

Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung

Immaterialgüter als Essential-Facilities:
Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Milan Jovanovic

von j
ZollikonZH

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Roger Zach

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungs	Verzeichnis.....XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Einleitung.....	1
1. Kapitel: Grundlagen.....	3
§ 1 Begriffe.....	3
I. Wettbewerb und Wettbewerbsordnung.....	3
II. Die Essential-Facilities-Doktrin.....	4
§ 2 Entwicklung der Essential-Facilities-Doktrin in den USA und der EU.....	6
I. Anfänge der Essential-Facilities-Doktrin in den USA.....	6
II. Rezeption und Evolution der Doktrin in der EU.....	9
III. Unterschiedliche Anwendung der Doktrin in den USA und der EU.....	27
§ 3 Die Essential-Facilities-Doktrin und das Kartellgesetz.....	30
I. Einordnung der Essential-Facilities-Doktrin in die schweizerische Rechtsordnung.....	30
II. Bisherige Essential-Facilities Fälle in der Schweiz.....	44
2. Kapitel: Die Tatbestandsmerkmale.....	55
§ 1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	55
§ 2 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalt.....	56
I. Wesen und Inhalt der ImmaterialgüterrechUc.....	57
II. Spannungsverhältnis zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.....	67
III. Grenzen der Immaterialgüterrechte.....	76
IV. Ergebnis.....	87
§ 3 Kontrolle über wesentliche Immaterialgüter.....	88
I. Einrichtung.....	88
II. Wesentlichkeit.....	91
III. Ergebnis.....	102

§ 4 Marktbeherrschende Stellung	103
I. Stossrichtung der KG-Revision 2003.....	104
II. Markt.....	105
III. Beherrschung.....	112
IV. Ergebnis.....	125
§ 5 Missbrauchliche Lizenzverweigerung	126
I. Entwicklung und Erhöhung der Missbrauchsschwelle.....	126
II. Missbräuchlichkeit der Lizenzverweigerung.....	127
III. Ergebnis.....	146
§ 6 Fehlende sachliche Rechtfertigung	149
I. Einordnung der sachlichen Rechtfertigung.....	150
II. Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	151
III. Ergebnis.....	162
3. Kapitel: Die Rechtsfolge	165
§ 1 Die Unzulässigkeit als Anknüpfungspunkt	165
§ 2 Zivilrechtliche Ansprüche	166
I. Die Systematik des Art. 12 KG.....	167
II. Aktiv- und Passivlegitimation.....	168
III. Beseitigung*- und Unteilassungsansprüche nach Art. 12 Abs. 1 lit. a KG.....	170
IV. Pekuniäre Ansprüche nach Art. 12 Abs. 1 lit. b und c KG.....	174
V. Ergebnis.....	186
§ 3 Verwaltungsrechtliche Folgen der Unzulässigkeit	188
I. Das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren.....	188
II. Die Verwaltungssanktionen.....	195
III. Ergebnis.....	202
§ 4 Vorsorgliche Massnahmen	204
I. Zuständigkeit.....	205
II. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.....	207
III. Ergebnis.....	211
§ 5 Die Zwangslizenz als besondere Folge der Unzulässigkeit	212
I. Das Wesen der Lizenz.....	213
II. Abgrenzung zwischen der kartell- und der immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenz.....	217
III. Die in einer Zwangslizenz zu regelnden Modalitäten.....	234

IV. Innovationshemmender und innovationsfördernder Aspekt der Zwangslizenz.....	251
V. Ergebnis.....	253

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Literaturverzeichnis.....	XXI
Einleitung.....	1
1. Kapitel: Grundlagen.....	3
§ 1 Begriffe.....	3
I. Wettbewerb und Wettbewerbsordnung.....	3
II. Die Essential-Facilities-Doktrin.....	4
1. Essential-Facilities.....	4
2. Essential-Facilities-Doktrin.....	5
§ 2 Entwicklung der Essential-Facilities-Doktrin in den USA und der EU.....	6
I. Anfänge der Essential-Facilities-Doktrin in den USA.....	6
1. Urteile des Supreme Court.....	7
a) Terminal Railroad.....	7
b) Aspen.....	8
c) Trinko.....	8
2. Urteile der Distrikt- und Appellationsgerichte.....	9
II. Rezeption und Evolution der Doktrin in der EU.....	9
1. Anwendung und Verankerung der Doktrin in der EU.....	9
a) British Midland/Aer Lingus.....	9
b) Explizite Bezugnahme in Sealink/B&I - Holyhead.....	10
c) Präzisierung der Konturen in Sea Containers Ltd./Stena Sealink.....	11
2. Erhöhung der Wesentlichkeitsschwelle und Anwendung auf immateriälgüterrechtliche Sachverhalte.....	13
a) RTE und ITP/Kommission - Der Fall Magill.....	13
b) Erhöhung der Anforderungen an die „Wesentlichkeit“ in Oscar Bronner.....	18
c) IMS Health/NDC Health.....	20
d) Microsoft.....	23
III. Unterschiedliche Anwendung der Doktrin in den USA und der EU.....	27
§ 3 Die Essential-Facilities-Doktrin und das Kartellgesetz.....	30
I. Einordnung der Essential-Facilities-Doktrin in die schweizerische Rechtsordnung.....	30

1. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG	31
a) Art. 7 Abs. 1 KG.....	31
b) Art. 7 Abs 2 lit. a KG.....	32
2. Besonderheiten der Essential-Facilities-Doktrin im Vergleich zu Art. 7 Abs. 2 lit. a KG	35
a) Markt.....	36
b) Verhaltenskontrolle - Sruktaueingriff.....	37
c) Abhängigkeitsverhältnis.....	38
d) Verweigerung.....	38
e) Monopoly leveraging.....	40
3. Eigenständigkeit der Essential-Facilities-Doktrin?	42
4. Abgrenzung zum Diskriminierungsverbot nach Art. 7 Abs 2 lit. b KG	43
II. Bisherige Essential-Facilities Fälle in der Schweiz.....	44
1. Zugang zu Netzen	45
a) Zugang zum Kabelnetz - Cablecom GmbH/Teleclub AG.....	45
b) Zugang zum Stromnetz- Wall/Migros' — EEF.....	46
2. Zugang zur Informationsverteilung an Angehörige	47
3. Zugang zu Parkplätzen	50
4. Zugang zu Berufsqualifikationen	52
2. Kapitel: Die Tatbestandsmerkmale.....	55
§ 1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes.....	55
§ 2 Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalte.....	56
I. Wesen und Inhalt der Immaterialgüterrechte.....	57
1. Inhalt und Schutzzumfang der einzelnen Immaterialgüterrechte	58
a) Materielle und ideelle Rechte.....	60
aa) Verwertungsrechte.....	60
bb) Persönlichkeitsrechte.....	60
b) Schutzobjekt der einzelnen Schutzrechte.....	61
aa) Urheberrecht.....	61
bb) Patent-, Marken- und Designrecht.....	63
2. Beschränkung von Sacheigentum vs. Beschränkung des geistigen Eigentums	64
II. Spannungsverhältnis zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.....	67
1. Generelles Spannungsverhältnis	67
a) Konflikt-Theorie.....	69
b) Komplementär-Theorie.....	69
c) Würdigung.....	70
2. Spezifische Probleme bei Essential-Facilities	73
III. Grenzen der Immaterialgüterrechte.....	76

1. Scktoispezifische Regelungen	/6
2. Dem Immaterialgüterrecht immanente Schranken	77
a) Patentgesetz	77
b) Urheberrechtsgesetz	78
c) Markenschutz- und Designgesetz	79
3. Der Art. 3 KG	79
a) Art: 3 Abs. 1 KG	80
b) Ait. 3 Abs. 2 KG	81
IV. Ergebnis	87
§ 3 Kontrolle über wesentliche Immaterialgüter	88
I. Einrichtung	88
1. Physische Einrichtungen	88
2. Inmaterialgüterrechtlich geschützte Positionen	89
3. Unterschiede	90
II. Wesentlichkeit	91
1. Die „Bronner“-Voraussetzungen	91
2. Wesentlichkeit von immateriellen Gütern	94
a) Standards	96
b) Netzwerkeffekte	97
c) „Lock-in“-Effekt	98
d) Beispiele von wesentlichen Immaterialgutem	99
aa) Urheberrechtlich Geschütztes	99
bb) Patentrechtlich Geschütztes	101
cc) Marken- und designrechtlich Geschütztes	102
III. Ergebnis	102
§ 4 Marktbeherrschende Stellung	103
I. Stossrichtung der KG-Revision 2003	104
II. Markt	105
1. Vorliegen verbundener Märkte	106
a) Der Regelfall zweier verbundener Märkte	106
b) Vorliegen nur eines Marktes	106
c) Tragweite der Entwicklung hin zu einem Markt	108
2. Vertikale Integration	110
a) Nichttätigwerden auf dem abgeleiteten Markt	110
b) Fehlen eines zweiten Marktes	112
III. Beherrschung	112
I. Vertikale Marktbeherrschung und Abhängigkeit von einer Essential-Facility	113
a) Vorbemerkung: Vermutung der Marktbeherrschung bei einer Geschäftsverweigerung?!	113

b) Vertikale Marktbeherrschung.....	116
c) Abhängigkeitsverhältnis bei Essential-Facilities Konstellationen.....	118
2. Marktbeherrschende Stellung auf dem Primär- oder Sekundärmarkt?	120
3. „Per se“-Marktbeherrschung	122
a) „Per se“-Marktbeherrschung durch Kontrolle über ein Immaterialgut?.....	123
b) „Per se“-Marktbeherrschung durch Kontrolle eines wesentlichen Immaterialgutes?.....	124
IV. Ergebnis.....	125
§ 5 Missbrauchliche Lizenzverweigerung.....	126
I. Entwicklung und Erhöhung der Missbrauchsschwelle.....	126
II. Missbräulichkeit der Lizenzverweigerung.....	127
1. Ausschluss jeglichen Wettbewerbs	127
a) Verhinderung des Entstehens von Wettbewerb.....	128
aa) Verhinderung des Eintritts in einen bestehenden Markt.....	128
bb) Verhinderung des Eintritts in einen potentiellen Markt.....	129
b) Beendigung bestehender Wettbewerbsverhältnisse.....	130
aa) Unterschied zur Verhinderung des Entstehens von Wettbewerb.....	130
bb) Lockvogel-Strategie.....	131
cc) Die Innovationsprognose.....	132
2. Verhinderung eines neuen Produkts	133
a) Gründe für die Aufnahme des Kriteriums des „neuen Produkts“.....	134
aa) „Schwache“ Immaterialgüterrechte vs. Verbraucherinteressen.....	135
bb) Aktive Förderung horizontaler Mitbewerber.....	136
b) Die „Neuheit“ eines Produkts.....	137
c) Die potentielle Nachfrage nach dem neuen Produkt.....	139
d) Verhältnis zu Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.....	140
aa) Das Abhängigkeitsverhältnis bei Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.....	140
bb) Getrennte und komplementäre Konstellationen.....	142
cc) Innovationsschutz durch Erfordernis eines „neues Produkts“ und Innovationsförderung durch Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.....	144
e) Kumulative oder alternative Bedingung?.....	145
III. Ergebnis.....	146
§ 6 Fehlende sachliche Rechtfertigung.....	149
I. Einordnung der sachlichen Rechtfertigung.....	150
II. Sachliche Rechtfertigungsgründe.....	151
1. Enge Rechtfertigungsmöglichkeiten	151
a) Qualifizierte Marktbeherrschung bei Essential-Facilities.....	152
b) Verhältnisinassigkeitsprinzip.....	152
2. Typische Rechtfertigungsgründe bei wesentlichen Einrichtungen	153
a) Kapazitätsengpässe.....	153

b) Fehlende Voraussetzungen beim zugangswilligen Unternehmen.....	154
aa) Fehlende Solvenz/Unzuverlässigkeit.....	154
bb) Fehlendes Know-how/Sicherheit.....	155
c) Geschäftsinteressen des Einrichtungsinhabers.....	155
3. Versagen der typischen Rechtfertigungsgründe bei wesentlichen Immaterialgütern	156
a) Berufung auf das ausschliessliche Verwertungsrecht.....	156
b) Kapazitätsengpässe.....	157
c) Sicherheit.....	157
d) Verbraucherinteresse an Standards.....	159
e) Amortisation der Investitionen.....	160
aa) Zweistufiges Investitionsrisiko bei Immaterialgütern.....	160
bb) Amortisation durch Lizenzentgelt und Wettbewerbsvorteile.....	161
III. Ergebnis.....	162
3. Kapitel: Die Rechtsfolge.....	165
§ / Die Unzulässigkeit als Anknüpfungspunkt.....'	165
§ 2 Zivilrechtliche Ansprüche.....	166
I. Die Systematik des Art. 12 KG.....	167
II. Aktiv- und Passivlegitimation.....	168
1. Passivlegitimation	168
2. Aktivlegitimation	168
a) Aktivlegitimation nach Art. 12 Abs. 1 KG.....	168
b) Aktivlegitimation nach Art. 12 Abs. 3 KG.....	169
III. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach Art. 12 Abs. 1 lit. a KG.....	170
1. Anspruchsgrundlage in Art. 12 Abs. 1 lit. a KG	170
a) Lizenzverweigerung als bestehende Wettbewerbsbehinderung.....	171
b) Lizenzverweigerung als drohende Wettbewerbsbehinderung.....	171
2. Konkretisierung der Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche durch Art. 13 KG	172
a) Kein abschliessender Beispielkatalog.....	173
b) Zwangslizenz und Art. 13 lit. b KG.....	173
IV. Pekuniäre Ansprüche nach Art. 12 Abs. 1 lit. b und c KG.....	174
1. Schadenersatz aufgrund einer unzulässigen Lizenzverweigerung	175
a) Voraussetzungen nach Art. 41 ff. OR.....	175
b) Das Problem des Schadensnachweises.....	175
aa) Lucrum cessans als Folge der Marktversperrung.....	176
bb) Schadensnachweis nach Art. 42 Abs. 1 OR bei Verhinderung des Markteintritts..	177
cc) Schadensnachweis nach Art. 42 Abs. 1 OR bei Verhinderung des Weiterver-	
bleibs auf einem Markt.....	177

dd) Richterliche Schadensabschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR.....	178
c) Nachweis des Kausalzusammenhangs.....	179
d) Nachweis der Widerrechtlichkeit.....	179
e) Nachweis des Verschuldens.....	< 180
2. Herausgabe des durch die unzulässige Lizenzverweigerung erzielten Gewinns	180
a) Rechtsgrundlage.....	181
b) Aklivlegitimation.....	182
c) Die einzelnen Voraussetzungen.....	182
aa) Gewinnerzielung.....	183
bb) Kausalzusammenhang.....	184
cc) Bösgläubigkeit.....	185
3. Keine Kumulierung von Schadenersatz und Gewinnheiausgabe	185
V. Ergebnis.....	186
§ 3 Verwaltungsrechtliche Folgen der Unzulässigkeit.....	188
I. Das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren.....	188
1. Die Vorabklärung nach Art. 26 KG	189
a) Das verfahrenseinleitende Subjekt.....	189
b) Die Eintretenspraxis des Sekretariats der Wettbewerbskommission.....	189
c) Öffentliches oder privates Interesse an Lizenzierung?.....	191
2. Die Untersuchung nach Art. 27 KG	192
a) Eröffnung und Zweck der Untersuchung.....	192
b) Der Abschluss einer Untersuchung.....	193
c) Gegenstand einer einvernehmlichen Regelung.....	193
aa) Lizenz und Lizenzmodalitäten als Gegenstand der Regelung.....	193
bb) Keine Regelungsmöglichkeit hinsichtlich der Sanktionen nach Art. 49a KG.....	195
II. Die Verwaltungssanktionen.....	195
1. Abgrenzung zwischen Verwaltungs- und Strafsanktion	195
2. Die Sanktionsbemessung nach Art. 49a KG bei unzulässigen Lizenzverweigerungen	197
a) Rechtliche Grundlagen und Bemessungsschritte.....	197
b) Besonderes bei unzulässigen Lizenzverweigerungen.....	198
aa) Der für den Basisbetrag relevante Markt.....	198
bb) Höhe des Basisbetrags aufgrund der Schwere des unzulässigen Verhaltens.....	200
cc) Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des unzulässigen Verhaltens.....	201
III. Ergebnis.....	202
§ 4 Vorsorgliche Massnahmen.....	204
I. Zuständigkeit.....	205
1. Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Zivilgerichte	205
2. Zuständigkeit der Wettbewerbskommission	206

II. Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.....	207
1. Glaubhaftmachung eines materiellen Anspruchs	207
2. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil	208
3. Dringlichkeit aufgrund von Sükstrukturumentierung oder gravierender Strukturveränderung	210
4. Verhältnismässigkeit	211
III. Ergebnis.....	211
§ 5 Die Zwangslizenz als besondere Folge der Unzulässigkeit.....	212
I. Das Wesen der Lizenz.....	213
1. Regelungsobjekt und Rechtsnatur des Lizenzvertrags	213
2. Die verschiedenen Lizenztypen	214
a) Echle, unechte und gemischte Lizenzverträge.....	214
b) Einfache, ausschliessliche und alleinige Lizenzen.....	215
3. Der obligatorische Charakter der Lizenz	215
II. Abgrenzung zwischen der kartell- und der immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenz.....	217
1. Patent- und urheberrechtliche Zwangslizenzen	217
a) Die patenrechtlichen Zwangslizenzen.....	217
aa) Die Abhängigkeits- und die Ausführungslizenz.....	217
bb) Die Zwangslizenz im öffentlichem Interesse nach Art. 40 PatG.....	219
b) Die unfreiwilligen Lizenzen des Urhebers.....	220
aa) Gesetzliche Lizenzen.....	220
bb) Die Zwangslizenz nach Art 23 URG.....	221
2. Der breitere Anwendungs- und Wirkungsbereich der kartellrechtlichen Zwangslizenz	222
a) Breiterer Anwendungsbereich.....	222
b) Breiterer Wirkungsbereich.....	222
3. Kein Vorrang der immaterialgüterrechtlichen Zwangslizenz	224
a) Wahlfreiheit zwischen patent- und kartellrechtlicher Zwangslizenz.....	224
aa) Keine grundsätzlich ausschliessliche Wirkung der patentrechtlichen Zwangslizenznormen.....	225
bb) Wahlfreiheit zwischen der kartellrechtlichen Zwangslizenz und Art. 36 bzw Art. 37 PatG.....	227
cc) Wahlfreiheit zwischen der kartellrechtlichen Zwangslizenz und Art. 40a PatG.....	228
b) Keine Überschneidung zwischen der kartellrechtlichen Zwangslizenz und den Art. 21 und 23 URG.....	232
aa) Art. 21 URG: Keine Wesentlichkeit des Werkes.....	232
bb) Art. 23 URG: Dekompilierung statt Zwangslizenz.....	232
III. Die in einer Zwangslizenz zu regelnden Modalitäten.....	234
1. Behördliche Vertragsgestaltung als Ultima Ratio	234
2. Die verschiedenen Berechnungsarten einer Lizenzgebühr	238
a) Pauschale und leistungsabhängige Lizenzgebühren sowie Mindestlizenzen.....	238

Inhaltsverzeichnis

b) Fälligkeit der Zahlung bei periodischen 'anfallenden Lizenzgebühren.....	239
3. Die Höhe des Lizenzentgelts	239
a) Bei zuvor bereits bestandenen Wettbewerbsverhältnissen.....	240
b) Bei der Verhinderung des Entstehens von Wettbewerb.....	240
aa) Verschiedene Ansätze für die Findung einer angemessenen Lizenzgebühr.....	241
bb) Würdigung.....	241
c) Eigener Lösungsansatz: Die gemischte Amortisations-Umsatz Lizenz.....	242
aa) Amortisationsteil.....	243
bb) Umsatzteil.....	246
4. Die Beendigung der Zwangslizenz	247
a) Wegfall der Wesentlichkeit des Immaterialguts.....	247
b) Kündigung seitens des Lizenznehmers.....	247
c) Kündigung aus wichtigem Grund seitens des Rechteinhabers.....	248
aa) Bei Nichtzahlung des Lizenzentgelts oder Konkurs des Lizenznehmers.....	248
bb) Bei Unzumutbarkeit aufgrund von Vertrauenszersetzung?.....	249
5. Sukzessionsschutz	250
IV. Innovationshemmender und innovationsfördernder Aspekt der Zwangslizenz.....	251
1. Innovationshemmung durch „Zementierung“ der Wesentlichkeit des Immaterialguts	252
2. Innovationsförderung durch Verlagerung der Innovationsuche auf ehemalige Monopol-	
märkte	252
V. Ergebnis.....	253