

## **Andreas Heinemann über Magill:**

### **Mißbräuchliche Einschränkung des Marktes für Fernsehprogrammführer durch Rundfunkanstalten**

Art. 86, 90 EWGV; Art. 3 VO Nr. 17

1. Relevanter Markt für Fernsehprogrammführer
2. Mißbrauch der marktbeherrschenden Stellung von Rundfunkanstalten, indem sie die Einführung eines umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführers verhindern.

EG-Kommission, Entscheidung vom 21.12.1988 – IV/31.851, **Magill TV Guide**, ursprünglich veröffentlicht in WuW 1990, 67.

#### **Anmerkung von Prof. Dr. Andreas Heinemann, Zürich**

---

1. *Magill* ist im europäischen Wettbewerbsrecht die Leitentscheidung zum Thema der kartellrechtlichen Zwangslizenzen, so wie *Commercial Solvents* (EuGH 1974) der führende Fall zum Kontrahierungszwang in allgemeiner Hinsicht ist. Von wegweisenden Präzedenzfällen erwartet man die Klärung einer Grundsatzfrage. Dies ist *Magill* nur begrenzt gelungen: Seit der Entscheidung der Europäischen Kommission (1988), bzw. ihrer Bestätigung durch Gericht (1991) und Gerichtshof (1995), steht zwar fest, dass das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (damals Art. 86 EWG-Vertrag; im Folgenden wird Art. 102 AEUV zitiert) den Inhaber eines Immaterialgüterrechts gegen seinen Willen zur Lizenzierung verpflichten kann. Die genaueren Anforderungen hieran sind aber trotz Klärungsversuche der Rechtsprechung umstritten geblieben.

Fragen des Kontrahierungszwangs sind in einem marktwirtschaftlichen System automatisch interessant. *Magill* wirft aber noch sehr viel grundlegendere Fragen auf, nämlich die nach dem Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht insgesamt und in ökonomischer Hinsicht die nach dem Verhältnis von Wettbewerb und Innovation. Damit ist *Magill* auch ein wichtiges Fundament für eine der zentralen Fragen der Wettbewerbspolitik unserer Zeit geworden, nämlich die nach der Sicherung des Wettbewerbs in der digitalen Ökonomie. Auch hier geht es um die Bestimmung des richtigen Verhältnisses zwischen Intervention zum Schutz des Wettbewerbs einerseits und der optimalen Ausgestaltung der Innovationsanreize andererseits.

2. Aber der Reihe nach: Am Anfang stand ein überschaubares Problem in einem einfach zu beschreibenden Sachverhalt. In Irland existierten nur die wöchentlichen TV-Programmzeitschriften der drei dort empfangbaren Fernsehsender, die jeweils nur das eigene Programm enthielten. Es fehlte eine umfassende, wöchentliche TV-Programmzeitschrift, die alle Sender abdeckte. *Magill* wollte in diese Marktlücke springen, wurde aber durch die Fernsehsender unter Berufung auf ihr Urheberrecht an den Programmlisten daran gehindert. Der Europäische Gerichtshof entschied, dass trotz der im Grundsatz bestehenden Vertragsfreiheit eine Lizenzverweigerung "unter außergewöhnlichen Umständen" missbräuchlich sein könne und bejahte eine solche Situation *in casu*. Tragend waren für den Gerichtshof drei Argumente: Erstens werde durch die Weigerung, die Programminformationen zur Verfügung zu stellen, das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindert (Beispielstatbestand in Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV). Zweitens gebe es keine Rechtfertigung für diese Weigerung. Und drittens behielten sich die Fernsehsender durch ihr Verhalten einen abgeleiteten Markt (für

wöchentliche Fernsehprogrammführer) vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlossen (Verweis auf *Commercial Solvents*).

3. Die *Magill*-Entscheidungen von Kommission, Gericht und Gerichtshof haben für gewaltiges Aufsehen gesorgt. Allein die Liste der Urteilsbesprechungen auf der Homepage des Europäischen Gerichtshofs verzeichnet gut 70 Einträge. Hierfür ist zunächst die Bedeutung des Falls für die komplexe Frage des Verhältnisses von Immaterialgüter- und Kartellrecht verantwortlich. Nach einer bis heute verwendeten Formel soll das Kartellrecht nicht auf Verhaltensweisen anwendbar sein, die vom "spezifischen Gegenstand" eines Schutzrechts gedeckt sind. *Magill* und viele spätere Entscheidungen sind hiermit nicht vereinbar (jedenfalls wenn man nicht sehr tief in die Trickkiste der juristischen Argumentation greift): Zum spezifischen Gegenstand des Urheberrechts gehört das Recht, die Lizenzvergabe zu verweigern (weshalb sich der Generalanwalt im *Magill*-Verfahren auch gegen die Anordnung eines Lizenzierungszwangs aussprach). Ganz in diesem Sinn waren nach einer älteren Sichtweise kartellrechtliche Zwangslizenzen von vornherein ausgeschlossen. Ergänzend wurde früher (bis zum *Spundfass*-Urteil des Bundesgerichtshofs 2004) auch das Argument vorgetragen, dass die besonderen Zwangslizenzregelungen im Immaterialgüterrecht, insbesondere im Patentrecht, dem Kartellrecht als *lex specialis* vorgehen.

Solchen Auffassungen hat der Gerichtshof im *Magill*-Urteil den Boden unter den Füßen weggezogen. Er wendet im Ergebnis das Kartellrecht auch auf immaterialgüterrechtliche Kernbefugnisse an, wenn es der Schutz des Wettbewerbs erfordert. Statt sich hierbei in konzeptionelle Widersprüche zu verwickeln, wäre eine Kehrtwende angebracht: Der Gerichtshof sollte sich von formalen Abgrenzungsformeln nach Art der Lehre vom "spezifischen Gegenstand" verabschieden. Daraus resultiert nicht etwa eine strengere kartellrechtliche Kontrolle immaterialgüterrechtlich gestützter Wettbewerbshandlungen. In Übereinstimmung mit der heute anerkannten Komplementarität von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht sollten die Ziele des Immaterialgüterrechts vielmehr in die Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände eingebracht werden, um so zu einer Kartellrechtspraxis zu gelangen, die den Wettbewerb nicht nur statisch sichert, sondern die das Wettbewerbsrecht auch auf das Ziel der Hervorbringung von Innovationen ausrichtet.

4. Hiermit eng verbunden ist eine bis heute nicht gelöste Schwierigkeit: Es wird nach wie vor streitig diskutiert, ob ein kartellrechtlicher Lizenzierungszwang zwingend die Verhinderung eines neuen Produkts voraussetzt (im *Magill*-Fall der umfassende, wöchentliche TV-Programmführer). Bejaht man diese Frage, scheidet Lizenzierungszwang von vornherein aus, wenn der Inhaber des betreffenden Immaterialgüterrechts das Produkt selber anbietet. In einem späteren Fall hat der Europäische Gerichtshof die drei *Magill*-Voraussetzungen zwar als "kumulativ" bezeichnet. Durch den Zusatz "bereits dann" hat er aber deutlich gemacht, dass die Feststellung eines Missbrauchs auf anderem Weg nicht ausgeschlossen ist (EuGH, 29.4.2004 – *IMS Health*, Rn. 38). Im *Microsoft*-Fall hat das Gericht der EU zudem klargestellt, dass bereits aus dem Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV folge, dass der Schaden für die Verbraucher auch in der Einschränkung der technischen Entwicklung bestehen könne (EuG, 17.9.2007, T-201/04 – *Microsoft*, Rn. 647).

Unabhängig von der Interpretation des Regelbeispiels in Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV sollten andere einschlägige Missbrauchsformen, insbesondere der Hebelmissbrauch, nicht übersehen werden. Auch eine marktbeherrschende Stellung, die immaterialgüterrechtlich abgesichert ist, darf nicht eingesetzt werden, um den Wettbewerb auf benachbarten Märkten auszuschalten, jedenfalls dann nicht, wenn der benachbarte Markt nicht von der Belohnungsreichweite des Schutzrechts gedeckt ist. Dem Argument, dass Lizenzierungszwang die Innovationsanreize des Marktbherrschers reduziere, ist zu entgegen, dass das Kartellrecht auf die Innovationsanreize insgesamt, also auch auf die Anreize für Folgeinnovationen Dritter, abzustellen hat, die wiederum positive Auswirkungen auf die Innovationsanreize des Marktbeherrschers selber haben können. Dies macht jeweils eine Bewertung des konkreten Einzelfalls erforderlich.

5. Das Thema des Hebelmissbrauchs leitet über zu den Wettbewerbsproblemen in der digitalen Ökonomie. Netzwerkeffekte, Größen- und Verbundvorteile sowie Datenherrschaft führen hier zu überaus starken Marktpositionen. Die Aufgabe des Kartellrechts ist in diesem Zusammenhang zweierlei: Erstens ist darauf zu achten, dass beim Aufbau der Marktposition alles mit wettbewerbsrechtlichen Dingen zugeht; und zweitens sollen die benachbarten Märkte so offen bleiben, wie das angesichts der beschriebenen ökonomischen Effekte möglich ist. Beide Ziele werden auch durch neue Ansätze der Plattformregulierung verfolgt, wie sie beispielsweise im Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Digital Markets Act zum Ausdruck kommen. Ferner bestehen Parallelen zur Deregulierungs- und Entmonopolisierungsdebatte der 1980er und -90er Jahre in Bezug auf Netzwerkinfrastrukturen wie Telekommunikation und Energie. Auch hier ging es darum, sowohl die zentralen Monopolmärkte dem Wettbewerb zu öffnen, als auch die benachbarten Märkte vor Vermachtung zu schützen.

Für all diese Konstellationen kann *Magill* als Leitstern dienen. Nicht ohne Grund ist der Fall deshalb auch der *essential facilities*-Doktrin zugeordnet worden. Traditionellerweise wird diese zwar mit physischen Infrastrukturen in Verbindung gebracht. Der dahinter stehende Gedanke kann aber durchaus verallgemeinert werden. Die Beherrschung eines Markts darf nicht auf leistungsfremdem Weg dazu eingesetzt werden, andere Märkte unter Kontrolle zu bringen. Dieser Gedanke trägt unabhängig davon, worauf die starke Stellung auf dem Hauptmarkt gründet. Ob man dies auch im immaterialgüterrechtlichen Zusammenhang mit dem Begriff der wesentlichen Einrichtung bezeichnen sollte, ist demgegenüber zweitrangig. Die neuen Probleme in der digitalen Ökonomie veranschaulichen zudem, dass Schlüsselstellungen heute häufig auf einer Mischung von physischer Infrastruktur und immateriellen Gütern beruhen.

6. Das *Magill*-Verfahren lief von der Verfahrenseröffnung durch die Europäische Kommission im Jahr 1987 bis zum Urteil des Gerichtshofs im Jahr 1995. Es wurde begleitet durch eine kontroverse und zeitweise überaus aufgeregte Diskussion über die kartellrechtlichen Schranken des geistigen Eigentums. Teilweise wurde aus *Magill* ein Katastrophenszenario, nämlich die Gefahr eines Dammbrochs mit unkontrolliertem Einbruch in das Immaterialgüterrecht, abgeleitet. Auch wenn die Diskussion bis heute anhält, lässt sich doch festhalten, dass die spätere Entwicklung die Crash-Propheten widerlegt hat. Beispiele für kartellrechtlichen (wie übrigens auch für immaterialgüterrechtlichen) Lizenzierungszwang sind die seltene Ausnahme geblieben. Auch wenn sich einschlägige Fälle großer Aufmerksamkeit sicher sein

können, geht es doch stets um spezifische Wettbewerbsprobleme in ungewöhnlich gelagerten Konstellationen. So ist der *Magill*-Fall auch eine Mahnung zu mehr Gelassenheit: Zur Arbeit am Immaterialgüterschutz gehört auch die Konkretisierung der internen und externen Schranken. Der *Magill*-Fall ist sicherlich ein Meilenstein für das Austarieren von Immaterialgüter- und Kartellrecht. Wie jeder Meilenstein markiert er aber lediglich eine bestimmte Wegstrecke. Die Reise aber geht weiter.

*Prof. Dr. Andreas Heinemann ist Inhaber des Lehrstuhls für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO).*