

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
ANTONIO TIZZANO
vom 2. Oktober 2003¹

1. Das Landgericht Frankfurt am Main hat dem Gerichtshof mit Beschluss vom 12. Juli 2001 drei Fragen nach der Auslegung von Artikel 82 EG² zur Vorabentscheidung vorgelegt. Im Wesentlichen möchte das Landgericht wissen, ob ein Unternehmen unter bestimmten Umständen eine beherrschende Stellung dadurch missbraucht, dass es seinen Wettbewerbern nicht die (entgeltliche) Verwendung der Struktur einer Datenbank erlaubt, auf die es ein Urheberrecht geltend macht.

Sachverhalt und Verfahren

Dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegender Sachverhalt

2. Im Ausgangsrechtsstreit stehen sich die IMS Health GmbH & Co. OHG (im Folgenden: IMS) und die NDC Health GmbH & Co. KG (im Folgenden: NDC) gegenüber, die im August 2000 die Pharma Intranet Information AG (im Folgenden: PII) erwarb und eingliederte.

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Dieser Artikel bestimmt: „Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:

- a) der unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingungen, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsgebrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.“

3. Beide Parteien beschäftigen sich mit der Erfassung, Bearbeitung und Interpretation von Daten über den regionalen Absatz pharmazeutischer Produkte in Deutschland. Dazu ist anzumerken, dass die von den beiden Unternehmen erstellten Studien nach geografischen Kriterien strukturiert sind, indem die Daten über den Absatz von Arzneimitteln einer Reihe von „Segmenten“ zugeordnet werden, in die das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufgeteilt wird.

4. Dem Vorlagebeschluss ist zu entnehmen, dass die IMS in den 70er Jahren für ihre eigenen Studien das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ursprünglich in 418 Segmente aufgeteilt hatte, die sich noch weitestgehend an den politischen Grenzen der Stadt- und Landkreise orientierten. Da diese Struktur den interessierten Arzneimittelherstellern zu grob war, erfolgte 1989 eine Aufteilung in 1 000 Segmente, die u. a. unterschiedliche Marktgegebenheiten und Vertriebsstrukturen berücksichtigte. Anlässlich der Einführung der 5-stelligen Postleitzahlen am 1. Juni 1993 wurde die Marktsegmentierung erneut überarbeitet und eine Struktur mit 1 845 Segmenten entwickelt. Seit Januar 2000 erstellt die IMS ihre Studien auf der Grundlage einer Aufteilung des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland in 1 860 Segmente bzw. einer späteren, hiervon abgeleiteten Aufteilung in 2 847 Segmente (im Folgenden: 1860er Struktur bzw. 2847er Struktur).

5. Diese Strukturen wurden anhand verschiedener Kriterien entwickelt, unter denen die Grenzen der Gemeindegebiete und der Postleitzahlenbezirke von besonderer Bedeutung waren. Für die genaue Grenzziehung der Segmente wurden darüber hinaus weitere Faktoren berücksichtigt, wie z. B. der Charakter des Gebietes (Stadt oder Land), die Verkehrsverbindungen und die Apotheken- und Arztpraxendichte.

6. Um die pharmazeutische Industrie in die Festlegung ihrer eigenen Strukturen einzubeziehen, richtete die IMS vor einigen

Jahren den so genannten RPM-Arbeitskreis (die Abkürzung steht für „Regionaler Pharmazeutischer Markt“) ein. An diesem Arbeitskreis, der zweimal jährlich zusammenkommt, nehmen Vertreter derjenigen Pharmaunternehmen teil, die Kunden der IMS sind und die auf diese Weise Vorschläge machen können, wie die Einteilung des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland verbessert und stärker mit ihren Bedürfnissen in Einklang gebracht werden kann. Die IMS behauptet, der Arbeitskreis (dessen Vorschläge nur in Ausnahmefällen berücksichtigt worden seien) sei mit weniger als 10 % der Segmente ihrer Strukturen befasst und im Wesentlichen ein Marketinginstrument gewesen, das auf die Bindung der Kunden an ihre Produkte gerichtet gewesen sei. Der NMS zufolge hatte er dagegen eine entscheidende Rolle bei der Festlegung jedes einzelnen Segments.

7. Die 1860er und die 2847er Struktur wurden von der IMS nicht nur für Marktstudien verwendet, die an Pharmaunternehmen verkauft wurden, sondern auch unentgeltlich an Apothekenrechenzentren und kassenärztliche Vereinigungen verteilt. Folglich, so das Landgericht, wurden diese Strukturen ein „gebräuchlicher Standard“ für Auswertungen des deutschen Pharmamarktes. Hierauf stimmte die pharmazeutische Industrie ihre eigenen EDV- und Vertriebssysteme ab.

8. Die von einem ehemaligen Geschäftsführer der IMS gegründete PII erstellte ihre Studien ursprünglich auf der Grundlage einer Aufteilung des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland in 2 201 Segmente. In

Gesprächen mit potenziellen Kunden zeigte sich jedoch, dass solcherart aufbereitete Studien sich nur schwer würden absetzen lassen, da sie auf einer anderen Struktur beruhten als der, auf die sich die pharmazeutischen Unternehmen eingestellt hatten. Die PII ging daher zu 1860er und 3000er Strukturen über, die weitgehend denen der IMS entsprachen³.

Bisherige Entscheidungen des nationalen Gerichts

9. Um die angeblich ihr Urheberrecht verletzende Verwendung dieser Strukturen zu verhindern, beantragte die IMS beim Landgericht den Erlass von Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes. Das Landgericht gab diesem Antrag statt und erließ am 27. Oktober 2000 eine einstweilige Verfügung, mit der es der PII untersagte, ihre 3000er Struktur oder eine andere von der 1860er Struktur der IMS abgeleitete Struktur zu verwenden. Am 19. Juni 2001 wies das Oberlandesgericht Frankfurt am Main die Berufung der PII gegen diese Verfügung zurück, die damit rechtskräftig wurde. Im Anschluss an den Erwerb der PII durch die NDC erwirkte die IMS im Beschlusswege eine entsprechende einstweilige Verfügung gegen die NDC. Der betref-

fende Beschluss wurde am 12. Juli 2001 mit Urteil des Landgerichts bestätigt, das jedoch bei Erlass des Vorlagebeschlusses noch nicht rechtskräftig geworden war.

10. Im Rahmen der betreffenden Maßnahmen sah das Landgericht die von der IMS verwendeten Strukturen als nach deutschem Urheberrecht geschützte Datenbanken (oder Teile von Datenbanken) an. Ohne zum Beitrag des RPM-Arbeitskreises zur Entwicklung dieser Strukturen Stellung zu nehmen, stellte es außerdem fest, dass die IMS zumindest Mitinhaberin des zugehörigen Urheberrechts sei und demnach die unbefugte Verwendung der Strukturen verbieten könne.

Die einstweilige Anordnung der Europäischen Kommission und die Beschlüsse der Präsidenten des Gerichts und des Gerichtshofes

11. Wie das vorliegende Gericht im Laufe der betreffenden Verfahren erklärte, stand die Verwendung der Strukturen von IMS auch im Mittelpunkt eines Wettbewerbsverfahrens vor der Europäischen Kommission.

12. Wegen des drohenden Erlasses der ersten einstweiligen Verfügung des Landgerichts hatte die NDC die IMS nämlich ersucht, ihr gegen Entgelt eine Lizenz für

3 — Die 1860er Struktur unterschied sich lediglich in 30 Segmenten von der Struktur der IMS, während die 3000er Struktur auf der 2847er Struktur der IMS beruhte, wobei rund 150 Segmente nochmals unterteilt waren.

die Verwendung ihrer 1860er Struktur zu erteilen. Angesichts der Weigerung der IMS, die nicht gewillt war, Verhandlungen über die Erteilung der Lizenz aufzunehmen, legte die NDC eine Beschwerde wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung bei der Kommission ein und beantragte den Erlass einstweiliger Maßnahmen.

der Prämisse aus, dass die IMS eine beherrschende Stellung auf dem deutschen Markt für regionale Absatzdatendienste einnehme (einem Markt, der das gesamte Bundesgebiet umfasse und einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes darstelle)⁶.

13. Die Kommission gab dem Antrag der NDC statt und erließ am 3. Juli 2001 im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes im Sinne der Rechtsprechung *Camera Care*⁴ die Entscheidung 2002/165/EG in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag⁵. Mit dieser Entscheidung hat die Kommission 1. der IMS auferlegt, „allen Unternehmen, die derzeit am deutschen Markt für regionale Absatzdatendienste tätig sind, auf Antrag unverzüglich eine Lizenz auf nicht diskriminierender Grundlage für die Verwendung der ‚Struktur 1 860 Bausteine‘ zu erteilen, um diese Unternehmen in die Lage zu versetzen, gemäß dieser Struktur formatierte regionale Absatzdaten zu verwenden und zu verkaufen“ (Artikel 1), 2. bestimmt, wie die hierfür anfallenden Gebühren festzusetzen sind (Artikel 2), und 3. für den Fall der Nichterfüllung ein Zwangsgeld gegen die IMS festgelegt.

15. Die Kommission fuhr fort, um beurteilen zu können, ob die Verweigerung einer Lizenz für die Verwendung der Strukturen der IMS den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, müsse sie „ermitteln, ob die ‚Struktur 1 860 Bausteine‘ oder eine kompatible Struktur für den Wettbewerb in dem relevanten Markt unerlässlich [seien], und ob Unternehmen, die regionale Absatzdatendienste in Deutschland [anzubieten beabsichtigten], die realistische Möglichkeit [hätten], anstelle der ‚Struktur 1 860 Bausteine‘ oder einer kompatiblen Struktur eine andere Struktur zu verwenden, die nicht die Eigentumsrechte von IMS berühren würde“⁷. Die „Antwort auf diese Frage hängt[e] davon ab, ob es für einen Abnehmer regionaler Absatzdaten eine realistische Möglichkeit [gebe], in einer anderen Struktur formatierte Daten zu erwerben“⁸.

14. In dem Teil der Entscheidung, der den *Fumus boni iuris* und damit den *Prima-facie*-Verstoß gegen Artikel 82 EG durch die IMS betraf, ging die Kommission von

16. Gestützt auf die Ergebnisse ihrer Untersuchungen und insbesondere im Hinblick auf die Angaben zahlreicher von ihr befragter Pharmaunternehmen bejahte die Kommission diese Frage.

4 — Beschluss des Gerichtshofes vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R (*Camera Care/Kommission*, Slg. 1980, 119).

5 — ABl. L 59, S. 18.

6 — Begründungserwägungen 45 bis 62.

7 — Begründungserwägung 71.

8 — Begründungserwägungen 77 und 83.

17. Dazu wies sie zunächst auf eine Reihe von Punkten hin, die die Kunden (d. h. die Pharmaunternehmen) an die 1860er Struktur der IMS bänden, insbesondere:

[seien], theoretisch zwar möglich, jedoch wirtschaftlich nicht machbar wäre“¹⁰;

— dass „die Arbeitsgruppe eine umfassende Rolle bei der Gestaltung der ... Struktur [1 860 Bausteine] gespielt“ habe und dass „die deutsche Pharmaindustrie erhebliche Ressourcen [investiert habe], um zu gewährleisten, dass die Bausteinstruktur ihren Anforderungen vollständig“ entsprochen habe. Dies habe auch teilweise ihre „über einen langen Zeitraum entstandene Abhängigkeit von dieser Struktur und den äußerst geringen Anreiz [erklärt], zu einer anderen Struktur überzugehen, was darauf schließen [lasse], dass kein in einer anderen Struktur formatierter regionaler Absatzdatendienst den Wettbewerb aufnehmen könnte“⁹;

— dass „die Daten für unterschiedliche Zeiträume vergleichbar sein [müssten], weshalb Daten einer neuen Struktur auf die 1860er Struktur (oder umgekehrt) umgerechnet werden müssten, um diese Vergleichbarkeit zu ermöglichen, was sehr kostenaufwändig wäre“¹¹;

— dass „die ‚Struktur 1 860 Bausteine‘ als Industrienorm [funktioniert habe], u. a. weil die Pharmaunternehmen an [ihrer] Schaffung beteiligt“ gewesen seien, und dass die Pharmaunternehmen ... in diese Norm auf eine Weise ‚eingeschlossen‘ seien, dass ein Überwechseln auf Absatzdaten, die in einer nicht kompatiblen Struktur formatiert

— dass „erhebliche Änderungen in den Verkaufsgebieten erforderlich [wären], die von den Pharmaunternehmen ihren Vertretern zugewiesen“ seien, wenn „regionale Absatzdaten in einer mit der Struktur 1 860 nicht kompatiblen Struktur geliefert“ würden, was den „Verlust einer Arzt/Verkaufsvertreter-Beziehung“ nach sich zöge. Dieser Verlust, der die „unvermeidbare Folge eines Wechsels zu einer mit der 1860er Struktur inkompatiblen Bausteinstruktur [wäre, halte] bestimmte Pharmaunternehmen von einem solchen Wechsel“ ab¹²;

10 — Begründungserwägungen 86 und 92.

11 — Begründungserwägung 93.

12 — Begründungserwägung 114. Zur Arzt/Verkaufsvertreter-Beziehung stellte die Kommission insbesondere fest, dass „die Pharmaunternehmen dem Verhältnis zwischen ihren Verkaufsvertretern und den Ärzten besondere Bedeutung [beimäßen], weil es eine[r] der wenigen Wege der Förderung eines Arzneimittels“ sei (Begründungserwägung 113).

9 — Ebenda.

— dass das Verkaufsgebiet, das sich aus der Zusammenlegung einer Reihe von Bausteinen ergebe, „in dem Arbeitsvertrag mit dem Verkaufsvertreter festgelegt“ sein könne, so dass „eine Änderung der Struktur auch eine Änderung am Arbeitsvertrag“ erfordere hätte. Dies sei „ein weiterer Grund, nicht zu einer anderen Struktur überzugehen“¹³;

— dass „die Kosten für eine Änderung der internen Anwendungen, die gegenwärtig vollständig von der ‚Struktur 1 860 Bausteine‘ abhingen, „erheblich wären und die Unternehmen von einem Wechsel zu anderen Bausteinstrukturen“ abhielten“¹⁴.

18. Die Kommission hob sodann „technische oder rechtliche Hindernisse“ hervor, „die es anderen Unternehmen unzumutbar [machten], eine andere Struktur aufzubauen, mit der regionale Datendienste in Deutschland formatiert und auf den Markt gebracht werden“ könnten¹⁵. Hierzu führte sie insbesondere aus: „[D]ie meisten der für den Aufbau der Struktur verwendeten Bezugsgrößen [sind] feststehendes Allgemeingut (Postleitzahlgebiet, Standorte von Apotheken und Ärzten, Angaben zur sozialen Lage der Bevölkerung, Landschaftsformen,

Gebiete, die von einem Vertreter in einem Tag besucht werden können, usw.). Die Festlegung der Grenzen zwischen Bausteinen hängt weitgehend von diesen objektiven Gegebenheiten ab und begrenzt damit die Auswahlmöglichkeiten für den Aufbau einer neuen Struktur“¹⁶.

19. Die Kommission nannte außerdem weitere Punkte, die die Entwicklung einer alternativen Struktur durch die Wettbewerber der IMS unwahrscheinlich machten, insbesondere die Rechtsunsicherheit beim Verkauf von Daten in einer neuen Struktur¹⁷, die bislang erfolglosen Versuche, neue Strukturen aufzubauen¹⁸, und die Tatsache, dass den Erfahrungen anderer Länder keine Hinweise dafür zu entnehmen seien, dass die Entwicklung neuer Strukturen gelingen könnte¹⁹.

20. Nach alledem kam die Kommission zu dem Schluss, dass die Verwendung der 1860er Struktur oder einer hiermit kompatiblen Struktur für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt unerlässlich sei. Da aus der Sicht der Kommission keine objektiven

13 — Begründungserwägung 115.

14 — Begründungserwägung 122.

15 — Begründungserwägung 124.

16 — Begründungserwägung 131. Die Kommission hat dann im Einzelnen dargelegt, dass „die eindeutige Bedeutung der Verwendung der Postleitzahlgebiete die Wahlmöglichkeiten für potenzielle Ersteller neuer Bausteinstrukturen einschränke (Begründungserwägung 132), dass überzeugende Argumente dafür sprachen, „die Bausteinstruktur an den Grenzen der 440 Kreise auszurichten“ (Begründungserwägung 137), und dass „die deutschen Datenschutzgesetze wahrscheinlich bestimmte Hindernisse beim Aufbau einer zweiten Struktur in Deutschland“ schufen (Begründungserwägung 142).

17 — Begründungserwägungen 143 bis 145.

18 — Begründungserwägungen 146 bis 152.

19 — Begründungserwägungen 153 bis 166.

Gründe für die Verweigerung der Lizenz vorlagen²⁰, stellte sie fest, *prima facie* handele es sich bei dieser Verweigerung um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung.

21. Sodann erwiderte die Kommission auf das Vorbringen der IMS, die sich unter Berufung auf die einschlägige Gemeinschaftsrechtsprechung für „berechtigt [halte], [ihren] Wettbewerbern Lizenzen für [ihr] geistiges Eigentum auf dem Markt zu verweigern, den dieses Urheberrecht“ betreffe²¹, „dass die Tatsache, dass sich die vom Gericht erster Instanz und dem Gerichtshof geprüften Fälle, auf die sich IMS [beziehe], zwei Märkte [betroffen hätten], nicht die Möglichkeit ausschließ[e], dass die Weigerung, Lizenzen für geistiges Eigentum zu erteilen, Artikel 82“ verletze²². Für einen Verstoß gegen diese Bestimmung sah es die Kommission im vorliegenden Fall als ausreichend an, dass 1. „die Nutzung der 1860-Bausteinstruktur für Unternehmen unabdingbare Voraussetzung [sei], am deutschen Markt für regionale Verkaufsdatendienste zu konkurrieren“, 2. „zwischen dem Produkt, das ein regionaler Absatzdatendienst [sei], und der Bausteinstruktur, in der die zur Erbringung dieses Dienstes verwendeten Daten formatiert [würden], ein wichtiger Unterschied“ bestehe und 3. „bei den spezifischen und außergewöhnlichen Umständen, in denen die 1860-Bausteinstruktur entwickelt [worden] und Urheberrecht an dieser Struktur behauptet und bestätigt [worden sei], ...

man das Werk im Lichte der oben erwähnten technischen, juristischen und volkswirtschaftlichen Zwänge durch ein paralleles Schaffen nicht duplizieren“ könne²³. Immer noch in Bezug auf die einschlägige Gemeinschaftsrechtsprechung führte die Kommission ferner aus, es sei „nicht erforderlich, dass eine Weigerung zu liefern das Entstehen eines neuen Produktes verhinder[e], um [sie als] ein missbräuchliches Verhalten“ anzusehen²⁴.

22. Die IMS erhob mit Schriftsätzen, die am 6. August 2001 bei der Kanzlei des Gerichts eingingen, eine Klage auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Kommission gemäß Artikel 230 EG und beantragte nach Artikel 243 EG die Aussetzung ihres Vollzugs. Mit Beschluss vom 26. Oktober 2001 gab der Präsident des Gerichts dem Antrag statt²⁵. Insoweit ist insbesondere zu erwähnen, dass das Gericht in dem Teil des Beschlusses, der den *Fumus boni iuris* betraf, den Vorwurf der IMS *prima facie* für begründet (oder jedenfalls nicht für offensichtlich unbegründet) hielt, die Kommission sei von der Gemeinschaftsrechtsprechung abgewichen, als sie festgestellt habe, dass die Lizenzverweigerung gegen Artikel 82 EG verstoße, auch wenn sie nicht „das Entstehen eines neuen Produktes auf einem Markt“ verhindere, „der sich von dem Markt unterscheide, auf dem das fragliche Unternehmen eine beherrschende Stellung besitze“²⁶.

23 — Begründungserwägung 184.

24 — Begründungserwägung 180.

25 — Beschluss des Präsidenten des Gerichts erster Instanz vom 26. Oktober 2001 in der Rechtssache T-184/01 R (IMS Health/Kommission, Slg. 2001, II-3193).

26 — Randnr. 105.

20 — Begründungserwägungen 167 bis 174.

21 — Begründungserwägung 182.

22 — Begründungserwägung 184.

23. Das Rechtsmittel der NDC gegen diese Entscheidung wurde vom Präsidenten des Gerichtshofes mit Beschluss vom 11. April 2002²⁷ zurückgewiesen.

jedoch festzustellen, ob die Lizenzverweigerung der IMS gegenüber der NDC den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt, wendet sich das Landgericht mit folgenden Fragen an den Gerichtshof:

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

24. Dem Vorlagebeschluss zufolge verfolgt die IMS im Ausgangsverfahren ihr Begehren weiter, der NDS die Verwendung ihrer 1860er Struktur oder einer Ableitung hiervon untersagen zu lassen. Das Landgericht stellt jedoch fest, der Unterlassungsanspruch, über den die IMS nach nationalem Urheberrecht grundsätzlich verfüge, wäre im vorliegenden Fall nicht durchsetzbar, wenn man zu dem Schluss gelangen müsste, dass die Weigerung der IMS, mit der NDC einen Lizenzvertrag zu angemessenen Konditionen abzuschließen, ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 82 EG darstelle.

25. In Bezug auf diese Frage macht sich das Landgericht die Ergebnisse zu Eigen, zu denen die Kommission im Hinblick auf den relevanten Markt und die beherrschende Stellung der IMS gekommen ist²⁸. Um

1. Ist Artikel 82 EG dahin gehend auszulegen, dass es ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt, den Abschluss eines Lizenzvertrags über die Nutzung einer urheberrechtlich geschützten Datenbank mit einem Unternehmen zu verweigern, das Zutritt zu demselben räumlichen und sachlichen Markt haben möchte, wenn die Teilnehmer der Marktgegenseite, also die potenziellen Nachfrager, jedes Produkt, das von der urheberrechtlich geschützten Datenbank keinen Gebrauch macht, ablehnen, weil sie sich auf die Verwendung von Produkten auf der Basis der urheberrechtlich geschützten Datenbank eingestellt haben?
2. Ist es für die Frage eines missbräuchlichen Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens von Relevanz, in welchem Umfang es Mitarbeiter der Marktgegenseite in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Datenbank einbezogen hat?
3. Ist es für die Frage eines missbräuchlichen Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens von Relevanz, welcher Umstellungsauf-

27 — Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 11. April 2002 in der Rechtssache C-481/01 P (R) (NDC Health/IMS Health und Kommission, Slg. 2002, I-3401).

28 — Das Landgericht verweist insbesondere auf die Begründungserwägungen 45 bis 55, 59 und 60 der einstweiligen Anordnung der Kommission.

wand (insbesondere Kosten) den Nachfragern entstünde, die bislang das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens bezogen haben, wenn sie zukünftig das Produkt eines Konkurrenzunternehmens bezögen, das von der urheberrechtlich geschützten Datenbank keinen Gebrauch macht?

halt, mit dem — aus unterschiedlichen Gründen — bereits die Kommission sowie die Präsidenten des Gerichts und des Gerichtshofes befasst waren. Um dem nationalen Gericht auch unter Berücksichtigung dessen, was sich aus der Entscheidung der Kommission und den einstweiligen Anordnungen der Gemeinschaftsgerichte ergibt, eine möglichst hilfreiche Antwort zu geben, halte ich deshalb eine Vorbemerkung über die Bedeutung der Fragen und die mit ihnen aufgeworfene Problematik für angebracht.

Verfahren beim Gerichtshof und schwebendes Verfahren beim Gericht

26. In dem auf diese Weise beim Gerichtshof eingeleiteten Verfahren haben die Parteien des Ausgangsrechtsstreits und die Kommission Erklärungen abgegeben. Die Beteiligten sind außerdem in der Sitzung vom 6. März 2003 angehört worden.

27. In der Rechtssache, die die IMS beim Gericht zum Zweck der Nichtigerklärung der einstweiligen Anordnung der Kommission anhängig gemacht hat, ist das Verfahren mit Beschluss vom 26. September 2002 bis zur Entscheidung des Gerichtshofes im vorliegenden Fall ausgesetzt worden.

29. Ich beginne mit der Feststellung, dass mir die erste Frage von zwei Annahmen auszugehen scheint, und zwar 1. davon, dass die Verwendung einer bestimmten urheberrechtlich geschützten Bausteinstruktur *unerlässlich* ist, um Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem bestimmten Land vermarkten und demnach auf dem betreffenden Markt tätig werden zu können, da sich die potenziellen Kunden (die Pharmaunternehmen) *weigern, irgendeine Studie zu erwerben, die nicht auf der Grundlage dieser Struktur erstellt wurde*²⁹, und 2. davon, dass das Unternehmen, das über das Urheberrecht an der fraglichen Struktur verfügt, eine beherrschende Stellung auf dem Markt für regionale Absatzdatendienste in Bezug auf Arzneimittel in dem betreffenden Land besitzt. Hiervon ausgehend möchte das Landgericht wissen, ob Artikel 82 EG dahin zu verstehen ist, dass in einem solchen Fall das über das Urheberrecht verfügende Unternehmen

Rechtliche Würdigung

Vorbemerkung

28. Wie man gesehen hat, betreffen die Vorlagefragen einen komplexen Sachver-

29 — Als Grund für diese Weigerung, der mit der untersuchten Frage nicht zur Diskussion gestellt zu werden scheint, werden organisatorische Probleme der Pharmaunternehmen angeführt.

seine beherrschende Stellung missbraucht, wenn es sich weigert, (entgeltlich) eine Lizenz für die Nutzung seiner Struktur an Rechtssubjekte zu erteilen, die sie für die Tätigkeit *auf demselben Markt* (in räumlicher und sachlicher Hinsicht) verwenden wollen, auf dem es die beherrschende Stellung einnimmt und sich der betreffenden Struktur bedient.

verstoße, auch wenn sie nicht „das Entstehen eines neuen Produktes auf einem Markt“ verhindere, „der sich von dem Markt unterscheidet, auf dem das fragliche Unternehmen eine beherrschende Stellung besitzt“³¹.

30. Das nationale Gericht möchte mit anderen Worten im Wesentlichen erfahren, ob in einem Fall wie dem soeben beschriebenen die Lizenzverweigerung auch dann den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann, wenn sie nicht den Wettbewerb auf einem anderen Markt beschränkt oder ausschaltet als dem, auf dem der Inhaber des Urheberrechts von seinem Recht Gebrauch macht und eine beherrschende Stellung besitzt, sondern lediglich potenzielle Wettbewerber daran hindert, auf demselben Markt wie das beherrschende Unternehmen tätig zu werden.

32. Die beiden anschließenden Fragen scheinen sich jedoch in Anbetracht der Entscheidung der Kommission und der einstweiligen Anordnungen auf eine der Annahmen der ersten Frage zu konzentrieren und im Wesentlichen auf die Klärung der Frage zu zielen, wann eine bestimmte Bausteinstruktur als *unerlässlich* für die Vermarktung der Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem bestimmten Land anzusehen ist. Im Einzelnen möchte das Gericht wissen, ob es für die Entscheidung von Bedeutung ist, 1. in welchem Umfang Vertreter der Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind und 2. mit welchem Aufwand (insbesondere Kosten) es für die Pharmaunternehmen verbunden wäre, Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen.

31. Im Übrigen habe ich bereits darauf hingewiesen, dass die IMS gerade in Bezug auf diesen Aspekt den Ansatz der Kommission kritisiert und ausgeführt hatte, sie sei „berechtigt, [ihren] Wettbewerbern Lizenzen für [ihr] geistiges Eigentum auf dem Markt zu verweigern, den dieses Urheberrecht“ betreffe³⁰. Genau dieser Aspekt stand, wie ich gezeigt habe, im Mittelpunkt der einstweiligen Anordnung des Präsidenten des Gerichts, das den Vorwurf der IMS *prima facie* für begründet hielt, die Kommission habe zu Unrecht festgestellt, dass die Lizenzverweigerung gegen Artikel 82 EG

33. Nachdem die Bedeutung der Fragen somit geklärt ist, werde ich sie im Folgenden untersuchen, wobei ich mit der ersten

30 — Begründungserwägung 182 der einstweiligen Anordnung der Kommission.

31 — Randnr. 105 des Beschlusses des Präsidenten des Gerichts.

beginne und sodann die zweite und die dritte zusammen betrachte. Nach dieser Untersuchung sind einige kurze Bemerkungen zu den Problemen angebracht, die im Zusammenhang mit der Anwendung von Artikel 82 EG durch das nationale Gericht und die Kommission auf den vorliegenden Fall auftreten.

Zur ersten Frage

Vorbringen der Beteiligten

34. Zur ersten Frage führt die IMS zunächst aus, das mit einem Urheberrecht verbundene Recht zur ausschließlichen Nutzung, also das Recht seines Inhabers, Dritten eine Lizenz für dessen Nutzung zu verweigern, stelle den Wesensgehalt dieses Rechts dar. Deshalb sei, wie die Rechtsprechung geklärt habe, die schlichte Weigerung, eine Lizenz zu erteilen, auch wenn sie von einem beherrschenden Unternehmen stamme, für sich allein kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 82 EG. Diese Bestimmung könne nur verletzt sein, wenn zu der Lizenzverweigerung ein weiteres Element hinzukomme, aus dem sich ein missbräuchliches Verhalten ergebe³². Eine andere Auslegung der Vorschrift, wonach eine Lizenzverweigerung für sich allein missbräuchlich wäre, hätte im Übrigen sehr

schwerwiegende unerwünschte Folgen für die Marktwirtschaft, da sie den Inhabern eines Urheberrechts die verdiente Belohnung für ihre kreative Anstrengung nehmen und den Anreiz für Investitionen in Innovation und Forschung verringern würde.

35. Die IMS fährt fort, im vorliegenden Fall könne die Lizenzverweigerung auch auf der Grundlage der so genannten „Essential-facilities-Doktrin“, auf die sich die einstweilige Anordnung der Kommission im Wesentlichen stütze, keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen. Diese Doktrin setze nämlich voraus, dass das beherrschende Unternehmen auf einem (vorgelagerten) Markt Waren oder Dienstleistungen anbiete, die unerlässlich seien, um auf einem zweiten (nachgelagerten) Markt mit ihm konkurrieren zu können: In diesem Fall beschränke das beherrschende Unternehmen dadurch, dass es den Zugang zu den eigenen Waren oder Dienstleistungen ohne rechtfertigenden Grund verweigere, missbräuchlich den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt³³. Mit Hilfe der „Essential-facilities-Doktrin“ könne man daher das beherrschende Unternehmen nicht zwingen, sein Urheberrecht mit anderen Wirtschaftsteilnehmern zu tei-

32 — Die IMS beruft sich hierzu auf die Urteile vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 53/87 (CICRA u. a./Renault, Slg. 1988, 6039) und in der Rechtssache 238/87 (Volvo, Slg. 1988, 6211) sowie vom 6. April 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P (RTE und ITP/Kommission, Slg. 1995, I-743, Randnr. 49, im Folgenden: Urteil Magill).

33 — Hierfür sprechen der IMS zufolge alle Urteile der Gemeinschaftsgerichte und alle Entscheidungen der Kommission über die Verweigerung eines Vertragsschlusses und zur „Essential-facilities-Doktrin“. Insoweit verweist sie insbesondere auf die Urteile des Gerichtshofes vom 6. März 1974 in den verbundenen Rechtssachen 6/73 und 7/73 (Commercial Solvents, Slg. 1974, 223), vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84 (CBEM/CLT und IPB, „Telemarketing“, Slg. 1985, 3261), vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88 (GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941), das Urteil Magill, das Urteil vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-7/97 (Bronner, Slg. 1998, I-7791), das Urteil des Gerichts vom 12. Juni 1997 in der Rechtssache T-504/93 (Ladbroke, Slg. 1997, II-923) sowie die Entscheidung 98/190/EG der Kommission vom 14. Januar 1998 in einem Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (ABl. L 72, S. 30).

len, nur damit diese ihm auf demselben Markt, auf dem es von seinem Recht Gebrauch mache, effektiver Konkurrenz machen könnten.

dem WTO-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums und aus der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst.

36. Außerdem könne man im vorliegenden Fall nicht mit dem Urteil Magill begründen, dass es sich bei der Lizenzverweigerung um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung handele. In diesem Urteil habe der Gerichtshof nämlich festgestellt, dass die Lizenzverweigerung nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ einen Missbrauch darstelle, und zwar, wenn sie 1. das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindere, das von dem beherrschenden, über das Urheberrecht verfügenden Unternehmen nicht angeboten werde und nach dem eine potenzielle Nachfrage bestehe, 2. nicht gerechtfertigt sei und 3. dazu führe, dem beherrschenden Unternehmen einen abgeleiteten Markt vorzubehalten. Die erste und die dritte Voraussetzung seien hier jedoch nicht erfüllt, da die NDC nicht ein neues Erzeugnis auf einem neuen Markt anbieten, sondern die von der IMS entwickelten Strukturen nutzen wolle, um auf demselben Markt ein Erzeugnis anzubieten, das mit dem der IMS nahezu identisch sei.

38. Vollkommen entgegengesetzter Auffassung ist natürlich die NDC.

39. Sie macht insbesondere geltend, der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens weise zahlreiche Ähnlichkeiten mit der Rechtsache Magill auf, in der dem Gerichtshof die Lizenzverweigerung durch den Inhaber des Urheberrechts für missbräuchlich erklärt habe. Denn wie in dem betreffenden Fall

— sei das urheberrechtlich geschützte immaterielle Gut kein Ergebnis einer großen schöpferischen Anstrengung oder nennenswerter Investitionen (im vorliegenden Fall beruhe die Struktur zum großen Teil auf den deutschen Postleitzahlenbezirken, und sie sei entscheidend mit Hilfe der pharmazeutischen Industrie entwickelt worden);

37. Schließlich verstößt nach Ansicht der IMS eine Auslegung von Artikel 82 EG, nach der die Weigerung eines beherrschenden Unternehmens, eine Lizenz zu erteilen, für sich allein einen Missbrauch darstellt, 1. gegen das durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten geschützte Eigentumsrecht und 2. gegen die internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft aus

— werde dieses Gut Unternehmen zur Verfügung gestellt, die nicht mit dem Inhaber des Urheberrechts in Wettbewerb stünden (hier z. B. kartografischen Diensten);

— sei das Produkt des an der Lizenz interessierten Unternehmens unter verschiedenen Gesichtspunkten besser als das vom Inhaber des Urheberrechts entwickelte (so sei z. B. das Spektrum der aufbereiteten Daten größer, werde den Kunden ermöglicht, online auf diese Daten zuzugreifen, sei die Aussagekraft der Daten stärker und würden die Daten kundenfreundlicher aufbereitet);

— werde die Monopolstellung auf dem vorgelagerten Markt (hier für Bausteinstrukturen) auf den nachgelagerten Markt (hier für die Vermarktung von Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln) ausgedehnt.

40. Für die skizzierte Lösung spricht der NDC zufolge auch, dass sie nicht vorhabe, sich auf die Reproduktion der von der IMS zusammengestellten Daten zu beschränken, sondern beabsichtige, selbst Daten über den regionalen Absatz zu erheben und zu verarbeiten, um sie anschließend in ein eigenes Produkt umzusetzen. Außerdem stelle das urheberrechtlich geschützte immaterielle Gut im vorliegenden Fall einen Industriestandard dar, der nach der Analyse der Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit³⁴ möglichst allen offen stehen müsse.

41. Schließlich bemerkt die NDC, um eine Lizenzverweigerung als missbräuchlich anzusehen, bedürfe es nicht zweier getrennter Märkte (vorgelagerter und nachgelagerter Markt)³⁵. Wie aus dem Urteil Magill hervorgehe, genüge es für die Anwendung von Artikel 82 EG, dass das beherrschende Unternehmen auf einem bestimmten Markt ein Monopol auf Informationen besitze, die erforderlich seien, um mit ihm zu konkurrieren. Dass diese Informationen vom beherrschenden Unternehmen nicht vermarktet würden, sei dagegen ohne Bedeutung.

42. Die Kommission trägt vor, um die Weigerung eines beherrschenden Unternehmens, seinen Wettbewerbern Zugang zu einer unerlässlichen Infrastruktur zu gewähren, als missbräuchlich einzustufen, sei es nicht erforderlich, dass die Infrastruktur auf einem anderen Markt angesiedelt sei als dem, auf dem die Wettbewerber tätig zu werden beabsichtigten. Hierzu reiche es aus, wenn die Infrastruktur auf einer vorgelagerten Produktionsstufe angesiedelt sei und eine klar abtrennbare „Vorleistung“ für die Herstellung eines bestimmten Produktes oder die Erbringung einer bestimmten Dienstleistung auf der nachgelagerten Stufe darstelle.

43. Damit ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung als wesentliche Infrastruktur oder Vorleistung angesehen werden könnten, müssten sie sich von dem Produkt bzw. der Dienstleistung auf der nachgelagerten Stufe unterscheiden, und zwischen beiden Stufen müsse ein

35 — Hierzu führt sie insbesondere aus, dass sich der Gerichtshof in Randnr. 47 des Urteils Magill nicht mit der Frage aufgehalten habe, ob in dem betreffenden Fall im technischen Sinn zwei Märkte unterschieden werden könnten.

34 — ABl. 2001, C 3, S. 2.

„Mehrwert“ geschaffen werden. Dieser Ansatz, der eher auf der Unterscheidung zwischen verschiedenen Produktionsstufen als auf der Existenz getrennter Märkte beruhe, werde durch die Erwägungen des Gerichtshofes in den Urteilen Magill und Bronner sowie des Gerichts im Urteil Ladbroke bestätigt.

44. Dass die für die Herstellung des nachgelagerten Produktes bzw. für die Erbringung der nachgelagerten Dienstleistung unerlässliche Vorleistung nicht von dem beherrschenden Unternehmen selbst vermarktet werde, schließe für sich allein nicht aus, dass die ungerechtfertigte Verweigerung des Zugangs zu der betreffenden Vorleistung ein missbräuchliches Verhalten darstelle. Denn auch in diesem Fall handele es sich bei der Verweigerung des Zugangs um eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für das nachgelagerte Produkt bzw. die nachgelagerte Dienstleistung, die gegen Artikel 82 EG verstoße. Die Beschränkung sei sogar noch schwerwiegender, wenn die unerlässliche Vorleistung überhaupt nicht vermarktet werde, weil sich die an der Herstellung des nachgelagerten Produktes bzw. an der Erbringung der nachgelagerten Dienstleistung interessierten Unternehmen die betreffende Vorleistung nicht einmal mittelbar über Dritte besorgen könnten, die sie vom beherrschenden Unternehmen erworben hätten.

45. Dies gelte auch für den Fall, dass es sich bei der wesentlichen Vorleistung um ein urheberrechtlich geschütztes immaterielles Gut handele. Wenn sich nämlich dieses immaterielle Gut von dem nachgelagerten Produkt bzw. der nachgelagerten Dienstleistung unterscheide, für deren Herstellung oder Erbringung es unerlässlich sei, gehe die

Lizenzverweigerung durch das beherrschende, über das Urheberrecht verfügende Unternehmen über die wesentliche Funktion dieses Rechts hinaus, weil es dem Unternehmen den Markt des nachgelagerten Produktes bzw. der nachgelagerten Dienstleistung vorbehalte. Außerdem sei das Urheberrecht ein Eigentumsrecht wie viele andere, mit denen es die ausschließliche Verfügungsgewalt über das durch das betreffende Recht geschützte (materielle oder immaterielle) Gut, aber auch die aus dem Wettbewerbsrecht abgeleiteten Beschränkungen gemein habe.

Würdigung

46. Die vorliegende Frage betrifft, wie sich gezeigt hat, ein wichtiges und schwieriges Problem in Bezug auf die Auslegung von Artikel 82 EG, und zwar die Frage, ob ein beherrschendes Unternehmen verpflichtet ist, seinen Wettbewerbern (entgeltlich) die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten immateriellen Gutes zu gestatten, wenn dieses Gut unerlässlich ist, um auf demselben Markt tätig zu werden, auf dem das betreffende Unternehmen von seinem Recht Gebrauch macht und eine beherrschende Stellung einnimmt.

a) Einschlägige Rechtsprechung

47. Zur Untersuchung dieser Frage sind meines Erachtens vor allem diejenigen Urteile des Gerichtshofes heranzuziehen, nach denen die Verweigerung eines Vertrags-

schlusses als Missbrauch einer beherrschenden Stellung angesehen werden kann und in denen (das gilt zumindest für einige von ihnen) möglicherweise eine Anwendung der so genannten „Essential-facilities-Doktrin“ erkennbar ist, auf die die Beteiligten wiederholt Bezug genommen haben³⁶.

48. Beginnen möchte ich mit dem Urteil *Commercial Solvents*, in dem diese Problematik im Hinblick auf eine Unterbrechung von Rohstofflieferungen angeschnitten wurde. Der Gerichtshof bestätigte die in dem betreffenden Fall angefochtene Entscheidung der Kommission und stellte fest, dass „ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 [missbraucht], wenn es eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohstoffe hat und sich in der Absicht, sich den Rohstoff für die Herstellung seiner eigenen Derivate vorzubehalten, weigert, einen Kunden, der seinerseits Hersteller dieser Derivate ist, zu beliefern, [mit der] Gefahr ..., jeglichen Wettbewerb durch diesen Kunden auszuschalten“³⁷.

49. Im Urteil *Telemarketing* präzisierte der Gerichtshof sodann, dass diese Feststellung „auch für den Fall eines Unternehmens [gilt], das eine beherrschende Stellung auf dem Markt einer Dienstleistung innehat, die für die Tätigkeit eines anderen Unternehmens auf einem anderen Markt unerlässlich ist“³⁸. In dem betreffenden Fall erklärte es der Gerichtshof für unvereinbar mit Arti-

kel 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG), dass sich ein Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem Markt für Fernsehsendungen ohne objektiven Grund weigerte, unabhängigen Telemarketing-Unternehmen Sendezeit zur Verfügung zu stellen, und so die Tätigkeiten auf diesem Gebiet einem zur selben Gruppe gehörenden Unternehmen vorbehielt, und zwar mit der Gefahr, jeglichen Wettbewerb auf dem betreffenden Markt auszuschalten. Mit Bezug auf diesen Sachverhalt bestätigte der Gerichtshof insbesondere den Grundsatz, „dass es einen Missbrauch im Sinne von Artikel 86 darstellt, wenn ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, sich ... ohne objektives Bedürfnis eine Hilfstätigkeit vorbehielt, die von einem dritten Unternehmen im Rahmen seiner Tätigkeit auf einem benachbarten, aber getrennten Markt ausgeübt werden könnte, so dass jeglicher Wettbewerb seitens dieses Unternehmens ausgeschaltet zu werden droht“³⁹.

50. Speziell in Bezug auf die Rechte des geistigen Eigentums ist sodann der Fall *Volvo* hervorzuheben, in dem der Gerichtshof im Wesentlichen gefragt wurde, ob der betreffende Automobilhersteller seine beherrschende Stellung auf dem (unterstellten) Markt für Originalersatzteile missbraucht habe, indem er Dritten keine Lizenz für die Herstellung dieser Ersatzteile erteilt habe. Der Gerichtshof antwortete darauf, dass „die Befugnis des Inhabers eines geschützten Musters, Dritte an der Herstellung und dem Verkauf oder der Einfuhr der das Muster verkörpernden Erzeugnisse ohne seine Zustimmung zu hindern, gerade die Substanz seines ausschließlichen Rechts

36 — Siehe zu dieser Doktrin und ihrer Anwendung in den Vereinigten Staaten und in Europa insbesondere die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtsache *Bronner*, Nrn. 45 bis 53.

37 — Randnr. 25.

38 — Randnr. 26.

39 — Randnr. 27. Derselbe Grundsatz wurde dann in einem etwas anderen Zusammenhang im Urteil *GB-Inno-BM* (Randnr. 18) erneut bestätigt.

darstellt. Daraus folgt, dass eine dem Inhaber des geschützten Musters auferlegte Verpflichtung, Dritten eine Lizenz für die Lieferung von Erzeugnissen, die das Muster verkörpern, zu erteilen, diesem Inhaber selbst dann, wenn dies gegen angemessene Vergütung erfolgen würde, die Substanz seines ausschließlichen Rechts nehmen würde und dass die Weigerung, eine solche Lizenz zu erteilen, als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann“⁴⁰. Der Gerichtshof fügte allerdings hinzu, dass „die Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber eines Musters für Kraftfahrzeugkarosserieteile gemäß Artikel 86 verboten sein kann, wenn sie bei einem Unternehmen, das eine beherrschende Stellung einnimmt, zu bestimmten missbräuchlichen Verhaltensweisen führt, etwa der willkürlichen Weigerung, unabhängige Reparaturwerkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern, der Festsetzung unangemessener Ersatzteilpreise oder der Entscheidung, für ein bestimmtes Modell keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch viele Fahrzeuge dieses Modells verkehren, sofern diese Verhaltensweisen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“⁴¹.

51. In der bekannten Rechtssache Magill, in der über Rechtsmittel gegen zwei Urteile des Gerichts zu entscheiden war, hatte der Gerichtshof anschließend Gelegenheit, sich erneut zur Frage der Verweigerung einer Lizenz für ein Recht am geistigen Eigentum zu äußern. In den angefochtenen Urteilen hatte das Gericht eine Entscheidung bestätigt, mit der die Kommission festgestellt hatte, dass bestimmte Fernsehanstalten ihre

beherrschende Stellung auf dem Markt für ihre Programmvorschauen missbraucht hätten, indem sie von dem an diesen Vorschauen geltend gemachten Urheberrecht Gebrauch gemacht hätten, um Dritte an der Veröffentlichung wöchentlicher Programmführer für sämtliche Programme der jeweiligen Anstalten zu hindern.

52. Hierzu führte der Gerichtshof zunächst aus, aus dem Urteil Volvo ergebe sich, dass die Verweigerung einer Lizenz für ein Recht des geistigen Eigentums zwar als solche kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung sei, die „Ausübung des ausschließlichen Rechts durch den Inhaber ... unter außergewöhnlichen Umständen [aber] ein missbräuchliches Verhalten darstellen“ könne⁴². In dem betreffenden Fall lagen nach Ansicht des Gerichtshofes in der Tat Umstände vor, die das Verhalten der Anstalten, die die Rechtsmittel eingelegt hatten, als missbräuchlich erscheinen ließen, denn

— erstens ließen „die Rechtsmittelführerinnen — die zwangsläufig die einzige Quelle für die Grundinformationen über die Programmplanung waren, die das unentbehrliche Ausgangsmaterial für die Herstellung eines wöchentlichen Fernsehprogrammführers bildeten — den Fernsehzuschauern, die sich über die Programmangebote für die kommende Woche informieren wollten, keine andere Möglichkeit, als sich die wöchentlichen Programmführer für jeden Sender zu kaufen und daraus selbst die Angaben zu entnehmen, die sie benötigten, um Vergleiche

40 — Urteil Volvo, Randnr. 8.

41 — Randnr. 9. Weitgehend im gleichen Sinne äußerte sich der Gerichtshof am gleichen Tag im Urteil Renault.

42 — Randnr. 50.

anzustellen. Die auf nationale urheberrechtliche Vorschriften gestützte Weigerung der Rechtsmittelführerinnen, die Grundinformationen zur Verfügung zu stellen, hat somit das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, nämlich eines umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführers, den sie selbst nicht anboten und nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhindert, was einen Missbrauch gemäß Artikel 86 Absatz 2 Buchstabe b des Vertrages darstellt“⁴³;

— zweitens „war diese Weigerung weder durch die Tätigkeit der Ausstrahlung von Fernsehsendungen noch durch die der Herausgabe von Fernsehzeitschriften gerechtfertigt ...“⁴⁴;

— drittens „behielten sich die Rechtsmittelführerinnen durch ihr Verhalten einen abgeleiteten Markt — den der wöchentlichen Fernsehprogrammführer — vor, indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlossen ..., da sie den Zugang zu den Grundinformationen — dem unentbehrlichen Ausgangsmaterial für die Herstellung eines solchen Programmführers — verweigerten“⁴⁵.

53. Der Gerichtshof befasste sich schließlich im bekannten Urteil Bronner mit der Problematik der Verweigerung des Vertragsschlusses. In diesem Fall, in dem ein eigener Markt für landesweite Systeme zur

Hauszustellung von Zeitungen unterstellt wurde, hatte der Gerichtshof u. a. zu entscheiden, „ob es eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag darstellt, dass der Betreiber des einzigen im gesamten Gebiet eines Mitgliedstaats bestehenden Hauszustellungssystems, der dieses System für den Vertrieb seiner eigenen Tageszeitungen benutzt, dem Verleger einer Konkurrenzzeitung den Zugang zu diesem System verweigert, weil der genannte Wettbewerber durch diese Weigerung um einen für den Verkauf seiner Tageszeitung als wesentlich angesehenen Vertriebsweg gebracht wird“⁴⁶.

54. Der Gerichtshof verwies auf das Urteil Magill und erklärte sodann, selbst „wenn diese Rechtsprechung zur Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts anwendbar wäre“, ließe sich in dem betreffenden Fall aus der Verweigerung des Vertragsschlusses nur dann auf den Missbrauch einer beherrschenden Stellung schließen, „wenn die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung zum einen geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch diejenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und nicht objektiv zu rechtfertigen wäre, und zum anderen die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich wäre, dass kein tatsächlicher oder potenzieller Ersatz für das Hauszustellungssystem bestünde“⁴⁷.

43 — Randnrn. 53 und 54.

44 — Randnr. 55.

45 — Randnr. 56.

46 — Randnr. 37.

47 — Randnr. 41.

b) Folgerungen

55. Dieser knappen Untersuchung der Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass der Gerichtshof tatsächlich, wie die IMS behauptet hat, in allen Fällen, in denen er zu dem Schluss gelangte, dass die Weigerung, bestimmte (materielle oder immaterielle) Güter oder Dienste zu liefern oder zur Verfügung zu stellen, den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann, einen (vorgelagerten) Markt für diese Güter oder Dienste und einen (nachgelagerten) abgeleiteten Markt unterschieden hat, auf dem sie als Vorleistung für andere Güter oder Dienste verwendet werden. Die in diesen Fällen festgestellten oder vermuteten Verstöße gegen Artikel 82 EG betrafen nämlich vertikal integrierte Unternehmen, die (zumindest hypothetisch) durch ihre Weigerung zum Vertragsschluss ihre beherrschende Stellung auf einem vorgelagerten Markt missbrauchten, um den Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt zu beschränken oder auszuschalten.

56. Wie die NDC und die Kommission jedoch zutreffend bemerkt haben, hielt es der Gerichtshof zur Bestimmung eines (vorgelagerten) Marktes für die Vorleistungen nicht für erforderlich, dass diese von dem beherrschenden Unternehmen gesondert vermarktet werden. Im Urteil Magill bestimmte der Gerichtshof nämlich einen Markt für Programmvorschauen, obwohl diese von den Fernsehanstalten nicht gesondert vermarktet, sondern lediglich einigen Zeitungen unentgeltlich angeboten wurden. Im Urteil Bronner vertrat der Gerichtshof sodann die Auffassung, dass ein Markt für landesweite Systeme zur

Hauszustellung von Zeitungen bestehe, obwohl das Unternehmen, das ein Monopol auf diesem (hypothetischen) Markt besaß, den Hauszustellungsdienst nicht gesondert anbot⁴⁸.

57. Für die Heranziehung der angeführten Rechtsprechung zur Verweigerung des Vertragsschlusses erscheint es mir daher ausreichend, dass ein vorgelagerter Markt für die Vorleistungen *bestimmt werden kann*. Das gilt auch, wenn es sich nur um einen „potenziellen“ Markt in dem Sinne handelt, dass auf ihm ein Monopolunternehmen tätig ist, das beschließt, die fraglichen Vorleistungen nicht gesondert zu vermarkten (obwohl eine tatsächliche Nachfrage nach ihnen besteht), sondern sich ihrer ausschließlich auf einem nachgelagerten Markt zu bedienen und auf diese Weise den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt zu beschränken oder vollständig auszuschalten.

58. Um ein klassisches Beispiel der „Essential-facilities-Doktrin“ zu nehmen, denke man an den Fall, in dem der Zugang zu einem Hafen unerlässlich ist, um auf einem bestimmten geografischen Markt Seeverkehrsdienste erbringen zu können. Es sei angenommen, dass der Eigentümer des Hafens diese Infrastruktur ausschließlich

48 — Bei der Bestimmung des relevanten Marktes berücksichtigte der Gerichtshof offenbar nicht, dass der Betreiber des Hauszustellungssystems eine Reihe von Dienstleistungen an einen unabhängigen Verleger erbrachte, darunter auch die Hauszustellung einer seiner Zeitungen. In dem betreffenden Fall wurde der Hauszustellungsdienst allerdings nicht gesondert angeboten, sondern gehörte zu einem „Paket“, das auch den Druck und den Verkauf in den Verkaufsstellen für die fragliche Zeitung umfasste.

dazu nutzt, sich ein Monopol auf dem Markt für Seeverkehrsdienste zu sichern, und sich dabei ohne objektive Rechtfertigung weigert, die erforderlichen Hafendienste anderen Unternehmen zu erbringen, die sie nachfragen. Nun, ich glaube auf einen solchen Fall müsste die Rechtsprechung zur Verweigerung des Vertragschlusses unabhängig davon übertragen werden, dass die Hafendienste nicht auf dem Markt angeboten werden. Denn trotz dieses Umstands wäre es nicht ausgeschlossen, einen Markt für die von den Seeverkehrsunternehmen nachgefragten Hafendienste zu bestimmen, da eine Nachfrage nach diesen Diensten tatsächlich besteht und ihre Vermarktung nicht auf technische Hindernisse stößt. Nach der Rechtsprechung zur Verweigerung des Vertragschlusses könnte man daher feststellen, dass der Eigentümer der Hafeninfrastruktur, indem er den Zugang zu ihr ohne rechtfertigenden Grund verweigert, seine eigene beherrschende (Monopol-)Stellung auf dem Markt für Hafendienste insofern missbraucht, als er jeden Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt für Seeverkehrsdienste ausschließt.

59. Nachdem somit geklärt ist, dass es zur Bestimmung eines vorgelagerten Marktes für die Vorleistungen nicht erforderlich ist, dass sie von dem Unternehmen, das diesen Markt kontrolliert, gesondert vermarktet werden, erscheint es mir offensichtlich, dass ein solcher Markt definitionsgemäß immer dann bestimmt werden kann, wenn 1. die fraglichen Vorleistungen unerlässlich sind (da sie weder ersetzt noch nachgemacht werden können), um auf einem bestimmten Markt tätig zu werden, und 2. für sie eine tatsächliche Nachfrage durch die Unter-

nehmen besteht, die auf dem Markt tätig werden wollen, für den die betreffenden Vorleistungen unerlässlich sind.

60. Wenn wir jetzt im Licht dieser Ausführungen den in der ersten Frage dargelegten Fall untersuchen, müssen wir erkennen, dass man die Übertragung der Rechtsprechung zur Verweigerung des Vertragschlusses hier nicht allein deswegen verwerfen kann, weil das Unternehmen, das um die Lizenz für die Bausteinstruktur ersucht hat, auf demselben Markt wie der Inhaber des Urheberrechts tätig zu werden beabsichtigt. Wenn man nämlich bedenkt, dass diese Frage von der Annahme ausgeht, dass die Bausteinstruktur, für die die Lizenz nachgefragt wird, unerlässlich ist, um die Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem bestimmten Land vermarkten zu können, kann man ohne weiteres einen vorgelagerten Markt für den Zugang zu der Bausteinstruktur (an der der Inhaber des Urheberrechts das Monopol hat) und einen nachgelagerten abgeleiteten Markt für den Verkauf dieser Studien bestimmen.

61. Allerdings, so muss ich hinzufügen, veranlassen mich die Urteile des Gerichtshofes zur Verweigerung der Lizenz für ein Recht des geistigen Eigentums zu der Feststellung, dass es, um eine ungerechtfertigte Verweigerung als missbräuchlich anzusehen, nicht genügt, dass das immaterielle Gut, auf das sich das Eigentumsrecht bezieht, für die Tätigkeit auf einem bestimmten Markt unerlässlich ist und der Inhaber durch diese Verweigerung folglich jeden Wettbewerb auf dem abgeleiteten Markt ausschalten kann.

62. Auch unter diesen Umständen kann sich bei der Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz des Rechts des geistigen Eigentums und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen und dem Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite die Waage meines Erachtens nur dann zugunsten dieses zweiten Interesses neigen, wenn die Lizenzverweigerung die Entwicklung des Marktes zu Lasten der Verbraucher verhindert. Genauer gesagt kann die Lizenzverweigerung meiner Auffassung nach nur dann als missbräuchlich eingestuft werden, wenn sich das nachfragende Unternehmen nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, Waren oder Dienstleistungen zu vermarkten, die denen gleichen, die vom Inhaber des Rechts am geistigen Eigentum bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden, sondern beabsichtigt, Waren oder Dienstleistungen mit anderen Merkmalen herzustellen bzw. zu erbringen, die — auch wenn sie mit denen des Inhabers des Rechts konkurrieren — besondere Bedürfnisse der Verbraucher erfüllen, die von den existierenden Waren oder Dienstleistungen nicht befriedigt werden.

63. Auf dieser Linie scheint mir eindeutig das Urteil Magill zu liegen, in dem der Gerichtshof, wie ich gezeigt habe, eine ungerechtfertigte Lizenzverweigerung für missbräuchlich erklärte, weil sie 1. „das Auftreten eines neuen Erzeugnisses, nämlich eines umfassenden wöchentlichen Fernsehprogrammführers, den [die Rechtsmittelführerinnen] selbst nicht anboten und nach dem eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher bestand, verhindert[e]“ und 2. „die Rechtsmittelführerinnen [sich]

durch ihr Verhalten einen abgeleiteten Markt — den der wöchentlichen Fernsehprogrammführer — vor[behielten], indem sie jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschlossen“⁴⁹.

64. In dem betreffenden Fall befand der Gerichtshof somit die Lizenzverweigerung in Anbetracht der Tatsache für missbräuchlich, dass das nachfragende Unternehmen einen Fernsehprogrammführer auf den Markt bringen wollte, der sich (da in ihm nicht nur die Programme einer einzigen Fernsehanstalt, sondern sämtliche Programme abgedruckt werden sollten) von denen des Inhabers des Urheberrechts unterschieden und die besonderen Bedürfnisse der Verbraucher befriedigt hätte. Auf diese Weise wurde das Auftreten eines „neuen“ Erzeugnisses verhindert, das mit denen des Inhabers des Urheberrechts auf dem allgemeinen Markt für Fernsehprogrammführer in Wettbewerb getreten wäre.

65. In diesem Sinne kann aber vielleicht auch das Urteil Volvo gelesen werden, in dem der Gerichtshof klarstellte, dass „die Weigerung, eine ... Lizenz zu erteilen, als solche keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellen kann“⁵⁰. Obwohl in dem betreffenden Fall das Geschmacksmuster für Karosserieteile als unerlässliche Vorleistung für die Tätigkeit auf dem (unterstellten) Markt für Originalersatzteile angesehen werden konnte, lässt sich festhalten, dass der Gerichtshof die Lizenzverweigerung nicht für missbräuch-

49 — Randnrn. 54 und 56.

50 — Randnr. 8.

lich erklärte, da der Nachfrager nichts anderes wollte, als die Erzeugnisse des Inhabers des Musters nachzuahmen, d. h. die Originalersatzteile von Volvo herzustellen.

Zur zweiten und zur dritten Frage

66. Nach alledem schlage ich daher vor, auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel 82 EG dahin auszulegen ist, dass die Verweigerung einer Lizenz für die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten immateriellen Gutes den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne des betreffenden Artikels darstellt, wenn 1. die Verweigerung objektiv nicht gerechtfertigt ist und 2. die Nutzung des immateriellen Gutes für die Tätigkeit auf einem abgeleiteten Markt unerlässlich ist, so dass der Inhaber durch diese Verweigerung letztlich jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschaltet. Das gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sich das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht, nicht darauf beschränken will, Waren oder Dienstleistungen zu vermarkten, die denen gleichen, die vom Inhaber des Rechts am geistigen Eigentum bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden, sondern beabsichtigt, Waren oder Dienstleistungen mit anderen Merkmalen herzustellen bzw. zu erbringen, die — auch wenn sie mit denen des Rechtsinhabers konkurrieren — besondere Bedürfnisse der Verbraucher erfüllen, die von den existierenden Waren oder Dienstleistungen nicht befriedigt werden.

67. Wie ich bereits gesagt habe, möchte das nationale Gericht mit der zweiten und der dritten Frage im Wesentlichen wissen, wann eine urheberrechtlich geschützte Bausteinstruktur als unerlässlich für die Vermarktung von Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in einem bestimmten Land anzusehen ist. Im Einzelnen fragt das Gericht, ob es für die Entscheidung von Bedeutung ist, 1. in welchem Umfang Vertreter der Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind und 2. mit welchem Aufwand (insbesondere Kosten) es für die Pharmaunternehmen verbunden wäre, Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen.

Vorbringen der Beteiligten

68. In Bezug auf die mit den untersuchten Fragen aufgeworfenen Problematiken trägt die IMS allgemein vor, dass Kundenpräferenzen nicht die Einstufung der 1860er Struktur als „essential facility“ rechtfertigen könnten. Um zu beurteilen, ob eine Bausteinstruktur für die Vermarktung von Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln unerlässlich sei, könne man nämlich nicht auf die subjektive Bereitschaft

der Kunden abstellen, sich auf Studien einzulassen, die auf einer anderen Grundlage erstellt worden seien; entscheidend sei vielmehr, ob ein Wettbewerber vergleichbarer Grösse objektiv in der Lage sei, eine alternative Struktur zu entwickeln.

Bedeutung für die Feststellung, ob eine Infrastruktur eine „essential facility“ darstelle, da sie unter bestimmten Umständen den Zugang zu einer Infrastruktur unerlässlich machen könnten, der es sonst nicht wäre.

69. Zur Rolle der Pharmaunternehmen bei der Entwicklung ihrer Bausteinstruktur führt die IMS sodann aus, dass ein Beitrag der Kunden zur Entwicklung von Waren oder Dienstleistungen, die ihren Bedürfnissen genauer entsprächen, vollkommen normal sei. So gesehen hätte eine Pflicht zur Lizenzerteilung negative Folgen, weil sie die Unternehmen veranlassen würde, bei der Entwicklung ihrer Produkte auf jeden Kundenkontakt zu verzichten.

72. Nach dem Urteil Bronner könne der Zugang zu einer bestimmten Infrastruktur als unerlässlich angesehen werden, wenn die Entwicklung einer alternativen Infrastruktur nicht rentabel wäre. Im vorliegenden Fall wären die Kosten der Pharmaunternehmen für die Umstellung auf eine andere Bausteinstruktur so hoch, dass die Einführung einer konkurrierenden Struktur nicht nur unrentabel, sondern sogar wirtschaftlich undurchführbar wäre.

70. Was die Umstellungskosten angehe, die die Kunden zu tragen hätten, um Studien verwenden zu können, die auf der Grundlage anderer Strukturen erstellt würden, so sei es völlig normal, dass den Kunden Ausgaben entstünden, wenn sie sich für ein anderes Produkt entschieden; darauf könne es für die Feststellung, ob eine Lizenzverweigerung den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstelle, nicht ankommen.

73. Die Kommission trägt vor, dass in ihrer einstweiligen Anordnung zahlreiche Gesichtspunkte genannt seien, aus denen der Schluss zu ziehen sei, dass die 1860er Struktur der IMS unerlässlich sei für die Vermarktung der Studien über den regionalen Absatz von Arzneimitteln in Deutschland; bei den vom nationalen Gericht erwähnten Gesichtspunkten handele es sich also nur um einige von denen, die für diese Untersuchung berücksichtigt worden seien.

71. Die NDC ist der gegenteiligen Ansicht und meint, die Praktiken der Industrie oder die Erwartungen der Kunden seien von

74. Sodann führt die Kommission aus, dass die weitreichende Einbeziehung der Kunden in die Entwicklung der Bausteinstruktur der IMS dazu beigetragen habe, ein Abhängig-

keitsverhältnis der Pharmaunternehmen in Bezug auf diese Struktur zu schaffen. Eine derart regelmäßige und intensive Mitarbeit der Kunden mit dem Ziel, eine gemeinsame Struktur für eine Reihe kompatibler Dienste zu schaffen, trage die Züge eines Prozesses, mit dem ein De-facto-Standard geschaffen werde.

75. Um festzustellen, ob eine Infrastruktur unerlässlich sei, müsse sodann geprüft werden, ob ein Wettbewerber vergleichbarer Größe eine tragfähige Alternative schaffen könnte. Für diese Prüfung sei jedoch auch eine eingehende Untersuchung der relevanten Faktoren auf der Nachfrageseite hilfreich, namentlich des Aufwands der Kunden für die Umstellung auf eine andere Infrastruktur. Eine gemeinsame Analyse der Lage aus Sicht sowohl der Angebots- als auch der Nachfrageseite sei insbesondere angebracht, um festzustellen, ob die Entwicklung einer alternativen Infrastruktur rentabel wäre.

76. Schließlich verweist die Kommission auf die Erwägungen in ihrer einstweiligen Anordnung und hebt sowohl die Hindernisse, die im vorliegenden Fall die Pharmaunternehmen vom Wechsel zu einer Bausteinstruktur abhielten, die mit derjenigen der IMS nicht kompatibel sei, als auch den außergewöhnlichen und nicht nur wirtschaftlichen Aufwand hervor, den dieser Wechsel mit sich brächte.

Würdigung

77. Zur Prüfung der vorliegenden Frage ist zweifellos vom Urteil Bronner auszugehen, in dem der Gerichtshof einige nützliche Hinweise zur Frage gegeben hat, wann ein (materielles oder immaterielles) Gut oder eine Dienstleistung als für die Tätigkeit auf einem bestimmten Markt unerlässlich angesehen werden kann.

78. In dem betreffenden Fall schloss der Gerichtshof insbesondere aus, dass das einzige Hauszustellungssystem, das in einem Mitgliedstaat landesweit existierte, für den Verkauf von Zeitungen unerlässlich sei, indem er ausführte, zum einen stehe fest, „dass für Tageszeitungen andere Vertriebswege, wie die Postzustellung oder Laden- oder Kioskverkauf, bestehen — auch wenn sie für den Vertrieb bestimmter Tageszeitungen weniger günstig sein dürften — und von den Verlegern dieser Tageszeitungen auch in Anspruch genommen werden“, und zum anderen seien „keine technischen, rechtlichen oder auch nur wirtschaftlichen Hindernisse ersichtlich, die geeignet wären, jedem anderen Verleger von Tageszeitungen — allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Verlegern — die Errichtung eines eigenen landesweiten Hauszustellungssystems und dessen Nutzung für den Vertrieb der eigenen Tageszeitungen unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren“⁵¹.

51 — Randnrn. 43 und 44.

79. Der Gerichtshof erklärte außerdem: „Dass die Schaffung eines solchen Systems keine realistische potenzielle Alternative darstelle und daher der Zugang zum bestehenden System unverzichtbar sei, ist nicht schon mit der Behauptung dargetan, dass die Schaffung eines solchen Systems wegen der geringen Auflagenhöhe der zu vertreibenden Zeitung oder Zeitungen unrentabel sei. [Der] Zugang zum bestehenden System [könnte] nur dann als unverzichtbar angesehen werden, wenn zumindest dargetan wäre, dass es unrentabel wäre, für den Vertrieb von Tageszeitungen mit einer Auflagenhöhe, die mit derjenigen der anhand des vorhandenen Systems vertriebenen Tageszeitungen vergleichbar wäre, ein zweites Hauszustellungssystem zu schaffen.“⁵²

80. Aus diesem Urteil ergibt sich somit, dass zur Feststellung, ob eine Vorleistung für die Tätigkeit auf einem bestimmten Markt unerlässlich ist, geprüft werden muss, ob 1. Waren oder Dienstleistungen existieren, die an Stelle der betreffenden Vorleistungen verwendet werden können, um auf dem fraglichen Markt (mehr oder minder effektiv) tätig zu werden, und 2. technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die geeignet sind, jedem Unternehmen, das auf diesem Markt tätig werden will, die Entwicklung alternativer Vorleistungen — gegebenen-

falls in Zusammenarbeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern — unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren. Wirtschaftliche Hindernisse für die Schaffung alternativer Systeme bestehen nach Auffassung des Gerichtshofes nur, wenn deren Entwicklung unrentabel ist für eine Produktion, die ihrem Umfang nach mit der des Inhabers der existierenden Vorleistungen vergleichbar ist.

81. Im vorliegenden Fall ist, wie bereits erwähnt, festzustellen, welche Bedeutung insoweit 1. dem Umfang, in dem die Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind, und 2. dem Aufwand (insbesondere den Kosten) zukommt, den die pharmazeutischen Unternehmen betreiben müssten, um Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen.

82. Diese Aspekte sind meines Erachtens gemeinsam zu untersuchen, da sich beide letztlich als wirtschaftliche Hindernisse für die Schaffung einer alternativen Struktur erweisen.

83. Die NDC und die Kommission sind nämlich der Ansicht, dass die intensive Einbeziehung der Pharmaunternehmen in die Entwicklung der Struktur der IMS zwar kein absolutes technisches oder rechtliches Hindernis für den Wechsel zu einer alternativen Struktur darstelle, aber ein Grund für die Abhängigkeit der Pharmaunternehmen von der bestehenden Struktur sei.

52 — Randnrn. 45 und 46.

Selbst wenn das so ist, erklärt die Einbeziehung der Pharmaunternehmen in die Entwicklung der Struktur der IMS jedoch lediglich, warum es für diese Unternehmen außergewöhnlich aufwendig wäre, sich auf den Bezug von Studien umzustellen, die auf der Grundlage einer anderen Struktur erstellt sind.

84. Klar ist allerdings: Entstände den Pharmaunternehmen ein unzumutbarer (organisatorischer und wirtschaftlicher) Aufwand, wenn sie zu einer alternativen Struktur übergangen, so wäre die Schaffung einer solchen Struktur durch einen Wettbewerber der IMS — je nach Standpunkt — beschwerlicher oder weniger rentabel. Um die potenziellen Kunden für den Erwerb der auf der Grundlage der alternativen Struktur erstellten Studien zu gewinnen, müsste der Wettbewerber der IMS ihnen nämlich besonders vorteilhafte Konditionen anbieten und würde damit Gefahr laufen, dass sich die getätigten Investitionen nicht amortisieren.

85. Daraus ist also zu schließen, dass der Umfang, in dem die Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind, und der Aufwand, den diese Unternehmen betreiben müssten, um Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen, Gesichtspunkte sind, die bei der Feststellung zu berücksichtigen sind, ob wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die geeignet sind, jedem Unternehmen, das auf dem betreffenden Markt tätig werden will, die Schaffung einer solchen alternativen Struktur — gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern

— unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.

86. Nach alledem ist daher auf die zweite und die dritte Vorlagefrage zu antworten, dass der Umfang, in dem die Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind, und der Aufwand, den diese Unternehmen betreiben müssten, um Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen, Gesichtspunkte sind, die bei der Feststellung zu berücksichtigen sind, ob die bestehende Struktur für die Vermarktung der Studien über den regionalen Arzneimittelabsatz unerlässlich ist.

Zur gleichzeitigen Anwendung von Artikel 82 EG durch das nationale Gericht und die Kommission

87. Wie angekündigt, möchte ich, bevor ich zum Schluss komme, einige knappe Erwägungen zu den Problemen vortragen, die sich im Hinblick auf die gleichzeitige Anwendung des Artikels 82 EG durch das nationale Gericht und die Kommission stellen. Diese Probleme rühren daher, dass das Urteil, das der Gerichtshof im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren er-

lassen wird, zwar angegeben wird, wie Artikel 82 EG in Bezug auf die vom nationalen Gericht gestellten Fragen auszulegen ist, dem betreffenden Gericht aber vermutlich einen gewissen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Feststellung lassen wird, ob die Lizenzverweigerung durch die IMS den Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt. Theoretisch könnte das nationale Gericht demnach ein Urteil verkünden, das der einstweiligen Anordnung der Kommission zuwiderläuft, in der es heißt, dass die betreffende Lizenzverweigerung prima facie gegen Artikel 82 EG verstößt.

Kommission im Wege einer einstweiligen Anordnung entscheidet, da die lediglich einstweilige Geltung einer Entscheidung mit Sicherheit weder ihre Verbindlichkeit noch die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit aufhebt. Wie der Gerichtshof außerdem geklärt hat, bleibt das Verbot, Entscheidungen zu erlassen, die im Widerspruch zu solchen der Kommission stehen, auch dann bestehen, wenn der Präsident des Gerichts den Vollzug der Kommissionsentscheidungen ausgesetzt hat⁵⁵.

88. Unter diesen Umständen erscheint mir deshalb der Hinweis angebracht, dass der Gerichtshof bereits klargestellt hat, dass „die nationalen Gerichte, wenn sie über Vereinbarungen oder Verhaltensweisen befinden, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission [nach den Artikeln 81 EG oder 82 EG] sind, keine Entscheidungen erlassen [dürfen], die dieser zuwiderlaufen“⁵³. Dieses Verbot, das seine Grundlage in der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit aus Artikel 10 EG und der Verbindlichkeit der Entscheidungen findet, die die Kommission nach den Artikeln 81 EG oder 82 EG erlässt⁵⁴, muss meines Erachtens auch dann gelten, wenn die

89. Hegt das nationale Gericht Zweifel an der Gültigkeit der Entscheidung der Kommission, so könnte es natürlich — im Rahmen des Beurteilungsspielraums, den ihm der Gerichtshof vermutlich lassen wird — insoweit eine neue Vorabentscheidungsfrage vorlegen⁵⁶. Falls das nationale Gericht es für angemessen hält, könnte es außerdem das Verfahren aussetzen, bis das Gericht endgültig über die einstweilige Anordnung der Kommission entschieden hat⁵⁷, oder deren endgültige Entscheidung abwarten, gegebenenfalls, nachdem es sich mit der Kommission in dieser Frage verständigt hat. Wie der Gerichtshof schließlich ausgeführt hat, müsste das nationale Gericht, wenn es das Verfahren aussetzt, prüfen, ob vorläufige Maßnahmen zu erlassen sind, um die Interessen der Beteiligten bis zu seiner abschließenden Entscheidung zu schützen⁵⁸.

53 — Urteil vom 14. Dezember 2000 in der Rechtssache C-344/98 (Masterfoods, Slg. 2000, I-11369, Randnr. 52).
54 — Randnrn. 49 und 50.

55 — Randnr. 53.
56 — Randnr. 57.
57 — Randnr. 57.
58 — Randnr. 58.

Ergebnis

Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof daher vor, dem Landgericht Frankfurt am Main wie folgt zu antworten:

1. Artikel 82 EG ist dahin auszulegen, dass die Verweigerung einer Lizenz für die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten immateriellen Gutes den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne des betreffenden Artikels darstellt, wenn 1. die Verweigerung objektiv nicht gerechtfertigt ist und 2. die Nutzung des immateriellen Gutes für die Tätigkeit auf einem abgeleiteten Markt unerlässlich ist, so dass der Inhaber durch diese Verweigerung letztlich jeden Wettbewerb auf diesem Markt ausschaltet. Das gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sich das Unternehmen, das um die Lizenz ersucht, nicht darauf beschränken will, Waren oder Dienstleistungen zu vermarkten, die denen gleichen, die vom Inhaber des Rechts am geistigen Eigentum bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden, sondern beabsichtigt, Waren oder Dienstleistungen mit anderen Merkmalen herzustellen bzw. zu erbringen, die — auch wenn sie mit denen des Rechtsinhabers konkurrieren — besondere Bedürfnisse der Verbraucher erfüllen, die von den existierenden Waren oder Dienstleistungen nicht befriedigt werden.
2. Der Umfang, in dem die Pharmaunternehmen in die Entwicklung der urheberrechtlich geschützten Struktur einbezogen worden sind, und der Aufwand, den diese Unternehmen betreiben müssten, um Studien beziehen zu können, die auf einer anderen als der urheberrechtlich geschützten Struktur beruhen, sind Gesichtspunkte, die bei der Feststellung zu berücksichtigen sind, ob die bestehende Struktur für die Vermarktung der Studien über den regionalen Arzneimittelabsatz unerlässlich ist.