

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 208

**Marktmachtmissbrauch
und Monopolisierung durch
das Verbergen von Innovationen**

**Eine Studie zum europäischen und
US-amerikanischen Recht**

Von

Bastian T. Arnold



Duncker & Humblot · Berlin

BASTIAN T. ARNOLD

Marktmachtmissbrauch und Monopolisierung
durch das Verbergen von Innovationen

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 208

Marktmachtmissbrauch und Monopolisierung durch das Verbergen von Innovationen

Eine Studie zum europäischen und
US-amerikanischen Recht

Von

Bastian T. Arnold



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
hat diese Arbeit im Jahre 2007 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 29

Alle Rechte vorbehalten
© 2008 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-12671-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

„Trade secrets are not entitled to the degree of protection that Microsoft claims [...]“¹

Anthony Whelan, Juristischer Dienst der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in der mündlichen Verhandlung der Rechtssache Microsoft Corporation ./ Commission of the European Communities vor dem Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften

„These are not just trivial trade secrets. This is hugely valuable information developed by a major corporation taking hundreds of man-hours to develop.“²

John D. Cooke, Richter am Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften in der mündlichen Verhandlung der Rechtssache Microsoft Corporation ./ Commission of the European Communities

„Last, there is no reason why secret technology should enjoy a higher level of protection than, for example, technology which has necessarily been disclosed to the public by its inventor in a patent-application procedure.“

Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 17. September 2007, Rs. T-201/04, Microsoft Corporation ./ Commission of the European Communities, Tz. 693

¹ Zitiert nach: Paul Meller, *Judges Stress Intellectual Property in Microsoft Appeal*, New York Times, April 28, 2006, at C.

² Zitiert nach: Paul Meller, *Judges Stress Intellectual Property in Microsoft Appeal*.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg im Jahre 2007 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum März 2005 berücksichtigt. Die Untersuchung enthält einen Nachtrag zum Urteil des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften in dem Verfahren Microsoft Corporation gegen die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 17. September 2007.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Winfried Veelken für die wertvolle und umfassende Unterstützung bei der Erstellung dieser Untersuchung und die Ermöglichung der Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl und der damit verbundenen Lehrtätigkeit im Kartellrecht und gewerblichen Rechtsschutz. Herrn Prof. Dr. Harald Herrmann danke ich für die sehr rasche Anfertigung des Zweitgutachtens.

Zu bedanken habe ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Frank Bayreuther, der mich für das Kartellrecht und den gewerblichen Rechtsschutz begeistert hat, und Herrn Professor Joseph F. Brodley, der mich in seiner unnachahmlichen Art bei der Themenwahl für diese Untersuchung unterstützt hat. Ohne sie würde es diese Untersuchung nicht geben.

Mein besonderer Dank geht an Herrn Rechtsanwalt Yalçın Çınar und Herrn Atanas Gadjonov, der leider viel zu früh verstorben ist, für ihre Unterstützung bei der Anfertigung und Fertigstellung dieser Untersuchung. Schließlich bedanke ich mich bei meinen Eltern für ihr Interesse und ihre Bestärkung für die Erstellung dieser Untersuchung.

München, November 2007

Bastian T. Arnold

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Einführung in das Thema	27
B. Gang der Untersuchung	29
C. Themenabgrenzung	30
I. Abgrenzung zu kollusiven Sachverhalten	30
II. Abgrenzung zu Koppelungsgeschäften und Produktintegration	31
III. Abgrenzung zu unberechtigten Klagen	34
IV. Abgrenzung zu Lizenzierungs- bzw. Offenbarungspflichten als Rechtsfolgen eines Kartellrechtsverstoßes	35
V. Abgrenzung zu Lizenzierungspflichten in Zusammenschlussfällen	35
<i>1. Kapitel</i>	
Arten, Eigenschaften und Schutz geheimer Innovationen	36
A. Allgemeines	36
B. Arten der Geheimnisse	37
I. Geheime Informationen über Innovationen	37
II. Berichtende Informationen über den Geschäftsbetrieb	38
III. Willkürlich festgelegte Informationen	39
IV. Neuigkeiten	39
C. Definition des Begriffs „geheime Innovation“	40
D. Tatsächlicher Schutz von Innovationen durch Geheimhaltung	41
E. Rechtlicher Schutz geheimer Innovationen aufgrund von Rechtsvorschriften in der EU	45
I. Regelungen im Gemeinschaftsrecht	45
1. Geheimhaltungspflichten seitens der Organe der EG	45
a) Geheimhaltungspflicht gemäß Art. 287 EG	45
b) Geheimhaltungspflichten in Fusionskontroll- und Kartellverfahren	46
c) Geheimhaltungspflichten aufgrund der Transparenz-Verordnung	48
d) Geheimhaltungspflichten mitgliedstaatlicher Behörden	48
2. Gruppenfreistellungsverordnungen	50
3. Regelungen über den Geheimnisschutz zwischen Privaten	52

II.	Mitgliedstaatliche Regelungen	54
III.	Rechtlicher Schutz aufgrund des TRIPS-Übereinkommens	56
F.	Wesentliche Eigenschaften einer geheimen Innovation	58
I.	Allgemeines	58
II.	Fehlende Ausschließlichkeitsrechte	59
III.	Weiter Anwendungsbereich	62
IV.	Theoretisch unbegrenzte Schutzdauer	63
V.	Begrenzte Möglichkeit der Zurverfügungstellung an Dritte	63
VI.	Schwierigkeiten der Feststellung einer Geheimnisverwendung	65

2. Kapitel

	Bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Offenlegungsverweigerungen zu beachtende Rechtsvorschriften	67
A.	Zugunsten des Geheimnisinhabers zu beachtende Rechtsvorschriften	67
I.	Allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (Art. 6 Abs. 2 EUV) ..	67
II.	Innerstaatliche Eigentumsordnung (Art. 295 EG)	70
B.	Grenzen der zugunsten des Geheimnisinhabers zu beachtenden Rechtsvorschriften	75
I.	Offenlegungspflichten gegenüber EG-Organen bzw. mitgliedstaatlichen Behörden und deren Nachprüfungsbefugnisse	75
II.	Offenlegungspflichten gegenüber anderen Unternehmen	76
III.	TRIPS-Übereinkommen	78

3. Kapitel

	Ökonomische Betrachtung	80
A.	Allgemeines	80
B.	Ökonomische Bedeutung der Geheimhaltung von Innovationen	80
C.	Unternehmerische Gründe für die Geheimhaltung von Innovationen	83
D.	Ökonomische Bedeutung des rechtlichen Schutzes geheimer Innovationen vor Verrat und unbefugter Verwendung	85
E.	Ökonomische Kosten der Geheimhaltung von Innovationen	87
F.	Übersicht über die ökonomischen Folgen von Offenlegungsverweigerungen ...	88
	1. Direkte Effekte	89
	2. Indirekte Effekte	93

G.	Ökonomische Rechtfertigungsmöglichkeiten kartellrechtlicher Lizenzierungs- bzw. Offenbarungspflichten	97
I.	Verhinderung einer Monopolausdehnung	97
1.	Traditionelle Auffassung zur Gefahr der Monopolausdehnung	97
2.	Kritik durch die <i>Chicago School</i>	98
a)	<i>One-monopoly-rent theory</i>	98
b)	Erleichterung von Preisdiskriminierungen als Grund für Geschäftsverweigerungen	99
c)	Weitere Gründe für Geschäftsverweigerungen	99
3.	Kritik an der Auffassung der <i>Chicago School</i>	101
II.	Verhinderung der Verteidigung einer Monopolstellung	102
III.	Exzessive Entwicklungsanstrengungen wegen der Aussicht auf Preisdiskriminierung	104
IV.	Keine Einschränkung von Innovationsanreizen bei fehlender innovativer Tätigkeit	104
H.	Wettbewerbspolitische Handlungsempfehlung	105

4. Kapitel

**Geschäftsverweigerungen, Lizenzverweigerungen
an Immaterialgüterrechten und das Verbergen
von Innovationen im US-amerikanischen Recht**

107

A.	Allgemeines	107
I.	Der Tatbestand der Monopolisierung nach <i>Section 2 Sherman Act</i>	107
1.	Methoden zur Bestimmung unrechtmäßiger Verhaltensweisen	108
a)	Wettbewerbsfördernde Verhaltensweisen eines Monopolisten	108
b)	Bestimmung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen	110
c)	Rechtfertigung aufgrund wettbewerbsfördernder Effekte	111
2.	Bedeutung des Vorsatzes	111
II.	Der Tatbestand der versuchten Monopolisierung nach <i>Section 2 Sherman Act</i>	112
III.	Vergleich mit Art. 82 EG	112
B.	Monopolmacht	115
I.	Definition des Begriffes „Monopolmacht“	115
II.	Keine Vermutung von Monopolmacht bei Bestehen eines Immaterialgüterrechtes oder Geschäftsgeheimnisses	116
III.	Sonderfall Sekundärmärkte (<i>aftermarkets</i>)	119
C.	Geschäftsverweigerungen an körperlichen Gegenständen	120
I.	Allgemeines	120
II.	Leitentscheidungen des <i>Supreme Court</i>	121

1.	Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen	121
a)	<i>United States v. Colgate & Co.</i>	121
b)	<i>Eastman Kodak Co. of New York v. Southern Photo Materials Co.</i>	121
c)	<i>Lorain Journal Co. v. United States</i>	122
d)	<i>Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.</i>	122
e)	<i>Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.</i>	124
f)	Zusammenfassung	124
2.	Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen	125
a)	<i>Otter Tail Power Co. v. United States</i>	125
aa)	Die Entscheidung des <i>Supreme Court</i>	125
bb)	Rückschlüsse aus der Entscheidung	125
b)	<i>Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP</i>	126
c)	Zusammenfassung	128
III.	<i>Tests</i>	129
1.	<i>Intent test</i>	129
2.	<i>Unilateral refusals to deal</i>	130
3.	<i>Essential facilities doctrine</i>	132
4.	<i>Monopoly leveraging theory</i>	136
5.	Zusammenfassung	137
D.	Geschäfts- bzw. Lizenzverweigerungen bei Immaterialgüterrechten	138
I.	Einführung	138
II.	Geschäftsverweigerungen an Immaterialgüterrechte enthaltenden Erzeugnissen	143
1.	Allgemeines	143
2.	Entscheidungspraxis des <i>Supreme Court</i>	144
3.	Entscheidungen der <i>Court of Appeals</i>	144
a)	<i>Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.</i>	144
aa)	Hintergrund	144
bb)	Entscheidung des <i>Court of Appeals for the First Circuit</i>	145
b)	<i>Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.</i>	146
aa)	Hintergrund	146
bb)	Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Ninth Circuit</i>	147
cc)	Rückschlüsse aus der Entscheidung	148
c)	<i>In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation</i>	148
aa)	Hintergrund	148
bb)	Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Federal Circuit</i> ..	148
cc)	Rückschlüsse aus der Entscheidung	151
d)	<i>Telecom Technical Services Inc. v. Rolm Co.</i>	152
aa)	Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Eleventh Circuit</i> ..	152
bb)	Rückschlüsse aus der Entscheidung	153

4. Diskussion in der Literatur	154
a) Professor Mark Patterson: Keine Ausdehnung auf Märkte, in denen Immaterialgüterrecht ohne Nutzen für Abnehmer des Erzeugnisses	154
b) <i>Chairman of the FTC</i> Robert Pitofsky: Kritik und weitere Ausnahmen von kartellrechtlicher Immunität von Geschäftsverweigerungen an Immaterialgüterrechten	155
c) Anwendung des <i>sacrifice of profits test</i>	155
d) <i>Antitrust Modernization Commission</i>	156
III. Lizenzverweigerungen hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung von immaterialgüterrechtlich geschützten Leistungen	157
1. Allgemeines	157
2. <i>SCM Corp. v. Xerox Corp.</i>	157
3. Stellungnahme der Kartellbehörden	158
4. Immaterialgüterrechte als <i>essential facilities</i>	158
a) Entscheidungen in den <i>District Courts</i>	158
b) Diskussion im Schrifttum	160
E. Verbergen von Innovationen	162
I. Allgemeines	162
II. Geschäftsverweigerungen an geheime Innovationen enthaltenden Erzeugnissen nach deren Markteinführung	165
1. <i>Susser v. Carvel Corp.</i>	165
2. <i>Telecomm Technical Services Inc. v. Siemens Rolm Communications, Inc.</i>	165
III. Nichtoffenlegungen von Innovationen vor deren Markteinführung	167
1. <i>IBM-Fälle</i>	167
a) Hintergrund	167
b) Entscheidungen	167
c) Rückschlüsse aus den Entscheidungen	168
2. <i>Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.</i>	170
a) Hintergrund	170
b) Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Second Circuit</i>	170
c) Rückschlüsse aus der Entscheidung	172
3. <i>Digital Equipment Corp. v. System Industries, Inc.</i>	173
4. <i>Intergraph Corp. v. Intel Corp.</i>	173
a) Hintergrund	173
b) Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Federal Circuit</i>	174
c) Rückschlüsse aus der Entscheidung	176
5. Das <i>FTC</i> -Verfahren <i>In re Intel Corp.</i>	178
a) Hintergrund	178
b) Der Standpunkt der <i>FTC</i>	178

c)	Der Standpunkt <i>Intels</i>	180
d)	Der Vergleich zwischen <i>Intel</i> und der <i>FTC</i>	181
e)	Bedeutung des Verfahrens	182
f)	Rückschlüsse aus dem Verfahren	186
g)	Rückschlüsse aus dem Verfahren auf mögliche sachliche Rechtfertigungen	187
aa)	Befürchtung der missbräuchlichen Verwendung geheimer Innovationen aufgrund missbräuchlicher Verwendungen in der Vergangenheit	187
(1)	Verhinderung der Verwendung der geheimen Innovationen in anderen Erzeugnissen	188
(2)	Verhinderung der Weitergabe des Inhalts der geheimen Innovationen an unberechtigte Dritte	189
bb)	Fehlende Zusammenarbeit als sachliche Rechtfertigung	190
(1)	Zurückhaltung geheimer Innovationen um Lizenzierung von Immaterialgüterrechten zu erhalten	190
(2)	Zurückhaltung geheimer Innovationen bei fehlender Feedbackbereitschaft	191
cc)	Selbsthilfe im Fall unangemessen hoher Kompensationsverlangen durch Inhaber von Immaterialgüterrechten	191
dd)	Zerstörung des Vertrauensverhältnisses	192
(1)	Verhinderung der Verwendung der Geheimnisse bei Patentanmeldungen	193
(2)	Verhinderung des Zugriffs auf geheime Informationen, die in Immaterialgüterstreitigkeiten verwendet werden könnten	194
ee)	Kosten der Bereitstellung der geheimen Innovation	194
ff)	Kapazitätsprobleme	195
6.	Spezialfälle: Verweigerung der Lizenzierung von Nachrichten	195
a)	<i>Morris Communications Corp. v. PGA Tour, Inc.</i>	197
b)	<i>New York Mercantile Exchange, Inc. v. IntercontinentalExchange, Inc.</i>	197
IV.	Verweigerungen der Lizenzierung geheimer Innovationen nach deren Markteinführung	198
1.	<i>Response of Carolina, Inc. v. Leasco Response, Inc.</i>	198
2.	<i>The Perfumer's Workshop, Ltd. v. Roure Bertrand du Pont, Inc.</i>	199
3.	<i>Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp.</i>	200
a)	Hintergrund	200
b)	Entscheidung des <i>Court of Appeals for the First Circuit</i>	200
c)	Rückschlüsse aus der Entscheidung	202

4. <i>Microsoft</i> -Fälle	203
a) Entscheidung des <i>Court of Appeals</i> im Fall <i>Massachusetts v. Microsoft Corp.</i>	203
b) Inhalt und Begründung des Vergleichs und der Sanktionen des <i>District Court</i>	205
aa) Offenlegungsverpflichtungen	205
bb) Kompensation	208
cc) Überwachung der Vollständigkeit der Offenlegung	208
dd) Ausnahmen von den Offenlegungspflichten	209
c) <i>Final Judgment</i> des <i>Judge Thomas Penfield Jackson</i>	210
d) Prozesse privater Kläger	211
aa) <i>The David L. Aldridge Co. v. Microsoft Corp.</i>	211
bb) <i>In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation</i>	212
e) Kritik in der Literatur	212
f) Unterschiede zu Kartellverfahren in der EU	213
5. <i>United Asset Coverage, Inc. v. Avaya Inc.</i>	214
V. Nichtoffenlegungen von Teilen einer Innovation bei der Patentanmeldung	216
1. <i>United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.</i>	216
2. <i>Christianson v. Colt Industries Operating Corp.</i>	217
a) Hintergrund	217
b) Entscheidung des <i>Court of Appeals for the Seventh Circuit</i>	217
c) Rückschlüsse aus der Entscheidung	218
VI. Vergeben von geheimen Innovationen gegenüber Normungsorganisationen bzw. an Standardsetzung beteiligten Unternehmen	219
VII. Geheimhaltungen von Innovationen gegenüber Partnern von Forschungs- und Entwicklungskooperationen	222
VIII. Zusammenfassung	225

5. Kapitel

**Geschäftsverweigerungen, Lizenzverweigerungen
an Immaterialgüterrechten und das Verbergen
von Innovationen im europäischen Wettbewerbsrecht** 226

A. Allgemeines	226
B. Marktbeherrschung	227
I. Definition des Begriffes „beherrschende Stellung“	227
II. Keine Vermutung von Marktbeherrschung bei Bestehen eines Immaterialgüterrechtes oder Geschäftsgeheimnisses	228
III. Sonderfall Sekundärmärkte (<i>aftermarkets</i>)	228

C.	Geschäftsverweigerungen an körperlichen Gegenständen	229
I.	Allgemeines	229
II.	Leitentscheidungen des EuGH	229
1.	Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen	229
a)	<i>Commercial Solvents</i>	229
b)	<i>United Brands</i>	230
c)	<i>Télémarketing</i>	231
d)	Zusammenfassung	231
2.	Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen	233
a)	<i>ERT</i>	233
b)	<i>GB-Inno-BM</i>	233
c)	<i>Bronner</i>	234
d)	Zusammenfassung	235
D.	Geschäfts- bzw. Lizenzverweigerungen bei Immaterialgüterrechten	237
I.	<i>Volvo ./. Veng</i>	237
1.	Hintergrund	237
2.	Entscheidung des EuGH	238
3.	Schlussanträge des Generalanwalts	239
4.	Bedeutung der Entscheidung	240
5.	Kritik in der Literatur	240
II.	<i>Tetra Pak I</i>	242
1.	Hintergrund	242
2.	Entscheidung des EuG	242
3.	Bedeutung der Entscheidung	242
III.	<i>Magill</i>	243
1.	Hintergrund	243
2.	Die Entscheidung des EuGH	244
3.	Schlussanträge des Generalanwalts	245
4.	Bedeutung der Entscheidung	246
5.	Kritik in der Literatur	246
a)	Festgestellte außergewöhnliche Umstände	246
aa)	Nichtbefriedigung der Interessen der Verbraucher	246
bb)	Fehlende sachliche Rechtfertigung	248
cc)	Vorbehalten eines abgeleiteten Marktes	248
b)	Keine ausgeglichenen Verhandlungspositionen	249
c)	Bedenkliches Urheberrecht	249
d)	Rechtsunsicherheit	250
6.	Folgerungen für die Behandlung von geheimen Innovationen	251
a)	Übertragbarkeit der Entscheidung	251
b)	Alternativer Erklärungsansatz	252

IV.	<i>Tiercé Ladbroke</i>	253
	1. Die Entscheidung des EuG	253
	2. Bedeutung der Entscheidung	254
V.	<i>IMS Health ./ NDC Health</i>	254
	1. Hintergrund	254
	2. Die Entscheidung des EuGH	256
	3. Schlussanträge des Generalanwalts	258
	4. Bedeutung der Entscheidung	259
	5. Kritik in der Literatur	260
	a) Potentieller vorgelagerter Markt für Lizenzen ausreichend	260
	b) Verhinderung eines neuen Produkts als notwendige Bedingung für einen Missbrauch	261
	c) Relevanz der Einbeziehung der Nutzer in die Entwicklung des geschützten Werkes	262
	6. Folgerungen für die Behandlung von geheimen Innovationen	263
	a) Privilegierung auch für geheime Innovationen	263
	b) Mangelnde Befriedigung der Verbrauchernachfrage als mitent- scheidendes Kriterium	264
	c) Alternativer Erklärungsansatz	266
VI.	<i>Microsoft ./ EG-Kommission</i>	267
	1. Hintergrund	267
	2. Die Entscheidung der EG-Kommission	269
	3. Der Beschluss des Präsidenten des EuG im Verfahren des vorläufi- gen Rechtsschutzes	271
	4. Bedeutung des Verfahrens	273
	5. Kritik in der Literatur	274
	6. Eigene Beurteilung	276
	7. Folgerungen für die Behandlung von geheimen Innovationen	277
E.	Verbergen von Innovationen	278
	I. <i>IBM-Fall</i>	278
	II. <i>Tetra Pak II</i>	281
F.	Zusammenfassung	281

6. Kapitel

**Rückschlüsse aus dem US-amerikanischen Recht
für die Beurteilung des Verbergens von geheimen Innovationen
im europäischen Wettbewerbsrecht** 282

A.	Fallgruppen	282
I.	Geschäftsverweigerungen an geheime Innovationen enthaltenden Erzeugnissen nach deren Markteinführung	282
II.	Nichtoffenlegungen von Innovationen vor deren Markteinführung	283
III.	Verweigerungen der Lizenzierung geheimer Innovationen nach deren Markteinführung	284
IV.	Nichtoffenlegungen von Teilen einer Innovation bei der Patentanmeldung	292
V.	Verbergen von geheimen Innovationen gegenüber Normungsorganisationen	293
VI.	Geheimhaltungen von Innovationen gegenüber Partnern von Forschungs- und Entwicklungskooperationen	294
B.	Anforderungen an den Nachweis eines Geheimnisses	294
C.	Sachliche Rechtfertigungsmöglichkeiten	296

7. Kapitel

**Praktische Schwierigkeiten von Offenbarungspflichten
an Geheimnissen bzw. Ausgestaltung der Lizenzierungsbedingungen** 299

A.	Verhinderung von Offenbarungen durch Lizenznehmer	299
B.	Feststellung einer angemessenen Lizenzgebühr	300
C.	Verlust des Geheimnischarakters	303
D.	Räumliche Beschränkung der Lizenz	304
E.	Zeitliche Beschränkung der Lizenz	305
F.	Entwendung des Geheimnisses durch Konkurrenten schon vor Anordnung einer Offenlegung	307

Inhaltsverzeichnis	21
--------------------	----

8. Kapitel

Ergebnis und Zusammenfassung der Untersuchung	309
--	-----

9. Kapitel

Nachtrag – das EuG-Urteil in der Rechtssache Microsoft ./ EG-Kommission	311
--	-----

A. Zusammenfassung des Urteils des EuG in Microsoft ./ EG-Kommission	311
--	-----

B. Eigene Beurteilung	313
---------------------------------	-----

C. Folgerungen für die Behandlung von geheimen Innovationen	314
---	-----

Entscheidungsverzeichnis	316
---	-----

Literaturverzeichnis	331
---------------------------------------	-----

Gesetzesverzeichnis	349
--------------------------------------	-----

Sachverzeichnis	353
----------------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
aff'd	affirmed (engl.)
AG	Aktiengesellschaft
a.k.a.	also known as (engl.)
Ala. L. Rev.	Zeitschrift Alabama Law Review
Am. Econ. Rev.	Zeitschrift The American Economic Review
Anh.	Anhang
Antitrust Bull.	Zeitschrift Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Zeitschrift Antitrust L.J.
Antitrust Rep.	Zeitschrift Antitrust Reporter
art.	article (engl.)
Art.	Artikel
Aspen L. & Bus.	Verlag Aspen Law & Business
AT&T Co.	American Telephone and Telegraph Company
Aufl.	Auflage
Berkeley Tech. L.J.	Zeitschrift Berkeley Technology Law Journal
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bzw.	beziehungsweise
Calif. L. Rev.	Zeitschrift California Law Review
C.D. Ill.	Central District of Illinois (engl.)
cert.	certiorari (lat.)
Cir.	Circuit (engl.)
C.J.	Chief Justice (engl.)
cl.	clause (engl.)
Co.	Company (engl.)
Colum. L. Rev.	Zeitschrift Columbia Law Review
Colum.-VLA J.L. & Arts	Zeitschrift Columbia-VLA Journal of Law and the Arts
Cornell J.L. & Pub. Pol'y	Zeitschrift Cornell Journal of Law and Public Policy
Corp.	Corporation (engl.)
D.C.	District of Columbia (engl.)
D. Conn.	District of Connecticut (engl.)
D.D.C.	District of D.C. (engl.)

D. Del.	District of Delaware (engl.)
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
D. Kan.	District of Kansas (engl.)
D. Mass.	District of Massachusetts (engl.)
D. Md.	District of Maryland (engl.)
D.N.J.	District of New Jersey (engl.)
DoJ	United States Department of Justice (engl.)
D.R.I.	District of Rhode Island (engl.)
EAGCP	Economic Advisory Group for Competition Policy
EBLR	Zeitschrift European Business Law Review
EBOR	Zeitschrift European Business Organization Law Review
ECLR	Zeitschrift European Competition Law Review
Econ. Innov. New Techn.	Zeitschrift Economics of Innovation and New Technology
ed.	editor (engl.) / edition (engl.)
E.D. Mo.	Eastern District of Missouri (engl.)
eds.	editors (engl.)
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages von Nizza
EG-Kommission	Kommission der Europäischen Gemeinschaften
EIPR	Zeitschrift European Intellectual Property Review
ELR	Zeitschrift European Law Review
E.L.Rev.	Zeitschrift European Law Review
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Nizza
EuZW	Zeitschrift Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ	Court of Appeal Civil Division (England & Wales)
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Zeitschrift Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ex rel.	ex relatione (lat.)
f.	folgende
F.	Publikation Federal Reporter
F.2d	Publikation Federal Reporter, Second Series
F.3d	Publikation Federal Reporter, Third Series
FCR	Publikation Federal Court Reports (Federal Court of Australia)
Fed. Cir.	Federal Circuit (engl.)
Fed. Comm. L.J.	Zeitschrift Federal Communications Law Journal

Fed Ct	Federal Court of Australia
ff.	folgenden
Fn.	Fußnote
Fordham Corp. L. Inst.	Schriftenreihe Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
Fordham Int'l L.J.	Zeitschrift Fordham International Law Journal
F. Supp.	Publikation Federal Supplement
F. Supp. 2d	Publikation Federal Supplement, Second Series
FTC	Federal Trade Commission (engl.)
F.T.C.	Publikation Federal Trade Commission Decisions
Geo. L.J.	Zeitschrift Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	Zeitschrift George Mason Law Review
Geo. Wash. L. Rev.	Zeitschrift George Washington Law Review
GRUR	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Inter- nationaler Teil
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Zeitschrift Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. J.L. & Tech.	Zeitschrift Harvard Journal of Law & Technology
Harv. L. Rev.	Zeitschrift Harvard Law Review
Hous. L. Rev.	Zeitschrift Houston Law Review
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
IEHC	Publikation High Court of Ireland Decisions
IIC	Zeitschrift International Review of Industrial Property and Copy- right Law
Ill.	Illinois (engl.)
Inc.	Incorporated (engl.)
Ind.	Indiana (engl.)
Iowa J. Corp. L.	Zeitschrift University of Iowa Journal of Corporation Law
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
J.	Justice (engl.)
J. Corp. L.	Zeitschrift The Journal of Corporation Law (University of Iowa)
J. Econ. Persp.	Zeitschrift Journal of Economic Perspectives
JJ.	Justices (engl.)
JLS	Zeitschrift The Journal of Legal Studies
J. Marshall L. Rev.	Zeitschrift John Marshall Law Review
JMR	Zeitschrift Journal of Marketing Research
JZ	Zeitschrift Juristenzeitung
lit.	Buchstabe
L.L.C.	Limited Liability Company (engl.)
LLP	Limited Liability Partnership (engl.)

L. Rev.	Law Review (engl.)
Ltd/Ltd.	Limited (engl.)
Mass.	Massachusetts (engl.)
m.b.H.	mit beschränkter Haftung
Md.	Maryland (engl.)
M.D. Fla.	Middle District of Florida (engl.)
Minn.	Minnesota
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.	note (engl.)
NBER	National Bureau of Economic Research
N.D. Ala.	Northern District of Alabama (engl.)
N.D. Cal.	Northern District of California (engl.)
N.D. Ga.	Northern District of Georgia (engl.)
N.D. Ill.	Northern District of Illinois (engl.)
N.J.	New Jersey
nn.	notes (engl.)
No.	number (engl./franz.)
nom.	nomen (lat.)
Nr.	Nummer
N.Y.	New York
N.Y.U.L. Rev.	Zeitschrift New York University Law Review
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (engl.)
Ohio St. L.J.	Zeitschrift Ohio State Law Journal
P	Point (engl.)
p.	page (engl.)
para.	paragraph/paragraphs (engl.)
pp.	pages (engl./franz.)
Proc. Natl. Acad. Sci. USA	Zeitschrift Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
Q.J. Econ.	Zeitschrift The Quarterly Journal of Economics
Rand J. Econ.	Zeitschrift RAND Journal of Economics
Rdnr.	Randnummer
Rdnrn.	Randnummern
rev'd	reversed (engl.)
RIW	Zeitschrift Recht der Internationalen Wirtschaft
RJD	Publikation Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite
S. Cal. L. Rev.	Zeitschrift Southern California Law Review
S. Ct.	Publikation Supreme Court Reporter
S.D. Fla.	Southern District of Florida (engl.)

S.D.N.Y.	Southern District of New York (engl.)
S.D. Tex.	Southern District of Texas (engl.)
Slg.	Publikation Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes / Publikation Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz
sog.	sogenannt
Stan. L. Rev.	Zeitschrift Stanford Law Review
Stan. Tech. L. Rev.	Zeitschrift Stanford Technology Law Review
Supp.	Supplement (engl.)
Tel.	Telephone (engl.)
Tex. L. Rev.	Zeitschrift Texas Law Review
Trade Cas. (CCH)	Publikation Trade Cases (CCH)
Trade Reg. Rep.	Publikation Trade Regulation Reporter
TRIPS	(Agreement on) Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (engl.)
Tz.	Textzahl
u. a.	unter anderem
UrhG	Urheberrechtsgesetz
US	United States
U.S.	Publikation United States Reports (engl.)/United States (engl.)
USA	United States of America (engl.)
U.S.C.	United States Code (engl.)
U.S. Const.	U.S. Constitution (engl.)
U.S. Dist. LEXIS	Datenbank: LEXIS United States District Courts
u. U.	unter Umständen
v. / v	versus (engl.)
Va. L. Rev.	Zeitschrift Virginia Law Review
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume (engl./franz.)
wbl	Zeitschrift Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht (wirtschaftsrechtliche blätter)
WRP	Zeitschrift Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	World Trade Organization (engl.)
WuW	Zeitschrift Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Zeitschrift The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
z. T.	zum Teil
ZWeR	Zeitschrift Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

A. Einführung in das Thema

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, ob das Verbergen einer Innovation einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG begründen kann.¹ Zur Beantwortung dieser Frage werden US-amerikanische Lösungsversuche zur Beurteilung des Verbergens von Innovationen als Monopolisierung nach *Section 2 Sherman Act* herangezogen.

In den letzten Jahren haben sich Gerichte und Literatur in der EU eingehend mit der Frage beschäftigt, ob die Verweigerung der Lizenzierung eines Immaterialgüterrechts den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen kann. Weder in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) noch in der europäischen rechtswissenschaftlichen Literatur finden sich indessen umfassende Ausführungen oder Untersuchungen zur kartellrechtlichen Einordnung der Nichtoffenlegung von geheimen Informationen bzw. Innovationen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. In der US-amerikanischen Rechtsprechung und Literatur bestehen dagegen einige Anhaltspunkte dazu, inwieweit eine derartige Verhaltensweise eine Monopolisierung nach *Section 2 Sherman Act* darstellen kann.

Diese Fragestellung ist nur auf den ersten Blick identisch mit der Problematik der Verweigerung einer Lizenz an einem Immaterialgüterrecht oder der Verweigerung der Mitbenutzung eines Netzes oder einer anderen Infrastruktureinrichtung. Denn der Anknüpfungspunkt für einen Missbrauchsvorwurf könnte schon in der Geheimhaltung der Innovation selbst gesehen werden und nicht erst in der Verweigerung der Offenlegung der geheimen Innovation. Dies gilt insbesondere in Konstellationen, in denen andere Unternehmen nicht die Verwendung einer Innovation begehren, sondern schon durch die Geheimhaltung

¹ Die Artikel des EG wurden durch den Vertrag von Amsterdam unnummeriert. In der folgenden Darstellung werden jeweils nur die nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrages von Nizza einschlägigen Artikel verwendet.

Um die Quellsuche zu erleichtern, wird jeweils die Originalzitierweise der Rechtsordnung verwendet, aus der die Quelle stammt. Soweit möglich werden dabei offizielle Entscheidungssammlungen verwendet.

Bei Entscheidungen des EuGH bzw. des Gerichtes erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG) wird bei der ersten Zitierung der vollständige Fallname in der angewandten Verfahrenssprache genannt. US-amerikanische Entscheidungen werden mit den herkömmlichen Abkürzungen zitiert.

geschädigt wurden, z.B. weil eine Innovation gegenüber Behörden oder Standardisierungsorganisationen geheim gehalten wurde.

Falls die anderen Unternehmen jedoch auch die Verwendung der geheimen Innovation begehren, so stellt sich die weitere Frage, ob geheime Innovationen eher mit den Immaterialgüterrechten oder mit den Materialgüterrechten vergleichbar sind. Zu untersuchen ist damit, ob die für Lizenzverweigerungen an Immaterialgüterrechten durch die Rechtsprechung entwickelten Beurteilungsgrundsätze auch für die Verweigerung der Offenlegung von geheimen, nicht immaterialgüterrechtlich geschützten Innovationen gelten. Hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung von Geschäftsverweigerungen, die immaterialgüterrechtlich geschützte Leistungen oder sie verkörpernde Erzeugnisse betreffen, werden in der EU wie in den USA im Wesentlichen zwei konträre Auffassungen vertreten. Ein Standpunkt weist auf die gesetzlich vorgesehenen Ausschließlichkeitsrechte hin und folgert daraus, dass Lizenzverweigerungen keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften begründen können, da der Inhaber des jeweiligen Immaterialgüterrechts mittels dieser nur sein gesetzliches Ausschließlichkeitsrecht ausübt. Ob diese Auffassung ohne weiteres auf Geschäftsgeheimnisse übertragen werden kann, erscheint zumindest deshalb fraglich, weil für Geschäftsgeheimnisse keine Ausschließlichkeitsrechte vorgesehen sind.

Der konträre Standpunkt verweist dagegen darauf, dass die Ausnutzung eines Ausschließlichkeitsrechts auch zu Auswirkungen auf Märkten führen kann, für die das Ausschließlichkeitsrecht eigentlich keine Geltung beansprucht bzw. beanspruchen kann. Teilweise wird dabei auch argumentiert, dass auf geringen Leistungen beruhende Immaterialgüterrechte nicht dazu eingesetzt werden dürfen, ganze Märkte zu monopolisieren.

Wenn eine Anwendung der durch die Rechtsprechung entwickelten Beurteilungsgrundsätze zu den Immaterialgüterrechten auch auf geheime Innovationen zu bejahen wäre, stellt sich sodann die Frage, welcher Nachweis für das Bestehen einer geheimen Innovation geführt werden muss. Es könnte genügen, dass der Marktbeherrscher beweist, dass die Innovation geheim ist. Andererseits könnte auch zu fordern sein, dass der Marktbeherrscher den Nachweis erbringt, dass die geheime Innovation nicht nur tatsächlich, sondern nach mitgliedstaatlichen Regelungen auch rechtlich vor Verrat und unbefugter Verwendung geschützt ist. Schließlich könnte auch zu fordern sein, dass der Nachweis einer innovativen Leistung erbracht werden muss. Zudem könnten auch spezifische Rechtfertigungsgründe für das Verbergen geheimer Innovationen bestehen. Bei der Anordnung von Offenlegungen und ihrer Bedingungen könnten schließlich einige für Geheimnisse spezifische Gesichtspunkte beachtlich werden.

Im Missbrauchsverfahren der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (EG-Kommission) gegen *Microsoft Corp. (Microsoft)* hat dieser Fragenkomplex eine entscheidende Bedeutung. Hierbei und in der gerichtlichen Auseinanderset-

zung zwischen *Microsoft* und der EG-Kommission wurde von *Microsoft* die Verweigerung der Offenlegung von sog. Schnittstelleninformationen bestimmter Erzeugnisse neben dem Verweis auf das Bestehen von immaterialgüterrechtlichen Schutz auch damit begründet, dass diese Geschäftsgeheimnisse darstellen würden.

B. Gang der Untersuchung

Ausgangspunkt der Untersuchung ist im ersten Kapitel eine Darstellung der wesentlichen Eigenschaften und Arten von Geheimnissen. Dabei wird auch der Begriff der geheimen Innovation für die Zwecke der Untersuchung definiert. Zudem wird auf den Schutz von Geheimnissen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingegangen.

Im zweiten Kapitel werden die bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Offenlegungsverweigerungen zu beachtende Rechtsvorschriften aufgezeigt. Dabei werden die zugunsten des Geheimnisinhabers zu beachtenden Rechtsvorschriften dargestellt. Danach wird auf Rechtsvorschriften eingegangen, die diese Vorschriften begrenzen können.

Im dritten Kapitel wird eine ökonomische Betrachtung vorgenommen. Nach einer Untersuchung der Bedeutung der Geheimhaltung von Innovationen und der ökonomischen Gründe für den tatsächlichen und rechtlichen Schutz von geheimen Innovationen werden die Auswirkungen von Lizenzierungs- bzw. Offenlegungspflichten dargestellt. Schließlich werden mögliche ökonomische Rechtferdigungen für Lizenzierungs- bzw. Offenlegungspflichten vorgestellt.

Die Untersuchung geht dann im vierten Kapitel bei der Darstellung des US-amerikanischen *antitrust law* hinsichtlich der Beurteilung von Geschäftsverweigerungen im Allgemeinen über die speziellere Problematik der Geschäftsverweigerungen (und insbesondere der Lizenzverweigerungen) an Immaterialgüterrechten zu der vertieften Untersuchung der Verweigerung der Offenlegung geheimer Innovationen über. Mittelpunkt der Untersuchung ist dabei die Frage, ob die Geheimhaltung einer Innovation nach US-amerikanischen Recht einen Monopolisierungsvorwurf begründen kann. Ausgehend von der US-amerikanischen Rechtsprechung und Literatur werden in der Untersuchung sechs Fallgruppen gebildet werden: (1) Geschäftsverweigerungen an geheime Innovationen enthaltenden Erzeugnissen nach deren Markteinführung, (2) Nichtoffenlegungen von Innovationen vor deren Markteinführung (Markteinführung meint dabei bereits das erste Inverkehrbringen des jeweiligen Produkts ohne Eingehung einer Geheimhaltungsverpflichtung seitens des Erwerbers, da ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Aufdeckung der geheimen Innovation durch Konkurrenten regelmäßig erheblich ansteigt. Denn diese können das Produkt auch erwerben.), (3) Verweigerungen der Lizenzierung geheimer Innovationen nach deren Markt-