

Daniel Zimmermann

**Die Zwangslizenzierung von  
Immaterialgüterrechten  
nach Art. 82 EG**

Schutz *vor* Wettbewerb oder Schutz *des*  
Wettbewerbs?

Das **Europainstitut der Universität Basel** ist ein rechts-, politik- und wirtschaftswissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung zu europäischen Fragen. Neben einem einjährigen, praxisbezogenen und interdisziplinären Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced European Studies* und dem Vertiefungsstudium *Major in Conflict and Development* werden spezielle Weiterbildungskurse angeboten. In der Forschung werden in Zusammenarbeit mit benachbarten Instituten sowohl fachspezifische wie multidisziplinäre Themen bearbeitet. Das Europainstitut ist als Ansprechpartner für Politik, Wirtschaft und Verwaltung beratend tätig.

„It is paradoxical that copyright, created to overcome the market failure arising from the existence of public goods, lays the groundwork for the market failure which is instead addressed by antitrust law”.<sup>1</sup>

„Firms are more likely to innovate if they are at least somewhat protected against free-riding. Firms are *also* more likely to innovate if they face strong competition”.<sup>2</sup>

ISBN-13: 978-3-905751-01-7

ISBN-10: 3-905751-01-1

**Daniel Zimmermann** studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bern. Er erwarb im Jahre 1998 das Rechtsanwaltspatent und ist seither in verschiedenen Funktionen in der Eidgenössischen Bundesverwaltung tätig. Daniel Zimmermann schloss im Herbst 2005 am Europainstitut der Universität Basel das Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced European Studies* mit dem Prädikat *summa cum laude* ab.

## Inhaltsverzeichnis

<b>A.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>S. 9</b>
<b>B.</b>	<b>Immaterialgüterrechte und Wettbewerbsrecht: Eine ökonomische Einführung</b>	<b>S. 11</b>
<b>I.</b>	<b>Ökonomische Grundlagen zum Immaterialgüterrechtsschutz</b>	<b>S. 11</b>
<b>II.</b>	<b>Ökonomische Grundlagen zum Wettbewerbsrecht</b>	<b>S. 14</b>
<b>III.</b>	<b>Das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht</b>	<b>S. 16</b>
1.	Hierarchie oder Komplementarität?	S. 16
2.	Die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten im Allgemeinen	S. 18
3.	Die Zwangslizenzierung in der Internetökonomie	S. 21
a.	Auf dem Weg in die Informationsgesellschaft	S. 22
b.	Die Auswirkungen einer Lizenzverweigerung in der Internetökonomie	S. 23
<b>C.</b>	<b>Die Rechtsprechung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG</b>	<b>S. 26</b>
<b>I.</b>	<b>Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG</b>	<b>S. 26</b>
<b>II.</b>	<b>Das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht aus kompetenzrechtlicher Sicht</b>	<b>S. 26</b>

<b>III. Die marktbeherrschende Stellung</b>	<b>S. 30</b>	<b>E. Schlussfolgerungen</b>	<b>S. 63</b>
1. Sachlich relevanter Markt	S. 31	<b>F. Literaturverzeichnis und Entscheide</b>	<b>S. 64</b>
2. Räumlich relevanter Markt	S. 32	<b>I. Literatur</b>	<b>S. 64</b>
<b>IV. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten</b>	<b>S. 33</b>	<b>II. Entscheide in chronologischer Reihenfolge</b>	<b>S. 71</b>
<b>V. Das missbräuchliche Verhalten im Allgemeinen</b>	<b>S. 33</b>	<b>G. Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>S. 73</b>
<b>VI. Die Entscheidungspraxis von Volvo bis Bronner</b>	<b>S. 35</b>	<b>Anmerkungen</b>	<b>S. 74</b>
1. Der Fall <i>Volvo</i>	S. 35	<b>BASLER SCHRIFTEN ZUR EUROPÄISCHEN INTEGRATION</b>	
2. Der Fall <i>Magill</i>	S. 36		
3. Der Fall <i>Bronner</i>	S. 38		
<b>VII. Der Fall IMS Health</b>	<b>S. 39</b>		
<b>VIII. Der Fall Microsoft</b>	<b>S. 41</b>		
<b>D. Rechtliche und ökonomische Beurteilung der Rechtsprechung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG</b>	<b>S. 47</b>		
<b>I. Grundsätzliche Analyse</b>	<b>S. 47</b>		
<b>II. Beurteilung der Kernfragen zur Zwangslizenzierung</b>	<b>S. 48</b>		
1. Die Notwendigkeit von zwei Märkten	S. 48		
2. Die Unentbehrlichkeit des Immaterialgüterrechts	S. 54		
3. Die Eignung zum Ausschluss jeglichen Wettbewerbs	S. 56		
4. Das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses	S. 58		
5. Der Innovationstest gemäss Entscheidung <i>Microsoft</i>	S. 60		

## A. Einleitung

Mit Entscheidung vom 24. März 2004 verhängte die Europäische Kommission eine Busse in der Rekordhöhe von rund 497 Millionen Euro gegen den amerikanischen Softwaregiganten Microsoft. Auslöser der Busse war ein wettbewerbswidriges Verhalten von Microsoft. Die Kommission verpflichtete Microsoft in ihrer Entscheidung neben der Bezahlung der Busse zudem, die Schnittstellenspezifikationen verschiedener Softwareprodukte offen zu legen, damit Working Group Server ('WGS')-Betriebssysteme von Konkurrenzfirmen uneingeschränkt mit Client-PCs und Servern kommunizieren können, die mit Produkten von Microsoft ausgerüstet sind.<sup>3</sup> Mit anderen Worten wurde Microsoft verpflichtet, ihr Know-how an Konkurrenten weiterzugeben, damit diese die Kompatibilität ihrer WGS-Betriebssysteme mit der Technologie von Microsoft gewährleisten können.

Die von der Kommission in der Entscheidung *Microsoft* erzwungene Weitergabe rechtlich geschützter Informationen stellt den bisher letzten Entscheid einer längeren Rechtsentwicklung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten in Anwendung von Art. 82 EG dar. Die vorliegende Arbeit untersucht *schwer gewichtig* die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union (EU) zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten vom ersten Entscheid des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Jahre 1988<sup>4</sup> bis heute.<sup>5</sup> Die Arbeit verfolgt jedoch auch einen interdisziplinären Ansatz und versucht, die Rechtsprechung der europäischen Organe zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten unter ökonomischen Gesichtspunkten zu analysieren und zu bewerten: Die Arbeit soll einen bescheidenen Beitrag zur neueren Wissenschaftsdisziplin 'Ökonomische Analyse des Rechts' (Law and Economics) leisten, von der einige Stimmen behaupten, sie sei derzeit „the single most influential jurisprudential school“.<sup>6</sup>

Ein Grossteil der für diese Arbeit verwendeten Literatur ist auf Englisch erschienen. Die englischsprachigen Zitate werden jeweils dort im Origin-

nal wiedergegeben, wo die Originalfassung einen Gedanken besonders prägnant wiedergibt. Ansonsten hat der Verfasser die fremdsprachigen Zitate nach bestem Wissen und Gewissen ins Deutsche übertragen.

Ein letzter Hinweis an dieser Stelle: Das amerikanische Recht kennt seit einigen Jahren die sogenannte 'essential facility'-Doktrin. Die Doktrin befasst sich mit dem Zugang zu Infrastruktureinrichtungen von Monopolunternehmen. Im Zusammenhang mit physischen Einrichtungen sowie der Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten hat die 'essential facility'-Doktrin auch Einzug in die Literatur zum EU-Recht gefunden. Die Kommission und der EuGH nehmen jedoch auf die Doktrin nicht direkt Bezug, ebensowenig diese Arbeit.

## **B. Immaterialgüterrechte und Wettbewerbsrecht: Eine Ökonomische Einführung**

### **I. Ökonomische Grundlagen zum Immaterialgüterrechtsschutz<sup>7</sup>**

Nachfolgend werden in aller Kürze die ökonomischen Grundlagen zur Zusprechung von Immaterialgüterrechten dargestellt, soweit sie für die vorliegende Arbeit relevant sind:

Der Sammelbegriff 'Immaterialgüterrechte' umfasst das Patentrecht, das Markenrecht, das Designrecht, den Sortenschutz, das Topographierecht und das Urheberrecht.<sup>8</sup> Allen diesen 'Disziplinen' ist gemeinsam, dass sie den rechtlichen Schutz von Informationen und Wissen gewährleisten. Der Schutz besteht in der Zuweisung eines Ausschliesslichkeitsrechts an den Rechtsinhaber: Ohne Zustimmung des Rechtsinhabers ist es Dritten nicht erlaubt, das durch das Immaterialgüterrecht geschützte Wissen unverändert zu übernehmen und zu verwenden.

Die Notwendigkeit von Immaterialgüterrechten ergibt sich durch die besonderen Eigenschaften von Informationen. Informationen sind sogenannte öffentliche Güter.<sup>9</sup> Öffentliche Güter charakterisieren sich im Unterschied zu privaten Gütern durch zwei Merkmale: Erstens findet bei öffentlichen Gütern das Konkurrenzprinzip der Güternutzung keine Anwendung. Öffentliche Güter sind „non-rivalrous“<sup>10</sup>, das heisst, der Gebrauch eines öffentlichen Gutes schmälert nicht die Möglichkeit einer anderen Person, dasselbe Gut zu gebrauchen. Zweitens findet bei öffentlichen Gütern das Prinzip der Ausschliessbarkeit der Güternutzung keine Anwendung. Öffentliche Güter sind „non-excludable“<sup>11</sup>: Der Inhaber eines öffentlichen Gutes kann andere Personen nicht von dessen Gebrauch ausschliessen.

Die soeben erwähnte fehlende Ausschlussmöglichkeit hat zur Konsequenz, dass Anreize fehlen, öffentliche Güter zu entwickeln und anzubieten, da Trittbrettfahrer auch ohne eigene Investitionen in den

Genuss öffentlicher Güter kommen können. Öffentliche Güter stehen deshalb ohne staatlichen Markteingriff nicht in der gewünschten Menge zur Verfügung, was einem Marktversagen gleichkommt.<sup>12</sup>

Sollen private Akteure Anreize erhalten, Wissen, wie zum Beispiel technische Erfindungen oder Computerprogramme, in der gesellschaftlich gewünschten Quantität herzustellen, muss der Staat das vorstehend dargestellte Marktversagen beseitigen. Dies kann durch die Zuteilung von Eigentumsrechten an diesem Wissen geschehen.<sup>13</sup> Genau diese Aufgabe erfüllen Immaterialgüterrechte: Die Rechtsordnung schafft Innovationsanreize durch die Gewährung von Ausschliesslichkeitsansprüchen. Innovationen sind für eine Volkswirtschaft zentral: Sie führen zu mehr Wohlfahrt, indem sie die Produktivität steigern.<sup>14</sup>

Neben der Schaffung von Innovationsanreizen haben Immaterialgüterrechte einen weiteren positiven Wohlfahrtseffekt: Die Gewährung von Immaterialgüterrechten führt in der Regel zu einer Verbreitung der Informationen.<sup>15</sup> So kann zum Beispiel jedermann auf den Patentämtern Einsicht in die Patentanmeldungen nehmen. Auf diese Weise ist es anderen Unternehmen möglich, sich bereits während der Schutzdauer der Immaterialgüterrechte von fremden Ideen inspirieren zu lassen und darauf aufbauend, selbstredend unter Wahrung eines genügenden Produkteabstands und Respektierung des fremden Immaterialgüterrechts, eigene Innovationen zu entwickeln ('to invent around'). Dieser positive Wohlfahrtseffekt wäre nicht gegeben, würden Innovatoren ihr Wissen als Geschäftsgeheimnis behalten.

Die Zusprechung von Immaterialgüterrechten hat jedoch auch negative Wohlfahrtseffekte:<sup>16</sup> Aus der Lehre der effizienten Allokation von Ressourcen (statische Effizienz) ist bekannt, dass eine effiziente Allokation dann gegeben ist, wenn der Preis eines Gutes den Grenzkosten entspricht. Die Grenzkosten von Immaterialgüterrechten liegen jedoch praktisch bei null. So kostet es einen Fernsehsender zum Beispiel kaum etwas, einen Spielfilm einem zusätzlichen Zuschauer zu zeigen. Da ein Innovationsanreiz nur besteht, falls ein Gut zu einem positiven Preis

verkauft werden kann, liegt der Marktpreis über den Grenzkosten, was zu einem statischen Effizienzverlust führt. Statische Ineffizienz liegt im Übrigen auch vor, falls der Innovator keine Monopolstellung innehat, da sie direkt aus den kaum existenten Grenzkosten folgt. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass einige Autoren der Auffassung sind, Immaterialgüterrechte seien als eine Art staatlich zugewiesenes, zeitlich befristetes Monopol zu qualifizieren.<sup>17</sup> Unter anderem LANDES/POSNER weisen jedoch zurecht darauf hin, dass es missverständlich ist, die Gewährung von Immaterialgüterrechten generell mit der Einräumung eines Monopols gleichzusetzen.<sup>18</sup> In der Regel gewähren Immaterialgüterrechte nämlich kein wirtschaftliches Monopol, da ein wirtschaftliches Monopol strictu sensu nur vorliegt, falls auf dem relevanten Markt keine nahen Substitute vorhanden sind.<sup>19</sup> Ergibt sich jedoch aufgrund des Immaterialgüterrechts eine marktbeherrschende Stellung respektive ein wirtschaftliches Monopol eines Unternehmens, sind die negativen statischen Wohlfahrtseffekte erst recht evident: Die aus Sicht des zentralen Planers gewünschte maximale Gesamtrente wird in Monopolsituationen nicht erreicht, da Monopolisten den Preis eines Gutes über den Grenzkosten festlegen können.<sup>20</sup> Dies führt erstens zu einem Transfer von Konsumentenrenten auf die Produzenten und zweitens zu einer gegenüber vollständigen Konkurrenzsituationen tieferen Nachfrage, was die statische Gesamtwohlfahrt verringert (Nettowohlfahrtsverlust).<sup>21</sup> Da ein Konflikt zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht nur entsteht, falls der Rechtsinhaber eines Immaterialgüterrechts über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wird nachfolgend zum Teil vereinfachend davon gesprochen, dass Immaterialgüterrechte eine Monopolstellung einräumen.<sup>22</sup>

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Immaterialgüterrechte positive und negative Wohlfahrtseffekte mit sich bringen. Immaterialgüterrechte beabsichtigen, die dynamische, langfristige Effizienz durch Innovationsanreize zu fördern und nehmen dafür statische Effizienzverluste in Kauf.<sup>23</sup> Dem Tradeoff zwischen dynamischer

Effizienz und statischer Ineffizienz trägt der Gesetzgeber in allen Staaten bereits 'intrasystemisch' Rechnung, indem er erstens den Geltungsbereich und zweitens die Schutzdauer der Immaterialgüterrechte beschränkt.<sup>24</sup> Der Gesetzgeber versucht durch diese Beschränkungen ein optimales Gleichgewicht zwischen maximalem Nutzen (dynamische Effizienz) und minimalen Kosten (statische Ineffizienz) der Immaterialgüterrechte zu erreichen.<sup>25</sup>

## II. Ökonomische Grundlagen zum Wettbewerbsrecht

Die Ansichten der Ökonomen über die Ziele des Wettbewerbsrechts respektive der Wettbewerbspolitik haben sich historisch stark gewandelt.<sup>26</sup> In der Literatur werden fünf grössere Entwicklungslinien unterschieden:

Die Vertreter der klassischen Ökonomie (Adam Smith et al.) betrachteten den Wettbewerb als Prozess, der durch den Vorstoss von Pionieren und die Verfolgung durch Konkurrenten gekennzeichnet ist. Der unbeschränkte Leistungswettbewerb führt dabei zum höchsten Gemeinwohl (Stichwort: 'invisible hand'). Staatliche Eingriffe in den Wettbewerb wurden grundsätzlich als wohlfahrtsmindernd qualifiziert und abgelehnt.<sup>27</sup>

Das neoklassische Wettbewerbsmodell zeigt, dass bei vollständiger Konkurrenz unter bestimmten Voraussetzungen eine wohlfahrtsmaximierende Faktoren- und Güterallokation stattfindet. Eine Abweichung vom wohlfahrtsmaximierenden Marktgleichgewicht entsteht durch Marktmacht (Kartelle, Monopole) oder durch Marktversagen (öffentliche Güter, asymmetrische Information usw.). Es ist Aufgabe der Wettbewerbspolitik, für vollständige Konkurrenz zu sorgen und Marktmacht respektive Marktversagen zu korrigieren.<sup>28</sup>

Auf das Zeitalter der neoklassischen Wettbewerbstheorie folgte die Einsicht, dass „Marktunvollkommenheiten“ unumgänglich sind „und im Hinblick auf technischen Fortschritt sogar erwünscht sein können“.<sup>29</sup> Diese Einsicht hat zum Leitbild des 'funktionsfähigen Wettbewerbs'

geführt. Das Konzept des 'funktionsfähigen Wettbewerbs' nimmt Abweichungen vom vollständigen Wettbewerb in Kauf und prüft anhand des sogenannten 'Struktur-Verhalten-Ergebnis'-Ansatzes, wie effizient das Resultat anderer Marktformen im Vergleich zum Referenzszenario des vollständigen Wettbewerbs ist. Zur Wettbewerbssicherung wird „je nach Wettbewerbsintensität ein breites Spektrum an Massnahmen vorgeschlagen“.<sup>30</sup>

Auf die von der Harvard School vertretene Theorie des 'funktionsfähigen Wettbewerbs' folgte in den 1950-er Jahren eine starke Gegenbewegung, getragen von der Chicago School, welche der interventionsfreudigen Wettbewerbstheorie ein Leitbild staatlicher Beschränkung entgegenhielt und auf effiziente Marktmechanismen vertraute.<sup>31</sup>

Schliesslich hat seit den 1980-er Jahren die 'Neue Industrieökonomik' Einzug gehalten, welche unter Verwendung spieltheoretischer Ansätze insbesondere das Firmenverhalten bei unvollständiger Konkurrenz untersucht.<sup>32</sup>

Jede der vorerwähnten Wettbewerbstheorien hat ihre Stärken und ihre Unzulänglichkeiten. Dies ist auch der Grund, weshalb bis heute „keine allgemein akzeptierte Theorie des Wettbewerbs“<sup>33</sup> existiert. Auch wenn die Rezepte je nach Wettbewerbstheorie erheblich variieren, besteht in der ökonomischen Lehre Einigkeit, dass das Ziel der Wettbewerbspolitik letztlich in der Wohlfahrtsmaximierung liegt.<sup>34</sup>

Die Praxis der Wettbewerbsbehörden anerkennt, dass Innovationen für die Gesamtwohlfahrt wichtig sind. Das Wettbewerbsrecht teilt somit mit dem Immaterialgüterrecht das Ziel der langfristigen, dynamischen Effizienz. Dieses Ziel will das Wettbewerbsrecht, vereinfacht dargestellt, durch eine möglichst optimale Ressourcenallokation (statische Effizienz) erreichen. Wie nachfolgend gezeigt wird, entsteht dadurch ein Spannungsverhältnis zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Immaterialgüterrecht, das sich nicht leicht auflösen lässt.

### III. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht

#### 1. Hierarchie oder Komplementarität?

Wie BUSCHE darlegt, geht es in Bezug auf das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht im Kern um die Frage, ob Immaterialgüterrechte „durch das Kartellrecht ausgehöhlt werden dürfen, oder anders formuliert: ob neben dem Kodifikationsgebäude des Immaterialgüterrechts überhaupt Raum für die Anwendung des Kartellrechts bleibt“.<sup>35</sup> Welches Verhältnis besteht zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht? Geniesst der Schutz vor Wettbewerb oder der Schutz des Wettbewerbs Vorrang? Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht wurde zu unterschiedlichen Zeiten unterschiedlich beantwortet:

Wie insbesondere ANTHONY in Bezug auf die Situation in den Vereinigten Staaten ausführt, wurde das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsgebieten bis Ende der 1940-er Jahre als miteinander unvereinbar angesehen.<sup>36</sup> Mit der Einräumung eines Immaterialgüterrechts war die Frage des Wettbewerbsrechts im negativen Sinne mitentschieden: Das Immaterialgüterrecht verdrängte sämtliche wettbewerbsrechtlichen Bedenken oder Einwände. Die amerikanischen Gerichte betrachteten die Einräumung von Immaterialgüterrechten deshalb „als staatlich gewährte Ausnahme vom Wettbewerbsrecht“.<sup>37</sup>

Der Vorrang der Immaterialgüterrechte gegenüber dem Wettbewerbsrecht wurde erstmals mit einem Entscheid des Supreme Court aus dem Jahre 1948 relativiert. Der Supreme Court erkannte, dass gewisse Handlungen von Inhabern von Immaterialgüterrechten wettbewerbswidrig sein können.<sup>38</sup>

Die heute herrschende Lehre geht davon aus, dass Immaterialgüterrechte und das Wettbewerbsrecht in einem Verhältnis der Komplementarität zueinander stehen und ein Immaterialgüterrecht keine

absolute Immunität vor kartellrechtlichen Massnahmen garantiert.<sup>39</sup> In den letzten Jahrzehnten hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass es letztendlich „der gemeinsame Zweck [beider Systeme] ist, Innovation zu fördern und die Wohlfahrt“<sup>40</sup> zu erhöhen. Der United States Court of Appeals for the Federal Circuit hielt in *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.* fest: „[...] the two bodies of law are complementary, as both are aimed at encouraging innovation [...]“.<sup>41</sup>

Präzisierend führt unter anderen RAMELLO zum Verhältnis der beiden Rechtssysteme aus, dass das Verhältnis sowohl konvergente als auch gegenläufige Elemente enthält:<sup>42</sup>

Die beiden Systeme sind insofern konvergent, als sie beabsichtigen, Innovationsanreize zu schaffen und die Wohlfahrt zu fördern. Im Weiteren basieren beide Systeme auf dem mikroökonomischen Ansatz der Effizienz und versuchen, Marktversagen zu beseitigen. Das gemeinsame Ziel wird aber mit unterschiedlichen Mitteln angestrebt: Wettbewerbsrecht versucht, Verhalten zu korrigieren, das den Wettbewerb übermässig beschränkt (statische Effizienz). Immaterialgüterrechte gehen den umgekehrten Weg: Innovationsanreize werden durch die Einräumung von Monopolen geschaffen (statische Ineffizienz).

Die traditionelle Theorie zu den Wohlfahrtseffekten von Immaterialgüterrechten ging davon aus, dass „the social cost of the monopoly granted is effectively less than the expected benefits [...] resulting from the production of an optimal level of ideas, [...] with a positive balance that maximizes welfare“.<sup>43</sup> Mit anderen Worten waren nach dieser Meinung die positiven Wohlfahrtseffekte von Immaterialgüterrechten stets grösser als die negativen Wohlfahrtseffekte. Gestützt auf diese traditionelle Auffassung ist zu erklären, warum bis Ende der 1940-er Jahre von einem absoluten Vorrang der Immaterialgüterrechte vor dem Wettbewerbsrecht ausgegangen wurde. Heute besteht weitgehende Einigkeit, dass die traditionelle Theorie zumindest in ihrer pauschalen Form falsch ist.<sup>44</sup> Die klassische Auffassung basiert, wie soeben erwähnt wurde, auf der Annahme, dass Immaterialgüterrechte die op-

timale Balance zwischen positiven und negativen Wohlfahrtseffekten finden. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass diese Annahme zutrifft: Erstens wurde die Annahme offenbar noch nie empirisch bewiesen.<sup>45</sup> Zweitens ist ihre Richtigkeit auch aus wirtschaftstheoretischer Sicht nicht zu halten: Gemäss Lehre liegt der ideale Schutzzumfang eines Immaterialgüterrechtes dort, wo die sinkenden Grenzerlöse *des* Rechtsschutzes gleich hoch sind wie die zunehmenden Grenzkosten *aus dem* Rechtsschutz.<sup>46</sup> Es leuchtet ein, dass die Grenzerlöse und die Grenzkosten nicht für jedes einzelne Immaterialgüterrecht respektive für jedes einzelne Unternehmen identisch sind. Eine wohlfahrtsoptimale Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte würde deshalb einen massgeschneiderten Schutzzumfang im Einzelfall notwendig machen.<sup>47</sup> Dies trifft für die Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte jedoch bekanntlich nicht zu. Eine Innovation, welche ohne erheblichen Aufwand hergestellt werden konnte, geniesst zum Beispiel denselben Schutz wie eine Innovation, deren Herstellung erhebliche Entwicklungskosten verursachte. Die Uniformität der Immaterialgüterrechte bewirkt, dass ein Immaterialgüterrecht im konkreten Einzelfall nicht zwingend der idealen Balance zwischen positiven und negativen Wohlfahrtseffekten entspricht.

Aus den genannten Gründen geht die heute herrschende Lehre nicht mehr von einem absoluten Vorrang der Immaterialgüterrechte vor dem Wettbewerbsrecht aus. Die Absage an ein Hierarchieverhältnis zwischen den beiden Rechtssystemen hat zur Folge, dass eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten gestützt auf das Wettbewerbsrecht aus ökonomischer Sicht denkbar wird.

## **2. Die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten im Allgemeinen**

Obwohl das System der Immaterialgüterrechte nicht zwingend wohlfahrtsmaximierend wirkt, stehen Ökonomen einer Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten durch das Wettbewerbsrecht generell

skeptisch gegenüber. Diese Skepsis hat im Wesentlichen folgende Ursachen:

Erstens ist es offenbar kaum möglich, die ökonomischen Konsequenzen einer Zwangslizenzierung hinreichend exakt zu berechnen, „[...] because it requires theoretical and empirical knowledge that are well beyond our capabilities“.<sup>48</sup> Aufgrund dieser Tatsache raten Ökonomen in der Regel davon ab, über das Wettbewerbsrecht eine Reregulierung von Immaterialgüterrechten erreichen zu wollen.<sup>49</sup> In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass Immaterialgüterrechte die Innovationsanreize *ex ante* setzen.<sup>50</sup> Eine nachträgliche Korrektur der Immaterialgüterrechte durch das Wettbewerbsrecht würde die Planungssicherheit von Innovatoren in Frage stellen und möglicherweise zukünftige Innovationsanstrengungen reduzieren.<sup>51</sup>

Zweitens ist in der Lehre zur Innovationsökonomie seit Jahrzehnten umstritten, welche *Marktstruktur* letztendlich zu den besten Innovationsergebnissen (dynamische Effizienz) führt.<sup>52</sup> Der Meinungsstreit geht zurück bis in die 1940-er Jahre:

Nach der sogenannten ‘zweiten These’ von SCHUMPETER aus dem Jahre 1942 sind Monopole und sehr grosse Firmen am besten in der Lage, für langfristige, dynamische Effizienz zu sorgen.<sup>53</sup> Monopole und grosse Firmen verfügen über die erforderlichen Einrichtungen (Produktionskapazität, Infrastruktur für Forschung und Entwicklung [FuE] usw.), um eine Innovation schnell und erfolgreich zu vermarkten. Technischer ausgedrückt können Monopole Innovationen besser appropriieren.<sup>54</sup> Im Weiteren können Monopole zu grösseren Innovationsanstrengungen führen, da für erfolgreiche Unternehmen schliesslich der Preis der Monopolrente lockt:<sup>55</sup> Je grösser der Schatz, den es zu entdecken gilt, desto höher die Anstrengungen, diesen Schatz zu finden.

Die Auffassung von SCHUMPETER stiess auf zahlreiche Gegenargumente. Die Kritiker legen dar, dass entgegen der Meinung von SCHUMPETER möglichst perfekter Wettbewerb für die besten Innovationsergebnisse sorgt: Eine Monopolsituation führt dazu, dass die

Innovationstätigkeit mangels Wettbewerbsdruck abnimmt. Es entsteht eine innovationshemmende und ineffiziente Schlafmützenkonkurrenz.<sup>56</sup> Im Weiteren lässt die Aussicht auf das 'Einfahren' einer Monopolrente Patentrennen ('patent races') entstehen. Patentrennen können zu Überinvestitionen in FuE führen und deshalb ineffizient sein.<sup>57</sup>

Der heutige Stand der Wissenschaft gibt keine definitive Antwort auf die Frage nach der optimalen Marktstruktur für eine langfristige, dynamische Effizienz. Die Situation ist paradox: „Firms are more likely to innovate if they are at least somewhat protected against free-riding. Firms are *also* more likely to innovate if they face strong competition”.<sup>58</sup> Eine nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit überzeugende Hilfestellung zur *Milderung* des Spannungsverhältnisses liefern SCHERER/ROSS: Die Autoren unterscheiden zwischen Branchen mit geringem und hohem technischen Fortschritt. Nach Ansicht von SCHERER/ROSS braucht es zur Erreichung dynamischer Effizienz „[...] a subtle blend of competition and monopoly, with more emphasis in general on the former than the latter, and with the role of monopolistic elements diminishing when rich technological opportunities exist”.<sup>59</sup>

Die soeben dargestellte Diskussion zur besten Marktstruktur für optimale Innovationsergebnisse verweist erneut auf den grundsätzlichen Konflikt zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht: Wettbewerbsrecht will Verhalten korrigieren, das den Wettbewerb übermässig beschränkt (statische Effizienz). Immaterialgüterrechte nehmen statische Ineffizienz dagegen in Kauf. Welches Instrument die besseren Innovationsergebnisse erzeugt, ist jedoch, wie soeben dargestellt wurde, umstritten.

Ein weiterer Grund für die Skepsis der Ökonomie gegenüber Zwangslizenzierungen liegt darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen „zahlreiche unschuldige Gründe habe, ein Immaterialgüterrecht nicht lizenzieren zu wollen”.<sup>60</sup> So kann eine Lizenzverweigerung unter anderem dazu dienen, eine Preisdifferenzierung durchzuführen. Preisdifferenzierungen können unter Umständen einen positiven Wohl-

fahrtseffekt haben.<sup>61</sup>

Schliesslich bereitet auch die Bemessung der Lizenzgebühr im Fall einer Zwangslizenzierung Schwierigkeiten.<sup>62</sup> GILBERT/SHAPIRO haben gezeigt, dass sich eine Zwangslizenzierung je nach Ausgestaltung der Lizenzgebühr sogar negativ auf die *statische* Effizienz auswirken kann.<sup>63</sup>

Aus den verschiedenen vorgenannten Gründen sollte eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten aus ökonomischer Sicht nur mit grosser Zurückhaltung angeordnet werden. Unter welchen Umständen eine Zwangslizenzierung ausnahmsweise angezeigt ist, lässt sich nicht generell sagen. Die ökonomische Literatur fordert, es sei jeweils im konkreten Einzelfall genau zu untersuchen, welche Konsequenzen eine allfällige Zwangslizenzierung auf die Innovationsanreize und die Wohlfahrt hätte.<sup>64</sup> Dass eine solche Analyse schwierig bis unmöglich ist, wurde bereits erwähnt. Neben dem Postulat einer 'case by case'-Analyse<sup>65</sup> der Wohlfahrtseffekte bietet die ökonomische Literatur darüber hinaus keine Gebrauchsanweisung mit abschliessenden Kriterien in Bezug auf die Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten.

### 3. Die Zwangslizenzierung in der Internetökonomie

Es wurde soeben erwähnt, dass die ökonomische Lehre in Bezug auf die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten durch das Wettbewerbsrecht eine 'case by case'-Analyse der Innovations- und Wohlfahrtseffekte fordert. Eine gewisse Annäherung an dieses Postulat könnte in einer *branchenspezifischen* Untersuchung der Auswirkungen einer Lizenzverweigerung bestehen. Nachfolgend wird gezeigt, welche Fragen sich in Bezug auf eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten in der Internetökonomie stellen. Die diesbezüglichen Ausführungen dienen insbesondere zu einer vertieften ökonomischen Analyse des Entscheides *Microsoft*, die im dritten Kapitel dieser Arbeit erfolgt.

### a. Auf dem Weg in die Informationsgesellschaft

Seit den 1980-er Jahren hat eine gesellschaftliche Entwicklung an Bedeutung gewonnen: Die Entwicklung zur Informationsgesellschaft. Der Begriff der Informationsgesellschaft bezeichnet im Wesentlichen die zunehmend zentrale Rolle der Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) in unserer Welt. Als sichtbare Zeichen dieser Entwicklung lassen sich insbesondere die „allgemeine Verbreitung des elektronischen Informationsaustauschs, die zunehmende Umstellung auf digitale Technologien, das explosive Wachstum des Internet und die Liberalisierung der Telekommunikation“<sup>66</sup> erwähnen.

Die neuen Informations- und Kommunikationstechnologien sind zu einem wesentlichen Wirtschaftsfaktor geworden. Die Entwicklung zur Informationsgesellschaft lässt sich durchaus mit den früheren epochalen Veränderungen von der Agrargesellschaft zur Industriegesellschaft und von der Industriegesellschaft zur Dienstleistungsgesellschaft vergleichen.<sup>67</sup> Verschiedene Wirtschaftsstatistiken belegen die wachsende wirtschaftliche Bedeutung der IKT:

Gemäss Erhebungen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) hat der IKT-Sektor<sup>68</sup> im Jahr 2002 in den Hochländern sowie in der Europäischen Union (EU) bereits je rund 8% zum gesamten Bruttoinlandsprodukt (BIP) beigetragen. Stellt man diese Zahlen in Relation zur Anzahl der Beschäftigten im IKT-Sektor, die gemäss EUROSTAT in Westeuropa (inklusive Norwegen und Schweiz) im Jahr 2003 bei 4% der Gesamtbeschäftigten lag, zeigt sich, dass der IKT-Sektor eine überdurchschnittliche Produktivität aufweist. Die Informations- und Kommunikationstechnologien sind deshalb nach wohl unbestrittener Auffassung ein „wichtiger Motor des wirtschaftlichen Wachstums“.<sup>70</sup>

Informationen und Wissen haben im Wirtschaftsprozess zwar seit jeher eine Rolle gespielt, stellen aber in der Informationsgesellschaft „den wichtigsten Input zur Produktion von Waren und Dienstleistungen dar“.<sup>71</sup> Diese Tatsache fand ihren Niederschlag in der Bezeichnung

der von Informations- und Kommunikationstechnologien dominierten Branchen als „information economy“<sup>72</sup>, „Internetökonomie“ oder „Digitale Ökonomie“.<sup>73</sup>

### b. Die Auswirkungen einer Lizenzverweigerung in der Internetökonomie

Wie nachfolgend gezeigt wird, ist im Sektor der Informations- und Kommunikationstechnologien die Gefahr besonders gross, dass eine *Lizenzverweigerung* durch den Rechtsinhaber eines Immaterialgüterrechts negative Auswirkungen auf das Innovationsverhalten und die Gesamtwohlfahrt hat.<sup>74</sup> Im Vergleich zu herkömmlichen Industrien weist der Wirtschaftszweig der 'Internetökonomie' nämlich besondere Eigenheiten auf:

Eine der wesentlichsten Eigenarten der Internetökonomie stellt das Auftreten von sogenannten Netzwerkeffekten ('network effects') dar. Als Netzwerkeffekte „bezeichnet man Phänomene, bei denen der Konsum eines Gutes nicht unabhängig von anderen Konsumenten erfolgt und bei denen der von einem Gegenstand gestiftete Nutzen davon abhängt, wie viele andere Nutzer diesen Gegenstand verwenden“.<sup>75</sup> Als Beispiel kann ein PC-Betriebssystem erwähnt werden. Mit steigender Attraktivität eines bestimmten PC-Betriebssystems steigt auch die Anzahl kompatibler Anwendungsprogramme (angebotsseitiger Netzwerkeffekt). Auf der Nachfrageseite ist bei der Entscheidung für ein PC-Betriebssystem die Anzahl verfügbarer, kompatibler Anwendungssoftware entscheidend (nachfrageseitige Netzwerkeffekte).<sup>76</sup> Dies führt insgesamt zu Selbstverstärkungseffekten je grösser die Verbreitung eines PC-Betriebssystems ist.<sup>77</sup> Die reine Masse ist deshalb in der Internetökonomie „eine eigene Wertquelle, während sie in herkömmlichen Industrien über sinkenden Grenznutzen tendenziell eher mit einer sinkenden Nachfrage einhergeht“.<sup>78</sup>

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen traditionellen Industrien und der Internetökonomie besteht in der Kostenstruktur, die in der

Internetökonomie durch starke, positive Skaleneffekte gekennzeichnet ist.<sup>79</sup> Bei den meisten IKT sind die fixen Entwicklungskosten relativ hoch, währendem die variablen, reinen Produktionskosten pro Stück sehr gering ausfallen.<sup>80</sup> Diese starken Skalenerträge bedingen und begünstigen grosse Unternehmen.

Im Weiteren ist die Neigung von Konsumenten gering, eine einmal getroffene Entscheidung für eine bestimmte Systemtechnologie zurückzunehmen (Lock-in-Effekte). Dies hängt im Wesentlichen mit den Wechselkosten zusammen, die ein Systemwechsel zur Folge hätte (zum Beispiel für die Ausbildung von Personal).<sup>81</sup>

Insgesamt führen die Netzwerk-, Skalen- und Lock-in-Effekte zu grossen Marktkonzentrationstendenzen. Ab einer gewissen Durchdringung kann der Markt sogar zugunsten eines einzigen Anbieters kippen. Die Tendenz zur Marktkonzentration wird jedoch abgeschwächt durch die hohe Innovationsrate und die geringe Kapitalintensität, welche es neuen Pionierunternehmen ermöglicht, die Marktstellung dominanter Firmen in Frage zu stellen.<sup>82</sup>

Ob ein dominantes Unternehmen seine Marktmacht langfristig sichern kann oder ob neue Pionierunternehmen mit innovativen Produkten nachrücken, hängt, bei einer Plattformtechnologie wie einem PC-Betriebssystem, wesentlich davon ab, ob Konkurrenzfirmen die Kompatibilität ihrer Produkte zur Plattformtechnologie des marktbeherrschenden Unternehmens herstellen können. Obwohl, wie gezeigt wurde, die Attraktivität einer Plattformtechnologie steigt, je mehr komplementäre Güter mit der Plattform kompatibel sind, haben dominante Unternehmen grundsätzlich keinen ökonomischen Anreiz, die Kompatibilität *fremder* Produkte zu fördern.<sup>83</sup> Die Ermöglichung von Kompatibilität durch das marktbeherrschende Unternehmen würde in der Regel die Markteintrittsschranken für Konkurrenten absenken und die Wettbewerbsintensität erhöhen, was sich negativ auf die Gewinnaussichten des dominanten Unternehmens auswirken würde. Marktbeherrschende Unternehmen versuchen deshalb normalerweise, die Markteintrittsbar-

rieren künstlich zu erhöhen: Eine Möglichkeit zur künstlichen Erhöhung von Markteintrittsschranken besteht in der Behinderung der Kompatibilität fremder Produkte. In concreto verweigert das dominante Unternehmen der Konkurrenz gestützt auf den Ausschliesslichkeitsanspruch des Immaterialgüterrechts die notwendigen Informationen zu seiner Plattformtechnologie.<sup>84</sup> Eine solche Geschäftsverweigerung in Bezug auf wesentliche Einrichtungen wie einer Plattformtechnologie oder einer Schnittstelle kann in dynamischen Märkten zu einem Erlahmen oder gar zu einem vollständigen Erliegen des Wettbewerbs führen.<sup>85</sup> Die Errichtung künstlicher Markteintrittsschranken etwa durch eine Lizenzverweigerung ist deshalb in der Internetökonomie besonders kritisch zu beurteilen.<sup>86</sup>

## **C. Die Rechtsprechung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG**

### **I. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG**

Nach Art. 82 EG ist ein Verhalten wettbewerbswidrig, falls drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:<sup>87</sup> Erstens die beherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben. Zweitens die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung sowie drittens die Eignung eines solchen Missbrauchs zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten.

Auf die drei Tatbestandselemente wird sogleich eingegangen, nachdem einführend die wichtige Vorfrage nach dem Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht aus kompetenzrechtlicher Sicht behandelt wurde.

### **II. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht aus kompetenzrechtlicher Sicht**

Nach Art. 295 EG liegt die Kompetenz zur Ausgestaltung der Eigentumsordnung bei den Mitgliedstaaten und nicht bei der Europäischen Gemeinschaft. Es sind damit die Mitgliedstaaten, welche in ihren nationalen Rechtsordnungen festlegen, ob ein bestimmtes Erzeugnis Immaterialgüterrechtsschutz genießt oder nicht und welche Befugnisse mit der Zuteilung eines Immaterialgüterrechts verbunden sind: Wie der EuGH in inzwischen gefestigter Rechtsprechung jeweils festhält, bestimmen sich „[...] die Voraussetzungen und Modalitäten des Schutzes eines Immaterialgüterrechts mangels einer Rechtsvereinheitlichung oder Rechtsangleichung innerhalb der Gemeinschaft nach nationalem Recht [...]“.<sup>88</sup>

Diese Kompetenzordnung hat zunächst zu einem Spannungsverhältnis zwischen den Immaterialgüterrechten und dem freien Warenverkehr

geführt. Nach dem einschlägigen Art. 28 EG sind mengenmässige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Massnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten grundsätzlich verboten. Je nach Ausgestaltung des nationalen Rechts kann ein Immaterialgüterrecht den freien Warenverkehr nach Art. 28 EG beschränken, indem ein Unternehmen beispielsweise versucht sein könnte, durch Berufung auf sein nationales Markenrecht Parallelimporte aus anderen Mitgliedstaaten zu unterbinden und dadurch den nationalen Markt abzuschotten.<sup>89</sup> Auf den ersten Blick spricht nicht nur die Kompetenzordnung gemäss Art. 295 EG, sondern auch Art. 30 EG für die Zulässigkeit einer solchen Marktabschottung. Nach Art. 30 Satz 1 EG sind nämlich nationale Ausnahmebestimmungen zu Art. 28 EG (und Art. 29 EG) unter anderem zum Schutz des „gewerblichen Eigentums“ gestattet. Der EuGH löste dieses Spannungsverhältnis zwischen dem freien Warenverkehr und der Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Eigentumsordnung durch die Unterscheidung zwischen dem Bestand und der Ausübung von Immaterialgüterrechten.<sup>90</sup> Die Rechtfertigung für die Dichotomie zwischen ‘Bestand’ und ‘Ausübung’ von Immaterialgüterrechten findet sich in Art. 30 Satz 2 EG. Gemäss Art. 30 Satz 2 EG sind nationale Ausnahmebestimmungen zu Art. 28 EG nicht durch Art. 30 EG gedeckt, sofern sie eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen. Daraus folgt, dass der EG-Vertrag „nicht von einer absoluten Anerkennung der mitgliedstaatlich vorgegebenen Schutzrechtsinhalte [von Immaterialgüterrechten] ausgeht“.<sup>91</sup> Die Immaterialgüterrechte werden in ihrem Umfang zwar durch nationales Recht vorgegeben, dieser Umfang muss aber mit den Zielen von Art. 28 EG (und Art. 29 EG) im Einklang stehen. Die Art. 295 und 30 EG erlauben deshalb nur Abweichungen vom freien Warenverkehr, die mit dem Bestand des Immaterialgüterrechts unmittelbar zusammenhängen. Etwas vereinfacht dargestellt ist es einem Markenrechtsinhaber etwa vorbehalten, darüber zu entscheiden, wann er ein markengeschütz-

tes Produkt erstmals in Verkehr setzen will. Dieser Entscheid gehört unmittelbar zum Bestand des Immaterialgüterrechts. Ist ein markengeschütztes Produkt dagegen einmal in Verkehr gesetzt worden, darf die weitere Ausübung des Markenrechts durch den Markenrechtsinhaber nicht zu einem Verstoss gegen den freien Warenverkehr führen. Aus diesem Grund verstösst es zum Beispiel gegen das Prinzip des freien Warenverkehrs, wenn ein Markenrechtsinhaber gegen Parallelimporte vorgeht, obwohl er das markengeschützte Produkt bereits auf dem Gemeinsamen Markt in den Verkehr gebracht hat (Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung von Markenrechten).<sup>92</sup>

Die soeben dargestellte Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten hat der EuGH später weiterentwickelt und den Begriff des Bestandes durch denjenigen des 'spezifischen Gegenstandes' eines Immaterialgüterrechts ersetzt.<sup>93</sup> Diese Rechtsentwicklung hat jedoch keinen grundlegenden Paradigmenwechsel mit sich gebracht. Nach heute geltender Rechtsprechung sind nationale Ausnahmen vom Prinzip des freien Warenverkehrs zulässig, soweit sie der Wahrung der Rechte dienen, die den 'spezifischen Gegenstand' des betreffenden Immaterialgüterrechts ausmachen. Wie der Begriff 'Bestand' will auch der Begriff 'spezifischer Gegenstand' eine Kompetenzabgrenzung zwischen den Mitgliedstaaten und der EG vornehmen und zum Ausdruck bringen, dass „für jedes Immaterialgüterrecht eine Reihe von Kernbefugnissen existieren, die ihrem Inhaber nach nationalem Recht zustehen und deren Ausübung nicht von den Vorschriften des EG-Vertrags berührt wird“.<sup>94</sup>

Die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung zum 'spezifischen Gegenstand' von Immaterialgüterrechten findet nicht nur im Bereich des freien Warenverkehrs Anwendung. Die Doktrin bildet auch die Grundlage zur Kompetenzabgrenzung zwischen den Mitgliedstaaten und der EG im Wettbewerbsrecht.<sup>95</sup> Die für die vorliegende Arbeit wesentliche Konsequenz der Doktrin besteht in der Tatsache, dass eine Lizenzverweigerung durch den Inhaber eines Immaterialgüterrechts

nur unter „aussergewöhnlichen Umständen“ wettbewerbswidrig sein kann.<sup>96</sup> Der EuGH hat bereits in seiner ersten Entscheid zu einer Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten festgehalten, dass das Ausschliesslichkeitsrecht gerade die 'Substanz' oder eben den 'spezifischen Gegenstand' eines Immaterialgüterrechts darstellt. Daraus folgt, so der EuGH, dass eine dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts „[...] auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz [an diesem Immaterialgüterrecht] zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen eine angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschliesslichen Rechts nehmen würde und dass die Weigerung, eine solche Lizenz zu erteilen, *als solche* keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann“.<sup>97</sup> Aus diesem kompetenzrechtlichen Grund kann eine Lizenzverweigerung deshalb nach Ansicht des EuGH nur unter „aussergewöhnlichen Umständen“ ein wettbewerbswidriges Verhalten darstellen. Die vom EuGH vorgenommene Kompetenzabgrenzung stösst in der Lehre teilweise auf Unverständnis. So macht zum Beispiel MONTAG geltend, die Argumentation des EuGH leide an konzeptioneller Inkonsequenz: „Wenn es denn richtig ist, dass die Befugnis des Inhabers eines Immaterialgüterrechts, Dritte an der Verwertung ohne seine Zustimmung zu hindern, 'gerade die Substanz seines ausschliesslichen Rechts darstellt' und dass diese Substanz oder der Bestand des Rechtes vom Gemeinschaftsrecht nicht berührt werden darf, so fragt man sich, wie die Verpflichtung zur Erteilung einer Zwanglizenz nach Art. 86 [heute Art. 82] gerechtfertigt sein kann, die dem Inhaber doch gerade die Substanz nimmt [...]. Der Umstand, dass Art. 86 [heute Art. 82] nur 'unter aussergewöhnlichen Umständen' eingreift, mag zwar im Einzelfall zu praktisch richtigen Ergebnissen führen, [...] überzeugt jedoch konzeptionell nicht“.<sup>98</sup> Der Meinung von MONTAG lässt sich einiges abgewinnen. Tatsache ist aber, dass die Kompetenzabgrenzung, auch wenn sie fragwürdig erscheint, inzwischen zur gefestigten Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Wettbewerbsrechts gehört. Es ist im Übrigen nicht anzu-

nehmen, dass der EuGH seine Rechtsprechung noch einmal hinterfragen wird. Aus diesen Gründen wird die Rechtsprechung des EuGH zu den Kompetenzen der EG im Wettbewerbsrecht in dieser Arbeit als gegeben hingenommen und nicht weiter kommentiert.

Unter welchen Voraussetzungen „aussergewöhnliche Umstände“ vorliegen, die ein Eingreifen des Wettbewerbsrechts de facto in den Bestand von Immaterialgüterrechten erlauben, ist eine heftig umstrittene Frage, auf die nachfolgend detailliert eingegangen wird.<sup>99</sup>

### III. Die marktbeherrschende Stellung

Eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten setzt voraus, dass der Inhaber eines Immaterialgüterrechts über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Der EuGH definiert eine marktbeherrschende Stellung in ständiger Rechtsprechung als „[...] die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schliesslich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.<sup>100</sup> Diese Standardformel zur marktbeherrschenden Stellung findet uneingeschränkt auf die Wettbewerbsfälle zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten Anwendung.<sup>101</sup> Nach ständiger Praxis beurteilt sich die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nach zwei Faktoren: Erstens dem Marktanteil auf dem relevanten Markt und zweitens weiteren Faktoren, wie zum Beispiel der relativen Stärke von Mitbewerbern oder dem Vorliegen von Markteintrittsschranken, welche ein Indiz für Marktmacht darstellen können.<sup>102</sup> Liegt der Marktanteil eines Unternehmens bei 50% wird die marktbeherrschende Stellung vermutet.<sup>103</sup> Bei einem Marktanteil von 80% müssen keine weiteren Faktoren mehr geprüft werden.

Obwohl bei Wettbewerbsfällen zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung

den üblichen Regeln folgt, sind zwei Punkte hervorzuheben, um allfälligen Missverständnissen vorzubeugen:

Erstens ist darauf hinzuweisen, dass nach Meinung des EuGH „die Eigenschaft als Inhaber eines Immaterialgüterrechts allein keine beherrschende Stellung begründen kann“.<sup>104</sup> Dieser Auffassung ist vorbehaltlos zuzustimmen.<sup>105</sup> Wie bereits erwähnt wurde, gewähren Immaterialgüterrechte ein Ausschliesslichkeitsrecht, das als *rechtliches* Monopol bezeichnet werden kann.<sup>106</sup> Ob ein *rechtliches* Monopol aber gleichzeitig auch ein *wirtschaftliches* Monopol respektive eine marktbeherrschende Stellung begründet, hängt einzig und allein davon ab, welche Substitute auf dem relevanten Markt vorhanden sind. Mit anderen Worten monopolisieren Immaterialgüterrechte „[...] nicht den Markt, sondern nur das geschützte Recht“.<sup>107</sup>

Zweitens ist festzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung nur auf dem sachlich relevanten Markt gegeben sein muss, dessen Güter oder Dienstleistungen durch ein Immaterialgüterrecht geschützt sind. Nach umstrittener Ansicht setzt eine Zwangslizenzierung die Existenz eines zusätzlichen, abgeleiteten Marktes voraus.<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang ist bereits hier klarzustellen, dass das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung auf dem abgeleiteten Markt irrelevant und deshalb nicht zu prüfen ist.<sup>109</sup>

Das vorstehend dargestellte Marktmachtkonzept kann nur in Relation zu einem bestimmten Markt erfolgen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt in sachlicher und räumlicher Hinsicht:<sup>110</sup>

#### 1. Sachlich relevanter Markt

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist nach dem Kriterium der funktionellen Austauschbarkeit zu verfahren, wie es vom EuGH unter anderem im Urteil *Continental Can* dargelegt wurde: Demnach lassen sich die Wettbewerbsmöglichkeiten „nur nach Massgabe derjenigen Merkmale der fraglichen Erzeugnisse beurteilen, die sich zur Befriedigung eines gleich bleibenden Bedarfs besonders geeignet

und mit anderen Erzeugnissen nur in geringerem Masse austauschbar erscheinen lassen".<sup>111</sup> Diese etwas opake Formulierung besagt, dass alle Erzeugnisse, die sich substituieren lassen, demselben sachlichen Markt zuzurechnen sind. Das entscheidende Kriterium der funktionellen Austauschbarkeit respektive der Substituierbarkeit findet auch auf die Wettbewerbsfälle der Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten Anwendung.<sup>112</sup> Auf eine Besonderheit ist jedoch hinzuweisen: Wie noch zu zeigen sein wird, kommt eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nur in Frage, falls das betreffende Immaterialgüterrecht für den potentiellen Nachfrager zur Herstellung eines eigenen Erzeugnisses „unentbehrlich“ ist.<sup>113</sup> Die Unentbehrlichkeit setzt voraus, dass der potentielle Nachfolger über keine valablen Alternativmöglichkeiten verfügt und kann in Bezug auf die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes zu einer engen Marktdefinition führen.<sup>114</sup> Wie insbesondere der Fall *Volvo* zeigt, kann der relevante Markt sogar mit dem immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnis identisch sein, also mit diesem zusammenfallen. Diese Tatsache steht jedoch nicht in Widerspruch zur vorstehend gemachten Aussage, wonach ein Immaterialgüterrecht per se keine marktbeherrschende Stellung verleiht. Die Unentbehrlichkeit des nachgefragten Immaterialgüterrechts kann vielmehr eine sehr geringe oder eben gar keine Substituierbarkeit des Schutzrechtsgegenstandes zur Folge haben, was zu einer marktbeherrschenden Stellung führt. Dies ist nicht mit der Tatsache zu verwechseln, dass das Immaterialgüterrecht per se keine marktbeherrschende Stellung verleiht.

## 2. Räumlich relevanter Markt

In räumlicher Hinsicht bestimmt sich der relevante Markt für Immaterialgüterrechte nach den einschlägigen Bestimmungen für andere Güter und Dienstleistungen. Der EuGH definiert den räumlich relevanten Markt als ein Gebiet, „in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten

durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet".<sup>115</sup> Gemäss Rechtsprechung des EuGH muss die marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes gegeben sein. In der Regel erfüllt jedoch bereits das Territorium eines Mitgliedstaates diese Voraussetzung.<sup>116</sup>

## IV. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Ein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinne von Art. 82 EG ist nur dann gegeben, wenn es geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.<sup>117</sup> Diese sogenannte Zwischenstaatlichkeitsklausel war im Zwangslizenzierungsfall *Magill*<sup>118</sup> umstritten, wurde aber vom EuGH mit überzeugenden Argumenten als erfüllt angesehen.<sup>119</sup>

## V. Das missbräuchliche Verhalten im Allgemeinen

Eine marktbeherrschende Stellung per se ist wettbewerbsrechtlich auch in Zwangslizenzierungsfällen nicht zu beanstanden.<sup>120</sup> Verpönt ist dagegen jede missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung:

Der Begriff der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in Art. 82 EG steht in engem Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 Bst. g EG, der den freien, unverfälschten Wettbewerb als übergeordnetes Vertragsziel stipuliert. Legt man Art. 82 EG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 Bst. g EG aus, so ist es marktbeherrschenden Unternehmen erlaubt, alle Handlungen vorzunehmen, die auf Leistungswettbewerb beruhen. Als missbräuchlich ist dagegen ein Verhalten zu taxieren, das zu leistungsfremden Mitteln greift und sich negativ auf die bereits geschwächte Wettbewerbsstruktur auswirkt: „Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung ist [...] ein objektiver Begriff. Er erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt

noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen".<sup>121</sup> Die hier im Urteil *Hofmann-La Roche* angesprochene Beeinflussung einer bereits geschwächten Wettbewerbsstruktur kann auf zwei Arten erfolgen: Erstens durch eine Konsolidierung oder Verstärkung der beherrschenden Stellung auf dem relevanten Markt und zweitens durch die Ausdehnung der Marktmacht auf einen benachbarten, bisher nicht beherrschten Markt.<sup>122</sup> In beiden Fällen muss die negative Beeinflussung der Marktstruktur jedoch durch leistungsfremde Mittel erfolgen, um als wettbewerbswidrig zu gelten.<sup>123</sup> Art. 82 EG gestattet es einem Marktbeherrscher deshalb, seine wirtschaftliche Machtposition zu verteidigen oder sogar auszubauen, sofern er die Regeln des Leistungswettbewerbs einhält.<sup>124</sup>

Entscheidend ist nach dem Gesagten letztlich die Unterscheidung zwischen Handlungen, die auf Leistungswettbewerb beruhen und Handlungen, die auf leistungsfremde Mittel zurückgreifen. In Art. 82 Bst. a bis d EG sind in *nicht* abschliessender Weise gewisse Missbrauchstatbestände aufgezählt, die dem Leistungswettbewerb widersprechen, sofern sie sich negativ auf die Marktstruktur auswirken. Darüber hinaus können jedoch weitere Verhaltensweisen wettbewerbswidrig im Sinne der Generalklausel von Art. 82 EG sein.<sup>125</sup> Ob eine bestimmte Verhaltensweise auf Leistungswettbewerb beruht oder nicht, ist äusserst schwierig zu beurteilen. Die Schwierigkeit hängt damit zusammen, dass „der Marktbeherrscher [...] eine besondere Verantwortung dafür [trägt], dass er durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht zusätzlich beeinträchtigt".<sup>126</sup> Diese besondere Verantwortung führt dazu, dass marktbeherrschenden Unternehmen unter Umständen „sogar das Recht zu bestimmten Verhaltensweisen abzusprechen [ist], die für sich genommen nicht leistungsfremd sind und daher nicht zu beanstanden wären, wenn sie ein 'normales' Unternehmen an den

Tag gelegt hätte".<sup>127</sup>

Der Begriff der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach dem Gesagten zweifellos unscharf und erfordert eine Gesamtabwägung aller Umstände im Einzelfall.

## VI. Die Entscheidpraxis von *Volvo* bis *Bronner*

### 1. Der Fall *Volvo*

Der erste Fall, der eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten zum Gegenstand hatte, basierte auf folgendem Sachverhalt: Die bekannte Automobilherstellerin Volvo besass das Geschmacksmuster (vulgo: Designrecht) für die Vorderkotflügel der Volvo-Serie 200. Die Firma Veng führte identische Vorderkotflügel, die ohne Genehmigung von Volvo hergestellt wurden, aus Italien in das Vereinigte Königreich ein und verkaufte sie dort. Der High Court of Justice in London legte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Weigerung von Volvo, der Firma Veng eine Lizenz am Designrecht zwecks Herstellung und Import der Karosserieteile einzuräumen, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle.

Der EuGH führte in seinem Urteil namentlich aus, dass eine dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts „[...] auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz [an diesem Immaterialgüterrecht] zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen eine angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschliesslichen Rechts nehmen würde und dass die Weigerung, eine solche Lizenz zu erteilen, als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann".<sup>128</sup> Der EuGH wies aber sogleich darauf hin, dass „die Ausübung des ausschliesslichen Rechts [also mitunter eine Lizenzverweigerung] gemäss Artikel 86 [heute Artikel 82] verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt [...]".<sup>129</sup> Im vorgelegten Fall konnte der EuGH allerdings keine solchen missbräuchlichen

Verhaltensweisen erkennen.

Die Rechtssache *Volvo* machte klar, dass eine Lizenzverweigerung *grundsätzlich* kein wettbewerbswidriges Verhalten darstellt, sondern zum normalen Leistungswettbewerb gehört: Auch marktbeherrschende Unternehmen sind *in der Regel* nicht verpflichtet, allfälligen Konkurrenten unter die Arme zu greifen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt: Unter spezifischen Umständen, die der EuGH erst im Urteil *Magill* präziserte, sind marktbeherrschende Unternehmen zur Lizenzerteilung an Konkurrenten verpflichtet.

Das Urteil *Volvo* darf als bahnbrechend bezeichnet werden: Bis zum Urteil *Volvo* war unbestritten, dass eine Lizenzverweigerung *unter allen Umständen* zum 'spezifischen Gegenstand' eines Immaterialgüterrechts gehört, in den das EG-Wettbewerbsrecht aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht eingreifen darf.<sup>130</sup>

## 2. Der Fall *Magill*

Die Rechtssache *Magill* kann als Leitentscheid zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten bezeichnet werden:

Die Firma *Magill* wollte in Irland und in Nordirland eine umfassende Fernsehwochenzeitschrift herausgeben, in der alle relevanten Fernsehprogramme abgedruckt sein sollten. Zwei britische (BBC und ITV) sowie ein irischer (RTE) Fernsehsender weigerten sich, der Firma *Magill* die für die Publikation notwendigen Informationen über Sendekanal, Tag, Uhrzeit und Titel der Sendungen herauszugeben. Die betreffenden Informationen genossen nach britischem und irischem Recht Immaterialgüterrechtsschutz. Eine wöchentliche Fernsehzeitschrift, wie die von der Firma *Magill* geplante, existierte zum Urteilszeitpunkt in Irland und Nordirland nicht. Die drei fraglichen Fernsehsender veröffentlichten Programmanschauen nur für ihre eigenen Sendungen und nur für den jeweiligen Folgetag.<sup>131</sup>

In seinem Urteil kam der EuGH zum Schluss, dass die Weigerung der drei Fernsehanstalten, die Firma *Magill* mit den immaterialgüter-

rechtlich geschützten Programminformationen zu beliefern, gegen Art. 82 EG versties:

Der EuGH führte in Bezug auf die beherrschende Stellung der drei Fernsehanstalten aus, dass die „Grundinformationen über den Sendekanal, den Tag, die Uhrzeit und den Titel der Sendungen [...] die notwendige Folge der Programmplanung der Fernsehanstalten [sind]“.<sup>132</sup> Deshalb verfügten die drei Fernsehanstalten „zwangsläufig [...] über ein faktisches Monopol an den Informationen“<sup>133</sup>, womit die beherrschende Stellung auf dem Markt der Programmanschauen gegeben war.

Bei der Prüfung des missbräuchlichen Verhaltens verwies der EuGH zunächst auf die einschlägigen Erwägungen im Urteil *Volvo*, wonach eine Verweigerung einer Lizenz als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann.<sup>134</sup> Im Unterschied zur Rechtssache *Volvo* bejahte der EuGH aber in casu das Vorliegen von „aussergewöhnlichen Umständen“ und sah deshalb einen Verstoss gegen Art. 82 EG als gegeben an. Der EuGH begründete das Vorliegen von „aussergewöhnlichen Umständen“ wie folgt:

- Die Grundinformationen über die Programmplanung ist das „unentbehrliche Ausgangsmaterial für die Herstellung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers“.<sup>135</sup>
- Die Nichtlizenzierung hat ein „neues Erzeugnis [...], nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhindert, was einen Missbrauch“<sup>136</sup> gemäss Artikel 82 Bst. b EG darstellt.
- Die Nichtlizenzierung kann nicht durch objektive Rechtfertigungsgründe legitimiert werden.<sup>137</sup>
- Schliesslich führt das Verhalten der Fernsehanstalten dazu, dass sich diese den von den Programmanschauen abgeleiteten Markt der Fernsehwochenzeitschriften vorbehalten, indem sie durch ihre Lizenzverweigerung jeden Wettbewerb auf diesem Markt schliessen.<sup>138</sup>

„Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände“<sup>139</sup> war in casu ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG gegeben.

Das Urteil *Magill* wurde in der Literatur sehr kontrovers aufgenommen. Heftig diskutiert wurde namentlich die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen, vorstehend erwähnten Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung. In der Literatur haben sich zwei unterschiedliche Interpretationslinien des Urteils herausgebildet:

Nach einem Teil der Lehre liegt in der Rechtssache *Magill* ein doppelter Missbrauch vor. Erstens sei ein Missbrauch dadurch gegeben, dass der Firma *Magill* der Zugriff auf das Immaterialgüterrecht zur Herstellung eines neuen Produkts verweigert wurde, was per se bereits missbräuchlich sei. Zweitens hätten sich die Fernsehanstalten einen abgeleiteten Markt vorbehalten respektive ihre Marktmacht vom vorgelegerten Markt der Programmanschauen auf den nachgelagerten Markt der Fernsehzeitschriften ausgedehnt, was ebenfalls einen Missbrauch darstelle, wie der EuGH namentlich im Urteil *Commercial Solvents*<sup>140</sup> festgehalten habe, auf das der EuGH im Urteil *Magill* explizit verweise.<sup>141</sup> Nach der ersten Lesart sind die im Urteil *Magill* festgelegten Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten alternativer Natur. Nach abweichender Lehrmeinung müssen die vorerwähnten Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung kumulativ erfüllt sein, damit ein Marktmachtmissbrauch vorliegt.<sup>142</sup>

Die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung blieb bis zum Urteil des EuGH in der Rechtssache *IMS Health* im Jahre 2004 ungeklärt.

### 3. Der Fall *Bronner*

Auf die Rechtssache *Bronner* wird in dieser Arbeit nur kurz eingegangen. Der Entscheid hatte auf die Rechtsentwicklung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten insoweit Einfluss, als er präzisierte, unter welchen Bedingungen eine Einrichtung respektive ein Immateri-

algüterrecht als „unentbehrlich“ zu qualifizieren ist:

Der EuGH führte in seinem Urteil aus, dass eine Einrichtung (respektive ein Immaterialgüterrecht) nur dann als „unentbehrlich“ qualifiziert werden kann, falls „kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz“<sup>143</sup> besteht: Ein tatsächlich vorhandener Ersatz muss nicht in allen Punkten gleichwertig sein. Der Nachfrager muss sich unter Umständen mit „weniger günstigen“<sup>144</sup> Alternativen begnügen. Ist kein tatsächlicher Ersatz vorhanden, besteht grundsätzlich die Pflicht, das nachgesuchte Erzeugnis auf eigene Rechnung zu schaffen. Von der Unverzichtbarkeit eines Erzeugnisses ist erst dann auszugehen, wenn es derart „unrentabel“<sup>145</sup> wäre die Einrichtung selber zu schaffen, dass selbst ein „wagemutiger Unternehmer“<sup>146</sup> davon zurückschrecken würde.

### VII. Der Fall *IMS Health*

*IMS Health* erstellt für Pharmaunternehmen Marktberichte über den regionalen Absatz von Arzneimitteln und Gesundheitserzeugnissen. Die Marktberichte beruhen auf einer immaterialgüterrechtlich geschützten ‚Bausteinstruktur‘, die Deutschland in verschiedene, an die Postleitzahlengebiete angelehnte, Zonen unterteilt. Die Bausteinstruktur hat *IMS Health* gemeinsam mit ihren Kunden nach deren Bedürfnissen geschaffen. Sie entwickelte sich zu einem de facto-Standard, an den die Kunden von *IMS Health* ihre EDV- und Vertriebsstrukturen anpassen. Andere Anbieter von Marktberichten, die auf einer anderen Bausteinstruktur basieren, konnten aus diesem Grund faktisch keine Abnehmer finden. Die Firma *NDC*, welche ebenfalls Marktberichte im Medizinalbereich anbieten wollte, ersuchte *IMS Health* deshalb um eine Lizenz an der Bausteinstruktur. Das Ersuchen wurde von *IMS Health* abgelehnt.<sup>147</sup>

Der EuGH bejahte eine Pflicht der Firma *IMS Health* zur Lizenzerteilung unter folgenden kumulativen Voraussetzungen:

- Die Bausteinstruktur muss für die Marktberichte der Firma *NDC*

unentbehrlich sein.<sup>148</sup>

- Die Lizenzverweigerung muss „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern, nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht,
- sie darf nicht objektiv gerechtfertigt sein, und
- sie muss geeignet sein, jeden Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschliessen“.<sup>149</sup>

Durch die explizite Erwähnung der Kumulativität der Voraussetzungen hat der EuGH den Diskussionen im Nachgang zum Urteil Magill ein Ende gesetzt.<sup>150</sup> Das war eine erfreuliche und längst notwendige Klarstellung.

Die Kernaussagen des Urteils IMS Health liegen aber nach Ansicht des Verfassers in der Definition des vorgelagerten und des nachgelagerten (abgeleiteten) Marktes: Unter Bezugnahme auf die Argumentation in den Schlussanträgen von Generalanwalt Tizzano kam der EuGH zum Schluss, dass es genügt, wenn „ein potenzieller oder auch nur hypothetischer Markt bestimmt werden kann“.<sup>151</sup> Nach Ansicht des EuGH ist es entscheidend, „dass zwei verschiedene Produktionsstufen unterschieden werden können, die dadurch miteinander verbunden sind, dass das vorgelagerte Erzeugnis ein für die Lieferung des nachgelagerten Erzeugnisses unerlässliches Element ist“.<sup>152</sup> Gestützt auf diese Überlegungen kam der EuGH zum Schluss, dass es sich bei der urheberrechtlich geschützten Bausteinstruktur um den vorgelagerten und bei den darauf aufbauenden Marktberichten um den abgeleiteten Markt handelt.<sup>153</sup>

Die Marktdefinition im Urteil IMS Health stiess in der Literatur zum Teil auf heftigste Kritik. So meint etwa SCHMIDT mit Verweis auf weitere Autoren, dass mit diesem Urteil „die Interessen des Immaterialgüter-schutzes vollständig zum Erliegen kommen“.<sup>154</sup> Im Resultat eröffne der Entscheid den Zugang zum schutzrechtlich gesicherten Markt und führe so zu einem reinen Imitationswettbewerb.<sup>155</sup> Auf diese Kritik ist später

noch näher einzugehen. An dieser Stelle sei aber bereits festgehalten, dass die Marktdefinition des EuGH in der Tat fragwürdig ist: Wie SCHMIDT zutreffend festhält, sind nämlich die Marktberichte ohne die dazugehörige Bausteinstruktur völlig wertlos und eine Vermarktung der Berichte nur zusammen mit der Bausteinstruktur möglich.<sup>156</sup> Unter diesen Voraussetzungen von zwei getrennten Märkten auszugehen, ist zumindest gewagt.

### VIII. Der Fall *Microsoft*<sup>157</sup>

Am 24. März 2004, rund einen Monat vor dem Urteil IMS Health des EuGH, fällte die Kommission nach fünfjähriger Vorbereitungszeit eine spektakuläre Entscheidung: Die Kommission verpflichtete das Softwareunternehmen Microsoft, die Schnittstellenspezifikationen verschiedener Softwareprodukte offen zu legen, damit Working Group Server (‘WGS’)-Betriebssysteme von Konkurrenzfirmen uneingeschränkt mit Client-PCs und Arbeitsgruppenservern kommunizieren können, die mit Windows-Produkten von Microsoft ausgerüstet sind.<sup>158</sup> Mit anderen Worten wurde Microsoft verpflichtet, ihr Know-how an Konkurrenten weiterzugeben, damit diese die Kompatibilität ihrer WGS-Betriebssysteme mit der Technologie von Microsoft gewährleisten können. Die Gewährleistung der Kompatibilität war aus Sicht der Kommission notwendig, da kaum ein Nutzer ein WGS-Betriebssystem kaufen würde, das nicht in der Lage ist, mit den omnipräsenten Windows-Produkten von Microsoft zu kommunizieren. Zur Vervollständigung des Sachverhalts bleibt zu erwähnen, dass Microsoft in früheren Jahren die fraglichen Schnittstellenspezifikationen an ihre Konkurrenten weitergegeben hatte. Erst mit Einführung des Windows 2000 Servers stellte Microsoft die Preisgabe der geschützten Schnittstelleninformationen an andere Anbieter von WGS-Betriebssystemen ein.

Wie die Kommission in ihrem Entscheid ausführte, verfügt die Firma Microsoft sowohl auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme wie auch auf dem Markt für Client PC-Betriebssystemen über eine marktbeherr-

schende Stellung.<sup>159</sup> Nach Auffassung der Kommission trug gerade die Weigerung von Microsoft, Konkurrenzfirmen weiterhin mit Schnittstelleninformationen zu beliefern, zur Marktmacht von Microsoft auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme bei.<sup>160</sup> Die Kommission sah das missbräuchliche Verhalten von Microsoft darin, dass diese ihre beherrschende Stellung im Markt für Client PC-Betriebssystemen auf den benachbarten Markt für WGS-Betriebssysteme ausgedehnt hatte.<sup>161</sup>

Die Kommission sah in der Entscheidung Microsoft folgende kumulativ erforderlichen Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung als erfüllt an:

- Unerlässlichkeit der fortwährenden Lizenzgewährung an bestehende Wettbewerber, um weiter auf einem bestimmten Markt (in casu: Markt für WGS-Betriebssysteme) tätig sein zu können;<sup>162</sup>
- Risiko der Ausschaltung jeglichen wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme bei Nichtgewährung der Lizenz;<sup>163</sup>
- Zukünftige negative Auswirkungen auf die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher bei Nichtgewährung der Lizenz;<sup>164</sup>
- Keine objektiven Rechtfertigungsgründe.<sup>165</sup>

Die Tatbestandsvoraussetzungen in der Entscheidung Microsoft unterscheiden sich von den Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung in den vordiskutierten Urteilen Volvo, Magill und IMS Health in drei Punkten:

- Erstens wurde Microsoft von der Kommission verpflichtet, bestehende Konkurrenten zu beliefern. Das ist insbesondere gegenüber dem Urteil Magill, aber auch gegenüber dem späteren Urteil IMS Health ein wesentlicher Unterschied: In den zwei letztgenannten Fällen sollte die Zwangslizenzierung den Markteintritt eines neuen Konkurrenten auf einem abgeleiteten Markt

sicherstellen. Im Gegensatz dazu bestand in der Entscheidung Microsoft auf den relevanten Märkten für Betriebssysteme ein (geschwächter) Wettbewerb.<sup>166</sup> Im Weiteren ging die Kommission in der Entscheidung Microsoft nicht von einem vorgelagerten und einem abgeleiteten (nachgelagerten) Markt aus. Wie bereits erwähnt wurde, lag das missbräuchliche Verhalten in der Ausdehnung der beherrschenden Stellung im Markt für Client PC-Betriebssystemen auf den benachbarten, aber nicht abgeleiteten Markt für WGS-Betriebssysteme.

- Zweitens erwähnte die Kommission das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses nicht explizit. Möglicherweise geht dieses Erfordernis jedoch in den Erwägungen der Kommission zu den zukünftigen negativen Auswirkungen auf die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher auf.<sup>167</sup>
- Drittens prüfte die Kommission unter dem Titel der objektiven Rechtfertigungsgründe den Einwand von Microsoft, wonach sich eine Zwangslizenzierung negativ auf die Innovationsanreize auswirken würde.<sup>168</sup> Die Kommission folgte diesem Argument jedoch nicht. Nach Ansicht der Kommission wirkt sich die Zwangslizenzierung positiv auf die gesamte Branche aus, indem Konkurrenten befähigt werden, die Eigenschaften ihrer Produkte zu verbessern.<sup>169</sup> Sogar auf die Innovationstätigkeit von Microsoft soll die Zwangslizenzierung nach Auffassung der Kommission positive Auswirkungen haben: Ohne Konkurrenz auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme würden die Innovationsanstrengungen von Microsoft abnehmen.<sup>170</sup>

Die Kommission wies ausdrücklich darauf hin, dass die vorerwähnten Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung keine abschliessende 'Checkliste' darstellt und andere Konstellationen auch das Heranziehen anderer, in der Entscheidung Microsoft nicht erwähnter Voraussetzungen rechtfertigen können.<sup>171</sup> Trotz der Betonung des Einzelfallcha-

racters hat sich die Lehre bemüht, die Entscheidung Microsoft in den Kontext der Rechtsprechung des EuGH zum Wettbewerbsrecht im Allgemeinen und zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten im Besonderen zu stellen:

- LEUPOLD/PAUTKE unterscheiden gestützt auf die Entscheidung Microsoft zwei Marktsituationen voneinander: Erstens die Marktsituation „Verhinderung neuen Wettbewerbs“ und zweitens die Marktsituation „Ausschaltung bestehenden Wettbewerbs“.<sup>172</sup> In der Marktsituation „Verhinderung neuen Wettbewerbs“, zu der LEUPOLD/PAUTKE namentlich den Fall IMS Health zählen, „führt ein durch eine Lizenzverweigerung veränderter Marktzutritt nur bei gleichzeitiger Verhinderung des Auftretens eines neuen Produkts zu einer für den Verbraucher negativen Entwicklung des Marktes und zu einem Überwiegen des Interesses am Schutz des Wettbewerbs gegenüber dem Immaterialgüterrechtsschutz“.<sup>173</sup> Hier sind gemäss LEUPOLD/PAUTKE strenge Voraussetzungen für die Einräumung einer Zwanglizenz geboten, um einen unerwünschten Imitationswettbewerb zu verhindern: Das Erfordernis des neuen Erzeugnisses verhindert „die Gefahr einer Lizenznutzung zu Zwecken rein imitierenden Wettbewerbs“.<sup>174</sup> Weniger streng sind nach LEUPOLD/PAUTKE die Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung bei der Marktsituation „Ausschaltung bestehenden Wettbewerbs“ zu setzen, wie sie namentlich in der Entscheidung Microsoft gegeben war. Hier führt nach Auffassung der beiden Autoren bereits die Verdrängung des bestehenden Wettbewerbs zu einer negativen zukünftigen Entwicklung, da „der Innovationsdruck auf den verbleibenden Inhaber des geschützten Immaterialgüterrechts abnimmt, was regelmässig eine Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher nach sich zieht“.<sup>175</sup> Dementsprechend ist das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses bei dieser Marktsituation nach LEUPOLD/PAUTKE entbehrlich.<sup>176</sup>

- ANDERMAN hebt in seiner Analyse der Entscheidung Microsoft die Tatsache hervor, dass Microsoft erst mit Einführung des Windows 2000 Servers die Preisgabe der geschützten Schnittstellennformationen an andere Anbieter von WGS-Betriebssystemen einstellte. Für ANDERMAN liegt der Kern der Entscheidung im Abbruch einer bestehenden Geschäftsbeziehung. ANDERMAN zieht eine Parallele zum Urteil Commercial Solvents, in dem der EuGH festhielt, dass ein Unternehmen, das sich von einem Primärmarkt<sup>177</sup> auf einen 'downstream market' begibt, verpflichtet ist, seine bisherigen Kunden und neuen Mitbewerber weiterhin zu beliefern.<sup>178</sup>

Auf einzelne der im Schrifttum vorgebrachten Analysen zur Entscheidung Microsoft wird bei der nachfolgenden rechtlichen und ökonomischen Beurteilung der Rechtssprechung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG eingegangen.

Die Einordnung der Entscheidung Microsoft in die Rechtsprechung des EuGH zum Wettbewerbsrecht fällt aber insgesamt zweifellos nicht leicht. Es bleiben einige Fragen offen, auf die weder die Entscheidung der Kommission noch die Literatur eine gesicherte Antwort geben können:

- Es ist unklar, ob in der Entscheidung Microsoft das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses überhaupt aufgegeben wurde oder ob dieses Erfordernis in den Erwägungen der Kommission zu den zukünftigen negativen Auswirkungen auf die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher implizit mitgehalten ist.
- Es scheint ebenfalls unklar, in welchem Verhältnis in Zwangslizenzierungsfällen die zwei Märkte zueinander stehen müssen: Muss es sich beim Sekundärmarkt im Verhältnis zum Primärmarkt um einen abgeleiteten (nachgelagerten) oder bloss um einen benachbarten Markt handeln? Dieser Punkt sollte jedoch nicht

überbewertet werden: Selbst in der Rechtsprechung des EuGH werden die Termini 'benachbarter' Markt und 'nachgelagerter' respektive 'abgeleiteter' Markt uneinheitlich verwendet.<sup>179</sup>

## **D. Rechtliche und ökonomische Beurteilung der Rechtsprechung zur Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG**

### **I. Grundsätzliche Analyse**

Die Rechtsprechung des EuGH und der Kommission verpflichtet den Inhaber eines Immaterialgüterrechts nur unter qualifizierten Voraussetzungen, einem Dritten eine Lizenz an seinem Immaterialgüterrecht einzuräumen. Diese Zurückhaltung stimmt mit der ökonomischen Lehre überein, die eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten generell skeptisch beurteilt. Im Weiteren wurde festgestellt, dass die Rechtsprechung stark durch die jeweiligen Einzelfälle geprägt ist. Darin könnte man, zumindest auf den ersten Blick, eine Parallelität zu der von der ökonomischen Literatur geforderten 'case-by-case'-Analyse bei Zwangslizenzierungsfällen sehen.

Zwischen der Rechtsprechung und der ökonomischen Lehre liegt somit im Ergebnis eine Entsprechung grundlegender Positionen vor. Interessant ist aber die Feststellung, dass die Entsprechung auf unterschiedlichen Ursachen beruht:

Ein zentraler Grund für die Zurückhaltung der Rechtsprechung bei der Gewährung von Zwangslizenzen liegt in der Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der EG. Aus *kompetenzrechtlichen* Gründen kann eine Lizenzverweigerung als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen. Ganz anders ist dagegen die Zurückhaltung der Ökonomen zu erklären: In der Lehre zur Innovationsökonomie ist umstritten, welche *Marktstruktur* letztlich überhaupt zu den besten Innovationsergebnissen führt.

Auch der vorerwähnte Einzelfallansatz basiert auf unterschiedlichen Motiven: Die ökonomische Lehre fordert eine 'case-by-case'-Analyse der Auswirkungen einer allfälligen Zwangslizenzierung auf die Innovationsergebnisse und die Wohlfahrt. Die Rechtsprechungsorgane verfolgen dagegen nach Ansicht des Verfassers deshalb einen Einzel-

fallansatz, weil sie bisher erst wenige Fälle zu beurteilen hatten und eine Festlegung von abschliessenden Kriterien in solchen Situationen gefährlich wäre. Einzig im Fall Microsoft hat die Kommission, wie von der ökonomischen Lehre propagiert, einen 'Innovationstest' durchgeführt, auf den noch näher einzugehen ist.

## II. Beurteilung der Kernfragen zur Zwangslizenzierung

### 1. Die Notwendigkeit von zwei Märkten

Bisher lagen in allen Zwangslizenzierungsfällen zwei Märkte vor.<sup>180</sup> Im Rahmen der Voraussetzung „aussergewöhnlicher Umstände“ prüften die Rechtsprechungsinstanzen jeweils, ob die Nichtlizenzierung geeignet ist, den Wettbewerb auf einem Sekundärmarkt auszuschliessen. Nachfolgend wird untersucht, ob das Erfordernis von zwei Märkten tatsächlich überzeugt:

Ein vehementer Vertreter der Voraussetzung zweier Märkte ist TEMPLE LANG. Er begründet die Notwendigkeit von zwei Märkten im Wesentlichen wie folgt: Zunächst verweist TEMPLE LANG auf zwei unbestrittene Punkte. Erstens setzt die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten den Einsatz leistungsfremder Mittel voraus. Zweitens muss das Immaterialgüterrecht für den Nachfrager „unentbehrlich“ sein.<sup>181</sup> Daraus zieht TEMPLE LANG den Schluss, dass „in a single-market situation, whatever the details, something that is 'necessary' to compete in the market can only be a competitive advantage“.<sup>182</sup> Gemäss TEMPLE LANG wäre es widersinnig und wettbewerbschädlich, ein Unternehmen in einer Situation mit nur einem Markt zu verpflichten, einen Wettbewerbsvorteil mit seinen Konkurrenten zu teilen.<sup>183</sup> Anders die Situation beim Vorliegen von zwei Märkten: Hier kann die Nichtlizenzierung nach TEMPLE LANG durchaus wettbewerbswidrig sein, da das dominante Unternehmen sich den Sekundärmarkt vorbehält, ohne zwingend eine eigene Leistung auf diesem Markt zu erbringen.<sup>184</sup>

Ein weiterer Verfechter der Zweimarkttheorie ist LOBER. Nach LOBER wird ein Immaterialgüterrecht erteilt, „[...] um dessen Inhaber

vor Imitationswettbewerb zu schützen. Das ist gerade der Zweck. Würde dieser nicht mehr erfüllt, verlöre das Immaterialgüterrecht seinen Sinn, seine spezifische Funktion. Auf dem Primärmarkt muss also der Schutzrechtsinhaber die Möglichkeit haben, die Verwendung durch Dritte ganz ausschliessen zu können. Lediglich da, wo der Zugang zu einem nachgelagerten Markt durch ein Schutzrecht blockiert wird, kann sich die Frage stellen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Sekundärmarkt geöffnet werden muss“.<sup>185</sup>

Anderer Auffassung sind LEUPOLD/PAUTKE.<sup>186</sup> Wie bereits erwähnt wurde, kam der EuGH im Urteil *IMS Health* zum Schluss, dass das Immaterialgüterrecht (in casu die urheberrechtlich geschützte Bausteinstruktur) einen eigenen Markt darstellt, der vom nachgelagerten Markt für Medizinalberichte zu unterscheiden ist. Nach Ansicht von LEUPOLD/PAUTKE hat der EuGH im Urteil *IMS Health* „einen wahren Kraftakt vollbracht, das auf *Commercial Solvents* zurückgehende Erfordernis zweier Märkte irgendwie am Leben zu erhalten. Das Ganze wirkt jedoch nicht nur erzwungen, sondern ist auch nicht notwendig, um bei einer Lizenzverweigerung das Vorliegen eines Verstosses gegen Art. 82 EG zu begründen“.<sup>187</sup> Nach Ansicht der beiden Autoren kann nicht nur die Ausdehnung von Marktmacht auf einen anderen Markt ('leveraging') wettbewerbswidrig sein, sondern auch die Marktabschottung ('foreclosure') des beherrschten Primärmarktes.<sup>188</sup> Nach Auffassung von LEUPOLD/PAUTKE kann eine Marktabschottung zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 82 Bst. b EG führen und deshalb unzulässig sein.<sup>189</sup>

Gemäss FORRESTER ist das Erfordernis zweier Märkte ebenfalls nicht entscheidend. Die Essenz des missbräuchlichen Verhaltens besteht nach FORRESTER in der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die zu einer Marktbeschränkung zum Nachteil der Konsumenten führt. Dies kann bei Einmarkt- oder Zweimarktsituationen der Fall sein.<sup>190</sup>

Aus rechtlicher und ökonomischer Sicht bestehen nach Ansicht des Verfassers keine überzeugenden Argumente, Zwangslizenzierungen zwingend auf Situationen mit zwei Märkten zu beschränken:

Mit Verweis auf das Urteil *Hofmann-La Roche* wurde erwähnt, dass Art. 82 EG zum Ziel hat, eine negative Beeinflussung bereits geschwächter Wettbewerbsstrukturen durch leistungsfremde Mittel zu unterbinden. Es wurde ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Beeinflussung einer bereits geschwächter Wettbewerbsstruktur auf zwei Arten erfolgen kann: Erstens durch eine Konsolidierung oder Verstärkung der beherrschenden Stellung auf dem Primärmarkt und zweitens durch die Ausdehnung der Marktmacht vom Primärmarkt auf einen bisher nicht beherrschten Sekundärmarkt.<sup>191</sup> Art. 82 EG ist somit klarerweise nicht auf missbräuchliche Verhaltensweisen beschränkt, welche einen negativen Einfluss auf einen nachgelagerten Markt haben. In der Tat finden sich denn auch in der Rechtsprechung verschiedene Fälle, wo der EuGH eine wettbewerbswidrige Ausübung von Immaterialgüterrechten beanstandete, die sich nur auf den Primärmarkt auswirkte.<sup>192</sup> Die Tatsache, dass sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nur auf den Primärmarkt auswirkt, kann deshalb für sich allein nicht erklären, warum eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten immer eine Zweimarktsituation erfordern soll.

Sucht man in der Rechtsprechung nach einer Begründung der Beschränkung von Zwangslizenzierungen auf Zweimarktsituationen, so wird man nicht rasch fündig. Die Rechtsprechungsinstanzen scheinen das Erfordernis von zwei Märkten als gegeben hinzunehmen und nicht weiter zu hinterfragen. Im Urteil *Tetra Pak I* des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) stösst man schliesslich auf den mutmasslichen Kern der Begründung:

Das Unternehmen Tetra Pak verfügte im relevanten Markt für aseptische Milchverpackungen über einen sehr hohen Marktanteil von rund 92%. Die Firma Elopak war Lizenznehmerin eines Patentes der Firma Liquipak. Mit einem neuen Produkt, das gestützt auf das Patent

entwickelt wurde, wollte die Firma Elopak in den Markt für aseptische Milchverpackungen vorstossen. Diesem Angriff widersetzte sich Tetra Pak durch den Kauf der Firma Liquipak inklusive Patentrechte und der anschliessenden Kündigung des Lizenzvertrages mit der Firma Elopak.<sup>193</sup> Das EuG bezeichnete den Erwerb der Lizenz durch Tetra Pak als wettbewerbswidrig im Sinne von Art. 82 EG. Das EuG führte aus, dass der blosser Erwerb eines Immaterialgüterrechts durch ein beherrschendes Unternehmen „für sich allein“ keinen Verstoß gegen Art. 82 EG darstellt respektive auf normalem Leistungswettbewerb beruht.<sup>194</sup> „[...] Unter den besonderen Umständen dieses Falles [...]“ sei der Erwerb der Immaterialgüterrechte durch die Firma Tetra Pak jedoch wettbewerbswidrig, da der Erwerb der Immaterialgüterrechte den bereits geschwächten Markt weiter konsolidiere sowie den Markteintritt eines Konkurrenten verhindere.<sup>195</sup>

Gemäss Urteil *Tetra Pak I* kann der Erwerb eines Immaterialgüterrechts somit unter „besonderen Umständen“ auf leistungsfremden Mitteln beruhen und gegen Art. 82 EG verstossen, auch wenn nur ein einziger Markt vorliegt. Warum lässt sich diese Rechtsprechung nicht auf die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten übertragen? Warum soll eine Lizenzverweigerung rechtlich anders behandelt werden als der Erwerb eines Immaterialgüterrechts mit einer anschliessenden Berufung auf dessen Ausschlussfunktion gegenüber potentiellen Konkurrenten?

Anhaltspunkte für die unterschiedliche rechtliche Behandlung der beiden Sachverhalte durch den EuGH lieferte Generalanwalt Kirschner in seinen Schlussanträgen im Fall *Tetra Pak I*: Nach Ansicht von Generalanwalt Kirschner gilt es zwischen selber geschaffenen und von Dritten übernommenen Immaterialgüterrechten zu differenzieren. Wo jemand ein Immaterialgüterrecht selber geschaffen habe, stehe ihm das Recht zu, dieses gegenüber Dritten zu verteidigen. „In contrast, the acquirer of a patent license procures for himself the development work carried out by others. That [...] distinguishes his legal position

from that of the original proprietor of the protective work".<sup>196</sup> Die von Generalanwalt Kirschner getroffene Differenzierung zwischen originärem und derivatem Erwerb von Immaterialgüterrechten führt zum bekannten Ergebnis: Der Erwerb von Immaterialgüterrechten kann in Einmarktsituationen als Einsatz leistungsfremder Mittel bewertet werden. Die Nichtlizenzierung von Immaterialgüterrechten beruht dagegen in Einmarktsituationen stets auf zulässigem Leistungswettbewerb.

Die von Generalanwalt Kirschner vertretene Auffassung muss als abwegig bezeichnet werden: Es gibt keinen überzeugenden Grund, zwei Sachverhalte, die sich wirtschaftlich identisch auf den relevanten Markt auswirken, unterschiedlich zu beurteilen. Geradezu befremdend mutet es an, den Schöpfer eines Immaterialgüterrechts im Wettbewerbsrecht besser stellen zu wollen als den derivativen Erwerber eines Immaterialgüterrechts. Beide haben Investitionen getätigt, die sie am Markt amortisieren wollen. Zutreffend ist zwar, dass die meisten Immaterialgüterrechte in den nationalen Rechtsordnungen über einen persönlichkeitsrechtlichen und einen wirtschaftlichen Teilgehalt verfügen.<sup>197</sup> So kann zum Beispiel ein Dramatiker gestützt auf sein Urheberpersönlichkeitsrecht gegen eine Theateraufführung einschreiten, die seine Vorlage geradezu verstümmelt. Die persönlichkeitsrechtliche Schicht der Immaterialgüterrechte steht tatsächlich nur dem Schöpfer zu. Sie ist in den meisten nationalen Rechtsordnungen ein höchstpersönliches Recht, das sich nicht auf Dritte übertragen lässt. Sofern im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten solche persönlichkeitsrechtlichen Fragen angesprochen sind, kann durchaus eine Unterscheidung zwischen originärem und derivatem Erwerb von Immaterialgüterrechten angezeigt sein. In Wettbewerbsfällen geht es jedoch ausschliesslich um den wirtschaftlichen Teilgehalt der Immaterialgüterrechte. Es ist jeweils zu prüfen, wie sich die Ausübung von Immaterialgüterrechten auf den Wettbewerb auswirkt. Dazu muss und kann nicht auf den persönlichkeitsrechtlichen Aspekt von Immaterialgüterrechten rekurriert werden. In Wettbewerbsfällen ist deshalb

die Propagierung eines 'Schöpferprivilegs' verfehlt.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen bestehen nach Meinung des Verfassers keine überzeugenden *rechtlichen* Argumente, die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten zwingend auf Situationen mit zwei Märkten zu beschränken.<sup>198</sup> Diese Auffassung wird unterstützt durch eine *ökonomische* Beurteilung: Wie vorstehend dargestellt, ist in Zwangslizenzierungsfällen abzuwägen, ob im konkreten Fall eine Lizenzierung oder eine Nichtlizenzierung zu besseren Innovationsergebnissen und grösserer Wohlfahrt führt. Für diese Abwägung gibt es aus ökonomischer Sicht kein Patentrezept, da sich, je nach konkreter Sachlage, sowohl ein Monopol als auch intensiver Wettbewerb positiv respektive negativ auf die Innovationstätigkeit auswirken kann.<sup>199</sup> In der ökonomischen Lehre wird deshalb nach Wissen des Verfassers auch nicht die Meinung vertreten, in Einmarktsituationen falle eine Zwangslizenzierung von vornherein ausser Betracht.<sup>200</sup> Wenn der EuGH die Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten vom Vorliegen von zwei Märkten abhängig macht, verkennt er die Notwendigkeit einer Innovationsanalyse im Einzelfall. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis einer Einzelfallanalyse auch in Fällen einer Marktmachtausdehnung auf einen zweiten Markt *nicht* wegfallen darf. Es genügt nach Auffassung des Verfassers nicht, bei der Prüfung „aussergewöhnlicher Umstände“ die Marktmachtausdehnung positiv festzustellen und dann zum nächsten Prüfungspunkt zu schreiten. Jedenfalls weist die ökonomische Lehre mit überzeugenden Argumenten darauf hin, dass eine Marktmachtausdehnung ('leveraging') nicht zwingend negative Gesamtwohlfahrtseffekte haben muss.<sup>201</sup> Bis in die 1980-er Jahre war in der Ökonomie sogar das von der Chicago School entwickelte 'single-profit monopoly theorem' vorherrschend, nach dem eine vertikale Integration eines Monopolunternehmens der Gesamtwohlfahrt nicht schadet, da ein Monopol nur *eine* Monopolrente abschöpfen kann.<sup>202</sup> Das Theorem gilt zwar inzwischen als überholt, es ist jedoch aus ökonomischer Sicht falsch, eine Marktmachtübertragung

ohne nähere Prüfung der Einzelumstände als wettbewerbswidrig zu qualifizieren.

Sollte die Rechtsprechung, wie soeben vorgeschlagen, in Zwangslizenzierungsfällen vom Dogma des Erfordernisses zweier Märkte abkommen, so müsste der EuGH im Übrigen auch nicht mehr krampfhaft versuchen, zwei Märkte ausfindig zu machen, wo es, wie im Fall *IMS Health*, möglicherweise nur einen einzigen Markt gibt.

Die hier vorgeschlagene Aufgabe des Erfordernisses von zwei Märkten in Zwangslizenzierungsfällen soll selbstverständlich nicht dazu führen, dass eine Zwangslizenzierung schrankenlos erfolgt. Der Verfasser anerkennt ohne Weiteres, dass die Verpflichtung zur Einräumung einer Lizenz an einen Dritten den berechtigten Interessen des Inhabers des Immaterialgüterrechts Rechnung tragen muss. Wie sogleich gezeigt wird, können diese Interessen jedoch im Rahmen der Prüfung der nachfolgend erwähnten Voraussetzungen einer Zwangslizenzierung hinreichend berücksichtigt werden.

## 2. Die Unentbehrlichkeit des Immaterialgüterrechts

Nach ständiger und unbestrittener Rechtsprechung muss das Immaterialgüterrecht für den potentiellen Lizenznehmer „unentbehrlich“ sein. An die Unentbehrlichkeit hat der EuGH namentlich im Urteil *Bronner* hohe Anforderungen gestellt: Eine Einrichtung (respektive ein Immaterialgüterrecht) gilt nur dann als „unentbehrlich“, falls „kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz“<sup>203</sup> besteht. Ein tatsächlich vorhandener Ersatz muss im Übrigen nicht in allen Punkten gleichwertig sein. Der Nachfrager muss sich unter Umständen mit „weniger günstigen“<sup>204</sup> Alternativen begnügen. Ist kein tatsächlicher Ersatz vorhanden, besteht grundsätzlich die Pflicht, das nachgesuchte Erzeugnis auf eigene Rechnung zu schaffen. Von der Unverzichtbarkeit eines Erzeugnisses ist erst dann auszugehen, wenn es derart „unrentabel“<sup>205</sup> wäre die Einrichtung selber zu schaffen, dass selbst ein wagemutiger Unternehmer davon zurückschrecken würde.

Die strengen Kriterien des EuGH an die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit eines Immaterialgüterrechts sind durchwegs zu begrüßen: Aus rechtlicher Sicht wäre nicht einzusehen, warum ein Inhaber eines Immaterialgüterrechts einem Dritten eine Lizenz einräumen sollte, falls es für diesen zumutbare Alternativlösungen gibt. Wie bereits erwähnt, gestattet es Art. 82 EG einem Marktbeherrscher, seine wirtschaftliche Machtposition zu verteidigen und auszubauen, sofern er die Regeln des Leistungswettbewerbs einhält. Es ist zweifellos mit dem Leistungswettbewerb vereinbar, einen Konkurrenten auf zumutbare Alternativen zu verweisen. Eine andere Lösung hätte nichts mehr mit dem Schutz der Institution Wettbewerb zu tun, sondern würde zu einem Schutz eines Mitbewerbers vor Wettbewerb ausarten.<sup>206</sup>

Ob die Rechtsprechungsinstanzen das Erfordernis der Unentbehrlichkeit durchwegs mit der notwendigen Sorgfalt prüfen, ist fraglich: Im Zusammenhang mit der Entscheidung *Microsoft* ist darauf hinzuweisen, dass eine sogenannte ‘Middleware’ existiert, welche die Kompatibilität zwischen beliebigen WGS-Betriebssystemen und der Technologie von Microsoft herstellen kann. Gemäss Literatur, die der Verfasser mangels technischem Sachverstand nicht zu kommentieren in der Lage ist, sind die Argumente der Kommission, warum diese ‘Middleware’ keine zumutbare Alternative zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen darstellt, offenbar wenig stichhaltig.<sup>207</sup> RIDYARD sieht in der Entscheidung *Microsoft* denn auch eine Verabschiedung des Konzepts der Unentbehrlichkeit und eine Hinwendung zu einer „convenient facilities doctrine“.<sup>208</sup> Eine solche Entwicklung wäre nach Auffassung des Verfassers sehr fragwürdig: Wie vorstehend ausgeführt wurde, muss ein Konkurrent auf ein Immaterialgüterrecht unbedingt angewiesen sein, um mit dem beherrschenden Unternehmen konkurrenzieren zu können. Es genügt nicht, dass es sich beim Immaterialgüterrecht um ein ‘nice to have’-Objekt handelt. Eine allgemeine Rechtspflicht, Konkurrenten zu subventionieren, besteht nämlich auch für marktbeherrschende Unternehmen nicht.<sup>209</sup>

### 3. Die Eignung zum Ausschluss jeglichen Wettbewerbs

In allen Zwangslizenzierungsfällen prüften die Rechtsprechungsinstanzen jeweils, ob eine Lizenzverweigerung geeignet ist, jeden Wettbewerb auf einem bestimmten Markt auszuschliessen. Bis zur Entscheidung *Microsoft* bezog sich der Ausschluss jeglichen Wettbewerbs auf potentielle neue Konkurrenten. Die Nichtlizenzierung hatte jeweils zur Folge, dass ein Sekundärmarkt vollständig in der Hand des marktbeherrschenden Unternehmens blieb und im Sekundärmarkt erst gar keine Konkurrenz entstehen konnte. In der Entscheidung *Microsoft* ging es dagegen, wie gezeigt wurde, um eine Verdrängung noch bestehender Konkurrenz in einem bereits geschwächten Markt: Der Marktanteil von Microsoft auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme betrug rund 60%. Die Konkurrenten verfügten über Marktanteile von zwischen 5 bis 15%. Die Kommission ging davon aus, dass eine Nichtlizenzierung in absehbarer Zukunft zu einem weiteren Rückgang der Marktanteile der Konkurrenten von Microsoft führen und schliesslich jeglichen Wettbewerb auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme ausschliessen wird.<sup>210</sup>

Es fällt auf, dass in der Literatur und in der Rechtsprechung dem Verhältnis zwischen der Unentbehrlichkeit des Immaterialgüterrechts und der Eignung einer Nichtlizenzierung, jeglichen Wettbewerb auszuschliessen, kaum Rechnung getragen wird. Zwischen den beiden Voraussetzungen einer Nichtlizenzierung besteht aber ein direkter Zusammenhang:

Ist ein Immaterialgüterrecht für einen Konkurrenten *nicht* unentbehrlich, so kann er sich begriffsnotwendig auch ohne dieses Immaterialgüterrecht auf dem Markt behaupten, respektive durch Alternativlösungen in einen bestimmten Markt vordringen. Ist ein Immaterialgüterrecht für einen Konkurrenten dagegen unentbehrlich, so müsste sein Marktanteil ohne dieses Immaterialgüterrecht eigentlich null betragen. Soweit es, wie in der Entscheidung *Microsoft*, um die Verdrängung bestehenden Wettbewerbs geht, muss eine Lizenzverweigerung somit geeignet

sein, zumindest *in Zukunft* einen Ausschluss jeglichen Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt zu bewirken. Anders dagegen die Situation bei der Verhinderung der Entstehung von Wettbewerb. In solchen Situationen muss eine Nichtlizenzierung *unmittelbar* zum Ausschluss jeglichen Wettbewerbs führen.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen, wirft die Entscheidung *Microsoft* Fragezeichen auf: Gemäss Feststellung der Kommission trug die Weigerung von Microsoft, Konkurrenzfirmen weiterhin mit Schnittstelleninformationen zu beliefern, zur Marktmacht von Microsoft auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme bei.<sup>211</sup> Die Marktanteile auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme haben sich denn auch in den letzten Jahren zugunsten von Microsoft und zu Lasten der Konkurrenten entwickelt. Kann man jedoch bei einem Marktanteil von Microsoft auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme von rund 60% und Marktanteilen der verbleibenden Konkurrenten von immerhin zwischen 5 bis 15% tatsächlich davon ausgehen, dass eine Nichtoffenlegung der Schnittstelleninformationen in Zukunft zu einem Ausschluss *jeglichen* Wettbewerbs führen wird? Hier sind Zweifel angebracht: Es wurde in dieser Arbeit ausgeführt, dass in der Internetökonomie, zu welcher der Fall *Microsoft* sicher zu zählen ist, Netzwerk-, Skalen- und Lock-in-Effekte zu grossen Marktkonzentrationstendenzen führen und ein Markt ab einer gewissen Durchdringung zugunsten eines einzigen Anbieters kippen kann.<sup>212</sup> Nach Wissen des Verfassers gibt es in der ökonomischen Lehre keine gefestigte Auffassung, ab welcher Marktkonzentration ein Markt in der Internetökonomie zu kippen droht. Es scheint jedoch sehr gewagt, den relevanten Marktanteil, wie im Fall *Microsoft*, bereits bei 60% anzusiedeln. Bei einem Marktanteil von 60% ist nach ständiger Rechtsprechung normalerweise erst gerade eine hinreichende Marktkonzentration erreicht, um überhaupt eine beherrschende Stellung eines Unternehmens annehmen zu können!<sup>213</sup> Von einer knapp beherrschenden Marktstellung bis zu einem vollständigen Monopol respektive einem Kippen des Marktes ist es aber ein weiter Weg.

#### 4. Das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses

Der EuGH hat zuletzt im Urteil *IMS Health* unmissverständlich festgehalten, dass eine Lizenzverweigerung „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern [muss], nach dem eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht“.<sup>214</sup> Wie der EuGH ausführt, kann bei der Abwägung zwischen dem Schutz eines Immaterialgüterrechts und dem Wettbewerb letzterer nämlich nur dann überwiegen, „wenn die Verweigerung der Lizenz die [technische] Entwicklung [...] zum Nachteil der Verbraucher verhindert“.<sup>215</sup> Das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses ist aus Sicht des EuGH somit ein Garant für höhere Innovation und verhindert einen wettbewerbsrechtlich unerwünschten reinen Imitationswettbewerb.

Das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses wird von Ökonomen und Juristen teilweise kritisch beurteilt:

- Nach Auffassung von LÉVÊQUE ist das Erfordernis kein guter Gradmesser für das vom EuGH letztlich mit dem Kriterium angestrebte Ziel.<sup>216</sup> Aus ökonomischer Sicht ist es gemäss LÉVÊQUE nicht entscheidend, ob die Verbraucher eine Nachfrage nach einem neuen Produkt haben. Entscheidend ist vielmehr, ob die Zahlungsbereitschaft der Verbraucher höher ist als die Innovationskosten für ein neues Produkt. Das Kriterium des neuen Erzeugnisses besagt deshalb wenig in Bezug auf einen allfälligen Schaden zum Nachteil der Verbraucher. Nach Meinung von LÉVÊQUE sollte das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses fallengelassen und stattdessen auf die Auswirkungen einer Zwangslizenzierung auf die Innovationsanreize für Unternehmen abgestellt werden. Hohe Innovationsanreize sind nach LÉVÊQUE ein zuverlässiger Gradmesser für das vom EuGH angestrebte Ziel.
- Auch Juristen beurteilen das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses kontrovers: Die Bandbreite der Meinungen reicht von der

Forderung an „das Erfordernis der ‘Neuheit’ hohe Anforderungen zu stellen“,<sup>217</sup> bis zur bereits angesprochenen Auffassung von LEUPOLD/PAUTKE, die das Erfordernis bei einer Verdrängung von *bestehendem* Wettbewerb als entbehrlich ansehen.<sup>218</sup>

Es ist nicht einfach, die verschiedenen Lehrmeinungen zum Erfordernis eines neuen Erzeugnisses zu bewerten. Insgesamt tendiert der Verfasser jedoch dazu, das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses in *allen* Marktsituationen als konstitutiv zu qualifizieren:

Die Auffassung von LÉVÊQUE hat zwar einiges für sich. Es wäre jedoch töricht, das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses nur deshalb aufzugeben, weil es für das von den Wettbewerbsbehörden angestrebte Ziel kein optimal geeigneter Gradmesser ist. Jedenfalls lässt sich das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses wenigstens dingfest machen. Der Verfasser stimmt mit LÉVÊQUE allerdings insoweit überein, dass es bei einer Zwangslizenzierung letztlich entscheidend auf die Auswirkungen auf die Innovationsanreize der Unternehmen ankommt. Da sich diese Auswirkungen jedoch nicht präzise messen, sondern allenfalls abschätzen lassen,<sup>219</sup> wäre es verfehlt, das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses ohne Not aufzugeben.

Zu den Argumenten von LEUPOLD/PAUTKE ist zu bemerken, dass das Erfordernis eines neuen Erzeugnisses auch bei einer Verdrängung von *bestehendem* Wettbewerb nicht obsolet ist: LEUPOLD/PAUTKE führen aus, dass bei einer Verdrängung von bestehendem Wettbewerb „der Innovationsdruck auf den verbleibenden Inhaber des geschützten Immaterialgüterrechts abnimmt, was regelmässig eine Einschränkung der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher nach sich zieht“.<sup>220</sup> Diese Auffassung zeigt nur eine Seite der Medaille: Die Situation ist, wie bereits ausgeführt wurde, paradox: „Firms are more likely to innovate if they are at least somewhat protected against free-riding. Firms are *also* more likely to innovate if they face strong competition“.<sup>221</sup> Ob sich die Innovationstätigkeit bei abnehmender Konkurrenz tatsächlich verringert, steht somit nicht von vornherein fest.

## 5. Der Innovationstest gemäss Entscheidung *Microsoft*

In der Entscheidung *Microsoft* hat die Kommission erstmals im Rahmen der objektiven Rechtfertigungsgründe geprüft, welche Auswirkungen eine Zwangslizenzierung auf die Innovationsanreize der gesamten Branche und des Inhabers des Immaterialgüterrechts hat. Diese erstmalige Prüfung ist an sich erstaunlich. Es wurde bereits mehrfach ausgeführt, dass eine Zwangslizenzierung aus ökonomischer Sicht auf einer 'case-by-case'-Analyse beruhen sollte und es nicht möglich ist, eine Zwangslizenzierung anhand eines abschliessenden Kriterienkatalogs zu beurteilen. Der Schritt zur Prüfung der Auswirkungen einer Zwangslizenzierung auf die Innovationstätigkeit war deshalb längst fällig.

Die Kommission kam bei ihrer Prüfung zu folgenden Schlussfolgerungen: Die Zwangslizenzierung wirkt sich positiv auf die Innovationsanreize der gesamten Branche aus, da Konkurrenten befähigt werden, die Eigenschaften ihrer Produkte zu verbessern.<sup>222</sup> Im Weiteren hat die Zwangslizenzierung nach Auffassung der Kommission auch positive Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit von Microsoft: Ohne Konkurrenz auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme würden die Innovationsanstrengungen von Microsoft auf diesem Markt abnehmen.<sup>223</sup>

Die Analyse der Auswirkungen einer Zwangslizenzierung auf die Innovationsanreize durch die Kommission gibt zu einigen Bemerkungen Anlass:

Wie LÉVÊQUE überzeugend ausführt, basiert der von der Kommission angewendete Innovationstest auf fragwürdigen Vereinfachungen: „Firstly, whether a monopoly or a competitive firm is better placed to innovate remains a controversial question among economists”.<sup>224</sup> Die Prüfung der Auswirkungen auf die Innovationsanreize im Markt für WGS-Betriebssysteme hätte deshalb eine vertiefte Untersuchung notwendig gemacht, die in der Entscheidung *Microsoft* jedoch unterblieben ist. Selbst wenn die Zwangslizenzierung jedoch auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme zu mehr Innovation

führen würde, dürfen gemäss LÉVÊQUE die Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit im Bereich der Schnittstellen nicht ausgeblendet werden. Nach Auffassung von LÉVÊQUE nehmen die Anreize von Microsoft, in die Schnittstellenentwicklung zu investieren, mit einer Zwangslizenzierung sicherlich ab, da Microsoft bei einer Offenlegung der Schnittstelleninformationen nicht mehr erwarten kann, den gesamten Wert seiner Innovation zu appropriieren.<sup>225</sup> Es hätte deshalb geprüft werden müssen, ob die allfälligen Innovationssteigerungen im Markt für WGS-Betriebssysteme nicht durch die Innovationsverluste bei der Schnittstellenentwicklung zunichte gemacht werden. Insgesamt bewertet LÉVÊQUE den in der Entscheidung *Microsoft* erstmals durchgeführten Innovationstest als zu vereinfacht. Diese Auffassung teilt der Verfasser uneingeschränkt. Es ist aber zu bedenken, dass das *Resultat* der Analyse der Kommission prima facie möglicherweise richtig ist. Stellt man auf die bereits erwähnte These von SCHERER/ROSS ab, so sollten die Markteintrittsbarrieren in einem Markt mit hohem technischen Wandel niedrig gehalten werden.<sup>226</sup> Diese Feststellung kann aber eine fundierte Abklärung der Innovationsauswirkungen im Einzelfall keinesfalls ersetzen.<sup>227</sup>

Für zukünftige Innovationstests schlägt der Verfasser vor, insbesondere folgenden Punkten Rechnung zu tragen:

Werden die Auswirkungen einer Zwangslizenzierung unter dem Aspekt objektiver Rechtfertigungsgründe geprüft, hat dies nach geltendem Recht zur Folge, dass der Inhaber des Immaterialgüterrechts beweisen muss, dass eine Zwangslizenzierung nachteilige Folgen für die Innovationstätigkeit hat.<sup>228</sup> Dies scheint unangemessen. Die Beweislast für die *positiven* Auswirkungen einer Zwangslizenzierung auf die Innovationstätigkeit sollte bei der Partei oder der Behörde liegen, die einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung eines Unternehmens behauptet. Neben einer solchen Beweislastumkehr scheint es auch vertretbar, an den Beweisgrad geringere Anforderungen zu stellen, da sich die ökonomischen Konsequenzen einer Zwangslizenzierung

zenzierung ohnehin kaum hinreichend exakt berechnen lassen. Auch wenn kein stringenter Beweis in Bezug auf die positiven Auswirkungen einer Zwangslizenzierung erforderlich ist, muss die Untersuchung der Auswirkungen auf die Innovationsanreize jedoch, anders als in der Entscheidung *Microsoft*, mit aller Sorgfalt und umfassend erfolgen.

## E. Schlussfolgerungen

Immaterialgüterrechte und das Wettbewerbsrecht stehen in einem schwierigen Verhältnis zueinander: Sie haben zwar dieselben langfristigen Ziele der Innovationsförderung und der Wohlfahrtsmaximierung. Der gemeinsame Zweck wird aber mit unterschiedlichen Instrumenten angestrebt: Das Wettbewerbsrecht versucht, Verhalten zu korrigieren, das den Wettbewerb übermässig beschränkt. Immaterialgüterrechte gehen den umgekehrten Weg: Innovationsanreize werden durch die Einräumung von Monopolen geschaffen. Der Einsatz unterschiedlicher Instrumente zur Erreichung derselben langfristigen Ziele führt zu einem Spannungsverhältnis, das sich nicht einfach auflösen lässt. Die Rechtsprechungsinstanzen haben das Spannungsverhältnis bei Fällen der Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten nach Art. 82 EG recht überzeugend aufgelöst. Einige Fragezeichen sind aber insbesondere in Bezug auf die Entscheidung *Microsoft* der Kommission anzubringen. Besonders fragwürdig scheint in der Entscheidung *Microsoft* die Auffassung, bereits bei einem Marktanteil von 60% eine Nichtlizenzierung als geeignet zu qualifizieren, in Zukunft auf dem Markt der WGS-Betriebssysteme jeglichen Wettbewerb auszuschliessen. Aufgrund weiterer Schwächen der Entscheidung (vor allem im Zusammenhang mit den Erfordernissen der Unentbehrlichkeit des Immaterialgüterrechts und der Erzeugung eines neuen Produktes) darf man gespannt sein, wie das EuG und letztlich wohl der EuGH den Fall beurteilen werden. Es würde jedenfalls nicht überraschen, wenn die Rechtsmittelinstanzen die Entscheidung der Kommission korrigieren würden.

Für die Zukunft ist erstens vor allem zu fordern, dass der in der Entscheidung *Microsoft* erstmals angewandte Innovationstest in allen Zwangslizenzierungsfällen beibehalten und verfeinert wird. Zweitens sollten die Wettbewerbsbehörden nicht davor zurückschrecken, auch bei Einmarktsituationen eine Zwangslizenzierung in Betracht zu ziehen.

## F. Literaturverzeichnis und Entscheide

### I. Literatur

#### Bücher:

- ANDERMAN, Steven (1998): EC Competition Law and Intellectual Property Rights. The Regulation of Innovation. Oxford: Oxford University Press.
- BISHOP, Simon/WALKER, Mike (1999): Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London: Sweet & Maxwell.
- CRAIG, Paul/DE BÚRGA, Gráinne (2003): EU Law. Text, Cases and Materials. Oxford: Oxford University Press.
- GOYDER, D. G. (1998): EC Competition Law. Oxford: Oxford University Press.
- JONES, Alison/SUFRIN, Brenda (2001): EC Competition Law. Oxford: Oxford University Press.
- LANDES, William M./POSNER, Richard A. (2003): The Economic Structure of Intellectual Property Law. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press.
- LÉVÊQUE, François/MÉNIÈRE, Yann (2004): The Economics of Patents and Copyright. Berkley: Berkley Electronic Press.
- MANKIW, Gregory N. (2004): Principles of Economics. Harvard.
- SCHERER, F. M./ROSS, David (1990): Industrial Market Structure and Economic Performance. Boston: Houghton Mifflin.
- SCHMIDT, Christian (2005): Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Berlin: Wissenschaftlicher Verlag Berlin.
- SCHRÖTER, Helmut/JAKOB, Thinam/MEDERER, Wolfgang (2003):

Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (zitiert als: Bearbeiter, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER).

#### Zeitschriftenartikel:

- ANDERMAN, Steven (2004a): „Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Licenses under EC Competition Law?“, The Competition Law Review, Vol. 1, Issue 2, 7-22.
- ANTHONY, Sheila F. (2000): „Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners“, AIPLA Quarterly Journal, Vol. 28, No. 1, 1ff.
- BELLAK, Christian/HOFER, Reinhold/TSCHMUCK, Peter (2001): „Wettbewerbs- und Strukturpolitik Österreichs“, Working Papers Series: Growth and Employment in Europe: Sustainability and Competitiveness. Working Paper No. 16, Wirtschaftsuniversität Wien.
- COHEN JEHORAM, Herman/MORTELMANS, Kamiel (1997): „Zur Magill-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs“, GRUR Int., Heft 1, 11-15.
- DESELAERS, Wolfgang (1995): „Die Essential Facilities-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH“, EuZW, Heft 16, 563-569.
- EBENROTH, Thomas Carsten/BOHNE, Michael (1995): „Gewerbliche Schutzrechte und Art. 86 EG-Vertrag nach der Magill-Entscheidung“, EWS, Heft 12, 397-404.
- EILMANSBERGER, Thomas (2003): „Abschlusszwang und Essential Facility Doktrin nach Art. 82 EG“, EWS, Heft 1, 12-23.
- GALLAGHER, T. (2001): „Copyright, Compulsory Licencing and Incentives“, Oxford Intellectual Property Research Centre Working Papers Series No. 2, 1-12.
- GILBERT, Richard G./SHAPIRO, Carl (1996): „An economic analysis

- of unilateral refusal to licence intellectual property”, Proc. Natl. Acad. Sci. USA, Vol. 93, 12749-12755.
- LEUPOLD, Henning/PAUTKE, Stephanie (2005): „IMS Health vs. Microsoft - Befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfliktkurs mit dem EuGH?“, EWS, Heft 3, 108-116.
- LOBER, Andreas (2002): „Die IMS-Health-Entscheidung der Europäischen Kommission: Copyright K.O.?“, GRUR Int., Heft 1, 7-16.
- MONTAG, Frank (1997): „Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV“, EuZW, Heft 3, 71-78.
- PILNY, Karl H. (1995): „Missbräuchliche Marktbeherrschung gemäss Art. 86 EWGV durch Immaterialgüterrechte“, GRUR Int., Heft 12, 954-962.
- RIDYARD, Derek (2004): „Compulsory Access under EC Competition Law - A New Doctrine of ‘Convenient Facilities’ and the Case for Price Regulation“, ECLR, 669-673.
- SCHMIDTCHEN, Dieter (2005): „Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen ‘more economic approach’“, German Working Papers in Law and Economics, Paper 3, 1-42.
- SCHWARZE, Jürgen (2002): „Der Schutz des geistigen Eigentums im Europäischen Wettbewerbsrecht“, EuZW, Heft 3, 75-81.
- Internetpublikationen:
- ANDERMAN, Steven (2004b): „Microsoft and IMS and the ‘Exceptional Circumstances’ Test“, Paper vom 8. Mai 2004, 1-21.  
([www.intellectual-property.gov.uk/ipac/pdf/wkshp\\_anderman.pdf](http://www.intellectual-property.gov.uk/ipac/pdf/wkshp_anderman.pdf))
- BURTIS, Michelle/KOBAYASHI, Bruce H. (2000): „Intellectual Property & Antitrust Limitations on Contract“, George Mason Law and Economics Working Paper No. 00-06.  
(<http://ssrn.com/abstract=210088>).
- BUSCHE, Jan (2002): „Kartellrechtliche Zwangslizenzen - Schranken für gewerbliche Schutzrechte?“, Vortrag vom 11. Juni 2002.  
([http://www.gewrs.de/files/busche\\_kartellrechte\\_zwangslizenzen.pdf](http://www.gewrs.de/files/busche_kartellrechte_zwangslizenzen.pdf)).
- CRAMPES, Claude/ENCAOUA, David/HOLLANDER, Abraham (2005): „Competition and Intellectual Property in the European Union“, revised version of February 2005.  
(<http://idei.fr/doc/wp/2005/crampes.pdf>).
- DERCLAYE, Estelle (2003): „An economic approach to what the conditions of abuse of a dominant position of copyright should be“, Paper von Juni 2003, 1-24.  
(<http://www.serci.org/2003/derclaye.pdf>).
- DIXON, Pdraig/GREENHALGH, Christine (2002): „The Economics of Intellectual Property: A Review to Identify Themes for Future Research“, Oxford.  
([www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0502.pdf](http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0502.pdf)).
- FORRESTER, Ian S. (2002): „Compulsory licencing in Europe: A rare cure to aberrant national intellectual property rights?“, Paper vom 2. Mai 2002, 1-25.  
(<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522forrester.pdf>).
- JORDE, Thomas M./TEECE, David J. (1990): „Innovation, Dynamic Competition, and Antitrust Policy Regulation“, The Cato Review of Business & Government, Volume 13, Number 3.  
(<http://www.cato.org/pubs/regulation/regv13n3/reg13n3-jorde.html>).
- MACKIE-MASON, Jeffrey K. (2002): „What to Do about Unilateral Refusals to Deal?“, Paper vom 22. April 2002, 1-12.  
(<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf>).
- NARCISO, Alessandra (2003): „IMS Health or the Question Whether Intellectual Property Still Deserves a Specific Approach in a Free

Market Economy”, Paper von Juni 2003, 1-39.  
 (<http://www.serci.org/2003/torremans-narciso.pdf>).

PITOFISKY, Robert (2000): „Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property”, Speech vom 15. Juni 2000, 1-9.  
 (<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.htm>).

POSNER, Richard (2000): „Antitrust in the New Economy”, Speech vom 14. September 2000, 1-9.  
 (<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.htm>).

RAMELLO, Giovanni B. (2002): „Copyright and Antitrust Issues”, Paper von September 2002, 1-34.  
 (<http://www.serci.org/2002/ramello.pdf>).

ROBERTS, Sheridan (2004): „OECD work on measuring the Information Society”, Paper von September 2004, 1-15.  
 (<http://www.oecd.org/dataoecd/6/0/33809872.pdf>).

TEMPLE LANG, John (2002): „Compulsory Licencing of Intellectual Property in European Community Antitrust Law”, Paper vom 2. Mai 2002, 1-30.  
 (<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf>).

SHAPIRO, Carl (1999): „Competition Policy in the Information Economy”, 1-25.  
 (<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/comppolicy.pdf>).

VARIAN, Hal R. (1996): „Differential Pricing and Efficiency”, 1-18.  
 (<http://www.firstmonday.dk/issues/issue2/different/>).

VALENTINE, Debra A. (1999): „Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Cases”, 1-12.  
 (<http://www.ftc.gov/speeches/other/dvisraelin.htm>).

ZIMMERLICH, Antje/AUFDERHEIDE, Detlef (2004): „Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie”,

Arbeitsbericht Nr. 4 des Kompetenzzentrums Internetökonomie und Hybridität Münster.  
 (<http://hybride-systeme.uni-muenster.de>).

#### Sonstige Dokumente:

ARVANITIS, Spyros/HOLLENSTEIN, Heinz (2002): Die Wirtschaft in der Informationsgesellschaft, in: Informationsgesellschaft Schweiz. Standortbestimmung und Perspektiven. Neuchâtel: Bundesamt für Statistik.

BARTON, John H. (1998): Paradigms of Intellectual Property/Competition Balances in the Information Sector, in: OECD (1998): Competition policy and intellectual property rights. Paris: OECD

DAWID, Herbert (2005): Vorlesungsunterlagen zu Wettbewerbsökonomik und Wettbewerbspolitik. Bielefeld: Universität Bielefeld.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (2002): Glossar der Wettbewerbspolitik der EU. Generaldirektion Wettbewerb. Brüssel.

EUROPÄISCHE KOMMISSION (2003): Auf dem Weg zur europäischen Wissensgesellschaft, Reihe: Europa in Bewegung. Luxemburg.

GELLNER, Winand (ohne Erscheinungsjahr) in: Heidelberger Online Lexikon der Politik. München: C. H. Beck.

LÉVÊQUE, François (2004): The Application of Essential Facility and Leveraging Doctrines to Intellectual Property in the EU: The Microsoft's Refusal to License on Interoperability. Working Paper. Paris: Cerna.

OECD (1998): Competition policy and intellectual property rights. Paris: OECD.

OECD (2004): OECD-Ausblick Informationstechnologie: Ausgabe 2004. Paris: OECD.

RÉGIBEAU, Pierre/ROCKETT, Katherine (2004): The Relationship Between Intellectual Property Law and Competition Law: An Eco-

conomic Approach.

UNITED STATES FEDERAL TRADE COMMISSION (2003): To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy. A Report by the Federal Trade Commission.

## II. Entscheide in chronologischer Reihenfolge

### Urteile des Europäischen Gerichtshofes:

Verbundene Rs. 56 und 58/64, Grundig - Consten, Slg. 1966, S. 321.

Rs. 6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Co. Inc. - Kommission, Slg. 1973, S. 215.

Verbundene Rs. 6 und 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation - Kommission, Slg. 1974, S. 223.

Rs. 16/74, Centrafarm BV - Winthrop BV, Slg. 1974, S. 1183

Rs. 27/76, United Brands Co. und United Brands Continentaal BV - Kommission, Slg. 1978, S. 207.

Rs. 87/76, Hofmann-La Roche & Co. AG - Kommission, Slg. 1979, S. 461.

Rs. 322/81, Neederlandsche Banden-Industrie Michelin NV- Kommission, Slg. 1983, S. 3461.

Rs. C-62/86, Akzo Chemie BV - Kommission, Slg. 1991, S. I-3359.

Rs. 238/87, AB Volvo - Erik Veng (UK) Ltd, Slg. 1988, S. 621.

Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743.

Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791.

Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310.

### **Urteile des Europäischen Gerichts erster Instanz:**

Rs. T-51/89, Tetra Pak Rausing SA - Kommission, Slg. 1990, S. II-309.

### **Entscheidungen der Kommission**

EG-Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation.  
(<http://www.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>).

### **G. Abkürzungsverzeichnis**

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Art.	Artikel
BIP	Bruttoinlandprodukt
Bst.	Buchstabe
EG	Europäische Gemeinschaft oder Europäische Gemeinschaften
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FN	Fussnote
FuE	Forschung- und Entwicklung
Ibid.	Ibidem
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologien
Rdn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RZ	Randziffer
S.	Seite
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche

## Anmerkungen

<sup>1</sup> RAMELLO (2002): S. 10.

<sup>2</sup> OECD (1998): S. 7 (Hervorhebung beigefügt).

<sup>3</sup> EG-Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation.

<sup>4</sup> Rs. 238/87, AB Volvo - Erik Veng (UK) Ltd, Slg. 1988, S. 621.

<sup>5</sup> Die Arbeit berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis Juni 2005.

<sup>6</sup> Anthony KRONMAN, zitiert nach Peter NOBEL in: Neue Zürcher Zeitung, 4./5. Juni 2005, Nr. 128, S. 87.

<sup>7</sup> Eine umfassende Darstellung zu den ökonomischen Grundlagen von Immaterialgüterrechten findet sich im Standardwerk von LANDES/POSNER (2003). Gut verständlich ist die Abhandlung von LÉVÊQUE/MÉNIÈRE (2004).

<sup>8</sup> Im Rahmen dieser Arbeit ist es nicht möglich, auf die Spezifika sämtlicher Immaterialgüterrechte einzugehen.

<sup>9</sup> RAMELLO (2002): S. 8; RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 7; CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 3; LANDES/POSNER (2003): S. 14.

<sup>10</sup> DERCLAYE (2003): S. 3; RAMELLO (2002): S. 8; CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 3.

<sup>11</sup> DERCLAYE (2003): S. 3; RAMELLO (2002): S. 8; CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 3.

<sup>12</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 3.

<sup>13</sup> Eine andere Möglichkeit besteht in der Subventionierung von Innovatoren. Die Vor- und Nachteile eines solchen Systems stellen namentlich DIXON/GREENHALGH dar (DIXON/GREENHALGH [2002]: S. 37 ff.).

<sup>14</sup> Innovation und Wohlfahrt sind in der Regel positiv korreliert (MACKIE-MASON [2002]: S. 4; DIXON/GREENHALGH [2002]: S. 6; OECD [1998]: S. 21). Es gibt aber auch Situationen mit einem zu hohen Innovationsgrad (MACKIE-MASON [2002]: S. 4, FN 5; LANDES/POSNER [2003]: S. 396). Sind die Innovationsanreize zu gross, besteht die Gefahr eines wohlfahrtsvermindernden Patentrennens (vgl. dazu auch Ziffer C.III.2 nachfolgend).

<sup>15</sup> RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 8 f.

<sup>16</sup> RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 7 ff.; OECD (1998): S. 23 f.; DIXON/GREENHALGH (2002): S. 4 ff.; LÉVÊQUE/MÉNIÈRE (2004): S. 5 f.

<sup>17</sup> So zum Beispiel MANKIW (2004): S. 316. Weitere Hinweise in BUSCHE (2002): S. 5, FN 8.

<sup>18</sup> LANDES/POSNER (2003): S. 374 ff.; GALLAGHER (2001): S. 9; OECD (1998): S. 8.

<sup>19</sup> LANDES/POSNER (2003): S. 374; DERCLAYE (2003): S. 5; ANTHONY (2000): S. 3 und 6.

<sup>20</sup> Diese Aussage stimmt für ein Monopolunternehmen, das seine Produkte allen Konsumenten zum selben Preis anbietet (vgl. statt vieler: LANDES/POSNER [2003]: S. 389). Eine vollständige Preisdifferenzierung (Preisdifferenzierung ersten Grades) kann den Nettowohlstandsverlust aber aufheben (vgl. dazu etwa: MANKIW [2004]: S. 336 ff.; VARIAN [1996]: S. 12).

<sup>21</sup> Statt vieler: MANKIW (2004): S. 326 f. Hier gilt es eine Präzisierung zu der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie anzubringen: Ist im Zusammenhang mit statischer Effizienz die Rede von Wohlfahrtseffekten, betrifft dies die Ressourcenallokation unter *gegebenen* Produktionsmöglichkeiten. Wo dagegen im Zusammenhang mit Innovationsanreizen Wohlfahrtseffekte angesprochen sind, betrifft dies die Auswirkungen *neuer* Produktionsmöglichkeiten auf die Wohlfahrt.

<sup>22</sup> Vgl. Ziffern C.II und C.III nachfolgend.

<sup>23</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 4.

<sup>24</sup> Im angelsächsischen Recht beschränkt namentlich die 'fair use'-Doktrin den Geltungsbereich von Immaterialgüterrechten (vgl. unter anderem: BURTIS/KOBAYASHI [2000]: S. 1).

<sup>25</sup> RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 11; BARTON (1998): S. 295 und 298.

<sup>26</sup> Vgl. insbesondere die Darstellungen von SCHMIDTCHEN (2005): S. 28 ff. und DAWID (2005): S. 4 ff.

<sup>27</sup> BELLAK/HOFER/TSCHMUCK (2001): S. 2; SCHMIDTCHEN (2005): S. 28; DAWID (2005): S. 9.

<sup>28</sup> BELLAK/HOFER/TSCHMUCK (2001): S. 2 f.; DAWID (2005): S. 9.

<sup>29</sup> DAWID (2005): S. 12.

<sup>30</sup> BELLAK/HOFER/TSCHMUCK (2001): S. 4.

<sup>31</sup> BELLAK/HOFER/TSCHMUCK (2001): S. 5; SCHMIDTCHEN (2005): S. 28 f.; DAWID (2005): S. 13 f.

<sup>32</sup> DAWID (2005): S. 15 f.

<sup>33</sup> BELLAK/HOFER/TSCHMUCK (2001): S. 1.

<sup>34</sup> DAWID (2005): S. 6 f.; CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 1.

<sup>35</sup> BUSCHE (2002): S. 5.

<sup>36</sup> ANTHONY (2000): S. 3 f.

<sup>37</sup> ANTHONY (2000): S. 4: „[...] a government endorsed exception to the antitrust laws“.

<sup>38</sup> ANTHONY (2000): S. 4.

<sup>39</sup> GILBERT/SHAPIRO (1996): S. 12749. Hinweise auf die wenigen Autoren, die an der früheren Auffassung der Unvereinbarkeit festhalten in: DERCLAYE (2003): S. 5, FN 19.

<sup>40</sup> VALENTINE (1999): S. 1.

<sup>41</sup> Zitiert nach: ANTHONY (2000): S. 5.

<sup>42</sup> RAMELLO (2002): S. 3 ff. Vgl. auch: CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005):

S. 4 f.

<sup>43</sup> RAMELLO (2002): S. 10 mit weiteren Literaturhinweisen in FN 27.

<sup>44</sup> MACKIE-MASON (2002): S. 2; LANDES/POSNER (2003): S. 382.

<sup>45</sup> GALLAGHER (2001): S. 3.

<sup>46</sup> GALLAGHER (2001): S. 2: „At a certain (unspecified) level of protection, there exists an ‘ideal’ copyright balance where diminishing marginal returns from protection equal the increasing marginal costs of protection”.

<sup>47</sup> RAMELLO (2002): S. 11; NARCISO (2003): S. 8.

<sup>48</sup> MACKIE-MASON (2002): S. 1; LÉVÊQUE/MÉNIÈRE (2004): S. 87.

<sup>49</sup> OECD (1998): S. 7. Einer Korrektur der Immaterialgüterrechte durch das Wettbewerbsrecht sind auch kompetenzrechtliche Grenzen gesetzt, da die Kompetenz zur Ausgestaltung der Eigentumsordnung nach Art. 295 EG bei den Mitgliedstaaten liegt (vgl. dazu Ziffer D.II nachfolgend).

<sup>50</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 3 f.

<sup>51</sup> LÉVÊQUE/MÉNIÈRE (2004): S. 87; CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 4.

<sup>52</sup> OECD (1998): S. 22: „[...] the economic literature is mixed as to the broad question of whether monopoly or competition is more conducive to innovation [...]”. Die Innovationsleistungen einer Volkswirtschaft sind auch von marktstrukturexogenen Faktoren abhängig (Finanzierungsmöglichkeiten, Verfügbarkeit von qualifiziertem Personal usw.). Vgl. zu den marktstrukturexogenen Faktoren u. a.: JORDE/TEECE (1990): S. 2.

<sup>53</sup> Eine Darstellung der von Joseph A. SCHUMPETER in seinem Werk „Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie” (1942) vertretenen Auffassungen findet sich unter anderem in DIXON/GREENHALGH (2002): S. 7 ff.

<sup>54</sup> OECD (1998): S. 40, FN 9.

<sup>55</sup> POSNER (2000): S. 3: „The more protection from competition the firm that succeeds in obtaining a monopoly will enjoy, the more competition there will be to become that monopolist”.

<sup>56</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 8.

<sup>57</sup> LANDES/POSNER (2003): S. 18; LÉVÊQUE/MÉNIÈRE (2004): S. 23 ff.

<sup>58</sup> OECD(1998):S.7(Hervorhebungbeigefügt).Vgl.auch:UNITED STATES FEDERAL TRADE COMMISSION (2003): S. 1 f.: „Competition can stimulate innovation. [...] Patent policy can also stimulate innovation”.

<sup>59</sup> SCHERER/ROSS (1990): S. 660.

<sup>60</sup> GILBERT/SHAPIRO (1996): S. 12751.

<sup>61</sup> Vgl. FN 20.

<sup>62</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 15 ff.; GILBERT/SHAPIRO (1996): S. 12749 ff.

<sup>63</sup> GILBERT/SHAPIRO (1996): S. 12753. Auf die Fragen zur Ausgestaltung der Gebühr für eine Zwangslizenzierung kann aus Platzgründen in dieser Arbeit nicht eingegangen

werden. Für Details zu dieser Frage vgl. u. a.: GILBERT/SHAPIRO (1996): S. 12751 ff.; RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 49 f.; RIDYARD (2004): S. 669 ff.

<sup>64</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 16 mit zahlreichen Literaturhinweisen.

<sup>65</sup> CRAMPES/ENCAOUA/HOLLANDER (2005): S. 16.

<sup>66</sup> Aus dem Eintrag zur Informationsgesellschaft im Glossar SCADPlus der Europäischen Union.

<sup>67</sup> GELLNER.

<sup>68</sup> Vgl. zur Definition des IKT-Sektors in der OECD: ROBERTS (2004), S. 1 ff.

<sup>69</sup> OECD (2004), S. 3.

<sup>70</sup> EUROPÄISCHE KOMMISSION (2003), S. 5.

<sup>71</sup> ARVANITIS/HOLLENSTEIN (2002), S. 68.

<sup>72</sup> SHAPIRO (1999): S. 1 ff.

<sup>73</sup> ARVANITIS/HOLLENSTEIN (2002), S. 68.

<sup>74</sup> LANDES/POSNER (2003): S. 390 ff.; SHAPIRO (1999): S. 1 ff.; ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 1 ff.

<sup>75</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 2 mit weiteren Literaturhinweisen in den FN 2 und 3.

<sup>76</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 2.

<sup>77</sup> SHAPIRO (1999): S. 5: „The strong get stronger and the weak get weaker”.

<sup>78</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 3.

<sup>79</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 4; SHAPIRO (1999): S. 4.

<sup>80</sup> Das gilt für die Reproduzierung von Immaterialgüterrechten generell (vgl. Ziffer C.III.1 vorstehend).

<sup>81</sup> Die Wechselkosten entstehen durch die versunkenen Kosten (‘sunk costs’) der erstmaligen Systementscheidung. Der angesprochene Lock-in-Effekt wird in der deutschsprachigen Literatur mitunter auch als ‘Pfadabhängigkeit’ bezeichnet.

<sup>82</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 7; SHAPIRO (1999): S. 5 f.

<sup>83</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 5.

<sup>84</sup> PITOFISKY (2000): S. 2.

<sup>85</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 12. Vgl. auch SHAPIRO (1999): S. 17: „The primary role of competition policy, in my view, is to prevent dominant firms from blockading innovation that would threaten their current position”.

<sup>86</sup> ZIMMERLICH/AUFDERHEIDE (2004): S. 14.

<sup>87</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 802, RZ 1.

<sup>88</sup> Vgl. statt vieler: Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 49.

<sup>89</sup> So zum Beispiel der Sachverhalt in der verbundenen Rs. 56 und 58/64, Grundig - Consten, Slg. 1966, S. 321.

- <sup>90</sup> CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1088 ff.; EBENROTH/BOHNE (1995): S. 399 ff.; PILNY (1995): S. 957 f.; COHEN JEHORAM/MORTELMANS (1997): S. 12 ff.
- <sup>91</sup> EBENROTH/BOHNE (1995): S. 400.
- <sup>92</sup> Rs. 16/74, Centrafarm BV - Winthrop BV, Slg. 1974, S. 1183; CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1094 f.; COHEN JEHORAM/MORTELMANS (1997): S. 13.
- <sup>93</sup> COHEN JEHORAM/MORTELMANS (1997): S. 13; SCHMIDT (2005): S. 9 und 16.
- <sup>94</sup> SCHMIDT (2005): S. 16. Vgl. auch: SCHWARZE (2002): S. 76.
- <sup>95</sup> COHEN JEHORAM/MORTELMANS (1997): S. 13; CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1116 ff.; MONTAG (1997): S. 73 f.; PILNY (1995): S. 957 f.
- <sup>96</sup> Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 50.
- <sup>97</sup> Rs. 238/87, AB Volvo - Erik Veng (UK) Ltd, Slg. 1988, S. 621, Rdn. 8 (Hervorhebung beigefügt).
- <sup>98</sup> MONTAG (1997): S. 73. Gleicher Auffassung: PILNY (1995): S. 958: „Die Feststellung [des EuGH zur Kompetenzabgrenzung im Urteil *Magill*] erscheint als in höchstem Masse fragwürdig [...]“.
- <sup>99</sup> Vgl. Ziffern D.VI bis VIII nachfolgend.
- <sup>100</sup> Rs. 27/76, United Brands Co. und United Brands Continentaal BV - Kommission, Slg. 1978, S. 207, Rdn. 65; Rs. 322/81, Neederlandsche Banden-Industrie Michelin NV - Kommission, Slg. 1983, S. 3461, Rdn. 30.
- <sup>101</sup> Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 47. Anderer Auffassung, aber mit unverständlicher Begründung: EBENROTH/BOHNE (1995): S. 398.
- <sup>102</sup> Statt vieler: CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1001 ff.
- <sup>103</sup> Rs. C-62/86, Akzo Chemie BV - Kommission, Slg. 1991, S. I-3359, Rdn. 60.
- <sup>104</sup> Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 46. Vgl. aber sogleich Ziffer D.III.1 nachfolgend.
- <sup>105</sup> Gleicher Meinung u. a.: EBENROTH/BOHNE (1995): S. 398; JONES/SUFRIN (2001): S. 622.
- <sup>106</sup> Vgl. Ziffer C.I vorstehend.
- <sup>107</sup> LOBER (2002): S. 8, FN 8.
- <sup>108</sup> Ein abgeleiteter respektive nachgelagerter Markt bezeichnet einen Markt auf der nächsten Stufe der Produktions- oder Vertriebskette. Der Vertrieb und Verkauf von Kraftfahrzeugen wäre zum Beispiel im Verhältnis zur Herstellung von Kraftfahrzeugen ein abgeleiteter respektive nachgelagerter Markt (Europäische Kommission [2002]: S. 35).
- <sup>109</sup> So auch SCHMIDT (2005): S. 80 (mit Hinweisen auf abweichende Meinungen in

- FN 412). Gleicher Meinung wie SCHMIDT ist namentlich EILMANSBERGER (2003): S. 16.
- <sup>110</sup> Auf die zeitliche Komponente, die namentlich bei Märkten für saisonale Produkte einen Einfluss auf die beherrschende Stellung haben kann, wird vorliegend nicht eingegangen.
- <sup>111</sup> Rs. 6/72, Europemballage Corporation und Continental Can Co. Inc. - Kommission, Slg. 1973, S. 215, Rdn. 32.
- <sup>112</sup> Vgl. etwa: Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791, Rdn. 33.
- <sup>113</sup> Vgl. etwa: Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310, Rdn. 37.
- <sup>114</sup> SCHMIDT (2005): S. 77; ANDERMAN (1998): S. 159.
- <sup>115</sup> Rs. 27/76, United Brands Co. und United Brands Continentaal BV - Kommission, Slg. 1978, S. 207, Rdn. 11.
- <sup>116</sup> Vgl. etwa: Rs. 322/81, Neederlandsche Banden-Industrie Michelin NV - Kommission, Slg. 1983, S. 3461, Rdn. 28.
- <sup>117</sup> *Ibid.*, Rdn. 104.
- <sup>118</sup> Die verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, wird vom EuGH und der Literatur nach dem Namen der Streithelferin als Fall *Magill* bezeichnet.
- <sup>119</sup> Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 66 bis 71.
- <sup>120</sup> BISHOP/WALKER (1999): S. 103; SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 903, RZ 160; CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1006.
- <sup>121</sup> Rs. 87/76, Hofmann-La Roche & Co. AG - Kommission, Slg. 1979, S. 461, Rdn. 91.
- <sup>122</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 811, RZ 21 und S. 815, RZ 27. Vgl. auch: Verbundene Rs. 6 und 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation - Kommission, Slg. 1974, S. 223, Rdn. 25.
- <sup>123</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 907, RZ 164.
- <sup>124</sup> *Ibid.*
- <sup>125</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 958, RZ 249.
- <sup>126</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 906, RZ 163; Vgl. auch: CRAIG/DE BÚRGA (2003): S. 1003; ANDERMAN (2004b): S. 3.
- <sup>127</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 906, RZ 163.
- <sup>128</sup> Rs. 238/87, AB Volvo - Erik Veng (UK) Ltd, Slg. 1988, S. 621, Rdn. 8 (Hervorhebung beigefügt).
- <sup>129</sup> *Ibid.*, Rdn. 9.
- <sup>130</sup> Vgl. auch Ziffer D.II vorstehend.

<sup>131</sup> Vgl. zum Sachverhalt: Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 6 bis 10.

<sup>132</sup> *Ibid.*, Rdn. 47.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*, Rdn. 49.

<sup>135</sup> *Ibid.*, Rdn. 53.

<sup>136</sup> *Ibid.*, Rdn. 54.

<sup>137</sup> *Ibid.*, Rdn. 55. Bis zur Entscheidung *Microsoft* blieb offen, welche Argumente in Zwangslizenzierungsfällen überhaupt als objektive Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden können. Bei physischen Gütern lässt sich eine Geschäftsverweigerung namentlich durch Kapazitätsgrenzen rechtfertigen. Diese Rechtfertigung fällt bei einer Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten ausser Betracht, da ein Immaterialgüterrecht in beliebiger Anzahl und mit geringem Aufwand vervielfältigt werden kann.

<sup>138</sup> *Ibid.*, Rdn. 56.

<sup>139</sup> *Ibid.*, Rdn. 57.

<sup>140</sup> Verbundene Rs. 6 und 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation - Kommission, Slg. 1974, S. 223.

<sup>141</sup> Diese Interpretation vertritt beispielsweise DESELAERS (1995): S. 565. Vgl. zu diesem Lehrstreit auch ANDERMAN (2004b): S. 5 f.

<sup>142</sup> Vgl. hierzu die Literaturhinweise bei SCHMIDT (2005): S. 25, FN 123.

<sup>143</sup> Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791, Rdn. 41.

<sup>144</sup> *Ibid.*, Rdn. 43.

<sup>145</sup> *Ibid.*, Rdn. 45.

<sup>146</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791, Rdn. 68 der Schlussanträge.

<sup>147</sup> Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310, Rdn. 3 bis 6.

<sup>148</sup> *Ibid.*, Rdn. 28 und 30.

<sup>149</sup> *Ibid.*, Rdn. 38.

<sup>150</sup> Vgl. Ziffer D.VI.2 vorstehend.

<sup>151</sup> Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310, Rdn. 44.

<sup>152</sup> *Ibid.*, Rdn. 45.

<sup>153</sup> *Ibid.*, Rdn. 46 und 52.

<sup>154</sup> SCHMIDT (2005): S. 43.

<sup>155</sup> SCHMIDT (2005): S. 44.

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Vorliegend wird nur die Verpflichtung zur Offenlegung der Schnittstelleninformationen diskutiert. Microsoft wurde von der Kommission auch verpflichtet, den Windows Media Player von anderen Produkten zu entbündeln und separat anzubieten. Darauf wird in dieser Arbeit nicht eingegangen.

<sup>158</sup> EG-Kommission, Entscheid vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation.

<sup>159</sup> *Ibid.*, Rdn. 323 bis 401. Der Marktanteil von Microsoft auf dem Markt für WGS-Betriebssysteme beträgt rund 60% (*Ibid.*, Rdn. 499). Die Konkurrenten verfügen über Marktanteile von zwischen 5 bis 15% (*Ibid.*, Rdn. 507).

<sup>160</sup> *Ibid.*, Rdn. 525.

<sup>161</sup> *Ibid.*, Rdn. 533 und 1063.

<sup>162</sup> *Ibid.*, Rdn. 666 bis 692.

<sup>163</sup> *Ibid.*, Rdn. 585 bis 665.

<sup>164</sup> *Ibid.*, Rdn. 693 bis 708.

<sup>165</sup> *Ibid.*, Rdn. 709 bis 778.

<sup>166</sup> Vgl. zu diesem Punkt u. a.: ANDERMAN (2004b): S. 11 f.; LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115.

<sup>167</sup> Vgl. dazu die Erwägungen des EuGH im Urteil *Magill*: Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 54.

<sup>168</sup> EG-Kommission, Entscheid vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation, Rdn. 709 ff. Bis zur Entscheidung *Microsoft* war ungeklärt, welche Argumente als objektive Rechtfertigungsgründe für eine Lizenzverweigerung geltend gemacht werden können.

<sup>169</sup> *Ibid.*, Rdn. 695: „If Microsoft’s competitors had access to the interoperability information that Microsoft refuses to supply, they could use the disclosure to make advanced features of their own products available”.

<sup>170</sup> *Ibid.*, Rdn. 725: „Microsoft’s research and development efforts are indeed spurred by innovative steps its competitors take in the work group server operating system market. Were such competitors to disappear, this would diminish Microsoft’s incentives to innovate. [...] By contrast [in case of disclosure] competitive pressure would increase Microsoft’s own incentives to innovate”.

<sup>171</sup> *Ibid.*, 555.

<sup>172</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 114 ff.

<sup>173</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 114 (Hervorhebung beigefügt).

<sup>174</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115.

<sup>175</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115.

<sup>176</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115.

<sup>177</sup> Die Begriffe ‘Primärmarkt’ und ‘Sekundärmarkt’ werden in dieser Arbeit nicht mit der Bedeutung verwendet, die sie üblicherweise im Finanzmarkt haben.

<sup>178</sup> ANDERMAN (2004a): S. 7 und 18.

<sup>179</sup> Mit Bezug auf die Marktsituation im Fall *Commercial Solvents* spricht der EuGH einmal von einem „benachbarten Markt“ (Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791, Rdn. 38) und ein anderes Mal von einem „abgeleiteten Markt“ (Verbundene Rs. C-241/91P und C-242/91P, Radio Telefis Eireann [RTE] und Independent Television Publications Ltd [ITP] - Kommission, Slg. 1995, S. I-743, Rdn. 56). Vgl. auch TEMPLE LANG (2002): S. 11: „The market for which access is needed is usually (but not necessarily) a ‘downstream’ market“.

<sup>180</sup> Auf die Tatsache, dass der EuGH im Urteil *IMS Health* einen zweiten Markt mit einer Art ‘Kunstgriff’ kreierte, wird sogleich eingegangen.

<sup>181</sup> TEMPLE LANG (2002): S. 11 f.

<sup>182</sup> TEMPLE LANG (2002): S. 12.

<sup>183</sup> TEMPLE LANG (2002): S. 12.

<sup>184</sup> TEMPLE LANG (2002): S. 11 f.

<sup>185</sup> LOBER (2002): S. 11.

<sup>186</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 11.

<sup>187</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 11.

<sup>188</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 11.

<sup>189</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 11.

<sup>190</sup> FORRESTER (2002): S. 22.

<sup>191</sup> Vgl. Ziffer D.V vorstehend.

<sup>192</sup> Vgl. die Hinweise bei ANDERMAN (1998): S. 188. Es handelt sich namentlich um Fälle von diskriminierender Preisgestaltung, Koppelungsgeschäften und Verdrängungspreisen.

<sup>193</sup> Vgl. zur Sachverhaltsdarstellung SCHMIDT (2005): S. 18 f.; ANDERMAN (1998): S. 189.

<sup>194</sup> Rs. T-51/89, Tetra Pak Rausing SA - Kommission, Slg. 1990, S. II-309, Rdn. 23.

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Schlussanträge von Generalanwalt Kirschner in der Rs. T-51/89, Tetra Pak Rausing SA - Kommission, Slg. 1990, S. II-309 (zitiert nach ANDERMAN [1998]: S. 189).

<sup>197</sup> Vgl. statt vieler: SCHMIDT (2005): S. 3.

<sup>198</sup> Gleicher Meinung wohl auch SCHRÖTER: „Aus der bisherigen Rechtsprechung lässt sich kein Grundsatz ableiten, wonach die Wettbewerbsbeschädigung auf einem anderem Markt als demjenigen der verweigerten Leistung einzutreten hätte“. (SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER [2003]: S. 969, RZ 273).

<sup>199</sup> Vgl. insbesondere Ziffer C.III.2 vorstehend.

<sup>200</sup> Gleicher Auffassung sind RÉGIBEAU/ROCKETT (2004): S. 47.

<sup>201</sup> LÉVÊQUE (2004): S. 25 ff.

<sup>202</sup> LÉVÊQUE (2004): S. 25.

<sup>203</sup> Rs. C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG und andere, Slg. 1998, S. I-7791, Rdn. 41.

<sup>204</sup> Ibid., Rdn. 43.

<sup>205</sup> Ibid., Rdn. 45.

<sup>206</sup> Vgl. auch GOYDER (1998): S. 14: „Competition policy seeks to protect the process of competition, not simply to retain the existence of competitors“.

<sup>207</sup> Vgl. die Hinweise bei SCHMIDT (2005): S. 50, FN 261.

<sup>208</sup> RIDYARD (2004): S. 670: „An asset without access to which it would be jolly inconvenient for rivals because they would need to offer customers a better product in order to overcome the advantages of the incumbent“.

<sup>209</sup> SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (2003): S. 963, RZ 260.

<sup>210</sup> EG-Kommission, Entscheid vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation, Rdn. 712.

<sup>211</sup> Ibid., Rdn. 525.

<sup>212</sup> Vgl. Ziffer C.III.3.b vorstehend.

<sup>213</sup> Vgl. Ziffer D. III vorstehend.

<sup>214</sup> Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310, Rdn. 38.

<sup>215</sup> Rs. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG – NDC Health GmbH & Co. KG, Slg. 2004, S. 310, Rdn. 48. Vgl. auch den Wortlaut von Art. 82 Bst. b EG: Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann insbesondere in „[...] der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ bestehen.

<sup>216</sup> LÉVÊQUE (2004): S. 19 f.

<sup>217</sup> DESELAERS (1995): S. 566.

<sup>218</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115. Vgl. im Detail Ziffer D.VIII vorstehend.

<sup>219</sup> Vgl. dazu Ziffer C.III.2 vorstehend.

<sup>220</sup> LEUPOLD/PAUTKE (2005): S. 115.

<sup>221</sup> OECD (1998): S. 7 (Hervorhebung beigefügt).

<sup>222</sup> EG-Kommission, Entscheid vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft Corporation, Rdn. 695: „If Microsoft’s competitors had access to the interoperability information that Microsoft refuses to supply, they could use the disclosure to make advanced features of their own products available“.

<sup>223</sup> Ibid., Rdn. 725: „Microsoft’s research and development efforts are indeed spurred by innovative steps its competitors take in the work group server operating system market. Were such competitors to disappear, this would diminish Microsoft’s incentives to innovate. [...] By contrast [in case of disclosure] competitive pressure would increase Microsoft’s own incentives to innovate“.

<sup>224</sup> LÉVÊQUE (2004): S. 22.

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> SCHERER/ROSS (1990): S. 660.

<sup>227</sup> Eine fundierte Abklärung der Innovationsauswirkungen im Einzelfall fordern sehr dezidiert insbesondere BISHOP/WALKER (BISHOP/WALKER [1999]: S. 119).

<sup>228</sup> Die Beweislastverteilung ergibt sich aus Art. 2 der Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003 L 1/1).

## **BASLER SCHRIFTEN ZUR EUROPÄISCHEN INTEGRATION**

- O Wir bestellen die Schriftenreihe im Jahresabonnement zu CHF 120.-. Das Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn es nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.
- O Wir bestellen folgende Nummern zum Preis von CHF 20.- (Doppelnr 30.-)
- O Wir sind an einem Publikationsaustausch interessiert.
- O Wir sind an Weiterbildungs-Unterlagen (Nachdiplomkurs) interessiert.

### *\* vergriffen*

- O Nr. 1 Subsidiarität - Schlagwort oder Kurskorrektur (mit Beiträgen von Flavio Cotti, Jean-Paul Heider, Jakob Kellenberger und Erwin Teufel) (Doppelnummer).\*
- O Nr. 2 Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext (Tagungsband/Doppelnummer).\*
- O Nr. 3 Martin Holland, The European Union's Common Foreign and Security Policy: The Joint Action Toward South Africa.\*
- O Nr. 4 Brigid Gavin, The Implications of the Uruguay Round for the Common Agricultural Policy.
- O Nr. 6 Urs Saxer, Die Zukunft des Nationalstaates.
- O Nr. 7 Frank Emmert, Lange Stange im Nebel oder neue Strategie? Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit.
- O Nr. 8 Stephan Kux, Subsidiarity and the Environment: Implementing International Agreements.
- O Nr. 9 Arbeitslosigkeit (mit Beiträgen von Christopher Boyd, Wolfgang Franz und Jean-Luc Nordmann).
- O Nr.10 Peter Schmidt, Die aussenpolitische Rolle Deutschlands im neuen Europa.
- O Nr.11 Hans Baumann, Möglichkeiten und Grenzen der Sozialen Dimension nach Maastricht: Das Beispiel der Bauwirtschaft. \*
- O Nr.12 Georg Kreis, Das schweizerische Staatsvertragsreferendum: Wechselspiel zwischen indirekter und direkter Demokratie.
- O Nr.13 Markus Lusser, Die europäische Währungsintegration und die Schweiz.

- O Nr.14 Claus Leggewie, Ist kulturelle Koexistenz lernbar?
- O Nr.15 Rolf Lüpke, Die Durchsetzung strengerer einzelstaatlicher Umweltschutznormen im Gemeinschaftsrecht (Doppelnummer). O Nr.16 Stephan Kux, Ursachen und Lösungsansätze des Balkankonflikts: Folgerungen für das Abkommen von Dayton
- O Nr.17 Jan Dietze/Dominik Schnichels, Die aktuelle Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ).
- O Nr.18 Basler Thesen für die künftige Verfassung Europas (2. Aufl.).
- O Nr.19 Christian Garbe, Subsidiarity and European Environmental Policy: An Economic Perspective.
- O Nr.20 Claudia Weiss, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention: Die Haltung des Parlaments 1969-1995.
- O Nr.21 Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus.
- O Nr.22 Jürgen Mittelstrass, Stichwort Interdisziplinarität (mit einem anschließenden Werkstattgespräch).
- O Nr.23 William James Adams, The Political Economy of French Agriculture.
- O Nr.24 Aktuelle Fragen der Wirtschafts- und Währungsunion (mit Beiträgen von Gunter Baer, Peter Bofinger, Renate Ohr und Georg Rich) (Tagungsband/Doppelnummer).
- O Nr.25 Franz Blankart, Handel und Menschenrechte.
- O Nr.26 Manfred Dammeyer/Christoph Koellreuter, Die Globalisierung der Wirtschaft als Herausforderung an die Regionen Europas.
- O Nr.27 Beat Sitter-Liver, Von Macht und Verantwortung in der Wissenschaft.
- O Nr.28 Hartwig Isernhagen, Interdisziplinarität und die gesellschaftliche Rolle der Geistes- und Kulturwissenschaften.
- O Nr.29 Muriel Peneveyre, La réglementation prudentielle des banques dans l'Union Européenne.
- O Nr.30 Giuseppe Callovi/Roland Schärer/Georg Kreis, Citoyenneté et naturalisations en Europe.
- O Nr.31 Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht.
- O Nr.32 Jacques Pelkmans, Europe's Rediscovery of Asia. Political, economic and institutional aspects.
- O Nr.33 Maya Krell, Euro-mediterrane Partnerschaft. Die Chancen des Stabilitätstransfers.
- O Nr.34 Valéry Giscard d'Estaing, L'Union Européenne: Elargissement ou approfondissement?
- O Nr.35 Martin Holland, Do Acronyms Matter? The Future of ACP-EU Relations and the Developing World.
- O Nr.36 Andreas Guski, Westeuropa - Osteuropa: Aspekte einer problematischen Nachbarschaft.
- O Nr.37 Matthias Amgwerd, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz - unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts (Doppelnr.)
- O Nr.38 Manfred Rist, Infotainment oder Sachinformation? Die Europäische Union als journalistische Herausforderung (Doppelnummer).
- O Nr.39 Lothar Kettenacker/Hansgerd Schulte/Christoph Weckerle, Kulturpräsenz im Ausland. Deutschland, Frankreich, Schweiz.
- O Nr.40 Georg Kreis/Andreas Auer /Christoph Koellreuter, Die Zukunft der Schweiz in Europa? Schweizerische Informationstagung vom 15. April 1999 veranstaltet durch das EUROPA FORUM LUZERN.
- O Nr.41 Charles Liebherr, Regulierung der audiovisuellen Industrie in der Europäischen Union.
- O Nr.42/3 Urs Saxer, Kosovo und das Völkerrecht. Ein Konfliktmanagement im Spannungsfeld von Menschenrechten, kollektiver Sicherheit und Unilateralismus.
- O Nr.44/5 Gabriela Arnold, sollen Parallelimporte von Arzneimitteln zugelassen werden? Eine Analyse der Situation in der Europäischen Union mit Folgerungen für die Schweiz.
- O Nr.46 Markus Freitag, Die politischen Rahmenbedingungen des Euro: Glaubwürdige Weichenstellungen oder Gefahr möglicher Entgleisungen?
- O Nr.47/8 Andrew Watt, „What has Become of Employment Policy?“ - Explaining the Ineffectiveness of Employment Policy in the European Union.
- O Nr.49 Christian Busse, Österreich contra Europäische Union - Eine rechtliche Beurteilung der Reaktionen der EU und ihrer Mitgliedstaaten

- auf die Regierungsbeteiligung der FPÖ in Österreich.
- O Nr.50 Thomas Gisselbrecht, Besteuerung von Zinserträgen in der Europäischen Union - Abschied vom Schweizerischen Bankgeheimnis?
- O Nr.51 Uta Hühn, Die Waffen der Frauen: Der Fall *Kreil* - erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit? EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-283/98, *Tanja Kreil/BRD*.
- O Nr.52/3 Thomas Oberer, Die innenpolitische Genehmigung der bilateralen Verträge Schweiz - EU: Wende oder Ausnahme bei ausserpolitischen Vorlagen?
- O Nr.54 Georg Kreis, Gibraltar: ein Teil Europas - Imperiale oder nationale Besitzansprüche und evolutive Streiterledigung.
- O Nr.55 Beat Kappeler, Europäische Staatlichkeit und das stumme Unbehagen in der Schweiz. Mit Kommentaren von Laurent Goetschel und Rolf Weder.
- O Nr.56 Gürsel Demirok, How could the relations between Turkey and the European Union be improved?
- O Nr.57 Magdalena Bernath, Die Europäische Politische Gemeinschaft. Ein erster Versuch für eine gemeinsame europäische Aussenpolitik
- O Nr.58 Lars Knuchel, Mittlerin und manches mehr. Die Rolle der Europäischen Kommission bei den Beitrittsverhandlungen zur Osterweiterung der Europäischen Union. Eine Zwischenbilanz.
- O Nr.59 Perspektiven auf Europa. Mit Beiträgen von Hartwig Isernhagen und Annemarie Pieper.
- O Nr.60 Die Bedeutung einer lingua franca für Europa. Mit Beiträgen von Georges Lüdi und Anne Theme.
- O Nr.61 Felix Dinger, What shall we do with the drunken sailor? EC Competition Law and Maritime Transport.
- O Nr.62 Georg F. Krayer, Spielraum für Bankegoismen in der EU-Bankenordnung.
- O Nr.63 Philippe Nell, China's Accession to the WTO: Challenges ahead.
- O Nr.64 Andreas R. Ziegler, Wechselwirkung zwischen Bilateralismus und Multilateralismus Das Beispiel der Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten.
- O Nr.65 Markus M. Haefliger, Die europäische Konfliktintervention im burundischen Bürgerkrieg, („Arusha-Prozess“) von 1996 bis 2002.
- O Nr.66 Georg Kreis (Hrsg), Orlando Budelacci (Redaktion): Der Beitrag der Wissenschaften zur künftigen Verfassung der EU. Interdisziplinäres Verfassungssymposium anlässlich des 10 Jahre Jubiläums des Europainstituts der Universität Basel.
- O Nr.67 Francis Cheneval, Die Europäische Union und das Problem der demokratischen Repräsentation.
- O Nr.68\* Politik und Religion in Europa. Mit Beiträgen von Orlando Budelacci und Gabriel N. Toggenburg.
- O Nr.69 Chantal Delli, Das Wesen der Unionsbürgerschaft, Überlegungen anhand des Falls Rudy Grzelczyk gegen Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve.
- O Nr.70 Federica Sanna, La garantie du droit de grève en Suisse et dans la L'Union européenne.
- O Nr.71 Elze Matulionyte, Transatlantic GMO Dispute in the WTO: Will Europe futher abstain from Frankenstein foods?
- O Nr.72 Rolf Weder (Hrsg.), Parallelimporte und der Schweizer Pharmamarkt.
- O Nr.73 Marc Biedermann, Braucht die EU Lobbying-Gesetze? Annäherungen an eine schwierige Frage.
- O Nr.74 Hanspeter K. Scheller, Switzerland's Monetary Bilateralism. The episode of 1975.
- O Nr.75 Bruno Kaufmann/Georg Kreis/Andreas Gross: Direkte Demokratie und europäische Integration. Die Handlungsspielräume der Schweiz.

ISBN-13: 978-3-905751-01-7

ISBN-10: 3-905751-01-1

Europainstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, CH-4020 Basel,  
Schweiz, Tel. ++41 (0) 61 317 97 67, FAX ++41 (0) 61 317 97 66  
E-mail: [europa@unibas.ch](mailto:europa@unibas.ch), Internet: [www.europa.unibas.ch](http://www.europa.unibas.ch)

© Europainstitut der Universität Basel 2005

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, auch auszugsweise, sowie die Verbreitung auf elektronischem, photomechanischem oder sonstigem Wege bedürfen einer schriftlichen Genehmigung des Europainstituts.