Software getestet.⁵³⁷ Bereits in Windows 3.1 im Jahr 1992 hatte Microsoft Basisfunktionen integriert, mit denen Benutzer Töne und Videos abspielen konnten. Seitdem haben Verbraucher bei Herstellern aller Betriebssysteme immer mehr nach Audio- und Videofunktionen nachgefragt. Als Reaktion auf diese erhöhte Nachfrage haben Microsoft, Apple, die *Linux-community*, IBM und Sun diese Technologien ihren eigenen Betriebssystemen hinzugefügt. Damit können Benutzer Audio- oder Videodateien abspielen. Diese Betriebssystemhersteller haben Media Player-Funktionen integriert, da Verbraucher heutzutage das erwarten und fordern.⁵³⁸

Heiner behauptet, der getrennte-Nachfrage-Test stellt eine falsche Frage, wenn er fragt, ob nach der Kopplung es getrennte Nachfrage für das gekoppelte Gut gibt.⁵³⁹ Die richtige Frage sollte sein, ob nach der Kopplung es getrennte Nachfrage für das koppelnde Gut ohne das

⁵³⁶ *Möschel* in Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Art. 86, Rn. 51.

⁵³⁷ *Art/McCurdy*, C.M.L.R. 694, 695 (2004).

⁵³⁸ A.a.O.

⁵³⁹ *Heiner*, 72 U.Chi. L.R. 123, 137 (2005).

gekoppelte Gut gibt.⁵⁴⁰ Die Kommission in *Microsoft* stellte daher eine falsche Frage, als sie fragte, ob nach der Kopplung von WMP und Windows es getrennte Nachfrage für Media Players gab, die von der Nachfrage für das Betriebssystem unterschieden werden konnte. Sie sollte fragen, ob nach der Kopplung von WMP und Windows es getrennte Nachfrage für Betriebssysteme ohne Media Players gibt. Es ist sehr unwahrscheinlich, diese Frage zu bejahen.⁵⁴¹ Ebenso stellte die Kommission eine falsche Frage, als sie fragte, ob nach der Kopplung unabhängige Hersteller des gekoppelten Guts existieren. Viele Hersteller verkaufen Reifen getrennt ohne Auto, aber das heißt nicht, dass ein Auto eine Bündelung von Maschine und Reifen ist.⁵⁴²

Körper schlägt die Anwendung des vom D.C. Circuit in *Microsoft II* formulierten *plausible benefit*-Tests für die Prüfung einer technischen Produktintegration vor.⁵⁴³ Danach sei eine Produktintegration zweier Produkte grundsätzlich keine rechtswidrige Kopplung, außer wenn ihr jede technologische Rechtfertigung im Sinne eines plausiblen Vorteils fehle. Kann der Hersteller solche plausiblen Vorteile (bspw. technische Effizienzgewinne) glaubhaft darlegen, so muss das integrierte Produkt von den Kartellbehörden und Gerichten grundsätzlich akzeptiert werden, es sei denn, die Kläger können nachweisen, dass die technologische Rechtfertigung in der Tat nicht existiert, und dass die Produktintegration lediglich eine technische Manipulation einer wettbewerbswidrigen Kopplung ist.⁵⁴⁴ Hinsichtlich der Integration des WMP an das Windows ist *Körper* der Auffassung, die Integration multimedialer Funktionen sei die gleiche Handlung wie die Integration der graphischen Benutzeroberfläche an das Betriebssystem MS-DOS als Microsoft MS-DOS erstmals zu Windows weiterentwickelte. Die Integration des WMP an das Windows biete plausible Vorteile und sei daher eine legitime Weiterentwicklung von Windows und keine wettbewerbswidrige Kopplung.⁵⁴⁵

C. Zwang

Ein rechtswidriges Kopplungsgeschäft muss durch Zwang („*coercion*“) erfolgt sein. Der Zwang kann in der Form einer Vereinbarung (*Tetra Pak II*), eines positiven Anreizes (*Tetra*

⁵⁴⁰ A.a.O.

⁵⁴¹ *Art/McCurdy*, C.M.L.R. 694, 695 (2004); *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, verfügbar auf: http://papers.ssrn.com/abstract_id=59663, S.5

⁵⁴² *Heiner*, 72 U.Chi. L.R. 123, 137 (2005).

⁵⁴³ *Körper*, RIW 568 (2004).

⁵⁴⁴ A.a.O.

⁵⁴⁵ A.a.O.

Pak II), einer Aufhebung des Rabats (*La Poste*), oder einer Verweigerung einer Garantie (*Hilti, Novo Nordisk*) erfolgen.⁵⁴⁶ Ein faktischer Zwang ist hier nicht erforderlich (*Microsoft*).

In den USA ist es streitig, ob der Anbieter den Abnehmer zur Abnahme beider Güter gezwungen haben muss.⁵⁴⁷ Die weite Ansicht nimmt an, der Zwang sei nicht erforderlich. Daher liege eine rechtswidrige Kopplung auch dann vor, wenn der Abnehmer sich zur Abnahme beider Güter freiwillig entschieden habe.⁵⁴⁸ Demgegenüber setzt die enge Ansicht das Bestehen des Zwangs für verbotene Kopplung voraus. Also würde eine rechtswidrige Kopplung nur vorliegen, wenn ein rechtswidriger Zwang die Entscheidung des Abnehmers beeinflusse.⁵⁴⁹ In *Jefferson Parish* stellte der *Supreme Court* klar, dass der Zwang des Abnehmers ein materiellrechtliches Erfordernis der *per se rule* für Kopplungsgeschäfte aufstelle.⁵⁵⁰

Die Europäische Kommission wandte die weite Ansicht in *Microsoft* an, in dem sie feststellte: „Nor is there language in Article 82 which would suggest that, in order to show coercion, customers need to be forced to use the tied product.“⁵⁵¹ Die Kommission betonte, da die Kopplung zur Ausschaltung der Wettbewerber führe, sei es keine materielle Voraussetzung, dass der Abnehmer zur Abnahme des gekoppelten Guts gezwungen werde.⁵⁵² Das entscheidende Kriterium bei der Prüfung des Elements Zwang ist daher, ob die Wettbewerber durch die Kopplung benachteiligt werden.

D. Ausschaltung des Wettbewerbs

In der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung ist es unklar, inwieweit zu prüfen ist, ob eine Kopplung zur Ausschaltung des Wettbewerbs führen kann.⁵⁵³ Die Analyse der Auswirkung der Kopplung wird nur auf einer rechtlichen Würdigung beruhen. Eine ausführliche ökonomische Analyse der Effekte auf den Preis und den Wettbewerb findet nicht

⁵⁴⁶ *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 17, Rn. 25; *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 313 (2004).

⁵⁴⁷ Vgl. *Austin*, 65 Calif. L.R. 1143 (1977); *Blair/Finci*, 10 Florida State U.L.R. 531 (1983); *Varner*, 50 Cal. L.R. 271 (1976/77); *Burkert*, 50 RabelsZ 367, 379 (1986).

⁵⁴⁸ *Ungar v. Dunkin Donuts of America, Inc.* 429 U.S. 823 (1976): "... there can be an antitrust violation where the franchisee takes voluntarily and with knowledge of the uneconomic nature of tie."

⁵⁴⁹ *American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. American Broadcasting-Paramount Theatres, Inc.*, 404 U.S. 1063 (1972): "But there can be no illegal tie unless unlawful coercion by the sellers influences the buyer's choice."

⁵⁵⁰ *Burkert*, 50 RabelsZ 367, 380 (1986).

⁵⁵¹ Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 832.

⁵⁵² A.a.O., Rn. 833.

⁵⁵³ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 313 (2004).

statt.⁵⁵⁴ Wenn der Kläger darlegen kann, dass er wegen der Kopplung nicht in den Markt eintreten konnte, liegt die Ausschaltung des Wettbewerbs vor.⁵⁵⁵

In *Napier Brown/British Sugar*⁵⁵⁶ wurde eine Kopplung verboten ohne dass durch die Kommission der Beweis geführt wurde, dass die Kopplung zu enormen negativen Auswirkungen auf dem gekoppelten Markt führte. Hier hatte British Sugar (BS) ihre Kunden bei dem Kauf ihres Zuckers gezwungen, auch die Anlieferung des Zuckers von BS anzunehmen. BS behielt sich damit das Geschäft der Anlieferung des Zuckers vor, das unter normalen Umständen auch von einem unabhängigen Einzelunternehmer ausgeführt werden konnte. In diesem Fall prüfte die Kommission nicht, ob die Anlieferung des Zuckers ein Teil des weiten Markts für Transport war, und ob die Kopplung einen beträchtlichen Teil dieses Markts ausschaltete.⁵⁵⁷ Die bloße Tatsache, dass sich BS das zusätzliche Geschäft der Anlieferung des Zuckers vorbehielt, wurde schon als eine Ausschaltung des Wettbewerbs interpretiert:

„Die Kommission ist der Auffassung, dass BS ihre beherrschende Stellung dadurch missbraucht hat, dass sie sich weigerte, ihren Abnehmern die Möglichkeit zu geben, zu wählen, ob sie den Zucker ab Werk oder frei Haus kaufen wollen, sich selbst damit die zusätzliche Tätigkeit der Anlieferung des Zuckers vorbehielt und so hinsichtlich der Anlieferung der Ware jegliche Konkurrenz ausschaltete.“⁵⁵⁸

Ebenso führte die Kommission in *Hilti* nicht ausführlich aus, unter welchen Umständen die Kopplung von Bolzen und Kartuschenstreifen zur Ausschaltung des Wettbewerbs führte. Eine Untersuchung von *Nalebuff & Majerus* zeigt,⁵⁵⁹ dass die Kopplung von Bolzen und Kartuschenstreifen keine wettbewerbsbeschränkenden Effekte haben würde, denn Bolzen und Kartuschenstreifen sind ein *fixed-proportion*-Produkt. Nach *Nalebuff & Majerus* ist der Fall *Hilti* ein *poster child* der Chicago School-Theorie, die erklärt, es gibt keinen ökonomischen Anreiz zu koppeln, wenn es *fixed-proportions* zwischen koppelndem Gut und gekoppeltem Gut gibt.

Bolzen und Kartuschenstreifen werden in *fixed proportion* verwendet. Bei jedem Schuss des Bolzenschussgeräts explodiert die Kartusche. Die explodierte Kartusche treibt einen Bolzen in die gewünschte Stelle ein. Jede von 10 Kartuschen in einer Kartuschenstreifen braucht einen Bolzen, also brauchen 10 Kartuschen genauso 10 Bolzen. Verbraucher benutzen sowohl

⁵⁵⁴ Veltrop, C.M.L.R., 549, 550 f., (1994); *Al-Dabbah*, 1 ECLR 45, 46 f. (2000); *Sinclair*, 8 ECLR 491 (2004).

⁵⁵⁵ A.a.O., Rn. 551.

⁵⁵⁶ KOMM. 19.10.1988, ABl. 1988 Nr. L 284/41 Rn. 69 ff., *Napier Brown/British Sugar*.

⁵⁵⁷ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 313 (2004).

⁵⁵⁸ KOMM. 19.10.1988, ABl. 1988 Nr. L 284/41 Rn. 71, *Napier Brown/British Sugar*.

⁵⁵⁹ *Nalebuff/Majerus*, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, abrufbar auf: <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/bundle2.pdf>, S. 17 ff.

eine Kartusche als auch einen Bolzen bei jedem Schuss. Weder die Kartusche noch der Bolzen ist wieder verwendbar.⁵⁶⁰ Nach dem *fixed-sum*-Argument kann Hilti keinen zusätzlichen Gewinn von der Kartuschenstreifen/Bolzen-Kopplung abschöpfen. Wenn Hilti den Preis für Bolzen erhöhen möchte, muss es den Preis für Kartuschenstreifen verringern. Wenn es den Monopolpreis für Kartuschenstreifen berechnen möchte, muss es einen niedrigen Preis für Bolzen geben.

Ferner ist es unwahrscheinlich, dass Hilti *scale economies* (Skalengewinne) für andere Bolzenhersteller verneinen kann, indem es sie vom Markt für Hilti-kompatible-Bolzen verdrängen würde. Da es mehrere Verwendungszwecke der Bolzen außer für Hiltis Bolzenschussgeräte gibt, und Bolzenschussgeräte keine Industrie mit beträchtlichen Skalengewinnen sind, ist Hilti nicht in der Lage, andere Bolzenhersteller vom Markt zu verdrängen.⁵⁶¹

Wenn Hilti keinen zusätzlichen Gewinn erzielen kann, warum koppelt es Kartuschenstreifen und Bolzen? Außerdem hat Hilti eine beherrschende Stellung im Markt für Kartuschenstreifen wegen seines Patentrechts. Wenn Kartellbehörden einen hohen Preis für ein patentiertes Produkt erlauben aber Kopplung verbieten, dann sollte Hilti zufrieden sein, all seine Gewinne von Kartuschenstreifen abzuschöpfen und Bolzen mit Marginalkosten zu berechnen. Also warum berechnet Hilti nicht seine Kartuschenstreifen auf dem Monopolpreisniveau, sondern koppelt Kartuschenstreifen und Bolzen? *Nalebuff & Majerus* glauben, das Motiv für diese Kopplung ist nicht die Verstärkung der Marktbeherrschung auf dem Markt für Hilti-kompatible-Bolzen. Die Besorgnisse von Hilti hinsichtlich der Qualität der Bolzen seiner Konkurrenten sind plausibler als die wettbewerbsbeschränkende Theorie der Kommission.⁵⁶²

In *Microsoft* ist die ökonomische Analyse der Kommission sogar spekulativ ohne ausreichende Beweise, dass Wettbewerber tatsächlich verdrängt werden können. Nach Auffassung der Kommission wird der Markt für Media Players infolge der Kopplung von WMP und Windows endgültig zugunsten von Microsoft umkippen („*Tipping*“). Nach Beobachtung von Ökonomen ist es zwar möglich, dass manche Märkte zum *Tipping* neigen können.⁵⁶³ Allerdings setzt dies voraus, dass Verbraucher und Hersteller einen starken Anreiz

⁵⁶⁰ A.a.O., S. 17 f.

⁵⁶¹ A.a.O., S. 20.

⁵⁶² A.a.O., S. 21.

⁵⁶³ *Katz/Shapiro*, 8 J. Econ. Pers. 93 (1994); *Liebowitz/Margolis*, 8 J. Econ. Pers. 133 (1994); *Liebowitz/Margolis*, 33 J. Law & Econ. 1 (1990).

haben, ein einziges Produkt zu standardisieren.⁵⁶⁴ Dies ist bei Media Players nicht der Fall. Untersuchungen zeigen, Verbraucher installieren nicht nur einen Media Player auf ihrem PC, sondern mehrere, da jeder Media Player verschiedene Features anbietet und verschiedene Formate beinhaltet.⁵⁶⁵ Wenn Media Players ein ganz neues Geschäft wäre, könnte man befürchten, dass diese Vielfältigkeit nur zeitweilig ist, und dass *Tipping* sehr wahrscheinlich geschehen würde. Media Players wurden jedoch seit Anfang der neunziger Jahre von Softwareherstellern geliefert; und es gab keine Verminderung des Marktanteils dieser Hersteller in den letzten Jahren.⁵⁶⁶ Die Untersuchungen unterstützen daher nicht die *Tipping*-Theorie der Kommission.

E. Objektive Rechtfertigung

Nach Art. 82 EGV liegt eine missbräuchliche Kopplung nicht vor, wenn zwischen koppelndem Gut und gekoppeltem Gut eine Beziehung nach „Handelsbrauch“ besteht. In der Praxis der Kommission und Gerichte werden Handelsbrauch und objektive Rechtfertigung gleich interpretiert, obwohl der Wortlaut des Art. 82 lit. d) EGV ein anderes ist. Das Fehlen eines Handelsbrauchs ist eine Voraussetzung für eine rechtswidrige Kopplung.⁵⁶⁷ Diese Kopplung kann jedoch durch wettbewerbliche Gründe (z.B. Effizienzvorteile und Sicherheitsmaßnahmen) gerechtfertigt werden; sie ist damit kein Verstoß gegen Art. 82 EGV.

Das Wort „Handelsbrauch“ weist darauf hin, dass Kopplung unter Art. 82 EGV nicht per se illegal ist. Die Kommission und Gerichte stellten dennoch für ein marktbeherrschendes Unternehmen höhere Hürde auf, um den Handelsbrauch zu behaupten. In *Tetra Pak II* stellte das EuG fest:

„Selbst wenn aber ein solcher Brauch festgestellt werden könnte, würde dies nicht genügen, um den Rückgriff eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf ein System von Kopplungsverkäufen zu rechtfertigen. Ein Handelsbrauch, der bei normaler Situation auf einem vom Wettbewerb geprägten Markt annehmbar wäre, kann im Fall eines Marktes, auf dem der Wettbewerb bereits eingeschränkt ist, nicht gebilligt werden.“⁵⁶⁸

Der Gerichtshof bestätigte die Auffassung des EuG. Dem betreffenden Unternehmen wurde sogar fast die Möglichkeit genommen, zu behaupten, dass ihre Kopplungsgeschäfte sachlich

⁵⁶⁴ *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, verfügbar auf: http://papers.ssrn.com/abstract_id=59663, S.4.

⁵⁶⁵ A.a.O., S. 5; *Art & McCurdy*, 11 ECLR 694, 699 (2004).

⁵⁶⁶ A.a.O., S. 5 f.

⁵⁶⁷ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 313 (2004).

⁵⁶⁸ EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, Rn. 137, *Tetra Pak II*.

oder nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Hier hat der Gerichtshof die Voraussetzung im Art. 82 lit. d) EGV verweicht,⁵⁶⁹ indem er feststellte, dass der Kopplungsverkauf von zwei Produkten auch dann einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EGV darstellen könne, wenn er nach dem Handelsbrauch oder sachlich in Beziehung zu den beiden Produkten stehe, es sei denn, dass er objektiv gerechtfertigt sei.⁵⁷⁰

In der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung gibt es jedoch kein Beispiel einer erfolgreichen Rechtfertigung eines Kopplungsgeschäfts. In *Hilti* lehnte die Kommission die Sicherheitsgründe von Hilti ab, da sie der Meinung war, es gab weniger beschränkende Maßnahmen zu dem gleichen Zweck. Die Gerichte bestätigten diese Entscheidung. Demgegenüber zeigen *Nalebuff & Majerus* auf, wie bereits erwähnt, dass die Sicherheitsgründen von Hilti plausibler sind als die wettbewerbsbeschränkende Theorie der Kommission.⁵⁷¹

Ebenfalls akzeptierte die Kommission nicht die Erklärung von Tetra Pak hinsichtlich der Effizienzvorteile seiner Kopplung, da die Kommission fand, Tetra Pak könne diese Effizienzvorteile durch weniger beschränkende Maßnahmen erreichen. Der Kommission war klar, dass es technische und sanitäre Probleme geben könne, wenn das Verpackungsmaterial nicht genau zu der Abfüllanlage von Tetra Pak passe, und es auch schwierig sei festzustellen, wer die Verantwortung trage.⁵⁷² Hier berücksichtigte die Kommission nicht, dass Tetra Pak sein Verkauf verringern würde, wenn es diese Verantwortung tragen müsste, da der Verbraucher kein Vertrauen mehr in sein System hätte.⁵⁷³ Die Kommission war der Auffassung, Tetra Pak könne seinen Kunden eine Bekanntmachung der einzuhaltenden Normen und Spezifikationen für das in seiner Abfüllanlage verwendete Verpackungsmaterial geben.⁵⁷⁴ Dies ist aber keine Sicherheit dafür, dass alle Kunden diese Normen und Spezifikationen immer erfüllen. Tetra Pak müsste daher die Verwendung seiner Abfüllanlage bei seinen Kunden überwachen. Es müsste auch ein Bescheinigungssystem für Kartonhersteller errichten, um die qualifizierten Kartonhersteller festzustellen. Danach müsste es die Leistung dieser Hersteller überwachen, um sich davon zu überzeugen, dass sie ihren Standard aufrechterhalten.⁵⁷⁵ Diese Meinung bedeutet aber nicht, dass Tetra Pak dadurch gerechtfertigt ist. Eher wird sie sagen, dass *Tetra Pak II* ein Beispiel dafür ist, dass eine

⁵⁶⁹ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 374.

⁵⁷⁰ EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951, Rn. 37, *Tetra Pak II*.

⁵⁷¹ *Nalebuff/Majerus*, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, S. 21.

⁵⁷² KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, Rn. 109, *Tetra Pak II*.

⁵⁷³ *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37, 88 (2005).

⁵⁷⁴ KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, Rn. 109, *Tetra Pak II*.

⁵⁷⁵ *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37, 88 (2005).

plausible Rechtfertigung ohne ausführliche Analyse der Natur des betreffenden Geschäfts abgelehnt wurde. Wie auch in anderen Fällen kommt in *Tetra Pak II* die skeptische Ansicht der Kommission und Gerichte zum Vorschein, wenn ein beherrschendes Unternehmen Kopplungsgeschäfte ausübt.

IV. Vergleich mit amerikanischer Rechtsprechung

A. Vertragliche- und technologische Kopplungen

Die amerikanische Rechtspraxis zu den Kopplungsgeschäften unterscheidet zwischen vertraglichen- und technologischen Kopplungsfällen. Sie behandelt vertragliche Kopplungsfälle feindlich, aber ist freundlich zu technologischen Kopplungsfällen. Demgegenüber unterscheidet die europäische Rechtspraxis nicht zwischen vertraglichen- und technologischen Kopplungsfällen. In der EU ist der Fall der Integration des WMP an das Windows-Betriebssystem analog zu dem Fall der Kopplung von Bolzen und Kartuschenstreifen sowie der Kopplung von Kartons und Abfüllmaschinen, zu beurteilen. Diese Position zeigt, wie schwierig es in der EU ist, zwischen wettbewerbswidriger Kopplung und innovativer Produktintegration zu unterscheiden.

Sowohl in vertraglichen Kopplungsfällen als auch in technologischen Kopplungsfällen wendet die EU einen feindlichen Ansatz an. Wie die traditionelle Leverage-Theorie, glaubt die EU, dass Kopplungsgeschäfte ein Mittel der Marktmachtausdehnung sind. Sie berücksichtigt auch nicht, ob Kopplungsgeschäfte effizient sind, eine Monopolstellung auszuweiten.

Wie bereits dargestellt, gibt es mindestens vier wesentliche Unterschiede zwischen vertraglichen- und technologischen Kopplungen: die Natur der Verbindung zwischen dem koppelnden Gut und dem gekoppelten Gut, die zeitliche Dimension der Kopplungsstrategien, die Motive für die Durchführung der Kopplungsgeschäfte und die Rechtsfolgende der Kopplungen.⁵⁷⁶ Angesichts dieser Unterschiede sollen vertragliche- und technologische Kopplungen nicht nach dem gleichen Ansatz behandelt werden. Technologische Kopplung beruht nicht nur auf dem Wettbewerbsprozess, sondern auch auf dem Innovationsprozess, deshalb bedarf sie ergänzender Überlegungen. Ein feindlicher Ansatz wird die Innovation abkühlen, was Verbraucher schaden kann. Die Anwendung des gleichen Ansatzes zu beiden

⁵⁷⁶ *Fleischer*, Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation, S. 42 ff.

Fallgruppen demonstriert, dass die EU Kopplungsgeschäfte strenger als die USA behandelt. Die EU und die USA haben jedoch eine Gemeinsamkeit: beiden ist es noch nicht gelungen, die Spannung zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Produktinnovation aufzulösen.

B. Der *rule of reason* - Ansatz

Nach der Kommission geht die Kommission in *Microsoft* nicht davon aus, dass Kopplungsgeschäfte *per se* illegal sind, aber sie wendet den *rule of reason* – Ansatz an, um zu überprüfen, ob die antikompetitiven Effekte der Kopplung die mögliche prokompetitiven Vorteile überwiegen.⁵⁷⁷

„I would like to stress that the Commission has not ruled that tying is illegal *per se*, but rather developed a detailed analysis of the actual impact of Microsoft’s behaviour, and of the efficiencies that Microsoft alleges. In other words we did what the US Court of Appeals suggested be done: we used the rule of reason although we don’t call it like that in Europe.“⁵⁷⁸

In der Tat nahm die Kommission einen Ansatz an, die ähnlich wie die qualifizierte *per se rule* in *Jefferson Parish* ist. Sowohl die Kommission in *Microsoft* als auch der *Supreme Court* in *Jefferson Parish* setzten vier Elemente für die Feststellung rechtswidriger Kopplung voraus: (1) die beherrschende Stellung des betreffenden Unternehmens auf dem koppelnden Gut; (2) zwei verschiedene Güter; (3) Zwang (*coercion*); (4) wettbewerbsbeschränkende Effekte auf dem gekoppelten Markt.⁵⁷⁹

Die unteren Gerichte in den USA versuchten, die Situation, unter der eine Kopplung nach dem *Jefferson Parish* – Test illegal beurteilt werden kann, zu begrenzen.⁵⁸⁰ Beispielsweise fand das *D.C. Circuit* in *Microsoft III*, dass die *rule of reason* – Analyse im Fall Plattform-Software wie Windows-Betriebssystem angewandt werden sollte. Hier lehnte das Gericht ab, den *separate demand* – Test in *Jefferson Parish* bei der Prüfung innovativer Produktintegration anzuwenden. Das Gericht war der Ansicht, der Test kann nicht zwischen guter- und schlechter Kopplungen unterscheiden, deshalb weist es hin, die *rule of reason* anzuwenden. Demgegenüber wandte die Kommission den *separate demand* – Test an, um zu bestimmen, ob zwei verschiedene Güter vorliegen. Der Test wurde nicht nur bei der vertraglichen Kopplung, sondern auch bei der technologischen Kopplung angewendet. Die

⁵⁷⁷ Statement by Mario Monti, 24. März 2004, No. 47/04, verfügbar auf: <http://www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm>.; *Mensching*, The Microsoft Decision – promoting innovation, 22. Oktober 2004, S. 11, verfügbar auf: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_017_en.pdf.

⁵⁷⁸ Statement by Mario Monti, 24. März 2004, No. 47/04.

⁵⁷⁹ *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, S. 7 f.

⁵⁸⁰ *Heiner*, 72 U.Chi.L.R. 123, 136 (2005).

EU hat daher noch keinen zuverlässigen Test, zwischen pro-wettbewerblicher Kopplung und anti-wettbewerblicher Kopplung zu unterscheiden.

Nach Auffassung des *D.C. Circuit* fokussiert die *rule of reason* – Analyse auf dem Effekt des Kopplungsgeschäfts, nicht auf der Absicht hinter dem Geschäft.⁵⁸¹ Also muss die Kopplung den Wettbewerbsprozess beschränken und damit den Verbraucher schaden. Der Schaden eines oder mehrerer Konkurrenten reicht daher nicht aus. Ferner liegt die Beweislast auf dem Kläger. Hier muss der Kläger zeigen, dass das Verhalten des Marktbeherrschers tatsächlich erforderliche wettbewerbsbeschränkende Effekte hat. Wenn es dem Kläger gelingt, die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Kopplung zu beweisen, kann der Marktbeherrscher eine wettbewerbsfördernde Rechtfertigung vorweisen. Danach verlagert sich die Beweislast auf den Kläger. Er muss die Rechtfertigung des Marktbeherrschers widerlegen. Wenn die Rechtfertigung des Marktbeherrschers nicht widerlegt werden kann, muss der Kläger beweisen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Schäden des Geschäftes die wettbewerbsfördernden Vorteile überwiegen.⁵⁸²

Im Gegensatz dazu ist die Kommission der Auffassung, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Beweislast trägt, die Effizienzvorteile der Kopplung zu zeigen. Außerdem muss das marktbeherrschende Unternehmen beweisen, dass die Effizienzvorteile von weniger beschränkenden Maßnahmen nicht erreicht werden können. Ferner trägt das marktbeherrschende Unternehmen die Beweislast zu zeigen, dass die Effizienzvorteile die wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegen.⁵⁸³

C. Missbrauch

Sowohl die EU als auch die USA sind der Auffassung, dass *Leveraging* bzw. Marktmachtausdehnung einen Missbrauch der beherrschenden Stellung darstellt. Jedoch haben die EU und die USA unterschiedliche Voraussetzungen, unter denen eine Leverage-Verhaltensweise missbräuchlich ist.⁵⁸⁴ Der *Supreme Court* in *Spectrum Sports* stellte fest, dass *Leveraging* gegen Sec. 2 Sherman Act nur dann verstieße, wenn es tatsächlich den Sekundärmarkt monopolisiert oder gefährlicherweise die Monopolisierung des

⁵⁸¹ *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, S. 7.

⁵⁸² A.a.O., S. 7 f.

⁵⁸³ *Mensching*, The Microsoft Decision – promoting innovation, S. 12 f.

⁵⁸⁴ *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 13 f., (2004).

Sekundärmarkts bedroht.⁵⁸⁵ Ein bloßer Wettbewerbsvorteil auf dem Sekundärmarkt ist keine ausreichende Voraussetzung für die Verletzung des Sec. 2 Sherman Act.⁵⁸⁶

In der EU neigt man schneller dazu, die Leverage-Verhaltensweise als missbräuchlich zu beurteilen.⁵⁸⁷ In *Tetra Pak II*, beispielsweise war der EuGH der Auffassung, dass die enge Verbindung zwischen dem Primärmarkt und dem Sekundärmarkt sowie die Quasimonopolstellung auf dem Primärmarkt ausreichende Beweise sind, um festzustellen, dass der Marktbeherrscher auf dem Sekundärmarkt unabhängig von Konkurrenten handeln konnte.

Auch in Bezug auf die missbräuchliche Kopplung haben die EU und die USA unterschiedliche Voraussetzungen. Unter der *per se rule* in den USA liegt eine missbräuchliche Kopplung vor, wenn ein nicht unerheblicher Umfang des Handels (*a not insubstantial amount of commerce*) auf dem Sekundärmarkt beeinträchtigt. *Jefferson Parish* erhebt den Standard auf ein unerhebliches Potential für Wirkung auf dem Wettbewerb (*a substantial potential for impact on competition*).⁵⁸⁸ In der EU stellt die Verminderung der Verbraucherwahl schon allein einen Beweis dafür dar, dass die Kopplung missbräuchlich ist, obwohl eine tatsächliche Ausschaltung des Wettbewerbs nicht gezeigt wird. Dieser Standard ist viel näher zu dem Standard gemäß der *per se* Regel in den USA.⁵⁸⁹

D. Besondere Verantwortung

Ein Aspekt unter Art. 82 EGV, der sich im amerikanischen Antitrustrecht nicht findet, ist die besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens, durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht zu beeinträchtigen. Diese besondere Verantwortung lässt die Einstellung der europäischen Wettbewerbspolitik gegenüber den marktbeherrschenden Unternehmen erkennen. Die EU ist der Ansicht, dass die Anwesenheit des marktbeherrschenden Unternehmens ein Indiz dafür ist, dass der Wettbewerb geschwächt ist. Marktbeherrschende Unternehmen haben daher besondere Verantwortung, damit der Wettbewerb geschützt werden kann.⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 459 (1993).

⁵⁸⁶ A.a.O.

⁵⁸⁷ *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 14 (2004).

⁵⁸⁸ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 316 (2004).

⁵⁸⁹ A.a.O.

⁵⁹⁰ *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 12 (2004).

In der Praxis erleichtert diese besondere Verantwortung die Feststellung eines Missbrauchs, denn eine Verhaltensweise, die bei den Konkurrenten zwar erlaubt ist, kann bei beherrschendem Unternehmen ein Missbrauch seiner beherrschenden Stellung sein.⁵⁹¹ Ferner sind Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens auf einem Markt, dessen Wettbewerbsstruktur schon allein dadurch geschwächt ist, immer schon dann missbräuchlich, wenn sie zu einer zusätzlichen Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur führen.⁵⁹² Also können Unternehmen so heftig wie möglich konkurrieren, aber wenn sie eine marktbeherrschende Stellung erreichen können, müssen sie sorgfältig vertreiben. Hier sind sie in einer schwierigen Position. Wenn sie heftig konkurrieren und somit ihre beherrschende Stellung verstärken, können sie von der Kartellbehörde verurteilt werden mit der Begründung die besondere Verantwortung verletzt zu haben.⁵⁹³

⁵⁹¹ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 317 (2004).

⁵⁹² EuGH 13.2.1979, Slg. 1979, 461, 541 Rn. 91, *Hoffmann-La Roche*; EuG 1.4.1993, Slg. 1993 II, 389, 425 Rn. 95, *BPB Industries und British Gypsum*; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 15, Rn. 39.

⁵⁹³ *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 12 (2004).

§ 4. Die Ermittlung der Kopplungsgeschäfte: Entkräftung der Leverage-Theorie

“If an economist finds something – a business practice of one sort or other – that he does not understand, he looks for a monopoly explanation. And as in this field we are very ignorant, the number of ununderstandable practices tends to be rather large, and the reliance on a monopoly explanation frequent.”

(*Ronald H. Coase*, *Industrial Organization: A Proposal for Research*, S. 62).

I. Ökonomische Analysen der Kopplungsgeschäfte

Kopplungsgeschäfte sind gewöhnlich sowohl in konkurrierenden als auch in unkonkurrierenden Märkten. Viele Unternehmen praktizieren Kopplungsgeschäfte, da viele Produkte in kleinere Teile getrennt werden können und Unternehmen diese kleineren Teile in einem einzelnen Endprodukt anbieten. Diese Geschäfte führen zu niedrigeren Kosten für die Anbieter, die zugunsten der Verbraucher weiter geleitet werden, oder sogar direkt zu Verbrauchervorteilen. Allerdings können Kopplungsgeschäfte auch wettbewerbsbeschränkend sein, wenn sie zur Ausschaltung des Wettbewerbs oder zur Monopolausdehnung führen. Ökonomen glauben jedoch, dass Kopplungsgeschäfte üblicherweise wettbewerbsfördernd sind.⁵⁹⁴

A. Motive für Kopplungsgeschäfte

Unternehmen praktizieren Kopplungsgeschäfte aus verschiedenen Motiven, die wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend sein können. Während die Gerichte und Kartellbehörden in der EU und in den USA meist der Auffassung waren, dass *Leveraging* das einzige Motiv für Kopplungsgeschäfte ist, identifizieren Ökonomen andere Motive für Kopplungsgeschäfte außer *Leveraging*, nämlich Preisdiskriminierung, Qualitätskontrolle, Umgehung einer Preisregelung, *economies of scale*, Erhöhung des Outputniveaus und Gewinnmaximierung.

⁵⁹⁴ Vgl. *Bowman*, 67 *Yale Law J.* 19 (1957); *Stigler*, *The Organisation of Industry*, S. 165 ff.; *Evans/Salinger*, 22 *Yale J. on Reg.* 37 (2005); *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 380 f.; *Evans/Padilla/Salinger*, *A Pragmatic Approach To Identifying And Analyzing Legitimate Tying Cases*, in *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?*, 2003; *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 *Antitrust Bul.* 287, 317 (2004).

1. Preisdiskriminierung

Es gibt zwei Analysen der Preisdiskriminierung für Kopplungsgeschäfte. Die erste ist die Analyse von *Bowman*, die annimmt, Kopplungen können als *Metering* (Zähler) durchgeführt werden, um die Intensität der Benutzung eines Produkts zu messen.⁵⁹⁵ Die zweite ist die Analyse von *Stigler*, die zeigt, dass Kopplungsgeschäfte mehr Verbraucherüberschuss gewinnen können, wenn Verbraucher verschiedene Güter unterschiedlich bewerten.⁵⁹⁶

a. Bowmans Analyse

Bowman analysiert die Kopplung von zwei komplementären Produkten, in der verschiedene Abnehmer eine unterschiedliche Menge des gekoppelten Gutes für eine Einheit des koppelnden Gutes nutzen. Wenn das koppelnde Gut wertvoller ist für die häufigen oder intensiven Nutzer als für die weniger intensiven Nutzer (bzw. wenn die Nachfrage des koppelnden Gutes weniger elastisch ist), erfolgt diese Kopplung als effektives Mittel der Preisdiskriminierung für das koppelnde Gut.⁵⁹⁷ Hier bedient das gekoppelte Gut als ein Zähler der Häufigkeit oder Intensität der Nutzung des koppelnden Gutes.

Ein Beispiel bietet die Kopplung von Kopiermaschine (das koppelnde Gut) und Patrone (das gekoppelte Gut). Die Kopiermaschine ist ein patentiertes Produkt. Der Lizenzgeber hat mehrere Lizenznehmer für die Maschinen, manche nutzen die Maschinen sehr häufig, aber die anderen nur wenig. Also sind die Maschinen mehr für die intensiven Nutzer als für die weniger intensiven Nutzer wertvoll. Wenn der Lizenzgeber die Patentlizenzen der Maschine mit verschiedenen Lizenzgebühren für verschiedene Lizenznehmer gewähren möchte, wird er auf zwei Schwierigkeiten treffen. Erstens ist es schwierig, die intensiven- und die nicht intensiven Nutzer zu identifizieren. Zweitens ist es schwierig zu verhindern, wenn die Lizenznehmer, die niedrige Lizenzgebühren bekommen, die Maschinen an die anderen Lizenznehmer, die höheren Lizenzgebühren zahlen, weiter verkaufen möchten.⁵⁹⁸

Kopplungsgeschäfte können sich hier als Problemlösung darstellen. Der Lizenzgeber wird die Patentlizenz nur unter der Bedingung gewähren, dass der Lizenznehmer von ihm die Patrone bezieht. Durch den Verkauf der Patrone kann der Lizenzgeber die Häufigkeit oder die Intensität der Nutzung der Maschinen messen. Hier berechnet er die Lizenzgebühren niedrig, aber die Patrone über dem konkurrierenden Preis. Die intensiven Nutzer zahlen damit mehr

⁵⁹⁵ *Bowman*, 67 Yale Law J. 19 (1957).

⁵⁹⁶ *Stigler*, *The Organisation of Industry*, S. 165 ff.

⁵⁹⁷ *Bowman*, 67 Yale Law J. 19, 23 f. (1957).

⁵⁹⁸ A.a.O.

als die nicht intensiven Nutzer. In dieser Situation kann der Lizenzgeber kein neues bzw. zusätzliches Monopol auf dem gekoppelten Markt begründen. Das Ergebnis vom Verkauf des gekoppelten Gutes ist gleich wie, wenn die Maschinen auf dem Monopolpreis verkauft werden, und die Patrone auf konkurrierendem Preis berechnet und getrennt verkauft wird.⁵⁹⁹

b. Stiglers Analyse

Stigler analysiert die Kopplung von zwei Gütern, die weder substituierbar noch komplementär sind.⁶⁰⁰ Die Nachfragen beider Güter sind daher unabhängig. *Stiglers* Analyse beruht auf dem Verfahren des Blockbuchens von Filmen im Fall *United States v. Loew's, Inc.*⁶⁰¹ In diesem Fall koppelte Loew's Inc. Filme Stufe A mit Filmen Stufe B. Der *Supreme Court* fand, die Kopplung führte zur Marktmachtausdehnung vom Markt für Filme Stufe A auf den Markt für Filme Stufe B. *Stigler* kritisiert diese Auslegung und liefert eine alternative Erklärung für diese Kopplung mit einem schlichten numerischen Beispiel.⁶⁰²

So ist es in folgendem Beispiel: Firma M verkauft zwei DVD-Filmkategorien: Drama und Komödie. Verbraucher A bewertet Drama-DVD € 20 und Komödie-DVD € 8. Demgegenüber bewertet Verbraucher B Drama-DVD € 8 und Komödie-DVD € 21. Die Marginalkosten beider Güter sind 0. Ohne Bündelung sind der Preis für Drama-DVD € 20 und der Preis für Komödie-DVD € 21. Verbraucher A kauft Drama-DVD ohne Komödie-DVD; Verbraucher B kauft Komödie-DVD ohne Drama-DVD. Im Ergebnis ist Verbraucherüberschuss gleich 0 und die Firma M bekommt € 41. Mit Bündelung berechnet Firma M € 28 für die Bündel. Verbraucher A und B kaufen die Bündel. Verbraucher B bekommt einen Überschuss von € 1. Der Gewinn von Firma M vermehrt von € 41 auf € 56. In dieser Situation tritt *Leveraging* nicht auf.

2. Sicherung der Qualität

Es gibt Produkte, die nur funktionieren können, wenn sie mit komplementären Produkten verwendet werden. Beispielsweise Kamera und Film, Drucker und Patronen,

⁵⁹⁹ A.a.O.

⁶⁰⁰ *Stigler*, *The Organisation of Industry*, S. 165 ff.

⁶⁰¹ 371 U.S. 38 (1962).

⁶⁰² Vgl. *Stigler*, *The Organisation of Industry*, S. 165 ff.; *Larson*, 63 *Antitrust L.J.* 239, 247 f. (1994); *Evans/Salinger*, 22 *Yale J. on Reg.* 37, 49 f. (2005).

Bolzenschussgeräte und Bolzen, usw. Diese Komplemente werden nicht immer vom Hersteller des Primärproduktes geliefert. Viele Unternehmen können auch diese Komplemente versorgen. Wenn die Komplemente den einzuhaltenden Normen und Spezifikation nicht genau entsprechen, können diese die volle Funktion des Primärproduktes beeinträchtigen. Als Folge kann dies dem guten Ruf des Herstellers des Primärproduktes schaden. Dieser Hersteller hat daher Interesse, seine Produkte zu schützen, um die volle Funktion dieser Produkte gewährleisten zu können. Wenn die Ursache der Fehlfunktion seiner Produkte schwierig zu identifizieren ist, wird er bevorzugen, keine fremden Komplemente in seinen Primärprodukten zu verwenden. Er kann die Kunden seiner Primärprodukte zwingen, seine eigenen Komplemente auch abzunehmen. Dies erfolgt entweder durch Kopplung oder durch Bündelung.⁶⁰³

Viele Kopplungsfälle beruhen auf der Sicherung der Qualität als ein Motiv der Kopplungsgeschäfte. Beispielsweise koppelte Hilti Bolzen und Kartuschenstreifen aufgrund seiner Besorgnisse hinsichtlich der Sicherheit, Zuverlässigkeit und Funktionsweise seiner Bolzenschussgeräte.⁶⁰⁴ Ebenfalls behauptete Tetra Pak, dass die Kopplung von Abfüllanlagen und Kartons nicht nur Skalengewinnen und Kosteneinsparungen dienen sollte, sondern auch aufgrund technischer Gründe, der Verantwortung für die Produktqualität und des Schutzes seines guten Rufes erfolgte.⁶⁰⁵ Im amerikanischen Fall *Sidney Henry v. A.B. Dick*⁶⁰⁶ erklärte A.B. Dick auch, dass die Tinten von anderen Herstellern seine patentierte Mimeograph-Maschine verstopfen konnten. Deshalb verlangte es von den Lizenznehmern seiner Maschinen auch seine eigenen Tinten abzunehmen. Während die Rechtfertigungsgründe von Hilti und Tetra Pak vom EuGH abgelehnt wurden, wurde der Sicherheitsgrund von A.B. Dick vom *Supreme Court* akzeptiert.⁶⁰⁷

Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Anbieter den Verkauf des Primärproduktes mit dem Verkauf der Komplemente nicht koppelt. Er will jedoch keine Garantie für seine Primärprodukte übernehmen, wenn sie in Verbindung mit den Komplementen anderer Hersteller verwendet werden. Solch eine Verhaltensweise wurde von Novo Nordisk schon Mal ausgeübt. Novo Nordisk, der führende Insulinhersteller Europas, brachte 1985 eine neue Methode zur Selbstinjektion von Insulin auf den Markt, das sog. Insulinstiftsystem.

⁶⁰³ Vgl. *Bowman*, 67 Yale L.J. 19, 27 f. (1957); *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 379 f.; *Burkert*, *Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften*, S. 68 ff.

⁶⁰⁴ KOMM. 22.12.1987, ABl. 1988 Nr. L 65/19 Rn. 87, *Hilti*.

⁶⁰⁵ KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, Rn. 118, *Tetra Pak II*.

⁶⁰⁶ 224 U.S. 1 (1912).

⁶⁰⁷ A.a.O. S. 12-13.

Inzwischen stellen auch andere Unternehmen ähnliche Injektionsgeräte mit Injektionsstift her, einschließlich verschiedener Komponenten, von denen einige mit dem System von Novo Nordisk kompatibel sind. Novo Nordisk wies jedwede Haftung für Fehlfunktionen seiner Injektionsgeräte zurück oder verweigerte eine Garantie, wenn diese in Verbindung mit Komponenten anderer Hersteller verwendet wurden. Nach Auffassung der Kommission war die Verhaltensweise von Novo Nordisk wettbewerbswidrig.⁶⁰⁸

3. Umgehung einer Preisregelung

In einem offenen Markt wird die Preisbildung von der Zahl der Nachfrage und des Angebots bestimmt. Wenn das Angebot knapp ist, erhöht sich der Preis, aber wenn es nur wenig Nachfrage gibt, verringert sich der Preis, bis Angebot und Nachfrage wieder in Gleichgewicht sind. Unter bestimmten Umständen kann der Preis vom Staat oder Privat geregelt werden, insbesondere in unkonkurrierenden Märkten. Wenn der Preis eines Gutes geregelt wird, kann diese Preisregelung durch Kopplungsgeschäfte umgangen werden. Mit den Kopplungsgeschäften können Unternehmen die einzelnen Preise des koppelnden Gutes und des gekoppelten Gutes verdecken, daher ist es schwierig zu prüfen, ob Unternehmen die Preisregelung umgangen haben.⁶⁰⁹ Hier gibt es zwei Fallgruppen, in denen Kopplungsgeschäfte als eine Umgehung einer Preisregelung durchgeführt werden: Umgehung einer Höchstpreisregelung und Umgehung einer Mindestpreisregelung.

a. Umgehung einer Höchstpreisregelung

Wenn der Preis eines Gutes sehr hoch ist, kann der Staat, meist aus sozialen Gründen, einen Höchstpreis festsetzen, über dem Unternehmen das betroffene Gut nicht berechnen dürfen. Wenn ein Unternehmen dieser Höchstpreisregelung ausweichen möchte, kann es das betroffene Gut nur unter der Bedingung verkaufen, dass Verbraucher ein anderes Gut, das keiner Höchstpreisregelung unterliegt, von ihm beziehen.⁶¹⁰ Das koppelnde Gut wird auf dem Maximumpreis gemäß der Höchstpreisregelung berechnet, während das gekoppelte Gut über dem konkurrierenden Preis festgesetzt wird. Was das Unternehmen auf dem koppelnden Markt nicht machen darf, kann von ihm auf dem gekoppelten Markt kompensiert werden.

⁶⁰⁸ *Kommission*, 26. Wettbewerbsbericht (1996), Rn. 62.

⁶⁰⁹ *Burkert*, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 80 ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Bowman*, 67 Yale L.J. 19, 21 ff. (1957); *Bork*, The Antitrust Paradox, S.376; *Burkert*, a.a.O., S. 80 f.

Beispiele dieser Kopplung sind die Kopplungen von Wohnungen und Möbeln, Autos und Zubehör, Bourbon und Rum.⁶¹¹ Durch diese Kopplungen können Unternehmen die Umgehung einer Höchstpreisregelung vor dem Staat und den Verbrauchern verdecken.

b. Umgehung einer Mindestpreisregelung

Außer einem Höchstpreis kann der Staat einen Mindestpreis für ein bestimmtes Gut festsetzen, unter dem Unternehmen das betreffende Gut nicht berechnen dürfen. Wenn ein Unternehmen diese Mindestpreisregelung umgehen möchte, kann es Kopplungsgeschäfte zu diesem Zweck verwenden.⁶¹² Also verkauft das Unternehmen das regulierte Gut mit einem anderen Gut, das keiner Mindestpreisregelung unterliegt, in einer Bündelung. In dieser Bündelung entspricht der Preis des regulierten Gutes dem Mindestpreis, während das andere Gut unter dem konkurrierenden Preis berechnet wird. Durch diese Bündelung kann das Unternehmen die Mindestpreisregelung heimlich umgehen. Sowohl bei der Umgehung einer Höchstpreisregelung als auch bei der Umgehung einer Mindestpreisregelung, ist es für die Preisaufsichtsbehörde schwer zu beweisen, dass das Unternehmen die Preisregelung umgangen hat. Beispielsweise setzt der Staat den Mindestpreis für Flugtarife fest. Um diese Preisregelung zu umgehen, bieten die Fluggesellschaften eine Bündelung von Sitz, Essen und Getränke in einem einzelnen Preis an. Hier ist es schwer, den einzelnen Preis jedes Gutes zu bestimmen.

Ein Mindestpreis kann auch von Kartellen festgesetzt werden. In den Kartellen vereinbaren die Kartellmitglieder den Mindestpreis eines bestimmten Gutes, unter dem die Mitglieder das betreffende Gut nicht anbieten dürfen. Wenn also ein Mitglied die Preisabsprache verletzen möchte, kann er Kopplungsgeschäfte dazu verwenden, dass andere Mitglieder nicht entdecken, dass die Preisabsprache verletzt wurde.⁶¹³ Also koppelt er den Verkauf dieses Gutes mit einem anderen Gut, das keiner Preisabsprache unterliegt, in dem der Preis des im Kartell regulierten Gutes dem Mindestpreis entspricht, während das andere Gut unter dem konkurrierenden Preis berechnet wird.

Solch eine Verhaltensweise kann auch in einem Oligopolmarkt ausgeübt werden. Während bei dem staatlichen Mindestpreis und bei der Kartellabsprache der Mindestpreis ausdrücklich

⁶¹¹ *Burkert*, a.a.O., S. 81.

⁶¹² A.a.O., S. 81 f.

⁶¹³ A.a.O., S. 82 f.

festgesetzt wird, entscheiden Oligopolisten den Preis eines oligopolisierten Gutes ohne ausdrückliche Preisvereinbarung. Jeder Oligopolist erkennt seine gegenseitige Abhängigkeit mit anderen Oligopolisten wieder. Wenn ein Oligopolist versucht, den Preis des oligopolisierten Gutes zu senken, werden andere Oligopolisten reagieren, um sich dieser Preissenkung anzupassen. Deshalb vereinbaren alle Oligopolisten, keine Preissenkung durchzuführen. Wenn also ein Oligopolist den Oligopolpreis heimlich senken möchte, kann er Kopplungsgeschäfte zu diesem Zweck einsetzen.⁶¹⁴

4. Economies of scale

Economies of scale (Skalengewinne) bezeichnen den Zusammenhang von Produktionsmenge und Produktionskosten: je größer die Produktionsmenge, desto niedriger die durchschnittlichen Produktionskosten. Infolge der Skalengewinne kann eine bestimmte Menge von einem einzelnen großen Unternehmen zu geringeren Stückkosten hergestellt werden als von mehreren kleineren.

So ist es in folgendem Beispiel: Ein Zeitungsverleger publiziert eine Morgenzeitung und eine Abendzeitung. Der Verleger findet, das Drucken einer Anzeige in der Abendzeitung ist teurer als das in der Morgenzeitung, und die Betriebskosten einer Anzeige in beiden Zeitungen sind nicht signifikant höher als die Betriebskosten einer Anzeige in der Abendzeitung. Aus diesem Grund berechnet er den gleichen Preis für die Anstellung einer Anzeige in der Abendzeitung und für die Anstellung einer Anzeige in beiden Zeitungen. Diese Bündelung kann andere Zeitungsverleger, die nur Abendzeitung publizieren, benachteiligen, da sie das gleiche Angebot nicht machen können. Wenn allerdings diese Bündelung niedergeschlagen wird, würde ein effizienter Betrieb geopfert werden.⁶¹⁵

Ein weiteres Beispiel zeigt der Verkauf der Güter, die in kleinere Portionen eingeteilt werden können. Der Verkauf solcher Güter wird aber nicht als Kopplungsgeschäfte betrachtet, obwohl die kleineren Portionen im Einzel auch erhältlich sind. Der Anbieter berechnet die kleineren Portionen höher als wenn sie in einer Kombination verkauft werden. Beispielsweise verkauft der Anbieter ein Auto günstiger als wenn er das Auto ohne Klimaanlage verkauft und die Klimaanlage getrennt angeboten wird. Die Kosten für die Herstellung und den

⁶¹⁴ A.a.O., S. 83.

⁶¹⁵ *Bowman*, 67 Yale L.J. 19, 29 (1957).

Vertrieb der Kombination sind hier weniger als die Kosten für die Herstellung und den Vertrieb der einzelnen Portionen. Deshalb ist es günstiger, die Kombination anzubieten.⁶¹⁶

5. Erhöhung des Outputniveaus

Kopplungsgeschäfte können dazu dienen, um das Outputniveau eines oligopolisierten Gutes zu erhöhen und um das *Equilibrium* des Marktes zu verändern. In einem Oligopolmarkt berücksichtigt jeder Oligopolist die Wettbewerbsreaktion anderer Oligopolisten bei der Entscheidung des Outputniveaus des oligopolisierten Gutes. Wenn ein Oligopolist versucht, sein Outputniveau zu erhöhen, werden auch andere Oligopolisten das Output ihres Gutes erhöhen. Mit Kopplungsgeschäften kann ein Oligopolist die Funktion der Wettbewerbsreaktion im Oligopolmarkt manipulieren.⁶¹⁷

Ein Beispiel dieser Analyse bietet der amerikanische Fall *Black v. Magnolia Liquor Co.*⁶¹⁸ Im vorliegenden Fall stellte Magnolia Likör unter drei verschiedenen Marken her: Johny Walker Scotch, Seagrams's Ancient Bottle Gin und 7-Crown Whiskey. Während Johny Walker Scotch sehr beliebt war, hatte Magnolia Schwierigkeiten, die anderen Marken zu verkaufen. Um den Verkauf dieser zwei Marken zu erhöhen, führte Magnolia eine nationsweite Geschäftspolitik durch, in der es von seinen Kleinhändlern verlangte, die zwei unbeliebten Marken auch abzunehmen, wenn sie die beliebte Marke abnehmen wollten. Der *Supreme Court* stellte fest, dass diese Kopplung wettbewerbswidrig war. *Atkins* kritisiert diese Auslegung und liefert eine alternative Erklärung für diese Kopplung, die nicht wettbewerbswidrig ist.⁶¹⁹

Der Markt für unbeliebten Likör wurde oligopolistisch charakterisiert. Die Wettbewerbsreaktion der Konkurrenten beeinflusste daher die Entscheidung des Outputniveaus des Gutes. Wenn allerdings die nationsweite Kopplungspolitik als ein angesehenes *Commitment* darstellen könnte, würden Kopplungsgeschäfte dazu führen, dass Magnolia die Funktion der Wettbewerbsreaktion im Markt für unbeliebten Likör verändern, das *Equilibrium* des Marktes verschieben und einen größeren Marktanteil gewinnen könnte. Das koppelnde Gut war hier sehr beliebt. Daher konnte die nationsweite Kopplungspolitik ein

⁶¹⁶ Vgl. *Bowman*, a.a.O.; *Bork*, The Antitrust Paradox, S.378 f.; *Burkert*, Die Zulässigkeit von Kopplungsgeschäften, S. 75 f.

⁶¹⁷ *Atkins*, 5 Geo. Mason L.R. 525, 554 (1997).

⁶¹⁸ 355 U.S. 24 (1957).

⁶¹⁹ *Atkins*, 5 Geo. Mason L.R. 525, 554 f. (1997).

angesehenes *Commitment* werden. Das Outputniveau der unbeliebten Likör wurde damit nach dem Outputniveau des beliebten Likör entschieden. Die Kopplungsgeschäfte lassen Magnolia, ein *first-mover-advantage* erreichen, da Konkurrenten, die keinen beliebten Likör anboten, auf diese Kopplungsgeschäfte nicht reagieren konnten. Im Ergebnis konnte Magnolia die Funktion der Wettbewerbsreaktion verändern, das *Equilibrium* des Marktes verschieben und einen größeren Marktanteil gewinnen.⁶²⁰

6. Gewinnmaximierung

Ein Unternehmen maximiert seine Gewinne, in dem es sein Produkt auf einem bestimmten Punkt herstellt, auf dem die Marginalkosten den Margineinnahmen gleichkommen. Außerdem berechnet es den Maximumspreis, mit dem Verbraucher sein Produkt kaufen wollen. Wenn es mehrere Produkte herstellt, maximiert es die Gewinne der Produktion und des Preises für jedes Produkt. Allerdings kann es einen größeren Gewinn abschöpfen, wenn es bei dem Verkauf dieser Produkte Kopplungsgeschäfte durchführt.⁶²¹ Im folgende werden zwei Fallgruppen der Gewinnmaximierung mehrerer Produkte dargestellt: (a) zwei komplementäre Produkte, und (b) Mehrfachprodukte.

a. Zwei komplementäre Produkte

Die Nachfragen für zwei komplementäre Produkte sind oft miteinander verbunden. Also hängt die Nachfrage eines Produktes nicht nur von seinem eigenen Preis, sondern auch vom Preis des anderen Produktes ab. Wenn ein Unternehmen, das solche Produkte herstellt, eines dieser Produkte nur unter der Bedingung abgibt, dass Verbraucher auch das komplementäre Produkt von ihm beziehen, kann es einen größeren Gewinn abschöpfen. Hier ist das Bestehen der marktbeherrschenden Stellung auf dem koppelnden Markt erforderlich.⁶²²

Ein Beispiel dieser Kopplung bietet der amerikanische Fall *Sidney Henry v. A.B. Dick*,⁶²³ in dem A.B. Dick von den Lizenznehmern seiner patentierten Mimeograph-Maschinen verlangte, die Tinte, die in seinen Maschinen verwendet wurde, auch von ihm abzunehmen. Das Unternehmen verfügte über eine Monopolmacht auf dem Markt für die Maschine und die

⁶²⁰ A.a.O.

⁶²¹ *Smaistria*, 61 Texas L.R. 893, 905 (1983).

⁶²² A.a.O.

⁶²³ 224 U.S. 1 (1912).

Preiselastizität der Nachfrage für die Maschinen war hoch, d.h. wenn das Unternehmen den Preis für die Maschinen verringerte, erhöhte sich die Nachfrage für die Maschinen.

Die Tinte war eine kleine Portion der Gesamtkosten des Betriebs einer Maschine. Deshalb war die Nachfrage für die Maschinen nicht sensitiv vor der Änderung des Preises für die Tinten. In anderen Worten war die Preiskreuzelastizität der Nachfrage für die Maschinen niedrig. Wenn also das Unternehmen den Preis für die Tinten erhöhte, konnte diese Preiserhöhung die Nachfrage für die Maschinen nicht erheblich beeinflussen.

Der Markt für die Tinten, die mit den Maschinen von A.B. Dick verwendet werden, war ursprünglich konkurrierend. Wegen der Kopplung gab es keine Substituierbarkeit für diese Tinten, deshalb war die Preiselastizität der Nachfrage für diese Tinten niedrig. Wenn also das Unternehmen die Tinten zu höheren Preisen berechnete, änderte sich die Nachfrage für die Tinten nicht. Das Unternehmen konnte daher höhere Einnahmen von den Tinten abschöpfen, wenn der Preis für die Tinten hoch berechnet wurde.

Gemäß dem *fixed-sum-argument* musste das Unternehmen den Preis für das koppelnde Gut verringern, wenn es den Preis für das gekoppelte Gut erhöhte. Also musste es den Preis für die Maschinen senken. Da die Preiselastizität der Nachfrage für die Maschinen hoch war, führte die Preissenkung der Maschinen zur Steigerung der Nachfrage für die Maschinen. Je mehr die Maschinen verwendet wurden, desto mehr wurden die Tinten gebraucht. Da die Tinten hoch berechnet wurden, konnte das Unternehmen einen größeren Gewinn abschöpfen. Die Gesamteinnahmen des Unternehmens betragen:

$$GE = P_x Q_x + P_y Q_y$$

(GE heißt Gesamteinnahmen, P heißt Preis, Q heißt Quantität der verkauften Güter, x heißt das koppelnde Gut, und y heißt das gekoppelte Gut). Ohne Kopplung war P_y entsprechend dem Marktpreis und das Unternehmen bekam keinen Gewinn. Mit Kopplung erhöhte es P_y über dem Marktpreis. P_x wurde verringert, aber Q_x nahm zu, damit konnte diese die Preissenkung ausgleichen. Die Steigerung des Q_x führte zur Steigerung des Q_y . Als Ergebnis erhöhte sich GE, aber die Summe von $P_x + P_y$ war immer gleich mit der Summe von $P_x + P_y$ ohne Kopplung.⁶²⁴

⁶²⁴ Vgl. *Smaistria*, 61 Texas L.R. 893, 906 ff. (1983).

b. Mehrfachprodukte

Wenn ein Unternehmen Mehrfachprodukte herstellt, die von verschiedenen Verbrauchern in verschiedene Endprodukte kombiniert werden können, hat es zwei Möglichkeiten: erstens kann es die Komponenteprodukte einzeln herstellen und verkaufen; zweitens kann es sie in Endprodukte zusammensetzen und nur die Endprodukte verkaufen. Die zweite Möglichkeit beruht auf Kopplungsgeschäften, die aber keine Marktmausdehnung bezwecken. Wenn das Unternehmen eine Monopolstellung auf einem Komponenteprodukt innehat, kann es die Einnahmen erhöhen, wenn es verschiedene Endprodukte herstellt, die verschiedene Gesamtgewinne abwerfen.⁶²⁵

Beispielsweise setzen Autohersteller Komponenteprodukte in Endprodukte (Autos) zusammen. Die Hersteller fügen verschiedene Ausstattungen und Zubehörteile in Autos hinzu, damit können sie eine Reihe von Automodellen produzieren und diese an verschiedene Gruppen der Verbraucher anbieten. Jedes Automodell entspricht der Nachfrageelastizität jeder Verbrauchergruppe. General Motors, z.B. stellt Autos mit verschiedenen Ausstattungen und Zubehörteilen her, und die Hinaufsetzung eines Autos und seiner Ausstattung hängt von dem Modell des Autos ab. Beispielsweise werden Cadillacs und ihre Ausstattung mehr hinaufgesetzt als Chevrolets und ihre Ausstattung. Ein Radio, das in einem Cadillac integriert wird, kann eine höhere Hinaufsetzung bringen als in einem Chevrolet. Allerdings heißt dies nicht, dass General Motors seine Monopolstellung als der Hersteller von Cadillacs ausnutzt, um zusätzlichen Monopolgewinn in Radios abzuschöpfen. Eher, es nutzt Radios, um seine Gewinne in Autos zu maximieren. Dies erfolgt wegen der Variation der Nachfrageelastizität für Autos, und nicht wegen der Monopolstellung in Autos.⁶²⁶

B. Effizienzgewinne der Kopplungsgeschäfte

In den meisten Kopplungsfällen fanden die Gerichte keine ökonomischen Gründe, Kopplungsgeschäfte zu rechtfertigen. Weder *Jefferson Parish* noch *Hilti* konnten erkennen, dass Kopplungsgeschäfte in diesen Fällen effizient waren. Ökonomen analysieren jedoch, dass Kopplungsgeschäfte Effizienzgewinne bringen können, die nicht erzielt werden können, wenn zwei Produkte getrennt verkauft werden. Solche Gewinne werden nicht nur von

⁶²⁵ Vgl. *Telser*, 52 J. Bus. 211 (1979); *Smaistria*, a.a.O., S. 922 ff.

⁶²⁶ A.a.O.

Unternehmen anerkannt, sondern auch von Verbrauchern, wenn der Preis der betreffenden Güter mit Kopplung auch effizient ist.⁶²⁷

Kopplung kann zu Kostenvorteilen in der Produktion und der Verteilung führen. Beispielsweise kombinieren Hersteller die betreffenden Güter in der Kopplung effizienter als wenn Endverbraucher die Kombination selbst machen. Denn Hersteller in diesem Bereich sind spezialisierter als Endverbraucher.⁶²⁸ Microsoft, z.B. hat Internet Explorer (IE) und Windows 95 kombiniert, indem es den Code, der Windows 95 und IE integriert, geschrieben hat. Die Tat der Kombination ist die Kreation des Designs, das Windows 95 und IE zusammen strickt. Die Verbraucher können Windows 95 und IE nicht in der gleichen Art wie Microsoft. Dazu müssten Verbraucher eine aufwändige Programmierarbeit selbst durchführen und der Aufwand dafür ist für Verbraucher nicht effizient. Vielmehr verringert diese Kombination die Verteilungskosten der betreffenden Produkte, da diese Produkte nunmehr als ein einzelnes Produkt verteilt werden.

Mit Kopplungsgeschäften können die Preise der betreffenden Güter effizienter festgesetzt werden als wenn beide Güter von verschiedenen Anbietern verkauft werden. *Cournot* erklärte, ein Unternehmen, das die Märkte zweier komplementären Produkte monopolisiert, würde niedrigere Preise für diese Produkte berechnen als zwei verschiedene Unternehmen, von denen jeder jeweils ein Produkt monopolisiert.⁶²⁹ Komplemente werden billiger festgesetzt, wenn sie von demselben Unternehmen in Bündeln angeboten werden. Verbraucher, die beide Produkte verwenden, finden es effizienter, das Bündel abzunehmen als die getrennten Güter von verschiedenen Unternehmen.⁶³⁰ Ein Beispiel bietet der Abonnent einer Zeitung. Verbraucher finden, es ist effizienter, wenn sie den Zustelldienst auch von demselben Zeitungsverleger abnehmen.

In konkurrierenden Märkten praktizieren auch viele Unternehmen Kopplungsgeschäfte. Wie Monopolisten, finden sie auch, dass Kopplungsgeschäfte zu Effizienzgewinnen führen, wenn sie mit Kopplungsgeschäften an den Fixkosten der betreffenden Produkte sparen können, oder wenn sie die Skalengewinne der betreffenden Produkte realisieren können.⁶³¹ Die Einsparung der Fixkosten von Kopplungsgeschäften hat zwei Auswirkungen. Erstens, es kann nicht

⁶²⁷ *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 501 (2000); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 319 ff. (2004); *Evans/Salinger*, The Role of Cost in Determining When Firms Offer Bundles and Ties, 2004; 22 Yale J. on Reg. 37, 41 f. (2005).

⁶²⁸ *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 501 (2000); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 319 ff. (2004).

⁶²⁹ *Cournot*, Recherches sur les Principes Mathematiques de la Théorie des Richesses (1838).

⁶³⁰ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 322 (2004).

⁶³¹ *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37, 41 f. (2005).

effizient sein, eines der Produkte getrennt anzubieten, obwohl manche Verbraucher ein Produkt ohne das andere abnehmen wollen. Es muss genügend Verbraucher geben, die getrennte Produkte abnehmen wollen, den Zusatz der Fixkosten zu rechtfertigen.⁶³² Deswegen ist es nicht möglich, ein Auto ohne Reifen zu kaufen, obwohl manche Verbraucher möglicherweise dies wünschen, da sie Reifen von anderem Anbieter bevorzugen. Zweitens, Kopplung erhöht die Nachfrage des gekoppelten Gutes, damit kann der Anbieter höheres Outputniveau erreichen als wenn er die betreffenden Produkte getrennt verkauft.⁶³³

Außer der Betrachtung, dass Kopplung zu Effizienzgewinnen führt, erklären Ökonomen das nur wenig in der Literatur, entweder empirisch oder theoretisch. Das Problem liegt darin, dass die Effizienzgewinne der Kopplungsgeschäfte nicht einfach zu beweisen sind. Die Prüfung der Effizienzgewinne fördert detaillierte Informationen über innere Kosten des betreffenden Unternehmens, die nicht zur Veröffentlichung sind. Selbst wenn solche Informationen verfügbar sind, ist es unsicher, ob man die Informationen analysieren kann und die Kosteneinsparungen messen kann. Der Mangel an der ökonomischen Literatur hat wichtige Bedeutung in der Praxis der Gerichte, da Ökonomen den Gerichten nicht viele Hinweise liefern, um effiziente- und nicht effiziente Kopplungen zu unterscheiden.⁶³⁴ Wie bereits erwähnt, behaupten die *Post-Chicago* – Ökonomen, dass unter bestimmten Umständen Kopplungsgeschäfte effizient sind, eine Monopolstellung auszudehnen. Allerdings beruht die *Post-Chicago* – Theorie auf hoch stilisierten Vermutungen, die mit der Marktrealität nicht immer geeignet und im tatsächlichen Prozess in den Gerichten schwierig anzuwenden sind. Diese Theorie kann effiziente- und nicht effiziente Kopplungen nicht unterscheiden.

II. Kopplungsgeschäfte in dynamischen Hochtechnologiemärkten

„Network effects are an inherent part of certain markets, not a „market failure“ for which the law must necessarily correct. The law may need to adapt to network effects, but it should neither ignore them nor attempt to defy them.”

(Mark A. Lemley & David Mc. Gowan, 86 Cal. L.R. 479, 503 (1998)).

Die rechtliche Konfrontation zwischen Microsoft und Kartellbehörden in der EU und in den USA hat die Öffentlichkeit bewegt und die Debatte über Wettbewerb und Innovation in den

⁶³² A.a.O., S. 42.

⁶³³ A.a.O.

⁶³⁴ A.a.O., S. 41.

Hochtechnologiemärkten nach sich gezogen. Manche Autoren meinen, dass die spezifischen Charakteristika dieser Märkte neue Wettbewerbsgesetze erfordern, um wettbewerbsfreundliches Verhalten in den Hochtechnologien durchzusetzen, darunter ein neues Kopplungsregime für Hochtechnologieprodukte.⁶³⁵ Andere Autoren hingegen behaupten, dass, obwohl die Würdigung der Kopplungsgeschäfte in Hochtechnologiemärkten schwieriger sein kann, die grundlegenden Herausforderungen an das existierende Kopplungsregime in diesen Märkten gleich wie in traditionellen Märkten sind. Das neue Kopplungsregime sollte daher in allen Märkten angewandt werden, nicht nur in Hochtechnologiemärkten.⁶³⁶

A. Charakteristika der dynamischen Hochtechnologiemärkte

Dynamische Hochtechnologiemärkte haben mindestens vier Charakteristika: starke Netzwerkeffekte, starke Skalengewinne (*economies of scale*), *Lock-in*-Effekte und schneller technologischer Wandel.⁶³⁷

Ein Markt hat Netzwerkcharakter, wenn in diesem Markt der Konsum eines Gutes nicht unabhängig von anderen Konsumenten erfolgt. Der Nutzen des betreffenden Gutes für jeden einzelnen Konsumenten hängt von der Anzahl der anderen Konsumenten des gleichen Gutes ab.⁶³⁸ Netzwerkeffekte können physisch oder virtuell sein. Ein klassisches Beispiel für ein physischen Netzwerkeffekt ist das Telefonsystem: Je mehr Telefonanschlüsse bestehen, desto mehr Nutzen hat ein Telefon für jeden Benutzer, da er umso mehr andere Personen erreichen kann. Als Beispiel eines virtuellen Netzwerkeffekts kann das PC-Betriebssystem angesehen werden: Je mehr Benutzer ein PC-Betriebssystem hat, desto nützlicher ist es für jeden einzelnen Benutzer, da er seine Dateien mit Dateien anderer Benutzer ohne

⁶³⁵ Vgl. *Sidak*, 18 Yale J. on Reg. 1, 28 ff. (2001); *Mariotti*, 17 Yale J. on Reg. 367, 377 ff. (2000); *Rubinfeld*, 43 Antitrust Bull. 859 (1998); *Rubinfeld*, 6 GRUR Int. 479 (1999).

⁶³⁶ *White*, Microsoft and Browsers: Are the Antitrust Problems Really New? in *Eisenach/Lenard* (eds.), Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace, S.137 ff.; *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 914 (2002).

⁶³⁷ Vgl. *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1261 ff. (2004); *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 914 f. (2002).

⁶³⁸ Vgl. *Economides*, 14 Int'l J. Ind. Org. 673 (1996); *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 488 ff. (1998); *Rubinfeld*, 43 Antitrust Bull. 859 (1998); *Balto*, 7 Geo. Mason L.R. 523 (1999); *Kolasky*, 7 Geo. Mason L.R. 577 (1999); *Frischmann*, 89 Minn. L.R. 917, 970 ff. (2005); *Gröhn*, Netzwerkeffekte und Wettbewerbspolitik; *Liebowitz/Margolis*, Winners, Losers & Microsoft, S.3 ff.; *Page/Lopatka*, Network Externalities, <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>.

Kompatibilitätsprobleme austauschen kann und umso mehr werden komplementäre- und kompatible Anwendungsprogramme für das Betriebssystem geschrieben.⁶³⁹

Starke Skalengewinne (*economies of scale*) auf der Angebotseite ist das zweite Charakteristikum der dynamischen Hochtechnologiemärkte. Die meisten Hochtechnologieprodukte beziehen sich eher auf intensives Wissen als auf intensive Arbeit. Das Wissen um Hochtechnologieprodukte wie Software und Biotechnologie zu entwickeln ist allgemein teuer zu erlangen.⁶⁴⁰ Wenn allerdings diese Produkte schon entwickelt werden, ist es billig, diese Produkte wiederherzustellen.⁶⁴¹ Dies kann dadurch geschehen, indem auf dieser Industrie die Fixkosten hoch sind und die Marginalkosten niedrig sind, deshalb verringern sich die durchschnittlichen Kosten, wenn sich die Produktionsmenge erhöht.⁶⁴²

Ein weiteres Charakteristikum der dynamischen Hochtechnologiemärkte sind *Lock-in*-Effekte. Entscheiden sich Verbraucher für ein bestimmtes Netzwerk und damit für eine bestimmte Systemtechnologie, können *Lock-in*-Effekte schon auftreten.⁶⁴³ Sind die Verbraucher schon einmal mit dem Gebrauch einer Technologie vertraut und geübt, fällt es ihnen schwer, zu einer anderen Technologie zu wechseln. Denn durch einen Systemwechsel können wiederum Kosten für den Erwerb einer anderen Technologie und für die neue Ausbildung des Personals (*switching costs*) entstehen.⁶⁴⁴ Weisen die andere Technologien keine signifikanten Qualitäts- und Preisvorteile auf, um die Wechselkosten auszugleichen, ist die Ablehnung zu einem Systemwechsel groß.⁶⁴⁵

Das vierte Charakteristikum der dynamischen Hochtechnologiemärkte ist schneller technologischer Wandel. Der Innovationswettbewerb in diesen Märkten ist hoch, da ein neues technisch überlegenes Produkt das etablierte Produkt ersetzen kann.⁶⁴⁶ In den letzten zwei Jahrzehnten kann man sehen, wie schnell der technologische Wandel in Märkten für Hardware, Software, Handy, Digitalkamera, elektronische Unterhaltung, etc. fortschreitet.

Von diesen Charakteristika spielen Netzwerkeffekte eine größere Rolle in der Debatte um das neue Kartellrechtregime in Hochtechnologiemärkten. Deshalb soll das Thema im nächsten Schritt betrachtet werden.

⁶³⁹ A.a.O.

⁶⁴⁰ *Litan*, 62 U. Pitt. L.R. 429 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 5 ECLR 156, 159 (2001).

⁶⁴¹ A.a.O.

⁶⁴² A.a.O.

⁶⁴³ *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1262 (2004).

⁶⁴⁴ *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 914 (2002).

⁶⁴⁵ *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1262 (2004).

⁶⁴⁶ A.a.O., S. 1263.

B. Netzwerkeffekte

In den letzten Jahren sind Netzwerkeffekte (*network effects, network externalities*) immer häufiger aufgetreten, da dynamische Hochtechnologieindustrien eine immer größere Rolle spielen. Diese bringen signifikante Innovationen und einen schnellen technologischen Wandel mit sich.⁶⁴⁷ Netzwerkeffekte brechen die neoklassische Theorie, die annimmt, dass die zunehmende Verbreitung eines Gutes zu der Verminderung des Wertes des einzelnen Gutes führt.⁶⁴⁸ Netzwerkeffekte präsentieren den Bruch dieser Theorie: Je größer die Anzahl der Benutzer eines Gutes ist, desto wertvoller wird das Gut für den einzelnen Benutzer. Insoweit besteht jeweils bei physischen- und virtuellen Netzwerkeffekten ein fundamental ökonomisches Charakteristikum: „the value of connecting to a network depends on the number of other people.“⁶⁴⁹

1. Direkte- und indirekte Netzwerkeffekte

Ökonomen unterscheiden zwischen direkten- und indirekten Netzwerkeffekten aufgrund der Auswirkung der Teilnahme eines Benutzers an dem Netzwerk auf die übrigen Benutzer.⁶⁵⁰ Direkte Netzwerkeffekte treten auf, wenn sich der Wert des Gutes für den einzelnen Benutzer mit der Anzahl der anderen Benutzer des gleichen Gutes erhöht.⁶⁵¹ Sie entstehen aus physischem Netzwerk, z.B. Telefon und Faxgeräte. *Lemley & McGowan* erklären diese Phänomene wie folgt:

„[O]wning the only telephone or fax machine in the world would be of little benefit because it could not be used to communicate with anyone. The value of the telephone or fax machine one has already purchased increases with each additional purchaser, so long as all machines operate on the same standards and the network infrastructure is capable of processing all member communications reliably.“⁶⁵²

Da bei diesen Phänomenen der Nutzen für den einzelnen Benutzer von der Anzahl der Kommunikationspartner abhängt, spielt bei der Entscheidung für ein bestimmtes Produkt die Größe des Netzwerks eine große Rolle und nicht nur die zu Grunde liegende Technologie.⁶⁵³

⁶⁴⁷ *Rubinfeld*, 6 GRUR Int. 479 (1999).

⁶⁴⁸ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 488 ff. (1998); *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 82.

⁶⁴⁹ *Shapiro/Varian*, Information rules – A strategic guide to the network economy, S. 174.

⁶⁵⁰ *Gröhn*, Netzwerkeffekte und Wettbewerbspolitik, S. 25 f., bezeichnet Netzwerke auch als horizontale und vertikale Netzwerke.

⁶⁵¹ *Gröhn*, A.a.O.; *Frischmann*, 89 Minn. L.R. 917, 971 (2005); *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1261 (2004).

⁶⁵² *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 488 f. (1998).

⁶⁵³ *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1261 (2004).

Indirekte Netzwerkeffekte treten unter ähnlichen Bedingungen auf, es sei denn, dass die Erhöhung des Wertes eines Gutes nicht direkt aus der Anzahl seiner Benutzer resultiert, sondern aus der zunehmenden Verfügbarkeit der komplementären Güter.⁶⁵⁴ Indirekte Netzwerkeffekte entstehen aus virtuellem Netzwerk, z.B. in der Software, vor allem durch das Verhältnis zwischen PC-Betriebssystem und Anwendungsprogramm. Dazu erklären *Lemley & McGowan* wie folgt:

“Software developers will write more applications programs for an operating system with two-thirds of the market than for a system with one-third because the operating system the larger share will provide the biggest market for applications programs. The availability of a broader array of application programs will reinforce the popularity of an operating system, which in turn will make investment in application programs compatible with that system more desirable than investment in application programs compatible with less popular systems. Similarly, firms that adopt relatively popular software will likely incur lower costs to train employees and will find it easier to hire productive temporary help than will firms with unpopular software. Importantly, the strength of network effects will vary depending on the type of software in question. Network effects will be materially greater for operating systems software than for applications programs, for example.”⁶⁵⁵

Indirekte Netzwerkeffekte in der Softwareindustrie entstehen aus horizontaler Kompatibilität, wie der Kompatibilität zwischen Textverarbeitungsprogrammen (z.B. WordPerfect und Microsoft Word) und aus vertikaler Interoperabilität, wie im Fall von Betriebssystem und Anwendungsprogrammen (z.B. Windows-Betriebssystem und Medienabspielprogrammen).⁶⁵⁶

Die Interdependenzen zwischen Anzahl der Benutzer und Wert des Netzwerks führen zu positiven Feedbacks: der Wert des netzfähigen Gutes erhöht sich mit seiner zunehmenden Verbreitung, und der so erreichte Wert zieht weitere Benutzer an.⁶⁵⁷ In Folge dieser positiven Feedbacks werden potenzielle Abnehmer auf Netzwerkmärkten Güter von Anbietern mit großem Netzwerk und damit hohem Marktanteil bevorzugen als von den übrigen Marktteilnehmern.⁶⁵⁸ Daher findet auf Netzwerkmärkten ein „*competition for the market*“ eher als ein „*competition in the market*“ statt.⁶⁵⁹

Competition in the market tritt im konventionellen Wettbewerb auf, wenn mehrere Unternehmen Abnehmern eine Vielzahl von Gütern anbieten und zu jedem Zeitpunkt Abnehmer ihre Wahl aufgrund des Preises oder der Qualität eines Gutes treffen können.⁶⁶⁰ In Netzwerkmärkten ist dennoch der Wettbewerb wegen der positiven Feedbacks derart

⁶⁵⁴ *Frischmann*, 89 Minn. L.R. 917, 971 (2005).

⁶⁵⁵ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 491 f. (1998).

⁶⁵⁶ *Frischmann*, 89 Minn. L.R. 917, 971 (2005).

⁶⁵⁷ *Zimmerlich*, 10 WRP 1260, 1261 (2004).

⁶⁵⁸ A.a.O.

⁶⁵⁹ *Gey*, 10 WuW 933, 934 (2001); *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 93 ff.

⁶⁶⁰ *Wolf*, a.a.O., S. 94.

beschränkt. Wenn einmal ein Unternehmen mit großem Netzwerk die führende Position im Markt gewinnt, können die verlierenden Wettbewerber den Markt verlassen (*winner take all market*).⁶⁶¹ Um die führende Position zu erreichen, nehmen Wettbewerber eine andere Form des Wettbewerbs auf, nämlich *competition for the market*.⁶⁶² Dieser Wettbewerb ist nichts anderes als ein Wettbewerb im Schumpeterschen Sinne.⁶⁶³ *Joseph Schumpeter* bezeichnet den Wettbewerb als eine „schöpferische Zerstörung“ (*creative destruction*).⁶⁶⁴ Entscheidende Kraft im Wettbewerbsprozess ist hier nicht der intensive Preiswettbewerb zwischen den Anbietern der gleichen Güter, sondern der Wettbewerb zwischen alten- und neuen Technologien, Produktionsprozessen und Geschäftsmethoden.⁶⁶⁵ Sobald ein Wettbewerber ein technologisch überlegenes Produkt einführt, wird das alte Produkt ersetzt. Durch Netzwerkeffekte kann der Übergang zu dem neuen Produkt beschleunigt werden.⁶⁶⁶

2. Tipping

Ein weiteres übliches, aber nicht notwendiges Phänomen auf Netzwerkmärkten ist *Tipping* (das Umkippen), d.h. auf Netzwerkmärkten kann die parallele Existenz inkompatibler Produkte unsicher sein, mit der möglichen Konsequenz, dass ein einziges Produkt bzw. einen einzigen Standard den Markt dominiert, sobald es bzw. er einen bestimmten Punkt erreicht hat.⁶⁶⁷ Wie bereits erwähnt, erlangt das Gut eines Anbieters ein entscheidendes Übergewicht auf dem Markt, wird sich jeder potenzielle Abnehmer ebenfalls für dieses Gut entscheiden, da es für ihn die meisten Vorteile bietet. Dies führt letztendlich dazu, dass der führende Anbieter im Laufe der Zeit andere Wettbewerber vom Markt verdrängen kann.

Tipping ist *per se* weder wettbewerbsfreundlich noch wettbewerbsfeindlich.⁶⁶⁸ Wenn Unternehmen aufgrund überragender Innovationen im Wettbewerb stehen, und wenn Netzwerkeffekte es wahrnehmen, dass das beste Produkt bzw. der beste Standard gewinnt,

⁶⁶¹ *Weidenhammer*, 114 Yale L.J. 405, 410 f. (2004).

⁶⁶² *Farrell/Katz*, 43 Antitrust Bull. 609, 611 (1998).

⁶⁶³ *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 94.

⁶⁶⁴ *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 135 ff.; *Shelanski/Sidak*, 68 U Chi. L.R. 1, 10 ff. (2001); *Schmalensee*, 90 Am. Econ. Rev. Papers and Proc. 192, 193 (2000); *Werden*, 69 Antitrust L.J. 87, 91 (2001); *Gey*, 10 WuW 933, 935 (2001).

⁶⁶⁵ *Schumpeter*, a.a.O., S.140; *Gey*, 10 WuW 933, 935 (2001).

⁶⁶⁶ *Elzinga/Mills*, 44 Antitrust Bull. 739, 758, 785 f. (1999); *Shapiro/Varian*, Information rules – A strategic guide to the network economy, S. 173.

⁶⁶⁷ Vgl. *Katz/Shapiro*, 8 J. Econ. Persp. 93, 107 (1994); *Besen/Farrell*, 8 J. Econ. Persp. 117, 118 (1994); *Evans/Schmalensee*, 10 Antitrust 36 f. (1996); *Sheremata*, 42 Antitrust Bull. 937, 958 (1997); *Elzinga/Mills*, 44 Antitrust Bull. 739, 758 f. (1999); *Rubinfeld*, 6 GRUR Int. 479, 481 (1999); *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 100 ff.; *Pepall/Richards/Norman*, Industrial Organization, S. 692.

⁶⁶⁸ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 497 (1998).

dann kann der Wettbewerbsprozess wertvoll sein.⁶⁶⁹ Wenn es ebenfalls aufgrund ökonomischer Prinzipien effizienter ist, nur einen Standard auf dem Markt zu haben, so ist das *Tipping* wettbewerbsfreundlich.⁶⁷⁰ Dies gilt vor allem für Produkte, die indirekte Netzwerkeffekte haben. Verbraucher und Hersteller der komplementären Produkte finden es vorteilhaft, wenn viele von ihnen das gleiche Primärprodukt, also den gleichen Standard verwenden, da sie kein Kompatibilitätsproblem haben. In diesem Zusammenhang können die Bemühungen, *Tipping* zu verhindern, zum Schaden führen, da sie die Effizienzvorteile von *Tipping* nicht realisieren können.⁶⁷¹ Selbst wenn ein niedriges Produkt den Standardwettbewerb gewonnen hat, kann *Tipping* noch effizient sein, als wenn der Markt überhaupt keinen Standard auswählen könnte. Denn die Verbraucher bekommen noch die Vorteile des Netzwerks, weil ihr Produkt und die Produkte anderer Verbraucher zueinander kompatibel sind.⁶⁷²

Andererseits schafft das *Tipping* auch Monopolmacht.⁶⁷³ Problematisch ist hier, wenn der Monopolist seine Macht dazu ausnutzt, um wettbewerbsfeindliche Zwecke zu erzielen. Beispielsweise kann der Monopolist mit *Tipping* den Zugang zu dem etablierten Standard hindern, in dem er versucht, die Erwartungen der Benutzer zu beeinflussen. Auf Netzwerkmärkten spielen die Erwartungen der Benutzer an die langfristige Größe des Netzwerks eine große Rolle.⁶⁷⁴ Deshalb haben Unternehmen auf Netzwerkmärkten einen Anreiz, den Eindruck der Benutzer zu erhöhen, dass ihr Produkt den Standard bilden wird. Zu diesem Zweck kann ein marktbeherrschendes Unternehmen eine *Vaporware*-Taktik durchführen, d.h. das Unternehmen kündigt ein noch nicht erhältliches Produkt vorzeitig an, um Konkurrenzprodukte und mögliche alternative Standards daran zu hindern, den etablierten Standard zu ersetzen oder um potenzielle Wettbewerber vom Markteintritt abzuschrecken.⁶⁷⁵

3. Standardisierung

Netzwerkmärkte tendieren zu einem Standard, der den Markt dominiert. Dies heißt aber nicht, dass der maßgebliche Standard am besten durch ein einzelnes Unternehmen gesetzt wird. Es gibt viele Standards, die von einer normsetzenden Institution oder von einer Versammlung

⁶⁶⁹ Rubinfeld, 6 GRUR Int. 479, 481 (1999).

⁶⁷⁰ Lemley/McGowan, 86 Cal. L.R. 479, 497 (1998).

⁶⁷¹ Lemley/McGowan, 520 PLI/Pat 453, 463 (1998).

⁶⁷² A.a.O.

⁶⁷³ Rubinfeld, 6 GRUR Int. 479, 481 (1999).

⁶⁷⁴ Lemley/McGowan, 520 PLI/Pat 453, 461 (1998).

⁶⁷⁵ Rubinfeld, 6 GRUR Int. 479, 481 (1999); Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 103.

von Industrievertretern entwickelt und kontrolliert werden.⁶⁷⁶ Die aufgrund von Netzwerkeffekten entstehende Standardisierung ist ebenso *per se* weder gut noch schlecht.⁶⁷⁷

Die Standardisierung kann wettbewerbsfreundlich sein. Sie kann *economies of scale* mit sich bringen, auch wenn es ein großes Absatzgebiet für Komplementärprodukte gibt. Die Softwareindustrie bietet ein Beispiel dazu. Wie erwähnt, finden Softwareentwickler es vorteilhafter, Anwendungsprogramme für ein bestimmtes Betriebssystem zu schreiben, das ein großes Netzwerk hat. Es wird teurer, Anwendungsprogramme für zwei Betriebssysteme zu schreiben.⁶⁷⁸

Andererseits kann die Standardisierung dazu führen, dass Unternehmen Geschäftspraktiken anwenden, mit denen sie einen einzigen Standard durchsetzen können und damit verhindern sie, dass Wettbewerber Kompatibilität für ihre Produkte erreichen können. Die Attraktivität der Konkurrenzprodukte kann daher sinken, obwohl sie gleiche oder sogar bessere Qualität haben.⁶⁷⁹ Deshalb ist es möglich auf Netzwerkmärkten, dass der Gewinner des Wettbewerbs nicht der beste Standard oder das beste Produkt ist.⁶⁸⁰ Sind Netzwerkeffekte sehr stark, kann ein besserer Standard oder ein besseres Produkt den Gewinner nicht einfach ersetzen.⁶⁸¹ Außerdem können Benutzer es zu kostspielig finden, zu einem neuen möglicherweise technologisch überlegenen Produkt zu wechseln (*path dependence*).⁶⁸²

Die Standardisierung auf Netzwerkmärkten ist unterschiedlich. Manchmal sind die Standards als geistiges Eigentum gesetzlich geschützt, wie im Fall von Software. Andererseits gibt es viele Standards, die nicht gesetzlich geschützt sind.⁶⁸³ In diesem Fall könne mehrfache Produkte von verschiedenen Herstellern miteinander kompatibel sein, da sie dasselbe Format nutzen. Beispielsweise werden Telefone, Faxgeräte, Kassette und Videogeräte von verschiedenen Unternehmen hergestellt. Sie haben aber ein gemeinsames System zur Kodierung von Informationen, damit können sie miteinander kompatibel sein.⁶⁸⁴

Wenn Netzwerkeffekte nicht stark sind, können mehrfache Standards auf dem Markt existieren. Ein Beispiel bietet der Markt für Computerspiele, auf dem Atari, Nintendo und

⁶⁷⁶ Rubinfeld, a.a.O., S. 480.

⁶⁷⁷ A.a.O.

⁶⁷⁸ A.a.O.

⁶⁷⁹ A.a.O.

⁶⁸⁰ Besen/Farrell, 8 J. Econ. Persp. 117, 118 (1994); Evans/Schmalensee, 10 Antitrust 36, 37 (1996).

⁶⁸¹ A.a.O.

⁶⁸² Katz/Shapiro, 8 J. Econ. Persp. 93 (1994); Arthur, Increasing Returns and Path Dependence in the Economy; Liebowitz/Margolis, Winners, Losers & Microsoft, S. 43 ff.; Page/Lopatka, Network Externalities, E 11, <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>.

⁶⁸³ Rubinfeld, 6 GRUR Int. 479, 480 (1999).

⁶⁸⁴ A.a.O.

Sega miteinander konkurrieren aber es keinen vorherrschenden Standard gibt. Auf diesem Markt hat der Marktführer immer wieder gewechselt. Hier ist es nicht abzusehen, dass ein einzelnes Unternehmen den Markt dominieren wird. Jedes dieser Unternehmen hat eine gewisse Marktmacht über seine eigenen Verbraucher.⁶⁸⁵

Selbst wenn Netzwerkeffekte stark sind, ist die Standardisierung nicht immer absolut.⁶⁸⁶ Ein Beispiel, das noch umstritten ist, findet sich auf dem Markt für Medienabspielprogramme, auf dem Windows Media Player (WMP), RealPlayer und QuickTime Player (QTP) konkurrieren. Die Europäische Kommission fand, aufgrund starker indirekter Netzwerkeffekte vom Windows-Betriebssystem würde die Kopplung von WMP und Windows-Betriebssystem dazu führen, dass der Markt für Medienabspielprogramme endgültig zugunsten von WMP umkippen würde. Allerdings zeigen Untersuchungen, dass auf dem Markt für Medienabspielprogramme mehrfache Standards existieren, da Verbraucher nicht nur ein Medienabspielprogramm auf ihrem PC installieren, sondern mehrere. In der ersten Hälfte von 2004, beispielsweise verwendeten Verbraucher von WMP auch RealPlayer (50%) und QTP (35%). Ebenfalls verwendeten Verbraucher von RealPlayer auch WMP (70%) und QTP (41%).⁶⁸⁷ Alle dieser Programme kann man über das Internet kostenlos installieren. Da jedes Programm eigene Features und Format hat, finden Verbraucher es günstiger, mehrere Programme auf ihrem PC zu installieren.

C. Monopole, *Leveraging* und Netzwerkeffekte

Die meisten Sorgen um Netzwerkmärkte beruhen auf der Vermutung, dass solche Märkte „*increasing returns*“ in großer Menge auf der Nachfragekurve anbieten.⁶⁸⁸ Dieses Phänomen erinnert an das Problem bei natürlichem Monopol, bei welchem *increasing returns* sogar auf der ganzen Nachfragekurve erscheinen können.⁶⁸⁹ Allerdings sind Netzwerkeffekte und natürliche Monopole nicht gleichzusetzen.⁶⁹⁰ Das Problem bei natürlichem Monopol liegt in den *economies of scale* auf der Angebotseite: Marginalkosten und Durchschnittskosten der Produktion sinken auf der ganzen Nachfragekurve. Netzwerkeffekte hingegen kommen auf der Nachfrageseite vor: die Form der Nachfragekurve hängt von der bestehenden Nachfrage

⁶⁸⁵ A.a.O.

⁶⁸⁶ *Veljanovski*, 4 ECLR 115, 116 (2001).

⁶⁸⁷ *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, S.5.

⁶⁸⁸ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 495 (1998).

⁶⁸⁹ A.a.O., S. 484.

⁶⁹⁰ *Wolf*, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 83.

ab und die zunehmende Nachfrage erhöht den Wert des Netzwerks für die bestehenden Verbraucher.⁶⁹¹

Sowohl Netzwerkeffekte als auch *economies of scale* stellen *increasing returns* in signifikanten Portionen auf der Nachfragekurve aus.⁶⁹² Die Unterschiede zwischen den beiden liegen in der Quelle der *increasing returns*. Auf Netzwerkmärkten entstehen *increasing returns* durch die zunehmende Nachfrage. Jeder zusätzliche Verbraucher erhöht den Wert des Netzwerks. Im Gegensatz dazu kommen *increasing returns* auf Industrien mit *economies of scale* von der zunehmenden Produktivität der Kapitalinvestitionen, unabhängig davon wie Verbraucher das betreffende Gut benutzen.⁶⁹³ Um Netzwerkeffekte von *economies of scale* unterscheiden zu können, müssen der Gewinnanteil, der durch die Kostenstruktur entsteht, sowie der Gewinnanteil, der von Verbrauchern selbst oder von anderen Herstellern komplementären Gütern kommt, ermittelt werden.⁶⁹⁴

Economies of scale entstehen meist in Industrien, die mit hohen Fixkosten gekennzeichnet werden.⁶⁹⁵ Microsoft beispielsweise, profitiert von großen *economies of scale* bei der Herstellung seiner Software, da die Fixkosten sehr hoch und die variablen Kosten sehr niedrig sind. Wenn Microsofts Software nur für einen einzelnen Zweck verwendet werden könnte und mit anderen Programmen nicht untereinander operieren könnte, würde Microsoft allein aufgrund der Kostenstruktur noch von *economies of scale* profitieren. Die interoperable Natur seiner Software ergänzt den Wert dieser Produkte zum Teil aufgrund derselben Nachfrage, die *economies of scale* erschafft.⁶⁹⁶

Increasing returns erheben auch die Besorgnis um die Möglichkeit der Monopolausdehnung von einem Netzwerkmarkt auf einen Nicht-Netzwerkmarkt oder einen anderen Netzwerkmarkt.⁶⁹⁷ Manche Autoren behaupten, *Leveraging* stelle eine größere Gefahr auf Netzwerkmärkten dar als auf traditionellen Märkten.⁶⁹⁸ Es bestehe auch die Möglichkeit, dass Märkte für Produkte, die nach der traditionellen kartellrechtlichen Analyse anders berücksichtigt würden (z.B. Internet Browser und Media Player), in einen Netzwerkmarkt durch Kopplung mit einem starken Netzwerkprodukt (z.B. ein PC-Betriebssystem) absorbiert

⁶⁹¹ Lemley/McGowan, 86 Cal. L.R. 479, 484 (1998).

⁶⁹² A.a.O., S. 595.

⁶⁹³ A.a.O.

⁶⁹⁴ A.a.O., S. 596.

⁶⁹⁵ Blair/Kaserman, Antitrust Economics, S. 94 f.

⁶⁹⁶ Lemley/McGowan, 86 Cal. L.R. 479, 595 f. (1998); Wolf, Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen, S. 83.

⁶⁹⁷ A.a.O., S. 496.

⁶⁹⁸ Piraino, 75 N.Y.U.L.R. 809, 824 (2000); Clarke-Smith, 52 Cath. U.L.R. 179, 203 (2002).

werden könnten.⁶⁹⁹ In Bezug auf die Besorgnis um die Kopplung von zwei Generationen eines Produktes oder eines neuen komplementären Produktes äußerte *Shapiro* wie folgt:

“[T]he primary method by which today's network monopolist can maintain its monopoly may well be to extend its control, at least in part, to the next generation of technology.... [A]ntitrust concerns quickly arise when a firm controlling the standard in one product area uses its dominance to set and control the standard for the next generation of that product, or for a second, complementary product. This leveraging strategy includes situations where a firm controlling one product incorporates a second product into its offerings and extends its control to the second product.”⁷⁰⁰

Ferner befürchtet man, dass *Leveraging* auf Netzwerkmärkten Marktzutrittschranken auf dem Primärmarkt erhöhe, da die *switching cost* zu einem neuen Standard hoch seien.⁷⁰¹ Wenn der Markteintritt so eingeschränkt sei, hätten Wettbewerber keine Anreize, Innovationen auf diesem Markt zu erzeugen.⁷⁰² Vielmehr könne *Leveraging* auch als ein defensives Mittel eher als ein offensives Mittel genutzt werden.⁷⁰³ Beispielsweise hat Microsoft Windows und Internet Explorer gekoppelt, um seine Monopolstellung auf dem Markt für Betriebssysteme zu schützen, da sein Konkurrenzprodukt auf dem Markt für Internet Browser Netscapes Navigator auch als eine Plattformsoftware bedienen kann, auf der Softwareentwickler Anwendungsprogramme schreiben können. Daher bedroht Navigator die Monopolstellung von Microsoft auf dem Markt für Betriebssysteme.⁷⁰⁴

Mit dem Gesichtspunkt der Netzwerktheorie sind jedoch die oben genannten Argumente nicht vereinbar. Erstens sind die vermuteten *increasing returns* auf Netzwerkmärkten unsicher. Netzwerke werden *net diseconomies of scale* leiden, wenn die Masse der Wechselwirkung die Netzwerkkapazität überschreitet und dies verursacht Verspätungen oder Fehler der Netzwerkleistung.⁷⁰⁵ Außerdem sind *increasing returns* von *positiv returns to scale* zu unterscheiden. Die *positiv returns to scale* sind üblich in allen Märkten, wenn nicht überall⁷⁰⁶ und sie präsentieren keine Monopolstellung, sondern die Gewinne des betreffenden Unternehmens.

Zweitens kann festgehalten werden, dass selbst wenn *Leveraging* auf Netzwerkmärkten wahrscheinlicher ist, dies nicht heißt, dass Kopplungsgeschäfte in Netzwerkmärkten

⁶⁹⁹ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 496 (1998).

⁷⁰⁰ *Shapiro*, Antitrust in Network Industries, verfügbar auf: <http://www.usdoj.gov/atr/speeches/shapir.mar>.

⁷⁰¹ *Rubinfeld*, 43 Antitrust Bull. 859, 877 f. (1998).

⁷⁰² *Rubinfeld*, Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries, abrufbar auf <http://www.usdj.gov/atr/public/speeches/1611.htm>.

⁷⁰³ *Feldman*, 87 Geo. L.J. 2079 (1999).

⁷⁰⁴ A.a.O.

⁷⁰⁵ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 497 (1998).

⁷⁰⁶ A.a.O., S. 497 f.

wettbewerbsbeschränkend sind.⁷⁰⁷ Wenn der Primärmarkt und der Sekundärmarkt starke Netzwerkeffekte haben, werden sie auch ohne Kopplung einen Standard auswählen.⁷⁰⁸ Entweder mit Kopplung oder ohne Kopplung wird ein Standard in einem Netzwerkmarkt gewinnen. Der Markt für PC-Betriebssystem beispielsweise, wird von starken Netzwerkeffekten gekennzeichnet. Unabhängig davon, ob Microsoft sein Betriebssystem Windows mit IE gekoppelt hat, wird ein Betriebssystem den Markt dominieren. Dass ein Unternehmen einen großen Marktanteil in diesem Markt erzielen kann, heißt das aber nicht, dass es an sich wettbewerbswidrig ist.⁷⁰⁹ Wettbewerbsrecht sollte auf der Phase der Standardauswahl auf einem Netzwerkmarkt fokussieren, um den besten Standard als den Marktgewinner zu gewährleisten.⁷¹⁰

Vielmehr stellt *Leveraging* auf Netzwerkmärkten zwar eine neue Herausforderung dar, aber die zu Grunde liegenden Probleme in diesem Bereich sind immer noch gleich: ob ein Monopolist seine Marktmacht auf dem Primärmarkt auf den Sekundärmarkt ausdehnen kann und wie die Gerichte und Kartellbehörden die Leverage-Verhaltensweisen behandeln sollen. Im Fall *Microsoft* beispielsweise, ist umstritten, ob Microsoft seine Monopolstellung auf dem Markt für Betriebssysteme auf den Markt für Internet Browser in den USA und auf dem Markt für Media Players in der EU ausdehnen kann. Fraglich ist auch, was die Gerichte und Kartellbehörden machen können, um den Markt für Betriebssysteme zu öffnen.⁷¹¹ Da der Markt für Betriebssysteme starke Netzwerkeffekte hat, ist es unwahrscheinlich, dass die Gerichte und Kartellbehörden mit kartellrechtlichem Mittel diese Netzwerkeffekte rückgängig machen können und den Markt in normalen Wettbewerb, in dem viele Unternehmen konkurrieren, zurückkehren können.⁷¹²

Die Schwierigkeiten, die Leverage-Verhaltensweisen auf Netzwerkmärkten zu analysieren, haben manche Autoren angetrieben, nach einer Politik ohne Intervention vom Staat auf diesen Märkten zu rufen.⁷¹³ Sie behaupten, dass der schnelle technologische Wandel in dynamischen Hochtechnologiemärkten die dauerhafte Monopolisierung in diesen Märkten verbieten werde, und dass staatliche Einmischung zu einer Zerstörung der Innovation führen könne. Da die Gerichte und Kartellbehörden oft kein ausreichendes Wissen über diese Technologien hätten,

⁷⁰⁷ *Lemley/McGowan*, 520 PLI/Pat 453, 465 f. (1998).

⁷⁰⁸ A.a.O., S. 466.

⁷⁰⁹ A.a.O.

⁷¹⁰ *Lemley*, 28 Conn. L.R. 1041, 1078 (1996).

⁷¹¹ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 502 (1998); *Lemley*, a.a.O., S. 1068.

⁷¹² *Lemley*, a.a.O., S. 1069 ff.

⁷¹³ *Tece/Coleman*, 43 Antitrust Bull. 801, 843, 846 (1998); *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 916 (2002).

könnten sie verfehlen, die wettbewerbsfördernden Effekte der innovativen Produktintegration anzuerkennen.⁷¹⁴

Da Produktinnovationen auch wettbewerbswidrige Kopplungen beinhalten können und starke Netzwerkeffekte die Art und Weise, indem Wettbewerb gut funktioniert, verändern können, soll Wettbewerbsrecht diese Phänomene nicht ignorieren. Die Unterschiede zwischen der Herausforderung des Kopplungsrechts, die von Hochtechnologiemärkten stammt, und der Herausforderung des Kopplungsrechts, die von anderen Märkten kommt, sind jedoch die Unterschiede des Grades, nicht die Unterschiede der Art und Weise. In allen Märkten ist die Herausforderung des Kopplungsrechts gleich, nämlich zwischen wettbewerbsfördernden- und wettbewerbsbeschränkenden Kopplungsgeschäfte zu unterscheiden.⁷¹⁵ Die ökonomischen Erklärungen über Kopplungsgeschäfte und die Netzwerktheorie können die Gerichte und Kartellbehörden über bestimmte Gesichtspunkte der ökonomischen Realität informieren, aber wie das Wettbewerbsrecht zu dieser Realität reagieren soll, wird vom Ziel des Wettbewerbsrechts abhängen. Wenn das Ziel unklar ist und nicht völlig verstanden wird, kann das Recht mit der ökonomischen Theorie nicht entsprechen.⁷¹⁶ Deshalb soll im nächsten Schritt das Ziel des Wettbewerbsrechts erklärt werden.

III. Zielsetzung des Wettbewerbsrechts

„Antitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals? Everything else follows from the answer we give. Is the antitrust judge to be guided by one value or by several? If by several, how is he to decide cases where a conflict in values arises? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.”

(*Robert Bork, The Antitrust Paradox, S. 50*).

In der Literatur wird viel diskutiert, was das endgültige Ziel des Wettbewerbsrechts ist. Einerseits behaupten Autoren, dass die Verbraucherwohlfahrt bzw. allokativen Effizienz das

⁷¹⁴ A.a.O.

⁷¹⁵ *Weinstein*, 90 Cal. L.R. 903, 916 f. (2002).

⁷¹⁶ *Lemley/McGowan*, 86 Cal. L.R. 479, 487 (1998).

endgültige Ziel des Wettbewerbsrechts sein soll.⁷¹⁷ Andererseits sind andere Autoren der Meinung, dass die Ziele des Wettbewerbsrechts nicht nur ökonomisch sondern auch sozial und politisch sein sollen.⁷¹⁸ Die Entwicklung dieser Streitfrage hat jedoch gezeigt, dass sowohl in den USA als auch in der EU der einzige ökonomische Ansatz zu Wettbewerbsrecht über die nicht ökonomischen Bedenken gewonnen hat.⁷¹⁹ Die Zielsetzung der Wettbewerbspolitik sind daher die allokativen Effizienz zu erhöhen ohne die produktive Effizienz zu beeinträchtigen.⁷²⁰

Allokative Effizienz beruht auf der Wohlfahrt der gesamten Gesellschaft oder der Verbraucherwohlfahrt als ihre Vertretung.⁷²¹ Sie befasst sich mit der gesamten Allokation der Quellen in Wirtschaft, Produktion und Technik.⁷²² Verbraucherwohlfahrt ist maximiert, wenn diese Quellen ordnungsgemäß hingestellt werden, damit können Verbraucher ihre Bedürfnisse befriedigen.⁷²³ Monopole verringern Verbraucherwohlfahrt, da ein Monopolist das monopolisierte Gut weniger herstellt, um den Preis zu erhöhen. Manche Quellen, die für die Herstellung des monopolisierten Gutes verwendet werden sollten, werden für andere Zwecke genutzt, die von Verbrauchern niedrig bewertet werden. Diese Missallokation führt zur Verminderung der Befriedigung der Verbraucherbedürfnisse, und daher Verminderung der Verbraucherwohlfahrt. Dies ist die sog. allokativen Ineffizienz.⁷²⁴ Während sich allokativen Effizienz mit der gesamten Allokation der Quellen befasst, bezieht sich produktive Effizienz auf die Benutzung der Quellen von einzelnen Unternehmen in effizienter Weise bei Herstellung, Innovation, Vermarktung, Distribution oder Transport.⁷²⁵

⁷¹⁷ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 91; *Posner*, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 4; *Pitofsky*, 127 U. Pa. L.R. 1051, 1076 (1979); *Areeda/Turner*, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, S. 149; *Easterbrook*, 84 Mich. L.R. 1696, 1700 ff. (1986); *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, S.4; *Kolasky*, 49 Antitrust Bul. 29, 35 (2004).

⁷¹⁸ *Hofstadter*, The Paranoid Style in American Politics and Other Essays, S. 199 f.; *Elzinga*, 125 U. Pa. L.R. 1191 (1977); *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 239 (1985); *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, S. 18; *Amato*, Antitrust and the Bounds of Power, S. 2 f. *Lande*, 50 Hastings L.J. 871, 879 (1999); *Rodger*, 6 Colum. J. Eur. L. 289, 3030 (2000).

⁷¹⁹ *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, S.4; *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 17 f.; *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, § 2.15.; *Fox*, 61 Notre Dame Law. 981 (1986); *Bloom*, 19-SUM Antitrust 18 (2005).

⁷²⁰ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 91; *Bishop/Walker*, a.a.O.

⁷²¹ *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 239 (1985); *Easterbrook*, 84 Mich. L.R. 1696, 1703 f. (1986); *Lande*, 50 Hastings L.J. 871, 878 (1999).

⁷²² *Lande*, a.a.O.

⁷²³ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 90.

⁷²⁴ *Lande*, 50 Hastings L.J. 871, 883 (1999).

⁷²⁵ A.a.O., S. 883.

A. Historische Entwicklung

1. Amerikanisches Antitrustrecht

In den 40er und 50er Jahren war die einflussreiche Lehre im amerikanischen Antitrust der sog. wirksame Wettbewerb (*workable competition*).⁷²⁶ Nach dieser Lehre tendieren Märkte zur Kartellisierung und diese Konzentration heißt das Ende des Wettbewerbs, aber gelegentlich konnte Wettbewerb auf diesen Märkten funktionsfähig sein.⁷²⁷ Anhänger dieser Lehre waren misstrauisch gegen fast alle industriellen Praktiken.⁷²⁸ Eines der Konzepte dieser Lehre ist das sog. „*Structure-Conduct-Performance*“ – Paradigma (S→C→P – Paradigma), d.h. die Struktur des Marktes bestimmt das Verhalten des Unternehmens und dieses Verhalten bestimmt die Leistung des Marktes. Die Struktur des Marktes kann daher Aufschluss darüber geben, ob der Wettbewerb auf dem Markt ausführbar ist. Dieses Konzept zeigt, dass hoch konzentrierte Industrien ein Verhalten bewirken, das zur schwachen Wirtschaftsleistung führt, vor allem geringe Produktion und Monopolpreise.⁷²⁹

Das S→C→P – Paradigma stammt von einer Arbeit, die an der *Harvard University* gemacht wurde. Ursprünglich wurde diese Arbeit von *E.S. Mason*⁷³⁰ in den 30er Jahren getan und dann von *J.S. Bain*⁷³¹ in den 50er Jahren entwickelt. Das Konzept basierte auf der empirische Untersuchung über amerikanischen Industrien am Anfang der 50er Jahre. Nach Beobachtung von *Bain* waren *economies of scale* in den meisten Industrien nicht von Bedeutung;⁷³² Marktzutrittschranken waren weit verbreitet und sehr hoch; und die Entstehung des Monopolpreises, die mit dem Oligopol verbindet, begann auf relative niedrige Konzentrationsniveaus zu passieren.⁷³³

Da die Marktstruktur nach dem S→C→P – Paradigma die Marktleistung bestimmt, glaubte die *Harvard School*, dass der Antitrust sich eher mit strukturellen Abhilfemaßnahmen beschäftigen sollte als mit Verhaltensabhilfemaßnahmen. Die Beachtung des Antitrusts fokussierte sich daher auf die konzentrierten Industrien.⁷³⁴ Wenn also Top vier Unternehmen

⁷²⁶ *Clark*, 30 Am. Econ. Rev. 241 (1940); Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, S. 320 ff. (1955); *Kovaleff*, Business and Government during the Eisenhower Administration, S. 17 ff.; *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 221 ff. (1985).

⁷²⁷ *Clark*, a.a.O.

⁷²⁸ *Easterbrook*, 84 Mich. L.R. 1696 (1986).

⁷²⁹ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 20; *Evans*, Economics and the Design of Competition Law, S.8.

⁷³⁰ *Mason*, Economic Concentration and the Monopoly Problem.

⁷³¹ *Bain*, Barriers to New Competition; *Bain*, Industrial Organisation.

⁷³² *Bain*, 44 Am. Econ. Rev. 15, 38 (1954).

⁷³³ *Bain*, Barriers to New Competition, S. 1-42.

⁷³⁴ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 20.

50% der Marktanteile behalten würden, wäre Wettbewerb sehr unwahrscheinlich. Es sei denn, die Behörde könnte die größten Unternehmen entflechten und der wirksamen Wettbewerb wiederherstellen könnte.⁷³⁵ Die *Harvard School* stimmte mit der Tendenz der Politik vom Kongress überein, die bezweckte, kleine Unternehmen zu schützen, und misstrauisch gegen Geschäftsexpansion war. Dies führte zu einer höchsten Interventionspolitik im Antitrust in den 60er Jahren.⁷³⁶

Das S→C→P – Paradigma beeinflusste auch die Analyse des *Supreme Court* und der Kartellbehörden in den 60er Jahren, in denen sie misstrauisch gegen Konzentration waren und Wettbewerber mehr als den Wettbewerb schützten. Im Fusionsfall *Brown Shoe*, beispielsweise stellte der *Supreme Court* fest, dass durch die Bewahrung der zersplitterten Industrien und Märkte der Wettbewerb am besten geschützt würde, selbst wenn dies ein Verzicht auf Effizienzgewinne hieße.⁷³⁷ In *Foremost Dairies* war die FTC der Auffassung, dass die Effizienzvorteile von dem fusionierten Unternehmen gegenüber kleineren Konkurrenten ein Grund war, die Fusion zu untersagen.⁷³⁸ Ebenfalls stellte der *Supreme Court* im Fall *FTC v. Procter & Gamble* fest, dass Zusammenschlüsse untersagt werden könnten, wenn sie die Position des fusionierten Unternehmens *vis à vis* Konkurrenten durch Effizienzgewinne, breitere Produktionsreihe und größere Finanzquelle verstärkten.⁷³⁹ Also wurden in dieser Periode viele Geschäftspraktiken, wie Kopplungsgeschäfte und Zusammenschlüsse verboten, wenn sie dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs nicht entsprachen.⁷⁴⁰

Ein grundlegender Wandel dieser Politik erfolgte in den 70er Jahren, als Experten von der *Chicago University* den amerikanischen Antitrust revolutioniert hatten.⁷⁴¹ Die *Chicago School* kritisierte das S→C→P – Paradigma und war der Auffassung, dass die Analysen der *Harvard School*, die auf empirischen Untersuchungen basierten, fehlerhaft waren. Die *Chicago School*, deren Analyse sich auf theoretischen Untersuchungen stützt, befand hingegen, *economies of scale* seien in den meisten Industrien von grundlegender Bedeutung und

⁷³⁵ *Easterbrook*, 84 Mich. L.R. 1696 (1986).

⁷³⁶ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 20.

⁷³⁷ *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

⁷³⁸ *Re Foremost Dairies Inc.*, 60 F.T.C. 944, 1084 (1962).

⁷³⁹ *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967).

⁷⁴⁰ *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 8 (2004).

⁷⁴¹ *Schmidt/Rittaler*, Die Chicago School of Antitrust Analysis, S. 11.

Marktzutrittschranken seien nicht überall. Deshalb sei eine Wettbewerbspolitik, die viele Geschäftspraktiken als wettbewerbswidrig beurteilt, in die falsche Richtung.⁷⁴²

Die *Chicago School* betonte die Notwendigkeit der ökonomischen Analyse im Antitrust. Ihre fundamentale Ansicht ist, dass die Verfolgung der Effizienzgewinne das alleinige Ziel des Antitrusts sein sollte. *Bork* erklärte:

„[T]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare. That task must be guided by basic economic analysis, otherwise the law acts blindly upon forces it does not understand and produces results it does not intend.“⁷⁴³

Schutz der kleinen und mittleren Unternehmen ist daher kein Ziel des Antitrusts.⁷⁴⁴ Die Identität des Marktgewinners ist nicht erheblich, solange der Gewinner Effizienzvorteile erzielen kann. Die *Chicago School* vertraut auf die Fähigkeit des Marktes, sich selbst zu korrigieren. Dies kann dadurch geschehen, indem andere Unternehmen die großen Gewinne des Monopolisten attraktiv finden und versuchen in den Markt des Monopolisten einzutreten. Als Ergebnis verringert sich die Position des Monopolisten schnell.⁷⁴⁵ Deshalb braucht der Markt keine Intervention von der Behörde und dem Antitrustrecht. Die Antitrust-Durchsetzung sollte nur dann Verhaltensweisen bestrafen, wenn sie den ineffizienten Punkt erreichen. Wenn sie allerdings effizient sind, sollten sie toleriert oder sogar gefördert werden.⁷⁴⁶

Die Ansicht der *Chicago School* ist umstritten. Manche Autoren behaupten, wenn Effizienzgewinn das alleinige Ziel des Wettbewerbs werde, könnte diese Politik unvereinbar mit einer anderen Regierungspolitik, z.B. die Verfolgung der Wohlfahrtdistribution, werden.⁷⁴⁷ Das distributive Ziel und andere nicht ökonomischen Ziele des Antitrusts wurden jedoch von der *Chicago School* abgelehnt. So war *Bork* der Auffassung:

„[C]ompetition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency. That requires economic reasoning because courts must balance, when they conflict, possible losses of efficiency in the allocation of resources with possible gains in the productive use of those resources. In a word, the goal is maximum economic efficiency to make us as wealthy as possible. The distribution of that wealth or the accomplishment of noneconomic goals are the proper subjects of other laws and not within the competence of judges deciding antitrust cases.“⁷⁴⁸

⁷⁴² *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 310 ff.; *Posner*, 127 U. Pa. L.R. 925 (1979); *Evans*, Economics and the Design of Competition Law, S.8.

⁷⁴³ *Bork*, a.a.O., S. 91.

⁷⁴⁴ *Weitbrecht/Karenfort*, Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen, S. 23.

⁷⁴⁵ *Easterbrook*, 63 Texas L.R. 1, 2 (1984).

⁷⁴⁶ *Schwartz*, 68 Geo. L.J. 1075 (1980); *Landes*, 50 U. Chi. L.R. 652 (1983); *Hovenkamp*, Economics and Federal Antitrust Law, S. 379 ff.

⁷⁴⁷ *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 242 ff. (1985); *Landes*, 50 Hastings L.J. 871, 874 (1999).

⁷⁴⁸ *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 426 (1993).

Obwohl der Effizienzgesichtspunkt der *Chicago School* streitig ist, wird sie die einflussreiche Lehre im amerikanischen Antitrustrecht. Die Durchsetzung des amerikanischen Antitrustrechts bezweckt daher, die Verbraucherwohlfahrt zu maximieren.⁷⁴⁹

2. Europäisches Wettbewerbsrecht

Der Römische Vertrag vom 25.03.1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft enthielt in den Artikeln 85 und 86 Regeln zum Wettbewerbsrecht (heute Artikeln 81 und 82 EGV). Von Anfang an ist Wettbewerbspolitik eine der Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaft, die heute im Art. 3 Abs. 1 lit. g) EG-Vertrag genannt wird: „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“. Sie ist ein Instrument der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion im Sinne des Art. 2 EGV. Die Rolle der europäischen Wettbewerbspolitik als ein Instrument der Integration des Binnenmarktes hebt das europäische Wettbewerbsrecht von dem in anderen Systemen ab, da das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur den Wettbewerb sondern auch die Integration des Binnenmarktes bedient.⁷⁵⁰

Die Wettbewerbssicherung obliegt in erster Linie der Europäischen Kommission. Wie andere menschlichen Institutionen wird die Kommission von der Persönlichkeit der Amtsträger beeinflusst. Die Auslegung der europäischen Wettbewerbspolitik und die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts hängen daher von der Ansicht des Wettbewerbskommissars ab. Das führte zu verschiedenen Auslegungen der Kommission über das Ziel oder die Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts.

So interpretierte *Sir Leon Brittan*, der Wettbewerbskommissar 1989 – 1993, die Ziele des Wettbewerbsrechts so weit wie die Ziele der EG selbst.⁷⁵¹ Er akzeptierte daher nicht die Argumentation, dass die Verbraucherwohlfahrt das alleinige Ziel des Wettbewerbsrechts sei, da er die Integration des Binnenmarktes betonen wollte.⁷⁵² *Kommissar Brittan* erkannte die Wichtigkeit der ökonomischen Analyse und der Erlangung der Effizienzgewinne an, aber nur innerhalb des Kontextes anderer Ziele. Diese Ziele umfassen die Tilgung der strukturellen

⁷⁴⁹ *Fox*, 70 Antitrust L.J. 371 (2002); *Niels/Kate*, 49 Antitrust Bul. 1, 8 (2004); *Kolasky*, 49 Antitrust Bul. 29, 30 f. (2004).

⁷⁵⁰ *Jones/Sufrin*, EC Competition Law, S. 32.

⁷⁵¹ Vgl. *Kommission*, 23. Wettbewerbsbericht (1993), Rn. 10.

⁷⁵² *Brittan*, European Competition Policy, S. 3: “The “Chicago School” approach currently in favour in the USA is not directly to EC competition policy. Chicago School does not need to worry about creating a single market. Rather, it presupposes the existence of an integrated market.”

Einschränkungen auf dem Wettbewerb, die vor allem von Nationalschranken verursacht wurden, die den Gemeinsamen Markt hindern; eine Politik, die die EU dazu führte, die vertikale Einschränkungen und territoriale Beschränkungen zu entfernen, die Lizenzen der geistigen Eigentume zu überwachen und kleine- oder regionale Unternehmen zu unterstützen, in dem Zusammenarbeit zwischen diesen Unternehmen erlaubt wurde, die vorher verboten werden konnte. Ein anderes Ziel war die Integration des Binnenmarktes, das von *Kommissar Brittan* nicht nur mit den Bedenken der ökonomischen Analyse und Effizienzgewinne angenähert wurde, sondern auch mit anderen Bedenken, z.B. der Verbraucherschutz und die Sicherung der Fähigkeit, Güter und Dienstleistungen zu verkaufen.⁷⁵³

Die weitgehenden Ziele des europäischen Wettbewerbsrechts wurden von dem Nachfolger von *Kommissar Brittan*, *Kommissar Karel van Miert* bestätigt.⁷⁵⁴

„The aims of the European Community’s competition policy are economic, political and social. The policy is concerned not only with promoting efficient production but also achieving the aims of the European treaties: establishing a common market, approximating economic policies, promoting harmonious growth, raising living standards, bringing Member States closer together, etc. To this must be added the need to safeguard a pluralistic democracy, which could not survive a strong concentration of economic power. If competition policy is to reach these various goals, decisions must be made in a pragmatic fashion, bearing in mind the context in which they are to be made: the realization of the internal market, the globalization of markets, economic crisis, technological development, the ratification of the Maastricht Treaty, etc.”⁷⁵⁵

Wegen dieser weitgehenden Ziele waren manche Autoren der Auffassung, dass europäische Wettbewerbspolitik verwirrend und unrealistisch sei.⁷⁵⁶ Kritisiert wurde sie zudem als die Kommission den Zusammenschluss zwischen zwei amerikanischen Unternehmen, General Electric und Honeywell untersagte,⁷⁵⁷ während das amerikanische DoJ den Zusammenschluss bestätigte. Nach Auffassung des DoJ und mancher Autoren sei das europäische Wettbewerbsrecht ähnlich wie das amerikanische Antitrustrecht in den sechziger Jahren, in denen Antitrust Wettbewerber statt den Wettbewerb schütze.⁷⁵⁸ Zu dieser Kritik antworteten Offiziere der Kommission, es gebe keinen Wettbewerb ohne Wettbewerber.⁷⁵⁹ Diese Antwort führte zur weiteren Kritik, dass die Wettbewerbsbedenken der Kommission nicht

⁷⁵³ A.a.O., S. 2 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. *Kommission*, 27. Wettbewerbsbericht (1997), Rn. 7 & 10; *Kommission*, 28. Wettbewerbsbericht (1998), Rn. 1.

⁷⁵⁵ *Van Miert*, *Frontier-Free Europe* (5. Mai 1993).

⁷⁵⁶ *Jebsen/Stevens*, 64 *Antitrust L.J.* 443, 450 f. (1996).

⁷⁵⁷ KOMM. 03.07.2001, WuW/E EU-V 631, *GE/Honeywell*.

⁷⁵⁸ *U.S. Department of Justice*, *Range Effects: the United States Perspective*, S. 3, 2001, verfügbar auf: <http://www.usdj.gov/atr/public/international/9550.pdf>; *Kolasky*, *Converging Toward What?*, 17. Mai 2002, verfügbar auf: <http://www.usdj.gov/atr/>; *Kolasky*, 49 *Antitrust Bul.* 29, 30 f. (2004); *Pflanz/Caffara*, 23 *E.C.L.R.* 115 (2002).

⁷⁵⁹ *Drauz*, 25 *Fordham Int’l L.J.* 885 (2002); *Giotakos*, 23 *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* 469 (2002).

entsprechend der ökonomischen Theorie seien, denn die Kommission sehe den Wettbewerb im Kontext der Rivalität *per se*: je mehr Teilnehmer, desto mehr konkurrierend. Ökonomen hingegen sehen den Wettbewerb im Kontext der Marktleistung, d.h. ein Markt sei perfekt konkurrierend, wenn Unternehmen ihre Produkte auf Marginalkosten berechnen würden und Kosten von internen Effizienzvorteilen verringert werden würden. Dies verlange keine große Zahl der Wettbewerber. Wenn Markteintritt und Marktaustritt kostenlos seien, könnten Märkte perfekt konkurrierend sein, obwohl es nur ein einziges Unternehmen gebe, das den ganzen Markt bediene. In diesen Märkten könnten sich allokativen- und produktive Effizienzen perfekt anpassen. Antitrustsintervention in diesen Märkten, eine große Zahl der Wettbewerber zu behalten oder zu begründen, würde Verbraucherwohlfahrt beschädigen und die Wirtschaftsleistung verschlechtern.⁷⁶⁰

Die misstrauische Ansicht über die europäische Wettbewerbspolitik wurde vom *Kommissar Mario Monti*, dem Nachfolger vom *Kommissar van Miert* abgewehrt. Anders als seine Vorgänger wandte *Kommissar Monti* die Wettbewerbspolitik an, die nahe an der *Chicago School* – Theorie liegt. Er war der Ansicht, dass das Hauptziel der europäischen Wettbewerbspolitik Verbraucherwohlfahrt sei, und dass die Wettbewerbspolitik auf ökonomische Bedenken basiere.⁷⁶¹ Außerdem wies er die Behauptung zurück, dass das Hauptziel der europäischen Wettbewerbspolitik Schutz der Wettbewerber sei.

„After a constant effort ... to enforce competition rules for the sake of consumers, I feel entitled to say that only a very poorly informed observer can still resort to the catchphrase that the main goal of competition policy in Europe is a different one, such as protecting competitors.“⁷⁶²

Diese Auffassung wird von *Kommissarin Neelie Kroes*, die Nachfolgerin vom *Kommissar Monti*, auch bestätigt.⁷⁶³

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das endgültige Ziel des Wettbewerbsrechts sowohl in den USA als auch in der EU Verbraucherwohlfahrt oder allokativen Effizienz ist. Trotz dieser Gemeinsamkeit haben die USA und die EU verschiedene Auslegungen über die Verfolgung der Verbraucherwohlfahrt. In den Fällen *IBM* und *Microsoft* beispielsweise, wollten die beiden den Wettbewerb fördern und die Verbraucherwohlfahrt erreichen.

⁷⁶⁰ Kolasky, 49 Antitrust Bul. 29, 30 f. (2004).

⁷⁶¹ Monti, A reformed competition policy: achievements and challenges for the future, SPEECH/04/477, 28. Oktober 2004, verfügbar auf: <http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

⁷⁶² A.a.O.

⁷⁶³ Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, SPEECH/05/537, 23. September 2005, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

Allerdings nahmen sie verschiedene Maßnahmen bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Die USA erlaubten die Verhaltensweise von IBM, seine Peripheriegeräte an seine CPU zu integrieren, während die EU dies nicht bestätigte. Ebenfalls erlaubten die USA Microsoft, Internet Explorer an das Windows-Betriebssystem zu integrieren. Die EU hingegen verbot die Integration von Windows Media Player an das Windows-Betriebssystem. Angesichts dieser verschiedenen Auslegungen ist es daher wichtig, auf den Standard der Verbraucherwohlfahrt in einem gesonderten Abschnitt einzugehen.

B. Standard der Verbraucherwohlfahrt

Moderne Ökonomen benutzen meist den Standard der Verbraucherwohlfahrt bzw. der allokativen Effizienz, der von *Vilfredo Pareto*⁷⁶⁴ im Jahr 1909 definiert wurde.⁷⁶⁵ Gemäß *Paretos* Definition ist ein Wandel effizient oder „*Pareto optimal*“, wenn dieser Wandel niemanden verschlechtert und mindestens eine Person nach ihrer Meinung verbessert. Ebenfalls ist Situation A „*Pareto superior*“ zu Situation B, wenn der Wandel von B zu A dazu führt, dass niemand verschlechtert wird und mindestens eine Person verbessert wird.⁷⁶⁶

Der Wohlfahrtsstandard von *Pareto* fordert eine strenge Voraussetzung, so dass kein Wandel diese Voraussetzung erfüllen kann. In der Tat gibt es keinen Wandel, der niemanden beschädigt.⁷⁶⁷ Beispielsweise verändert ein Monopolisierungsverbot einen Markt von einem monopolisierten Markt zu einem konkurrierenden Markt. Dieser Wandel begünstigt zwar Verbraucher, aber benachteiligt den Monopolisten. Nach dem Standard *Pareto* ist daher das Monopolisierungsverbot nicht effizient bzw. nicht *Pareto optimal*.

Wegen dieser strengen Voraussetzung wenden Ökonomen auch anderen Standard an. Die üblichste Alternative, die allgemein von der *Chicago School* angewandt wird, ist das sog. „*potential Pareto-efficiency*“.⁷⁶⁸ Nach diesem Standard ist ein Wandel effizient im Sinne des *potential Pareto*, wenn die vom Wandel erzielten Gewinne größer sind als die vom Wandel erhaltenen Verluste. Solcher Wandel wird als *potential Pareto-efficiency* bezeichnet, weil er zu reinem *Pareto optimal* umgezogen werden kann, wenn die Gewinner von ihren Gewinnen die Verlierer kompensieren können. Wenn dies geschieht, würden die Verlierer nicht

⁷⁶⁴ *Pareto*, Manuel D'Economie Politique, (1909).

⁷⁶⁵ Vgl. *Mansfield*, Microeconomics: Theory and Applications, S. 15; *Scherer/Ross*, Industrial Market Structure and Economic Performance, § 2; *Phelps*, Economic Justice, S. 12; *Lande*, 50 Hastings L.J. 871, 879 (1999).

⁷⁶⁶ A.a.O.

⁷⁶⁷ *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 239 (1985).

⁷⁶⁸ A.a.O.

verschlechtert werden, da sie völlig kompensiert werden würden. Die Gewinner würden noch verbessern, da sie zum Teil ihre Gewinne noch behalten, nachdem sie die Kompensation bezahlt haben. Deshalb umfasst die *Pareto* – Effizienz einen Wandel, der mindestens eine Person begünstigt und durch die Benutzung der Kompensation jeden Verlust gleichzeitig tilgt.⁷⁶⁹

Viele moderne ökonomische Analysen basieren auf diesem Standard.⁷⁷⁰ Die ökonomischen Analysen der USA und der EU in den Fällen *IBM* und *Microsoft* stimmen mit diesem Standard auch überein. Die USA und die EU waren der Auffassung, dass Kopplungsgeschäfte effizient sind, wenn deren Effizienzgewinne die von Kopplung resultierten Verluste ausgleichen können. Ökonomische Analysen können zwar Hinweise für die Durchsetzung einer Rechtsordnung versorgen, aber das Ergebnis, zu dem diese Hinweise benutzt werden, hängt auch von der grundlegenden Ansicht der Behörden oder der Gerichte über bestimmte Verhaltensweisen ab. Während die USA mit Produktintegration freundlich sind, ist die EU misstrauisch, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sein Produkt an sein monopolisiertes Produkt integriert. Deshalb kamen sie zu verschiedenen Schlüssen im Fall der Produktintegration.

⁷⁶⁹ A.a.O.

⁷⁷⁰ *Lande*, 50 *Hastings L.J.* 871, 879 (1999).

§ 5. Folgerungen für die Anwendung des europäischen Kopplungsrechts

“The gale of creative destruction produces victims before it produces economic theories and proof of what is beneficial.”

(Frank H. Easterbrook, 63 Tex. L.R. 1, 5 (1984)).

Aus den Analysen in den früheren Kapiteln wird dieses Kapitel die Folgerungen für das europäische Kopplungsrecht vorschlagen. Im Zusammenhang mit der Ökonomisierung des Art. 82 EGV durch die Kommission, die im Diskussionspapier zur Anwendung des Art. 82 EGV⁷⁷¹ und im Bericht über die Anwendung des ökonomischen Ansatzes zu Art. 82 EGV⁷⁷² erörtert wird, wird dieses Kapitel die ökonomische Bedenken der Kommission zu Kopplungsgeschäfte analysieren. Kurzum schlägt dieses Kapitel vor, dass die *per se* Regel bei Kopplungsfällen nicht angewandt werden sollte; dass Kopplungsfälle nach dem *rule of reason* – Ansatz geprüft werden sollten; dass eine freundliche Behandlung zu Kopplungsfällen vorzuziehen ist; und dass der ökonomische Ansatz zu Kopplungsfällen notwendig ist.

I. Keine *per se* Regel

Die *per se* Regel wurde ursprünglich im amerikanischen Antitrustrecht in Erwiderung der Ueffizienz der *rule of reason* im Antitrustprozess entwickelt.⁷⁷³ Nach der *rule of reason* wird eine Verhaltensweise nicht als illegal beurteilt werden, außer wenn der Kläger beweisen kann, dass diese Verhaltensweise den Wettbewerb auf dem ganzen Markt beeinträchtigt. Die *rule of reason* fordert eine detaillierte Untersuchung über die Effekte einer Verhaltensweise zu dem Wettbewerb, damit können die Gerichte entscheiden, ob die wettbewerbsbeschränkenden Effekte das Übergewicht über die wettbewerbsfördernden Effekte gewinnen oder umgekehrt.⁷⁷⁴ Nach Auffassung des *Supreme Court* gab es jedoch bestimmte Verhaltensweisen, die so schlicht wettbewerbsbeschränkend sind, deshalb konnten

⁷⁷¹ *Kommission*, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dezember 2005, abrufbar unter:

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

⁷⁷² *Kommission*, *An economic approach to Article 82*, Report by the EAGCP, July 2005, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

⁷⁷³ *Manzini*, 8 ECLR 392, 393 (2002); *Piraino*, 64 S. Cal. L.R. 685 (1991); *Black*, 3 ECLR 145 (1997).

⁷⁷⁴ *Manzini*, a.a.O.

sie endgültig als illegal beurteilt werden ohne eine längere Untersuchung über die wettbewerblichen Gründe und Markteffekte dieser Verhaltensweisen.⁷⁷⁵

Die Folgen der *per se rule* sind streng. Der Kläger muss nicht beweisen, dass die vorgeworfene Verhaltensweise tatsächlich wettbewerbsbeschränkend ist. Außerdem hat der Beklagte keine Chance, seine Verhaltensweise mit wettbewerblichen Gründen zu rechtfertigen.⁷⁷⁶ Angesichts dieser strengen Folgen wird die *per se rule* nur angewandt, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verbieten, die keine wettbewerbliche Rechtfertigung haben. Beispiele dieser Verhaltensweisen sind horizontale- und vertikale Preisabsprachen, vereinbarte Boykotte, räumliche Marktverteilung und horizontale Verbraucherverteilung.⁷⁷⁷

Der *Supreme Court* wandte auch den *per se* Ansatz in Kopplungsfällen an. Dies wurde jedoch von Antitrustsautoren stark kritisiert, da Kopplungsgeschäfte nicht immer wettbewerbsbeschränkend sind.⁷⁷⁸ Sie behaupten, dass Kopplungsgeschäfte Effizienzvorteile bringen können. Deshalb fordern sie die Anwendung des *rule of reason* – Ansatzes in Kopplungsfällen.⁷⁷⁹

Im europäischen Wettbewerbsrecht gibt es für marktbeherrschende Unternehmen kein *per se* Verbot von Kopplungsgeschäften. Nach Art. 82 lit. d) EGV sind Kopplungsgeschäfte nicht *per se* illegal. Die Kommission betonte auch, dass sie nicht verurteilt habe, dass Kopplungsgeschäfte illegal *per se* seien.⁷⁸⁰ Allerdings wandte die europäische Rechtspraxis einen feindlichen Ansatz zu Kopplungsfällen an, die so streng wie der *per se* Ansatz ist. Der von der Kommission formulierte Test für die Prüfung der Kopplungsgeschäfte ist ähnlich wie der Test nach dem *per se* Ansatz im amerikanischen Kopplungsrecht.⁷⁸¹ Die Kommission und die Gerichte sind skeptisch, wenn marktbeherrschende Unternehmen Kopplungsgeschäfte

⁷⁷⁵ *Northern Pacific Railroad Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1 (1958); *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978); *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 15 f. n. 25 (1984): “The rationale for *per se* rules in part is to avoid a burdensome inquiry into actual market conditions in situations where the likelihood of anticompetitive conduct is so great as to render unjustified the costs of determining whether the particular case at bar involves anticompetitive conduct.”

⁷⁷⁶ *Hamilton*, 71 Denv. U.L.R. 607, 615 (1994).

⁷⁷⁷ *Piraino*, 64 S. Cal. L.R. 685, 692 (1991); *Anlauf*, 23 Hamline L.R. 476, 499 (2000).

⁷⁷⁸ *Bowman*, 67 Yale Law J. 19 (1957); *Bork*, *The Antitrust Paradox*, S. 380 f.; *Stigler*, *The Organisation of Industry*, S. 165 ff.; *Wollenberg*, 39 Stan. L.R. 737, 756 (1987); *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 317 (2004); *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37 (2005).

⁷⁷⁹ *Wollenberg*, a.a.O.; *Hylton/Salinger*, a.a.O.; *Ahlborn/Evans/Padilla*, a.a.O.; *Evans/Salinger*, a.a.O.

⁷⁸⁰ Statement by Mario Monti, 24. März 2004, No. 47/04, verfügbar auf:

<http://www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm>.

⁷⁸¹ Siehe: Entscheidung der Kommission vom 24.3.2004, Case COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, Rn. 794; *Kommission*, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Dezember 2005.

praktizieren. Sie glauben, Kopplungsgeschäfte sind ein effektives Mittel für *Leveraging*. Sollten marktbeherrschende Unternehmen in der EU verhindern, auf den Sekundärmarkt einzutreten wegen der Furcht vor wettbewerbsrechtlichem Prozess? Die ökonomischen Analysen haben gezeigt, dass Kopplungsgeschäfte allgemein oder meistens wettbewerbsfördernd sind.⁷⁸² Unternehmen praktizieren Kopplungsgeschäfte aus verschiedenen Gründen und *Leveraging* ist nicht das einzige Motiv für Kopplungsgeschäfte. Vielmehr wird die Leverage-Theorie der Kopplungsgeschäfte bereits entkräftet. Deshalb sollte die *per se* Regel in Kopplungsfällen nicht angewandt werden. Kopplungsgeschäfte sollen nach der *rule of reason* geprüft werden.

II. Der *rule of reason* - Ansatz

Die Anwendung der *rule of reason* – Analyse in Kopplungsfällen sollte sich auf den Effekten der Kopplung zu dem Wettbewerb fokussieren, der die Steigerung der Verbraucherwohlfahrt erzielt. Kopplungsgeschäfte können pro- und antiwettbewerbliche Effekte haben. Daher ist eine detaillierte Untersuchung dieser Effekte notwendig, damit kann man bestimmen, ob die Effizienzvorteile der Kopplungsgeschäfte die wettbewerbsbeeinträchtigen Effekte ausgleichen können. Zu diesem Zweck formuliert diese Arbeit einen drei-Stufen-Test für die Prüfung der Kopplungsgeschäfte. Zuerst wird geprüft, ob zwei verschiedene Güter vorliegen. Rechtswidrige Kopplungsgeschäfte setzen das Vorliegen zweier verschiedenen Güter voraus. Wenn es um ein einzelnes Produkt geht, ist es kein Kopplungsfall. Die Prüfung sollte daher eingestellt werden. Liegen zwei verschiedene Güter vor, wird dann geprüft, ob die Kopplung wettbewerbsbechränkende Effekte haben kann. Wird diese bejaht, muss weiter geprüft werden, ob diese Kopplung durch Effizienz-Argumente gerechtfertigt werden kann.

A. Prüfung der zwei verschiedenen Güter

In der europäischen Rechtspraxis wird die Prüfung der zwei verschiedenen Güter nach dem *separate-consumer-demand*-Test oder nach dem Handelsbrauch-Test durchgeführt.⁷⁸³ Der getrennte-Nachfrage-Test fragt, ob vor der Kopplung Verbraucher das koppelnde Gut und das

⁷⁸² *Bowman*, 67 Yale Law J. 19 (1957); *Stigler*, The Organisation of Industry, S. 165 ff.; *Wollenberg*, 39 Stan. L.R. 737, 756 (1987); *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37 (2005); *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 380 f.; *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 317 (2004).

⁷⁸³ Siehe: *Kommission*, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, S. 56, Rn. 185 f.

gekoppelte Gut als zwei verschiedene Güter sehen, oder ob es nach der Kopplung eine getrennte Nachfrage für das gekoppelte Gut ohne das koppelnde Gut gibt. Folgt man diesem Test, dann kommt man zu dem Ergebnis: wenn nach der Kopplung von Seiten der Verbraucher immer noch eine Nachfrage für das gekoppelte Gut alleine besteht, das heißt, in der Zukunft beide Güter immer zwei verschiedene Güter sein werden.⁷⁸⁴ Dieser Test ist daher nicht plausibel, wenn sie bei der Prüfung der technologischen Kopplungen angewandt wird. Denn viele Hochtechnologieprodukte sind integrierte Produkte von mehreren Funktionen, die früher nur getrennt erworben werden konnten. Ein Handy beispielsweise, ist eine Integration von Telefon, Kamera, Email, Wecker, Spiele, etc. Wenn der getrennte-Nachfrage-Test für dieses Produkt angewandt würde, würde dann ein Handy eine wettbewerbswidrige Kopplung sein.

Der Fall *Microsoft* hat auch gezeigt, dass die Anwendung dieses Tests für die Prüfung der technologischen Kopplung sehr problematisch ist und sogar die Produktinnovation bremsen kann. Da es getrennte Nachfrage für Medienabspielprogramme nach der Integration von WMP an das Windows-Betriebssystem gibt, fand die Kommission, dass Betriebssysteme und Medienabspielprogramme zwei verschiedene Güter sind. Als Ergebnis kann Microsoft in der EU sein Medienabspielprogramm an sein Betriebssystem niemals integrieren, unabhängig von den Effizienzgewinnen durch die Integration oder den Wandlungen in Technologie und in der Marktstruktur.⁷⁸⁵ In der Zukunft wird sich daher die Technologie von Betriebssystemen in der EU nicht weiterentwickeln, eher vermindern, da die Kommission auch die Integration anderer Funktionalitäten (MSN Messenger, das Email-Programm Outlook Express und das Programm Movie Maker) an das Windows-Betriebssystem vereiteln möchte.⁷⁸⁶ Die geplante nächste Windows-Generation „Longhorn“, die die Antiviren-Funktionalität und die Suchmaschine-Funktionalität integriert, kann ebenso „akut gefährdet“ sein.⁷⁸⁷

Bereits seit den fünfziger Jahren waren Antitrustsautoren um die innovative Produktintegration besorgt. So ist *Turner* der Ansicht, es müsse einige Räume für die innovative Kombination der Elemente, die normalerweise getrennt hergestellt und verkauft würden, in die neuen Einzelprodukte geben.⁷⁸⁸ *Areeda* erkennt an, die Innovation nehme oft die Form von Bündelung zweier ursprünglich getrennter Produkte.⁷⁸⁹ *Elhauge* findet, keiner

⁷⁸⁴ A.a.O., Rn. 187.

⁷⁸⁵ Vgl. *Lemley/McGowan*, 520 PLI/Pat 453, 481 (1998).

⁷⁸⁶ *Körber*, RIW 568, 571 (2004).

⁷⁸⁷ A.a.O.

⁷⁸⁸ *Turner*, 72 Harv. L.R. 50, 68 (1958).

⁷⁸⁹ *Areeda, et. al.*, Antitrust Law, S. 224 § 1746.

der zwei-Güter-Teste sei fähig, alle Umstände anzupassen und alle Einzelprodukt-Fälle konkret zu lösen.⁷⁹⁰ Er bevorzugt daher den Test, der integrierte Produkte als ein einzelnes neues Produkt definiert, wenn das neue gebündelte Produkt besser funktioniert, wenn es vom beklagten Unternehmen gebündelt werde, als wenn es von Endnutzern gebündelt werde.⁷⁹¹ Diese Auffassung beeinflusste die Bedenken der amerikanischen Gerichte in Fällen *IBM* und *Microsoft II*.⁷⁹²

Um die Produktinnovation nicht zu bremsen, sollten vertragliche- und technologische Kopplungsgeschäfte nicht nach dem gleichen Test geprüft werden. Die Prüfung der zwei verschiedenen Güter in diesen Fallgruppen sollte daher verschiedene Maßnahmen verwenden.

1. Vertragliche Kopplungsgeschäfte

Im Einklang mit der europäischen Rechtspraxis wendet diese Arbeit bei den vertraglichen Kopplungsfällen einen Test an, der den getrennten-Nachfrage-Test und den Handelsbrauch-Test umfasst. Aus diesen Perspektiven wird es festgestellt, ob zwei verschiedene Güter tatsächlich vorliegen.

a. Der getrennte-Nachfrage-Test

Die Frage in diesem Test ist nicht, ob sich vor der Kopplung die getrennten Nachfragen für das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut ergeben, oder ob nach der Kopplung die Nachfrage für das gekoppelte Gut ohne das koppelnde Gut noch existiert. Sondern dieser Test fragt, ob nach der Kopplung die Nachfrage für das koppelnde Gut ohne das gekoppelte Gut signifikant ist. Verbraucher werden eine Produktkopplung freiwillig abnehmen, wenn sie finden, dass die Kopplung effizient ist. Deshalb sollte diese Kopplung als ein Einzelprodukt betrachtet werden. Obwohl die Nachfrage für das gekoppelte Gut allein immer noch existiert, bedeutet diese aber nicht, dass zwei getrennte Nachfragen vorliegen. Beispielsweise stellen Unternehmen Autos mit Reifen her. Andere Unternehmen bieten auch Reifen an und die Nachfrage für Reifen allein ist signifikant. Allerdings nehmen Verbraucher ein Auto immer mit Reifen an. Deshalb ist ein Auto keine Bündelung von Maschine, Karosserie und Reifen.

⁷⁹⁰ A.a.O., S. 175 § 17 D-1.

⁷⁹¹ A.a.O., S. 224 § 1746.

⁷⁹² *De Vries*, 14 Berkeley Tech. L.J. 303, 313 (1999).

b. Der Handelsbrauch-Test

Nach Art. 82 lit. d) EGV ist ein Kopplungsgeschäft nicht rechtswidrig, wenn zwischen dem koppelnden Gut und dem gekoppelten Gut eine Beziehung nach Handelsbrauch besteht. Die Prüfung der zwei verschiedenen Güter sollte sich daher mit dem Handelsbrauch auseinandersetzen. Wenn also nach Handelsbrauch das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut üblich zusammen angeboten werden, sollten sie als ein einzelnes Gut betrachtet werden. Flugtickets beispielsweise, sollten nicht als eine Bündelung von Sitzen und Essen gesehen werden, obwohl die Nachfragen für Flugtickets ohne Essen auch existieren. Da nach Handelsbrauch Flugtickets mit Essen üblich angeboten werden, sollten diese Dienstleistungen als ein einzelnes Gut behandelt werden. Diese Feststellung sollte nicht verändert werden, wenn das betreffende Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat. Der Handelsbrauch-Test sollte Unternehmen sowohl in beherrschender Stellung als auch im konkurrierenden Markt nicht unterschiedlich behandeln.

Kopplungsgeschäfte sind allgegenwärtig. Unternehmen im konkurrierenden Markt praktizieren auch Kopplungsgeschäfte. Wenn nach Handelsbrauch Unternehmen im konkurrierenden Markt zwei verschiedene Güter als ein einzelnes Produkt anbieten dürfen, warum dürfen Unternehmen in beherrschender Stellung diese Verhaltensweise nicht praktizieren? Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat zwar die Fähigkeit, wettbewerbswidrige Kopplung durchzuführen. Allerdings kann das Unternehmen solch eine Kopplung nur unter bestimmten Umständen machen, die in der Praxis schwierig nachzuprüfen sind.⁷⁹³ Ferner werden die wettbewerbswidrigen Effekte der Kopplungsgeschäfte in der zweiten Stufe des *rule of reason* – Tests geprüft. Der Handelsbrauch-Test bezweckt, das Vorliegen der zwei verschiedenen Güter festzustellen. Während in der Praxis der Kommission und Gerichte Handelsbrauch auch als ein Rechtfertigungsgrund für Kopplungsgeschäfte interpretiert wird, behandelt diese Arbeit Handelsbrauch als einen Beweis für die Zulässigkeit eines Kopplungsgeschäfts. Das Fehlen eines Handelsbrauchs ist eine Voraussetzung für rechtswidrige Kopplung. Wenn nach Handelsbrauch das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut als ein einzelnes Produkt betrachtet werden, ist diese Kopplung nicht rechtswidrig. Wenn hingegen nach Handelsbrauch zwei verschiedene Güter vorliegen, muss weiter geprüft werden, ob diese Kopplung wettbewerbsbeschränkende Effekte haben könnte.

⁷⁹³ *Evans/Salinger*, 22 Yale J. on Reg. 37, 41 (2005); *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287 (2004).

In der europäischen Rechtspraxis wurde einem beherrschenden Unternehmen fast die Möglichkeit genommen, zu behaupten, dass sein Kopplungsgeschäft sachlich oder nach Handelsbrauch zum Vertragsgegenstand steht.⁷⁹⁴ Nach Auffassung des EuGH könne eine Kopplung von zwei Produkten auch dann einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EGV darstellen, wenn sie nach dem Handelsbrauch oder sachlich in Beziehung zu den beiden Produkten stehe, es sei denn, dass sie objektiv gerechtfertigt sei.⁷⁹⁵ Da diese Regel die Voraussetzung für eine rechtswidrige Kopplung nach Art. 82 lit. d) EGV verweicht, sollte der EuGH diese Regel aufgeben.

2. Technologische Kopplungsgeschäfte

Wenn technologische Kopplungsgeschäfte nach dem getrennten-Nachfrage-Test geprüft werden, werden viele Produkte in Technologiemarkten als wettbewerbswidrige Kopplungen beurteilt. Wie bereits erwähnt, ist es in dynamischen Technologiemarkten üblich, dass ein neues Produkt mehrere Produkte in ein einzelnes Produkt kombiniert, die früher nur getrennt angeboten wurden. Innovative Produktintegration ist eines der Merkmale der Technologiemarkte, wie die Computerindustrie und die elektronischen Unterhaltungsindustrie. Vor allem in der PC-Softwareindustrie verbessern Software-Entwickler Programme, in dem sie neue Funktionen in diese Programme integrieren. Die Textverarbeitungsprogramme beispielsweise, beinhalteten Anfang der 80er Jahre keine Rechtschreibungsprüfer und Grammatikprüfer.⁷⁹⁶ Diese Funktionen wurden als verschiedene Programme angeboten: „Turbo Lightening“ von Borland war ein Rechtschreibungsprüfer und „Grammatik“ von Reference Software war ein Grammatikprüfer.⁷⁹⁷ Am Ende der 80er Jahre enthielten alle führenden Textverarbeitungsprogramme die Rechtschreibungsprüfer-Funktion;⁷⁹⁸ und am Anfang der 90er Jahre beinhalteten diese Programme auch die Grammatikprüfer-Funktion.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ EuG 6.10.1994, Slg. 1994 II 755, Rn. 137, *Tetra Pak II*; *Kommission*, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Rn. 182, 186.

⁷⁹⁵ EuGH 14.11.1996, Slg. 1996 I 5951, Rn. 37, *Tetra Pak II*.

⁷⁹⁶ *Evans/Schmalensee*, Some Economic Aspect of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries, S. 41, May 2001, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w8268>.

⁷⁹⁷ A.a.O.; *Pournelle*, Computing at Chaos Manor: Jerry's Best of 1985 Awards, Byte, 1986, abrufbar unter: <http://www.byte.com/art/9604/sec5/art2.htm>.

⁷⁹⁸ *Seymour*, Fast, Flexible, & Forward-looking, PC Magazine, 1988.

⁷⁹⁹ *Peterson*, Almost Perfect, abrufbar unter: <http://www.fitnesoft.com/AlmostPerfect/>.

Produktinnovation ist sehr wichtig für den Wettbewerbsprozess in dynamischen Technologiemarkten, die von „schöpferischer Zerstörung“⁸⁰⁰ gekennzeichnet werden. Die Kartellbehörden und Gerichte sollten deshalb diese Innovation durch Kopplungsrecht nicht bremsen. Eine schützende Behandlung für Produktintegration ist notwendig, damit zögerlich marktbeherrschende Unternehmen nicht, innovative Produktintegration zu erzeugen. Da der getrennte-Nachfrage-Test kein sinnvoller Test für die Produktintegration ist, sollte dieser Test bei den technologischen Kopplungsfällen nicht angewandt werden.

Es gibt hier die Befürchtung, dass wenn es rechtswidrig ist, zwei Produkte zusammen zu verpacken, wird ein Anbieter einen Anreiz haben, diese zwei Produkte zusammen zu verriegeln, und sie als ein einzelnes integriertes Produkt zu benennen.⁸⁰¹ In diesem Fall ist die Produktintegration nicht anders als eine technische Tarnung einer wettbewerbswidrigen Kopplung. Obwohl es schwierig zu glauben ist, dass ein Anbieter solch eine Kopplung tatsächlich praktizieren wird, besteht diese Möglichkeit. Bei den technologischen Kopplungsfällen wird daher geprüft, ob die Produktintegration tatsächlich keine technische Tarnung einer wettbewerbswidrigen Kopplung ist und Technologiegewinne für Verbraucher erbringen kann.

In diesem Verfahren muss der Kläger beweisen, dass die Produktintegration lediglich eine Kopplung von zwei verschiedenen Gütern ist, die bezweckt, den Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt auszuschließen. Der Beklagte muss danach darstellen, dass die Produktintegration keine technische Tarnung einer wettbewerbswidrigen Kopplung ist und Technologiegewinne für Verbraucher bietet, die nicht erzielt werden können, wenn diese Produkte von Verbrauchern selbst kombiniert werden. Wenn der Kläger diese Technologiegewinne-Behauptung nicht widerlegen kann, sollte die Produktintegration als ein einzelnes Produkt behandelt werden. Sie ist daher kein Kopplungsfall. Hier sollten sich die Kartellbehörden und Gerichte in die technische Untersuchung auf diese Technologiegewinne nicht verstricken, da sie ungenügend sind, die Technologiegewinne abzuschätzen. Selbst wenn sie beurteilen, dass die Produktintegration lediglich eine Kopplung von zwei verschiedenen Gütern ist, dann muss diese Kopplung weiter geprüft werden, ob sie wettbewerbsbeschränkende Effekte haben kann.

⁸⁰⁰ Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie; Schmalensee, 99 Am. Econ. Rev. 192 (2000); Evans/Schmalensee, Some Economic Aspect of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries, S. 2.

⁸⁰¹ Hylton/Salinger, 69 Antitrust L.J. 469, 479 (2001).

B. Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Kopplungsgeschäfte

Die zweite Stufe der *rule of reason* – Analyse beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Kopplungsgeschäft wettbewerbswidrige Effekte haben kann. Es gibt hier 5 Umstände zu analysieren, um zu bestimmen, dass das betreffende Kopplungsgeschäft wettbewerbsbeschränkend ist, nämlich: Marktmacht auf dem Primärmarkt, Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt, Ausschaltung des Wettbewerbs, Marktzutrittschranken und Anreize zu koppeln.

1. Marktmacht auf dem Primärmarkt

Wettbewerbsbeschränkende Kopplungsgeschäfte setzen voraus, dass das betreffende Unternehmen eine Marktmacht auf dem Primärmarkt bzw. dem koppelnden Markt innehat.⁸⁰² Kopplungsgeschäfte sind allgegenwärtig. Sowohl Unternehmen mit Marktmacht als auch Unternehmen ohne Marktmacht praktizieren Kopplungsgeschäfte. Allerdings haben nur marktbeherrschende Unternehmen die Fähigkeit, wettbewerbswidrige Kopplung durchzuführen, um den Sekundärmarkt zu beherrschen.⁸⁰³ Ohne marktbeherrschende Stellung können Unternehmen ihre Konkurrenten durch Kopplungsgeschäfte nicht beseitigen. Denn Konkurrenten sind in der Lage, das Ziel dieser Kopplung zu vereiteln oder die gleiche Kopplung zu praktizieren.⁸⁰⁴ Dies bedeutet aber nicht, dass Kopplungsgeschäfte von marktbeherrschenden Unternehmen immer wettbewerbsbeschränkend sind, oder wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erreicht, seine Kopplung wettbewerbswidrig wird. Eher bedeutet dies, dass wenn die Kartellbehörden und Gerichte eine Kopplung als illegal beurteilen möchten, sie klar beweisen müssen, dass das betreffende Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Primärmarkt verfügt. Manchmal reicht eine marktbeherrschende Stellung alleine nicht aus, um eine effektive wettbewerbsbeschränkende Kopplung durchzuführen. Dazu braucht das betreffende Unternehmen sogar eine quasi Monopolstellung.⁸⁰⁵ Anderenfalls können Konkurrenten auf dem Primärmarkt und auf dem Sekundärmarkt zusammenarbeiten, um sich der Kopplung des Marktbeherrschers anzupassen.⁸⁰⁶

⁸⁰² Ahlborn/Evans/Padilla, 49 Antitrust Bul. 287, 331 (2004).

⁸⁰³ A.a.O.; Vives/Seabright, Tying and Bundling: From Economics to Competition Policy, 19. September 2002, verfügbar auf: http://www.cne.org/pub_pdf/2002_09_19_tying_bundling.htm.

⁸⁰⁴ A.a.O.

⁸⁰⁵ Ahlborn/Evans/Padilla, a.a.O.

⁸⁰⁶ A.a.O.

2. Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt

Wenn der Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt bzw. dem gekoppelten Markt perfekt ist, kann ein Monopolist durch ein Kopplungsgeschäft keinen zusätzlichen Monopolgewinn auf dem Sekundärmarkt abschöpfen. Die *single-monopoly-profit*-Theorie der *Chicago School* wird in dieser Situation gelten.⁸⁰⁷ Wenn der Sekundärmarkt hingegen nicht perfekt konkurrierend ist, kann das Kopplungsgeschäft des Monopolisten eine effektive Methode für *Leveraging* werden. Wie die *Post-Chicago*-Theorie erklärt, wenn der Sekundärmarkt von *economies of scale* und Oligopol beschrieben wird, hat ein Monopolist Anreize, wettbewerbswidrige Kopplung auszuüben, in dem der Monopolist den Betrieb seiner Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt immer wieder nicht Gewinn bringend verursacht und damit die Konkurrenten die genügende Skalengewinne nicht erreichen können.⁸⁰⁸ Beispielsweise senkt der Monopolist den Preis für das gekoppelte Gut. Im Oligopolmarkt wird diese Preissenkung dazu führen, dass Konkurrenten den Preis dieses Produktes auch senken. Im Ergebnis verringern sich die Gewinne der Konkurrenten in diesem Markt und letztendlich gehen sie von diesem Markt weg. In dieser Situation kann *Leveraging* auftreten.

3. Ausschaltung des Wettbewerbs

Kopplungsgeschäfte sind wettbewerbswidrig, wenn sie zur Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt führen. Nach der *rule of reason* – Analyse muss die Ausschaltung des Wettbewerbs mit ausreichenden Beweisen geprüft werden, dass Wettbewerber auf dem gekoppelten Markt tatsächlich verdrängt werden können. Es reicht hier nicht, zu behaupten, dass es ein Risiko gibt, dass der Wettbewerb in der Zukunft ausgeschaltet wird.⁸⁰⁹ Ebenfalls ist die bloße Tatsache, dass ein Monopolist auch auf einem benachbarten Markt tätig ist, kein ausreichender Beweis, dass Wettbewerber in diesem Markt nicht mehr tätig sein können.

Die Ausschaltung des Wettbewerbs kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Im Fall der Produktintegration beispielsweise, können Wettbewerber ausgeschaltet werden, wenn ihre Produkte nicht mehr kompatibel mit dem koppelnden Gut des Monopolisten sind.⁸¹⁰ Dies ist in den Fällen *IBM* in den siebziger Jahren in den USA geschehen. Darüber hinaus können Wettbewerber auch vom Markt verdrängt werden, wenn das gekoppelte Gut wegen der

⁸⁰⁷ A.a.O.

⁸⁰⁸ *Whinston*, 80 Am. Econ. Rev. 837, 855 f. (1990).

⁸⁰⁹ *Heiner*, 72 U. Chi. L.R. 123, 138 (2005).

⁸¹⁰ A.a.O., S. 139.

Produktintegration im Einzel nicht mehr nützlich anzubieten ist.⁸¹¹ In den sechziger und siebziger Jahren beispielsweise, boten viele Unternehmen Klimaanlage-Systeme als ein Zusatzgerät für Autos an. Später entwarfen Autohersteller Autos mit hoch entwickelten Klimaanlage-Systemen, die in die Autos integriert wurden. Infolge dessen wurden Klimaanlage-Systeme als ein Zusatzgerät für Autos nicht mehr verwendet.⁸¹²

Bei der *rule of reason* – Analyse werden wettbewerbsfördernde- und wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Kopplungsgeschäfte ausgeglichen. Also obwohl ein Kopplungsgeschäft zur Ausschaltung des Wettbewerbs führt, kann es gerechtfertigt werden, wenn die Effizienzgewinne dieser Kopplung den Schaden der Ausschaltung des Wettbewerbs überwiegen. Die Fälle *IBM* in den USA sind Beispiele dieser Kopplung. Die Integration der Klimaanlage-Systeme in Autos hat auch gezeigt, dass die Ausschaltung des Wettbewerbs lediglich Effizienzgewinne der Produktintegration und den Konsumentenvorzug reflektiert.⁸¹³ Die Verbraucherwohlfahrt verringert sich hier nicht, obwohl der Wettbewerb auf dem gekoppelten Markt ausgeschaltet wurde. Diese Produktintegration ist daher keine wettbewerbsbeschränkende Kopplung. Wenn also die Ausschaltung der Wettbewerber auf dem Sekundärmarkt zur Verminderung der Verbraucherwohlfahrt führt, ist die Kopplung wettbewerbswidrig.

4. Marktzutrittschranken

Obwohl ein Monopolist seine Konkurrenten vom Sekundärmarkt erfolgreich verdrängen kann, tritt *Leveraging* nicht auf, wenn potentielle Wettbewerber ohne Hindernisse in den Markt eintreten und dort mit dem Monopolisten konkurrieren können.⁸¹⁴ Diese Situation geschieht vor allem in dynamischen Hochtechnologiemärkten. Wenn einmal ein Unternehmen mit großem Netzwerk die führende Position in diesem Markt gewinnt, werden die verlierenden Unternehmen den Markt verlassen.⁸¹⁵ Allerdings sind diese Märkte von einem schnellen technologischen Wandel gekennzeichnet. Wenn also ein neuer Wettbewerber ein neues technologisch überlegenes Produkt einführt, wird das alte Produkt des Monopolisten

⁸¹¹ A.a.O.

⁸¹² A.a.O.

⁸¹³ A.a.O.; *Shulman*, 6 Sedona Conf. J. 80 (2005).

⁸¹⁴ *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 333 (2004).

⁸¹⁵ *Weidenhammer*, 114 Yale L.J. 405, 410 f. (2004).

ersetzt.⁸¹⁶ *Leveraging* tritt hier nicht auf. *Leveraging* ist möglich, wenn auf dem Sekundärmarkt Marktzutrittschranken bestehen. Beispielsweise ist der Eintritt auf den Sekundärmarkt sehr kostspielig, oder wenn die Skalengewinne in der Produktion auf dem Sekundärmarkt sehr hoch sind. Die Kopplung ist wettbewerbsbeschränkend, da sie dazu führt, dass der Eintretende genügende Skale der Produktion nicht erreichen kann. Darüber hinaus sollten die Kartellbehörden und Gerichte auch die Umstände des Primärmarktes berücksichtigen. Wenn potentielle Wettbewerber in den Primärmarkt noch eintreten können, kann der Monopolist den Monopolgewinn auf dem Primärmarkt nicht abschöpfen.⁸¹⁷ Seine Kopplung kann nicht wettbewerbsbeschränkend sein. *Leveraging* kann nur auftreten, wenn Marktzutrittschranken auf beiden Märkten existieren. Bei der *rule of reason* – Analyse ist es daher wichtig, zu prüfen, ob potentielle Wettbewerber Zugangshindernisse sowohl auf dem Primärmarkt als auch auf dem Sekundärmarkt treffen.

5. Anreize zu koppeln

Ein Monopolist kann zwar Kopplungsgeschäfte benutzen, um Wettbewerber vom Sekundärmarkt zu verdrängen. Allerdings benachteiligt diese Verhaltensweise den Monopolisten selbst, wenn das gekoppelte Gut ein komplementäres Produkt für das koppelnde Gut ist. Denn komplementäre Produkte können die Nachfrage für das koppelnde Gut bzw. das Monopolprodukt erhöhen.⁸¹⁸ Wenn also der Monopolist seine Konkurrenten vom gekoppelten Markt verdrängen möchte, macht er sein Monopolprodukt nicht attraktiv.⁸¹⁹ Das heißt, der Monopolist hat die Fähigkeit aber keinen Anreiz, die Konkurrenten auf dem Sekundärmarkt zu beseitigen. Im Gegenteil hat der Monopolist einen Anreiz, zu sichern, dass der Sekundärmarkt bzw. der Markt für komplementäre Produkte konkurrierend ist.⁸²⁰ Wenn ein anderes Unternehmen diesen Markt monopolisiert, wird es die Produktion der komplementären Produkte beschränken und ihren Preis über die Grenzkosten erhöhen. Die Preiserhöhung der komplementären Produkte wird zur Verminderung des Verkaufs des Monopolsprodukts führen. Dies benachteiligt den Monopolisten, da sich seine

⁸¹⁶ *Elzinga/Mills*, 44 Antitrust Bull. 739, 758, 785 f. (1999); *Shapiro/Varian*, Information rules – A strategic guide to the network economy, S. 173.

⁸¹⁷ *Carlton/Waldman*, The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, 33 Rand J. Econ. 194 (2002), verfügbar auf: <http://www.nber.org/papers/w6831/>.

⁸¹⁸ *Vives/Seabright*, Tying and Bundling: From Economics to Competition Policy, 19. September 2002, verfügbar auf: http://www.cne.org/pub_pdf/2002_09_19_tying_bundling.htm.

⁸¹⁹ A.a.O.

⁸²⁰ *Evans*, Tying – The Poster Child for Antitrust Modernization, S. 15, November 2005, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=863031>.

Monopolgewinne damit verringern. Deshalb hat der Monopolist einen Anreiz, den Wettbewerb auf dem Markt für komplementäre Produkte zu begründen.⁸²¹ Wie die *Chicago School* behauptet, ein Monopolist hat keinen Anreiz, *Leveraging* zu praktizieren, wenn das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut komplementär sind und in bestimmter Menge (*fixed proportion*) angewandt werden. In dieser Situation gilt das *fixed-sum*-Argument der *Chicago School*.

Diese Auffassung ist jedoch nach Ansicht der Kommission eine naive Auffassung über Bündelung.⁸²² Die Kommission mag die *Post-Chicago*-Theorie anwenden, die sie höher entwickelt bewertet.⁸²³ Die *Post-Chicago*-Literatur hat mit verschiedenen Modellen dargestellt, dass unter bestimmten Umständen ein Monopolist Anreize hat, *Leveraging* durchzuführen. Eines der Modelle, auf das die Kommission verweist, ist das Model von *Carlton & Waldman*.⁸²⁴ In diesem Model zeigen *Carlton & Waldman*, dass wenn das koppelnde Gut und das gekoppelte Gut komplementär sind, ein Monopolist auch einen Anreiz hat, den Sekundärmarkt zu monopolisieren, wenn das Konkurrenzprodukt auf dem Sekundärmarkt als ein Substitut des Monopolproduktes funktionieren kann. Hier hängt der Eintritt auf den Primärmarkt von dem Erfolg des Eintritts auf den Sekundärmarkt ab. Also kann ein potentieller Wettbewerber auf den Primärmarkt nur eintreten, wenn er zuerst auf den Sekundärmarkt erfolgreich eintreten kann. Dieses Modell setzt voraus, dass das Konkurrenzprodukt auf dem Sekundärmarkt besser oder billiger ist als das Produkt des Monopolisten. In dieser Situation trifft der Monopolist einen effizienteren Wettbewerber auf dem Sekundärmarkt, der später auf den Primärmarkt auch eintreten kann. Der Monopolist hat daher einen Anreiz, wettbewerbswidrige Kopplung durchzuführen, um den Wettbewerber auf dem Sekundärmarkt zu beseitigen. Infolge dessen ist der Eintritt auf den Primärmarkt sehr unwahrscheinlich. Das Motiv dieser *Leverage*-Verhaltensweise ist nicht, die Gewinne auf dem Sekundärmarkt zu erhöhen, sondern vor dem Eintritt in den Primärmarkt abzuschrecken.⁸²⁵

Die Theorie von *Carlton & Waldman* basiert sich auf dem Fall *Microsoft* in den USA. *Carlton & Waldman* versuchten, zu erklären, warum die Kartellbehörde gegen die Integration von IE (das gekoppelte Gut) in das Windows (das koppelnde Gut) war, während die Integration anderer Funktionen in das Windows akzeptiert werden konnte. *Carlton &*

⁸²¹ A.a.O.

⁸²² *Kommission, An economic approach to Article 82*, Report by the EAGCP, S. 41, July 2005.

⁸²³ A.a.O., S. 26, 41.

⁸²⁴ *Carlton/Waldman*, 33 Rand J. Econ. 194 (2002).

⁸²⁵ A.a.O.

Waldman behaupten, Microsoft sah Netscape als einen Internet Browser, der auch einen Software-Plattform funktionieren kann. Netscape ist daher ein potentieller Konkurrent von Windows. Bevor Netscape eine Drohung für Windows sich entwickelt, so behaupten *Carlton & Waldman*, versucht Microsoft, Netscape auf dem Browsermarkt zu beseitigen. Zu diesem Zweck koppelt Microsoft IE und Windows.

Diese Theorie ist zwar sinnvoll, aber sie setzt bestimmte Umstände voraus, die nicht immer geeignet mit den Tatsachen des betreffenden Marktes sind.⁸²⁶ Erstens setzt die Theorie voraus, dass der Eintritt auf den Sekundärmarkt sehr kostspielig ist. Andernfalls kann der potentielle Wettbewerber auf den Sekundärmarkt und auf den Primärmarkt auf einander folgend eintreten.⁸²⁷ Wenn dies geschieht, tritt *Leveraging* nicht auf. Zweitens nimmt die Theorie an, dass das Konkurrentenprodukt auf dem Sekundärmarkt als ein Substitut des Monopolproduktes funktionieren kann. Drittens läuft die Theorie nicht gut, wenn manche Verbraucher nur nach dem Primärprodukt nachfragen. Die Vorteile des Eintritts auf den Primärmarkt werden nicht allzu sehr von der Monopolisierung des Sekundärmarktes beeinflusst.⁸²⁸ Ferner sind *Carlton & Waldman* selber der Ansicht, dass die wettbewerbswidrigen Koppelungsfälle besondere Fälle sind, deshalb muss man berücksichtigen, ob die Umstände, unter denen *Leveraging* auftreten kann, im betreffenden Fall vorliegen.⁸²⁹ Wenn also diese Umstände im betreffenden Fall nicht gefunden werden können, heißt das, das betreffende Unternehmen hat keinen Anreiz, den Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt auszuschalten.

Zu prüfen ist daher bei der *rule of reason* – Analyse nicht nur die Fähigkeit, sondern auch die Anreize des betreffenden Unternehmens, wettbewerbsbeschränkende Kopplung auszuüben.

C. Rechtfertigungsgründe

Wenn auf der zweiten Stufe des Tests geprüft werden kann, dass die Kopplung wettbewerbsbeschränkende Effekte haben kann, muss weiterhin untersucht werden, ob diese Kopplung durch wettbewerbliche Gründe, wie Effizienzgewinne, gerechtfertigt werden kann. Diese Rechtfertigung ist nicht zu zeigen, dass diese Kopplung nicht wettbewerbsbeschränkend ist. Sondern sie legt dar, dass obwohl die Kopplung

⁸²⁶ Vgl. *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 497 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 328 (2004); *Evans*, *Tying – The Poster Child for Antitrust Modernization*, S. 17.

⁸²⁷ A.a.O.

⁸²⁸ *Ahlborn/Evans/Padilla*, a.a.O.

⁸²⁹ *Carlton/Waldman*, 33 Rand J. Econ. 194 (2002).

wettbewerbsbeschränkende Effekte haben kann, sie nicht illegal ist, da deren Effizienzvorteile das Übergewicht über die wettbewerbswidrigen Effekte gewinnen.

Kopplungsgeschäfte sind allgegenwärtig, weil sie Effizienzgewinne erbringen können. Allerdings sind diese Effizienzgewinne schwierig zu beweisen. Die *rule of reason* – Analyse sollte daher die Beweislast dem Kläger auferlegen. Das heißt, der Kläger muss beweisen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Effekte der Kopplungsgeschäfte die Effizienzgewinne überwiegen. Bei diesem Verfahren muss der Kläger zuerst beweisen, dass die Kopplung tatsächlich zur Ausschaltung des Wettbewerbs führt.⁸³⁰ Danach sollte der Beklagte Rechtfertigungsgründe für seine Kopplung angeben. Hier muss er beweisen, dass seine Kopplung Effizienzvorteile bringt und dass diese Effizienzvorteile nur durch diese Kopplung erzielt werden können. Wenn der Kläger diese Rechtfertigungsgründe widerlegen möchte, muss er nachweisen, dass diese Effizienzgewinne in der Tat nicht geschehen, und sich somit die Verbraucherwohlfahrt verringert. Wenn der Beklagte seine Rechtfertigungsgründe überzeugend verteidigen kann, dann sollte der Kläger darstellen, dass die wettbewerbsbeschränkenden Effekte dieser Kopplung die Effizienzvorteile überwiegen.⁸³¹ Wenn der Kläger dies nicht beweisen kann, sollte die Kopplung als legal beurteilt werden.

III. Freundliche Behandlung

Kopplungsgeschäfte können pro- und antiwettbewerbliche Effekte haben. Die Beurteilung, ob eine Kopplung ganz sicher wettbewerbsfördernde- oder wettbewerbsbeschränkende Effekte hat, ist dennoch eine schwierige Aufgabe. Ökonomen haben den Kartellbehörden und den Gerichten viele Theorien über Kopplungsgeschäfte geliefert. Allerdings passt der Sachverhalt der Kopplungsfälle nicht immer mit diesen Theorien. Es besteht daher die Möglichkeit, dass die Kartellbehörden und Gerichte eine Kopplung falsch beurteilen. Wie sollten Kopplungsgeschäfte behandelt werden? Die europäische Rechtspraxis behandelt Kopplungsgeschäfte sehr streng. Diese Arbeit bevorzugt jedoch eine freundliche Behandlung der Kopplungsfälle, die glaubt, dass Kopplungsgeschäfte üblicherweise effizient sind, und deshalb Kopplungsgeschäfte nur dann verbietet, wenn es klare Beweise gibt, dass sie die Verbraucherwohlfahrt verringern.

⁸³⁰ Vgl. *Evans/Padilla*, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, S. 7 f.

⁸³¹ A.a.O.

Eine freundliche Behandlung der Kopplungsgeschäfte wird jetzt auch vom *Supreme Court* angewandt. Im Urteil *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*⁸³² erklärt der Gerichtshof, dass er seine ablehnende Haltung gegenüber Kopplungsgeschäfte aufgibt. Der *Supreme Court* stimmt mit der herrschenden Meinung überein, dass viele Kopplungen völlig konsistent mit einem freien, konkurrierenden Markt sind. Er bestätigt daher das Kopplungsgeschäft in diesem Fall.⁸³³

Die freundliche Behandlung ist aufgrund zwei Faktoren vorzuziehen: Risiko der Fehlentscheidungen und Irrtumkosten.

A. Risiko der Fehlentscheidungen

Es gibt allgemein zwei Kategorien der Fehlentscheidungen: fälschliche Freisprüche (*false acquittals*) und fälschliche Verurteilungen (*false convictions*). Fälschliche Freisprüche in Kopplungsfällen geschehen, wenn die Kartellbehörden und Gerichte wettbewerbswidrige Kopplungen irrtümlicherweise bestätigen. Fälschliche Verurteilungen in Kopplungsfällen treten auf, wenn die Kartellbehörden und Gerichte wettbewerbsfördernde Kopplungen irrtümlicherweise verurteilen. Ein Rechtstandard, der Kopplungsgeschäfte streng behandelt, kann dazu führen, dass viele wettbewerbsfördernde Kopplungen irrtümlicherweise untersagt werden. Die Möglichkeit der fälschlichen Verurteilungen ist hier groß. Wenn hingegen Kopplungsgeschäfte freundlich behandelt werden, können viele wettbewerbswidrige Kopplungen irrtümlicherweise bestätigt werden. Die Möglichkeit der fälschlichen Freisprüche ist hier groß. Fraglich ist hier, welche Fehlentscheidung vorzuziehen ist für Kopplungsgeschäfte? Diese Arbeit bevorzugt die fälschlichen Freisprüche als die fälschlichen Verurteilungen aus folgenden Gründen.

Erstens können Kopplungsgeschäfte Effizienzvorteile erbringen. Sowohl Unternehmen in beherrschender Stellung als auch Unternehmen im konkurrierenden Markt praktizieren Kopplungsgeschäfte wegen dieser Effizienzvorteile. Die *Post-Chicago*-Literatur hat zwar gezeigt, dass unter bestimmten Umständen Kopplungsgeschäfte ein effektives Mittel für

⁸³² *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. ____ (2006).

⁸³³ Siehe: *McLaughlin*, 48-MAR Orange County Law. 38 (2006); *Seidenberg*, 5 NO. 9 A.B.A. J. E-Report 1(2006); *Gowdy/Marcinko*, Supreme Court Strikes Down Presumption of Illegality for Tying Arrangements Involving a Patented Product, 02.03.2006, abrufbar unter: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38136&lastestnews=1>; *McGibbon*, Supreme Court Abolishes Presumption of Market Power In Antitrust Patent Tying Cases, 28.03.2006, abrufbar unter: <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38706&lastestnews=1>.

Leveraging sind. Allerdings sind diese Umstände in der Tat schwierig zu erfüllen. Die wettbewerbswidrigen Kopplungen sind besondere Fälle.⁸³⁴ Die Durchsuchung nach diesen besonderen Fällen ist kostspielig, da sie auf die Effizienzvorteile der Kopplung verzichtet. Das Kopplungsrecht sollte nicht so streng sein, dass viele Kopplungsgeschäfte untersagt werden, nur um sichern zu stellen, dass diese besonderen Fälle gefunden werden.⁸³⁵

Zweitens kann das Wirtschaftssystem Monopol korrigieren aber es hat keine Fähigkeit, die Fehlentscheidungen der Kartellbehörden und Gerichte zu korrigieren.⁸³⁶ Das Wirtschaftssystem kann einen monopolisierten Markt zu einem konkurrierenden Markt selbst verändern.⁸³⁷ Dies kann dadurch geschehen, indem die großen Gewinne des Monopolisten attraktiv für potentielle Wettbewerber sind, in den monopolisierten Markt einzutreten. Demgegenüber können die Fehlentscheidungen des Gerichtshofs nicht getilgt werden.⁸³⁸ Wenn einmal eine Kopplung untersagt wird, bleibt sie immer illegal, obwohl sie eigentlich effizient ist. Der Fall *Hilti* ist ein Beispiel dafür. Die Kopplung von Bolzen und Kartuschenstreifen konnte nicht wettbewerbsbeschränkend sein, aber sie wurde als illegal beurteilt. Im Ergebnis kann Hilti Bolzen und Kartuschenstreifen niemals koppeln.

Drittens sind die Irrtumskosten für die fälschlichen Verurteilungen normalerweise hoch, während die Irrtumskosten für die fälschlichen Freisprüche normalerweise gering sind.⁸³⁹ Wettbewerbsfördernde Kopplungen können die Produktionskosten für jede Produktionseinheit reduzieren. Wenn diese Kopplungen irrtümlicherweise untersagt werden, verlieren die Effizienzvorteile für die ganze Reihe der Produktion.⁸⁴⁰ Die Irrtumskosten für diese Fehlentscheidungen sind daher hoch. Wettbewerbswidrige Kopplungen führen zum Verbraucherschaden nur bis zur Weite, in dem sie zu der Verminderung der Produktion führen.⁸⁴¹ Wenn diese Kopplungen irrtümlicherweise bestätigt werden, umfasst der Verlust nur einen Teil der Produktionsreihe.⁸⁴² Die Irrtumskosten für diese Fehlentscheidungen sind daher weniger als die Irrtumskosten für die fälschlichen Verurteilungen.

⁸³⁴ Siehe: *Carlton/Waldman*, 33 Rand J. Econ. 194 (2002); *Whinston*, 80 Am. Econ. Rev. 837, 855 f. (1990).

⁸³⁵ Vgl. *Easterbrook*, 63 Tex. L.R. 1, 15 (1984).

⁸³⁶ A.a.O.; *Lopatka*, 68 Antitrust L.J. 145 (2000); *Epstein*, 73 U. Chi. L. Rev. 111 (2006).

⁸³⁷ *Easterbrook*, a.a.O.

⁸³⁸ A.a.O.

⁸³⁹ A.a.O.; *McGowan*, 20 Berkeley Tech. L.J. 1185 (2005).

⁸⁴⁰ A.a.O.

⁸⁴¹ A.a.O.

⁸⁴² A.a.O.

B. Irrtumskosten

Eine freundliche Behandlung der Kopplungsfälle ist auch vorzuziehen, um die Irrtumskosten der Fehlentscheidungen zu verringern. In der Literatur gibt es verschiedene Methoden, die Irrtumskosten zu berechnen.⁸⁴³ Diese Arbeit wendet die Methode von *Evans & Padilla* an,⁸⁴⁴ die die Untersuchung von *Nalebuff & Majerus* als ein Muster für die Berechnung der Irrtumskosten nimmt. Obwohl die Irrtumskosten für fälschliche Verurteilungen normalerweise mehr als die Irrtumskosten für fälschliche Freisprüche sind, nehmen *Evans & Padilla* in dieser Methode an, dass die Irrtumskosten für beide Fehlentscheidungen gleich sind.

Nalebuff & Majerus haben 11 Kopplungsfälle in der EU, den USA und England dahingehend untersucht, ob die Gerichte diese Kopplungsfälle richtig beurteilt hatten.⁸⁴⁵ Diese Untersuchung ist zwar ein kleines und subjektives Muster der Kopplungsfälle, aber diese Fälle sind die wichtigsten Kopplungsfälle in der EU, den USA und England.⁸⁴⁶ Von diesen 11 Kopplungsfällen beurteilen *Nalebuff & Majerus*, dass 4 Kopplungen wettbewerbswidrig und 7 Kopplungen nicht wettbewerbswidrig sind. Die Gerichte hatten jedoch 4 Kopplungen als legal und 7 Kopplungen als illegal beurteilt. Tabelle 1 fasst das Ergebnis dieser Untersuchung zusammen.

Tabelle 1. Die Untersuchung von *Nalebuff & Majerus* (2003)

	legal	illegal	
Wettbewerbswidrig	0 (0%)	4 (36%)	= 4 (36%)
Nicht wettbewerbswidrig	4 (36%)	3 (27%)	= 7 (64%)

Tabelle 1 zeigt, dass 36% (4/11) Kopplungen wettbewerbswidrig und 64% (7/11) nicht wettbewerbswidrig sind. Es gibt keine wettbewerbswidrigen Kopplungen, die irrtümlicherweise bestätigt werden. Die fälschlichen Freisprüche sind hier 0% (0/11). Demgegenüber werden 3 nicht wettbewerbswidrige Kopplungen irrtümlicherweise untersagt. Die fälschlichen Verurteilungen sind hier 27% (3/11). Die gesamten Fehlentscheidungen sind daher 27% (0% + 27%). Wenn die Irrtumskosten für die fälschlichen Freisprüche und für die

⁸⁴³ Vgl. *Evans/Padilla*, 72 U. Chi. L.R. 73, 93 f. (2005); *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 497 (2001); *Cass/Hylton*, 74 S. Cal. L.R. 657 (2001); *Tribe*, 84 Harv. L. R. 1329 (1971).

⁸⁴⁴ *Evans/Padilla*, a.a.O.

⁸⁴⁵ *Nalebuff/Majerus*, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Report for the UK Department of Trade and Industry, February 2003, verfügbar auf: <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/bundle2.pdf>.

⁸⁴⁶ *Evans/Padilla*, 72 U. Chi. L.R. 73, 93 (2005).

fälschlichen Verurteilungen gleich sind, und die Irrtumskosten pro Fall von „K“ bezeichnet werden, sind die Irrtumskosten pro Fall gleich $0,27K$ ($1/1 \times 27\%$).⁸⁴⁷

Angenommen, dass die Dateien in Tabelle 1 ein Ergebnis von einem strengen Rechtsstandard sind, der Kopplungsgeschäfte streng behandelt. Gemäß dem strengen Rechtsstandard werden 0% der wettbewerbswidrigen Kopplungen (0/4) irrtümlicherweise als legal beurteilt (fälschliche Freisprüche) und 100% der wettbewerbswidrigen Kopplungen (4/4) richtigerweise verurteilt. Von 7 nicht wettbewerbswidrigen Kopplungen werden 57% (4/7) richtigerweise bestätigt und 43% (3/7) irrtümlicherweise untersagt (fälschliche Verurteilungen). Tabelle 2 zeigt dieses Ergebnis.

Tabelle 2. Der strengere Rechtsstandard

	legal	illegal	
Wettbewerbswidrig	0 (0%)	4 (100%)	= 4 (36%)
Nicht wettbewerbswidrig	4 (57%)	3 (43%)	= 7 (64%)

Jetzt wird ein lockerer Rechtsstandard angewandt, der Kopplungsgeschäfte freundlich behandelt. Angenommen, dass die Ziffer der wettbewerbswidrigen Kopplungen immer noch 4 und die Ziffer der nicht wettbewerbswidrigen Kopplungen immer noch 7 ist. Der lockere Standard vermindert die fälschlichen Verurteilungen um 25%, von 43% auf 18% und erhöht gleichzeitig die fälschlichen Freisprüche um 25%, von 0% auf 25%. Tabelle 3 zeigt dieses Ergebnis.

Tabelle 3. Der lockere Rechtsstandard

	legal	illegal	
Wettbewerbswidrig	1 (25%)	3 (75%)	= 4 (36%)
Nicht wettbewerbswidrig	5,7 (82%)	1,3 (18%)	= 7 (64%)

Von diesem Ergebnis können dann die Irrtumskosten der Fehlentscheidungen unter dem lockeren Rechtsstandard berechnet werden. Tabelle 4 präsentiert das.

⁸⁴⁷ A.a.O.

Tabelle 4. Die Irrtumskosten

	legal	illegal	
Wettbewerbswidrig	1 (9%)	3 (27%)	= 4 (36%)
Nicht wettbewerbswidrig	5,7 (52%)	1,3 (11%)	= 7 (64%)

Gemäß dem lockeren Rechtsstandard betragen die Fehlentscheidungen 20% der gesamten Fälle (9% fälschliche Freisprüche und 11% fälschliche Verurteilungen). Die Irrtumskosten pro Fall sind jetzt 0,20K. Deshalb sind die Irrtumskosten gemäß dem lockeren Rechtsstandard weniger als die Irrtumskosten gemäß dem strengeren Rechtsstandard.

IV. Der ökonomische Ansatz

Die Anwendung ökonomischer Analyse im Antitrust-Verfahren wurde seit den 50er Jahren vornehmlich von der *Chicago School* vorgeschlagen.⁸⁴⁸ Der ökonomische Ansatz zu Antitrustrecht fordert die Durchsetzung des amerikanischen Antitrustrechtes gemäß Effizienzgesichtspunkte mit der Begründung vom ökonomischen Beweismaterial.⁸⁴⁹ Seit den 70er und 80er Jahren haben zuerst die Gerichte und später die Antitrust-Behörden den ökonomischen Ansatz bei der Durchsetzung des Antitrustrechtes angewandt.⁸⁵⁰

Die ökonomischen Analysemethoden finden sich jetzt auch zunehmend im europäischen Wettbewerbsrecht.⁸⁵¹ Nach der Anwendbarkeit ökonomischer Analysemethoden im Art. 81 EGV und in der Fusionskontrolle führt die Kommission jetzt die Ökonomisierung des Art. 82 EGV durch. Zweck der Anwendung des ökonomischen Ansatzes zu Art. 82 EGV ist, die Verbraucherwohlfahrt zu steigern.⁸⁵² Dieser Ansatz fokussiert auf der Entstehung der wettbewerbsbeschränkenden Effekte, die Verbraucher schaden.⁸⁵³ Eine der Folgerungen des ökonomischen Ansatzes ist die Anwendung des *rule of reason* – Ansatzes in der Wettbewerbspolitik.⁸⁵⁴

⁸⁴⁸ *Rittaler*, Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis, S. 5; *Hildebrand*, 5 WuW 513 (2005).

⁸⁴⁹ *Rittaler*, a.a.O.

⁸⁵⁰ *Mueller*, 7 u. 8 WuW 533, 534 (1986).

⁸⁵¹ *Evans/Grave*, The Changing Role of Economics in Competition Policy Decisions by the European Commission during the Monti Years, Competition Policy International, Vol. 1, No. 1, S. 133 (2005); *Hildebrand*, 5 WuW 513 (2005); *Schmidtchen*, 1 WuW 6 (2006).

⁸⁵² *Kommission*, An economic approach to Article 82, Report by the EAGCP, S. 2, 7 ff., July 2005.

⁸⁵³ A.a.O., S. 2.

⁸⁵⁴ A.a.O., S. 3.

Einerseits ist diese neue Reform zu begrüßen. Vor allem in Bezug auf Kopplungsgeschäfte ist die Anwendung ökonomischer Analysemethoden zu Kopplungsfällen notwendig, um die Effizienzvorteile dieser Geschäfte zu realisieren. Wie bereits dargestellt, wendet diese Arbeit auch den ökonomischen Ansatz an bei der Analyse der Kopplungsfälle.

Andererseits ist der ökonomische Ansatz der Kommission, vor allem in Bezug auf die Leverage-Theorie umstritten. Erstens interpretiert die Kommission immer noch den Schutz der Wettbewerber als eine Bedeutung vom Schutz des Wettbewerbs. Obwohl die Kommission immer wieder betont, dass die europäische Wettbewerbspolitik den Wettbewerb statt die Wettbewerber schützt,⁸⁵⁵ zeigt die ökonomische Analyse der Kommission etwas anderes.⁸⁵⁶ Wenn einige Wettbewerber auf dem Sekundärmarkt nicht effektiv konkurrieren können oder in den Primärmarkt nicht eintreten können, ist die Kommission der Auffassung, dass eine wettbewerbswidrige Leverage-Verhaltensweise vorliegt.⁸⁵⁷ Wie bereits jedoch erklärt, bedeutet die Ausschaltung der Wettbewerber nicht immer, dass die Verbraucherwohlfahrt sich verringert. Kopplungsgeschäfte sind wettbewerbswidrig, wenn sie zur Ausschaltung der Wettbewerber führen, die auch die Verbraucherwohlfahrt verringert. Außerdem ist ein konkurrierender Markt nicht unbedingt ein Markt, in dem viele Marktteilnehmer zu jedem Zeitpunkt konkurrieren. Die Marktleistung kann als einen Anhaltspunkt bedienen, um festzustellen, dass ein Markt konkurrierend ist. Wenn also Unternehmen ihre Produkte auf Marginalkosten berechnen und Produktionskosten wegen Effizienzvorteile verringern können, ist der Markt konkurrierend. Dies verlangt keine große Zahl der Wettbewerber.⁸⁵⁸ Die Intervention von den Kartellbehörden bzw. Gerichten, eine große Zahl der Wettbewerber zu behalten, kann dazu führen, dass ineffiziente Wettbewerber auf dem Markt immer bleiben. Dies beschädigt die Verbraucherwohlfahrt. Ferner sollten bei der *rule of reason* – Analyse die Ausschaltung der Wettbewerber und die Effizienzgewinne ausgeglichen werden. Kopplungsgeschäfte sind dann nur als illegal zu beurteilen, wenn deren antikompetitiven Effekte deren prokompetitiven Effekte überwiegen.

Zweitens reflektieren die Voraussetzungen der Kommission für wettbewerbswidrige Kopplungen einen strengen Rechtsstandard. Wenn es nach der Kopplung eine getrennte Nachfrage für das gekoppelte Gut ohne das koppelnde Gut gibt, findet die Kommission, dass

⁸⁵⁵ A.a.O.; *Monti*, A reformed competition policy: achievements and challenges for the future, SPEECH/04/477, 28. Oktober 2004; *Kroes*, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, SPEECH/05/537, 23. September 2005; *Kommission*, An economic approach to Article 82, Report by the EAGCP, S. 2, July 2005.

⁸⁵⁶ *Kommission*, a.a.O., S. 17, 23.

⁸⁵⁷ A.a.O., S. 23.

⁸⁵⁸ *Kolasky*, 49 Antitrust Bull. 29, 31 f. (2004).

zwei verschiedene Güter vorliegen. Eine Voraussetzung für wettbewerbswidrige Kopplungen ist hier erfüllt.⁸⁵⁹ Wenn allerdings die Nachfrage für das gekoppelte Gut ohne das koppelnde Gut nach der Kopplung nicht mehr existiere, findet dann die Kommission, dass die Kopplung zur Ausschaltung der Wettbewerber führt und daher ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung ist.⁸⁶⁰ In dieser Konstellation können alle Kopplungsgeschäfte als wettbewerbswidrig beurteilt werden.

Drittens ist die Kommission der Ansicht, dass die Integration von Internet Explorer an das Windows sowie die Integration im Fall *IBM-Transamerica* Beispiele für wettbewerbsbeschränkende Leverage-Verhaltensweisen sind.⁸⁶¹ In der Tat wurden beide Produktintegrationen von den amerikanischen Gerichten bestätigt. Sie sind daher keine wettbewerbswidrigen Leverage-Verhaltensweisen.

Schließlich stützt sich die Kommission auf die *Post-Chicago*-Literatur, um ihre Unfreundlichkeit gegenüber Kopplungsgeschäften festzuhalten.⁸⁶² Antitrustsautoren behaupten jedoch, dass die *Post-Chicago*-Theorie nicht feindlich gegenüber Kopplungsgeschäften ist.⁸⁶³ Die *Post-Chicago*-Literatur erschien in Erwiderung der *Chicago School* – Theorie, die behauptet, dass Kopplungsgeschäfte legal *per se* sein sollten.⁸⁶⁴ Die *Post-Chicago*-Literatur mit verschiedenen Modellen zeigt, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbswidrig sein können. Sie fordert daher die Anwendung der *rule of reason* – Analyse bei Kopplungsfällen. Sie behauptet aber nicht, dass Kopplungsgeschäfte allgemein wettbewerbswidrig oder wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkend sind.⁸⁶⁵ Im Gegenteil glaubt die *Post-Chicago*-Theorie auch, dass Kopplungsgeschäfte effizient sind: „Since we know that tie-in sales are often motivated by efficiency, this elimination of cases is quite important so as not to deter efficient activity.“⁸⁶⁶ Ferner sind die Modelle der wettbewerbswidrigen Kopplungen in der *Post-Chicago*-Literatur theoretisch zwar plausibel, aber sie sind nicht immer anwendbar in tatsächlichen Kopplungsfällen. Deshalb fordert die

⁸⁵⁹ *Kommission*, Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, S. 56 § 187, Dezember 2005.

⁸⁶⁰ A.a.O., §§ 188, 198.

⁸⁶¹ *Kommission*, An economic approach to Article 82, Report by the EAGCP, S. 23, July 2005.

⁸⁶² A.a.O., S. 24 ff., 41 f.

⁸⁶³ Vgl. *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 497 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 328 (2004); *Evans*, Tying – The Poster Child for Antitrust Modernization, S. 17.

⁸⁶⁴ *Hylton/Salinger*, a.a.O.

⁸⁶⁵ *Nalebuff/Majerus*, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Report for the UK Department of Trade and Industry, February 2003; *Carlton/Waldman*, Theories of Tying and Implications For Antitrust, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304.

⁸⁶⁶ *Carlton/Waldman*, Competition Policy International, Vol. 1, No. 1, S. 27, 34 (2005).

Post-Chicago-Literatur wenige Interventionen vom Antitrust in Kopplungsfällen.⁸⁶⁷ Im amerikanischen Antitrustrecht spielt die *Post-Chicago*-Theorie keine große Rolle.⁸⁶⁸ Sie beeinflusste die Bedenken des *Supreme Court* nur im Fall *Eastman Kodak*⁸⁶⁹ und des *District Court of Columbia* nur im Fall *Microsoft III*.⁸⁷⁰

⁸⁶⁷ *Carlton/Waldman*, Theories of Tying and Implications For Antitrust.

⁸⁶⁸ *Hylton/Salinger*, 69 Antitrust L.J. 469, 497 (2001); *Ahlborn/Evans/Padilla*, 49 Antitrust Bul. 287, 328 f. (2004).

⁸⁶⁹ *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc. et al.*, 504 U.S. 451 (1992).

⁸⁷⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (Conclusions of Law).

Zusammenfassung

§ 1

Die Leverage-Theorie tauchte zum ersten Mal 1912 in einem Urteil des amerikanischen *Supreme Court* im Fall *Sidney Henry v. A.B. Dick Co.*⁸⁷¹ auf. Der Fall bezieht sich auf ein Kopplungsgeschäft eines patentierten Produkts (Patronen-Verdoppelungsmaschine namens „Rotary Mimeograph“) und anderer Produkte (Patronenpapier, Tinte und andere zugehörigen Produkte). Der *Supreme Court* erlaubte das Kopplungsgeschäft, während die *dissenting opinion* befürchtete, das Kopplungsgeschäft würde die vom Patentrecht erworbene Monopolstellung auf andere Märkte ausdehnen. Seitdem wurde die Leverage-Theorie als eine Verletzung des Section 2 Sherman Act im amerikanischen Antitrustrecht viel diskutiert.

Die Leverage-Theorie zu Kopplungsgeschäften hat sich durch die Debatten zwischen Antitrustautoren und den Gerichten entwickelt. Diese Entwicklung verlief in drei Phasen: traditionelle Leverage-Theorie, *Chicago School* – Theorie und *Post-Chicago* – Theorie. Die traditionelle Leverage-Theorie behauptet, dass *Leveraging* durch Kopplungsgeschäfte eine zweite Monopolstellung begründen würde; Kopplungsgeschäfte seien wettbewerbswidrig und daher *per se illegal*.⁸⁷² In den 50er Jahren begann die *Chicago School* die traditionelle Leverage-Theorie anzugreifen.⁸⁷³ Die *Chicago School* war der Ansicht, die Monopolausdehnung durch Kopplungsgeschäfte mache keinen Sinn; Kopplungsgeschäfte führten zu Effizienzvorteilen; Sie seien wettbewerbsfördernd und daher *per se legal*.⁸⁷⁴ Die *Chicago School*-Theorie wurde jedoch seit den 80er Jahren von Ökonomen⁸⁷⁵ stark kritisiert. Die sog. *Post-Chicago School* behauptet, Kopplungsgeschäfte könnten zu Effizienzvorteilen führen, aber unter bestimmten Umständen könnte ein Monopolist durch Kopplungsgeschäfte seine Marktmacht ausdehnen; Kopplungsgeschäfte könnten sowohl wettbewerbswidrige- als auch wettbewerbsfördernde Effekte haben. Sie weist daher die Generalisierung der *per se illegal rule* und der *per se legal rule* zurück und fordert die Anwendung des *rule of reason* - Ansatzes. Die Theorie der *Post-Chicago* setzt jedoch detaillierte Tatsachenfeststellung

⁸⁷¹ 224 U.S. 1 (1912).

⁸⁷² Vgl. *Kaysen & Turner*, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, S. 157; *Bauer*, 33 Vand. L.R. 283, 291f. (1980); *Meese*, 146 U. Pa. L.R. 1, 5 (1997).

⁸⁷³ *Kattan*, 9 Antitrust 41 (1994).

⁸⁷⁴ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281 (1956); *Posner*, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 171-84; *Bork*, The Antitrust Paradox, S. 365-81; *Burstein*, 55 Nw. U. L.R. 62 (1960); *Blair/Kaserman*, 68 Am. Econ. Rev. 397 (1978); *Blair/Kaserman*, Antitrust Economics, S. 382- 94.

⁸⁷⁵ *Kaplow*, 85 Colum. L.R. 515 (1985); *Whinston*, 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990); *Seidmann*, 58 *Economica* 491 (1991).

voraus, um die wettbewerbswidrigen Effekte der Leverage-Verhaltensweise zu prüfen. Die Streitfrage der *Post-Chicago* - Theorie ist zu komplex, als dass der Antitrust mit ihr ermitteln kann.⁸⁷⁶

§ 2

Für eine lange Zeit stimmte der *Supreme Court* mit der traditionellen Leverage-Theorie überein, dass Kopplungsgeschäfte ein Mittel der Monopolausdehnung und daher *per se* illegal sind. Jedoch änderte der *Supreme Court* Mitte der achtziger Jahren im Fall *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*⁸⁷⁷ seine ablehnende Haltung gegenüber Kopplungsfällen. Hier koppelte das Krankenhaus Jefferson Parish Operationsdienste mit Narkosediensten. Die *Chicago School*-Theorie beeinflusste die Analyse des Gerichtshofs in diesem Fall, dahingehend, dass er anerkannte, dass Kopplungsgeschäfte wettbewerbliche Vorteile bringen können. Allerdings blieb er dabei die *per se rule* anzuwenden. Trotzdem bestätigte er diese Kopplung, weil das Krankenhaus keine Marktmacht innehatte, um die Kopplung zu erzwingen. Die Regel in *Jefferson Parish* wurde vom *Supreme Court* 2006 im Urteil *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* wieder angewandt.⁸⁷⁸ Der Gerichtshof bestätigte die Kopplung von Drucker und Tinte, weil es keine Beweise gab, dass Illinois Tool Works Inc. eine Marktmacht innehatte.

Die unteren Gerichte in den USA versuchten, die Umstände, unter denen eine Kopplung nach der *Jefferson Parish* – Prüfung illegal beurteilt werden kann, zu begrenzen.⁸⁷⁹ Am berühmtesten ist das *District of Columbia Circuit (D.C. Circuit)* im Fall *Microsoft III*. In diesem Fall integrierte Microsoft seinen Internetbrowser „Internet Explorer“ (IE) an sein PC-Betriebssystem „Windows“.⁸⁸⁰ Das *D.C. Circuit* stellte fest, diese Integration sei keine wettbewerbswidrige Kopplung. Das Gericht lehnte ab, die *per se rule* anzuwenden, und weist darauf hin, im Fall von Software-Kopplungen die *rule of reason* anzuwenden. Nach der *rule of reason* – Analyse werden die Effizienzvorteile der Produktintegration mit den wettbewerbsbeschränkenden Effekten ausgeglichen.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ *Hovenkamp*, 84 Mich. L.R. 213, 261 (1985).

⁸⁷⁷ *Jefferson Parish District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

⁸⁷⁸ *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. ____ (2006).

⁸⁷⁹ *Heiner*, 72 U.Chi.L.R. 123, 136 (2005).

⁸⁸⁰ *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (Conclusions of Law); veröffentlicht unter <http://www.usdoj.gov/atr.cases/f4900/f4909.htm>.

⁸⁸¹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 94 (D.C. Cir. 2001).

§ 3

Im europäischen Wettbewerbsrecht finden sich die Leverage-Theorie bei der Kommissionspraxis und Rechtsprechung zu Kopplungsfällen gemäß Art. 82 EGV. Sie ist jedoch noch nicht so weit entwickelt wie im amerikanischen Antitrustrecht. Nach Art. 82 lit. d) EGV sind Kopplungsgeschäfte missbräuchlich, wenn sie „weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“ Allerdings können sie durch wettbewerbliche Gründe (z.B. Effizienzvorteile und Sicherheitsmaßnahme) gerechtfertigt werden. Kopplungsgeschäfte sind daher nach Art. 82 EGV nicht *per se* illegal.

Die Praxis der Kommission und Gerichte lässt jedoch eine ablehnende Haltung gegenüber Kopplungsfällen erkennen, die nahe an der *per-se-illegal*-Regel in der amerikanischen Rechtsprechung liegt. Die Kommission und Gerichte sind skeptisch, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Verkauf seines Monopolprodukts an den gleichzeitigen Bezug anderer Produkte bindet. In der EU gibt es noch keinen Beispielfall, in dem es einem marktbeherrschenden Unternehmen gelingt, seine Kopplung durch wettbewerbliche Gründe zu rechtfertigen.

Die Entscheidung der Kommission im Fall *Microsoft* demonstriert, wie schwierig in der EU ist, zwischen wettbewerbswidriger Kopplung und innovativer Produktintegration zu unterscheiden. In diesem Fall fand die Kommission, dass die Integration des WMP an das Windows-Betriebssystem eine wettbewerbswidrige Kopplung war. Die Kommission war der Auffassung, die Integration des WMP an das Windows-Betriebssystem lag ganz auf der Linie der Kopplung von Bolzen und Kartuschenstreifen im Fall *Hilti*⁸⁸² sowie der Kopplung von Kartons und Abfüllmaschinen im Fall *Tetra Pak II*.⁸⁸³ Sie behauptete, Microsoft würde durch die Integration des WMP an das Windows seine Konkurrenten auf dem Markt für Medienabspielprogramme ausschalten. Allerdings gibt es keine Beweise, dass Konkurrenten vom Markt für Medienabspielprogramme tatsächlich verdrängt wurden.

§ 4

Ökonomen haben analysiert, dass *Leveraging* nicht das einzige Motiv für Kopplungsgeschäfte ist. Es gibt andere Motive für Kopplungsgeschäfte, nämlich Preisdiskriminierung, Qualitätskontrolle, Umgehung einer Preisregelung, *economies of scale*, Erhöhung des Outputniveaus, und Gewinnmaximierung. Ökonomen glauben, dass Kopplungsgeschäfte

⁸⁸² KOMM. 22.12.1987, ABl. 1988 Nr. L 65/19, *Hilti*.

⁸⁸³ KOMM. 24.7.1991, ABl. 1992 Nr. L 72/1, *Tetra Pak II*.

üblicherweise effizient sind. Allerdings sind die Effizienzgewinne der Kopplungsgeschäfte nicht einfach zu beweisen. Die Prüfung dieser Effizienzgewinne fordert detaillierte Informationen über innere Kosten des betreffenden Unternehmens, die nicht zur Veröffentlichung sind.

Kopplungsgeschäfte sind auch häufig in Technologiemarkten. Eines der Charakteristika der Technologiemarkte sind starke Netzwerkeffekte. Das heißt: der Nutzen eines Produktes für jeden einzelnen Konsumenten hängt von der Anzahl der anderen Konsumenten des gleichen Produktes ab. Je größer die Anzahl der Benutzer eines Produktes ist, desto nützlicher ist dieses Produkt für jeden einzelnen Benutzer. Die Software-Programme bieten ein Beispiel dafür. Je mehr Benutzer ein PC-Betriebssystem haben, desto nützlicher ist es für jeden einzelnen Benutzer, da er seine Dateien mit Dateien anderer Benutzer ohne Kompatibilitätsproblem austauschen kann; und umso mehr werden komplementäre- und kompatible Anwendungsprogramme auf das Betriebssystem geschrieben.

Ein übliches Phänomen auf Netzwerkmärkten ist *Tipping*, das heißt: auf Netzwerkmärkten kann die parallele Existenz inkompatibler Produkte unsicher sein, mit der möglichen Konsequenz, dass ein einziges Produkt den Markt dominiert und als den Standard des Marktes gewinnt. Angesichts dieser starken Netzwerkeffekte befürchtet man, dass *Leveraging* in Netzwerkmärkten wahrscheinlicher ist als in traditionellen Märkten. Trotz dieser Wahrscheinlichkeit behaupten Ökonomen, dass Kopplungsgeschäfte in Netzwerkmärkten nicht immer wettbewerbswidrig sind. Denn ein Netzwerkmärkte wird ein Produkt als einen Standard auswählen, unabhängig davon, ob dieses Produkt mit einem anderen Produkt gekoppelt wird. Der Markt für PC-Betriebssystem beispielsweise, wird ein Betriebssystem als den Standard auswählen, unabhängig davon, ob Microsoft sein Windows mit Internet Explorer koppelt. Dass ein Unternehmen einen großen Marktanteil in diesem Markt erzielen kann, heißt aber nicht, dass es an sich wettbewerbswidrig ist.

Die ökonomischen Erklärungen über Kopplungsgeschäfte und die Netzwerktheorie können die Gerichte und Kartellbehörden über bestimmte Gesichtspunkte der ökonomischen Realität informieren. Allerdings wie das Wettbewerbsrecht auf diese Realität reagieren soll, wird vom Ziel der Wettbewerbspolitik abhängen. Das Hauptziel der Wettbewerbspolitik sowohl in den USA als auch in der EU ist Verbraucherwohlfahrt oder allokativer Effizienz. Daher sollte das Kopplungsrecht sich nach der Steigerung der Verbraucherwohlfahrt orientieren.

§ 5

Da Kopplungsgeschäfte wettbewerbsfördernde- und wettbewerbsbeeinträchtigen Effekte haben können, sollten sie nach dem *rule of reason* – Ansatz statt der *per se* Regel geprüft werden. Diese Arbeit schlägt einen drei-Stufen-Test bei der *rule of reason* – Analyse vor. Zuerst wird geprüft, ob zwei verschiedenen Güter vorliegen. Bei dieser Prüfung unterscheidet diese Arbeit zwischen vertraglichen- und technologischen Kopplungsfällen. Der getrennte-Nachfrage-Test wird nur für vertragliche Kopplungsfälle angewandt. Da dieser Test nicht plausibel für technologische Kopplungsfälle ist, sollte dieser Test bei der Prüfung dieser Kopplungen nicht angewandt werden. Die Prüfung der zwei verschiedenen Güter in technologischen Kopplungsfällen fokussiert auf den Technologiegewinnen der Produktintegration. Wenn ein Unternehmen überzeugend darstellen kann, dass die Produktintegration Technologiegewinne erbringen kann, sollte dieses Produkt als ein einzelnes Produkt bewertet werden.

Wenn auf der ersten Stufe des Tests zwei verschiedene Güter vorliegen, muss geprüft werden, ob diese Kopplung wettbewerbsbeschränkende Effekte haben kann. Es gibt hier 5 Voraussetzungen, um zu bestimmen, ob eine Kopplung wettbewerbswidrig ist: (1) das Unternehmen verfügt über eine Marktmacht auf dem Primärmarkt; (2) der Sekundärmarkt ist nicht perfekt konkurrierend; (3) die Kopplung führt zur Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Sekundärmarkt; (4) es bestehen Marktzutrittschranken auf dem Primärmarkt und auf dem Sekundärmarkt; und (5) das beherrschende Unternehmen hat einen Anreiz, wettbewerbswidrige Kopplung zu praktizieren.

Wenn auf der zweiten Stufe geprüft werden kann, dass die Kopplung wettbewerbsbeschränkend ist, sollte weiter geprüft werden, ob sie durch Effizienz-Argumente gerechtfertigt werden kann. Diese Kopplung sollte als legal beurteilt werden, wenn die Effizienzvorteile die wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegen.

Die Beurteilung, ob eine Kopplung ganz sicher wettbewerbsfördernd oder wettbewerbsbeschränkend ist, ist eine schwierige Aufgabe. Es besteht die Möglichkeit, dass die Kartellbehörden und die Gerichte pro-wettbewerbliche Kopplungen untersagen (fälschliche Verurteilungen) und anti-wettbewerbliche Kopplungen bestätigen (fälschliche Freisprüche). Ein strenger Rechtsstandard, der Kopplungsgeschäfte feindlich behandelt, führt zu vielen fälschlichen Verurteilungen. Demgegenüber führt ein lockerer Rechtsstandard, der Kopplungsgeschäfte freundlich behandelt, zu vielen fälschlichen Freisprüchen. Diese Arbeit

bevorzugt eine freundliche Behandlung der Kopplungsfälle, da die Irrtumskosten der fälschlichen Verurteilungen normalerweise höher sind als die Irrtumskosten der fälschlichen Freisprüche. Außerdem führt der lockere Standard zu weniger Irrtumskosten als bei strengem Rechtsstandard.

Die Ökonomisierung des Art. 82 EGV durch die Kommission ist zu begrüßen. Kritisiert wird aber die ökonomische Analyse der Kommission zu Kopplungsgeschäften. Die Kommission interpretiert immer noch den Schutz der Wettbewerber als den Schutz des Wettbewerbs. Die Kommission glaubt, es gebe keinen Wettbewerb ohne Wettbewerber. Je mehr Marktteilnehmer, desto mehr konkurrierend. Der Wettbewerb sollte im Kontext der Marktleistung gesehen werden. Ein Markt ist perfekt konkurrierend, wenn Unternehmen ihre Produkte auf Marginalkosten berechnen und Kosten von internen Effizienzvorteilen verringert werden. Dies verlangt keine große Zahl der Wettbewerber. Außerdem bedeutet die Ausschaltung der Wettbewerber nicht immer, dass die Verbraucherwohlfahrt sich verringert. Bei dem ökonomischen Ansatz sollten die Ausschaltung der Wettbewerber und die Effizienzvorteile der Kopplung ausgeglichen werden.

Schlussbemerkung

“If you don’t let the players play -- or, in market terms, if you try to over-regulate the competitive process -- you can ruin the game. Markets are rough places and, though competition is not always pretty, allowing it to flourish is ultimately in our best interest.”

(*Joel I. Klein*, The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy, S. 11).

Unfreundliche Haltung des Wettbewerbsrechts gegenüber Geschäftspraktiken marktbeherrschender Unternehmen wird schon seit vielen Jahren kritisiert.⁸⁸⁴ *Easterbrook* bezeichnet die Unfreundlichkeit als eine alte Tradition im Antitrust.⁸⁸⁵ In dieser Tradition betrachten die Gerichte jede Geschäftspraktik mit Misstrauen. Sie untersagen diese Praktiken, wenn der Beklagte nicht überzeugend darstellen kann, dass seine Praktiken wesentliche Merkmale des Wettbewerbs sind.⁸⁸⁶ Die Unfreundlichkeitstradition des Antitrusts ist sehr kostspielig, da die Effizienzvorteile dieser Praktiken sich verlieren, wenn diese untersagt werden.⁸⁸⁷

Jede erfolgreiche Geschäftspraktik hat Opfer.⁸⁸⁸ Ein Unternehmen mit einer innovativen Geschäftsmethode kann Wettbewerber vom Markt verdrängen. Allerdings wird es von einem neuen Wettbewerber ersetzt, wenn er neuere innovative Methoden bringen kann. *Schumpeter* bezeichnet den Wettbewerb als ein „ewiger Sturm der schöpferischen Zerstörung“. ⁸⁸⁹ Es ist ein Prozess, „der unaufhörlich die Wirtschaftsstruktur ‚von innen heraus‘ revolutioniert, unaufhörlich die alte Struktur zerstört und unaufhörlich eine neue schafft.“⁸⁹⁰ Durch die Zerstörung von alter Methode bzw. Technologie werden die Produktionsfaktoren immer wieder erneuert.⁸⁹¹

Wettbewerbsrecht sollte den Sturm der schöpferischen Zerstörung nicht aufhalten. Wenn ein Unternehmen aufgrund innovativer Technologie und effizienter Produktion den Markt beherrscht, sollte es nicht gebremst werden, um seine Konkurrenten zu schützen. Ein konkurrierender Markt ist nicht unbedingt ein Markt mit hoher Rivalität zu jedem

⁸⁸⁴ *Director/Levi*, 51 Nw. U. L.R. 281 (1956); *Bowman*, 67 Yale. L.R. 19 (1957); *Posner*, Antitrust Law: An Economic Perspective, S. 171-84; *Bork*, The Antitrust Paradox; *Easterbrook*, 60 Tex. L. Rev. 705 (1982); 63 Tex. L.R. 1 (1984); *Coase*, Industrial Organization: A Proposal for Research, S. 57.

⁸⁸⁵ *Easterbrook*, 63 Tex. L.R. 1, 4 (1984).

⁸⁸⁶ A.a.O.

⁸⁸⁷ A.a.O., S. 5.

⁸⁸⁸ A.a.O.

⁸⁸⁹ *Schumpeter*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, S. 138.

⁸⁹⁰ A.a.O., S. 137 f.

⁸⁹¹ Siehe: http://de.wikipedia.org/wiki/Sch%C3%B6pferische_Zerst%C3%B6rung.

Zeitpunkt.⁸⁹² Es gibt kein Spannungsverhältnis zwischen Konzentration und Wettbewerb, mit Ausnahme von sehr hohem Niveau der Konzentration.⁸⁹³ In vielen deregulierten Industrien kann eine Steigerung im Wettbewerb zu der zunehmenden Konzentration führen. Denn der heftige Wettbewerb verlagert wieder die Gewinne von ineffizienten Unternehmen zu dem effizientesten Unternehmen. Damit werden die ineffizienten Unternehmen vom Markt verdrängt und die Marktkonzentration steigert sich.⁸⁹⁴

Ebenfalls gibt es kein Spannungsverhältnis zwischen Innovation und Wettbewerb. *Baumol*, ein Anhänger der *Schumpeter*-Theorie zeigt, dass in vielen Schlüsselteilen unserer Wirtschaft Innovation, und nicht der Preis das Hauptinstrument des Wettbewerbs ist.⁸⁹⁵ Er erklärt, dass erfolgreiche Unternehmen ineffizient sein können, aber sie Gewinne noch erzielen können, wenn sie Innovation weiter einführen. Ohne Innovation können Unternehmen, auch das effizienteste Unternehmen von den innovativen Wettbewerbern vom Markt verdrängt werden. *Baumol* zeigt auch, dass freie Märkte, in denen das Laufen des Innovationsprozesses von staatlichen oder privaten Schranken nicht gehindert wird, zum beachtlichen Wirtschaftswachstum führten.⁸⁹⁶

Gemäß der Lissabon-Strategie ist Innovation in der EU auch der Motor für Wirtschaftswachstum, welcher basierend auf der *Schumpeter*-Theorie ist. Durch die Lissabon-Strategie werden die Produktivität und Innovationsgeschwindigkeit der EU erhöht. Die Durchsetzung des Kopplungsrechts, das innovative Produktintegration unfreundlich behandelt, ist daher nicht im Einklang mit dieser Strategie. Sie ist auch kein guter Weg, das Ziel dieser Strategie zu erreichen, nämlich bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten Wirtschaftsraum in der Welt zu werden, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum zu erzielen.⁸⁹⁷

⁸⁹² *Kolasky*, 49 Antitrust Bull. 29, 31 f. (2004).

⁸⁹³ A.a.O., S. 32; *Baker*, 63 Antitrust L.J. 621, 637 f. (1995); 7 Geo. Mason L.R. 495, 510 f. (1999).

⁸⁹⁴ *Kolasky*, a.a.O., S. 32 f.

⁸⁹⁵ *Baumol*, The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism; zusammengefasst von: *Holcombe*, The Quarterly Journal Of Austrian Economics, Vol. 7 No. 1, S. 79-84 (2004).

⁸⁹⁶ A.a.O.

⁸⁹⁷ Siehe: http://europa.eu.int/comm/regional_policy/themes/lisbon/lisbon_de.htm;
<http://de.wikipedia.org/wiki/Lissabon-Strategie>.

Literaturverzeichnis

- Al-Dabbah, Maher M.*, „Conduct, Dominance and Abuse in „Market Relationship“: Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 E.C.,” 1 ECLR 45 (2000).
- Amato, G.*, „Antitrust and the Bounds of Power,” Oxford, 1997.
- American Bar Association, Section of Antitrust Law*, „Antitrust Law Developments,” Chicago, 1997.
- Ahlborn, Christian; Evans, David S. & Padilla, A. Jorge*, „Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?” 5 ECLR 156 (2001).
- dies.* „The Antitrust Economics of Tying: a farewell to per se illegality,” 49 Antitrust Bull. 287 (2004).
- Anlauf, Todd J.*, „Severing Ties with the Strained Per Se Test for Antitrust Tying Liability: the Economic and Legal Rationale for A Rule of Reason,” 23 Hamline L.R. 476 (2000).
- Areeda, Phillip E. & Turner, Donald F.*, „Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act,” 88 Harv. L.R. 697 (1975).
- dies.*, „Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application,” Boston, 1980.
- Areeda, Phillip & Kaplow, Louis*, „Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases,” 4. Aufl., Boston, 1988.
- Areeda, Phillip E. & Hovenkamp, Herbert*, „Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application,” 2. Aufl., New York, 2000.
- Art, Jean-Yves & McCurdy, Gregory v. S.*, „The European Commission’s Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal despite the Absence of Tying or Foreclosure,” 11 ECLR 694 (2004).
- Arthur, Brian A.*, „Increasing Returns and Path Dependence in the Economy,” Ann Arbor (Mich.), 1994.
- Atkins, Raymond A.*, „An Economic Model of Tying: Obtaining A Firstmover Advantage,” 5 Geo. Mason L.R. 525 (1997).
- Austin, A.D.*, „The Individual Coercion Doctrine in Tie-In Analysis – Confusing and Irrelevant,” 65 Cal. L.R. 1143 (1977).
- Bain, Joe S.*, „Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries,” 44 Am. Econ. Rev. 15, 38 (1954).
- ders.* „Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries,” Boston, 1956.

- ders.*, “Industrial Organisation,” 2. Aufl., New York, 1968.
- Baker, Donald I.*, “Section 2 Enforcement – The View from the Trench,” 41 A.B.A. Antitrust L.J. 613, (1972).
- Baker, Jonathan B.*, “Fringe Firms and Incentives to Innovate,” 63 Antitrust L.J. 621 (1995).
- ders.* “Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule,” 7 Geo. Mason L.R. 495 (1999).
- Baldwin, W.L. & McFarland, David*, “Tying Arrangements in Law and Economics,” 8 Antitrust Bull. 743 (1963).
- Balto, David A.*, “Networks and Exclusivity: An Antitrust Analysis to Promote Network Competition,” 7 Geo. Mason L.R. 523 (1999).
- Bauer, Joseph P.*, „A Simplified Approach to Tying Arrangements: A Legal and Economic Analysis,” 33 Vanderbilt L.R. 283 (1980).
- Baumol, William J.*, “The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism,” Princeton, N.J., 2002.
- Beckner III, C. Frederic & Salop, Steven C.*, “Decision Theory and Antitrust Rules,” 67 Antitrust L.J. 41 (1999).
- Bellamy, Christopher & Child, Graham D.*, “Common Market Law of Competition,” 5. Aufl., London, 1993.
- Besen, Stanley M. & Farrell, Joseph*, „Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization,” 8 J. Econ. Persp. 117 (1994).
- Bishop, S. & Walker, M.*, “The Economics of EC Competition Law,” London, 1999.
- Black, Oliver*, “Per Se Rules and Rules of Reason: What Are They?” 3 ECLR 145 (1997).
- Blair, Roger D. & Kaserman, David L.*, “Vertical Integration, Tying, and Antitrust Policy,” 68 Am. Econ. Rev. 397 (1978).
- dies.*, “Antitrust Economics,” Homewood, 1985.
- Blair, Roger D. & Esquibel, Amanda K.*, “Some Remarks on Monopoly Leveraging,” 40 Antitrust Bull. 371 (1995).
- Blair, R.D. & Finci, J.*, “The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements, An Economic Analysis,” 10 Florida State U.L.R. 531 (1983).
- Bloom, Margareth*, “The U.S. and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare Based Enforcement,” 19-SUM Antitrust 18 (2005).
- Bork, Robert H.*, “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division,” 75 Yale L.J. 373 (1966).

- ders.*, “The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself,” New York, 1978; neue Aufl. 1993.
- Bowman Jr., Ward S.*, “Tying Arrangements and the Leverage Problem,” 67 Yale L.J. 19 (1957).
- Brittan, Sir Leon*, “European Competition Policy: Keeping the Playing-Field Level,” London, 1992.
- Brodley, Joseph F. & Hay, George H.*, “Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards,” 66 Cornell L.R. 738 (1981).
- Burkert, Thomas O.J.*, „Der Kampf gegen die „per se rule“ für Koppelungsgeschäfte im neueren amerikanischen Kartellrecht,“ 50 RabelsZ 367 (1986).
- ders.*, „Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht,“ Baden-Baden, 1992.
- Burstein, Meyer L.*, “A Theory of Full-Line Forcing,” 55 Nw. U. L.R. 62 (1960).
- Butler, Henry N., Lane, W.J. & Phillips, Owen R.*, “The Futility of Antitrust Attacks on Tie-In Sales: An Economic and Legal Analysis,” 36 Hastings L.J. 173 (1984).
- Cantor, Arthur I.*, „Tying, Exclusive Dealing, and Franchising Issues,“ 1484 PLI/Corp 675 (2005).
- Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M.*, „Modern Industrial Organisation,“ 3. Aufl., Addison-Wesley Longman, 1999.
- Carlton, Dennis W. & Waldman, Michael*, „The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries,“ 33 Rand J. Econ. 194 (2002); National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 6831, Dec. 1998, verfügbar auf: <http://www.nber.org/papers/w6831/>.
- dies.*, “How Economics Can Improve Antitrust Doctrine towards Tie-In Sales: Comment on Jean Tirole’s “The Analysis of Tying Cases: A Primer”,“ Competition Policy International, Vol. 1, No. 1, S. 27 (2005), abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=702645.
- dies.*, “Theories of Tying and Implications For Antitrust,“ abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=809304.
- Cass, Ronald A. & Hylton, Keith N.*, “Antitrust Intent,” 74 S. Cal. L. Rev. 657 (2001).
- Clarke-Smith, Jennifer M.*, „The Development of the Monopolistic Leveraging Theory and its Appropriate Role in Antitrust Law,“ 52 Cath. U.L.R. 179 (2002).
- Coase, Ronald H.*, “Industrial Organization: A Proposal for Research,“ in “The Firm, the market, and the law,“ 57 Chicago, 1988.
- Comanor, William S.*, „Vertical Mergers, Market Power, and the Antitrust Laws,“ 57 Am. Econ. Rev. 254 (1967).

- De Vries, Michael Woodrow*, „United States v. Microsoft,“ 14 Berkeley Tech. L.J. 303 (1999).
- Dirksen, Dirk* in Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, „Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,“ Band 1, 9. Aufl., Art. 82, Berlin, 2001.
- Director, Aaron & Levi, Edward H.*, „Law and the Future: Trade Regulation,“ 51 New York L.R. 281 (1956).
- Drauz, Götz*, „Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers under EC Competition Law,“ 25 Fordham Int'l L.J. 885 (2002).
- Dryander, Christof von/Hehn, Paul-Adolf von/Lohman, Ulrich*, „Entwicklung im EWG-Kartellrecht im Jahr 1984,“ 5 RIW 352 (1985).
- Easterbrook, Frank H.*, „Is There A Ratchet In Antitrust Law?“ 60 Tex. L. Rev. 705 (1982).
- ders.*, „The Limits of Antitrust,“ 63 Texas L.R. 1 (1984).
- ders.*, „Correspondence: Workable Antitrust Policy,“ 84 Mich. L.R. 1696 (1986).
- Economides, Nicholas*, „The Economics of Networks,“ 14 Int'l J. Ind. Org. 673 (1996).
- Elzinga, Kenneth G.*, „The Goals of Antitrust Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?“ 125 U. Pa. L.R. 1191 (1977).
- Elzinga, Kenneth G. & Mills, David E.*, „PC Software,“ 44 Antitrust Bull. 739 (1999).
- Emmerich, Volker*, „Kartellrecht,“ 9. Aufl., München, 2001.
- ders.*, in Dauses, Manfred A., „Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht,“ Band 2 H.I., München, 2004.
- Epstein, Richard A.*, „Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections,“ 73 U. Chi. L. Rev. 111 (2006).
- Evans, David S.*, „Economics and the Design of Competition Law,“ Oktober 2005, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=827465>.
- ders.*, „Tying – The Poster Child for Antitrust Modernization,“ November 2005, abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=863031>.
- Evans, David S. & Grave, Carsten*, „The Changing Role of Economics in Competition Policy Decisions by the European Commission during the Monti Years,“ Competition Policy International, Vol. 1, No. 1, S. 133 (2005).
- Evans, David S./Nichols, Albert L./Schmalensee, Richard*, „U.S. v. Microsoft: Did Consumers Win?“, Working Paper 11727, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w11727>.
- Evans, David S. & Padilla, A. Jorge*, „Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach,“ 72 U. Chi. L.R., 73 (2005).

- dies.*, “Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf,” 27 August 2004, verfügbar auf:
http://papers.ssrn.com/abstract_id=59663.
- Evans, David S./Padilla, A. Jorge/Salinger, Michael A.*, “A Pragmatic Approach To Identifying And Analyzing Legitimate Tying Cases,” in “European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of a Dominant Position?“, Oxford, 2003.
- Evans, David S. & Salinger, Michael*, “Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law,” 22 *Yale J. on Reg.* 37 (2005).
- Evans, David S. & Schmalensee, Richard*, „A Guide to the Antitrust Economics of Networks,” 10 *Antitrust* 36 (1996).
- dies.*, “Some Economic Aspect of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries,” Working Paper 8268, May 2001, abrufbar unter:
<http://www.nber.org/papers/w8268>.
- Farrel, Joseph & Katz, Michael*, „The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation,” 43 *Antitrust Bull.* 609 (1998).
- Feldman, Robin Cooper*, “Defensive Leveraging in Antitrust,” 87 *Geo. L.J.* 2079 (1999).
- Fleischer, Holger*, „Behinderungsmissbrauch durch Produktinnovation: Eine ökonomische und juristische Analyse zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht,“ Baden-Baden, 1997.
- Fleischer, Holger & Doege, Niels*, “Der Fall United States v. Microsoft,“ 7-8 *WuW* 705 (2000).
- Fleischer, Holger & Körber, Torsten*, „Marktmacht, Marktmissbrauch und Microsoft – Zur Rolle des Kartellrechts in der New Economy,“ 12 *K&R* 623 (2001).
- Fox, Eleanor M.*, “Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness,” 61 *Notre Dame Law.* 981 (1986).
- ders.* “What Is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect,” 70 *Antitrust L.J.* 371 (2002).
- Fox, E. & Sullivan, L.*, “Cases and Materials on Antitrust,“ St. Paul, 1989.
- Frey, Peter*, „Tying Arrangement: Tying Arrangement als Typus einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung im amerikanischen Antitrustsrecht,“ Diss. 1982 Ludwig-Maximilians-Universität München.
- Frischmann, Brett M.*, „An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management,“ 89 *Minn. L.R.* 917 (2005).
- Gastle, Charles M. & Boughs, Susan*, “Microsoft III and the Metes and Bounds of Software Design and Technological Tying Doctrine,” 6 *Va. J.L. & Tech.* 7 (2001).

- Gey, Peter*, „Das Berufungsurteil in Sachen Microsoft – Kartellrecht in dynamischen Technologiemarkten,“ 10 WuW 933 (2001).
- Giotakos, Dimitri*, „GE/Honeywell: A Theoretic Bundle Assessing Conglomerate Mergers across the Atlantic,“ 23 U. Pa.J. Int’l. Econ. L. 469 (2002).
- Gowdy, Jonathan & Marcinko, Jeny M.*, „Supreme Court Strikes Down Presumption of Illegality for Tying Arrangements Involving a Patented Product,“ 02.03.2006, abrufbar unter:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38136&lastestnews=1>.
- Grimes, Warren S.*, „Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections,“ 62 Antitrust L.J. 263 (1994).
- Gröhn, Andreas*, „Netzwerkeffekte und Wettbewerbspolitik,“ Tübingen, 1999.
- Hamilton, Melissa*, „Software Tying Arrangements under the Antitrust Laws: A More Flexible Approach,“ 71 Denv. U.L.R. 607 (1994).
- Heiner, David A.*, „Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration: A Suggested Framework for Applying the Rule of Reason Analysis,“ 72 U. Chi. L.R. 123 (2005).
- Hildebrand, Doris*, „Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik,“ 5 WuW 513 (2005).
- Hirsch, Martin* in *Gleiss/Hirsch*, „Kommentar zum EWG-Kartellrecht,“ 3. Aufl., Heidelberg, 1978.
- Hofstadter, Richard*, „The Paranoid Style in American Politics and Other Essays,“ London, 1965.
- Holcombe, Randall G.*, „The Free-Market Innovation Machine: Analyzing the Growth Miracle of Capitalism,“ Book Review, The Quarterly Journal Of Austrian Economics Vol. 7, No. 1, S. 79-84 (2004), abrufbar unter:
http://www.mises.org/journals/qjae/pdf/qjae7_1_7.pdf.
- Hopmann, Erich*, „Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Rahmen der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen,“ Baden-Baden, 1974.
- Hornick, John F.*, „The Per Se Rule in Tying Contexts: A Critical View,“ 10 Del. J. Corp. L. 703 (1986).
- Hovenkamp, Herbert*, „Antitrust Policy after Chicago,“ 84 Mich. L.R. 213 (1985).
- ders.*, „Economics and Federal Antitrust Law,“ St. Paul, 1985.
- Huggenberger, Thomas*, „Die Marktbeherrschende Stellung in der Fusionskontrolle der EG,“ Bern, Berlin, etc., 2000.
- Hylton, Keith N. & Salinger, Michael*, „Tying Law and Policy: A Decision-Theoretic Approach,“ 69 Antitrust L.J. 469 (2001).

- Jacobs, Michael S.*, “Market Power through Imperfect Information: The Staggering Implications of *Eastman Kodak v. Image Technical Services* and a Modest Proposal for Limiting Them,” 52 Md. L.R., 336 (1993).
- ders.*, “The New Sophistication in Antitrust,” 79 Minn. L.R. 1 (1994).
- Jebsen, Per & Stevens, Robert*, “Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union,” 64 Antitrust L.J. 443 (1996).
- Joliet, René*, “The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective,” La Haye, 1967.
- dies.*, “Monopolization and Abuse of Dominant Position,” La Haye, 1970.
- Jones, Alison & Sufrin, Brenda*, “EC Competition Law: text, cases and materials,” Oxford, 2001.
- Jung, Christian* in *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*, „Das Recht der Europäischen Union, Band II, EUV/EGV,“ 25. Ergänzungslieferung, München, 2005.
- Kareff, Scott M.*, “Tetra Pak International SA v. Commission (Tetra Pak II): The European Approach to Monopoly Leveraging,” 28 Law & Pol’y Int’l Bus. 549 (1997).
- Kaplow, Louis*, “Extension of Monopoly Power through Leverage,” 85 Colum. L.R. 515 (1985).
- Kattan, Joseph*, “The Decline of Monopoly Leveraging Doctrin,” 9 Antitrust 41 (1994).
- Katz, Michael & Saphiro, Karl*, “Systems Competition and Network Effects,” 8 J. Econ. Persp. 93 (1994).
- dies.*, “Product Introduction with Network Externalities,” 40 J. Indus. Econ. 55 (1992).
- dies.*, “Network Externalities, Competition and Compatibility,” 75 Am. Econ. Rev. 424 (1985).
- Kaysen, Carl & Turner, Donald F.*, “Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis,” Cambridge, 1959.
- Kintner, Earl W.*, „Federal Antitrust Law,“ Cincinnati, 1980.
- ders.*, “The Legislative History of the Federal Antitrust Laws and Related Statutes,” New York, 1978.
- Klein, Joel I.*, “The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy,” 29.1.1998, abrufbar unter: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1338.htm>.
- Koch, Norbert* in *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*, „Das Recht der Europäischen Union, Altband I, EWGV (Römische Fassung),“ 14. Ergänzungslieferung, München, 1999.
- Kolasky, Wiliam J. Jr.*, “Network Effects: A Contrarian View,” 7 Geo. Mason L.R. 577 (1999).

- ders.*, “What is Competition? A Comparison of U.S. and European Perspectives,” 49 Antitrust Bul. 29 (2004).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, „Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft,“ von 9.12.1997, ABl. 1997 Nr. C 372/5.
- dies.* “An economic approach to Article 82,“ Report by the EAGCP, July 2005, abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.
- dies.* “Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses,“ Dezember 2005, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.
- dies.*, „14. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1984).
- dies.*, „22. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1992).
- dies.*, „23. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1993).
- dies.*, „24. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1994).
- dies.*, „26. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1996).
- dies.*, „27. Bericht über Wettbewerbspolitik,“ Brüssel/Luxemburg, (1997).
- Körper, Torsten*, „Machtmissbrauch durch Multimedia? Der Fall Microsoft zwischen Produktinnovation und Behinderungsmisbrauch,“ RIW 568 (2004).
- ders.*, “Meilenstein oder Pyrrhussig? Zur Entscheidung Microsoft/Kommission des EuG,“ K&R 193 (2005).
- Kovaleff, Theodore Philip*, “Business and Government during the Eisenhower Administration: A Study of the Antitrust Policy of the Antitrust Division of the Justice Department,“ Athens, 1980.
- Kramer, Victor H.*, „The Supreme Court and Tying Arrangements: Antitrust as History,“ 69 Minn. L.R. 1013 (1985).
- Krattenmaker, Thomas*, “Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law”, in *First, Fox & Pitofsky*, “Revitalizing Antitrust in Its Second Century: Essays on Legal, Economic, and Political Policy,“ New York, 1991.
- Krattenmaker, Thomas G. & Salop, Steven C.*, “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs to Achieve Power over Price,“ 96 Yale L.J. 209 (1986).
- Kroes, Neelie*, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82,“ Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23. September 2005, SPEECH/05/537, abrufbar unter: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

- dies.* “Competition must drive European competitiveness in a global economy,”
SPEECH/05/477, 03.09.2005, abrufbar unter:
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/477&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- dies.* “Speech to the European Parliament,” 28.09.2004; abrufbar unter:
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_014_en.pdf.
- Lande, Robert H.*, “Chicago Takes It on the Chin: Imperfect Information Could Play a Crucial Role in the Post-Kodak World,” 62 *Antitrust L.J.* 193 (1993).
- der.*, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged,” 50 *Hastings L.J.* 871 (1999).
- Landes, William M.*, “Optimal Sanctions for Antitrust Violations,” 50 *U. Chi. L.R.* 652 (1983).
- Lam, David K.*, “Revisiting the Separate Products Issue,” 108 *Yale L.J.* 1441 (1999).
- Larson, Alexander C.*, “Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: A Comment,” 63 *Antitrust L.J.* 239 (1994).
- Lazaroff, Daniel E.*, “Reflections on Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.: Continued Confusing Regarding Tying Arrangements and Antitrust Jurisprudence,” 69 *Wash. L.R.* 101 (1994).
- Lemley, Mark A.*, “Antitrust and the Internet Standardization Problem,” 28 *Conn. L.R.* 1041, 1068 (1996).
- Lemley, Mark A., & McGowan, David*, “Legal Implications of Network Economic Effects,” 86 *Cal. L.R.* 479 (1998).
- dies.*, “Could Java Change Everything? The Competitive Propriety of A Proprietary Standard,” 520 *PLI/Pat* 453 (1998).
- Leslie, Christopher R.*, “Unilaterally Imposed Tying Arrangements and Antitrust’s Concerted Action Requirement,” 60 *Ohio St. L.J.* 1773 (1999).
- ders.* „Cutting through Tying Theory with Occam’s Razor: A Simple Explanation of Tying Arrangements,” 8 *TLNLR* 727 (2004).
- Liebowitz, Stan J. & Margolis, Stephen E.*, “The Fable of the Keys,” 33 *J. Law & Econ.* 1 (1990).
- dies.*, „Network externality: An uncommon tragedy?” 8 *J. Econ. Persp.* 133 (1994).
- dies.*, „Winners, Losers & Microsoft,” Oakland, 1999.
- Litan, Robert E.*, “Antitrust and the New Economy,” 62 *U. Pitt. L.R.* 429 (2001).

- Lombardo, J. Neil*, “Resuscitating Monopoly Leveraging: Strategic Business Behaviour and Its Implications for the Proper Treatment of Unilateral Anticompetitive Conduct under Federal Antitrust Law,” 41 St. Louis U.L.J. 387 (1996).
- Lopatka, John E.*, “United States v. IBM: A Monument to Arrogance,” 68 Antitrust L.J. 145 (2000).
- Mailänder*, in *Müller-Henneberg, Hans*, „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht - Gemeinschaftskommentar,“ 3. Aufl., Köln, Berlin, 1979.
- Manzini, Pietro*, “The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt,“ 8 ECLR 392 (2002).
- Mansfield, E.*, “Microeconomics: Theory and Applications,“ 4. Aufl., New York, London, 1982.
- Mariotti, Renato*, Note: „Rethinking Software Tying,“ 17 Yale J. on Reg. 367 (2000).
- Markovits, Richard S.*, “Tie-Ins and Reciprocity: A Functional, Legal, and Policy Analysis,“ 58 Tex. L.R. 1363, 1369 (1980).
- Mason, E.S.*, “Economic Concentration and the Monopoly Problem,“ Boston, 1957.
- McGibbon, James R.*, “Supreme Court Abolishes Presumption of Market Power In Antitrust Patent Tying Cases,“ 28.03.2006, abrufbar unter:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=38706&lastestnews=1>.
- McGowan, David*, “Between Logic And Experience: Error Costs And United States V. Microsoft Corp.,“ 20 Berkeley Tech. L.J. 1185 (2005).
- McLaughlin, Craig*, “Monopoly Power Of Patents And Antitrust Law Collide In Patent Tying: A Presumption Of Market Power Should Arise From Forcing Consumers To Purchase An Unpatented Good As A Condition Of Using A Patented Good,“ 48-MAR Orange County Law. 38 (2006).
- Meese, Alan J.*, “Tying Meets the New Institutional Economics: Farewell to the Chimera of Forcing,“ 146 U. Pa. L.R. 1 (1997).
- Meier-Wahl, & Wrobel, Ralp Michael*, „Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft,“ 1 WuW 28 (1999).
- Mensching, Jürgen*, „The Microsoft Decision – promoting innovation,“ 22.Oktober 2004, verfügbar auf:
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_017_en.pdf.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim & Schweitzer, Heike*, „Europäisches Wettbewerbsrecht,“ 2. Aufl., München, 2004.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, „Zum Begriff des Missbrauchs in Art. 86 EGV,“ in Festschrift für *Raisch, Peter*, „Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung,“ S. 441, 1995.

- Monti, Mario*, “A reformed competition policy: achievements and challenges for the future,” SPEECH/04/477, 28. Oktober 2004, verfügbar auf:
<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/04/477&format=HTML&aged=0&language=EN&gluiLanguage=en>.
- ders.* „Competition for Consumers’ Benefit,” SPEECH, European Competition Day, Amsterdam, 22.10.2004, abrufbar unter:
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2004_016_en.pdf.
- Möschel, Wernhard* in Immenga/Mestmäcker, „EG-Wettbewerbsrecht Kommentar,” Band I, München, 1997.
- Motta, Massimo*, “Competition Policy: Theory and Practice,” Cambridge, 2004.
- Mueller, Dennis C.*, „Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten am Scheidewege,” 7 u. 8 WuW 533 (1986).
- Nalebuff, Barry*, “Bundling”, Yale International Centre for Finance, Working Paper No. 99-14, Nov. 22, 1999, verfügbar auf:
http://papers.ssrn.com/sol3/paper.cfm?abstract_id=W185193.
- Nalebuff, Barry & Majerus, David*, “Bundling, Tying, and Portfolio Effects,” Report for the UK Department of Trade and Industry, February 2003, verfügbar auf:
<http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/pdf2/bundle2.pdf>.
- Nasar, Sylvia*, “A Beautiful Mind,” London, 1999.
- Niels, Gunnar & Kate, Adriaan ten*, „Introduction: antitrust in the U.S. and the EU – converging or diverging paths?” 49 Antitrust Bul. 1 (2004).
- Norall, Christopher & Gowdy, Jonathan*, “The European Commission’s Microsoft Decision,” 17.05.2004, abrufbar unter:
<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=26057&searchresults=1>.
- O’Dell, Justin*, “Trouble Abroad: Microsoft’s Antitrust Problems under the Law of the European Union,” 30 Ga. J. Int’l & Comp. L. 101 (2001).
- Oppenheim, S. Chesterfield*, „Federal Antitrust Legislation: Guideposts to a Revised National Antitrust Policy,” 50 Mich. L.R. 1139 (1952).
- Page, William H. & Lopatka, John E.*, “Network Externalities,” in *Bouckaert, Boudewijn & De Geest, Gerrit*, (Hrsg.), Encyclopedia of Law & Economics, Cheltenham 2000, verfügbar auf: <http://allserv.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>.
- Pepall, Lynne/Richards, Daniel J./Norman, George*, “Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice,” Cincinnati, 1999.
- Peterson, W.E.*, “Almost Perfect,” 1994, abrufbar unter:
<http://www.fitnesoft.com/AlmostPerfect/>.
- Pflanz, M. & Caffara, C.*, “The Economics of GE/Honeywell,” 23 E.C.L.R. 115 (2002).

- Piraino Jr., Thomas A.*, “Reconciling the Per Se and Rule of Reason Approaches to Antitrust Analysis,” 64 S. Cal. L.R. 685 (1991).
- ders.*, “Making Sense of the Rule of Reason,” 47 Vand. L.R. 1753 (1994).
- ders.*, “An Antitrust Remedy or Monopoly Leveraging by Electronic Networks,” 93 Nw. Univ. L.R. 1 (1998).
- ders.* “Identifying Monopolists’ Illegal Conduct under the Sherman Act,” 75 N.Y.U.L.R. 809 (2000).
- ders.* “Regulating Oligopoly Conduct under the Antitrust Laws,” 89 Minn. L.R. 9 (2004).
- Pitofsky, Robert*, “The Political Content of Antitrust,” 127 U. Pa. L.R. 1051 (1979).
- Posner, Richard A.*, “Antitrust Law: An Economic Perspective,” Chicago, 1976.
- ders.* „The Chicago School of Antitrust Analysis,” 127 U. Pa. L.R. 925 (1979).
- ders.*, “Economic Analysis of Law,” Boston, 1986.
- Pournelle, Jerry*, “Computing at Chaos Manor: Jerry’s Best of 1985 Awards,” Byte, 1986, abrufbar unter: <http://www.byte.com/art/9604/sec5/art2.htm>.
- Rich, Gibs S.*, “The Relation between Patent Practices and the Anti-Monopoly Laws,” 24 Journal of the Patent and Trademark Office Society, 422 (1942).
- Rittaler, Jan B.*, „Industrial Concentration and the Chicago School of Antitrust Analysis – A Critical Evaluation on the Basis of Effective Competition,” Frankfurt am Main, 1989.
- Ritter, Lennart/Braun, W. David/Rawlinson, Francis*, “EEC Competition Law,” Deventer, 1991.
- Rodger, Barry J.*, “Competition Policy, Liberalism and Globalisation: A European Perspectives,” 6 Colum. J. Eur. L. 289 (2000).
- Ross, Stephen F.*, “Principles of Antitrust Law,” Westbury, New York, 1993.
- Royall, M. Sean*, “Coping with the Antitrust Risk of Technological Integration,” 68 Antitrust L.J. 1023 (2001).
- Rubinfeld, Daniel L.*, „Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries,” 43 Antitrust Bull. 859 (1998).
- ders.*, “Competition, Innovation, and Antitrust Enforcement in Dynamic Network Industries,” 24. März 1998, abrufbar auf: <http://www.usdj.gov/atr/public/speeches/1611.htm>.
- ders.*, „Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzen Industrien,” 6 GRUR Int. 479 (1999).
- Schauer, F.*, “Playing by the Rules,” Oxford, 1991.

- Scherer, F.M. & Ross, D.*, “Industrial Market Structure and Economic Performance,” 3. Aufl., Boston, 1990.
- Schmalensee, Richard*, “Commodity Bundling by Single-Product Monopolies,” 25 J.Law & Econ. 67 (1982).
- ders.* “Antitrust Issues in Schumpeterian Industries,” 90 Am. Econ. Rev. Papers and Proc. 192 (2000).
- Schmidt, Ingo*, „Wettbewerbspolitik und Kartellrecht,“ 7. Aufl., Stuttgart, 2001.
- Schmidt, Ingo & Rittaler Jan B.*, “Die Chicago School of Antitrust Analysis,” Baden-Baden, 1986.
- Schmiedtchen, Dieter*, „Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik,“ 1 WuW 6 (2006).
- Schröter, Helmut* in *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, „Kommentar zum EU- / EG-Vertrag,“ Band 2 I (Art. 85-87), 5. Aufl., Baden-Baden, 1999.
- ders.*, in *Schröter/Jakob/Mederer*, „Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,“ Art. 82, Baden-Baden, 2003.
- Schumpeter, Joseph A.*, “Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie,” 2. Aufl., München, 1950.
- Schwartz, Louis B.*, “An Overview of the Economics of Antitrust Enforcement,“ 68 Geo. L.J. 1075 (1980).
- Seidenberg, Steve*, “Ties That Bind: High Court Drops Antitrust Rule Without Market Power Presumption, IP Litigants See Tough Times,” 5 NO. 9 A.B.A. J. E-Report 1(2006).
- Seidmann, Daniel J.*, “Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of Leverage Theory,” 58 *Economica* 491 (1991).
- Seymour, Jim*, “Fast, Flexible, & Forward-looking,” PC Magazine, 1988.
- Shapiro, Carl*, „Antitrust in Network Industries,“ verfügbar auf: <http://www.usdoj.gov/atr/speeches/shapir.mar>.
- Shapiro, Carl & Varian, Hal R.*, “Information rules – A strategic guide to the network economy,” Boston, 1999.
- Shelanski, Howard A. & Sidak, J. Gregory*, “Antitrust Divestiture in Network Industries,“ 68 U Chi. L.R. 1 (2001).
- Sheremata, Willow A.*, “Barriers to Innovation: A Monopoly, Network Externalities, and the Speed of Innovation”, 42 *Antitrust Bull.* 937 (1997).
- Shulman, Daniel R.*, “Chapter VII. Harm to Competition,” 6 *Sedona Conf. J.* 80 (2005).
- Sidak, J. Gregory*, “An Antitrust Rule for Software Integration,” 18 *Yale J. on Reg.* 1 (2001).

- Sinclair, Duncan*, “Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC,” 8 ECLR 491 (2004).
- Smaistria, Charles J.*, “An Analysis of Tying Arrangements: Invalidating the Leveraging Hypothesis,” 61 Tex. L.R. 898 (1983).
- Smith, Adam*, “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nation,” Modern Library Ed., 1978.
- Stigler, George J.*, “The Organisation of Industry,” Homewood (Ill.), 1968.
- Stoll, Michael T.*, „Drittmarktbehinderung im deutschen und europäischen Kartellrecht,“ Köln, 2002.
- Strasser, Kurt A.*, “An Antitrust Policy for Tying Arrangements,” 34 Emory L.J., 253 (1985).
- Sullivan, Lawrence Anthony*, “Handbook of the Law of Antitrust,” St. Paul, Minnesota, 1977.
- Teece, David J. & Coleman, Mary*, “The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries,” 43 Antitrust Bull. 801 (1998).
- Telser, L.G.*, “A Theory of Monopoly of Complementary Goods,” 52 J. Bus. 211 (1979).
- Thiesing, Jochen* in Festschrift für Hartmann, „Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 85 und 86,“ FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln, 1976.
- Tom, Willard K.*, „Game Theory in the Everyday Life of the Antitrust Practitioner,“ 5 Geo. Mason L.R. 457 (1997).
- Tribe, Laurence H.*, “Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process,” 84 Harv. L. Rev. 1329 (1971).
- Turner, Donald F.*, “The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws,” 72 Harv. L.R. 50 (1958).
- Varner, C.A.*, “Voluntary Ties and the Sherman Act,” 50 Cal. L.R. 271 (1976/77).
- Veljanovski, Cento*, „E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission’s View of the Network Economy Right?“ 4 ECLR 115 (2001).
- Veltrap, James D.*, “Tying and Exclusive Purchasing Arrangements under EC Competition Law,” C.M.L.R., 549 (1994).
- Vives, Xavier & Seabright, Paul*, “Tying and Bundling: From Economics to Competition Policy,” Edited Transcript of a CNE Market Insights Event, 19. September 2002, verfügbar auf:
http://www.cne.org/pub_pdf/2002_09_19_tying_bundling.htm.
- Völcker, Sven B.*, “Leveraging as A Theory of Competitive Harm in EU Merger Control,“ C.M.L.R. 581 (2003).

- Webb, Thomas R.*, "Fixing the Price Fixing Confusion: A Rule of Reason Approach," 92 Yale L.J. 706 (1983).
- Weidenhammer, Bradley H.*, „Compatibility and Interconnection Pricing in the Airline Industry: A Proposal for Reform,“ 114 Yale L.J. 405 (2004).
- Weimann, Stephan*, "Industrieverbände im Konflikt mit dem US-amerikanischen Kartellrecht,“ RIW 769 (1999).
- Weinstein, Samuel Noah*, "Bundles of Trouble: The Possibilities for A New Separate-Product Test in Technology Tying Cases,“ 90 Cal. L.R. 903 (2002).
- ders.* „United States v. Microsoft Corp.,“ 17 Berkeley Tech. L.J. 273 (2002).
- Weitbrecht, Andreas & Karenfort, Jörg*, „Europäisches Wettbewerbsrecht in Fällen,“ Baden-Baden, 2004.
- Werden, Gregory J.*, "Network Effects and Conditions to Entry: Lessons from the Microsoft Case,“ 69 Antitrust L.J. 87 (2001).
- Whinston, Michael*, "Tying, Foreclosure, and Exclusion,“ 80 Am. Econ. Rev. 837 (1990).
- White, Lawrence J.*, „Microsoft and Browsers: Are the Antitrust Problems Really New?“ in *Eisenach, Jeffrey A. & Lenard, Thomas M.* (eds.), "Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace,“ Norwell (Mass.), 1999.
- Wolf, Gunnar*, "Kartellrechtliche Grenzen von Produktinnovationen,“ Baden-Baden, 2004.
- Wollenberg, Keith K.*, "An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-Examining the Leverage Theory,“ 39 Stan. L.R. 737 (1987).
- Zäch, Roger*, „Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof,“ München, 1994.
- Zimmerlich, Antje*, „Der Fall Microsoft – Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie,“ WRP 1260 (2004).