

Prof. Dr. Christian Koenig LL. M.

**Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsfor-
schung der Universität Bonn**

„Marktzugangsprobleme, vor allem für die mittelständische Softwarebranche“

Impulsreferat

3. Juli 2003 in Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

da ich heute bereits die Gelegenheit hatte, zu den wettbewerbsrechtlichen Implikationen des „Trusted Computing“ Stellung zu nehmen, möchte ich mich im Folgenden eher kurz fassen. Dies bin ich bereits der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs der Argumente schuldig. Keinesfalls soll der Zugang zum Markt der Meinungen beschränkt werden!

Als deutscher Wettbewerbsjurist könnte ich es mir eigentlich auch recht einfach machen. Insbesondere die Tätigkeit der Trusted Computing Platform Alliance (TCPA) und nun der Trusted Computing Group (TCG) ist, wie vorhin ausgeführt, in erster Linie am allgemeinen Kartellverbot zu messen. Dieses Verbot ergibt sich im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) aus § 1. Die Vorschrift soll jedoch nach herrschender Auffassung nur den Wettbewerb zwischen den Unternehmen schützen, die an der im Ruch einer Kartellierung stehenden Vereinbarung beteiligt sind. Auswirkungen auf die wettbewerbliche Handlungsfreiheit Dritter sollen insoweit nach herrschender Diktion unbeachtlich sein. Die Errichtung von Marktzugangshürden für solche Dritte wäre danach für § 1 GWB unerheblich, solange nur der Wettbewerb zwischen den TCG-Mitgliedern nicht leidet. Eigentlich könnte ich mich also auf die reine Lehre des deutschen Kartellrechts

berufen und die Diskussion für nicht wettbewerbsrechtlich, sondern für primär wettbewerbspolitisch erklären.

Damit wäre natürlich die Bühne für eine Vielzahl grundlegender Fragestellungen bereitet. Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme auf die mittelständische Softwarebranche im Thema dieses Workshops könnten wir uns trefflich darüber streiten, ob das *Jeffersonian Ideal*, also das metaökonomische Ziel einer breiten Streuung wirtschaftlicher Macht, neben der allokativen Effizienz ordnungspolitisch zur Geltung zu bringen ist – und wir werden dies auch sicherlich tun. Doch angesichts der von „Trusted Computing“ betroffenen Märkte muss sich der Blick des Wettbewerbsjuristen natürlich über den nationalen Tellerrand hinaus nach Europa richten. Und hierbei zeigt sich einmal mehr, dass die Heimat des Wettbewerbschutzes zunehmend auf Gemeinschaftsebene zu suchen ist.

Wie so oft fehlt es bei der praktischen Handhabung des Gemeinschaftsrechts auch in der hier aufgeworfenen Frage zwar an einem geschlossenen dogmatischen Konzept. In ständiger Praxis lassen es die Gemeinschaftsorgane jedoch bei der Feststellung eines Verstoßes gegen das allgemeine Kartellverbot des EG-Vertrages genügen, dass lediglich die wettbewerblichen Möglichkeiten Dritter beeinträchtigt werden. In dieser Praxis der Anwendung von Artikel 81 des EG-Vertrages zeigt sich einmal mehr der Pragmatismus, der das EG-Recht generell prägt. Das wesentliche Ziel besteht dabei darin, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen zu schützen.

Vor diesem Hintergrund sind auch die Anforderungen an Standardisierungsinitiativen zu sehen, die ich in meinem Vortrag heute Vormittag genannt habe. Ohne eine Einbeziehung der wettbewerblichen Möglichkeiten Dritter in die kartellrechtliche Betrachtung wäre es nur schwer be-

gründbar, die Anforderungen an die Mitgliedschaft in einer solchen Vereinigung wettbewerbsrechtlich zu würdigen.

Ich möchte nur kurz die beiden Gesichtspunkte in Erinnerung rufen, aus denen sich die wettbewerbsrechtliche Bedeutung einer Mitgliedschaft in der TCG ergibt. Zum einen geht es darum, dass Nichtmitglieder keinen Einfluss auf das Ergebnis der Standardisierung haben, dass die Mitglieder der TCG einen Vorsprung an technischem Wissen erlangen und dass Nichtmitglieder die Spezifikationen erst mit zeitlicher Verzögerung umsetzen können. Zum anderen haben nur Mitglieder der TCG einen Anspruch auf die Lizenzierung von Schutzrechten, die zur Entwicklung spezifikationskonformer Produkte erforderlich sind. Wer auf einem Markt für TCG-konforme Produkte erfolgreich konkurrieren will, ist somit faktisch auf die Mitgliedschaft angewiesen.

Aus einem Blick in die Statuten der TCG ergibt sich, dass verschiedene Kategorien der Mitgliedschaft vorgesehen sind: die „Adopters“, die „Contributors“ und die „Promoters“. Selbst für Mitglieder in der untersten Kategorie der Mitgliedschaft, die „Adopters“, wird ein Jahresbeitrag in Höhe von 7.500 US-Dollar fällig. Dies ist sicherlich für Unternehmen, die in kapitalintensiven Bereichen der IT-Industrie tätig sind, ein eher marginaler Betrag. Jedenfalls für Unternehmen in Nischenbereichen stellt ein solcher Mitgliedsbeitrag jedoch eine nicht unerhebliche Belastung dar. Besonders schwer wiegt insoweit, dass die Mitgliedsbeiträge absolut, also von der Größe des betreffenden Unternehmens unabhängig sind. Der Erwerb der Mitgliedschaft in der TCG fällt somit kleineren und mittleren Unternehmen tendenziell schwerer als marktstarken Unternehmen.

Diese Marktzugangsprobleme werden noch erheblich dadurch verstärkt, dass die „Adopters“ nur sehr eingeschränkte Mitwirkungsrechte besitzen. So dürfen sie nicht in den Arbeitsgruppen und den Sonderausschüssen der TCG mitwirken. In diesen wird jedoch die eigentliche Standardisierungsarbeit geleistet, so dass hieraus ein Wissensrückstand und Wettbewerbsnachteil der „Adopters“ folgen kann. Hinzu kommen auch explizite Einschränkungen bei den Informationsrechten gegenüber den anderen Mitgliedern. Das betrifft zum einen Beschränkungen beim Zugriff auf die WWW-Seite und die internen Diskussionsgruppen und Mailinglisten der TCG. Es betrifft zum anderen aber vor allem auch Spezifikationsentwürfe, auf die „Adopters“ erst in einem späteren Entwicklungsstadium Zugriff haben als die „Promotors“ und „Contributors“.

Faktisch ist zur Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen somit nicht lediglich eine Mitgliedschaft als „Adopter“,

sondern als „Contributor“ erforderlich – zum doppelten Jahresbeitrag und mit dementsprechend erhöhten Auswirkungen auf die Chancengleichheit kleiner und mittlerer Unternehmen. Die Satzung der TCG errichtet somit finanzielle Marktzutrittschürden, die asymmetrisch zugunsten marktstärkerer Unternehmen wirken und damit eine Wettbewerbsverzerrung zulasten marktschwächerer Unternehmen begründen können. Wie diese wettbewerbsrechtlichen Bedenken zerstreut werden könnten, habe ich bereits heute Vormittag angedeutet: Die Voraussetzungen für eine Mitgliedschaft müssen so gestaltet werden, dass sie nicht tendenziell kleine und mittlere Unternehmen benachteiligen. Alternativ oder besser noch ergänzend hierzu könnte die Lizenzierungspolitik der TCG auch auf Nichtmitglieder erstreckt werden.

Noch relativ unklar sind aus meiner Sicht die institutionellen Auswirkungen des „Trusted Computing“ auf den

Marktzugang. Damit meine ich die im Konzept der vertrauenswürdigen Systemumgebungen angelegte Notwendigkeit, bestimmte Zuordnungen zertifizieren zu lassen. Zwar scheinen die Spezifikationen einer dezentralen, wettbewerblich geprägten Zertifizierungsinfrastruktur nicht im Wege zu stehen. Eine ganz andere Frage dürfte aber sein, ob eine solche Zertifizierungsinfrastruktur tatsächlich entstehen wird. Eine entscheidende Rolle dürfte hierbei der Frage zukommen, inwieweit die durch „Trusted Computing“ in der Praxis ermöglichten Anwendungen Zertifizierungen durch kleine, unabhängige Instanzen das erforderliche Vertrauen entgegenbringen werden. Um hier nicht gänzlich ins Spekulative abzugleiten, möchte ich es insoweit bei diesen kurzen Bemerkungen belassen.

Nur kurz möchte ich auch auf die Betriebssystemebene eingehen. Mit Blick auf die Konsequenzen für den Marktzugang erinnert die geplante Erweiterung von Microsofts

Windows doch in ganz erheblichem Maße an zentrale und noch nicht abgeschlossene wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten der jüngeren Vergangenheit. Denn schon früher ist es Microsoft gelungen, über Ergänzungen des hauseigenen Betriebssystems nachgelagerte Märkte nicht nur erfolgreich zu betreten, sondern weitgehend zu erobern, auch wenn Microsoft dort zuvor keine bedeutende Rolle gespielt hatte. Erinnert sei insoweit nur an die Märkte für Internet-Browser und Media-Player. Sieht man von etwaigem Zusatznutzen im Bereich der Inhaltekontrolle ab, scheint man in Redmond nun also beim Thema Systemsicherheit Gewinnchancen ausgemacht zu haben, obwohl dieser Bereich ja bislang nicht unbedingt als Domäne der Firma Microsoft galt. Mit Blick auf die daraus resultierenden Marktzutrittserschwernisse für Wettbewerber dürften also die wettbewerbspolitischen Diskussionen der letzten Jahre insoweit neuen Nährstoff erhalten. Auch die wett-

bewerbsrechtlichen Forderungen sind bekannt: Um die Gefahr eines Marktmachtmissbrauchs auszuschließen, muss sichergestellt sein, dass Microsoft den Zugang von Wettbewerbern zu den Betriebssystemschnittstellen für die Funktionen der Next-Generation Secure Computing Base nicht missbräuchlich beschränkt.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!