
Der Fall „IMS Health“ und das Spannungsverhältnis zwischen nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht

Paul Merdzo*

Inhalt

I.	Einleitung	136
II.	„IMS Health“: Sachverhalt und Verfahren	138
III.	Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf nationale Immaterialgüterrechte	141
	1. Rechtsprechung des EuGH	141
	2. Drei Kategorien	144
IV.	Immaterialgüterrechte und Missbrauch	145
	1. Grundsätzliches	145
	2. Meinungsstand	146
	3. Eigener Ansatz	148
V.	Schlichter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Lizenzverweigerung	150
	1. Allgemeines	150
	2. Besondere Umstände in Geschäftsverweigerungsfällen	151
	a) Rechtsprechung des EuGH	151
	b) Kombinierte und schlichte Geschäftsverweigerung	153
	3. Schlichte Geschäftsverweigerung und „Essential Facilities“	155
	a) Allgemeine und ökonomische Überlegungen	155
	b) Tatbestandsmerkmale	157
	(1) Was kann eine „essential facility“ sein?	157
	(2) Unentbehrliche und nicht duplizierbare Einrichtung	157

* Der vorliegende Aufsatz beruht in seinen Grundzügen auf der Diplomarbeit des Verfassers, die im Mai 2004 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens Universität Graz angenommen wurde. Dem Betreuer dieser Diplomarbeit, Herrn Univ.-Prof. Dr. Christian Callies, Universität Göttingen, und der Rechtsanwaltskanzlei Held Berdnik Astner und Partner, Graz/Wien, ist der Verfasser zu besonderem Dank verpflichtet.

4. Besondere Umstände in Lizenzverweigerungsfällen nach der Rechtsprechung des EuGH	159
a) „Volvo“ und „Renault“	159
b) „Magill“	161
c) Konsequenz aus „Magill“	163
VI. „IMS Health“: Die Antwort des Gerichtshofs	164
1. Unentbehrlichkeit und Duplizierbarkeit der Einrichtung?	164
2. Missbrauch	166
a) Drei Bedingungen	166
b) Notwendigkeit eines abgeleiteten Marktes	167
c) Vorliegen eines neuen Produktes	167
(1) Unterscheidung zwischen materiellen und immateriellen Einrichtungen	168
(2) Innovation: Ziel und Zielerreichung	169
(3) Neues Produkt?	170
d) Rechtfertigungsgründe	172
VII. Zusammenfassung	173

I. Einleitung

Seit dem richtungsweisenden Urteil des EuGH in Sachen *Magill*¹ sind bereits über neun Jahre vergangen. Obwohl sich seither viele Autorinnen und Autoren mit diesem Urteil² und dem dahinter stehenden Spannungsverhältnis³ zwischen den

¹ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Radio Telefís Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP)/Kommission, (Magill)*, Slg. 1995, I-743.

² Zu diesem Urteil vgl. insbesondere *Mennicke*, „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, ZHR 1996, S. 626; *Deselaers*, Die „Essential Facilities“-Doctrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, S. 563; *Vinje*, The final Word on Magill – The Judgment of the ECJ, EIPR 1995, S. 297; *Cohen Jeboram/Martelmans*, Zur „Magill“-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int 1997, S. 11; *Ebenroth/Bohne*, Gewerbliche Schutzrechte und Art. 86 EG-Vertrag nach der Magill-Entscheidung, EWS 1995, S. 397; *Greaves*, Magill est Arrivé... RTE and ITP v Commission of the European Communities, ECLR 1995, S. 244; *Jestaedt*, Anmerkung zum Urteil in der Sache Magill, WuW 1995, S. 483; *Taylor*, Copyright versus Right to Compete – The Judgment of the ECJ in Magill, CTLR 1995, S. 99; *Wessely*, Die Magill-Entscheidung des EuGH, Mißbrauchsauflistung und Kontrahierungszwang, MR 1995, S. 45; *Bunte*, Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch Ausübung gewerblicher Schutzrechte, ecolex 1995, S. 565; *Bechtold*, Entscheidungsanmerkung:

nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht auseinandergesetzt haben, sind viele Zweifelsfälle bestehen geblieben. Von großem Interesse ist nach wie vor die Frage, in welchen Konstellationen die Verweigerung einer Lizenz an einem Immaterialgüterrecht den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV darstellen kann. Es ist insbesondere das komplexe Zusammenspiel der - nach dem Urteil *Bronner*⁴ wohl auch im europäischen Wettbewerbsrecht endgültig anerkannten – *essential facilities doctrine* und dem durch Immaterialgüterrechte verliehenen Exklusivitätsanspruch, welches nur schwer lösbar Wertungsprobleme aufwirft: Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit der freie Wettbewerb durch Rechte des geistigen Eigentums beschränkbar sein soll, die ihrerseits darauf ausgerichtet sind, durch die ihnen immanente Anreiz- und Belohnungsfunktion den langfristigen Innovationswettbewerb (durch zeitweilige Einschränkung des kurzfristigen Imitationswettbewerbs) zu fördern.⁵ Zum anderen ergeben sich mannigfache Probleme aus dem Umstand, dass nach wie vor die Mitgliedsstaaten in Hinblick auf die Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte über weitgehende Kompetenzen verfügen,⁶ das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht aber eine umfassende Schutzfunktion zu erfüllen hat. Aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Harmonisierung auf diesem Gebiet birgt jedes Einwirken des europäischen Wettbewerbsrechts auf nationale Ausschließlichkeitsrechte einen Kompetenzkonflikt in sich.⁷

Mit großer Spannung wurde daher das Urteil des Gerichtshofs in Sachen *IMS Health*⁸ erwartet. Der außergewöhnliche Sachverhalt bot dem EuGH die Möglich-

EuGH, Magill, EuZW 1995, S. 345; *Crowther*, Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights, ELR 1995, S. 521; *Götting*, Entscheidungsanmerkung: EuGH, Magill, JZ 1996, S. 307.

3 Grundlegend *Govaere*, The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law (1996); *Anderman*, EC Competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation (2000); *Beckmerhagen*, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht (2002); *Meinhardt*, Die Beschränkung nationaler Immaterialgüterrechte durch Art. 86 EGV unter besonderer Berücksichtigung der Essential facilities-Doktrin (1998).

4 EuGH, Rs. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG und Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, (Bronner), Slg. 1998, I-7791.

5 *Fikentscher/Heinemann/Kunz-Hallstein*, Das Kartellrecht des Immaterialgüterschutzes im Draft International Antitrust Code, GRUR Int 1995, S. 757 (761).

6 Vgl. EuGH, Rs. 238/87, *AB Volvo/Erik Veng (UK) Ltd, (Volvo)*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 7; *Anderman*, (Fn. 3), S. 8 in Fn 2; *Mogel*, Europäisches Urheberrecht (2001), S. 49; *de Bronett*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts (1999), § 22, Rdnr. 47.

7 Sehr plastisch *Goyder*, EC Competition Law (1993), S. 322.

8 EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG, (IMS Health)*, veröffentlicht in EuZW 2004, S. 345; vgl. zu diesem Fall *Löber*, Die IMS-Health-Entscheidung der Europäischen Kommission: Copyright K.O.?, GRUR Int 2002, S. 7; *Schwarze*, Der Schutz des geistigen Eigentums im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2002, S. 75; *Eilmansberger*, Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach Art. 82 EG – Überlegungen aus Anlass der Entscheidung „IMS Health“, EWS 2003, S. 12; *Abermann*, Die essential facilities doctrine im europäischen und österreichischen Kartellrecht unter Berücksichtigung der Entstehung und Entwicklung im US-amerikanischen Antitrust-Recht (2003), S. 105 ff.; *Conde*, GRUR Int 2003, Aktuelle Informationen, S. 876; *Frey*, Neue

keit, seine in den Urteilen *Volvo*⁹ und *Renault*¹⁰, *Magill*¹¹ und *Bronner*¹² begründete Rechtsprechungslinie zu bestätigen und weiterzuentwickeln.

II. „IMS Health“: Sachverhalt und Verfahren

Die Firmen IMS und NDC sind zwei amerikanische Unternehmen, die sich durch ihre jeweiligen Tochtergesellschaften auch in Deutschland mit der Erfassung, Bearbeitung und Interpretation von Daten über den regionalen Absatz pharmazeutischer Produkte beschäftigen. Pharmaunternehmen nutzen diese Daten, um ihre Absatzgebiete aufzubauen, Anreizsysteme für ihre Verkaufsvertreter zu entwickeln und um die Marktentwicklungen frühzeitig abschätzen zu können. Die von IMS und NDC verwendeten Absatzrohdaten stammen von den in Deutschland tätigen Pharmagroßhändlern. Es wird dabei davon ausgegangen, dass die Verkäufe der Großhändler an die Apotheken zuverlässige Werte für den Apothekenverkauf und damit die ärztlichen Verschreibungen liefern. IMS nimmt auf dem Markt der regionalen Absatzdatendienste eine Beinahe-Monopolstellung ein. Diese resultiert insbesondere aus der von IMS entwickelten und urheberrechtlich geschützten „1860-Bausteine-Struktur“, die heute auch von den Pharmaunternehmen als defacto-Industriestandard anerkannt wird. Die hohe Akzeptanz der „1860-Bausteine-Struktur“ erklärt sich unter anderem durch den Umstand, dass IMS vor einigen Jahren einen Arbeitskreis eingerichtet hat, an dem auch Firmen der pharmazeutischen Industrie teilnehmen. Ziel dieses Arbeitskreises war und ist es, die Bausteinstruktur entsprechend den Wünschen der Pharmahersteller zu optimieren. Darüber hinaus hat IMS seine Bausteinstruktur unentgeltlich an Apotheken und Arztpraxen verteilt.

Durch die „1860-Bausteine-Struktur“ wird das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland in 1860 Absatzsegmente, so genannte Bausteine, unterteilt. Dadurch werden Gebiete mit gleichwertigem Absatzpotential geschaffen und es wird den Datenschutzgesetzen entsprochen. Unter anderem erfolgt die Vergütung der Pharmaverkaufsvertreter anhand der Bewegungen der Marktanteile und der Wachstumsraten je Baustein. Die von IMS entwickelte Struktur berücksichtigt verschiedene Kriterien, wie etwa die Grenzen der Gemeindegebiete und der Postleitzahlenbezirke,

Herausforderungen für exklusive Contentverwertung – Der wettbewerbsrechtlich Rahmen für die Vermarktung und den Erwerb von Medienrechten, GRUR 2003, S. 931.

⁹ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211.

¹⁰ EuGH, Rs. 53/87, *Consorzio Italiano delle Componentistica di Ricambio per Autoveicoli und Spa Maxicar/Regie Nationale des Usines Renault*, (Renault), Slg. 1988, 6039.

¹¹ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743.

¹² EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791.

die Qualität der Verkehrsverbindungen, die Apotheken- und Arztpraxendichte, oder auch, ob es sich um städtisches oder ländliches Gebiet handelt.

NDC verwendete für ihre Absatzdatendienste eine alternative Bausteinstruktur, die allerdings von den Pharmaherstellern nicht angenommen wurde. Dies deshalb, weil sich die „1860-Bausteine-Struktur“ derart als Industrienorm verfestigt hatte, dass ein Umstieg auf eine neue Art der Datenaufbereitung enorme Kosten verursacht hätte. Auch wären die von NDC gelieferten Daten nur begrenzt mit alten, in der „1860-Bausteine-Struktur“ formatierten Daten vergleichbar gewesen. Daraufhin beschloss NDC ein Derivat der „1860-Bausteine-Struktur“ zu verwenden. IMS leitete dagegen rechtliche Schritte ein und erwirkte vor deutschen Gerichten einen auf UrhG und UWG gestützten Unterlassungsanspruch gegen NDC. NDC setzte sich gegen diese Entscheidung zur Wehr, mit der Folge, dass das Landgericht Frankfurt¹³ dem EuGH ein Vorabentscheidungsersuchen unterbreitete.¹⁴

Parallel dazu beschwerte sich NDC bei der Kommission wegen der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch IMS. Im Wege einer einstweiligen Anordnung¹⁵ erklärte die Kommission die Beschwerde von NDC für begründet und verpflichtete IMS dazu, konkurrierenden Unternehmen Lizenzen für die „1860-Bausteine-Struktur“ zu erteilen.¹⁶ Die Kommission stützte ihre Entscheidung maßgeblich auf die vom EuGH im Urteil *Bronner*¹⁷ entwickelten Grundsätze zur *essential facilities doctrine*, ohne dabei dem Urheberrecht an der Bausteinstruktur besondere Beachtung zu schenken.¹⁸ IMS erhob Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission gemäß Art. 230 EGV und beantragte nach Art. 243 EGV die Aussetzung ihres Vollzugs. Mit Beschlüssen vom 10. August 2001¹⁹ und vom 26. Oktober 2001²⁰ gab der Präsident des EuG dem Antrag statt. Das Rechtsmittel der NDC gegen diese Entscheidung wurde vom Präsidenten des EuGH mit Beschluss vom 11. April 2002²¹ zurückgewiesen. Mit Entscheidung vom 13. August 2003 nahm die Kommission ihre ursprüngliche Entscheidung mit der Begründung zurück, dass aufgrund der bevorstehenden Annahme der das

13 Im Folgenden: LG Frankfurt.

14 Vorabentscheidungsersuchen des LG Frankfurt zur Rs. C-418/01, *IMS Health*, ABl. Nr. C 3 v. 5.1. 2002, S.16.

15 Zu dieser verfahrensrechtlichen Besonderheit vgl. *Schwarze*, (Fn. 8), S. 75.

16 KOM(2001) 165, ABl. Nr. L 59 v. 28.2.2002, S. 18.

17 EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791.

18 KOM(2001) 165, ABl. Nr. L 59 v. 28.2.2002, S. 18, Rdnr. 70.

19 Beschluss des Präsidenten des Gerichts, Rs. T-184/01 R, *IMS Health Inc./Kommission, (IMS-Health)*, Slg. 2001, II-2349.

20 Beschluss des Präsidenten des Gerichts, (Fn. 19), Slg. 2001, II-3193.

21 Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs, Rs. C-481/01 P(R), *NDC Health Corporation, (IMS-Health)*, Slg. 2002, I-3401.

Verwaltungsverfahren abschließenden Entscheidung der Kommission einstweilige Maßnahmen nicht mehr dringlich seien.²²

Am 2. Oktober 2003 unterbreitete GA *Tizzano* seine Schlussanträge im Rahmen des vom LG Frankfurt angestrebten Vorabentscheidungsverfahrens, worin er der Rechtsansicht der Kommission in entscheidenden Punkten widersprach.²³ Insbesondere trat er der Auffassung der Kommission²⁴ entgegen, wonach es für das Vorliegen einer missbräuchlichen Lizenzverweigerung durch IMS nicht notwendig sei, dass NDC ein neuartiges Produkt im Sinne des Magill-Urteils²⁵ anbiete.²⁶

Das LG Frankfurt hat dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung²⁷ vorgelegt, wobei die zweite und dritte Frage die Annahme betrafen, auf der die erste Frage beruht.²⁸ Zuerst wollte das vorlegende Gericht wissen, ob es ein missbräuchliches Verhalten gemäß Art. 82 EGV darstellt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen den Abschluss eines Lizenzvertrages über die Nutzung einer urheberrechtlich geschützten Datenbank verweigert, obwohl der Zugang zur Datenbank eine unentbehrliche Voraussetzung darstellt, um mit dem beherrschenden Unternehmen in Konkurrenz treten zu können. In der zweiten und dritten Frage bat das nationale Gericht den Gerichtshof um Antwort auf die Frage, ob im vorliegenden Fall von der Unentbehrlichkeit der „1860-Bausteine-Struktur“ ausgegangen werden kann. Dabei wurde vom LG Frankfurt auf die Relevanz des von IMS eingerichteten Arbeitskreises, dem auch Mitarbeiter der Pharmahersteller angehören (Frage 2), und auf den Umstellungsaufwand abgestellt, der der Pharmedizinindustrie entstünde, wenn sie zukünftig das von NDC angebotene Produkt, welches von der „1860-Bausteine-Struktur“ keinen Gebrauch macht, verwenden würde (Frage 3).

Bevor auf die Antwort des Gerichtshofs eingegangen wird, erscheint es lohnenswert, sich eingehender mit dem Spannungsfeld zwischen nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht, insbesondere Art. 82 EGV, in seinen verschiedenen Facetten auseinander zu setzen.

²² KOM(2003) 741, *NDC Health/IMS Health*: Einstweilige Maßnahmen, 13.8.2003, ABl. Nr. L 268 v. 18.10.2003, S. 69.

²³ Schlussanträge des GA *Tizzano* v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG (IMS-Health)*, (noch nicht veröffentlicht).

²⁴ KOM(2001) 165, ABl. Nr. L 59 v. 28.2.2002, S. 18, Rdnr. 180.

²⁵ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 54.

²⁶ Schlussanträge des GA *Tizzano*, (Fn. 23), Rdnr. 61 ff.

²⁷ ABl. Nr. C 3 v. 5.1.2002, S. 16.

²⁸ So auch EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Rdnr. 24; Schlussanträge des GA *Tizzano*, (Fn. 23), Rdnr. 32.

III. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf nationale Immaterialgüterrechte

1. Rechtsprechung des EuGH

Als Grundregel stellte der EuGH bereits in den ersten einschlägigen Entscheidungen klar, dass die Bestimmungen über den freien Wettbewerb auf nationale Immaterialgüterrechte bzw. deren Ausübung vollständig anwendbar sind.²⁹ Schon im Urteil *Consten und Grundig* führte der EuGH aus, dass die gegenteilige Auffassung die Bestimmung des Art. 81 EGV ins Leere laufen ließe.³⁰ Die Ausübung eines Immaterialgüterrechts dürfe nicht zur Wirkungslosigkeit der Wettbewerbsregeln führen, wobei der Bestand der geistigen Eigentumsrechte unberührt bleiben solle.³¹ In der Entscheidung *Parke Davis*³² wurde die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung bestätigt. Nach Ansicht des EuGH verstieß die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts nicht gegen die Regeln über den freien Wettbewerb, da es sich bei einem Patent um den Ausdruck einer gesetzlichen Rechtsposition handle, die ein Staat für Erzeugnisse vorsieht, die bestimmten Merkmalen genügen; die Ausübung erfüllt daher nicht die in Art. 81 Abs. 1 EGV geforderten Voraussetzungen der vertraglichen Abmachung oder der Abstimmung.³³ Zu Art. 82 EGV stellte der EuGH fest, dass ein Verstoß gegen diese Bestimmung nur vorliegt, wenn die Verwertung des Patents zu einer missbräuchlichen Ausnutzung dieses Schutzes ausartet.³⁴

Zur Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung ist aus heutiger Sicht zu sagen, dass sie niemals den Zweck verfolgte, den Konflikt zwischen den widerstreitenden Prinzipien des freien Wettbewerbs und des Schutzes des gewerblichen Eigentums zu lösen, sondern die Funktion hatte, klarzustellen, dass auch gewerbliche Schutzrechte am EG-Vertrag zu messen sind.³⁵ Eine selbständige Bedeutung kommt der Unterscheidung nicht zu.³⁶

²⁹ *Govaere*, (Fn. 3), S. 104.

³⁰ EuGH, verb. Rs. 56 und 58/64, *Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH*, Slg. 1966, 321, 394.

³¹ *Anderman*, (Fn. 3), S. 10.

³² EuGH, Rs. 24/67, *Parke Davis*, Slg. 1968, 86.

³³ EuGH, Rs. 24/67, *Parke Davis*, Slg. 1968, 86, 112.

³⁴ EuGH, Rs. 24/67, *Parke Davis*, Slg. 1968, 86, 112.

³⁵ So bereits *Ebenroth/Hübsche*, Gewerbliche Schutzrechte und Marktaufteilung im Binnenmarkt der Europäischen Union (1994), S. 82.

³⁶ Vgl. Schlussanträge des GA *Gulmann* v. 1.6.1994, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743 Nr. 31 m.w.N.; *Bellamy & Child*, European Community Law of Competition (2001), S. 614 f. m.w.N.; *Schwarze*, (Fn. 8), S. 79; bereits in seiner Entscheidung vom 17.10.1990 in der Rs. C-10/89, *HAG GF*, Slg. 1990, I-3711, hat der EuGH nicht mehr zwischen Bestand und Ausübung unterschieden.

Der Gerichtshof hat auch in nachfolgenden Urteilen immer wieder bestätigt, dass die Ausübung eines nationalen Immaterialgüterrechts nicht *per se* einen Verstoß gegen Art. 81 und 82 EGV darstellt.³⁷ Im Urteil *Deutsche Grammophon* sprach der Gerichtshof aus, dass im Prinzip ein Schutzrechtsinhaber nicht schon durch die Ausübung seines Rechtes eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 82 EGV einnimmt.³⁸ Im Volvo-Urteil ging der EuGH gar so weit festzustellen, dass die Weigerung, eine Lizenz zu erteilen, für sich genommen noch kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sein kann.³⁹ Als besonders aufschlussreich erweist sich das Urteil *Hoffmann-La Roche*, in welchem dargelegt wird,

„...dass die Ausübung des Warenzeichenrechts, soweit sie nach Artikel [30]⁴⁰ des Vertrages rechtmäßig ist, nicht bereits deshalb gegen Artikel [82] des Vertrages verstößt, weil sie durch ein Unternehmen erfolgt, das eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, wenn das Warenzeichenrecht nicht als Mittel zur missbräuchlichen Ausnutzung einer solchen Stellung eingesetzt wurde.“⁴¹

Aus all dem wird deutlich, dass die bloße Ausübung eines Immaterialgüterrechtes nicht automatisch missbräuchlich ist. Damit gegen Art. 81 EGV verstoßen wird, muss zusätzlich zum Schutzrecht noch eine Vereinbarung zwischen Unternehmen oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise hinzutreten.⁴² Ein Verstoß gegen Art. 82 EGV liegt nur dann vor, wenn das Immaterialgüterrecht als Instrument eingesetzt wird, um eine an sich schon verbotene Verhaltensweise leichter ausführen zu können.⁴³ Es zeigt sich daher, dass die Ausübung von Schutzrechten nur unter bestimmten Umständen durch die Art. 81 und 82 EGV beschränkt wird; liegen diese Umstände jedoch vor, so ist die Ausübung verboten, ungeachtet der Tatsache, dass sie nach nationalem Recht erlaubt ist.⁴⁴

Ähnlich den Argumentationslinien in Zusammenhang mit Art. 30 EGV⁴⁵ stellt sich auch im Bereich der Art. 81 und 82 EGV die Frage, ob dem spezifischen

37 *Anderman*, (Fn. 3), S. 12 f.

38 EuGH, Rs. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft*, Slg. 1971, 487, Rdnr. 16.

39 EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 8.

40 Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden alte Artikelnummern durch die entsprechenden aktuellen Nummern (Amsterdamer Fassung) ersetzt.

41 EuGH, Rs. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1978, 1139, Rdnr. 16.

42 EuGH, Rs. 262/81, *Coditel II*, Slg. 1982, 3381, Rdnr. 14 f.

43 *Myrick*, Will Intellectual Property on Technology still be Viable in a Unitary Market, EIPR 1992, S. 298 (305).

44 *Anderman*, (Fn. 3), S. 13.

45 Vgl. dazu insbesondere *Govaere*, (Fn. 3), S. 71 ff.; *Beier*, Gewerblicher Rechtschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, GRUR Int 1989, S. 603; *Gotzen*, Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrecht in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 30 bis 36 des EWG-Vertrages, GRUR Int 1984, S. 146; *Ebenroth/Hübschle*, „Bestand“ und „Ausübung“ gewerblicher Schutzrechte, EWS 1994, S. 109; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.),

Gegenstand eines Immaterialgüterrechts eine entscheidende Bedeutung zukommt. Man könnte der Meinung sein, dass ein bestimmter Kern der Immaterialgüterrechte, der sich aus der Analyse des spezifischen Gegenstands ergibt, von den Regelungen des freien Wettbewerbs absolut geschützt ist. Unterstützung für diese Sicht der Dinge könnte aus dem Volvo-Urteil abgeleitet werden, in dem der EuGH ausspricht, dass man einem Schutzrechtsinhaber gerade die Substanz seines Rechts nähme, würde man ihm zur Erteilung einer Lizenz zwingen.⁴⁶ Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass die Rolle des „spezifischen Gegenstandes“ keine sonderlich bedeutende ist. Es geht dem Gerichtshof nämlich weder um die Etablierung einer gemeinschaftsrechtlichen Immaterialgüterrechtsdogmatik, noch um eine verdeckte Rechtsvereinheitlichung in diesem so sensiblen Bereich.⁴⁷ In Wahrheit ist dem EuGH daran gelegen, ein System aufrecht zu erhalten, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Dies geschieht jedoch nicht dadurch, dass aufgrund einer umfassenden Analyse der nationalen Immaterialgüterrechte der jeweilige spezifische Gegenstand dieser Rechte bestimmt wird, sondern dadurch, dass den Anforderungen eines unverfälschten, auf Leistung beruhenden Wettbewerbs Rechnung getragen wird. Ebenso wie es das Ziel des Gerichtshofs ist, anhand des Art. 28 EGV den freien Warenverkehr zu garantieren, so soll mittels der Art. 81 und 82 EGV der Wettbewerb vor Beschränkungen geschützt werden. Die maßgeblichen Kriterien, ob es sich bei der Ausübung eines Schutzrechts um ein „normales“ oder ein „missbräuchliches“ Verhalten handelt, ergeben sich daher nicht aus dem Wesen der Immaterialgüterrechte, sondern aus dem Wesen des Wettbewerbs.⁴⁸ Dafür spricht bei richtiger Betrachtung auch das Volvo-Urteil:

„Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber eines Musters für Kraftfahrzeugkarosserieteile gemäß Artikel [82] verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa der willkürlichen Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern, der Festsetzung unangemessener Ersatzteilpreise oder der Entscheidung, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells verkehren, sofern diese Verhaltensweisen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.“⁴⁹

Diese Passage zeigt deutlich, dass es keinen absolut geschützten „Kern“ der Immaterialgüterrechte geben kann, der sich aus dem spezifischen Gegenstand dieser

Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2002), Art. 30, Rdnr. 41 ff.

⁴⁶ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 8.

⁴⁷ So bereits *Gotzen*, (Fn. 45), S. 151.

⁴⁸ *Vinje*, (Fn. 2), S. 301.

⁴⁹ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 9.

Rechte ergibt. Es sei nochmals die Hoffman-La-Roche-Entscheidung angeführt, in der ausgesprochen wurde, dass es das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht jedenfalls zu verhindern wisse, dass ein Immaterialgüterrecht als Werkzeug für ein an sich bereits missbräuchliches Verhalten verwendet wird.⁵⁰ Den zentralen und grundsätzlichen Streitpunkt in Sachen *Magill* stellte die Frage dar, ob die Ablehnung der Lizenzerteilung – d.h. die Ausübung einer Befugnis, die nach verbreiteter Auffassung vom spezifischen Gegenstand des Urheberrechts umfasst wird – trotz dieses Ausgangspunkts einen Missbrauch darstellen kann.⁵¹ Der EuGH hat dennoch darauf verzichtet, einen durch Art. 82 EGV berechtigten Eingriff in den spezifischen Gegenstand zu prüfen.⁵² Der Gerichtshof bestätigte vielmehr die hier vertretene Auffassung, indem er zuerst feststellt, dass die Ausgestaltung der Modalitäten und Voraussetzungen des Schutzes des geistigen Eigentums in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fällt und das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Urhebers – und damit auch zum spezifischen Gegenstand des Urheberrechts – gehört, somit die Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Missbrauch darstellt (selbst wenn sie von einem Unternehmen in beherrschender Stellung ausgehen sollte), dann aber klargestellt wird, dass die Ausübung unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann.⁵³

2. Drei Kategorien

Es erscheint unter Berücksichtigung aller angeführten Argumente und Wertungen angebracht, bei der Beurteilung des Spannungsverhältnisses zwischen den nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht von drei Kategorien auszugehen.⁵⁴ Die erste umfasst den „Bestand“ der nationalen Immaterialgüterrechte und bleibt von Art. 81 und 82 EGV unberührt: Es ist Aufgabe der Mitgliedsstaaten, den Schutz des geistigen Eigentums nach ihren Vorstellungen auszugestalten, solange die gemeinschaftsweite Harmonisierung noch nicht verwirklicht ist. Es widerspräche dem System des EGV, würde der EuGH sich über die Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedsstaaten und der Gemeinschaft einfach hinwegsetzen und bestimmte Werke als gemeinschaftsrechtlich nicht schutzwürdig betrachten.⁵⁵ Die zweite Kategorie enthält die „gemeinschaftsrecht-

⁵⁰ EuGH, Rs. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1978, 1139, Rdnr. 16.

⁵¹ Vgl. Schlussanträge des GA *Gulmann* v. 1.6.1994, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Nr. 40.

⁵² Dies bedauern *Ebenroth/Bohne*, (Fn. 2), S. 400.

⁵³ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 49 f.; *Ebenroth/Bohne*, (Fn. 2), S. 400; *Müller*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, EuZW 1998, S. 232 (236).

⁵⁴ So auch *Anderman*, (Fn. 3), S. 11.

⁵⁵ Dies fordert allerdings *Doutrepont*, Mißbräuchliche Ausübung von Urheberrechten?, GRUR Int 1994, S. 302 (307), im Fall *Magill*.

lich erlaubten Formen der Ausübung“ nationaler Ausschließlichkeitsrechte, die dritte die „gemeinschaftsrechtlich verbotenen Formen der Ausübung“. Was erlaubt und was verboten ist, ergibt sich aus den Wertungen des europäischen Wettbewerbsrechts. Auf diese Wertungen wird im Folgenden näher einzugehen sein.

IV. Immaterialgüterrechte und Missbrauch

1. Grundsätzliches

Wenn der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung darlegt, dass der Missbrauchs-begriff Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung umfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist,⁵⁶ so stellt sich die Frage, wie sich dies auf die Ausübung nationaler Immaterialgüterrechte auswirkt. Gerade das allen Immaterialgüterrechten immanente Merkmal der Exklusivität, also der Befugnis, Dritte bis zu einem gewissen Grad vom Markt auszuschließen, bewirkt unmittelbar – besonders bei enger Marktabgrenzung – eine drastische Veränderung der Marktstruktur.⁵⁷ Kann davon ausgegangen werden, dass die Ausübung von Immaterialgüterrechten eine Form des reinen Leistungswettbewerbs darstellt, der auch dominanten Firmen stets erlaubt bleibt? Interessant ist auch die Frage, wie die mit der Anreiz- und Belohnungsfunktion der Schutzrechte verbundene Möglichkeit, Monopolpreise zu verlangen, mit den Bestimmungen des Art. 82 lit. a EGV (Erzwingung von unangemessenen Preisen) und Art. 82 lit. b EGV (Einschränkung der Erzeugung) zu vereinbaren ist.⁵⁸ Eine Facette des Ausschließlichkeitsrechts besteht schließlich darin, dass der Rechtsinhaber selbst entscheiden kann, ob er das geschützte Gut selbst produziert oder aber gegen entsprechende Gebühr Lizzenzen an Dritte vergibt. Die strikte Weigerung eines Rechtsinhabers, Lizzenzen zu vergeben, kann daher im Spannungsfeld zur Geschäftsverweigerungsjurisdikatur⁵⁹ des EuGH stehen. Zählt man all diese Konfliktfelder mit dem europäischen Wettbewerbsrecht auf, so liegt auf den ersten Blick der Eindruck nahe, dass die nationalen Rechte zum Schutz des geistigen Eigentums ihrer Wirksamkeit beraubt sind. Dies ist allerdings in dieser Schärfe nicht der Fall. Der EuGH war sich von jeher der Bedeutung der Immaterialgüterrechte bewusst, die zwar kurzfristig zu Wettbewerbsbeschränkungen führen können, auf lange Sicht aber den Wettbewerb durch die erreichte Innovation auf ein höheres Level heben.

⁵⁶ Vgl. nur EuGH, Rs. C-62/86, *AKZO Chemie BV*, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 69.

⁵⁷ *Govaere*, (Fn. 3), S. 250.

⁵⁸ *Anderman*, (Fn. 3), S. 181.

⁵⁹ Vgl. dazu unten unter V.2.a).

Der Gerichtshof entschied, dass die Ausübung eines Ausschließlichkeitsrechts nicht schon deswegen gegen Art. 82 EGV verstößt, weil sie durch ein Unternehmen erfolgt, das eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.⁶⁰ Aus dieser Formulierung wird aber auch ersichtlich, dass das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung nicht deshalb einer Beurteilung anhand des Art. 82 EGV entzogen ist, weil es sich um die Ausübung eines Immaterialgüterrechts handelt.⁶¹ Es geht also weder darum, die nationalen Immaterialgüterrechte völlig zu entleeren, noch darum, die Bestimmungen des europäischen Wettbewerbsrechts ins Leere laufen zu lassen. Vielmehr geht es um ein Optimierungsproblem: Im Sinne einer Gesamtrechnung muss abgeschätzt werden, welche Beschränkungen des kurzfristigen Wettbewerbs durch den langfristigen Aufschwung gerechtfertigt sind. Das Ziehen einer exakten Grenze fällt schwer.⁶² Wenn es das Ziel der Immaterialgüterrechte ist, den Wettbewerb langfristig zu fördern, dann sind insbesondere jene Verhaltensweisen der Rechtsinhaber zu unterbinden, die darauf abzielen, die eigene Position so zu festigen, dass selbst nach Ablauf der Schutzzeit die marktbeherrschende Stellung nicht mehr angegriffen werden kann (Strukturmissbrauch). Genauso schädlich für den langfristigen Wettbewerb ist es, wenn ein Unternehmen versucht, die durch das Schutzrecht eingeräumte rechtliche Sonderstellung auch auf andere, nicht geschützte Produkte bzw. Märkte zu übertragen (Kopplung bzw. Marktmachttransfer).⁶³ In eine eigene Kategorie fällt jenes Verhalten des Schutzrechtsinhabers, durch welches die Innovationsanreizfunktion der Schutzrechte unterlaufen wird, insbesondere indem durch die Rechtsausübung die Einführung eines neuartigen Produkts verhindert wird.

Im Folgenden soll, um die entscheidenden Kriterien bei der Lösung des Optimierungsproblems herauszuarbeiten, eine Aufteilung in zwei Arten von missbräuchlichem Verhalten getroffen werden. Dabei wird auch auf die Meinung *Eilmansbergers* und *Meinhardts* einzugehen sein.

2. Meinungsstand

*Eilmansberger*⁶⁴ nähert sich dem Optimierungsproblem dadurch, dass er zwischen indirektem und direktem Schutzrechtsmissbrauch unterscheidet. Unter indirektem Schutzrechtsmissbrauch versteht er dabei das Verhalten eines Unternehmens, das seine durch das Immaterialgüterrecht abgesicherte Vormachtstellung bei der

⁶⁰ EuGH, Rs. 102/77, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1978, 1139, Rdnr. 16.

⁶¹ So auch *de Bronett*, (Fn. 6), § 22, Rdnr. 48.

⁶² Vgl. die Nachweise bei *Govaere*, (Fn. 3), S. 21.

⁶³ Dazu ausführlich *Anderman*, (Fn. 3), S. 181 ff.

⁶⁴ *Eilmansberger*, Der Umgang marktbeherrschender Unternehmen mit Immaterialgüterrechten im Lichte des Art. 86 EWGV, EuZW 1992, S. 625.

kommerziellen Verwertung des geschützten Erzeugnisses missbräuchlich einsetzt (z.B. die Festsetzung überhöhter Preise für das geschützte Erzeugnis oder die sachlich nicht gerechtfertigte Weigerung, Handelspartner mit dem geschützten Produkt zu beliefern). Andererseits kann dasselbe Unternehmen den Missbrauch auch direkt auf dem Markt des Schutzrechts selbst begehen. Unter direktem Schutzrechtsmissbrauch versteht *Eilmansberger* daher den Erwerb (z.B. Sperr- oder Wegelagerpatente) bzw. die rechtsgeschäftliche Verwertung des Schutzrechts (z.B. unangemessene Lizenzgebühren) oder auch die einseitige Ausübung des die geistigen Eigentumsrechte allgemein kennzeichnenden Ausschlussanspruchs (Lizenzverweigerung). In diesem Fall ist das Schutzrecht selbst Instrument bzw. Objekt des missbräuchlichen Verhaltens.⁶⁵

Die von *Eilmansberger* getroffene Einteilung ist begrifflich klar und lässt sich ohne große Probleme in der Praxis durchführen. Leider hilft sie bei der Lösung des Optimierungsproblems zwischen Immaterialgüterrechten und Wettbewerbsrecht nicht weiter, da sowohl auf den indirekten als auch auf den direkten Schutzrechtsmissbrauch dieselben Grundsätze angewandt werden. *Eilmansberger* stellt lediglich fest, dass bei einem indirekten Missbrauch die wettbewerbsrechtliche Sanktion am Markt des geschützten Produkts ansetzen sollte (z.B. Anordnung einer Lieferverpflichtung) und daher kein Grund bestehe, das Schutzrecht an sich in Frage zu stellen. Nur bei einem direkten Missbrauch sei der Eingriff in das Schutzrecht selbst (z.B. Erteilung einer Zwangslizenz) als *ultima ratio* gerechtfertigt.⁶⁶ Die entscheidende Frage aber, wann ein Verhalten in Zusammenhang mit einem Immaterialgüterrecht missbräuchlich ist und wann sie hingegen vom Gemeinschaftsrecht toleriert werden sollte, wird durch die Unterscheidung zwischen indirektem und direktem Schutzrechtsmissbrauch nicht beantwortet.⁶⁷

Auch *Meinhardt*⁶⁸ nimmt eine Zweiteilung vor. Er unterscheidet, ob sich das fragliche Verhalten des dominanten Unternehmens direkt auf das ausschließliche Recht stützt (direkte Ausübung), oder aber, ob sich das Verhalten auf vom Markt eingeräumte Rechte gründet, die vom geistigen Eigentumsrecht nur abgeleitet sind (abgeleitete Ausübung). Eine direkte Ausübung eines geistigen Eigentumsrechts wäre es demnach, wenn sich ein Patentinhaber auf sein Schutzrecht beruft, um einen Konkurrenten von der Nachahmung des geschützten Produkts abzuhalten. Diese Befugnis stünde dem Inhaber aufgrund der Ausschließlichkeitsfunktion des geistigen Eigentumsrechts zu, unabhängig davon, ob er eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt einnimmt oder nicht. Eine abgeleitete Ausübung eines geistigen Eigentumsrechts stellt es demgegenüber beispielsweise dar, wenn ein

⁶⁵ *Eilmansberger*, (Fn. 64), S. 625 f.

⁶⁶ *Eilmansberger*, (Fn. 64), S. 633 f.

⁶⁷ Vgl. auch die grundsätzliche Kritik bei *Meinhardt*, (Fn. 3), S. 47 f., insbesondere in Fn. 184 und 187.

⁶⁸ *Meinhardt*, (Fn. 3), S. 46 ff.

Rechtsinhaber unangemessen hohe Lizenzgebühren verlangt. Anders als das Recht, eine Lizenz zu verweigern, steht dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, eine Lizenzgebühr zu verlangen, nicht von Gesetzes wegen zu, vielmehr handelt es sich um einen ökonomischen Anspruch, der sich erst aus der Nachfrage nach der Lizenz ergibt. Zu dieser zweiten Kategorie gehören nach *Meinhardt* somit alle Verhaltensweisen, die sich auf Freiheiten gründen, welche vom Markt eingeräumt werden, so z.B. auch die Erzwingung unangemessener Preise für das geschützte Produkt und die willkürliche Lieferverweigerung eben dieser Produkte.

Aus dieser Unterscheidung schließt *Meinhardt*, dass für alle Fälle der abgeleiteten Rechtsausübung die vom EuGH zu den allgemeinen Missbrauchstypen entwickelten Grundsätze greifen und die Ausübung der Immaterialgüterrechte – mit geringen Ausnahmen – bei der rechtlichen Bewertung vernachlässigbar ist. Nur in Fällen der direkten Schutzrechtsausübung, wenn also die betroffene Handlung durch das nationale Schutzrecht ermöglicht wird, sind andere Maßstäbe heranzuziehen, die der Bedeutung der Immaterialgüterrechte für die Entwicklung des Wettbewerbs gerecht werden.⁶⁹

Meinhardts Schlussfolgerungen aus der getroffenen Unterscheidung überzeugen. Unklar bleibt allerdings, warum er dem Ursprung der Fähigkeit zum Missbrauch so große Bedeutung beimisst. Bei der direkten Ausübung des nationalen geistigen Eigentumsrechts ergibt sich die Fähigkeit zum Missbrauch aus dem Recht selbst, bei der abgeleiteten Ausübung aus den tatsächlichen Marktverhältnissen. Diese Überlegungen scheinen eher auf die Frage zugeschnitten zu sein, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, als darauf, ob ein konkretes Tun missbräuchlich ist. Da zwischen der dominanten Stellung auf dem relevanten Markt und dem Missbrauch kein Kausalverhältnis zu bestehen braucht,⁷⁰ ist auch die Unterscheidung nach der Ursache für die Fähigkeit zum Missbrauch unzweckmäßig.

3. Eigener Ansatz

Der hier vertretene Lösungsansatz lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten. Es wird die Ansicht vertreten, dass es weder auf den Markt ankommt, auf den sich das missbräuchliche Verhalten auswirkt, noch auf den Ursprung der Fähigkeit zum Missbrauch. Stattdessen sollen zwei unterschiedliche Aussagen des Gerichtshofs untersucht werden. Im Volvo-Urteil entschied der EuGH, dass die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber eines Immaterialgüterrechts gemäß Art. 82 EGV verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa der willkürlichen Weigerung, unabhängige Reparatur-

⁶⁹ *Meinhardt*, (Fn. 3), S. 166 f.

⁷⁰ *De Bronett*, (Fn. 6), § 22, Rdnr. 99.

werkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern oder der Entscheidung, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells verkehren.⁷¹

Es muss daher in solch einer Konstellation zwischen der Ausübung des ausschließlichen Rechts und einer bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweise unterschieden werden. Mit anderen Worten: Zur Ausübung des Immaterialgüterrechts tritt noch ein zusätzliches Missbrauchselement hinzu. Der EuGH nennt als zusätzliches Missbrauchselement etwa die Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern (Diskriminierung von Handelspartnern, Art. 82 lit. c EGV). Einerseits verhindert der Autohersteller durch die Ausübung seines Ausschließlichkeitsrechts, dass andere Unternehmen die benötigten Ersatzteile produzieren (Ausübung), und andererseits stellt er die Lieferungen an unabhängige Werkstätten ein (zusätzliches Missbrauchselement). Wenn der EuGH meint, die Ausübung des Immaterialgüterrechts sei verboten, wenn der Autohersteller die Entscheidung trifft, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells verkehren, so finden sich auch hier beide Elemente: Durch die Ausübung des Schutzrechts verhindert der Autohersteller, dass ein anderes Unternehmen die Teile fertigen kann, und durch die Einstellung der Produktion schränkt er den Absatz zum Schaden der Verbraucher ein (Art. 82 lit. b EGV).⁷²

Im Magill-Urteil vertritt der EuGH dagegen die Auffassung, dass die Ausübung eines ausschließlichen Rechts durch den Inhaber unter außergewöhnlichen Umständen ein missbräuchliches Verhalten darstellen kann.⁷³ Hier ist es nicht möglich, zwischen der Ausübung und einem zusätzlichen Missbrauchselement zu unterscheiden. Die Ausübung selbst ist missbräuchlich. Der Rechtsinhaber beruft sich in diesen Fällen lediglich auf die ihm durch das Schutzrecht verliehene Exklusivität. Eine weitere Handlung wird nicht vorgenommen. Die Missbräuchlichkeit ergibt sich nicht aus dem Verhalten des Rechtsinhabers, sondern aus den außergewöhnlichen Umständen.

Es ist daher zwischen Fällen des kombinierten Missbrauchs und des schlichten Missbrauchs von Immaterialgüterrechten zu unterscheiden. Beim kombinierten Missbrauch tritt zur Ausübung des Immaterialgüterrechts noch ein selbständiges Missbrauchselement hinzu, wodurch das Verhalten des Rechtsinhabers insgesamt als missbräuchlich anzusehen ist. Beim schlichten Missbrauch des Immateri-

⁷¹ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 9.

⁷² An diesem Beispiel zeigt sich, dass *Eilmansbergers* Unterscheidung nicht durchgehalten werden kann. Der Missbrauch findet sowohl am Markt des geschützten Erzeugnisses als auch am Markt des Immaterialgüterrechts statt. Es ist außerdem nicht nachvollziehbar, weshalb die Erteilung einer Zwangslizenz den Rechtsinhaber mehr belastet als die Verpflichtung, die Produktion fortzusetzen.

⁷³ EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 51; die Bezugnahme auf das Volvo-Urteil erscheint an dieser Stelle unpassend.

güterrechts tut der Rechtsinhaber nichts, außer sich auf die ihm durch nationales Recht verliehene Exklusivität zu berufen. Diese Unterscheidung hat den Vorteil, dass sie Anhaltspunkte dafür gibt, ob ein konkretes Verhalten einen Missbrauch darstellt oder nicht. Bei den Fällen des kombinierten Missbrauchs hat sich das Augenmerk auf das zusätzliche Missbrauchselement zu richten, wobei die allgemeinen Grundsätze anwendbar sind. Bei den Fällen des schlichten Missbrauchs hat sich die Prüfung nicht auf das Verhalten des Rechtsinhabers zu konzentrieren, sondern auf das Vorliegen der außergewöhnlichen Umstände. Als Beispielsfall für den schlichten Missbrauch eines Immaterialgüterrechts kann der Magill-Fall angeführt werden. Die Fernsehanstalten beriefen sich lediglich auf ihr Urheberrecht, ohne ein zusätzliches Missbrauchselement zu verwirklichen. Erst durch die außergewöhnlichen Umstände des Einzelfalls, insbesondere durch das Verhindern des Inverkehrbringens eines neuartigen Produkts, wurde das Verhalten der Fernsehanstalten insgesamt missbräuchlich.

Die hier vertretene Unterscheidung zwischen kombiniertem und schlichtem Missbrauch hat für sich, dass sie grundsätzliche Überlegungen, die bisher unter dem Stichwort „spezifischer Gegenstand des Schutzrechts“ – und somit aus einer vorwiegend immaterialgüterrechtlichen Perspektive – angestellt worden sind, in das Wertesystem des Wettbewerbsrechts überführt und damit auch von den Irrwegen der Bestand/Ausübungs-Lehre befreit.

V. Schlichter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Lizenzverweigerung

1. Allgemeines

Die entscheidende Frage in Fällen des schlichten Missbrauchs lautet: Was sind solche „außergewöhnlichen Umstände“, die einen Eingriff in den Kern des Immaterialgüterrechts notwendig machen? Abstrakt könnte man sie folgendermaßen beantworten: Unter „außergewöhnlichen Umständen“ sind Sachverhaltskomponenten zu verstehen, die bewirken, dass die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts in der konkreten Situation nicht zur Förderung des langfristigen Wettbewerbs beiträgt, sondern im Gegenteil eben diesen ernsthaft beeinträchtigt.

Diese Definition hilft im Einzelfall natürlich nicht weiter. Die Entwicklung genauerer Kriterien ist unumgänglich. Dabei erscheint es lohnenswert, die Rechtsprechung des EuGH zu Geschäftsverweigerungsfällen näher zu untersuchen. In diesen Fällen beruft sich in aller Regel der Eigentümer einer Sache auf die Ausschließlichkeitswirkung⁷⁴ seines Eigentumsrechts und auf die damit eng ver-

⁷⁴ *Koziol/Weser*, Bürgerliches Recht I (2000), S. 247 f.

knüpfte Privatautonomie, um unerwünschte Interessenten abzuwehren. Nun stellt die Befugnis des Schutzrechtsinhabers, Dritte an der Herstellung, dem Verkauf oder der Einfuhr des geschützten Erzeugnisses zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts dar. Daraus geht hervor, dass die Anordnung einer Zwangslizenz direkt in den Kern des Immaterialgüterrechts eingreift.⁷⁵ Es besteht also eine tiefgehende Ähnlichkeit zwischen der Anordnung eines Kontrahierungszwangs in „normalen“ Geschäftsverweigerungsfällen und der Erteilung einer Zwangslizenz an einem Immaterialgüterrecht. Es soll daher in der Folge untersucht werden, ob sich aus der Praxis des Gerichtshofs in Geschäftsverweigerungsfällen Rückschlüsse auf die „besonderen Umstände“ in Fällen des schlichten Missbrauchs eines Immaterialgüterrechts ziehen lassen.

2. Besondere Umstände in Geschäftsverweigerungsfällen

Grundsätzlich sind Unternehmen in ihrer Entscheidung, mit wem sie eine Geschäftsverbindung eingehen wollen, frei.⁷⁶ Marktbeherrschende Unternehmen können aber unter bestimmten Umständen gegen die Generalklausel des Art. 82 EGV verstößen, wenn sie sich weigern, mit gewissen Handelspartnern Geschäfte zu machen.⁷⁷

a) Rechtsprechung des EuGH

Zuerst sind jene Fälle zu betrachten, in denen das dominante Unternehmen eine bestehende Geschäftsverbindung zu einem aktuellen Geschäftspartner abbriicht. Die gegenwärtige Praxis des EuGH lässt sich bis zur Entscheidung *Commercial Solvents*⁷⁸ zurückverfolgen. Die Firma Commercial Solvents (CS) erzeugte Rohstoffe, die für die Herstellung von Arzneimitteln verwendet wurden und nahm auf diesem Rohstoffmarkt eine dominante Stellung ein. Nachdem CS beschlossen hatte, sich nicht nur auf dem Rohstoffmarkt zu betätigen, sondern selbst in die Herstellung von Arzneimitteln einzusteigen, verweigerte CS seinem langjährigen Kunden – und Hersteller der Arzneimittel – Zoja die weitere Belieferung. Der EuGH stellte fest, dass die Firma CS ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, wenn sie sich weigert, einen langjährigen Kunden zu beliefern, nur weil das Unternehmen beschlossen hat, selbst die Derivate, nunmehr im Wettbewerb

⁷⁵ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 8.

⁷⁶ *Bellamy & Child*, (Fn. 36), S. 734.

⁷⁷ *Dirksen*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (2001), Art. 82, Rdnr. 168; *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003), S. 959.

⁷⁸ EuGH, verb. Rs. 6 und 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents corp.*, Slg. 1974, 223.

zu seinem früheren Kunden, herzustellen.⁷⁹ Die vertikale Machtausdehnung vom beherrschten Rohstoffmarkt auf den nachgelagerten Markt durch den Abbruch einer Geschäftsbeziehung stellte in diesem Fall das entscheidende Missbrauchs-kriterium dar.⁸⁰

Im Fall *United Brands*⁸¹ wurde der EuGH mit der Verweigerung zukünftiger Lieferungen befasst, durch die das Unternehmen United Brands (UB) einen seiner vielen Vertriebshändler disziplinieren wollte. UB war das dominante Unternehmen auf dem Bananenmarkt hinsichtlich Herstellung und Vertrieb. Als ein Vertriebs-händler an einer Werbekampagne eines Konkurrenten von UB für Bananen teilnahm, verweigerte UB ihm gegenüber weitere Bananenlieferungen. UB war in den nachgelagerten Markt nicht vertikal integriert und beabsichtigte auch nicht, seine Marktmacht dorthin zu transferieren.⁸² Dennoch stellte der EuGH fest, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Lieferung an einen langjährigen Kunden, dessen Geschäftsgebaren den Gebräuchen des Handels entspricht, nicht einstellen darf, wenn die Bestellungen dieses Kunden in keiner Weise ungewöhnlich sind.⁸³ In diesem Urteil stand nicht der Schutz des Wettbewerbs, sondern der Schutz des abhängigen Unternehmens im Vordergrund. Ein marktmächtiges Unternehmen darf gegenüber abhängigen Unternehmen nur verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen, um seine Stellung vor Bedrohungen zu schützen.⁸⁴

Im Urteil *Télémarketing*⁸⁵ konnte der Gerichtshof die in *Commercial Solvents* eingeführten Grundsätze weiterentwickeln. Die Firma CLT betrieb einen Fernsehsender (RTL) und war die einzige Anbieterin von Fernsehwerbezeit in Belgien. Zwei Jahre lang war CBEM der einzige Anbieter von Telemarketing in den RTL-Werbeblöcken. Als der Vertrag mit CBEM auslief, änderte CLT seine Geschäftspolitik und machte den Verkauf von Sendezeit für Telemarketing-Spots davon abhängig, dass sich der Werbekunde einer zur CLT-Gruppe gehörenden Gesellschaft bedient, die die Telemarketing-Dienstleistung erbringen sollte. CBEM wurde durch diese Praxis vom Markt ausgeschlossen. Der EuGH stellte fest, dass ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich oder einem zur selben Gruppe gehörenden Unternehmen ohne objektives Bedürfnis eine Hilfslösigkeit vorbehält, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten,

79 EuGH, Rs. 6 und 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano und Commercial Solvents corp.*, Slg. 1974, 223, Rdnr. 25.

80 Beckmerhagen, (Fn. 3), S. 219 f.; Meinhardt, (Fn. 3), S. 121; Anderman, (Fn. 3), S. 195.

81 EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207.

82 Beckmerhagen, (Fn. 3), S. 225.

83 EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 182/183.

84 Beckmerhagen, (Fn. 3), S. 225.

85 EuGH, Rs. 311/84, *Télémarketing*, Slg. 1985, 3261.

aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht.⁸⁶

Wie im Fall *Commercial Solvents* stellte die Verdrängung eines Wettbewerbers und die damit verbundene Ausdehnung der Marktmacht auf einen benachbarten Markt das entscheidende Missbrauchskriterium dar.⁸⁷

Nicht nur der Abbruch, sondern auch die Nichtaufnahme einer Geschäftsbeziehung kann missbräuchlich sein. Dies allerdings nur dann, wenn sich auf Grund einer besonderen Marktstellung eine Kontrahierungspflicht ergibt und die Weigerung nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.⁸⁸ Allgemein kann gesagt werden, dass die Anforderungen an die Feststellung eines Missbrauchs in Fällen der Nichtaufnahme wesentlich strenger sind als in Fällen des Abbruchs einer Geschäftsbeziehung.⁸⁹ In der Entscheidung *GVL*⁹⁰ weigerte sich die deutsche Gesellschaft für die Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL) die Rechte solcher Künstler wahrzunehmen, die weder die deutsche Staatsbürgerschaft noch einen Wohnsitz in Deutschland besaßen. Dazu meinte der Gerichtshof:

„Eine derartige Weigerung eines Unternehmens, das eine tatsächliche Monopolstellung einnimmt, seine Dienste sämtlichen Personen zur Verfügung zu stellen, die darauf möglicherweise angewiesen sind, jedoch nicht zu einer bestimmten Gruppe gehören, die dieses Unternehmen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes festgelegt hat, ist als missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel [82] Absatz 1 der Vertrages anzusehen.“⁹¹

Tragendes Element der Entscheidung war die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Deutlich wird dies auch dadurch, dass die Kommission ihre Entscheidung auf Art. 82 lit. c EGV (Diskriminierung von Handelspartnern) gestützt hatte.⁹²

b) Kombinierte und schlichte Geschäftsverweigerung

Es wird deutlich, dass bei jedem der eben dargestellten Geschäftsverweigerungsfälle ein besonderes Missbrauchselement im Vordergrund steht, insbesondere der Macht-

⁸⁶ EuGH, Rs. 311/84, *Télémarketing*, Slg. 1985, 3261, Rdnr. 27.

⁸⁷ Schlussanträge des GA *Tizzano v. 2.10.2003*, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 49; *Beckmerbagen*, (Fn. 3), S. 220.

⁸⁸ *Dirksen*, (Fn. 77), Rdnr. 172.

⁸⁹ *Schröter*, (Fn. 77), S. 959.

⁹⁰ EuGH, Rs. 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (GVL)*, Slg. 1983, 483.

⁹¹ EuGH, Rs. 7/82, *GVL*, Slg. 1983, 483, Rdnr. 56.

⁹² KOM(1981) 1030, ABI. Nr. L 370 v. 28.12.1981, S. 49, Rdnr. 49-51.

transfer vom beherrschten auf einen benachbarten bzw. abgeleiteten Markt (*Commercial Solvents, Télemarketing*), aber auch die unverhältnismäßige Bestrafung eines abhängigen Unternehmens durch den Marktführer (*United Brands*) und die nicht zu rechtfertigende Diskriminierung von potentiellen Geschäftspartnern aufgrund der Staatsbürgerschaft (*GVL*). Diese Konstellation erinnert an den kombinierten Missbrauch eines Immaterialgüterrechts. Dort trat zur Ausübung des Immaterialgüterrechts noch ein zusätzliches Missbrauchselement hinzu, hier ist die Geschäftsverweigerung (Ausübung des Eigentumsrechts und der Privatautonomie) mit einem zusätzlichen missbräuchlichen Ziel kombiniert. Art. 82 EGV stellt klar, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht gestattet ist, sein Eigentumsrecht und seine Privatautonomie in voller Schärfe zum Schaden des Wettbewerbs auszuüben. Besonders deutlich ist das dominante Unternehmen in die Schranken zu weisen, wenn es sich bei seinen Bestrebungen, noch größere Marktanteile (auch auf benachbarten Märkten) zu erlangen, nicht der Mittel des reinen Leistungswettbewerbs bedient.⁹³ Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Geschäftsverweigerung ein Mittel des reinen Leistungswettbewerbs darstellt und daher grundsätzlich nicht von Art. 82 EGV erfasst wird. Allgemein gilt, dass Maßnahmen marktbeherrschender Unternehmen, die geeignet sind, Mitbewerber zu benachteiligen, für sich genommen noch keinen Missbrauch darstellen.⁹⁴ Die Behinderung kann ja aus einer überlegenen Effizienz des Marktführers resultieren. Wenn der Erfolg des dominanten Unternehmens auf überlegener Leistung beruht, dann widerspräche es dem Normzweck von Art. 82 EGV, würde man die Auswirkungen des überlegenen Potentials als missbräuchlich qualifizieren.⁹⁵ Das dominante Unternehmen ist aus denselben Gründen nicht verpflichtet, seine Konkurrenten dabei zu unterstützen, dasselbe hohe Leistungslevel wie es selbst zu erreichen.⁹⁶ Es fördert nämlich in der Regel den langfristigen Wettbewerb, wenn man Unternehmen den ausschließlichen Gebrauch der von ihnen rechtmäßig geschaffenen Vorteile belässt.⁹⁷ Ein Kontrahierungzwang sollte daher einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht auferlegt werden, wenn es dadurch seiner Wettbewerbsvorteile verlustig ginge.⁹⁸ Dennoch ist es heute wohl herrschende Meinung,⁹⁹ dass es Marktkonstellationen geben kann, in denen auch eine Ge-

93 *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 16 ff.

94 *Meinhardt*, (Fn. 3), S. 116 f.

95 *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 12, 17; *de Bronett*, (Fn. 6), § 22, Rdnr. 64.

96 *Anderman*, (Fn. 3), S. 196.

97 *Meinhardt*, (Fn. 3), S. 116 m.w.N.

98 *Deselaers*, (Fn. 2), S. 564; *Burchard*, Third Party Access and European Law, EuZW 1992, S. 693 (697).

99 Vgl. etwa § 19 Abs. 4 UAbs. 4 GWB; EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791; KOM(1994) 19, ABl. Nr. L 15 v. 18.1.1994, S. 8; KOM(1994) 119, ABl. Nr. L 55 v. 26.2.1994, S. 52; *Dirksen*, (Fn. 77), Rdnr. 177a; *Bellamy & Child*, (Fn. 36), S. 738 ff.; *de Bronett*, (Fn. 6), § 22, Rdnr. 64 ff.; *Stockenhuber*, Europäisches Kartellrecht (1999), S. 102; *Temple Lang*, Defining Legitimate Competition: Companies'

schäftsverweigerung, die ausschließlich durch die Vorgaben des reinen Leistungswettbewerbs gerechtfertigt werden kann, einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV darstellt (*essential facilities doctrine*). Es ist in diesen Fällen nicht das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, sondern es sind die außergewöhnlichen Umstände, die ein Einschreiten des europäischen Wettbewerbsrechts gebieten.

Es sollte daher auch im Bereich der Geschäftsverweigerung zwischen kombinierten und schlichten Fällen unterschieden werden. Aus der hier vertretenen Einteilung einerseits in schlichte und kombinierte Geschäftsverweigerung und andererseits in schlichten und kombinierten Missbrauch eines Immaterialgüterrechts folgt, dass es in Fällen der kombinierten Geschäftsverweigerung nicht darauf ankommt, ob ein Immaterialgüterrecht involviert ist oder nicht. Insoweit überschneiden sich die Kategorien „kombinierte Geschäftsverweigerung“ und „kombinierter Missbrauch eines Immaterialgüterrechts“, wobei auf die Schnittmenge dieselben Grundsätze anwendbar sind, nämlich dass das Hauptaugenmerk auf das zusätzliche Missbrauchselement zu richten ist.

Gleichzeitig wird aber auch deutlich, dass durch Analyse der kombinierten Geschäftsverweigerungsfälle keine Rückschlüsse auf die „besonderen Umstände“ in Fällen des schlichten Missbrauchs eines Immaterialgüterrechts möglich sind. Um Aufschlüsse über die „besonderen Umstände“ in Fällen des schlichten Missbrauchs eines Immaterialgüterrechts zu erhalten, ist es notwendig, sich den Fällen der schlichten Geschäftsverweigerung zuzuwenden. Es ist in diesen Fällen nicht das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, es sind die außergewöhnlichen Umstände, die ein Einschreiten des europäischen Wettbewerbsrechts gebieten. Diesen außergewöhnlichen Umständen soll in der Folge nachgegangen werden, da die Annahme berechtigt erscheint, dass die gewonnenen Resultate zumindest im Prinzip auf den schlichten Missbrauch eines Immaterialgüterrechts übertragen werden können.

3. Schlichte Geschäftsverweigerung und „Essential Facilities“

a) Allgemeine und ökonomische Überlegungen

Es ist zu fragen, welche Umstände vorliegen müssen, damit eine schlichte, also auf Leistungswettbewerb beruhende Geschäftsverweigerung einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV darstellt. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn, obgleich Mittel des Leistungswettbewerbs, die Geschäftsverweigerung schwerwiegende Nachteile für die Wettbewerbsentwicklung auf dem betroffenen Markt mit sich brächte. Diese Nachteile können sich dann ergeben, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Zugang zu „Einrichtungen“ verweigert, ohne die andere Unterneh-

Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Journal 1994, S. 437; Weiß, in Calliess/Ruffert, (Fn. 45), Art. 82, Rdnr. 39.

men ihre Geschäftstätigkeit überhaupt nicht ausüben können. Besonders problematisch ist es für den Wettbewerb, wenn die wesentlichen Einrichtungen (*essential facilities*) auch nicht mit angemessenen Mitteln von anderen Unternehmen neu geschaffen werden können.¹⁰⁰ In diesem Sinne sprach die Kommission aus:

„Ein Unternehmen, das für die Gestellung einer wesentlichen Einrichtung (d.h. einer Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten kann) marktbeherrschend ist und diese Einrichtung selbst nutzt und anderen Unternehmen den Zugang zu dieser Einrichtung ohne sachliche Rechtfertigung verweigert oder nur unter Bedingungen, die ungünstiger sind als für seine eigenen Dienste, gewährt, verstößt gegen Artikel [82], sofern die übrigen Voraussetzungen dieses Artikels erfüllt sind.“¹⁰¹

Die Wurzeln des Konzepts der wesentlichen Einrichtungen liegen im US-amerikanischen Kartellrecht.¹⁰² Bedeutung für das europäische Kartellrecht erlangte die *essential facilities doctrine* deshalb, weil sie in vielen Fällen als das wettbewerbsrechtliche Mittel angesehen wird, Wettbewerb auch auf Märkten zu schaffen, auf denen ein Monopolist rechtmäßig über eine Einrichtung verfügt, die er sich vielleicht mit großem finanziellen und technischen Aufwand selbst geschaffen hat, und auf Grund seines alleinigen Zugangs zu dieser Einrichtung auf diesem Markt absolut beherrschend ist.¹⁰³ Es liegt dann im schlimmsten Fall eine verfestigte Marktstruktur vor, die von sich aus die Entstehung von Wettbewerb nicht erwarten lässt.¹⁰⁴ Es werden damit unumstößliche Positionen geschaffen; die Marktzutrittsschranken sind unüberwindbar. Durch die Öffnung leistungsnotwendiger Einrichtungen auch für Dritte werden die verhärteten Strukturen wieder aufgesprengt und der Eigentümer der *essential facility* hat es nicht mehr in der Hand selbst zu entscheiden, ob bzw. wer mit ihm in Konkurrenz tritt.¹⁰⁵ Ließe man die Fremdnutzung von notwendigen Einrichtungen nicht zu, bliebe den Ausgeschlossenen nichts anderes übrig, als ihre Bemühungen aufzugeben oder aber mit aller Kraft eigene Einrichtungen zu schaffen. Dies würde zu einer gesamtwirtschaftlich

¹⁰⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl. Nr. C 265 v. 22.8.1998, S. 2, Rdnr. 68.

¹⁰¹ KOM(1994) 19, ABl. Nr. L 15 v. 18.1.1994, S. 8, Rdnr. 66; vgl. dazu auch *Mallby*, Restrictions on Port Operators: Sealink/B & I - Holyhead, ECLR 1993, S. 223.

¹⁰² Dazu ausführlich *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 29 ff.; *Doherty*, Just what are Essential Facilities?, CMLRev 2001, S. 397; *Furse*, The “Essential Facilities” Doctrine in Community Law, ECLR 1995, S. 469; *Glasl*, Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law. A Contribution to the Current Debate, ECLR 1994, S. 306; *Schwintowski*, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, WuW 1999, S. 842 (843 ff.).

¹⁰³ *Dreber*, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Missbrauch der Marktbewerrschung, DB 1999, S. 833.

¹⁰⁴ *Hohmann*, Die essential facilities doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (2001), S. 108.

¹⁰⁵ *Krimphove*, Eine ökonomische/rechtsvergleichende Analyse der „essential-facility“-Doktrine im US-amerikanischen und europäischen Recht, ZfRV 2001, S. 164 (168).

unerwünschten Vermehrung von Betriebsmitteln führen (z.B. zweites Eisenbahnnetz).¹⁰⁶ Gegen die Öffnung des Zugangs für Dritte wird vorgebracht, dass dies zu einem Rückgang der Investitionen in zukunftsweisende Projekte führen kann, da der Eigentümer einer „erfolgreichen“ wesentlichen Einrichtung gezwungen werden könnte, Wettbewerb zu sich selbst auf seinem Eigentum zu eröffnen.¹⁰⁷ Da es allerdings zu den vornehmlichen Aufgaben des Wettbewerbsrechts gehört, den Marktzugang offen zu halten und somit das dauerhafte Entstehen von monopolistischen Marktstrukturen zu verhindern, ist die Grundintention der *essential facilities doctrine* als berechtigt anzuerkennen. In Fällen, in denen die Betätigung auf einem bestimmten Markt vom Zutritt zu einer nicht duplizierbaren Einrichtung abhängig ist, garantiert nur die Öffnung dieser Einrichtung, dass der Wettbewerb weiterhin seinen fundamentalen Aufgaben nachkommen kann.

b) Tatbestandsmerkmale

(1) Was kann eine „essential facility“ sein?

Jeder Gegenstand, der die völlige Kontrolle über einen Markt ermöglicht, kann eine *essential facility* sein.¹⁰⁸ Als wesentliche Einrichtungen kommen demnach einerseits Infrastrukturen wie ein Hafen, ein Flughafen, ein Bahnhof, eine Eisenbahntrasse, aber auch Telekommunikations- und Energieversorgungsnetze, andererseits „normale“ Produkte, Rohstoffe, Informationen und Dienstleistungen in Betracht.¹⁰⁹ Es ist nicht möglich – und auch nicht sinnvoll – einer bestimmten Kategorie von Gegenständen von vornherein die Eignung als wesentliche Einrichtung abzusprechen. Dies entspricht auch nicht der Praxis der europäischen Gerichte, wurden doch die Grundsätze der *essential facilities doctrine* auch auf Bild- und Tonmaterial von Pferderennen anwendbar erklärt.¹¹⁰

(2) Unentbehrliche und nicht duplizierbare Einrichtung

Die beiden Tatbestandsmerkmale „Unentbehrlichkeit“ und „fehlende Duplizierbarkeit“ der Einrichtung sollen anhand der Bronner-Entscheidung des EuGH

¹⁰⁶ *Krimphove*, (Fn. 105), S. 167.

¹⁰⁷ *Hohmann*, (Fn. 104), S. 117; *Schnelle*, Die Öffnung von leistungsnotwendigen Einrichtungen für Dritte und der Schutz des Eigentums, EuZW 1994, S. 556 (557); ähnliche Befürchtungen äußert *Taylor*, (Fn. 2), S. 102.

¹⁰⁸ Schlussanträge des GA *Tizzano v. 2.10.2003*, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 57; *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 276.

¹⁰⁹ Schlussanträge des GA *Jacobs v. 28.05.1998*, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Nr. 50; *Abermann*, (Fn. 8), S. 114; *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 276 f.; *Bellamy & Child*, (Fn. 36), S. 739; *Tränkle*, Die „essential facilities“-Doktrine im europäischen Wettbewerbsrecht (2001), S. 79.

¹¹⁰ EuG, Rs. T-504/93, *Landbroke*, Slg. 1997, II-923.

untersucht werden. Das Urteil in Sachen *Bronner*¹¹¹ ist sowohl als endgültige Anerkennung der *essential facilities doctrine* durch den EuGH¹¹² als auch als richtungsweisende Entscheidung in diesem Bereich zu verstehen.¹¹³ *Bronner* ist Herausgeber der österreichischen Tageszeitung „Der Standard“, die auf dem Tageszeitungsmarkt unter anderem mit der „Kronenzeitung“ und dem „Kurier“, die beide von der Mediaprint-Gruppe herausgegeben werden, konkurriert. Die Mediaprint-Zeitungen weisen gemeinsam einen Marktanteil von 46,8 % bei der Auflage und 42 % bei den Werbeumsätzen auf.¹¹⁴ Für den Vertrieb ihrer beiden Tageszeitungen hatte Mediaprint ein landesweites Hauszustellungssystem aufgebaut. *Bronner* hatte unter Berufung auf § 35 öKartellG beantragt, gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts in das Hauszustellungsnetz der Mediaprint-Gruppe aufgenommen zu werden. Das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht legte dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vor, ob die Weigerung der Mediaprint-Gruppe, den „Standard“ in die Hauszustellung aufzunehmen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist. Im Ergebnis verneinte der EuGH das Vorliegen eines Missbrauchs. Er stellte erstens fest, dass ein Missbrauch durch die Mediaprint-Gruppe nur vorliegen würde, wenn die ungerechtfertigte Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch *Bronner* auszuschalten.¹¹⁵ Es ist also danach zu fragen, ob der Zugangspotent auf Alternativen zurückgreifen kann, die es ihm ermöglichen, mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zu konkurrieren. Dabei muss der Petent zumutbare Nachteile gegenüber der Einrichtung des dominanten Unternehmens in Kauf nehmen.¹¹⁶ Nur wenn die Einrichtung wesentlich für *Bronner* in dem Sinne wäre, dass der Zugang zum Hauszustellungssystem eine unentbehrliche Dienstleistung für das Herausbringen und Vertreiben einer Tageszeitung darstellen würde, könnte eine missbräuchliche Geschäftsverweigerung vorliegen. Der EuGH stellte fest, dass im konkreten Fall die Hauszustellung nicht unentbehrlich für *Bronners* Tätigkeit auf dem Tageszeitungsmarkt sei, da noch andere Vertriebswege für Tageszeitungen, etwa die Postzustellung oder der Laden- bzw. Kioskverkauf, bestehen.¹¹⁷

¹¹¹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791.

¹¹² So etwa auch *Martenczuk*, Die „Essential Facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht und der Zugang zu Vertriebsnetzen, EuR 1999, S. 565; *Bergman*, The Bronner Case - A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?, ECLR 2000, S. 59; *Scherer*, Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential facilities-Doktrin im TK-Sektor, MMR 1999, S. 315; *Fleischer/Weyer*, Neues zur „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht - Eine Besprechung der Bronner-Entscheidung des EuGH, WuW 1999, S. 350.

¹¹³ *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 13.

¹¹⁴ Schlussanträge des GA *Jacobs v. 28.05.1998*, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Nr. 3.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 41.

¹¹⁶ *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 279.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 43.

Damit hätte der EuGH seine Prüfung bereits beenden können; es war dem Gerichtshof aber sichtlich ein Anliegen, die Grundzüge der *essential facilities doctrine* im europäischen Wettbewerbsrecht darzustellen. Denn der Gerichtshof fuhr fort und erklärte, dass die Unentbehrlichkeit der Einrichtung alleine noch nicht ausreiche, um eine schlichte Geschäftsverweigerung als missbräuchlich anzusehen. Zusätzlich müsse die Einrichtung wesentlich in dem Sinne sein, dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für sie besteht.¹¹⁸ Sollte der Petent auf die Einrichtung angewiesen sein, so sei er primär gehalten sie durch eigene Anstrengungen zu duplizieren. Nur wenn dies aus technischen, tatsächlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen unmöglich sei, stelle die Zugangsverweigerung durch den Marktbeherrschenden einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV dar.¹¹⁹ Hinsichtlich der wirtschaftlichen Unmöglichkeit der Duplizierung sei auf einen „wagemutigen“ Unternehmer abzustellen.¹²⁰ Im konkreten Fall stellte der Gerichtshof fest, dass von einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit nur ausgegangen werden könne, wenn die Errichtung eines eigenen Hauszustellungssystems durch Bronner selbst dann unrentabel wäre, wenn „Der Standard“ dieselbe Auflagenhöhe wie die Zeitungen der Mediaprint-Gruppe erreicht hätte.¹²¹ Damit stellt der EuGH sehr strenge Anforderungen an die Wesentlichkeit einer Einrichtung. Dies ist zu begrüßen, da jegliche Förderung von Trittbrettfahrern verhindert werden sollte. Ermöglichte man interessierten Bewerbern den Zugang zu wichtigen Einrichtungen zu leicht, so würde zwar der kurzfristige Wettbewerb zunehmen, langfristig aber der Anreiz, in eigene Einrichtungen zu investieren, geschwächt werden.¹²²

4. Besondere Umstände in Lizenzverweigerungsfällen nach der Rechtsprechung des EuGH

a) „Volvo“ und „Renault“

Auch wenn die Sachverhalte und Argumente in den Urteilen *Volvo*¹²³ und *Renault*¹²⁴ nicht vollkommen identisch waren, so sind sie sich in den hier interessierenden Punkten doch so ähnlich, dass in der Folge nur auf das Urteil *Volvo* eingegangen wird. Im Fall *Volvo* verklagte die Firma Volvo die Firma Veng wegen Verletzung ihres im Vereinigten Königreich eingetragenen Geschmacksmusterrechts an Vorderkotflügeln. Veng hatte Nachahmungen des geschützten Musters

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 41.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 44.

¹²⁰ Schlussanträge des GA *Jacobs v. 28.5.1998*, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Nr. 68.

¹²¹ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 46; dazu kritisch *Eble*, Anmerkung zum Urteil in der Rs. *Bronner*, EuZW 1999, S. 89 (90).

¹²² So auch GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 28.5.1998, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Nr. 57.

¹²³ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211.

¹²⁴ EuGH, Rs. 53/87, *Renault*, Slg. 1988, 6039.

aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt und im Vereinigten Königreich vermarktet. Der High Court of Justice wollte vom EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens insbesondere wissen, ob die Ausübung eines nationalen Ausschließlichkeitsrechts bzw. die Verweigerung einer Lizenz gegen Art. 82 EGV verstößen könne.

Vorab ist festzuhalten, dass es sich bei der Weigerung Volvos, Veng eine Lizenz zu erteilen, um eine schlichte Ausübung eines Immaterialgüterrechts handelte. Es gab kein zusätzliches Missbrauchselement, das zur Lizenzverweigerung hinzutrat. Volvo brach weder eine bestehende Geschäftsbeziehung mit dem Hintergedanken, sich vertikal in den Markt zu integrieren, ab, noch kam es zu einer Diskriminierung einzelner Handelspartner. Die Lizenzverweigerung stellte eine Behinderung der Konkurrenten dar, die sich vollständig durch Argumente des reinen Leistungswettbewerbs rechtfertigen ließ und damit grundsätzlich auch einem marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt ist. Solch eine schlichte Ausübung des jedem Immaterialgüterrecht immanenten Ausschließlichkeitsanspruchs kann nur dann eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV darstellen, wenn besondere Umstände vorliegen. Es sind nun die im Rahmen der Untersuchung der schlichten Geschäftsverweigerung aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall der schlichten Lizenzverweigerung anzuwenden. Zuerst ist zu fragen, ob die geschmacksmusterrechtlich geschützten Design-Informationen für die Firma Veng unentbehrlich waren, um auf dem Ersatzteilmarkt mit Volvo in Konkurrenz zu treten. Da es sich bei den Vorderkotflügeln um sogenannte must-fit-Teile handelte, die nur dann ihre Funktion erfüllen, wenn sie eine ganz spezielle Form aufweisen, ist diese Frage eindeutig zu bejahen.¹²⁵ Kein anderes Design kann die geschützte Form auch nur ansatzweise substituieren, ohne dass nicht Funktionalität (Passgenauigkeit) und Optik enorm leiden. Nachdem die erste Voraussetzung erfüllt ist, ist zu prüfen, ob Veng die unentbehrliche Design-Information nicht durch eigene Anstrengung duplizieren kann. Da Volvo genau die unentbehrliche Form hatte schützen lassen, ist Veng die Duplikation aus rechtlichen Gründen unmöglich. Jede Form, die die Volvo-Originalersatzteile substituieren könnte, verstößt gegen das Schutzrecht und darf daher von Veng ohne die Zustimmung des Rechteinhabers nicht vermarktet werden. Abschließend ist danach zu fragen, ob Volvo objektive Gründe anführen kann, die die Lizenzverweigerung rechtfertigen.¹²⁶ Solche ließen sich im konkreten Fall weder aus der Eigenschaft der „Einrichtung“, noch aus der Person Vengs und schon gar nicht aus dem Normzweck des Art. 82 EGV ableiten. Durch die Ausübung des Immaterialgüterrechts brachte Volvo den gesamten Wettbewerb auf dem betroffenen Ersatzteilmarkt zum Erliegen. Es ist daher festzustellen, dass nach den aus der *essential facilities doctrine* abgeleiteten Voraussetzungen im Fall Volvo ein Verstoß gegen Art. 82 EGV vorliegen müsste. Der EuGH kam jedoch mit knapper Be-

¹²⁵ Vgl. Schlussanträge des GA *Mischo v. 21.6.1988, Rs. 238/87, Volvo, Slg. 1988, 6211, Nr. 14.*

¹²⁶ Vgl. auch unten V.2.a).

gründung zu dem Ergebnis, „dass die Befugnis des Inhabers eines geschützten Musters, Dritte an der Herstellung und dem Verkauf oder der Einfuhr der das Muster verkörpernden Erzeugnisse zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts darstellt“¹²⁷ und somit kein Verstoß gegen Art. 82 EGV vorliegt. Aus dem Volvo-Urteil ist daher zu folgern, dass die besonderen Umstände, die der *essential facilities doctrine* zugrunde liegen, (alleine) nicht ausreichen, damit eine schlichte Lizenzverweigerung einen Verstoß gegen Art. 82 EGV darstellt.

b) „Magill“

Kaum ein Urteil hat im Bereich des Art. 82 EGV in den letzten Jahren so weitreichende und tief greifende Debatten ausgelöst wie jenes im Fall *Magill*.¹²⁸ Im Jahre 1986 gab es in Irland und Nordirland drei große Fernsehstationen, die britischen Gesellschaften BBC und ITV und die irische RTE. Jedes dieser drei Unternehmen veröffentlichte seinen eigenen Fernsehprogrammführer, in welchem allerdings nur die Programme des eigenen Senders abgedruckt waren. Ein Vergleich des Fernsehangebots war für den Konsumenten nur möglich, wenn er sich alle drei Programmführer besorgte. Das Unternehmen Magill plante einen umfassenden Fernsehprogrammführer herauszubringen, in dem alle zu empfangenden Programme aufgeführt werden sollten. Zur Verwirklichung dieses Vorhabens benötigte Magill die entsprechenden Programminformationen von den drei Fernsehstationen. Die Programmlisten, d.h. die Zusammenstellung von Datum, Uhrzeit, Kanal und Programmtitel, waren zur damaligen Zeit sowohl nach englischem als auch nach irischem Urheberrecht geschützt. Gestützt auf ihr jeweiliges Urheberrecht verhinderten die Fernsehanstalten das Erscheinen des von Magill geplanten umfassenden Programmführers und verweigerten in der Folge auch eine Lizenzerteilung gegen angemessenes Entgelt. Nachdem Magill bei der Kommission Beschwerde eingereicht hatte, leitete diese ein Verfahren wegen Verstoßes gegen Art. 82 EGV gegen die drei Fernsehstationen ein. Das Verfahren durchlief den gesamten europäischen Instanzenzug, bis der EuGH in Frühjahr 1995 sein Urteil fällte, das sowohl die Entscheidung der Kommission als auch jene des EuG bestätigte.

Auch im Fall *Magill* handelte es sich um eine schlichte Lizenzverweigerung.¹²⁹ Magill war kein Geschäftspartner der Fernsehstationen, weshalb von diesen auch keine bestehende Geschäftsverbindung abgebrochen wurde. Zudem fand keine willkürliche Diskriminierung Magills statt, da von den drei Stationen auch sonst

127 EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 7.

128 EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743; EuG, Rs. T-69/89, *Magill/RTE*, Slg. 1991, II-485; EuG, Rs. T-70/89, *Magill/BBC*, Slg. 1991, II-535; EuG, Rs. T-76/89, *Magill/ITP*, Slg. 1991, II-575; KOM(1989) 205, ABI. Nr. L 78 v. 21.3.1989, S. 43.

129 *Doutrelépont*, (Fn. 55), S. 305; *Flynn*, Intellectual Property and Anti-Trust: EC Attitudes, EIPR 1992, S. 49 (54); *Wessely*, (Fn. 2), S. 46.

niemand eine umfassende Lizenz erteilt worden war.¹³⁰ Es wurde indes behauptet, dass die Fernsehanstalten sich eines Marktmachttransfers vom Markt für Programmisten hin zum Markt für Programmzeitschriften schuldig gemacht hätten.¹³¹ Dem kann nicht gefolgt werden. Ebenso wenig wie die Firma Volvo versucht hatte, ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Design-Informationen auf den Ersatzteilmarkt zu transferieren, hatten die Fernsehanstalten versucht, ihre dominante Stellung auf dem Programmistenmarkt auf den Programmführermarkt auszudehnen. Es gab nämlich überhaupt keinen aktuellen Markt für umfassende Programmisten, da die Fernsehstationen niemals vorhatten, diese zu vermarkten. Die Programmisten stellten lediglich ein selbst hergestelltes, internes Zwischenprodukt dar, das für die Erstellung der Programmführer benötigt wurde. Da Art. 82 EGV auch beherrschenden Unternehmen die Behinderung von Konkurrenten mit Mitteln des Leistungswettbewerbs offen lässt, kann im Fall *Magill* kein zusätzliches Missbrauchselement identifiziert werden.

Es sind nun wiederum die im Rahmen der Untersuchung der schlichten Geschäftsverweigerung aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall der schlichten Lizenzverweigerung anzuwenden. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob die Programmisten unentbehrlich für Magill waren, um auf dem Markt der Programmführer mit den Fernsehanstalten zu konkurrieren. Dies ist zu bejahen, da ohne die jeweiligen Programminformationen der Sender ein Programmführer nicht erstellt werden kann. Anschließend ist zu prüfen, ob Magill die benötigten Informationen nicht selbst duplizieren können. Die von den Fernsehsendern eingebrachten und erfolgreichen Urheberrechtsverletzungsklagen haben bewiesen, dass die Duplizierung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. Objektive Rechtfertigungsgründe konnten von den Fernsehstationen nicht vorgebracht werden.

Insoweit liegen dieselben Voraussetzungen wie Fall *Volvo* vor. Dort hatte der EuGH einen Verstoß gegen Art. 82 EGV abgelehnt und die Ausschließlichkeitsfunktion der Immaterialgüterrechte betont. Im Urteil *Magill* jedoch hielt der EuGH die Verurteilung der Fernsehsender zur Erteilung einer Zwangslizenz aufrecht. Da keine Anzeichen für eine Änderung der Rechtsprechung vorliegen, sind in einem nächsten Schritt die Unterschiede in den Sachverhalten der Fälle *Volvo* und *Magill* zu untersuchen.

In Urteil *Volvo* begehrte die Firma Veng eine Lizenz, damit sie Volvo-Originalkotflügel nachbauen bzw. Nachbauten einführen konnte. Der Zugang zur „wesentlichen Einrichtung“ hätte also genutzt werden sollen, um exakt dasselbe Produkt wie der Inhaber der Einrichtung anzubieten. In diesem wichtigen Punkt unterscheidet sich der Sachverhalt im Fall *Magill*. Die Firma Magill wollte keineswegs

¹³⁰ Tageszeitungen erhielten auf Anfrage kostenlose Lizenzen für den Abdruck des Fernsehprogramms des jeweiligen Tages.

¹³¹ So z.B. *Lober*, (Fn. 8), S. 11 f.; *Bechtold*, (Fn. 2), S. 346; dies ablehnend *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 22.

ein Produkt auf den Markt bringen, das den bereits bestehenden Programm-führern entsprach. Sie plante vielmehr das Verlegen eines umfassenden Programm-führers, somit die Einführung eines neuartigen Erzeugnisses, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestand.¹³²

c) Konsequenz aus „Magill“

Aus *Magill* lässt sich ableiten, dass in schlichten Lizenzverweigerungsfällen zu den gewöhnlichen Voraussetzungen der *essential facilities doctrine* noch ein zusätzliches Sachverhalts-element hinzutreten muss, damit die Stärkung des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt gegenüber dem Schutz des geistigen Eigentums und der Privatautonomie obsiegt. Dieses Element ist gegeben, wenn vom Petenten dargelegt werden kann, dass der angestrebte Zugang zur wesentlichen Einrichtung zum Entstehen eines neuen Produkts führt, das nicht vom Inhaber der Einrichtung angeboten wird und für das eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Dies gilt auch dann, wenn das neue Produkt mit den Produkten des Inhabers der wesentlichen Einrichtung in Konkurrenz tritt.¹³³ Damit eine schlichte Lizenzverweigerung einen Missbrauch im Sinne des Art. 82 EGV darstellt, müssen daher folgende besondere Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

1. Die Einrichtung, zu der der Zugang verweigert wird, ist unentbehrlich für den Petenten, um auf einem (nachgelagerten) Markt mit dem Inhaber der Einrichtung in Konkurrenz zu treten, unabhängig davon, ob der Inhaber die Einrichtung auf einem eigenen vorgelagerten Markt anbietet oder sie stattdessen ausschließlich auf dem „nachgelagerten“ Markt verwendet;
2. Es ist aus tatsächlichen (technischen), rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen für den Petenten unmöglich die Einrichtung zu duplizieren; hinsichtlich der wirtschaftlichen Unmöglichkeit sind strenge Maßstäbe anzulegen;
3. Die Öffnung des Zugangs für den Petenten muss dazu führen, dass ein neues Produkt auf den Markt kommt, das vom Inhaber der Einrichtung nicht angeboten wird, und für welches eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht; dies gilt auch dann, wenn das neue Produkt zu den Produkten des Inhabers der Einrichtung in einem Konkurrenzverhältnis steht;
4. Es dürfen keine in der Einrichtung, in der Person des Petenten oder im Zweck des Art. 82 EGV gelegenen objektiven Gründe vorliegen, die die Zugangsverweigerung durch den marktbeherrschenden Inhaber rechtfertigen.

¹³² EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 54.

¹³³ A.A. GA *Gulmann*, Schlussanträge v. 1.6.1994, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 96; wie hier GA *Tizzano*, Schlussanträge v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 66.

Nachdem nun die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH nachgezeichnet wurde und aus der Zusammenschau der Entscheidungen sowohl in Geschäftsverweigerungs- und essential-facilities-Fällen, als auch in Lizenzverweigerungsfällen vier Kriterien abgeleitet werden konnten, die kumulativ vorliegen müssen, damit eine schlichte Lizenzverweigerung gegen Art. 82 EGV verstößt, soll abschließend auf das Urteil des Gerichtshofs in Sachen *IMS Health* zurückgekommen werden.

VI. „IMS Health“: Die Antwort des Gerichtshofs

Zu aller erst ist die Frage zu beantworten, ob es sich im konkreten Fall um eine kombinierte oder um eine schlichte Lizenzverweigerung handelt. Da keinerlei zusätzliche Missbrauchselemente (Abbruch einer bestehenden Geschäftsverbindung, Diskriminierung potentieller Handelspartner, Marktmachttransfer, etc.) seitens IMS identifiziert werden können, ist von einer schlichten Lizenzverweigerung auszugehen, die ausschließlich auf Gegebenheiten des reinen Leistungswettbewerbs zurückzuführen ist.¹³⁴ IMS hat sich entschieden, die selbst entwickelte Bausteinstruktur ausschließlich zur Herstellung bzw. Verbesserung des eigenen Produkts auf dem (nachgelagerten) Absatzdatenmarkt zu verwenden.

1. Unentbehrlichkeit und Duplizierbarkeit der Einrichtung?

Wie gezeigt wurde, ist eine schlichte Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich im Sinne des Art. 82 EGV, wenn besondere Umstände vorliegen. Zuerst ist also festzustellen, ob die „1860-Bausteine-Struktur“ unentbehrlich für NDC ist, um auf dem Markt für Absatzdatendienste mit IMS zu konkurrieren. Zur Beantwortung dieser Frage bezieht sich der EuGH auf das Bronner-Urteil.¹³⁵ Dort hatte der Gerichtshof ausgeführt, dass die Unentbehrlichkeit eines Produktes oder einer Dienstleistung davon abhängt, ob Alternativlösungen vorhanden sind, die – wenn auch weniger günstig – geeignet sind, um auf dem in Frage stehenden Markt, gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern, mit dem Eigentümer der Einrichtung in Konkurrenz zu treten.¹³⁶ Wenn NDC eine eigene Bausteinstruktur entwickeln würde, die dann als Grundlage für die Aufbereitung der Absatzdaten dienen könnte, wäre dies als eine solche Alternativlösung anzusehen. Die Möglichkeit, eine eigene Bausteinstruktur zu schaffen, würde selbst dann die Unentbehrlichkeit der „1860-Bausteine-Struktur“ ausschließen, wenn die

¹³⁴ So auch *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 22.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Rdnr. 28, EuZW 2004, S. 345.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-7/97, *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rdnr. 43 f.

NDC-Struktur geringere Erfolgsaussichten auf dem Markt hätte. Der Gerichtshof ging aber im IMS Health-Urteil einen Schritt weiter und zitierte Randnummer 46 des Bronner-Urteils, wo ausgeführt wird, dass wirtschaftliche Hindernisse nur dann beachtlich seien, wenn eine Alternativstruktur selbst dann nicht rentabel betrieben werden könne, wenn der Umfang des Absatzes der damit verbundenen Produkte mit jenem des marktbeherrschenden Unternehmers vergleichbar wäre. Obgleich sich die zitierte Stelle des Bronner-Urteils zweifellos nicht auf die Unentbehrlichkeit, sondern auf die mangelnde Duplizierbarkeit einer Einrichtung bezog, so erscheint sie dennoch nicht unangebracht. Der Gerichtshof stellt damit klar, dass wirtschaftliche Überlegungen nicht nur im Bereich der Duplizierbarkeit einer Einrichtung eine Rolle spielen, sondern bereits bei der Frage nach der Unentbehrlichkeit beachtet werden müssen. Von einer Alternativstruktur sollte nämlich nur dann gesprochen werden, wenn sie für den potentiellen Konkurrenten auch tatsächlich eine tragfähige Alternative darstellt.¹³⁷ Insbesondere sind auch die Präferenzen der Marktgegenseite (Pharmaindustrie) zu berücksichtigen. Im konkreten Fall sprechen gute Gründe dafür, dass eine von NDC entwickelte Struktur keine Alternative zur „1860-Bausteine-Struktur“ darstellen kann. Die Kommission hat in ihrer ursprünglichen Entscheidung glaubhaft dargelegt, dass der Umstieg auf eine neue Datenstruktur auf Seiten der Pharmaunternehmen dermaßen hohe Kosten verursachen würde, dass dies nicht als realistische Möglichkeit angesehen werden kann.¹³⁸ Die „1860-Bausteine-Struktur“ hat sich nicht zuletzt deswegen als alleiniger Industriestandard etabliert, weil durch die Tätigkeit des von IMS ins Leben gerufenen Arbeitskreises die Bedürfnisse der Marktgegenseite nahezu optimal befriedigt werden. Auch die nur beschränkte Vergleichbarkeit neu aufbereiteter Absatzdaten mit Altdaten, die mit einer Neustrukturierung der Absatzsegmente einhergehende Beeinträchtigung der Arzt-Verkaufsvertreter-Beziehung und eine gegebenenfalls notwendige Änderung der über die Bausteinsegmente definierten Arbeitsverträge der Verkaufsvertreter sprechen gegen die wirtschaftliche Möglichkeit des Aufbaus einer Alternativstruktur. Aus der Perspektive des Anbieters verdient der Umstand Beachtung, dass die Verteilung der Postleitzahlen, der politischen Bezirke, der Arztpraxen- und Apothekenstandorte sowie die Vorgaben des Datenschutzes objektiv vorgegebene Größen darstellen, die es NDC wohl nahezu unmöglich machen, ein spürbar besseres Produkt als IMS anzubieten, ohne gegen das von IMS gehaltene Immaterialgüterrecht zu verstößen. Der Anreiz zum Umstieg auf ein neues Produkt wird sich aus all diesen Gründen für die Pharmaindustrie in (unrentablen) Grenzen halten. Der EuGH trägt dem nationalen Gericht auf, all diese Umstände bei der Entscheidung über die Unentbehrlichkeit der „1860-Bausteine-Struktur“ zu beachten.¹³⁹

137 Dies sollte in allen essential-facilities-Fällen gelten.

138 KOM(2001) 165, ABl. Nr. L 59 v. 28.2.2002, S. 18, Rdnr. 77 ff.; Schlussanträge des GA *Tizzano* v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 17.

139 EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Rdnr. 30, EuZW 2004, S. 345.

Gelangt das nationale Gericht zu der Auffassung, dass eine unentbehrliche Einrichtung vorliegt, so ist die Frage nach der Duplizierbarkeit schnell beantwortet. Es ist zweifelsohne davon auszugehen, dass die in Frage stehende „1860-Bausteine-Struktur“ von NDC nicht dupliziert werden kann, da jede auch nur aus der „1860-Bausteine-Struktur“ ableitbare Struktur eine Verletzung des nationalen Urheberrechts darstellen würde. Die Duplizierung ist somit aus rechtlichen Gründen unmöglich.

2. Missbrauch

a) Drei Bedingungen

Der Gerichtshof bestätigte, dass das ausschließliche Recht der Vervielfältigung zu den Vorrechten des Inhabers des Immaterialgüterrechts gehört, so dass die Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Missbrauch darstellen kann.¹⁴⁰ Gleichzeitig wird aber unter Berufung auf die Urteile *Volvo*¹⁴¹ und *Magill*¹⁴² auch ausdrücklich betont, dass die Ausübung eines ausschließlichen Rechts unter außergewöhnlichen Umständen missbräuchlich sein kann.¹⁴³ Unter Berufung auf das *Magill* Urteil stellte der EuGH fest:

„Wie aus dieser Rechtsprechung hervorgeht, handelt ein Unternehmen, das über ein Recht des geistigen Eigentums verfügt und den Zugang zu Erzeugnissen oder Dienstleistungen verweigert, die für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind, bereits dann missbräuchlich, wenn drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind: Die Weigerung muss das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht, sie darf nicht gerechtfertigt sein und sie muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen.“¹⁴⁴

Obgleich dieser Aussage des EuGH inhaltlich zuzustimmen ist, so muss doch kritisch angemerkt werden, dass die Reihenfolge der Aufzählung der Bedingungen dem Verständnis nicht gerade zuträglich erscheint. Nach Ansicht des Verfassers sollte die Missbrauchsprüfung stets mit der Feststellung beginnen, ob durch die Lizenzverweigerung jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen wird (Lizenz als wesentliche Einrichtung). Danach ist zu untersuchen, ob durch die Lizenzverweigerung zusätzlich das Erscheinen eines neuen Produktes im Sinne der Magill-Rechtsprechung verhindert wird. Selbst bei Vorliegen der beiden Bedingungen ist die

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Rdnr. 34, EuZW 2004, S. 345.

¹⁴¹ EuGH, Rs. 238/87, *Volvo*, Slg. 1988, 6211, Rdnr. 9.

¹⁴² EuGH, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, *Magill*, Slg. 1995, I-743, Rdnr. 50.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS Health*, Rdnr. 35, EuZW 2004, S. 345.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Rdnr. 38, EuZW 2004, S. 345.

schlichte Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.

Darüber hinaus bleibt unklar, ob es einem bestimmten Zweck dient, wenn der Gerichtshof im ersten Teil des zitierten Satzes – somit vor Beginn der Aufzählung – bereits die Bedingung aufführt, dass die Lizenzverweigerung „für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich“ sein muss, und dann im Rahmen der dritten Bedingung ausspricht, dass die Lizenzverweigerung „jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt“ ausschließt. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt der doppelten Bekräftigung keine zusätzliche Bedeutung zu.

b) Notwendigkeit eines abgeleiteten Marktes

Anschließend untersucht der Gerichtshof, ob es für die Annahme besonderer Umstände tatsächlich notwendig ist, dass jeglicher Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt ausgeschlossen wird. Dahinter verbirgt sich die Frage, ob Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung nur dann zu gewähren ist, wenn die Erbringung der begehrten Leistung zum ordentlichen Geschäftsbetrieb des marktbeherrschenden Unternehmens gehört. Mit anderen Worten: Muss für die *essential facility* („1860-Bausteine-Struktur“) ein eigener, vorgelagerter Markt bestehen, auf dem der Eigentümer der Einrichtung (IMS) auch tätig ist?

Der EuGH folgt den Ausführungen des GA *Tizzano*¹⁴⁵ und stellt fest, dass es ausreicht, wenn ein vorgelagerter (potentieller) Markt bestimmbar ist.¹⁴⁶ Die *essential facilities doctrine* ist anwendbar, wenn zwischen zwei „Produktionsstufen unterschieden werden kann, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element bildet.“¹⁴⁷ Die Tatsache, dass IMS nur auf dem Markt für regionale Absatzdatendienste – nicht aber auf dem Markt für Bausteinstrukturen tätig ist, ändert somit nichts an der prinzipiellen Anwendbarkeit der *essential facilities doctrine*. Es ist nämlich aufgrund der bestehenden Nachfrage von einem potentiellen Markt für die Lizenzerteilung an der „1860-Bausteine-Struktur“ auszugehen.¹⁴⁸

c) Vorliegen eines neuen Produktes

Sollte das nationale Gericht zu der Überzeugung gelangen, dass die „1860-Bausteine-Struktur“ eine wesentliche Einrichtung darstellt, um auf dem Markt für

¹⁴⁵ Schlussanträge des GA *Tizzano* v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 58, EuZW 2004, S. 345.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Rdnr. 44, EuZW 2004, S. 345.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Rdnr. 45, EuZW 2004, S. 345.

¹⁴⁸ Schlussanträge des GA *Tizzano* v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 57, EuZW 2004, S. 345; *Eilmansberger*, (Fn. 8), S. 22; a.A. *Lober*, (Fn. 8), S. 11.

regionale Absatzdatendienste mit IMS in Konkurrenz treten zu können, so wären die Tatbestandsmerkmale der „normalen“ *essential facilities doctrine* erfüllt, was zur Folge hätte, dass der Zugang zur wesentlichen Einrichtung zwangsweise für Konkurrenten geöffnet werden würde. Durch einen Vergleich der Urteile *Volvo*, *Magill* und *Bronner* ist jedoch gezeigt worden, dass in Immaterialgüterrechtsfällen gegenüber den „normalen“ essential-facilities-Fällen ein weiteres Element vorliegen muss, damit ein Verstoß gegen Art. 82 EGV bejaht werden kann. Dieses zusätzliche Tatbestandsmerkmal verlangt, dass durch die schlichte Lizenzverweigerung das Auftreten eines neuartigen Produkts verhindert wird.

Die Ausführungen der Gerichtshof zu den Merkmalen eines neuen Produktes enttäuschen. Gleichzeitig erscheint es unverständlich, weshalb das nationale Gericht nicht ausdrücklich danach gefragt hat, unter welchen konkreten Voraussetzungen von einer Neuartigkeit gesprochen werden kann. Der EuGH beschränkt sich darauf festzustellen, dass sich der potentielle Konkurrent nicht im Wesentlichen darauf beschränken darf, Produkte anzubieten, die vom Inhaber des Immaterialgüterrechts bereits vertrieben werden. Vielmehr muss es sich um neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen handeln, die der Inhaber nicht anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht.¹⁴⁹

In Anbetracht der knappen Antwort des EuGH erscheint es angebracht, einige grundsätzliche Überlegungen zum Tatbestandsmerkmal „neues Produkt“ anzustellen.

(1) Unterscheidung zwischen materiellen und immateriellen Einrichtungen

Aus dem Erfordernis des Vorliegens eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals in Fällen der schlichten Lizenzverweigerung gegenüber den Voraussetzungen in schlichten Geschäftsverweigerungsfällen kann gefolgert werden, dass der EuGH durch ein Immaterialgüterrecht abgesicherte wesentliche Einrichtungen für schutzwürdiger hält als gewöhnliche „materielle“ Einrichtungen. Zu diesem Ergebnis kommt auch GA *Tizzano*, wenn er in Sachen *IMS Health* ausführt:

„Auch unter diesen Umständen kann sich bei der Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz des Rechts des geistigen Eigentums und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen und dem Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite die Waage meines Erachtens nur dann zugunsten dieses zweiten Interesses neigen, wenn die Lizenzverweigerung die Entwicklung des Marktes zu Lasten der Verbraucher verhindert.“¹⁵⁰

¹⁴⁹ EuGH, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Rdnr. 48 f., EuZW 2004, S. 345.

¹⁵⁰ Schlussanträge des GA *Tizzano* v. 2.10.2003, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 62, EuZW 2004, S. 345.

Diese unterschiedliche Behandlung von materiellen und immateriellen Einrichtungen ist zu begrüßen.¹⁵¹ Immaterialgüterrechte erfüllen eine ganz besondere Aufgabe bei der Förderung des langfristigen Wettbewerbs. Zwar bewirkt auch das Streben nach Eigentum an materiellen Gegenständen eine Stärkung des langfristigen Wettbewerbs, doch ist zu beachten, dass das umfassende „gewöhnliche“ Eigentumsrecht durch Auferlegung einer Kontrahierungspflicht weit weniger beschnitten wird als ein Immaterialgüterrecht, dessen einzige ökonomische Bedeutung in der Gewährung des Ausschließlichkeitsanspruchs liegt. Dem Inhaber eines geistigen Schutzrechts – nicht aber dem Eigentümer einer körperlichen Sache – wird von der Rechtsordnung als Belohnung für seine Mühen die Möglichkeit versprochen, am Markt Monopolgewinne zu erzielen. Aus diesen Gründen ist bei einem Eingriff in ein Immaterialgüterrecht mittels Art. 82 EGV besondere Vorsicht geboten. Dies hat, wie gezeigt, auch der EuGH erkannt, wenn er zum Ausdruck bringt, dass die „besonderen Umstände“ in schlanken Lizenzverweigerungsfällen noch außergewöhnlicher sein müssen als die in „normalen“ essential-facilities-Fällen.

(2) Innovation: Ziel und Zielerreichung

Warum ist es aber gerade die Verhinderung eines neuen Produkts, die im Rahmen einer Interessensabwägung dazu führt, dass das nationale Immaterialgüterrecht dem europäischen Wettbewerbsrecht weichen muss? Um diese Frage beantworten zu können, ist es notwendig, sich die wesentlichen wettbewerbstheoretischen Überlegungen in Erinnerung zu rufen, die überhaupt dazu geführt haben, dem geistigen Eigentum besonderen Schutz zukommen zu lassen. Es ist heute weitestgehend anerkannt, dass die wirtschaftliche Entwicklung und der Wohlstand einer Gesellschaft eng mit ihrer Fähigkeit verknüpft ist, innovative Produkte, Ideen und Produktionsabläufe hervorzu bringen. Die ökonomische Logik des Patentschutzes besteht beispielsweise darin, dass die an besserer Güterversorgung interessierte Öffentlichkeit für die Schutzdauer des Patentes auf die Vorteile einer ohne Patentschutz früher möglichen Imitation technischer Neuerungen durch einen breiteren Kreis von Produzenten zugunsten des langfristig für wertvoller erachteten Vorteils eines ständigen technischen Fortschritts verzichtet.¹⁵² In Extremfällen kann es nun aber vorkommen, dass ein Unternehmen Zugang zu einer immaterialgüterrechtlich geschützten unentbehrlichen „Einrichtung“ benötigt – die es aus rechtlichen Gründen nicht zu duplizieren in der Lage ist – um ein neues Produkt zu schaffen. Die Verweigerung des Zugangs (die Lizenzverweigerung) führt dazu, dass

¹⁵¹ A.A. Eilmansberger (Fn. 8), S. 15; Schnelle, (Fn. 107), S. 561; wie hier wohl Subiotto, The Right to Deal with Whom one Please under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate, ECLR 1992, S. 234 (237); Dreher, (Fn. 103), S. 837.

¹⁵² Fikentscher/Heinemann/Kunz-Hallstein, (Fn. 5), S. 761.

durch die Ausübung eines Immaterialgüterrechts Innovation verhindert wird, wobei es doch gerade der wettbewerbstheoretische Sinn der Schutzrechte ist, Innovation durch kurzzeitige Ausschaltung von Imitation zu fördern. Liegen diese seltenen Umstände vor, so vereitelt mit anderen Worten die schlichte Ausübung des Immaterialgüterrechts das Ziel des Immaterialgüterrechts, nämlich die Förderung der Innovation, der Leistungsfähigkeit der Wirtschaft und des Leistungswettbewerbs.¹⁵³

Diese kurzen Überlegungen scheinen nach Ansicht des Verfassers geeignet, die einschlägigen Entscheidungen des europäischen Gerichtshofs auch hinsichtlich ihrer wettbewerbstheoretischen Konsequenzen zu tragen. Es ist daher zu begrüßen, dass der Gerichtshof nicht nur an die Missbräuchlichkeit von schlichten Lizenzverweigerungen höhere Anforderungen als in „normalen“ essential-facilities-Fällen knüpft, sondern auch, dass er bereit ist, in Extremsituationen die maßgeblichen Normen des europäischen Wettbewerbsrechts über den Schutz des geistigen Eigentums zu stellen, der letztendlich ja seine Berechtigung ebenfalls nur in dem Ziel haben kann, das „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“¹⁵⁴ voran zu treiben.

(3) Neues Produkt?

Die Frage, wann ein Produkt „neu“ im Sinne der Magill-Rechtsprechung ist, ist weit davon entfernt, abschließend geklärt zu sein. An dieser Stelle seien auch Zweifel erlaubt, ob eine abstrakte Definition überhaupt möglich sein kann. Vielmehr stellt dieses Tatbestandsmerkmal eine große Herausforderung für den EuGH dar, der diesem Begriff durch sein *case law* erst Konturen verschaffen muss. Dies ändert aber nichts daran, dass der Rechtsbegriff nach Ansicht des Verfassers in der Praxis durchaus gehandhabt werden kann.¹⁵⁵

*Beckmerhagen*¹⁵⁶ nähert sich dem Problem, indem er unterscheidet, ob das neue Produkt mit den Produkten des Rechteinhabers in Konkurrenz tritt oder nicht. Demnach sind im letzteren Fall geringere Anforderungen an die Neuheit des Produkts zu stellen. Dem kann prinzipiell zugestimmt werden, obgleich darauf hinzuweisen ist, dass diese Situation in der Realität wohl selten vorkommen dürfte. Ein Schutzrechtsinhaber, der von einem Interessenten um eine Lizenz gegen angemessenes Entgelt gebeten wird, um damit ein Produkt herzustellen, das dem Rechteinhaber keine Konkurrenz macht, wird kaum auf die zusätzliche Einnahmequelle verzichten.

¹⁵³ Ebenso *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 339; *Pilny*, Mißbräuchliche Marktbeherrschung gemäß Art. 86 EWGV durch Immaterialgüterrechte, GRUR Int 1995, S. 954 (957).

¹⁵⁴ Der Begriff stammt von *F.A. v. Hayek*, zitiert nach *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht (2001), S. 2.

¹⁵⁵ A.A. *Montag*, Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, EuZW 1997, S. 71 (74); *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 341.

¹⁵⁶ *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 337 ff.

Von Interesse sind daher jene Fälle, in denen das neue Produkt sehr wohl darauf ausgerichtet ist, Marktanteile auf dem Markt zu erlangen, auf dem auch der Schutzrechtsinhaber in dominanter Position tätig ist. In dieser Konstellation schmälert die Zwangslizenz die Ertragschancen des Rechtsinhabers, was sowohl die Belohnungs- als auch die Anreizfunktion des betroffenen Immaterialgüterrechts teilweise ins Leere laufen lässt. Es ist daher ganz allgemein zu fordern, dass an das Erfordernis der Neuheit hohe Anforderungen zu stellen sind,¹⁵⁷ wobei insbesondere auf die besonderen Bedürfnisse der Verbraucher abzustellen ist.¹⁵⁸ Dies deshalb, weil Wettbewerb ja gerade dazu dient, immer bessere und dennoch günstigere Produkte zum Wohl der Verbraucher auf den Markt zu bringen. Keinesfalls kann eine nur unerhebliche Verbesserung eines bestehenden Produktes dazu führen, dass der Rechtsinhaber um die Früchte seiner Investitionen in Forschung und Entwicklung gebracht wird.¹⁵⁹

Im Fall *Magill* waren die Fernsehzuschauer gezwungen – sofern sie sich umfassend über das Programmangebot informieren wollten, drei verschiedene Programmführer zu erwerben. Ohne die Bedeutung der geplanten Fernsehunterhaltung hochstilisieren zu wollen, so erscheint die Vorstellung, drei (oder übertragen in die Gegenwart: dreißig!) Programmzeitschriften nebeneinander verwenden zu müssen, doch höchst beschwerlich. Man könnte nahezu vom Ausnutzen von Synergieeffekten sprechen, wenn die benötigte Information übersichtlich in einer Zeitschrift zusammengefasst wird. Der umfassende Programmführer befriedigt somit besondere Bedürfnisse der Verbraucher und ist daher als neuartiges Produkt anzusehen.¹⁶⁰ Beispielsweise könnten auch Eilkurierdienste im Vergleich zu Basispostdiensten einen so großen qualitativen Mehrwert für die Verbraucher darstellen, dass von einem neuen Produkt im Sinne *Magills* gesprochen werden kann.¹⁶¹ Denkbar wäre auch, dass die innovative Dienstleistung eines Softwareunternehmens, das sich auf hochsensible Datenübertragungen spezialisiert hat und diese um ein Vielfaches sicherer durchführen kann als die Konkurrenz, die Erteilung einer Zwangslizenz an einer Datenbankstruktur rechtfertigt, wenn die Auftraggeber (etwa Banken) diese Struktur als Standard akzeptiert haben. Aus den genannten Beispielen wird deutlich, dass die Erteilung einer Zwangslizenz in Fällen der schlichten Ausübung des Schutzrechts richtigerweise die Ausnahme bleiben wird.

¹⁵⁷ *Deselaers*, (Fn. 2), S. 566; *Montag*, (Fn. 155), S. 74; *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 338 f.; *Pilny*, (Fn. 153), S. 957.

¹⁵⁸ Schlussanträge des GA *Tizzano v. 2.10.2003*, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Nr. 66, EuZW 2004, S. 345; *Ebenroth/Bohne*, (Fn. 2), S. 402.

¹⁵⁹ Dies befürchtet *Montag*, (Fn. 155), S. 74.

¹⁶⁰ *Deselaers*, (Fn. 2), S. 566.

¹⁶¹ Vgl. KOM(1990) 16, ABl. Nr. L 10 v. 12.1.1990, S. 47, Rdnr. 12 f.; *Deselaers*, (Fn. 2), S. 566 in Fn. 52.

d) Rechtfertigungsgründe

Der Gerichtshof hat sich in seiner Antwort auf die Vorlagefragen darauf beschränkt festzuhalten, dass das nationale Gericht anhand der ihm vorliegenden Ergebnisse zu prüfen hat, ob die Lizenzverweigerung durch IMS sachlich gerechtfertigt werden kann.¹⁶²

Es ist bis heute weitgehend unklar, welche Argumente vom Eigentümer der wesentlichen Einrichtung vorgebracht werden können, um die Zugangsverweigerung zu rechtfertigen, selbst wenn die Öffnung für Dritte notwendig wäre, um wirksamen Wettbewerb auf dem betroffenen Markt herzustellen.¹⁶³ Nach der hier vertretenen Auffassung können die möglichen Rechtfertigungsgründe in drei Kategorien eingeteilt werden. Die erste umfasst alle Argumente, die sich aus den tatsächlichen Verhältnissen der Einrichtung ergeben (etwa begrenzte Kapazität, Betriebssicherheit, Funktionsfähigkeit, Effizienz), die zweite jene Punkte, die gegen die Person des Zugangsuchenden vorgebracht werden können (mangelnde fachliche Qualifikation, fehlende Kreditwürdigkeit, geringe Seriosität) und in der dritten Kategorie finden sich alle Gründe, die aus dem Normzweck des Art. 82 EGV abgeleitet werden können.¹⁶⁴ Aus dieser dritten Kategorie ergibt sich, dass die *essential facilities doctrine* nicht mehr zur Begründung einer Verpflichtung zur Zugangswährung herangezogen werden kann, wenn auf dem maßgeblichen Markt bereits ein (einigermaßen) wirksamer Wettbewerb (*workable competition*) besteht, der Schutzzweck von Art. 82 EGV also bereits erfüllt ist.¹⁶⁵ Man stelle sich zur Verdeutlichung den Fall vor, dass der Betreiber einer Hafenanlage und eines Fährdienstes auf Grundlage der *essential facilities doctrine* gezwungen wird, einem weiteren Fährunternehmer Zugang zum Hafen zu gewähren. Kurze Zeit später wendet sich ein weiterer Fährunternehmer an die Kommission und erhält ebenfalls Zugang. Je mehr Konkurrenten zugelassen werden, desto geringer wird der Grenznutzen jedes weiteren Konkurrenten für den Wettbewerb. Bald wird der zusätzliche Nutzen für den Wettbewerb die immer größere Einschränkung der Privatautonomie nicht mehr rechtfertigen können, was zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs führt. Kommt man nach einer entsprechenden Verhältnismäßigkeitsprüfung zu dem Ergebnis, dass kein weiterer Konkurrent zugelassen werden muss, so kann sich der dadurch am Zugang gehinderte Konkurrent auch nicht auf eine Diskriminierung durch den Betreiber berufen, indem er darstellt, dass anderen der Zugang gewährt wurde, ihm aber nicht. Es liegt deshalb keine Diskriminierung vor, weil der Betreiber keinen der Konkurrenten freiwillig zugelassen hat, und nur seine Pflicht dazu ab einer gewissen Anzahl von Konkurrenten ein Ende findet.

¹⁶² EuGH, Rs. C-418/01, *IMS-Health*, Rdnr. 51, EuZW 2004, S. 345.

¹⁶³ *Deselaers*, (Fn. 2), S. 567.

¹⁶⁴ Siehe auch *Montag*, (Fn. 155), S. 76; *Deselaers*, (Fn. 2), S. 568; *Beckmerhagen*, (Fn. 3), S. 281 ff.; *Abermann*, (Fn. 8), S. 132 ff.; *Mennicke*, (Fn. 2), S. 653 ff.

¹⁶⁵ *Mennicke*, (Fn. 2), S. 626 (654).

VII. Zusammenfassung

Der EuGH hat durch das Urteil in Sachen *IMS Health* die in den Urteilen *Volvo*, *Magill* und *Bronner* begründete Rechtsprechungslinie bestätigt und teilweise weiterentwickelt. Die vom Gerichtshof vorgenommenen Wertungen sind zu begrüßen, da durch sie das natürliche Spannungsverhältnis zwischen nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht zugunsten eines Pools entschieden, sondern vielmehr der Versuch unternommen wird, eine sachgerechte Balance zu finden.

Die Unterscheidung in Bestand und Ausübung sowie die Lehre vom spezifischen Gegenstand der geistigen Schutzrechte sind als aufgegeben anzusehen. In den Mittelpunkt rückt eine wettbewerbsrechtliche Betrachtungsweise, die allerdings auch der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Immaterialgüterrechte ihren Tribut zollt.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Geltendmachung eines Immaterialgüterrechts gegen Art. 82 EGV verstößt, ist zwischen Fällen des kombinierten und des schlichten Missbrauchs zu unterscheiden. Bei ersteren tritt zur Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts noch ein selbständiges Missbrauchselement hinzu. Der schlichte Missbrauch eines Immaterialgüterrechts zeichnet sich dadurch aus, dass die Rechtsausübung durch die Grundsätze des Leistungswettbewerbs gerechtfertigt ist, aufgrund der außergewöhnlichen Umstände aber ein Einschreiten des Wettbewerbsrechts erforderlich erscheint. Unter „außergewöhnlichen Umständen“ sind Sachverhaltskomponenten zu verstehen, die bewirken, dass die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts nicht zur Förderung des langfristigen Wettbewerbs beiträgt, sondern im Gegenteil eben diesen ernsthaft beeinträchtigt.

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass ein schlichter Missbrauch eines Immaterialgüterrechts nur dann vorliegen kann, wenn es sich bei dem in Frage stehenden geschützten Produkt um eine *essential facility* handelt. Diese Konsequenz ergibt sich aus einer Analyse der Geschäftsverweigerungssjudikatur des EuGH. Eine schlichte Geschäftsverweigerung liegt dann vor, wenn das nachgefragte Produkt in dem Sinne wesentlich ist, dass das Tätigwerden des Petenten auf einem bestimmten Markt ohne dieses Produkt unmöglich ist und es von ihm aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen auch nicht dupliziert werden kann.

Eine Zusammenschau der Urteile *Volvo*, *Magill* und *Bronner* ergibt, dass in Immaterialgüterrechtsfällen ein weiteres Tatbestandsmerkmal hinzutreten muss, nämlich die Verhinderung eines neuen Produktes. Der Petent darf sich demnach nicht darauf beschränken im Wesentlichen dasselbe Produkt wie der Inhaber der *essential facility* auf den Markt zu bringen. Dieses zusätzliche Merkmal erscheint in Hinblick auf die Belohnungs- und Anreizfunktion der Rechte des geistigen Eigentums als berechtigt.

Das Urteil *IMS Health* verfeinert die im Fall *Bronner* entwickelte europäische *essential facility doctrine* dahingehend, dass ein „abgeleiteter“ Markt nicht tatsächlich

vorhanden, sondern nur bestimmbar sein muss. Die *essential facilities doctrine* ist anwendbar, wenn zwei Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element bildet. Darüber hinaus stellt der Gerichtshof klar, dass nicht nur bei der Untersuchung der Duplizierbarkeit, sondern bereits bei der Frage nach der Unentbehrlichkeit einer Einrichtung auf die wirtschaftliche Gesamtsituation einzugehen ist. Insbesondere sind die Präferenzen der Marktgegenseite zu berücksichtigen. Von einer alternativen Einrichtung sollte nur gesprochen werden, wenn sie für den potentiellen Konkurrenten tatsächlich eine tragfähige Alternative darstellt.

Wann von einem „neuen“ Produkt gesprochen werden kann, wird, ebenso wie die Frage nach sachlichen Rechtfertigungsgründen, auch nach dem IMS-Urteil umstritten bleiben. Hinsichtlich der Neuartigkeit eines Produktes sollten nach der hier vertretenen Auffassung strenge Maßstäbe angewendet werden, um jegliches Trittbrettfahrertum zu unterbinden.