



HERAUSGEBER: ROGER ZÄCH/ROLF H. WEBER/DANIEL THÜRER

Milan Jovanovic

Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung

**Immaterialgüter als Essential-Facilities:
Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen**

Schulthess § 2007

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 immaterialgüterrechtliche 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 – Struktureingriff	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 – Watt/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. Sektorspezifische Regelungen	76
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) Art. 3 Abs. 2 KG	81
IV. Ergebnis	87
§ 3 Kontrolle über wesentliche Immaterialgüter	88
I. Einrichtung	88
1. Physische Einrichtungen	88
2. Immaterialgüterrechtlich 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 Immaterialgütern	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
1. Vertikale Marktbeherrschung und Abhängigkeit von einer Essential-Facility	113
a) Vorbemerkung: Vermutung der Marktbeherrschung bei einer Geschäftsverweigerung?113	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 Missbräuchliche Lizenzverweigerung.....	126
I. Entwicklung und Erhöhung der Missbrauchsschwelle.....	126
II. Missbräuchlichkeit 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 Innovations-	
förderung 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) Verhältnismässigkeitsprinzip	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

§ 1 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 Schadennachweises	175
aa) Lucrum cessans als Folge der Marktversperrung	176
bb) Schadennachweis nach Art. 42 Abs. 1 OR bei Verhinderung des Markteintritts ..	177
cc) Schadennachweis 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) Aktivlegitimation.....	182
c) Die einzelnen Voraussetzungen.....	182
aa) Gewinnerzielung.....	183
bb) Kausalzusammenhang.....	184
cc) Bösgläubigkeit.....	185
3. Keine Kumulierung von Schadenersatz und Gewinnherausgabe	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 Verwaltungsanktionen	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 Strukturzementierung 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) Echte, 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
I. Patent- und urheberrechtliche Zwangslizenzen.....	217
a) Die patentrechtlichen 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 Urheberrechtsgesetzes.....	220
aa) Gesetzliche Lizenzen.....	220
bb) Die Zwangslizenz nach Art 23 URG.....	221
2. Der breitere Anwendungs- und Wirkungskreis der kartellrechtlichen Zwangslizenz.....	222
a) Breiterer Anwendungskreis.....	222
b) Breiterer Wirkungskreis.....	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

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 Vertrauenszerstörung?	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