

Veröffentlichungen des Instituts  
für deutsches und europäisches Wirtschafts-,  
Wettbewerbs- und Regulierungsrecht  
der Freien Universität Berlin

27

Herausgegeben von Franz Jürgen Säcker

Leonie Kempel

Die Anwendung  
von Art. 102 AEUV  
auf geistiges Eigentum  
und Sach eigentum

PETER LANG  
Internationaler Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
Teil 1 Gegenstand der Untersuchung: Die Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum und Sacheigentum	5
A. Anwendbarkeit des Kartellrechts auf geistiges Eigentum.....	5
I. Zum Verhältnis von Kartellrecht und Recht des geistigen Eigentums .....	6
II. Immunität des geistigen Eigentums.....	8
III. Eingeschränkte Anwendbarkeit des Kartellrechts.....	10
1. Trennung von Bestand und Ausübung .....	10
2. Der spezifische Gegenstand.....	12
IV. Abschließende Regelung der Schranken im Recht des geistigen Eigentums .....	14
V. Uneingeschränkte Anwendbarkeit des Kartellrechts.....	15
B. Eigentumsrechte als Anwendungsobjekt von Art. 102 AEUV: Sacheigentum und geistiges Eigentum im Vergleich .....	18
I. Der Eigentumsbegriff .....	18
1. Sacheigentum.....	19
2. Geistiges Eigentum.....	19
II. Entstehung von Eigentum durch Leistung.....	20
1. Legitimation von Ausschließlichkeitsrechten .....	20
2. Originärer Eigentumserwerb .....	24
III. Absolutheit.....	25

IV.	Besitz.....	25
V.	Ubiquität und Rivalität.....	26
VI.	Die Übertragung von Nutzungsrechten an Sacheigentum und geistigem Eigentum.....	27
1.	Das Verpflichtungsgeschäft.....	27
2.	Das Erfüllungsgeschäft.....	28
C.	Die tatsächlichen Folgen der Nutzungsgewährung und deren Berücksichtigung im Rahmen des kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs.....	29
I.	Auswirkungen auf die ausschließliche Nutzung eines Rechtsgutes durch den Eigentümer .....	30
1.	Folgen für die Nutzung körperlicher Sachen.....	30
2.	Folgen für die Ausübung von Immaterialgüterrechten .....	30
II.	Auswirkungen des Kontrahierungszwangs auf Substanz und Wert des Eigentumsrechts .....	31
III.	Auswirkungen des Kontrahierungszwangs auf den Investitionsanreiz.....	32
D.	Fazit .....	33
Teil 2	Die Beurteilung der Lizenzierungspraxis von Unternehmen nach Art. 102 AEUV: Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung	35
A.	Alternative Rechtsgrundlagen im Kartellrecht.....	37
I.	Die Beurteilung des Inhalts von Lizenzverträgen nach Art. 101 AEUV und nach den besonderen Regelungen in der TT-GVO .....	37
II.	Die Beurteilung der Lizenzierungspraxis von Unternehmen nach § 19 GWB .....	41
B.	Abgrenzung des relevanten Marktes .....	42
I.	Methoden zur Marktabgrenzung.....	42
II.	Marktabgrenzung anhand von Monopolstellungen .....	43

III. Marktabgrenzung und Immaterialgüterrechte in der Rechtsprechung: Die Fälle IMS Health, Magill und Hilti .....	45
1.    IMS Health.....	45
2.    Magill.....	45
3.    Hilti .....	46
4.    Zusammenfassung .....	47
IV. Marktabgrenzung und Immaterialgüterrechte in der Literatur.....	47
V. Zusammenfassung .....	49
C. Feststellung der marktbeherrschenden Stellung.....	50
I.    Marktanteile .....	51
II.    Marktzutrittsschranken .....	52
III.    Unternehmensstruktur.....	52
IV.    Wesentliche Einrichtungen.....	53
V.    Marktbeherrschung durch Immaterialgüterrechte in der Entscheidungspraxis.....	54
1.    Parke, Davis & Co.....	54
2.    Magill.....	55
3.    Sirena/Eda.....	56
VI.    Zusammenfassung .....	57
D. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung .....	58
I.    Der Begriff des missbräuchlichen Verhaltens .....	58
1.    Verhaltensweisen außerhalb des Leistungswettbewerbs.....	58
2.    Unternehmerisches Verhalten aus der Sicht der Wettbewerber.....	59
3.    Der objektive Missbrauchs begriff .....	61
4.    Direkter und indirekter Schutzrechtsmissbrauch .....	63

5. Zusammenfassung .....	64
II. Fallgruppen missbräuchlichen Verhaltens im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten .....	65
1. Möglichkeiten des Missbrauchs bei der Entstehung von Schutzrechten .....	65
a) Zuweisung ausschließlicher Rechte .....	65
b) Der missbräuchliche Erwerb von Schutzrechten: Sperrpatente .....	67
aa) Der Fall CICRA/Renault .....	67
bb) Der Fall Tetra Pak I .....	67
cc) Bewertung .....	68
c) Zusammenfassung .....	70
2. Missbrauch durch die Gestaltung von Lizenzverträgen .....	70
a) Unangemessene Lizenzgebühren .....	70
b) Unangemessene sonstige Geschäftsbedingungen in Lizenzverträgen .....	72
c) Diskriminierung .....	72
d) Preisstrategien .....	73
e) Ausschließlichkeitsbindungen .....	73
f) Vertriebs- und Verwendungsbedingungen .....	74
g) Koppelungsverträge .....	74
h) Zusammenfassung .....	77
3. Missbrauch durch die Verweigerung von Lizzenzen .....	78
a) Missbräuchliche Beendigung eines Lizenzvertrages .....	78
b) Missbräuchliche Verweigerung des Abschlusses eines Lizenzvertrages .....	79

aa)	Lizenzverweigerung im Einzelfall.....	80
bb)	Konsequente Lizenzverweigerung .....	80
c)	Das Diskussionspapier der Kommission zur missbräuchlichen Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen .....	81
aa)	Besondere Bedeutung des Vertragsgegenstandes .....	81
bb)	Rechtfertigungsgründe.....	82
cc)	Besondere Voraussetzungen der missbräuchlichen Abschlussverweigerung für Verträge betreffend geistiges Eigentum .....	83
d)	Die besondere Bedeutung des Vertragsgegenstandes in der Entscheidungspraxis .....	84
e)	Weitere Aspekte der Lizenzverweigerung .....	85
aa)	Die Lizenzverweigerung unter dem Aspekt des Leveraging.....	85
bb)	Die Lizenzverweigerung bei abhängigen Patenten und die Schrankenregelung im Patentrecht .....	86
cc)	Die Lizenzverweigerung als Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gemäß Art. 102 S.2 b) AEUV .....	87
f)	Zusammenfassung.....	88
4.	Missbräuchliches Geltendmachen von Schutzrechtsverletzungen .....	89
E.	Fazit .....	90
Teil 3	Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs von Marktmacht nach der Essential-facility-Doktrin	93
A.	Anwendung der Essential-facility-Doktrin im europäischen Kartellrecht .....	94
I.	Die Essential-facility-Doktrin im Rahmen der Anwendung von Art. 102 AEUV .....	94

II.	Die Anwendung der Essential-facility-Doktrin auf Immaterialgüterrechte .....	96
B.	Die wesentliche Einrichtung.....	99
I.	Begriff der Duplizierung.....	100
II.	Unmöglichkeit der Duplizierung .....	100
III.	Immaterielle wesentliche Einrichtungen .....	102
IV.	Zusammenfassung .....	104
C.	Marktabgrenzung nach der Essential-facility-Doktrin: Primärmarkt und Sekundärmarkt .....	104
I.	Die Marktabgrenzung in der Rechtsprechungspraxis: Die Fälle Magill und IMS Health.....	105
1.	Magill.....	105
a)	Sachverhalt.....	105
b)	Marktabgrenzung durch Kommission und EuG .....	106
c)	Marktabgrenzung durch den EuGH .....	106
d)	Stellungnahme.....	107
2.	IMS Health.....	107
a)	Sachverhalt.....	108
b)	Entscheidung der Kommission .....	109
c)	Vorlage an den EuGH .....	110
d)	Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano.....	110
e)	Entscheidung des EuGH .....	111
f)	Stellungnahme.....	112
II.	Einzelne Aspekte der Marktabgrenzung in der Bewertung.....	112
1.	Marktabgrenzung anhand von Produktionsstufen.....	112
2.	Hypothetischer Primärmarkt.....	114

3.	Abgrenzung des Primärmarktes anhand der wesentlichen Einrichtung .....	116
4.	Verbundene und benachbarte Märkte.....	120
5.	Verbundene Märkte bei unterschiedlichen Arten von wesentlichen Einrichtungen .....	123
a)	Infrastrukturen.....	123
b)	Bewegliche Sachen .....	123
c)	Immaterialgüter .....	124
6.	Die Abgrenzung zweier verbundener Märkte als Ursache für die Intensivierung der Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum .....	125
a)	Primärmarkt für Lizenzen .....	125
b)	Verbundene Märkte als typische Situation bei der Ausübung von Immaterialgüterrechten.....	127
aa)	Primär- und Sekundärmarkt als aufeinander aufbauende Produktionsstufen.....	127
bb)	Primär- und Sekundärmarkt als verbundene Märkte.....	128
c)	Intensivierung der Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum.....	128
III.	Zusammenfassung .....	128
D.	Der Missbrauch von Marktmacht durch die Verweigerung des Zugangs zur wesentlichen Einrichtung.....	129
I.	Die Verhinderung eines neuen Produktes .....	130
1.	Die Verhinderung eines neuen Produktes in der Entscheidungspraxis .....	131
2.	„Neues“ Produkt: Bestimmung eines relativen Begriffes .....	133
a)	Die Produkte auf dem Sekundärmarkt als Vergleichsobjekt ....	134
b)	Die wesentliche Einrichtung als Vergleichsobjekt .....	136

aa) Schnittmenge der Eigenschaften von wesentlicher Einrichtung und Produkt .....	136
bb) Methoden zur Bestimmung der Schnittmenge .....	136
cc) Sonderfall: Plagiierung der Produkte des marktbeherrschenden Unternehmens.....	138
3. Vergleichsobjekt wesentliche Einrichtung: Funktion und praktische Anwendung dieser Begriffsbestimmung .....	139
a) Die Hebelwirkung der wesentlichen Einrichtung.....	139
b) Keine Umgehung des Missbrauchsverbots .....	141
c) Wettbewerbsschutz .....	143
d) Berücksichtigung des Leistungsschutzes .....	143
aa) Leistungsschutz als Rechtfertigungsgrund.....	145
bb) Gesetzliche Monopole .....	146
cc) Begleitentwicklungen .....	146
4. Die Verhinderung eines neuen Produktes als besondere Voraussetzung für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Immaterialgüterrechte .....	147
a) Entwicklung des Kriteriums in der Rechtsprechung .....	148
b) Kritische Bewertung des Kriteriums in der Literatur .....	148
c) Stellungnahme: Besondere Bedeutung des Kriteriums bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum .....	149
5. Zusammenfassung .....	151
II. Die Verhinderung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt .....	152
1. Die Funktion des Kriteriums der Verhinderung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.....	153
2. Der Zusammenhang zwischen der Zugangsverweigerung zur wesentlichen Einrichtung und der Verhinderung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt.....	154

3.	Zur kumulativen Anwendung der Kriterien der Verhinderung eines neuen Produktes und des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt.....	156
a)	Die Verhinderung von Wettbewerb in der Gesetzesystematik.....	156
b)	Der Nachteil für den Verbraucher als Ausgangspunkt bei der Bestimmung des Verhältnisses der Kriterien von Produkt- und Wettbewerbsverhinderung.....	157
aa)	Einschränkung des Angebotes.....	157
bb)	Fehlende Anpassung des Angebotes an die Nachfrage.....	158
4.	Wettbewerbsverhinderung durch direkten und indirekten Schutzrechtsmissbrauch.....	159
5.	Die Verhinderung des Wettbewerbs als besondere Voraussetzung für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum .....	159
6.	Zusammenfassung .....	160
E.	Neubewertung der Fälle Magill und IMS Health.....	161
I.	Magill.....	161
1.	Ursprüngliche Beurteilung .....	161
2.	Neubewertung.....	163
II.	IMS Health.....	164
1.	Ursprüngliche Beurteilung .....	164
2.	Neubewertung.....	164
F.	Fazit .....	165
Teil 4	Die Verhältnismäßigkeit des Kontrahierungszwangs nach Art. 102 AEUV	169
A.	Abwägung zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Maßnahmen.....	169

## XVIII

B. Abwägung zwischen unterschiedlichen Arten von Kontrahierungszwang .....	170
I.    Auswahl der geeigneten Abhilfemaßnahme anhand des Gegenstandes des verweigerten Vertragsschlusses.....	171
II.   Auswahl der erforderlichen Abhilfemaßnahme anhand der Marktsituation.....	171
III.  Auswahl des mildesten Mittels .....	172
IV.  Auswahl der Abhilfemaßnahme in der Entscheidungspraxis.....	173
V.   Auswahl der Abhilfemaßnahme bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf geistiges Eigentum und Sacheigentum.....	175
C. Ausgestaltung des Kontrahierungszwangs.....	176
D. Berücksichtigung der Folgen des Kontrahierungszwangs .....	177
E. Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Essential-facility-Doktrin.....	178
F. Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen im Vorfeld der Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	178
G. Fazit .....	179
Teil 5    Ergebnisse der Untersuchung	181