

Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag

von

Prof. Dr. Wolfgang Büscher, Willi Erdmann, Maximilian Haedicke, Prof. Dr. Helmut Köhler, Michael Loschelder

1. Auflage

[Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag – Büscher / Erdmann / Haedicke / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 65911 9

inhaberin würde unterschiedliche Gebühren von Lizenznehmern verlangen. Obwohl sich die Revision der Beklagten gerade gegen die Verneinung der Diskriminierung durch das Berufungsgericht richtete, ließ der BGH die Frage offen, ob überhaupt eine Diskriminierung vorlag,⁵¹ sondern wies die Revision zurück, weil schon die Voraussetzungen für die Geltendmachung des „kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes“ nicht gegeben waren. Offensichtlich scheint es dem BGH nicht darauf anzukommen, dass es im entscheidungserheblichen Fall gar nicht um eine grundsätzliche Lizenzverweigerung, sondern um eine bloße Diskriminierung ging. In der Entscheidung heißt es:⁵²

Der aus einem Patent in Anspruch genommene Beklagte kann allerdings grundsätzlich dem Unterlassungsbegehren des Patentinhabers den Einwand entgegenhalten, der Kläger behindere ihn mit der Weigerung, einen Patentlizenzvertrag abzuschließen, unbillig in einem gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr oder diskriminiere ihn gegenüber anderen Unternehmen und missbrauche damit seine marktbeherrschende Stellung.

Für den BGH allein entscheidend ist danach, dass der Kläger einen Unterlassungsanspruch geltend macht. Deshalb sollen auch für die Frage, was der Lizenzpetent tun muss, bevor er das Schutzrecht auf der Grundlage des § 20 Abs. 1 GWB aF nutzen darf, einheitliche Grundsätze geltend, unabhängig davon, ob es das Ziel des Klägers ist, die Nutzung generell zu verhindern oder lediglich höhere Gebühren durchzusetzen.

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass der BGH in seiner Rechtsprechung zu § 20 Abs. 1 GWB aF keine klare Unterscheidung zwischen den Fällen der absoluten Lizenzverweigerung und der Lizenzverweigerung zur Durchsetzung diskriminierender Lizenzgebühren getroffen hat. Damit stellt sich die Frage, ob die Anwendung strengerer Maßstäbe, die vor allem von der europäischen Rechtsprechung für den Fall der Lizenzverweigerung für einen Missbrauch gefordert werden, auch dann Geltung beanspruchen, wenn sich der Rechteinhaber lediglich auf den Unterlassungsanspruch beruft, um diskriminierende Gebührensätze durchzusetzen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass derartige Fälle die europäischen Gerichte bislang nicht beschäftigt haben. Die drei Hauptfälle *Magill*,⁵³ *IMS Health*⁵⁴ und *Microsoft*⁵⁵ betrafen allesamt Konstellationen, in denen der Rechteinhaber generell die Erteilung einer Lizenz verweigerte.

3. Zur Abgrenzung der Fälle der Lizenzverweigerung und der Diskriminierung

Im deutschen Kartellrecht findet sich in § 20 Abs. 1 GWB aF (jetzt § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB) ein eigener Verbotstatbestand für Diskriminierungen, die von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehen. Dieser Tatbestand war schon früher dogmatisch als Unterfall des im Übrigen in § 19 Abs. 1 und 4 GWB aF geregelten Missbrauchstatbestands einzuordnen. Die kürzlich in Kraft getretene 8. GWB-Novelle bestätigt dies durch die Integration des Falles der Diskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen im neuen § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB (bislang § 19 Abs. 4 GWB).⁵⁶ Wie soeben anhand der Analyse der Rechtsprechung des BGH gezeigt werden konnte, wird dieser Tatbestand auch dann herangezogen, wenn eine Lizenzverweigerung vorliegt, diese aber nur einigen Marktteilnehmern gegenüber praktiziert wird.⁵⁷ Wird dagegen allen Marktteilnehmern die Lizenzierung verweigert, ist nach deutschem Recht nicht etwa davon auszugehen, dass

⁵¹ BGH GRUR 2009, 694 Rn. 21 – Orange-Book-Standard.

⁵² BGH GRUR 2009, 694 Rn. 22 – Orange-Book-Standard.

⁵³ EuGH Slg. 1995, I-828 = GRUR Int. 1995, 590 – Magill.

⁵⁴ EuGH Slg. 2004, I-5039 = EuZW 2004, 345 = GRUR 2004, 524 = GRUR Int. 2004, 644 – IMS Health.

⁵⁵ EuG Slg. 2007, II-3601 – Microsoft.

⁵⁶ Siehe Art. 1 Nr. 6 lit. c aa des Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), vom 26.6.2013, BGBl. I S. 1738.

⁵⁷ BGH GRUR 2004, 966 (968) – Standard-Spundfass.

es an einem Missbrauch fehlt. Vielmehr ist dann auf den allgemeinen Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB nF zuzugreifen.⁵⁸

Letzteres entspricht der Praxis der europäischen Gerichte für die Anwendung des EU-Kartellrechts. Diese haben sich in ihren Entscheidungen auf Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV und nicht den Diskriminierungstatbestand des Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV gestützt, was sich auch schon daraus erklärt, dass den europäischen Gerichten keine diskriminierenden Praktiken vorlagen.⁵⁹

Die Praxis zeigt, dass sich die verschiedenen Fälle des Missbrauchs nicht deutlich voneinander abgrenzen lassen. Bestimmtes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen kann durchaus auch mehrere Einzeltatbestände gleichzeitig erfüllen.

Für die Frage, ob die strengeren Voraussetzungen für das Vorliegen eines Missbrauchs im Falle der Lizenzverweigerung auf die Fälle diskriminierender Lizenzpraktiken übertragen werden müssen, ist deshalb auf die Begründung dieser strengeren Grundsätze zurückzukommen. Auf der Ebene des europäischen Rechts bildet die Entscheidung in *Volvo* den Ausgangspunkt. Dort hat der EuGH den Grundsatz aufgestellt, dass die Verweigerung einer Lizenz „als solche“ keinen Missbrauch darstellen könne und dies damit begründet, das die Befugnis des Rechteinhabers, Dritte an der Benutzung seines Erzeugnisses zu hindern, gerade die „Substanz“ seines ausschließlichen Rechts darstelle.⁶⁰ Gleichzeitig machte das Gericht aber auch klar, dass die Ausübung des ausschließlichen Rechts aufgrund europäischen Kartellrechts eingeschränkt werden könne, wenn die Ausübung des Rechts zu „bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt“.⁶¹ Als Beispiel solcher Verhaltensweisen nannte der EuGH im Lichte des streitgegenständlichen Falles, der den geschmacksmusterrechtlichen Schutz von Kfz-Ersatzteilen betraf, ua die „willkürliche Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern“. Damit scheint der EuGH für die Einordnung der Lizenzverweigerung als Missbrauch ein zusätzliches Element der Missbräuchlichkeit zu fordern. Mit dem Hinweis auf die Schlechterstellung unabhängiger Werkstätten im Vergleich zu Vertragswerkstätten stellt der EuGH dabei gerade auf ein Zusammentreffen der Lizenzierung mit diskriminierendem Verhalten als Konstellationen ab, in denen eine kartellrechtliche Lizenzpflicht begründet sein kann.⁶² In *Magill* hat der EuGH diesen Ansatz weiterentwickelt und für den Fall der Marktmachtausdehnung auf einen Sekundärmarkt unter Berufung auf ex-Art. 86 Abs. 2 lit. b EGV-Maastricht (jetzt Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV) die Verhinderung des Auftretens eines neuen Erzeugnisses als besondere Vorausset-

⁵⁸ Nicht einschlägig ist § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Die Lizenzverweigerung kann es zwar anderen Unternehmen unmöglich machen, auf nachgelagerten Märkten als Wettbewerber im Sinne dieser Vorschrift tätig zu werden. Immaterialgüterrechte sind jedoch weder Netze noch Infrastruktureinrichtungen i. S. dieser Vorschrift. Der Gesetzgeber hatte die Anwendung dieser Norm auf „wesentliche Immaterialgüterrechte“ im Rahmen der 6. GWB-Novelle diskutiert, aber letztlich abgelehnt. Siehe *Wiedemann* in *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 64.

⁵⁹ Siehe vor allem EuGH Slg. 1995, I-828 = GRUR Int. 1995, 590 Rn. 54 – *Magill*. In *IMS Health* (EuGH Slg. 2004, I-5039 = EuZW 2004, 345 = GRUR 2004, 524 = GRUR Int. 2004, 644) hat der Gerichtshof diese Vorschrift nicht angesprochen. Dagegen hat das EuG in *Microsoft* (EuG Slg. 2007, II-3601 Rn. 643 und 647) wieder auf die Kriterien des Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV Bezug genommen, um zu einer Flexibilisierung der vom EuGH in *IMS Health* aufgestellten Anforderungen zu kommen.

⁶⁰ EuGH Slg. 1988, 2611 = GRUR Int. 1990, 141 Rn. 8 – *Volvo*.

⁶¹ EuGH Slg. 1988, 2611 = GRUR Int. 1990, 141 Rn. 9 – *Volvo*.

⁶² Zu beachten ist gleichwohl, dass der EuGH in *Volvo* nicht den Fall der diskriminierenden Lizenzverweigerung anspricht. Die Lizenzverweigerung und Diskriminierung erfolgt im Falle angesprochenen Beispiel gegenüber unterschiedlichen Personen. Die Lizenzverweigerung richtete sich gegen die unabhängigen Hersteller von Ersatzteilen und nicht die Betreiber unabhängiger Werkstätten.

zung des Missbrauchs formuliert.⁶³ Nach Ansicht des Gerichts Erster Instanz in *Microsoft* ist diese sog. *new-product rule* nur in den Fällen der Lizenzverweigerung zusätzlich zu prüfen, während es in den übrigen Fällen der Liefer- bzw. Geschäftsverweigerung ausreichen soll, dass die Belieferung unerlässlich ist, um auf dem Markt einzutreten, die Verweigerung wirksamen Wettbewerb auf einem Sekundärmarkt ausschließt und die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt werden kann.⁶⁴

Wie gesehen hat der BGH in *Standard-Spundfass* im Einklang mit der Rechtsprechung der europäischen Gerichte die Bedeutung des Immaterialgüterrechts bei der Prüfung des kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwandes anerkannt. Während der EuGH aber bei der bloß formalen Betrachtung der Ausschließlichkeit als Substanz stehen bleibt (*Volvo*), weist der BGH ganz zutreffend auf die Rolle des Immaterialgüterrechts im Wettbewerbsprozess hin.⁶⁵ Damit anerkennt der BGH die moderne Komplementaritätsthese, wonach auch das Immaterialgüterrecht Teil des Wettbewerbssystems ist, indem es imitierenden Wettbewerb ausschließt und damit zu substitutivem Wettbewerb mit besseren Produkten anregt. Im Lichte dieser Argumentation lässt sich auch die Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte zu Art. 102 AEUV so verstehen, dass durch besondere Anforderungen an eine Lizenzerteilungspflicht lediglich der wettbewerbspolitischen Bedeutung der Immaterialgüterrechte als Ausschließlichkeitsrechte und damit den dynamischen Wettbewerbsauswirkungen entsprochen werden soll.

Auf der Linie dieser Überlegungen des BGH lässt sich schließlich entscheiden, ob die besonderen Anforderungen, die für die reinen Fällen der Lizenzverweigerung entwickelt wurden, auch auf die Fälle der Festsetzung diskriminierender Lizenzgebühren übertragen werden sollten. Hiergegen scheint auf den ersten Blick zu sprechen, dass anders als in den Fällen der Lizenzverweigerung, die die europäische Praxis prägen, der Rechteinhaber in den Fällen diskriminierender Lizenzgebühren die Produktion und damit Imitation durch Dritte zulässt. Jedoch scheint der BGH in *Standard-Spundfass* die Dinge anders gesehen zu haben. Denn auch dort ging es um eine Konstellation, in der der Rechteinhaber Imitationswettbewerb auf dem nachgelagerten Produktmarkt gestattet hat, indem er einer Reihe von Herstellern – aber eben nicht allen – eine Lizenz gewährte. Trotzdem sah sich der BGH veranlasst, dem Immaterialgüterrecht als Ausschließlichkeitsrecht besondere Bedeutung zuzumessen.

Tatsächlich ist hier dem Ansatz des BGH zu folgen. Entscheidend kommt es auf die wettbewerbspolitische Bedeutung der Ausschließlichkeit des Rechts an. Diese ermöglicht dem Wettbewerber nicht nur, die Produktion in eigenen Händen zu monopolisieren. Sie kann und soll auch dazu eingesetzt werden, im Wettbewerbsgeschehen angemessene Preise zu verhandeln. Keineswegs geht es nur um statische Effizienz, wenn der Rechteinhaber versucht, möglichst hohe Einnahmen durchzusetzen. Überhöhte Lizenzgebühren können dazu führen, dass innovative Produkte im Markt weniger verfügbar sind und damit Innovationsprozesse nicht zuletzt in Bezug auf Folgeinnovationen durch Lizenznehmer beeinträchtigt werden.⁶⁶ Die Befugnis, die Lizenzierung gegebenenfalls zu verweigern, bildet

⁶³ EuGH Slg. 1995, I-828 = GRUR Int. 1995, 590 (54) – Magill.

⁶⁴ EuG Slg. 2007, 3601 Rn. 334 – Microsoft. Offen gelassen wurde diese Frage in EuGH Slg. 1998, I-7791 = EuZW 1999, 86 = GRUR Int. 1999, 262 – Bronner. Der EuGH verneinte in diesem Fall der gewöhnlichen Geschäftsverweigerung schon die Unerlässlichkeit des Zugangs des Wettbewerbers zum System der Haustürzustellung von Zeitungen, die das marktbeherrschende Unternehmen aufgebaut hatte.

⁶⁵ Siehe hierzu das Zitat oben III. 2.

⁶⁶ Deshalb lässt sich in Bezug auf die gegenwärtig besonders intensiv geführte Diskussion um die kartellrechtliche Kontrolle standardessenzieller Patente zur Durchsetzung sog. FRAND-Lizenzbedingungen durchaus argumentieren, dass für das europäische Recht überhöhter Lizenzgebühren nicht nur einen Ausbeutungsmissbrauch nach Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, sondern auch einen Missbrauch wegen Einschränkung der technologischen Entwicklung nach Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV darstellen. Siehe hierzu aktuell *Gagnon*, Journal of Antitrust Enforcement 2013, 1.

damit einen integralen Bestandteil des Preismechanismus in Lizenzmärkten und wirkt sich sowohl statisch wie dynamisch aus. Der Umstand, dass Rechteinhaber gegen Nutzer auf Unterlassung klagen, wenn diesen Nutzern die Gebührenforderungen zu hoch erscheinen und die Immaterialgüterrechte einfach nutzen, erscheint danach als exaktes Spiegelbild dieser wettbewerblichen Überlegungen.

Es kommt hinzu, dass sich Fälle der diskriminierenden Gebührenfestsetzung in der Praxis oft nur schwer oder gar nicht von den Fällen der reinen Lizenzverweigerung abgrenzen lassen. Der Rechteinhaber muss seine Gebührenforderungen nur hoch genug ansetzen, um für andere Unternehmen den Lizenzvertrag ökonomisch unattraktiv zu machen. Dies zeigt sich vor allem in den Fällen der Kosten-Preis-Schere (sog. *margin squeeze*). Ein vertikal integrierter Rechteinhaber, der auch auf dem nachgelagerten Produktmarkt tätig ist, muss sein Ziel, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, nicht notwendig dadurch zu erreichen versuchen, dass er diesen die Lizenzerteilung prinzipiell verweigert. Dieses Ziel lässt sich auch mit überhöhten Gebührenforderungen durchsetzen. In solchen Fällen wird deshalb von einem „constructive refusal to deal“ gesprochen. Die Europäische Kommission hat diese Überlegungen in ihren „Erläuterungen“ zur Anwendung von Art. 102 AEUV aus dem Jahre 2009 ausdrücklich bestätigt, indem sie für die Anwendung der dort aufgestellten Voraussetzungen für die Missbräuchlichkeit einer Lieferverweigerung keine ausdrückliche Verweigerung verlangt. Vielmehr soll eine „konstruktive Verweigerung“ genügen, die auch im Verlangen unangemessener Bedingungen bestehen kann.⁶⁷

So mag auch im Falle *Elektronischer Programmführer* die Frage gestellt werden, ob wirklich nur eine diskriminierende Lizenzpraxis im Raume steht, oder nicht doch eine Lizenzverweigerung gegeben ist. Bezwecken die Sendeunternehmen mit der Einführung eines EPG-Tarifs über die VG Media lediglich eine Einkommenssteigerung oder die Verhinderung der Nutzung ihrer Bild- und Textmaterials durch die EPG-Anbieter? Letztlich kommt es hierauf wie gezeigt aber gar nicht an. Denn auch im ersten Falle ist davon auszugehen, dass die Geltendmachung des Ausschließlichkeit über den Unterlassungsanspruch zur wettbewerbsrechtlich schutzwürdigen DNA des Immaterialgüterrechts gehört.

Im Ergebnis macht es daher für die Anwendung des § 20 Abs. 1 GWB aF (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB nF) keinen Unterschied, ob der Rechteinhaber die Lizenzerteilung prinzipiell verweigert oder nur, um höhere Gebühren durchzusetzen. Die besondere wettbewerbliche Funktion des Urheberrechts hätte entsprechend in der Entscheidung *Elektronischer Presseführer* eine gebührende Würdigung verdient.

IV. Zum angemessenen Prüfungsmaßstab

Die zentrale Frage bleibt natürlich, wie sich die wettbewerbsrechtlich anzuerkennende Ausschließlichkeit des Urheberrechts in der Prüfung des kartellrechtlichen Diskriminierungstatbestandes niederschlagen soll.

1. Zur Gefahr des formalen Vorgehens

Dabei ist die Gefahr des Rechtsformalismus schon im Lichte der tatbestandlichen Voraussetzungen groß. Diese Gefahr ergibt sich schon aus den weichen Anforderungen an das Vorliegen einer Diskriminierung. § 20 Abs. 1 GWB aF verlangte eine Ungleichbehandlung (1.) von gleichartigen Unternehmen (2.) in einem Geschäftsverkehr, der diesen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Die zweite Anforderung ist von der 8. GWB-Novelle im

⁶⁷ Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU 2009 C 45, 7 Rn. 79.

neuen § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB gestrichen worden. Damit wird der Nachweis der Diskriminierung offensichtlich – im Ergebnis aber kaum merklich – erleichtert. Der Regierungsentwurf begründet die Streichung lapidar mit dem Bedeutungsverlust des Tatbestandselements in der Praxis.⁶⁸ In *Elektronischer Programmführer* reicht dem BGH entsprechend der Hinweis, dass die beiden Gruppen von Programmführern identische Bild- und Textbeiträge nachfragen.⁶⁹ Aber auch das an erster Stelle genannte Erfordernis der gleichartigen Unternehmen stellt keine bedeutsame Beschränkung des Tatbestandes dar. Hier ließe sich etwa daran denken, das Erfordernis in dem Sinne auszulegen, dass die unterschiedlich behandelten Unternehmen auf demselben relevanten Markt tätig sind. Soweit geht die Praxis jedoch nicht. Vielmehr wird allein auf das Verhältnis dieser Unternehmen zum marktbeherrschenden Unternehmen abgestellt. Danach wird von „gleichartigen Unternehmen“ ausgegangen, wenn sie im Verhältnis zum Marktbeherrscher ähnliche Funktionen erfüllen.⁷⁰ In der Rechtssache *Elektronischer Geschäftsführer* reicht dem BGH die ganz knappe Feststellung, dass die EPG-Betreiber und die Print-Herausgeber identische Funktionen gegenüber Verbraucher erfüllen.⁷¹

Mit diesen sehr formalen Anforderungen lässt sich regelmäßig sehr schnell die Diskriminierung begründen. Wettbewerbspolitische Erwägungen finden auf dieser ersten Prüfungsstufe keinerlei Eingang. Diese werden in der Praxis vom BGH allesamt bei der Prüfung des Fehlens der sachlichen Rechtfertigung untergebracht. Dies zeigt sich auch an der Entscheidung *Standard-Spundfass*. Auch dort wurde die Diskriminierung extrem knapp abgehandelt und die Frage der kartellrechtlichen Zwangslizenz ausschließlich im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung abgehandelt. Dennoch gelingt dem BGH dort eine beeindruckende, durch ökonomische Überlegungen geprägte Begründung des Lizenzzwangs.

Unter dem Eindruck der wettbewerbspolitischen Bedeutung des Immaterialgüterrechts konstatiert der BGH einen grundsätzlich weiten Spielraum für die sachliche Rechtfertigung einer diskriminierenden Lizenzverweigerung und schränkt diese unter ausdrücklicher Berufung auf die europäische Rechtsprechung (*Volvo*, *Magill*, *IMS Health*) nur für den Fall ein, dass „zu der durch das Patent vermittelten Marktbeherrschung zusätzliche Umstände hinzutreten“, aus denen sich ergibt, dass die Ungleichbehandlung den Wettbewerb gefährdet.⁷² Möglicherweise in einer abgeschwächten Form hat damit der BGH das Erfordernis der „außergewöhnlichen Umstände“ aus der europäischen Rechtsprechung übernommen und gleichzeitig eine weitere allgemeine Anforderung aufgestellt. Es genügt nicht, dass der Schutzrechtsinhaber infolge des Immaterialgüterrechts bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Sodann stößt der BGH das Tor für die kartellrechtliche Kontrolle weit auf und setzt sich von der Rechtsprechung des EuGH ab. Im Gegensatz zu der kurz zuvor ergangenen Entscheidung des EuGH in *IMS Health*, in der die sog. „kumulative Theorie“ anerkannt wurde,⁷³ nach der stets in den Fällen der Lizenzverweigerung eine Theorie der Marktmachtausdehnung anzuwenden und die Verhinderung eines neuen Er-

⁶⁸ Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG), Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 17/9852 vom 31.5.2012, Begründung zu Art. 1 Nr. 6 lit. c (S. 23). Zum traditionell weiten Verständnis des Erfordernisses siehe auch FrankKommGWB/Rixen, 2008, § 20 Rn. 121.

⁶⁹ BGH GRUR 2012, 1062 Rn. 34 – Elektronischer Programmführer.

⁷⁰ Siehe etwas Loewenheim/Meesen/Riesenkamp, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 20 GWB Rn. 243 (mit Nachweisen auf die Rechtsprechung).

⁷¹ BGH GRUR 2012, 1062 Rn. 34 – Elektronischer Programmführer. Unklar bleibt, weshalb der BGH die Verbraucher erwähnt. In BGH GRUR 2004, 966, 968 – Standard-Spundfass, orientierte sich der BGH im Anschluss an seine Rechtsprechung an der Aufgabenerfüllung gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen.

⁷² GRUR 2004, 966 (968 unter III. 2. c) bb)) – Standard-Spundfass.

⁷³ EuGH Slg. 2004, I-5039 = EuZW 2004, 345 = GRUR 2004, 524 = GRUR Int. 2004, 644 Rn. 38 – IMS Health.

zeugnisses zu verlangen ist, stellt der BGH fest, dass sich solche „zusätzlichen Umstände“ nicht für alle Fallgruppen abschließend vorherbestimmen lassen. Dies verschafft dem BGH die Möglichkeit, befreit von der *IMS Health*-Entscheidung im Rahmen des § 20 Abs. 1 GWB aF einer Lizenzpflicht vor dem Hintergrund des Standardisierungszusammenhangs Legitimität zu verschaffen. Für den BGH entscheidend ist, dass der Inhaber des standardessenziellen Patents sich nicht mehr im Wettbewerb mit besseren Lösungen behaupten muss.

In der Entscheidung *Elektronischer Programmführer* sucht man dagegen vergebens nach einer vergleichbaren Begründung. Nicht nur übergeht der BGH hier das Argument, dass dem Rechteinhaber angesichts des Schutzrechts ein weiter Spielraum für die Rechtfertigung zuzubilligen ist. Vor allem erklärt der BGH dem OLG nicht ausreichend, auf welche wettbewerblichen Überlegungen es ankommen soll, soweit das Gericht auf die mögliche Relevanz eines eigenen Internet-Angebots der Sendeunternehmen und der überragenden Möglichkeiten gezielter Werbung bei elektronischen Programmführern im Vergleich zu gedruckten verweist. Eher schon verharret der BGH auch im Rahmen der Prüfung der sachlichen Rechtfertigung bei formalen Betrachtungen, indem er nach Unterschieden zwischen den beiden Arten von Programmführern sucht. Dabei wäre doch gerade zu klären, ob diese Unterschiede wettbewerblich relevant sind.

2. Vorschlag für einen strukturierten Prüfungsansatz

Zu fordern ist danach ein strukturierter Prüfungsansatz, der die Analyse der wettbewerblichen Auswirkungen in den Mittelpunkt der Anwendung des Diskriminierungsverbots stellt und dabei die formale Prüfung der Norm genauso überwindet wie das durchaus nicht weniger formalistische Vorgehen des EuGH in der Entscheidung zu *IMS Health*.⁷⁴ Dabei geht es nicht nur um eine wettbewerbsökonomisch überzeugende Anwendung des Tatbestandselements der sachlichen Rechtfertigung. Vielmehr ist eine Stufe zuvor anzusetzen und die sachliche Rechtfertigung erst zu prüfen, nachdem überhaupt eine wettbewerblich relevante Diskriminierung feststeht. Nach dem Vorbild der mittlerweile etablierten europäischen Praxis ist zu empfehlen, dass in Orientierung an das Prüfungsmuster des Art. 101 AEUV bzw. §§ 1, 2 GWB eine Diskriminierung nur dann angenommen wird, sofern die unterschiedliche Behandlung sich nachteilig auf die Wettbewerbsprozesse auswirkt. In allgemeiner Form hat dieses Prüfungsschema der EuGH in der Entscheidung *British Airways* vorgegeben.⁷⁵ Für den auch hier relevanten Fall der Lizenzverweigerung hat das EuG in *Microsoft* den *IMS Health*-Test neu gegliedert und auf der einen Seite drei Voraussetzungen, die den Missbrauch als solchen begründen, von der vierten Voraussetzung, der objektiven Rechtfertigung, abgegrenzt.⁷⁶ Diesbezüglich mag man die nun im Rahmen der 8. GWB-Novelle vollzogene Eingliederung des § 20 Abs. 1 GWB aF in den Katalog von Missbrauchsbeispielen in § 19 Abs. 2 GWB als Chance begriffen. Sie kann das Tor öffnen zu einem einheitlichen methodischen Vorgehen bei der Prüfung des Missbrauchs.

a) Ungleichbehandlung mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung

Danach wäre in der Rechtssache *Elektronischer Programmführer* zunächst zu klären, ob eine Ungleichbehandlung zwischen den beiden Arten von Programmführen vorliegt, die sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt.

Die besondere Rolle des Urheberrechts ist schon auf dieser Stufe zu berücksichtigen. Im Grundsatz ist davon auszugehen, dass die Ausschließlichkeit des Schutzrechts den Wettbewerb nicht einschränkt, sondern dadurch, dass es zu kreativen Tätigkeiten anspornt und In-

⁷⁴ Diese Entscheidung ist von vielen kritisiert worden. Ein näheres Eingehen verbietet sich aus Platzgründen. Siehe etwa *Conde Gallego* GRUR Int. 2006, 16; *Drexel* IIC 35 (2004), 788.

⁷⁵ EuGH Slg. 2007, I-2331 Rn. 64 ff. – *British Airways*.

⁷⁶ EuG Slg. 2007, II-3601 Rn. 334.

vestitionen in diese schützt, dynamischen Wettbewerb fördert. Zum Programm des Ausschließlichkeitsrechts gehört auch die Befugnis, gegenüber Nutzern unterschiedliche Gebühren zu verlangen.

Im Lichte der Rechtsprechung des BGH in *Standard-Spundfass* ändert sich an dieser Einschätzung auch nichts aufgrund des Umstandes, dass hier das Urheberrecht eine marktbeherrschende Stellung der Sendeunternehmen absichert. Auch das marktbeherrschende Unternehmen ist grundsätzlich berechtigt, unterschiedliche Preise zu verlangen.

Diesen Grundsatz hat der BGH in *Standard-Spundfass* in Bezug auf die Frage hervorgehoben, ob der Beklagte Gleichbehandlung mit jenen Herstellern verlangen darf, die eine Gratislizenz erhalten haben oder ob er wie andere Hersteller dafür zahlen muss. Hierzu führt der BGH aus:⁷⁷

Allerdings ist die in der Vergabe von teils entgeltlichen, teils unentgeltlichen Patentlizenzen liegende unterschiedliche Behandlung der Lizenznehmer nicht notwendigerweise als ungerechtfertigt anzusehen. Da das Streben eines Marktteilnehmers nach möglichst günstigen Bedingungen und Preisen ebenso wie das seiner Marktgegenseite grundsätzlich wettbewerbskonform ist, kann allein daraus, dass dieses Streben nicht in jedem Fall zu einem gleichen wirtschaftlichen Ergebnis in Form eines übereinstimmenden Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung führt, noch keine negative Bewertung im Rahmen der Interessenabwägung des § 20 I GWB gefolgert werden.

Nach *Standard-Spundfass* wären vielmehr „zusätzliche Umstände“ zu identifizieren, aus denen sich eine Gefährdung des Wettbewerbs infolge der Ungleichbehandlung ergibt.

Hier stellt sich die Frage, ob sich angesichts der offensichtlichen Parallelitäten im Sachverhalt nicht die Entscheidung des EuGH in *Magill* übertragen lässt. Zu klären wäre dafür zunächst, ob sich die in *Magill* passende Marktausdehnungstheorie für die Rechtssache *Elektronischer Presseführer* überzeugend anwenden lässt. Die Parallelität der Fälle besteht vor allem dahin gehend, dass wie in *Magill* die Sendeanstalten mittels ihres eigenen Internetauftritts nur über das eigene Programm informieren können, während die EPG-Anbieter umfassend alle empfangbaren Programme abdecken. Damit wäre tatsächlich an eine Strategie der Sendeunternehmen zu denken, mit der sie über zu hohe Preise im Sinne einer Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze*) Wettbewerber vom Markt verdrängen und damit, ebenfalls im Sinne der *Magill*-Rechtsprechung, ein neues Erzeugnis verhindern. Freilich hat die beklagte EPG-Anbieterin nicht vorgetragen, dass eine entsprechend hohe, marktverdrängende Lizenzgebühr von der VG Media verlangt wurde. Auch wäre eine entsprechende Verdrängungsstrategie für die Sendeunternehmen nicht plausibel. Alle Programmführer bewerben die Programme, wovon die Sendeunternehmen profitieren, ohne dass sie ihrerseits dafür bezahlen müssen. Genau dies erklärt, weshalb sie gegenüber gedruckten Programmführern urheberrechtlich geschütztes Werbematerial bereitwillig zur Verfügung stellen. Mit der Verdrängung der EPG-Anbieter vom Markt liefen die Sendeunternehmen Gefahr, ihr Programm weniger attraktiv zu machen. Im Vergleich zur Situation zur Zeit der *Magill*-Entscheidung haben sich zudem die Wettbewerbsbedingungen in der Branche grundsätzlich verändert. Während damals die Zahl der Fernsehkanäle sehr überschaubar war und es überhaupt nur drei Sendeunternehmen auf dem Markt gab, konkurrieren heute vor allem auf dem deutschen Markt zahlreiche Kanäle und erheblich mehr Sender als früher um immer weniger Zuschauer. Bei dieser Sachlage können sich selbst die etablierten Sendeunternehmen nicht mehr leisten, Informationen zu limitieren und verfügbare Informationskanäle nicht zu nutzen.

Erwogen werden könnte eventuell auch eine Verfälschung des Wettbewerbs zwischen den beiden Gruppen von Programmführern. Dafür lassen sich erneut der Entscheidung *Standard-Spundfass* Hinweise entnehmen. Dort trifft der BGH nämlich für die Frage, ob nur eine entgeltliche oder doch eine unentgeltliche Lizenz verlangt werden kann, eine Unterscheidung zwischen legitimem wirtschaftlichen Handeln und Willkür. Auch dem markt-

⁷⁷ GRUR 2004, 966 (969) – Standard-Spundfass.

beherrschenden Unternehmen soll so ermöglicht werden, durch unterschiedliche Preise differenziert auf die Marktverhältnisse zu reagieren. Dabei weist der BGH ausdrücklich darauf hin, dass die betroffenen Unternehmen nicht in ihrer Wettbewerbsfähigkeit untereinander beeinträchtigt werden dürfen.⁷⁸ Dies würde aber voraussetzen, dass die beiden Arten von Programmführern überhaupt im selben sachlichen Markt tätig sind. Dabei kommen zwei Märkte in Betracht, einmal der Verbrauchermarkt, zum anderen der Werbemarkt. In Bezug auf den ersten, ist ein Wettbewerbsverhältnis abzulehnen. Dies liegt schon daran, dass im Gegensatz zu den gedruckten Programmführern für die elektronischen nicht gezahlt werden muss. Wären die beiden Angebote für Verbraucher hinreichend substituierbar, hätten die gedruckten Angebote bereits vom Markt verschwinden müssen. Dass dies nicht der Fall ist, liegt daran, dass noch nicht alle Fernsehzuschauer das digitale Angebot im Internet nutzen. Ein Wettbewerbsverhältnis mag dagegen in Bezug auf den Werbemarkt bestehen. Freilich hatte hierzu die Beklagte nicht vorgetragen, dass die für die Bild- und Textbeiträge entstehenden Kosten an die Werbekunden weitergeben werden müssten und diese in der Folge in nennenswertem Umfang zu den Verlegern gedruckter Programmführer abwandern würden. Letzteres wäre im Lichte der allgemeinen Entwicklung des Internet auch nicht plausibel. Im Gegenteil wird langfristig damit zu rechnen sein, dass immer mehr Kunden vom Kauf gedruckter Programmführer Abstand nehmen und die elektronischen Internet-Angebote nutzen. Damit werden notwendig die gedruckten Programmführer für Werbekunden weniger attraktiv.

Berücksichtigt man den Einfluss der allgemeinen Entwicklung des Internet auf das Verlagsgeschäft lässt sich als Erklärung der unterschiedlichen Behandlung der beiden Arten von Programmführern durchaus eine rationale und legitime Geschäftsstrategie der Sendeunternehmen identifizieren. Es sind die Verleger von Fernseh- und Rundfunkzeitschriften, die sich wie die Presse allgemein infolge des wachsenden Informationsangebots im Internet zunehmend ökonomischem Druck ausgesetzt sehen. Der Umstand, dass die Sendeunternehmen weiterhin keine Lizenzgebühren für gedruckte Programmführer verlangen, lässt sich deshalb möglicherweise damit erklären, dass die Sendeunternehmen die Verleger gedruckter Fernsesender im Geschäft halten wollen, um sich auch diesen Informationskanal noch möglichst lange zu erhalten.

Im Ergebnis lassen sich damit keine eindeutigen wettbewerbswidrigen Auswirkungen feststellen.

b) Sachliche Rechtfertigung

Wenn auch in der soeben angestellten Analyse bereits die wesentlichen wettbewerbspolitischen Überlegungen angestellt wurden, bedeutet dies nicht, dass auf der zweiten Stufe, jener der sachlichen Rechtfertigung nichts mehr zu prüfen wäre. Im Rahmen der Prüfung der wettbewerbsbeschränkenden Ungleichbehandlung wird nur gefragt, ob überhaupt negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsprozesse festgestellt werden können. Wird dies – anders als hier für den konkreten Fall – bejaht, stellt sich immer noch die Frage, ob diese negativen Auswirkungen nicht durch positive Auswirkungen im Sinne einer Effizienzverteidigung aufgewogen werden können. Insoweit zeigt sich die Übertragung des Prüfungsmusters des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. des § 2 GWB auf den Bereich der Missbrauchs-kontrolle. Im Anschluss an die *Microsoft*-Entscheidung des EuG wäre an dieser Stelle zu fragen, ob nicht die Preisdiskriminierung gerade erforderlich ist, um die Anreize der Sendeunternehmen zu Investitionen in schöpferische Leistungen zu erhalten. Mit anderen Worten wäre abzuwägen zwischen den möglicherweise negativen Auswirkungen der Preisdiskriminierung auf das innovative Geschäftsmodell der EPG-Anbieter einerseits und der

⁷⁸ BGH GRUR 2004, 966 (969) – Standard-Spundfass, in Anschluss an BGH GRUR 1996 808 – Pay-TV-Durchleitung.