

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 344

Patentpools

Ein Beitrag zur Korrektur wettbewerbsrechtlicher Fehlstellungen

Von

Robert Kordić



Duncker & Humblot · Berlin

ROBERT KORDIĆ

Patentpools

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 344

Patentpools

Ein Beitrag zur Korrektur wettbewerbsrechtlicher Fehlstellungen

Von

Robert Kordić



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit im Wintersemester
2021/2022 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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpau
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18688-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58688-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand im Wesentlichen während eines Stipendiums des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb.

Großen Dank schulde ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty, der es mir ermöglicht hat, meine Ideen frei zu erarbeiten und zu entwickeln, und mich in jeder Phase auch förderte. Herrn Prof. Dr. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm. danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch dem Max-Plank-Institut für Innovation und Wettbewerb in München für die Gewährung eines Promotionsstipendiums und die hervorragenden Arbeitsbedingungen. Von vielen Seiten habe ich beträchtliche Unterstützung und Anregungen erhalten, allen voran jedoch von Frau Dr. Eva-Marina Bastian.

Ein besonderer Dank gilt den akademischen Kollegen, welche am Institut tätig waren, insbesondere Herrn Dr. Alfred Früh.

Großer Dank gilt schließlich meinen Eltern, ohne welche diese Arbeit nicht entstanden wäre, und all jenen, die mir stets Rückhalt boten.

München, im Februar 2022

Robert Kordić

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Problemaufriss	19
II. Aufbau	20
B. Patentpools	21
I. Begriff und Erscheinungsformen	21
1. Definition	21
2. Abgrenzung zu Lizenzaustauschverträgen und Plattformen	24
a) Lizenz und Lizenzaustauschverträge	25
b) Plattformen	27
c) Würdigung von Lizenzaustausch, Plattformen und Pools	27
3. Einteilung	30
a) Einteilung nach Aufbau	30
b) Einteilung nach Größe	32
c) Einteilung nach Grundlage	33
aa) Wirtschaftliche Interessen	33
(1) Tragedy of the anticommons	34
(2) Patentdickicht	35
bb) Standardisierung	36
(1) Standards	37
(2) Bedeutung von Standards	38
(3) Standardsetzung	39
(a) Setzung eines Standards durch den Staat	40
(b) Standardsetzung durch Konsens	40
(c) <i>De facto</i> Standardisierung	43
(d) Standardisierung durch Konsortien	44
(4) Aufbau von Standardisierungsorganisationen	45
(5) Ablauf des Standardisierungsprozesses	45
(6) Voraussetzungen eines erfolgreichen Standardisierungsprozesses	48
(7) Standards und Immaterialgüterrechte	51
4. Erkenntnisse zu den Erscheinungsformen	56
II. Geschichtliche Entwicklung der Patentpools in den USA und Deutschland	57
1. Geschichtliche Entwicklung in den USA	58
a) Die ersten Patentpools	58

b) Patentpools als Kartellinstrument	58
c) Einschränkungen	61
d) Aufstieg und Fall der „Nine No No’s“	62
e) Langsame Rückkehr	63
2. Geschichtliche Entwicklung in Deutschland	66
3. Erkenntnisse zur geschichtlichen Entwicklung	67
III. Die Gründung eines Pools	67
1. Struktureller Aufbau von Pools	69
a) Vorbereitende Handlungen	69
b) Poolvertrag	72
aa) Mitgliedschaft	72
bb) Leitung	73
cc) Interne Streitbeilegung	75
dd) Verletzungsklagen gegen Dritte	76
ee) Verteilung der Lizenzentnahmen	77
(1) Grundsatz numerischer Proportionalität	77
(2) Wertorientierte Einnahmenverteilung	78
ff) Rechtsform des Patentpools	79
(1) Wirtschaftliche Gemeinschaft	79
(2) Doppelgesellschaft	80
(3) Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung	81
c) Administratoren-Vereinbarung	82
aa) Vergabemethode ohne Administrator	84
bb) Vergabemethode mit Administrator	84
d) Evaluierung der Patente	88
aa) Durchführung der Evaluierung	88
bb) Kategorisierung der Patente	90
(1) Essenzielle Patente	91
(2) Komplementäre Patente	93
(3) Blockierende Patente	94
(4) Substituierbare Patente	95
e) Außenlizenz	96
aa) Einleitung	96
bb) FRAND	97
(1) Fair	97
(2) Reasonable	98
(3) Non-Discriminatory	100
cc) Lizenzverpflichtungen <i>ex-ante</i> oder <i>ex-post</i>	101
dd) Vertragslaufzeit	103
2. Erkenntnisse zur Poolgründung	104

C. Analyse der Rechtslage	106
I. Wettbewerbsregeln	106
1. Grundlagen des europäischen Wettbewerbsrechts	106
2. Vertragskontrolle im Rahmen des Art. 101 AEUV	108
a) Unternehmen	108
b) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	111
c) Verhinderungen, Einschränkungen oder Verfälschungen	113
d) Bezwecken oder Bewirken	115
e) Spürbarkeit	116
f) Zwischenstaatlicher Handel	119
g) Beispiele	119
aa) Aufteilung der Märkte oder Versorgungsfälle	120
bb) Annahme zusätzlicher Leistungen	120
h) Nichtigkeit	121
i) Freistellungsvoraussetzungen	122
aa) Effizienzgewinne	123
bb) Angemessene Beteiligung der Verbraucher	125
cc) Unerlässlichkeit	126
dd) Fortbestand wesentlichen Wettbewerbs	127
3. Gruppenfreistellungsverordnungen	128
a) Vertikale Vereinbarungen	130
aa) Grundlagen	130
bb) Verhältnis zur TT-GVO	131
cc) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools	132
b) Spezialisierungsvereinbarungen	133
aa) Grundlagen	133
bb) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools	134
c) Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen	135
aa) Grundlagen	135
bb) Entwicklung	137
cc) Verhältnis zu anderen GVO	139
dd) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools	140
d) Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung	142
aa) Grundlagen	142
bb) Entwicklung	143
cc) Verhältnis zu anderen GVO	148
dd) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools	148
ee) Leitlinien zur Technologietransferverordnung	150
(1) Grundlagen des Inhalts	152

(2) Safe Harbour	153
(3) Nebenabreden	155
(a) Gebietsbeschränkungen	156
(b) Beschränkungen des technischen Anwendungsbereichs	161
(c) Preisbindungen	163
(d) Kopplungsvereinbarungen	163
(e) Nichtangriffsklauseln	165
(f) Rücklizenz-Verpflichtung	166
e) Erkenntnisse zum Kartellverbot und zu den GVO	169
4. Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV	170
a) Abgrenzung zu anderen Normen	172
aa) Verhältnis zum Kartellverbot	172
bb) Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung	172
b) Marktbeherrschende Stellung	172
c) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	174
aa) Ausbeutungsmissbrauch	175
bb) Marktstrukturmissbrauch	176
cc) Behinderungsmissbrauch	176
(1) Preis- oder Konditionenmissbrauch	177
(2) Verhinderung der Ausübung oder Entwicklung von Schutzrechten	178
(3) Diskriminierungsverbot	178
(a) Lizenzverweigerung bei Pools	179
(b) Lizenzverweigerung bei essenziellen Patenten	180
d) Erkenntnisse zum Missbrauchsverbot	182
5. Fusionskontrollverordnung	183
a) Einleitung	184
b) Entwicklung	186
c) Anwendungsbereich	191
aa) Strategische Allianz	192
bb) Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen der Fusionskontrollverordnung	193
(1) Vollfunktions- und Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen	195
(a) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen bis 1990	196
(b) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen bis 1998	197
(c) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen ab 1998	199
(2) Kooperative und konzentrale Gemeinschaftsunternehmen	200
d) Pools als Gemeinschaftsunternehmen unter der Fusionskontrollverordnung	201
aa) Gemeinsame Kontrolle	202
bb) Selbstständige wirtschaftliche Einheit	203
e) Erkenntnisse zur Fusionskontrollverordnung	205

6. Grundlagen des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts	206
a) Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen im US-amerikanischen Recht	207
aa) F&E-Vereinbarungen in der US-amerikanischen Regelung	210
bb) US-amerikanische Leitlinien	211
cc) Regelung von Nebenabreden	213
(1) Gebietsbeschränkung	214
(2) Beschränkungen des technischen Anwendungsbereichs	216
(3) Preisbindungen	216
(4) Kopplungsvereinbarungen	218
(5) Nichtangriffsklauseln	220
(6) Rücklizenz-Verpflichtung	221
dd) Rechtsvergleich zwischen den Leitlinien zur TT-GVO und IP Guidelines	222
b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im US-amerikanischen Recht	224
c) Fusionskontrolle im US-amerikanischen Recht	227
II. Verwaltungsvollzug der Wettbewerbsregeln	229
1. Einleitung	229
2. Durchführungsverordnung	229
a) Bedeutung der Durchführungsverordnung	229
b) Rechtsfolgen der Durchführungsverordnung	231
aa) Bedeutung der Durchführungsverordnung für Unternehmen	232
bb) Bedeutung der Durchführungsverordnung für Pools	233
(1) Beurteilung der Leitlinien	233
(2) Positiventscheidungen der Durchführungsverordnung	234
(a) Die ehemaligen <i>Comfort Letter</i> -Entscheidungen	235
(b) Die heutigen Verwaltungsschreiben der Kommission	236
c) Grundlagen des US-amerikanischen Verwaltungsvollzugs	237
3. Fusionskontrolle	238
a) Grundlagen	238
b) Aufbau der Analyse	239
aa) Marktdefinition und Marktanteilsbestimmung	239
bb) Analyse des Wettbewerbs-Effekts	241
cc) Marktzutritt und Effizienzanalyse	242
dd) Abhilfemaßnahmen	243
4. Erkenntnisse zum Verwaltungsvollzug	243
III. Beurteilung des relevanten Marktes	244
1. Bestimmung des relevanten Marktes	245

2. Marktbegriffe	246
a) Produktmarkt	246
aa) Grundlagen	246
bb) Marktabgrenzungsvorgang	246
cc) Würdigung des Produktmarktes für Pools	251
(1) Produktmarkt und Immaterialgüterrechte	251
(2) Produktmarkt und Standards	252
dd) Erkenntnisse zum Produktmarkt	253
b) Technologiemarkt	253
aa) Grundlagen	254
bb) Marktabgrenzungsvorgang	255
cc) Würdigung des Technologiemarktes für Pools	256
(1) Marktanteilsbestimmung und Marktmacht	257
(2) Verhältnisse der Technologien	258
(a) Wesentliche Patente	259
(b) Nicht wesentliche Patente	260
(c) Substituierbare Patente	261
(d) Blockierende Patente	263
(3) Transparenz	263
(a) Erkenntnisse zum Technologiemarkt	264
c) Innovationsmarkt	265
aa) Grundlagen	266
bb) Ökonomische Beurteilung des Innovationsmarktes	268
cc) Entwicklung des Innovationsmarkt-Konzepts	271
dd) Marktabgrenzungsvorgang	272
(1) Vorgehen in den USA	274
(2) Vorgehen in der EU	275
ee) Würdigung des Innovationsmarktes für Pools	276
(1) Identifizierung relevanter F&E	277
(2) Marktmacht und Marktanteilsbestimmung	278
(a) Anteil an den Ausgaben für F&E	279
(b) Prozentualer Anteil an den specialized assets	280
(c) Marktanteil am <i>downstream</i> -Produktmarkt	280
(d) Anzahl der Patente	280
(e) <i>Core competencies</i>	281
(f) Grundannahme der gleichen Marktanteile	281
(g) Zusammenfassung der Marktanteilsbestimmung	282
ff) Erkenntnisse zum Innovationsmarkt	283
3. Erkenntnisse zur Analyse des relevanten Marktes	284
IV. Fazit zur Analyse der Rechtslage	285

D. Perspektiven für ein Genehmigungsverfahren	288
I. Begründung	288
1. Transparenz	288
2. Rechtssicherheit	290
II. Ausgestaltung	291
1. Bestimmung der relevanten Märkte	293
2. Analyse der Wettbewerbseffekte	294
a) Beurteilung des Poolvertrags	295
b) Beurteilung der Patente	296
c) Beurteilung der Außenlizenz	297
3. Effizienzanalyse	298
4. Abhilfemaßnahmen	300
III. Erkenntnisse zum Genehmigungsverfahren für Pools	301
E. Schlussfolgerungen	303
Literaturverzeichnis	307
Quellenverzeichnis	329
Stichwortverzeichnis	345

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AB	The Antitrust Bulletin
ABA Journal	American Bar Association Journal
ABI.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AER	The American Economic Review
a. F.	alte Fassung
aff'd.	affirmed
AIPLA Quarterly Journal	American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal
ALJ	Antitrust Law Journal
allg.	allgemein
amtl.	amtlich
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BPatG	Bundespatentgericht
BTLJ	Berkeley Technology Law Journal
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
Cal. Law Rev.	California Law Review
C.C.Del.	Circuit Court of Delaware
C.C.N.Y.	Circuit Court of New York
CD	Compact Disc
C.F.R.	Code of Federal Regulations
CILW	Computer and Internet Lawyer
CJEPS	Canadian Journal of Economics and Political Science
CMLR	Common Market Law Review
Co.	Company
Colum. Law Rev.	Columbia Law Review
Comp. L. Rev. & Tech. J.	Computer Law Review and Technology Journal
Corp.	Corporation
CPI	Competition Policy International
D.C.N.Y.	District Court of New York
D.Del.	District Court of Delaware
DePaul L. Rev.	DePaul Law Review

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DoJ	United States Department of Justice
DPatG	Deutsches Patentgesetz
Duke L. & Tech. Rev.	Duke Law & Technology Review
dzbgl.	diesbezüglich
ECLR	European Competition Law Review
EEJ	The Eastern Economic Journal
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
Einf.	Einführung
EIPR	European Intellectual Property Review
EJ	The Economic Journal
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
etc.	et cetera
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.	Federal Reporter, 1st Series
f. / ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, 2nd Series
F.3d	Federal Reporter, 3d Series
F&E	Forschung und Entwicklung
Fed. Cir.	Federal Circuit
Fn.	Fußnote(n)
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
FRAND	Fair, reasonable and non-discriminatory
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
FTC	United States Federal Trade Commission
Geo. Maso. L. Rev.	George Mason Law Review
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Inlandsteil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. Law Rev.	Harvard Law Review
HHI	Herfindahl-Hirschman Index

Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
Ibid.	ibidem/ebenda
IEC	International Electrotechnical Commission
IER	International Economic Review
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IJEV	International Journal of Entrepreneurial Venturing
Inc.	Incorporated
Ind. L. Rev.	Indiana Law Review
Int. J. Trans. Econ.	International Journal of Transport Regulation,
IP Guidelines	Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property
IPR	Internationales Privatrecht
IRLE	International Review of Law and Economics
ISO	International Organization for Standardization
ITU	International Telecommunication Union
JEL	Journal of Economic Literature
JEP	Journal of Economic Perspective
JEPP	Journal of European Public Policy
JIE	Journal of Industrial Economics
JIPL	Journal of Intellectual Property Law
JLE	Journal of Law and Economics
JMRIPL	John Marshall Review of Intellectual Property Law
JoF	The Journal of Finance
JOLT	Harvard Journal of Law and Technology
JPE	Journal of Political Economy
JPO	Japan Patent Office
JPTOS	Journal of the Patent and Trademark Office Society
JSTL	The Journal of Science and Technology Law
JV	Joint Venture
Knowl. Tech. Pol.	Knowledge, Technology & Policy
Komm.	Kommission
krit.	kritisch
lit.	Litera, Buchstabe
L.J.	Law Journal
Ltd.	Limited
MIP	Managing Intellectual Property
MIPLR	Marquette Intellectual Property Law Review
MIT SMR	Sloan Management Review
MLR	Michigan Law Review
MPEG	Moving Picture Experts Group
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJTIP	Northwest Journal of Technology & Intellectual Property
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
OEP	Oxford Economic Papers

OrgSci	Organization Science
P.	Punkt
PlattformCo	Plattform Cooperation
Rep.	Reporter
RES	Review of Economics and Statistic
RP	Research Policy
RTM	Research Technology Management
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
s.	siehe
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.N.Y.	District Court for the Southern District of New York
Sec.	Section/Artikel
SEJ	Southern Economic Journal
Slg.	Sammlung
sog.	so genannt
Stan. Tech. L. Rev.	Stanford Technology Law Review
Sup. Ct.	Supreme Court
szs.	sozusagen
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TELF	The European Legal Forum
TiBTECH	Trend in Biotechnology
TJLR	Thomas Jefferson Law Review
TT-GVO	Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung
u.	und
u. a.	unter anderem, unter anderen
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States
USA	United States of America
USC	United States Code
U.S.P.Q.	United States Patent Quarterly
U.S.P.Q. (2d)	United States Patent Quarterly (2nd Series)
USPTO	United States Patent and Trademark Office
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom, von
VO	Verordnung
vs.	versus
WA & MR	World Arbitration & Mediation Report
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale J. Regul.	Yale Journal on Regulation
YLJ	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Grundsätzlich stehen die Prinzipien des Wettbewerbsrechts und des Immaterialgüterrechts in einem Spannungsverhältnis: Immaterialgüterrechte (wie das Patentrecht) sind absolute Rechte, die dem Inhaber das Recht geben, andere von der Nutzung auszuschließen. Wettbewerb hingegen dringt auf möglichst große Freiheit der unternehmerischen Entfaltung, die eine freie Nutzung der vorhandenen Ressourcen voraussetzt. Insbesondere der Marktzutritt soll offengehalten werden. Innerhalb dieses Spannungsverhältnisses versuchen aber sowohl das Wettbewerbsrecht als auch das Immaterialgüterrecht das gemeinsame Ziel der Innovationsförderung zu erreichen.

Patentpools sind ein Beispiel für ein solches Spannungsverhältnis. Weil die Unternehmen ihre Erfindungen heutzutage extensiv schützen, sind sämtliche Wettbewerber konstant der Gefahr ausgesetzt, Rechte anderer Unternehmen zu verletzen oder in langwierige Gerichtsprozesse verwickelt zu werden. Dabei ist das auf Zusammenarbeit ausgerichtete Öffnen der jeweiligen Patentportfolios notwendig, um eine angemessene Verwertung der Schutzrechte sicherzustellen und Innovationen zu fördern. Patentpools können derartige Konstellationen wahren, indem eine erfolgreiche Verwertung der eigenen Schutzrechte gemeinsam mit denen anderer Inhaber erfolgt¹. Besonders die Bündelung einzelner standardrelevanter Patente, welche sich gegenseitig blockieren oder zu lang andauernden Gerichtsverfahren führen können, sind Vorteile, die den Wettbewerb positiv beeinflussen. Zudem erleichtern solche Pools den Zutritt für einzelne Marktteilnehmer, da sie sämtliche relevanten Patente aus einer Hand lizenziert bekommen. Darüber hinaus besteht durch die Bündelung der einzelnen Patente aber die Gefahr, ein Kartell auf dem Technologiemarkt zu schaffen, bzw. können durch den Pool Marktverhältnisse sowohl auf dem Produkt-, Technologie- als auch Innovationsmarkt negativ beeinflusst werden.

Die vorliegende Arbeit hinterfragt, warum ein solches Instrument wie Pools, dem immer wieder wettbewerbsfördernde Bedeutung zugesprochen wird, äußerst selten eingesetzt wird. Deswegen wird untersucht, ob der Rechtsrahmen die relevante Materie in jener Weise regelt, die Unternehmen Klarheit gibt, um Pools als Instrument zur Innovationsförderung zu nutzen. Hierbei wird das Hauptaugenmerk auf dem Wettbewerbsrecht liegen, da, wie einführend bereits erwähnt, innerhalb dieses

¹ Huebner, in: Eifert/Hoffmann-Riem, 183; Clark et al., 3.

auch das größte Spannungsverhältnis besteht. Aus der Arbeit wird ersichtlich, dass nicht nur von den am Pool beteiligten Unternehmen ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit verlangt wird, sondern auch die Wettbewerbsbehörden dem *bis dato* intransparenten Technologiemarkt mehr Aufmerksamkeit schenken müssen. Nur so kann das Potenzial von Patentpools im Sinne der angestrebten Innovationsförderung ausgeschöpft werden.

II. Aufbau

Die einschlägige rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Literatur hat sich schon eingehend mit Patentpools befasst. Dennoch bleiben zahlreiche Fragen offen, welche die Arbeit wie folgt angeht:

Der erste Teil der Arbeit befasst sich mit *rechtstatsächlichen Fragen* nach dem Wesen, den Erscheinungsformen und der Organisation von Pools. Nur wenn der Regelungsgegenstand eindeutig definiert ist, lässt sich auch die juristische Behandlung von Pools sinnvoll bewerten. Dies gilt umso mehr, als sich im Bereich der Pools einiges im Verborgenen abspielt. Um die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Pools zu verstehen, wird ein historischer Überblick gegeben, der Pools und ihre Bedeutung im Zuge der jeweiligen Wettbewerbspolitik darstellt.

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich den *rechtlichen Fragen*, namentlich der wettbewerbsrechtlichen Analyse von Pools. Sie steckt den Rahmen ab, den Unternehmen einhalten müssen, um sich bei der Bildung und Nutzung von Pools wettbewerbskonform zu verhalten. Dabei wird sowohl den materiellrechtlichen Aspekten, dem gültigen Verwaltungsvollzug der Kommission, als auch den jeweiligen Märkten als selbstregulierendes Instrument Rechnung getragen. Obwohl das Hauptaugenmerk der Arbeit auf der europäischen Ebene liegt, wird eine vergleichende Betrachtung zum US-amerikanischen Recht angestellt. Die Entscheidung dafür basiert auf der Tatsache, dass die Entwicklung des Poolkonzepts in den USA sowohl in wirtschaftlicher als auch rechtlicher Hinsicht umfangreicher als in Europa ist.

Im dritten Teil der Arbeit wird auf der Basis dieser Überlegungen aufgezeigt, inwieweit mit Anpassungen des Rechtsrahmens den an einem Pool teilnehmenden Unternehmen mehr Rechtssicherheit geboten und gleichzeitig der Technologiemarkt vor möglichen Verzerrungen geschützt werden könnte. Konkret vorgeschlagen wird ein Genehmigungsverfahren für Pools, dessen Umsetzung anhand der bisherigen Erfahrungen der Kommission im Bereich der Patentpools und der Zusammenschlüsse strukturiert wird, um sowohl den Aspekten der Rechtssicherheit, Markttransparenz und Innovationsförderung gerecht zu werden.

B. Patentpools

Die rechtlichen Erscheinungsformen unternehmerischer Zusammenarbeit im Bereich der Verwertung von Immaterialgüterrechten sind äußerst vielfältig. Sie unterscheiden sich je nach Umfang, Dauer und Intensität. Patentpools stellen eine Form solcher Zusammenarbeit dar, die jedoch unterschiedlich ausfallen kann, von reinen Vertragsvereinbarungen bis hin zur Gründung spezieller Rechtssubjekte. Um mögliche Folgen, welche sich auf das Wettbewerbsrecht auswirken, darzulegen, gilt es, zunächst eine allgemein akzeptable Begriffsbestimmung bzgl. Pools zu finden und einen Überblick über die Gründe und Formen der Zusammenarbeit zu bekommen. Um zu sehen, welchen Einfluss das Wettbewerbsrecht auf die Entstehung und Gründung von Pools hat, wird die historische Entwicklung von Pools dargestellt, warum sie kreiert, als auch wie sie von den Wettbewerbsbehörden beurteilt wurden.

I. Begriff und Erscheinungsformen

1. Definition

Die Definition von Patentpools variiert je nach Wissenschaftsbereich zwischen Juristen und Wirtschaftswissenschaftlern¹. Grundsätzlich handelt es sich um eine „Vereinigung von selbstständigen Unternehmen oder Unternehmungen, die gegenseitige Lizenzabgabe oder Austausch von gewerblichen Schutzrechten bezwecken“².

Die Definition der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur folgte immer dem wirtschaftsorientierten Ansatz und fokussierte sich nicht auf die strukturellen bzw. funktionalen Aspekte von Pools, sondern auf das Verhältnis zur gegebenen Wirtschaftspolitik. Dadurch variieren die Umschreibungen und Bewertungen eines Pools von einer rein negativen³, bis hin zu einer sehr positiven⁴. Die rein positiven Eigenschaften wurden den Pools in einer Zeit zugeschrieben, die Unternehmenskonzentrationen und Kartelle positiv sah⁵, um den Mittelstand speziell im Inland gezielt

¹ Vaughan 1925, 34; Jones, 6 ff.; Beckerath, 361; Ertel, 65 ff.; Podell/Kirsh, ABA Journal 1927, 431; Isay, 12 ff.; Lerner/Tirole, AER 2004, 691 ff.

² Neumeyer, 11 m. w. N.

³ Vaughan 1925, 34, „A Patentpool is an arrangement by which former competitors partake of the privileges conferred by one or more patents according to some pre-arranged basis designed to restrain trade.“

⁴ Beckerath, 361.

⁵ Feldenkirchen, 11.

zu organisieren sowie Großunternehmen bei der Erzielung einer internationalen marktbeherrschenden Position zu dienen⁶. Der Grund war, dass die Patentgebundenheit der Produktion bei international tätigen Unternehmen als eine „Triebkraft“⁷ zur gewünschten Konzern-⁸ und Kartellbildung⁹ führte. Solche Unternehmensvereinbarungen, wie gerade Patentpools, wurden in dem Bestreben geschaffen, den höchsten Stand der Technik einzuhalten sowie zur Vermeidung möglicher Patentverletzungsklagen¹⁰. Dieser kartellfördernde Ansatz ist nach heutiger Erkenntnis und Wettbewerbspolitik nicht mehr tragbar.¹¹

Von juristischer Seite wurde der Begriff Pool¹² vom *Supreme Court* zum ersten Mal in der Entscheidung *U.S. vs. Line Material* benutzt¹³. Allerdings enthielt die Entscheidung keine Pooldefinition. Die wichtigsten Aspekte eines Pools wurden anhand der Unterscheidungen der gebräuchlichsten Formen zum Austausch von Immaterialgüterrechten erst später folgendermaßen zusammengefasst¹⁴:

- Es handelt sich um einen gegenseitigen Lizenztausch.
- Die Lizenzierung/Übertragung der Schutzrechte wird an einen Treuhänder (*Trustee*) unter Vorbehalt der Entscheidung über die weitere Lizenzvergabe¹⁵ übergeben.
- Es wird eine Vollmacht an eine gemeinsame Geschäftsstelle erteilt, die zur Lizenzverteilung, gemäß der gemeinsamen Übereinkunft, berechtigt ist.
- Die Lizenzierung/Übertragung der Schutzrechte kann zur Durchführung auf eine neue Gesellschaft, die Lizizenzen gemäß Gesellschaftsvertrag erteilt, übertragen werden.

Demnach werden Patente verschiedener Herkunft zusammengeführt, um die Nutzung dessen, was von ihrem kombinierten Umfang erfasst ist, zu erleichtern, bereits als Patentpool bezeichnet¹⁶. Die gelisteten Definitionscharakteristiken ent-

⁶ Beckerath, 361.

⁷ Ertel, 65 ff.

⁸ Am Beispiel des Konzerns der Vereinigten Glanzstoffwerke, Kreugerkonzern u. a.

⁹ Ertel, 65 ff.

¹⁰ Ibid.

¹¹ S. dazu hinten C.I.

¹² Dieser Begriff hat sich auch in der deutschen Rechtswissenschaft nunmehr etabliert, so bspw. BGH, GRUR 2012, 1230 Tz. 10 – *MPEG 2 Videosignalcodierung*; OLG Düsseldorf, U.V. 28.1.2010, Az. 1–2 U 131/08, BecksRS 2010, 14415, *Testkauf patentverletzender DVDs – inframe dropping*.

¹³ *U.S. vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948), Fn. 24 „*The words Patentpool are not words of art. The expression is used in this opinion to convey the idea of a linking of the right to use patents issued to more than one patentee.*“

¹⁴ Nach Podell/Kirsh, ABA Journal 1927, 431.

¹⁵ *Suni-Citrus Products Co. vs. Vincent et. al.*, 170 F.2d 850 (5th Cir. 1948).

¹⁶ Folz, 109.

halten die beiden grundlegenden Merkmale eines Pools, (1) die Vereinbarung der Patentinhaber, ihre Patente zu bündeln und (2) gegenseitige Lizenzierung sowie Lizenzvergabe an Dritte. Die Lizenzvergabe an Dritte wird in der Definition als nicht zwingend ausgedrückt und lässt theoretisch auch einen geschlossenen Pool zu, der sich auf den poolinternen Lizenzaustausch beschränkt¹⁷.

Von deutschen Juristen¹⁸ wurden Patentpools entweder durch ihren Austausch an Patentrechten und die gemeinsame gewerbliche Benutzung identifiziert, wodurch statt einer Definition eine strukturelle Beschreibung von Pools vorgenommen wurde¹⁹ oder aber die Definitionsversuche, die unternommen wurden, hatten gerade aufgrund der früheren deutschen Industriegeschichte und der Stellung der Patentpools in ihr einen negativen Charakter²⁰. Dazu kommt, dass in der deutschen Literatur der Begriff der Patentgemeinschaft fälschlicherweise dem des Patentpools gleichgesetzt wurde. Eine Patentgemeinschaft entsteht nach Art. 6 S. 2 PatG dadurch, dass mehrere Erfinder gemeinsam eine Erfindung getätigten haben, oder dadurch, dass mehrere Personen Rechtsnachfolger werden²¹. Zwar hat man versucht, zwischen den Begriffen Patentpool und Patentgemeinschaft zu differenzieren, weshalb bspw. der Begriff der „durchgeführten Patentgemeinschaft“ eingeführt wurde²². Dabei muss aber betont werden, dass es sich um unterschiedliche Rechte handelt. Eine Patentgemeinschaft wird primär als Bruchteilsgemeinschaft angesehen, wobei die Rechtshaber je einen ideellen Bruchteil des Rechts innehaben und in ihrer Personengesamtheit eine Bruchteilsgemeinschaft darstellen²³. Anders als bei der Patentgemeinschaft geht es beim Patentpool um die kooperative Patentverwertung in der Union²⁴.

In letzter Zeit wird zunehmend auch der Begriff des „Technologiepools“ benutzt²⁵. Unter diesem Begriff werden Immaterialgüterrechte als Gesamtheit verstanden und umfassen somit Patente, Urheber-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrechte, durch die die Schutzrechtsinhaber einem Dritten die Nut-

¹⁷ Königs, 38.

¹⁸ Eine umfangreichere Darlegung verschiedener Definitionsansätze liefert Folz; s. Folz, 109–112.

¹⁹ Schulte 1971, 95.

²⁰ So bezeichnet z.B. Axster, in: Müller-Henneberg/Schwartz, Vorb. §§ 20, 21, Rn. 80 f., „dass die ausschließliche wechselseitige Lizenzierung zu einer virtuellen Vergemeinschaftung des Patentbesitzes und somit zum Ausschluss Dritter führt. Dabei verzichten die Beteiligten auf den diesbezüglichen Wettbewerb untereinander in aller Regel, um ihre gemeinsame Schutzrechtsposition gegen das Eindringen anderer zu schützen.“

²¹ Das Innenverhältnis der Miterfinder ist im Patentgesetz nicht geregelt, sodass diesbezüglich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches maßgeblich sind. Isay, 24 f.

²² Schulte 1971, 97; Wörz, 9.

²³ Königs, 43; Fischer, GRUR 1997, 313; Kisch, GRUR 1952, 267.

²⁴ Königs, 43.

²⁵ So Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89/3, (nachfolgend: Leitlinien zur TT-GVO), Rn. 56, sowie 244 ff.

zung des Rechts verbieten oder gestatten können²⁶. Der Begriff des Technologiepools ist daher streng genommen ein inhaltlich weiter gefasster Begriff als der des Patentpools, meint aber im praktischen Gebrauch das Gleiche²⁷. Er reflektiert jedoch mehr die Zielausrichtung von Pools in der heutigen Zeit, in der diese als Instrumente von Standardisierungsprozessen dienen, woraufhin die durch den Standard definierten Technologien an Dritte mittels eines Patentpools lizenziert werden.

Weitere Definitionen²⁸ beschreiben, dass zwar die Struktur von Poolvereinbarungen variiert, aber die eigentliche Charakteristik von Pools darin besteht, dass zwei oder mehr Patentinhaber auf das ausschließliche Recht verzichten und gegenseitige Lizenzvereinbarungen abschließen²⁹ und/oder eine Regelung für die Lizenzierung an Dritte treffen³⁰. Dabei werden Pools, in denen die Lizenzierung an die Mitglieder und externe Lizenznehmer durch ein Poolmitglied übernommen werden³¹, oder aber exklusiv eine dritte Person (sprich Administrator) betraut wird, unterschieden. Hierbei wird die gemeinsame Nutzung an den Schutzrechten³² betont, wobei die Patentinhaber auf ihr absolutes Recht verzichten³³.

Eine Definition von Patentpools könnte wie folgt lauten: Patentpools sind Vereinbarungen, bei denen zwei oder mehr Rechtsinhaber ihre Patente zusammenlegen, womit sie einer gemeinsamen Nutzung zur Verfügung stehen, um einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen und es durch Lizenzen möglich machen, dass auch andere Parteien die gemeinsamen Schutzrechte nutzen können.

2. Abgrenzung zu Lizenzaustauschverträgen und Plattformen

Es gibt unterschiedliche Rechtskonstruktionen, um Patentrechte einzuräumen. Die Rechtsvorschriften von Immaterialgüterrechten räumen den Inhabern von Patenten, Urheberrechten, Geschmacksmusterrechten, Warenzeichen und anderen gesetzlich geschützten Rechten ausschließliche Rechte ein. Danach ist der Inhaber eines solchen Schutzrechts berechtigt, einerseits die unberechtigte Nutzung seines

²⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 6.

²⁷ Königs, 40.

²⁸ Podell/Kirsh, ABA Journal 1927, 431; „...to the co-operative interchange of patent rights, centralized pursuant to an agreement, including the covenants and restrictions with which one can find them unusually accompanied“. Doch die Beurteilung von Podell und Kirsh bezieht auch die von „cross-licensing agreements“ mit ein und dient somit nicht als genaue Definition von Pools.

²⁹ Zur Problematik der geteilten Rechtsinhaberschaft und die Auswirkungen auf das Wettbewerbsrecht; s. Hiltl, in: FS Weber, 94; Hiltl, in: Rosén, 3 ff.

³⁰ Andewelt, ALJ 1984, 611; Lerner/Tirole, AER 2004, 691.

³¹ So bspw. der 1998 von Hitachi, Panasonic, Mitsubishi Electric, Time Warner, JVC und Toshiba gegründete Pool für DVD Technologie, bei welchem Toshiba die Lizenzverwaltung übernommen hat. Pressemitteilung der Kommission, v. 9. 10. 2000.

³² Henn, 91.

³³ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 539.

Immaterialgüterrechts zu unterbinden und andererseits dieses Recht, u. a. durch die Vergabe von Lizenzen,³⁴ an Dritte, zu verwerten³⁵. Mitunter verzichten Unternehmen auf eine Schutzrechtsanmeldung für eine erforderliche Leistung, in der Annahme, diese Leistung über die Patentdauer hinaus allein verwerten zu können³⁶. Lizenzverträge, Patentpools oder Plattformen sind dabei nur einige Fälle solcher Konstruktionen, die hauptsächlich die Nutzung des jeweiligen Rechts ermöglichen.

a) Lizenz und Lizenzaustauschverträge

In der deutschen Literatur wird der Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* angesehen, der zwar auf den Grundlagen des Miet- bzw. Pachtvertrags fußt³⁷, durch das Immaterialgüterrecht aber charakteristische Besonderheiten aufweist, da zum einen die wirtschaftliche Verwertbarkeit nicht voraussehbar ist, und zum anderen sich das Schutzrecht nachträglich als nicht rechtsbeständig erweisen kann³⁸. Das Patentgesetz von 1981³⁹ regelt in Art. 15 Abs. 2 Patentlizenzverträge, wonach das Patentrecht ganz oder teilweise Gegenstand von ausschließlichen⁴⁰ oder nichtausschließlichen Lizenzen sein kann⁴¹. Obwohl es über Inhalt und ggf. Ausgestaltung der Lizenz keine gesetzliche Regelung gibt, beschreiben Literatur und Rechtsprechung⁴², dass die Lizenz inhaltlich⁴³ die Befugnis, die geschützte Erfindung zu nutzen, bedeutet⁴⁴.

³⁴ In diesen Fällen wird bereits im Vorfeld der Entstehung des Ausschließlichkeitsrechts Dritten eine Nutzungsbefugnis eingeräumt, die sich nach Erteilung des Patents an diesem fortsetzt. *Osterrieth*, 3. Teil, Rn. 310.

³⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 6.

³⁶ *Stumpf*, 19.

³⁷ Krit. hierzu *Hilty*, 150 u. 159; *Folz*, 104.

³⁸ *Schulte* 2008, Einleitung, Rn. 84; *Stumpf/Groß*, 35.

³⁹ Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.12.1980 (BGBl. 1981 I S. 1), zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes vom 24.11.2011 (BGBl. I S. 2302) geändert.

⁴⁰ Die ausschließliche Lizenz gewährt dem Lizenznehmer das alleinige Recht zur Verwertung der Erfindung, im Zweifel auch gegenüber dem Lizenzgeber selbst. Im Unterschied dazu steht die Alleinlizenz, bei der sich der Lizenzgeber ein Nutzungsrecht vorbehält; s. *Stumpf/Groß*, 53 ff.; *Folz*, 105 f.; *Bartenbach*, Rn. 78 f.

⁴¹ Patentlizenzverträge werden in der Praxis weiter in Herstellungs-, Vertriebs- und Gebrauchslicenzen eingeteilt, wobei Herstellungs- und Vertriebslicenzen meist kombiniert sind. Bloße Herstellungslizenzen werden in der Regel nur erteilt, wenn der Lizenznehmer für den Eigenverbrauch produziert oder eine Abnahmeregelung getroffen ist. Reine Vertriebslicenzen werden meist nur für Ein- und Ausfuhr erteilt, im Übrigen wird es sich um reine Händlerverträge handeln, wenn ein Händler Ware kauft, Eigentümer wird und die Ware verkauft. Durch den Eigentumstübergang erschöpft sich das Patent, der Händler kann das Schutzrecht nicht verletzen. Gebrauchslicenzen werden insbesondere im Maschinenbau verwendet, wenn eine Produktionsanlage zur Verfügung gestellt wird. *Stumpf/Groß*, 45 ff.

⁴² *Stumpf/Groß*, 35.

⁴³ Im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung können persönliche, sachliche, räumliche und zeitliche Beschränkungen vereinbart werden, solange sie nicht gegen die Wettbewerbsbestimmungen verstößen.

Zusätzlich gibt es in der Literatur eine Anzahl von Elementen⁴⁵, mit denen versucht wird, den Lizenzvertrag zu erfassen⁴⁶. Die Ausgestaltung dieser Verträge richtet sich einmal nach Umfang und Bedeutung der Rechte⁴⁷, an denen Lizenzen ausgetauscht werden, zum anderen nach der wirtschaftlichen Stellung der Vertragsparteien und nach den Zwecken, die diese mit dem Vertrag verfolgen⁴⁸.

Als Gegenstand eines Lizenzvertrags eignet sich auch Know-how⁴⁹, wenn es allgemein (oder zumindest dem Lizenznehmer) nicht ohne weiteres zugänglich ist, von seinem Inhaber dank eines gewissen Geheimnischarakters also faktisch ganz oder teilweise monopolisiert werden kann, wiewohl es sich in gewissen (Branchen-) Kreisen durchaus um etwas Bekanntes handeln mag⁵⁰. Die EU Verordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen von 1996 bietet eine Definition für entsprechende Lizenzverträge⁵¹. Demnach ist ein Lizenzvertrag eine „Vereinbarung, in der ein Unternehmen, das Inhaber eines Patents oder nicht patentgeschützter technischer Kenntnisse ist (Lizenzgeber), einem anderen Unternehmen (Lizenznehmer) die

⁴⁴ Benkard, Patentgesetz, § 15, Rn. 61. Auf die in der älteren deutschen Literatur viel diskutierte Frage, ob der Lizenzvertrag eine ausschließliche Verzichtserklärung ist, oder ein positives Recht, das die Benutzung des Immaterialgutes einräumt, wird nicht näher eingegangen; s. dazu Hilty, 8; Stumpf/Groß, 35.

⁴⁵ Es existieren mindestens zwei Parteien, nämlich Lizenzgeber und Lizenznehmer; das Vertragsverhältnis ist i. d. R. auf eine bestimmte oder unbestimmte Dauer gerichtet; der Vertrag basiert auf einem, dem Lizenzgeber faktisch oder rechtlich vorbehaltenen Gut; der Lizenzgeber ermächtigt den Lizenznehmer zur beschränkten oder unbeschränkten Benutzung dieses Immaterialgutes; je nach Ausgestaltung des Vertrags kommt die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Erbringung einer Gegenleistung. Die Lizenzerteilung ist regelmäßig von einer Gegenleistung abhängig. Diese wird meist aus einer Lizenzgebühr in Form einer Einmalzahlung oder aus einer Stücklizenzgebühr bestehen. Statt einer Gebühr kann als Gegenleistung auch die Erteilung einer Lizenz vereinbart werden. Dieser Tausch ist, wie die entgeltliche Lizenzerteilung, ein synallagmatischer Vertrag. Es muss keine gesellschaftsrechtlichen Elemente geben, ebenso muss dadurch der Wettbewerb nicht beschränkt sein. Hat der Lizenznehmer selbst Erfindungen auf einem Gebiet gemacht, an denen der Lizenzgeber interessiert ist, entspricht es dem Interesse beider Parteien, wenn der Lizenzgeber als Gegenleistung selbst eine Lizenz an der Erfahrung des Lizenznehmers erhält; s. Folz, 108.

⁴⁶ Hilty, 6 f.

⁴⁷ Lizenzen können über bereits existente oder aber über zukünftige Rechte abgeschlossen werden; s. Regibeau/Rockett, 17 ff.

⁴⁸ Schulte, 96.

⁴⁹ Der Begriff des Know-hows umfasst dabei sowohl technische, kaufmännische und betriebswirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen, deren Benutzung dem Know-how-Nehmer Produktion und Vertrieb von Gegenständen, aber auch sonstige betriebliche Tätigkeiten, wie Organisation und Verwaltung, gestattet bzw. ermöglicht.

⁵⁰ Hilty, 43, m. w. N.

⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 240/96 der Kommission zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen vom 31. Januar 1996, ABI. L 31/2, (nachfolgend: VO 240/96), Erwägung Nr. 5, dies findet man in der TT-GVO in einer solchen Form nicht mehr wieder.

Nutzung des lizenzierten Patents gestattet oder ihm sein Know-how⁵² zum Zweck der Herstellung, des Gebrauchs und des Inverkehrsbringens mitteilt“.

b) Plattformen

Plattformen sind eine Form von Patentpools, die am ehesten mit der einer Verwertungsgesellschaft für Urheberrecht vergleichbar ist. Durch diese können sämtliche Informationen und Lizenzen an Patenten für Standards an dritte Personen weitergegeben werden⁵³, jedoch ermöglichen sie auch, dass Lizenznehmer und Lizenzgeber individuelle Verträge über den zentralen Verwaltungskern abschließen. Der zentrale Verwaltungskern, der die vorgegebenen standardisierten Lizenzverträge anbietet und durchsetzt, vermittelt so zwischen den relevanten Parteien, wobei er bei solchen Verhandlungen keine Vertragspartei darstellt. Das Konzept der Plattform beschränkt sich nicht auf ein Lizenzpaket zu einer Technologie, sondern kann eine Vielzahl verschiedener Technologien oder Technologieteile losgelöst voneinander betreuen⁵⁴. Bedenkt man, dass bei einem Pool, im Unterschied zu einer Lizenzverhandlung, weitere unternehmerische Aktivitäten so nicht kombiniert werden können (da kein direkter Kontakt zu den Lizenzgebern entsteht), beinhaltet dies einen Vorteil des Plattformkonzepts, da mehr Flexibilität in den Verhandlungen gegeben ist⁵⁵. Entsprechend vielseitig sind die Lizenzierungsmöglichkeiten, welche sowohl den standardisierten Lizenzvertrag (für bestimmte Patente)⁵⁶, als auch bilaterale Lizenzaustauschverträge, bis hin zu Übergangslizenzen⁵⁷, umfassen können⁵⁸.

c) Würdigung von Lizenzaustausch, Plattformen und Pools

Für den Rechtsinhaber ist die Entscheidung zwischen Lizenzvergabe durch Lizenzaustauschverträge und Teilnahme an einem Gemeinschaftsunternehmen⁵⁹ in der

⁵² Die TT-GVO definiert in Art. 1 Abs. 1 lit. i Know-how als eine Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnisse, die durch Erfahrungen und Versuche gewonnen werden und die geheim, wesentlich und identifiziert sind. Die Definition der Begriffe geheim, wesentlich und identifiziert, wie sie im Art. 10 Nr. 1 – 4 der VO 240/96 beschrieben waren, werden in der TT-GVO auf die entscheidenden Schlagwörter reduziert. Eine inhaltliche Änderung folgt hierdurch jedoch nicht, sodass auf die bisherige Konkretisierung der Begriffe zurückgegriffen werden kann. So *Bartenbach*, Rn. 2552; *Zöttl*, WRP 2005, 37.

⁵³ Sie fungieren demnach als *information- und/oder licensing clearinghouse*; s. *Armilotta*, 26; *Goldstein/Kearsey*, 68.

⁵⁴ *Königs*, 49.

⁵⁵ *Goldstein/Kearsey*, 68; *Bekkers/Iversen/Blind*, 15.

⁵⁶ Welche dem eines Patentpools entsprechen.

⁵⁷ Diese werden nur für eine bestimmte Zeit abgeschlossen.

⁵⁸ *Goldstein/Kearsey*, 72 f.; *Königs*, 49.

⁵⁹ Auch Lizenzverträge können an einen Gesellschaftsvertrag gebunden werden. Dadurch ermöglichen sie dem Lizenzgeber die Präsenz auf einem Markt, ohne dass er die Probleme der Kapitalinvestition, der Unternehmensleitung oder der Ausgliederung der Patentbewertung auf

Form eines Patentpools oder einer Plattform von mehreren Faktoren abhängig⁶⁰. Das Kernelement bilateraler Verträge ist deren Flexibilität bei ihrer Ausgestaltung. Die Lizenz wird individuell gestaltet und verhandelt, hingegen gibt es beim Pool und der Plattform ein zentralisiertes System⁶¹. Durch den individuellen Charakter der bilateralen Verträge wird die Evaluierung der Patente durch die Parteien selbst durchgeführt und nicht wie bei einem Pool durch eine zentrale Stelle. Während sich beim Lizenzaustausch das Interesse der Rechtsinhaber auf den Zugang zu den ertauschten Rechten beschränkt, sind beim Patentpool darüber hinaus die gemeinsame Innovationstätigkeit zur Weiter- oder Neuentwicklung einer gesamten Technologie von Belang. Patentpools eignen sich umso mehr als Mittel des Rechtetransfers im Vergleich zur Lizenzvereinbarung, je größer die Diskrepanz zur eigenen Technologie ist⁶². Unter dem Aspekt der Minimierung des Konfliktpotenzials in Bezug auf die Abgrenzung der Kooperationsleistungen und Erträge sowie in Bezug auf die Klarheit des Kooperationserfolges und der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen weisen Pools und Plattformen Vorteile gegenüber den Lizenzverträgen auf⁶³. Dabei ist für sämtliche Formen ausschlaggebend, dass an die Vereinbarungen der Verzicht auf Verletzungsklagen geknüpft wird und ggf. vorangegangene Patentstreitigkeiten beigelegt werden⁶⁴.

Im Verhältnis zum Lizenzvertrag spricht die Möglichkeit, gesellschaftsinterne Mitsprache- und Kontrollrechte zu erhalten, für ein Gemeinschaftsunternehmen. Dies ist bspw. von Bedeutung, wenn zusätzlich die Kooperation im Bereich Forschung und Entwicklung (im Weiteren Text als F&E bezeichnet) realisiert wird⁶⁵ und die Rückübertragung des dadurch geschaffenen Know-hows sichergestellt werden soll⁶⁶. Ebenso empfehlen sich Pools und Plattformen für die Lizenzierung von Technologien, die für einen Standard verwendet werden⁶⁷. Die Plattform ist dabei ein

– sich nehmen muss. Lizenzgeber entscheiden sich aber neben oder anstatt der Lizenzgebühr für eine Beteiligung an dem Lizenznehmerunternehmen als Gegenleistung. Solch eine Kopplung der Lizenzvergabe mit Minderheitsbeteiligung ermöglicht dem Lizenzgeber ein höheres Ausmaß an Partizipation in einem expandierenden Markt, wird aber als solche nicht für Pools benutzt, da es sich hierbei meistens um eine Kopplung der Technologie mit einer an der Verwertung interessierten Person handelt. Somit stellen sie eher eine Mischform der hier beschriebenen Pools dar; s. *Altin-Sieber*, 185.

⁶⁰ Dies beinhaltet u.a., ob die damit verbundenen Aktivitäten lang- oder kurzfristig sein werden, wie die eigene Position im Hinblick auf Schutzrechte ist, ob die finanzielle Situation für die Erweiterung der Lizenzierungsaktivität oder für ein Gemeinschaftsunternehmen spricht etc.; s. *Contractor*, 215.

⁶¹ *Goldstein/Kearsey*, 68.

⁶² *Altin-Sieber*, 185.

⁶³ *Wiedemann*, 77.

⁶⁴ *Königs*, 46 f.

⁶⁵ Bei der Lizenzvergabe an das eigene Gemeinschaftsunternehmen verfügt der Technologieinhaber über bessere Kontrollmöglichkeiten im Hinblick auf sein Know-how als bei einer Lizenzvergabe an unabhängige Dritte.

⁶⁶ *Wiedemann*, 76.

⁶⁷ *Goldstein/Kearsey*, 75.

Konzept, welches versucht, die zentralisierte Struktur eines Pools mit der Flexibilität eines bilateralen Lizenzvertrags zu verbinden⁶⁸.

Plattformen und Patentpools sehen voraus, dass die Patentinhaber sämtliche wesentliche Patente an einer Technologie oder einem Standard bereitstellen, welche wiederum durch ein unabhängiges Organ (bspw. Gremium oder Sachverständige)⁶⁹ bewertet werden⁷⁰. Damit sind die Gründungskosten für das Gemeinschaftsunternehmen, welches als Verwaltungsstelle dient, und die Kosten der Patentbewertung wesentlich höher, als dies bei einem Lizenzvertrag der Fall wäre. Diese Kosten werden aber durch umfangreiche Einnahmen, dank des ausgedehnten Angebots⁷¹, kompensiert. Bei einem Pool sind die Außenlizenzen zentral verwaltet, vorweg gestaltet und nicht flexibel. Die Veränderung von Inhalten durch einzelne Lizenzgeber ist äußerst schwierig, da ein kollektives Handeln aller Mitglieder dafür vorgesehen ist⁷². Lizenzgeber ist es gegenüber bestimmten Lizenznehmern so auch nicht möglich, Vertragsänderungen herbeizuführen⁷³.

Allerdings ergeben sich gerade Effizienzgründe, die für einen Pool sprechen. Während bei den Lizenzverhandlungen die Kosten sehr schnell steigen⁷⁴, sind sie bei einem Pool nur bei der Gründung sehr hoch, genauer gesagt für die Lizenzgeber⁷⁵, nicht jedoch Lizenznehmer, die vom *one-stop-shop* Prinzip sofort profitieren⁷⁶. Die späteren Kosten für die Außenlizenz sind vergleichsweise günstig, da alle rechtlich und technisch relevanten Fragen bereits im Vorfeld geregelt wurden. Sie werden nach dem *take it or leave it* Prinzip angeboten⁷⁷. Bei einer Plattform variiert die Situation. Die Gründungskosten sind im Vergleich auch hier sehr hoch. Prinzipiell sind die Kosten durch Verhandlungen zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer, wie bei einem Pool, niedrig, da die Plattform ein „Set von Lizenzen“ aufführt (*Standard Licensing agreement*)⁷⁸. Werden jedoch besondere Verhandlungen bzgl. der im Portfolio enthaltenen Patente geführt, können die Kosten sehr schnell ansteigen⁷⁹.

⁶⁸ Goldstein/Kearsey, 68 u. 75; Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1704 f.

⁶⁹ Dies kann sowohl durch unabhängige Sachverständige oder Gremien in Standardisierungsorganisationen realisiert werden.

⁷⁰ Serafino, 25; Goldstein/Kearsey, 75; Bekkers/Iversen/Blind, 15; Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1705; MPEG Business review Letter, 4.

⁷¹ Königs, 51.

⁷² Goldstein/Kearsey, 85, Endnote 1; *In re Negotiated Data Solutions LLC*, (Fed. Trade Comm'n 2008) (No. C-4234).

⁷³ Aoki/Nagaoka, 11.

⁷⁴ Sachverständige müssen die jeweiligen Technologien auf ihre Relevanz prüfen und juristische Verhandlungen sind kostspielig und auch langwierig.

⁷⁵ Kosten sind mit dem Gründungsverfahren verbunden, bei welchem es zu einer Einigung der Lizenzgeber kommen muss sowohl im Hinblick auf die Gründung des Pools/der Plattform als auch der Evaluierung der Technologien.

⁷⁶ Verbeure et al., TiBTECH 2006, 116; Aoki/Nagaoka, 18.

⁷⁷ Dequiedt/Versaevel, 7, Fn. 13.

⁷⁸ Goldstein/Kearsey, 71.

3. Einteilung

a) Einteilung nach Aufbau

In der deutschen Literatur ist die Einteilung in einfache⁸⁰ und durchgeführte Patentpools⁸¹ zu finden, wobei gerade die durchgeführten Pools als stärkste Form der Zusammenarbeit gelten⁸². Bei den einfachen Pools⁸³ werden die Patente jeweils vom Inhaber an die anderen Mitglieder lizenziert. Deshalb können schon bilaterale Verträge die Basis für Pools sein⁸⁴. Bei einem solchen verbleibt das Recht bei seinem jeweiligen Inhaber, es kommt zu keiner Übertragung auf einen Treuhänder. Jedoch verpflichtet sich der Rechtsinhaber, den übrigen Vertragspartnern Lizenzen zu gewähren, wofür er als Gegenleistung Lizenzen an deren geschützten Rechten einfordern kann. Der Kern eines solchen Vertrags regelt somit die Erteilung von Lizenzen an jenen Schutzrechten, welche von dem Pool erfasst werden⁸⁵. Derartige gemeinsame Lizenzvergabe-Vorhaben werden durch eine Gruppe (normalerweise größerer) Lizenzgeber einer bestimmten Technologie (oder eines Standards) initiiert⁸⁶. Ein Lizenzgeber wird als Agent für den gemeinsamen Außenlizenzvertrag bestimmt (wie z. B. *Philips* im CD Pool)⁸⁷. Der Vorteil eines einfachen Patentpools liegt in der Struktur, der Flexibilität gegenüber den Parteien und den Kosteneinsparungen⁸⁸. Dies liegt insbesondere daran, dass es keine unabhängige Stelle gibt, die

⁷⁹ Goldstein/Kearsey, 69.

⁸⁰ Isay, 12; Bollig, 19; Lieberknecht, 23; Neumeyer, 17; Königs, 46.

⁸¹ Die Kritik von *Schulte*, dass sich die Bezeichnung einfache bzw. durchgeführte Patentgemeinschaft angeblich nicht durchsetzte, ist nicht nachvollziehbar; s. *Schulte* 1971, 95; Reimer, 579; Sander, WuW 1959, 499 ff.; Schamberger, 3.

⁸² *Schulte* 1971, 97, wobei diese gerade als eigentliche Patentpools gelten; Wörz, 9.

⁸³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 244 Satz 2. Alt.1.

⁸⁴ Lizenzaustauschverträge, welche in der deutschen Literatur als Abgrenzung zu einem Patentpool als „einfache Patentgemeinschaft“ bezeichnet wurden, sind bilaterale reziproke Verträge zwischen Patentinhabern zur Vereinbarung der Nutzung der Rechte des jeweiligen Vertragspartners. *Shapiro*, in: Jaffe et al., 122 ff.

⁸⁵ Hilty, 185.

⁸⁶ Bekkers/Iversen/Blind, 4.

⁸⁷ Dazu hinten B.III.1.c)aa).

⁸⁸ Ein Beispiel, das dies belegt und aufgrund seiner einfachen Formulierung prägnant ist, ist die Poolvereinbarung der *Davenport bed Industries* (*Kramver vs. Comissioner*, 27 B.T.A. 1043,1045 (1933)): „On November 3, 1916 a written agreement was entered into between the owners of...various patents [pertaining to folding davenport beds and similar devices], which provided for the granting of an exclusive license to the Seng Company...to manufacture and sell under all of said pooled patents, the specified royalties to be divided in stated proportions among the parties to said agreement. Of the total amount said royalties, 33 per cent was allotted to the Pullman Couch Company... The license contract of November 3, 1916, was signed by Davoplane Bed Company and also by the Pullman Couch Company, as well as by [two inventors], individually. The Pullman Couch Company submitted 13 patents to be controlled by the pool agreement, including two of Bostroms patents, and the Davoplane Bed Company submitted 7 patents, including one of Bostrom patents. [An individual inventor] likewise

eine Beurteilung der Patente vollzieht, sondern wird durch Verhandlungen unter den teilnehmenden Parteien realisiert⁸⁹.

Bei durchgeführten Pools⁹⁰ werden die Patente an eine Gesellschaft lizenziert, die ihrerseits wiederum als Unterlizenzgeberin der einzelnen Poolmitglieder auftritt. Anders als bei den einfachen ist die Gesellschaft bei den durchgeführten Pools notwendigerweise Trägerin der (obligatorischen) Lizenzrechte. Dies ist notwendig, da bei einem einfachen Pool keine ausreichende Trennung im Innenverhältnis der Lizenzgeber besteht⁹¹. Um zu bestimmen, welche Patente für die Gesellschaft bzw. den Pool relevant sind, wird ein unabhängiges Gremium gebildet, welches dann die Patente evaluiert⁹². Der Pool ist für jeden offen, doch wird durch das Gremium (bzw. durch Sachverständige) die Essentialität der Patente und das Bestehen der Voraussetzung, die Patente auch in den Pool einbringen zu können, geprüft. Patentinhaber, die ihre Rechte in den Pool einbringen möchten, erfahren erst nachdem der Pool geschaffen ist, wer auch in den Pool aufgenommen worden ist⁹³. Die durchgeführten Pools zeichnen sich durch ihre Organisation, die eine einheitliche Patentpolitik verfolgt, aus⁹⁴. Der Kern solcher Pools ist es, ein Set von Rechtsinteraktionen zu regeln, damit die Transaktionskosten reduziert werden können⁹⁵.

Bei Plattformen wird der organisatorische Ansatz eines durchgeführten Pools ausgewählt⁹⁶ und so angepasst, dass er verschiedene Technologien (Standards) mit unterschiedlichen Produktgruppen verwalten kann. Dadurch wird die Plattform im Außenverhältnis flexibler als ein Pool. Es existiert eine Schirmgesellschaft/Organisation mit mehreren Untereinheiten bzw. Gesellschaften, welche jede ein einzelnes Lizenzpaket für einen spezifischen Standard entwickelt. Die Plattform würde ein Minimum-Set beinhalten, szs. ein Standard-Lizenzabkommen, welches allerdings durch individuelle Verhandlungen zwischen Lizenzgebern und Lizenznehmern erweitert werden kann⁹⁷.

,submitted‘ one patent.“ Diese einfache Formulierung des Vertrags veranschaulicht die Bündelung, die sonst in mindestens drei Transaktionen hätte erfolgen müssen und bestimmte gleichzeitig noch die Aufteilung der Lizenzgebühren.

⁸⁹ Report on Multiparty Licensing, 12.

⁹⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 244 Satz 2 Alt. 2.

⁹¹ Hilty, 185 f.

⁹² Bekkers/Iversen/Blind, 17.

⁹³ Ein Beispiel für diese Art von Pools ist der MPEG-2 Pool; s. MPEG Business review Letter, 4 f.

⁹⁴ Isay, 12 ff.; wobei gesellschaftsrechtliche Formen immer dann bevorzugt werden, wenn sich die vorhandenen Rechte gegenseitig so ergänzen, dass diese Ergänzung allen Partnern einen erheblichen technischen Gewinn bringt, so Henn, 91. Dabei ist jedoch das Ergebnis eines durchgeführten Pools nicht notwendigerweise eine Doppelgesellschaft.

⁹⁵ Eklund, 58.

⁹⁶ Goldstein/Kearsey, 67 f.; Bekkers/Iversen/Blind, 15.

⁹⁷ Goldstein/Kearsey, 71.

b) Einteilung nach Größe

Patentpools unterscheiden sich nicht nur durch ihren Aufbau, sondern auch in ihrem Umfang. Pools werden bezüglich der angestrebten Ziele organisiert. Die heutigen Pools, welche gegründet werden, um Lizenzen für Standards effizient und einfach zu erteilen, unterscheiden sich sehr von den einst großen, industrieumfassenden Pools mit dutzenden Mitgliedern, die hunderte von Patenten abdeckten⁹⁸. Die heute nicht mehr existenten Luftfahrzeug-Patentpool⁹⁹ und die *Automobile Manufacturers Association*¹⁰⁰ sind Beispiele industrieumspannender Kartelle. Bestimmend für diese Art von Pools war, dass sämtliche Rechte, die für einen Industriezweig in Betracht kamen, in den Pool aufgenommen wurden¹⁰¹. 1935 waren 750 Patente¹⁰² im Luftfahrzeug-Patentpool integriert und Ende der 1960er bzw. der 1970er-Jahre umfasste der Pool 20% aller Patente, die für den Flugzeugbau neu angemeldet worden waren¹⁰³. Diese Strukturen von Pools wurden als Antwort auf das Risiko möglicher Konflikte, die zwischen den Patentinhabern auftreten könnten, gewählt¹⁰⁴.

So, wie sich die Entwicklung der Verträge vom einfachen Lizenzvertrag über den gegenseitigen Lizenzvertrag bis hin zu komplexen Institutionen verfolgen lässt, kann auch die Entwicklung von Pools beobachtet werden. Dieser „natürliche Wachstumsprozess“ bildete die Grundlage für spätere Megapools, die mehrheitlich aus

⁹⁸ Das Spektrum der Mitglieder von Pools war weitreichend und schloss Patentinhaber, Produzenten, staatliche sowie Non-Profit-Organisationen als auch Regierungen ein. *Serafino*, 2.

⁹⁹ Dieser Pool wurde 1917 gegründet und erst 1975 durch ein *consent decree* aufgelöst; s. dazu *Suwowiecki*, The Permission Problem; *Duxbury/Page*, Patentpools in the pharmaceutical industry – sink or swim?; *Ebert*, Patent Thickets and the Wright Brothers; *Murray*, in: *Hall*, 98 ff.; *Heller/Eisenberg*, Science 2008, 688 ff.; *Clark* et al. 4; *Merges*, Cal. Law Rev. 1996, 1340 ff.

¹⁰⁰ Die Vereinigung umfasste 1932 mehr als 200 Mitglieder mit mehr als 1000 Patenten; s. Report on Multiparty Licensing, 12.

¹⁰¹ Der Luftfahrzeug-Patentpool ermöglichte es, dass auch nach seiner Gründung weitere Patente hinzugefügt wurden. Diese teilten sich in zwei Klassen, einerseits in die „normalen Patente“, die überwiegend ohne eine Lizenzgebühr an Dritte lizenziert wurden, andererseits die „außergewöhnlichen Patente“ (*Exceptional patents*), die Lizenzgebühren einbrachten. Letztere wurden in formellen Verfahren nach den Bestimmungen der *Manufacturers Aircraft Association* festgelegt. „*To submit claims for compensation in respect to airplane patents or patent rights hereafter acquired to a board of arbitrators consisting of one member appointed by the board of directors of the Association (Inc.), another by the subscriber making the claim, and a third by the other two, who shall determine the total amount of compensation, if any, to be paid for the same, and the rate of royalty to be paid toward such compensation by any subscriber desiring to take a license under such patent. (Art. V, pp. 4–5). To waive all claims as against each other for infringements prior to July 1, 1917 (Art. XIV, p.13); to make various reports and to keep various accounts, etc.*“, wiedergegeben nach *Merges*, 19 f.

¹⁰² *Bittingmayer*, JLE 1988, 234.

¹⁰³ *Bittingmayer*, JLE 1988, 238.

¹⁰⁴ *Schulte* 1971, 121.

kleinen Pools entstanden¹⁰⁵. Im Unterschied zu den Megapools sind für die heute existenten Pools einzelne Rechte relevant, die sich entweder blockieren bzw. als nicht substituierbar angesehen werden. Dadurch sind sie in ihrem Aufbau mit den Großen identisch¹⁰⁶.

c) Einteilung nach Grundlage

Die Hauptgründe für die Errichtung von Patentpools sind wirtschaftliche Kooperation (unter welche auch die Beilegung von Streitigkeiten/Konflikten fällt) und die Teilnahme am Standardisierungsverfahren¹⁰⁷. Die Wahl, ein Gemeinschaftsunternehmen als Technologietransferinstrument zu benutzen, hängt von diversen Faktoren ab und beinhaltet auch einen nicht minderen Spannungsbereich¹⁰⁸. Entscheidend sind u. a. die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Beurteilung von Kosten und Nutzen des Gemeinschaftsunternehmens, Verhandlungsstärke der Partner, Zugänglichkeit und Größe der Märkte sowie verfügbare Alternativen¹⁰⁹. Da jedoch Aspekte des Patentsystems kritisch betrachtet werden¹¹⁰, gilt es auch Pools, deren Existenz im Patenrecht fußt, kritisch zu beurteilen¹¹¹. Der Zweck eines Pools sollte demnach nur der Entwicklung von Innovationen und effizienter Vermarktung von Produkten und Technologien und nicht der Wahrung der Patentrechte dienen, indem man den Pool als eine Art „Nichtangriffspakt“ ansieht¹¹².

aa) Wirtschaftliche Interessen

Wie bei jeder Entscheidung, ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, gilt auch bei Pools, dass die Kooperationsbereitschaft und der Kooperationserfolg mit der Technologiekomponente eng verknüpft sind¹¹³. Dies unterscheidet sie von den früheren Megapools¹¹⁴, sodass es auch nicht zur Monopolisierung ganzer Industrien oder Industriezweige kommt. Initiiert wird die Idee durch Bemühungen, Vorgänge effizienter zu gestalten. Beide Partner möchten Zugang zu den Rechten des Anderen. Darin liegt zwar das gemeinsame Interesse, beinhaltet jedoch auch das ihnen bewusste Problem, auf ihr ausschließliches Recht, gegenüber anderen Mitgliedern verzichten zu müssen. Dadurch wird die Bereitschaft zur Kooperation gemindert, da

¹⁰⁵ *Merges*, 24.

¹⁰⁶ *Merges*, Cal. Law Rev. 1996, 1344.

¹⁰⁷ *Schulte* 1971, 101.

¹⁰⁸ *Folz*, 119; *Bollig*, 8 f.

¹⁰⁹ *Altin-Sieber*, 180.

¹¹⁰ *Folz*, 230 f.

¹¹¹ *Shapiro*, in: Jaffe et al., 127.

¹¹² *Andewelt*, ALJ 1984, 614.

¹¹³ *Layne-Farrar/Lerner*, 296 f.

¹¹⁴ *Slobod*, 13.

der potenzielle Partner aktueller bzw. potenzieller Wettbewerber ist¹¹⁵. Doch in der heutigen Gesellschaft, mit der Menge miteinander verbundener bzw. vernetzter Rechte, sind Kooperationen in jeglicher Form ein Muss, um überhaupt neue Produkte und Verfahren auf den Markt zu bringen. Im Unterschied zu einer üblichen Vertragspartnerwahl oder einer Joint-Venture-Kooperation wird die Wahl der am Pool beteiligten Unternehmen durch technologische anstatt durch wirtschaftliche Aspekte bestimmt. Deswegen können Pools effektiv dazu beitragen, die Transaktionskosten zu reduzieren (*tragedy of the anticommons*) sowie Patentdickichte¹¹⁶ zu lösen als auch Gerichtsverfahren¹¹⁷ zu regeln¹¹⁸.

(1) *Tragedy of the anticommons*

Die Tragik der Anti-Allmende (*tragedy of the anticommons*) beschreibt das Dilemma, bei der die Vielzahl an Rechtsinhaber sozial erwünschte Ergebnisse unmöglich machen¹¹⁹. Bei Patenten bedeutet dies konkret, dass sich durch ihre Menge und die zersplitternde Inhaberschaft, die für die berechtigte Anwendung einer Technologie erforderlich ist, solche Situationen negativ auf die Nutzbarkeit auswirken¹²⁰. Der Lizenzsucher ist bei den Patenten, die unterschiedlichen Inhabern zuzuordnen sind, jeweils Verhandlungskosten ausgesetzt, die sich mit steigender Inhaberzahl häufen. Hinzu kommt die Kumulation der Lizenzgebühren, die an sich nur bei der Lizenzierung von komplementären Patenten entsteht, die für die Nutzung der anvisierten Technologie wesentlich sind, während die Existenz von Substituten Ausweichmöglichkeiten bietet. Infolge einer großen Rechtszersplitterung steigen die Transaktionskosten für Verhandlungen so erheblich an, dass sich der Erwerb der einzelnen Rechte nicht mehr rentiert¹²¹. Die *tragedy of the anticommons* bedeutet mit

¹¹⁵ Altin-Sieber, 181.

¹¹⁶ D'Silva, EIPR 2009, 301 ff.

¹¹⁷ Gerade die Tatsache, dass durch einen Pool Konflikte vermieden werden können, macht ihn zwar für Unternehmen sehr attraktiv, jedoch bleibt die Frage nach der Rechtssicherheit solcher Patente und nach den wettbewerbsbezogenen Aspekten offen. In verschiedenen Fällen wurden Pools genutzt, um wettbewerbswidrige Interessen der Mitglieder durchzusetzen. Beim *National Harrow Company*-Fall sollten zwar die Rechtsverfahren zwischen den Mitgliedern minimiert, aber auch die Preise sollten dadurch fixiert werden. Beim *Motion Picture Patents Company*-Fall wurde eine Kartellgründung angestrebt. Die *Association of Sanitary Enameled Ware Manufacturers* hatte das Ziel, ein Kartell zu gründen, das fremde Unternehmen vom Wettbewerb ausschließt und auch gleichzeitig die Preise bestimmt; s. Scotchmer, 175 ff.

¹¹⁸ Choi, IER 2010, 441 ff.

¹¹⁹ Das Problem der Anti-Allmende wurde von dem US-amerikanischen Rechtsprofessor Frank Michelman definiert. Michael Heller popularisierte den Begriff von der Tragödie der Anti-Allmende; s. Heller, Harv. Law Rev. 1998, 621, 661 ff.; Michelman, Harv. Law Rev. 1968, 1165 ff.; Parisi/Depoorter/Schulz, IRLE 2005, 1 ff.; Heller/Eisenberg, Science 2008, 688 ff.

¹²⁰ Die effiziente Verbreitung von Technologie wird gehemmt, es entstehen Blockadewirkungen, wenn eine Technologie erst nach kumulativer Gestaltung aller betroffenen Patentinhaber genutzt werden kann.

¹²¹ Aoki/Schiff, 10; Königs, 201; Fräßdorf, 301.

Blick auf die Herstellung, die durch den erschwerten Zugang zu den Rechten belastet ist, statische Ineffizienz. Zusätzlich bedeutet dies hinsichtlich der durch den erschwerten Zugang gehemmten F&E-Tätigkeit¹²², dass es sich auch um dynamische Ineffizienz handelt. Deswegen kann es zur Unternutzung der Technologie oder Kumulation der Lizenzgebühren (*royalty stacking*) kommen.

Unternutzung bedeutet, dass eine Technologie kaum genutzt wird oder nicht vollständig angewendet werden kann und infolgedessen ein oder mehrere innovative Produkte oder Verfahren gar nicht erst hergestellt oder durchgeführt werden können¹²³. So ist die Unternutzung im Hinblick auf die gegenwärtige Nutzung statische und bzgl. weiterer Innovationen dynamische Ineffizienz¹²⁴.

Der zweite Effekt, der durch die *tragedy of the anticommons* beschrieben wird, ist das Anwachsen von Problemen und Kosten durch das Stapeln von Lizenzgebühren (*royalty stacking*). Bei Produkten, die mehrere Technologien implementieren¹²⁵, kumuliert sich das *royalty stacking*¹²⁶. Um dem Dilemma des *royalty stacking* beizukommen, bedarf es von vornherein einer eindeutigen Rollen- und Einnahmenverteilung unter allen betroffenen Lizenzgebern, etwa in Form eines Vergütungsschlüssels. Naheliegende Erfüllung dieser Bedürfnisse bietet eine organisierte Kooperation mit klaren Verwaltungsstrukturen, also ein Patentpool¹²⁷.

(2) Patentdickicht

In vielen Fällen, in denen der Rechtsinhaber selbst vertikal in den Markt integriert ist, kann es geschehen, dass bei hochkomplexen Technologien mit vielen komplementären Bestandteilen deren Rechtsinhaberschaft breit gestreut ist. Durch bestimmte Patentierungsstrategien wie sog. *Patent Flooding* oder *Fencing*¹²⁸ entstehen sog. Patentdickichte¹²⁹, die zur Notwendigkeit gegenseitiger Lizenzierung der unterschiedlichen Schutzrechtsinhaber führen¹³⁰. Die Klärung der unübersichtlichen

¹²² Königs, 202.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Nach Geradin, Layne-Farrar und Padilla ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn Innovation kumulativ und komplementär erfolgt, zahlreiche Schutzrechte für die Herstellung eines bestimmten Produkts notwendig sind und es zahlreiche Schutzrechtsinhaber gibt. Geradin/Layne-Farrar/Padilla, JSTL 2008, 160.

¹²⁶ Bspw. hat eine Studie über 7000 für die 3G-Technologie essenzielle Patente ermittelt; s. Geradin/Layne-Farrar/Padilla, JSTL 2008, 169.

¹²⁷ Huebner, in: Eifert/Hoffmann-Riem, 185; Geradin/Layne-Farrar/Padilla, JSTL 2008, 170; Fräbdorf, 301; Königs, 203; Aoki/Schiff, 7.

¹²⁸ Ausführlich zu Schutzrechtsstrategien Grandstrand, 220 f.

¹²⁹ Unternehmen, die im Patentdickicht mit drohenden Blockadewirkungen konfrontiert sind, neigen ihrerseits zur verstärkten Patentierung, um ihre Position auf dem relevanten Technologiemarkt zu stärken, mit der Folge, dass sich das Patentdickicht weiter verdichtet. Königs, 204.

¹³⁰ Shapiro, in: Jaffe et al., 204.

Patentlage zwecks berechtigter Nutzung einer Technologie bedeutet für Herstellungsunternehmen und für Unternehmen, die sich anknüpfender F&E widmen, einen erheblichen Zeitaufwand. Dies ist jedoch notwendig, da bereits bei einer einzigen Produktherstellung oder Verfahrensanwendung infolge des Patentdickichts mehrere Patente verletzt werden können, ohne dass dem Verletzten die unberechtigte Nutzung bekannt ist. Das trifft vor allem dann zu, wenn die Technologie schon verbreitet Anwendung findet, das Patent aber erst später erteilt wird¹³¹. Das Poolkonzept kann durch den *one-stop shop* eines Lizenzpaketes den Zugang zur gesamten Technologie ermöglichen und die Nachfrage der Lizizenzen bei jedem einzelnen Inhaber wesentlicher Patente ersparen¹³². Durch die Integration von Sperrpatenten könnten Blockade depositionen behoben werden. Lizenzsuchern und Patentinhabern würde der Zugang zur gesamten Technologie ermöglicht¹³³.

bb) Standardisierung

Insbesondere Pools, die durch Standardisierungsprozesse entstehen¹³⁴, werden meist positiv bewertet¹³⁵, da angenommen wird, dass aufgrund der „zerstückelten Immaterialgüterrechte in der vernetzten Ökonomie“ die traditionelle Lizenz bzw. gegenseitige Lizenz durch Pools ersetzt wird¹³⁶. So sind es z. B. gerade Unternehmen, die sich vertikal integrieren (das Unternehmen stellt ein Produkt her, das durch einen Standard geschaffen wird), diejenigen, die sich auch an einem Pool beteiligen¹³⁷. Andererseits können auch Unternehmen, die Produktionsmöglichkeiten für das Endresultat an den gepoolten Rechten aufweisen, an einer Poolgründung interessiert sein¹³⁸.

Aufgrund der Bedeutung von Standards und Standardisierungsprozessen bei der Schaffung von Pools wird im Folgenden auf diese eingegangen und erläutert, was Standards sind, wie sie entstehen und welche Rolle sie bei der Poolbildung haben.

¹³¹ *Shapiro*, in: Jaffe et al., 119, 121; *Königs*, 205.

¹³² So *Shapiro* und *Merges*; s. *Shapiro*, in: Jaffe et al., 119, 121; *Merges*, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 129; *Lerner/Tirole*, AER 2004, 693; krit. hingegen *Armillotta*, 198 f.

¹³³ *Königs*, 210.

¹³⁴ *Dolmans*, Fordham Int'l L.J. 2002, 163. Bzgl. der Pools, die seit 1995 aufgebaut wurden; s. *Serafino*, 17 ff.

¹³⁵ *Schultze/Pautke/Wagener*, 141.

¹³⁶ *Goldstein/Kearsey*, 67.

¹³⁷ *Layne-Farrar/Lerner*, 294.

¹³⁸ *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 540; *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1720; *Koelman*, IIC 2006, 823.

(1) Standards

Standards sind vereinfacht betrachtet Festlegungen über die Art und Weise, ein bestimmtes technisches Problem zu lösen¹³⁹, wobei nicht unbedingt eine Korrelation zwischen Patenten und Standards besteht¹⁴⁰. Sie werden als Mittel der Verbreitung von Innovationen gezielt, auch mit staatlich-industriepolitischem Interesse, eingesetzt. Ziel von Standards ist es, auf der Basis bereits bekannter und erprobter Lösungen eine Spezifikation zu erstellen und nicht neue Erkenntnisse zu erlangen¹⁴¹. Sie werden freiwillig angenommen¹⁴², um die Unsicherheiten bei sich wiederholenden Interaktionen zwischen Menschen oder Technologien¹⁴³ zu reduzieren, indem sie die sich wiederholenden Probleme auf die gleiche Weise lösen¹⁴⁴. Sind aufgrund von Kompatibilitätsfordernissen Abweichungen von technischen Spezifikationen nicht möglich, sind Unternehmen gezwungen, diese Standards einzuhalten¹⁴⁵. Unternehmen versuchen deshalb, durch Beteiligung am Standardisierungsprozess, Einfluss auf den Inhalt von Standards zu nehmen¹⁴⁶.

Die Gründe für die Annahme von Standards sind unterschiedlich und können dementsprechend positive wie auch negative Effekte erzeugen, was sowohl im Hinblick auf Industrien als auch auf Märkte variiert¹⁴⁷. Dabei können Industrien, durch die Standards gesetzt werden, in drei Kategorien beeinflusst werden¹⁴⁸:

- Standards, durch welche sich die Industrie gänzlich verändern wird – dies sind üblicherweise neue Konzepte, die hervorgebracht werden;
- Standards, die die bestehende Industriestruktur ändern – diese richten sich auf die Implementierung existenter Technologien;
- Standards, die ungeplante Veränderungen hervorrufen – diese können sowohl neue Konzepte als auch neue Implementierungen beinhalten.

Das Konzept der Standards entwickelt sich jedoch dahingehend weiter, dass sie nicht nur versuchen, technische Systeme, die bisher noch nicht existent waren, zu beschreiben, sondern sie bestimmen gerade in der IT-Industrie den Markt oder grenzen ihn sogar ab¹⁴⁹. Hochtechnologiebereiche werden durch die Tatsachen bestimmt, dass konstante und oft dramatische Innovationen entstehen, welche poten-

¹³⁹ Maaßen, 9; Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁴⁰ Ullrich, GRUR 2007, 819; Fröhlich, GRUR 2008, 206; Balto, CILW 2001, 5 f.; Anton/Yao, ALJ 1995, 247; anders Blind, 196 ff. (Zeitraum 1995–2000).

¹⁴¹ West, in: Greenstein/Stango, 101; Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁴² Kim, 4; Shapiro, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 82.

¹⁴³ Cargil, 59 ff.

¹⁴⁴ Maaßen, 17; Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁴⁵ Maaßen, 48.

¹⁴⁶ Ullrich, GRUR 2007, 819.

¹⁴⁷ Anton/Yao, ALJ 1995, 249.

¹⁴⁸ Cargil, 29.

¹⁴⁹ Cargil, 45.

zielle Vorteile für die Mitglieder eines Standardisierungsprozesses bieten, die versuchen, die freiwillige Annahme und Verbreitung von Schnittstellen-Standards zu realisieren¹⁵⁰.

(2) Bedeutung von Standards

Aufgrund des wirtschaftlichen Drucks, dem sich die Unternehmen ausgesetzt sehen, versuchen sie, Mitbewerber auszuschließen und Alliierte zu finden¹⁵¹. Berücksichtigt man, dass durch einen Standard der Versuch unternommen wird, in einen chaotischen Markt Ordnung und somit auch Klarheit zu bringen bzw. eine gewisse Struktur aufzubauen, versteht man die Beweggründe etwas besser¹⁵². Da die Produktion mehr und mehr von der Existenz komplementärer Güter und somit von der Existenz der Produktkompatibilität abhängt, sind Standards von zunehmender Bedeutung¹⁵³. Durch den Standardisierungsprozess werden Informationen über Charakteristika des Standards, Funktionsumfang etc. wiedergegeben, wodurch den Unternehmen Kosten genommen werden und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt wird, den Standard zu übernehmen bzw. auf ihn aufbauende Produkte zu schaffen.

Ein Vorteil, der sich aufgrund der Standards ergibt, sind die sog. *economics of scale* (Skaleneffekte bzw. Massenproduktionsvorteile)¹⁵⁴. Durch klare Vorgaben können effiziente, produktionsbeschleunigende Wege gefunden werden. Vorteile gibt es aber nicht nur auf unternehmerischer Ebene. Wird ein Standard gewählt, wird dadurch zwar der Inter-Standard-Wettbewerb reduziert, hingegen aber der Intra-Standard-Wettbewerb erhöht. Dies bedeutet, dass Unternehmen, die innerhalb eines Standards Wettbewerber sind, durch den Standard selbst weiterhin auch Wettbewerber bleiben und durch die Bestimmungen der technischen Kompatibilität auf andere Wettbewerbsebenen ausweichen. Vorteile ergeben sich aber gleichzeitig auch für die Verbraucher, die dadurch in der Lage sind, einfacher an Informationen über die Produkte zu gelangen und diese untereinander zu vergleichen¹⁵⁵.

Standards bringen aber auch einige Nachteile mit sich. Wurde ein Standard bestimmt, sind die Verbraucher i. d. R. nicht bereit, auf ein anderes, später auf den Markt gekommenes System, zu wechseln¹⁵⁶, da sie in diesem Fall nicht länger von den

¹⁵⁰ Anton/Yao, ALJ 1995, 258.

¹⁵¹ Blind, 149.

¹⁵² Cargil, 68 f.

¹⁵³ Kim, 51.

¹⁵⁴ Kim, 36 f.

¹⁵⁵ Kim, 37; Balto, CILW 2001, 5 f.

¹⁵⁶ „Es gibt Fälle, in denen die einheitliche Anwendung von Spezifikationen den Wettbewerb nicht nur verbessert, sondern diesen erst ermöglicht. Wenn nämlich ein System mit starken Netzwerkeffekten durch ein neues, technisch überlegenes, ersetzt werden soll, bedarf es zur Durchsetzung des Standards einer kritischen Masse. Die Vereinheitlichung dient hier der Überwindung der sog. *exces inertia*, dem Beharren auf einer technisch nachteiligen Lösung

Netzwerkeffekten des etablierten Systems profitieren würden und zumeist die bereits erworbenen Güter nicht mehr nutzen könnten (*Lock-in-Effekt*)¹⁵⁷. Ein weiterer möglicher Nachteil der Standardisierung sind Einschränkungen des Qualitäts- und Innovationswettbewerbs, weil sich die Wettbewerber mit der Erfüllung der einmal festgelegten Qualitätsmerkmale begnügen, oder nach Festlegung einer Spezifikation Forschungsansätze als wirtschaftlich uninteressant vernachlässigen¹⁵⁸. Deshalb muss es einen Mechanismus geben, womit Unternehmen Gewinne, die durch den Intra-Standard geschaffen werden, wiederum in neue F&E-Ansätze investieren, um so weiteren technischen Fortschritt zu schaffen.

(3) Standardsetzung

In den letzten 20 Jahren durchlebte der Standardisierungsprozess starke Veränderungen, da die Strategien der Standardbildung oft als unberechenbar und instabil galten¹⁵⁹, weswegen der gesamte Prozess auch langwierig war¹⁶⁰. Standardisierungsprozesse entwickelten sich deswegen von einer Regulierung zu einer Koordinierung. Dabei tritt an die Position des technischen Faktors der wirtschaftliche Faktor, welcher den Standardisierungsprozess initiiert und voranbringt. Dies basiert auf der Veränderung der institutionellen Voraussetzungen, die sich von einer staatlichen zu einer auf Initiativen privat- und konsortien-basierenden Organisation entwickelt¹⁶¹. Grundsätzlich gibt es vier verschiedene Entstehungsmethoden von Standards¹⁶²: (1) per Gesetz bzw. öffentlich-rechtliche Vorschriften entstehende Standards, deren Einhaltung verpflichtend ist; (2) freiwillige Setzung eines formellen Standards, indem durch Verhandlungen in einer Standardisierungsorganisation ein Konsens gefunden wird; (3) Durchsetzung der Technologie auf dem Markt, wodurch sie als *de facto* Standard angesehen wird und (4) die Methode, die eine Zwischenform des formellen und des *de facto* Standards darstellt. Der Standard wird durch ein Konsortium geschaffen, das um eine schnelle Umsetzung des Standards, unter Teilnahme mehrerer Unternehmen mit gemeinschaftlichem wirtschaftlichem Interesse, bemüht ist.

Die wichtigsten Kriterien für die Wahl der jeweiligen Standardisierungsmethoden ist die Position der Unternehmen auf dem Markt, die Natur der Technologie, die zum relevanten Standard wird, die Bedeutung des relevanten Standards im technologi-

aufgrund der Ungewissheit über das Verhalten anderer Marktteilnehmer, wodurch der (Inter-System) Wettbewerb und der technische Fortschritt erst ermöglicht wurden“, so *Maaßen*, 151 am Beispiel der CD.

¹⁵⁷ *Maaßen*, 44; *Ullrich*, GRUR 2007, 818; *Eklund*, 50; *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 545; *Cary/Hayes*, Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1241 ff.

¹⁵⁸ *Maaßen*, 151.

¹⁵⁹ *Blind*, 149.

¹⁶⁰ *Cargil*, 68.

¹⁶¹ *Werle*, Knowl. Tech. Pol. 2001, 128.

¹⁶² *Dolmans*, Fordham Int'l L.J. 2002, 163 f.; *Kim*, 20; *West*, in: *Greenstein/Stango*, 94.

schen (oder technischen) System und die institutionellen Eigenschaften der Standardisierungsorganisation, an welcher sich das Unternehmen beteiligen will¹⁶³. Wichtige Faktoren, die den Erfolg einer Technologie bestimmen, sind nicht nur die Qualität und das Funktionieren des Produkts, sondern auch die Existenz komplementärer Güter dafür¹⁶⁴.

(a) Setzung eines Standards durch den Staat

Bei der Standardsetzung durch den Staat wird ein rechtlich verbindlicher *de iure* Standard erzielt, der in Form von Gesetzen, Verordnungen oder sonstigen Rechtsakten hoheitlich verfügt wird¹⁶⁵. Auch wenn diese Möglichkeit noch immer existent ist, ist sie nicht mehr die gängiste Methode für die Standardsetzung. Der jeweilige Standard wird zwar zeitlich schnell geschaffen und die Kompatibilität sichergestellt¹⁶⁶, jedoch ist die Methode gerade in Situationen, in welchen es unterschiedliche Interessengruppen gibt, problematisch¹⁶⁷. Die Durchsetzung der einzelnen Positionen der Interessengruppen sind hier erschwert. Zusätzlich ist der Staat als Standardsetzer ungeeignet, denn er befindet sich gegenüber der Industrie in einem Informationsnachteil¹⁶⁸. Es gibt auch Situationen, in denen ein Standard von privater Seite gesetzt und später durch gesetzgeberische Unterstützung bindend wird¹⁶⁹, jedoch stellt sich die fehlende Flexibilität solcher Standards als großer Nachteil heraus¹⁷⁰. Damit sich der Standard den Marktgegebenheiten anpassen kann, muss es gerade auf dynamischen Märkten eine gewisse Flexibilität geben, die diese Art der Standardsetzung nicht gewährleisten kann.

(b) Standardsetzung durch Konsens

Die zweite Methode ist die auf einem Konsens basierende, generell als „formell“ bezeichnete Standardisierung¹⁷¹. Sie findet ihren Ursprung im 19. Jahrhundert, als die staatlichen Einrichtungen die vielfältigen Aufgaben im Bereich der technischen Regelsetzung und Überwachung weder auf administrativer noch auf legislativer

¹⁶³ Kim, 33.

¹⁶⁴ Teece, 191 ff.

¹⁶⁵ Erhardt, 19.

¹⁶⁶ Cargil, 22 f.

¹⁶⁷ Haben Unternehmen unterschiedliche Technologien als Standardisierungsvorschläge entwickelt und bieten diese am Markt an, so führt die aufgrund von Netzwerkeffekten auftretende Dynamik dazu, dass einzelne Technologien sich mehr durchsetzen. Mit wachsender Zahl der Nutzer wird ein vom Staat beabsichtigter Wechsel zu einer anderen Technologie als Standard aufgrund der bereits bestehenden Netzwerkeffekte immer schwieriger und teurer. Erhardt, 20; Koelman, IIC 2006, 823 ff.

¹⁶⁸ Siehe am Beispiel von ETSI, Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1700 ff.; Erhardt, 20 f.

¹⁶⁹ Kim, 22 f.

¹⁷⁰ Cargil, 22 f.

¹⁷¹ Diese Methode wird fälschlich auch als *de iure* Norm bezeichnet; so Ullrich, GRUR 2007, 818; anders Eklund, 22.

Ebene bewältigen konnten¹⁷². Spezifisch für diese Methode ist die Ausarbeitung der Lösung¹⁷³ eines identifizierten Problems und dessen Auswirkungen, aufgrund freiwilliger Verhandlungen zwischen den Interessengruppen durch eine zwischenge schaltete Standardisierungsorganisation¹⁷⁴.

Standardisierungsorganisationen lassen sich bzgl. ihres geographischen Ausmaßes, des sektoriellen Rahmens sowie ihrer jeweiligen Rechtsform einteilen¹⁷⁵, d.h., sie sind unterschiedlich¹⁷⁶ gegründet und handeln nach den Selbstverwaltungsregeln eines Vereins-, Verbands-, oder auch des Gesellschaftsrechts, wodurch ihnen die Einhaltung bestimmter Grundsätze, wie etwa Neutralität, Transparenz, Förderung des Gemeinwohls, internationale Zusammenarbeit und Beteiligung der interessierten Kreise an den Standardisierungsverfahren abverlangt wird¹⁷⁷. Da sie hinsichtlich neuer Mitglieder offen sind, ist das Risiko möglicher negativer Wettbewerbseffekte geringer, als dies bei *de facto* Standards, die durch einen Monopolisten geschaffen werden, wäre¹⁷⁸. Jedoch können solche Standardisierungsorganisationen mangels Autorität keine Umsetzung verlangen¹⁷⁹. Um zu gewährleisten, dass der Standard geschaffen wird¹⁸⁰, erfolgt die „förmliche“ Anerkennung meistens durch die Akzeptanz der Marktteilnehmer selbst¹⁸¹.

Doch auch diese Methode ist nicht kritikfrei. Es wird der zeitliche Aufwand kritisiert¹⁸², welcher gerade in schnell voranschreitenden Bereichen wie Informations- und Kommunikationstechnologien evident ist. Die Ursachen dafür liegen gerade im Konzept des Konsenses und der Offenheit¹⁸³.

Der Standardisierungsprozess ist ein freiwilliger Prozess, der ungeachtet des Bereichs, offen und transparent sein muss und mit dem ein Konsens zwischen den

¹⁷² Maassen, 20; Eklund, 46.

¹⁷³ Cargil, 43.

¹⁷⁴ Verbruggen/Lörincz, IIC 2002, 131 f.; Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁷⁵ Werle, JEPP 2001, 394.

¹⁷⁶ West, in: Greenstein/Stango, 94.

¹⁷⁷ Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁷⁸ Kim, 23.

¹⁷⁹ Shapiro, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 85.

¹⁸⁰ Cargil, 20.

¹⁸¹ Auch wenn mehr und mehr Standardisierungsprozesse durch private Organisationen, Konsortien und Joint Ventures geschaffen werden, sind es gerade die Standardisierungsorganisationen, wie z.B. die Internationale Standardisierungsorganisation (ISO), Internationale Elektrotechnische Kommission (*International Electrotechnical Commission – IEC*) oder die Internationale Fernmeldeunion (*International Telecommunication Union – ITU*), die weltweit die größte Rolle bei der Standardsetzung spielen; s. Werle, Knowl Tech Pol 2001, 128 f.; Shapiro, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 84.

¹⁸² Werle, JEPP 2001, 402 u. 406 f.; Shapiro, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 84.

¹⁸³ Werle, JEPP 2001, 403 beschreibt, dass der Druck der Offenheit auch staatlichen/be hördenlichen Ursprungs sein kann, um somit die Wettbewerbsvoraussetzungen zu erfüllen, in dem der Markt nicht abgeschottet wird.

beteiligten Interessengruppen erreicht werden soll. Offenheit soll gewährleisten, dass sich sämtliche Interessenparteien am Standardisierungsprozess beteiligen können. Um jedoch die Möglichkeiten des Standardisierungsprozesses voll auszuschöpfen, ist es wichtig, die Interessen aller Beteiligten abzuwägen, die für die Ansichten der Industrie, die Anliegen der Verbraucher, Gesundheits- und Sicherheitsüberlegungen, Umweltaspekte sowie Fragen von Bedeutung für klein- und mittelständische Unternehmen eintreten. Für das „Konzept des Konsenses“ gibt es zwar keine Definition, da es von Organisation zu Organisation variiert. Es dient dazu, dass beim Standardisierungsprozess durch Verhandlungen auch ein Standard bestimmt wird, welcher, wie in der Literatur beschrieben, nicht erst bei Einstimmigkeit, sondern bereits bei mangelnder Opposition erreicht wird¹⁸⁴.

Um die höchstmögliche Marktakzeptanz zu erreichen, müssen Standards offen sein, das bedeutet, sämtlichen Interessenten beim Standardisierungsprozess das Mitspracherecht einzuräumen, was einen Konsens aber oft schwierig macht¹⁸⁵. Die Standardisierungsverfahren verlängern sich dadurch und werden u.a. künstlich hinausgezogen, da Unternehmen solche Verfahren auch als Druckmittel für eigene Interessen nutzen. Deswegen versuchen die Unternehmen, sich an Verfahren einer anderen Standardisierungsorganisation, bei der ihre Mitbewerber noch nicht präsent sind, zu beteiligen¹⁸⁶. Aus einem solchen, aus Unternehmensblick geführten *shopping* der Standardisierungsorganisationen entwickelt sich die Problematik, dass sie von dem Ziel der Bestimmung eines einzelnen Standards weiter abrücken¹⁸⁷, da sie untereinander im Wettbewerb stehen, was schlussendlich nicht Ziel und Zweck von Standardisierungsorganisationen ist.

Ein weiteres Problem entsteht aus der Möglichkeit, dass ein formeller Standardisierungsprozess einer Standardisierungsorganisation wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorruft. Diesbezüglich gilt es Fälle zu unterscheiden, in denen wettbewerbswidriges Handeln eines Mitglieds der Standardisierungsorganisation ein Problem darstellt oder Fälle, in denen das Handeln der Standardisierungsorganisation das Problem ist. Zwar sind Wettbewerbseingriffe in das Handeln von Standardisierungsorganisationen eher selten, jedoch aus dem Grund, da sich die Wettbewerbsbehörden der Effizienzgewinne bewusst sind¹⁸⁸. Auch richteten sich Wettbewerbseingriffe nicht gegen die Standardisierungsorganisationen, sondern viel mehr gegen den Standardisierungsprozess bzw. den Standard selbst¹⁸⁹. Seitdem Fälle aufgetreten sind, in welchen die Wettbewerbsbehörden gegen das exklusive Handeln

¹⁸⁴ Kim, 24.

¹⁸⁵ Siehe bzgl. verschiedener Formen von „Offenheit“ bei einem Standardisierungsprozess West, in: Greenstein/Stango, 108 f.; Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1717.

¹⁸⁶ Werle, JEP 2001, 407.

¹⁸⁷ Dies ist aufgrund der immer größeren Anzahl von Standardisierungsorganisationen und einer Flut im Wettbewerb stehender Standards schwierig; s. Kim, 51 f.

¹⁸⁸ Kim, 98.

¹⁸⁹ Werle, JEP 2001, 401.

der Standardisierungsorganisation intervenierten, versuchen Letztere so viel wie nötig allein zu unternehmen, um wettbewerbskonform zu sein, wodurch der Standardisierungsprozess ursächlich verlangsamt wird¹⁹⁰.

(c) *De facto* Standardisierung

Die dritte Methode bezieht sich auf den jeweiligen Markt und die Tatsache, dass sich *de facto* Standards bzgl. Produkten und Dienstleistungen, aufgrund des Handelns unter den Teilnehmern auf dem Markt, formen¹⁹¹. Durch einen *de facto* Standard entscheidet der Markt, was er als Standard annimmt, wohingegen bei einem formellen Standard die Wahl durch die technischen Ausschüsse der Standardisierungsorganisation bestimmt wird. Von Unternehmensgruppen gemeinsam erarbeitete *de facto* Standards werden naturgemäß von den Gruppenmitgliedern, dem Kooperationszweck entsprechend, umgesetzt und sind somit verbindlich¹⁹². Tatsache ist, dass es für Unternehmen, die einen *de facto* Standard schufen, einfacher ist, die durch Forschung, Entwicklung, Produktion und Vermarktung entstandenen Ausgaben zu kompensieren, wobei besonders deutlich wird, dass die Standardisierung weniger ein formeller Akt als ein wirtschaftlicher Prozess ist¹⁹³. Gerade durch diesen sind aber auch Standardisierungsverfahren dem Wettbewerb einzelner Unternehmen, die *de facto* Standards definieren und durchsetzen wollen, ausgesetzt. Den an einem erfolgreichen *standard-setting race* beteiligten Unternehmen, dessen Resultat meist die Etablierung eines echten *de facto* Standards ist, in dessen Rahmen der Produktwettbewerb stattfindet¹⁹⁴, wird eine beherrschende Stellung zugesprochen, bis der Standard durch einen neuerlichen Standardisierungsprozess oder Standardisierungswettlauf wieder dem Wettbewerb ausgesetzt und möglicherweise sogar ersetzt wird¹⁹⁵.

Doch gerade eine solche, durch den Standard bedingte Marktmacht, verursacht auch eine genauere Kontrolle durch die Wettbewerbsbehörden¹⁹⁶. Diesbezüglich gibt es eher eine positive Beurteilung formeller Standards, da diese aufgrund der formellen Prinzipien transparent geschaffen und somit leichter zugänglich sind. Dies

¹⁹⁰ Kim, 25.

¹⁹¹ Eklund, 20.

¹⁹² Ullrich, GRUR 2007, 818.

¹⁹³ Maassen, 38.

¹⁹⁴ Werle, JEP 2001, 401.

¹⁹⁵ Ullrich, GRUR 2007, 819 f.

¹⁹⁶ Solche Vereinbarungen stellen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar. Die Kommission betont aber, dass die Begründung eines faktischen Industriestandards nicht in jedem Fall den Wettbewerb insgesamt ausschaltet, denn unter den Anbietern der Standardtechnik kann es nach wie vor Wettbewerb hinsichtlich Preis, Qualität oder Produkteigenschaften geben. Damit eine Vereinbarung, die *de facto* einen Industriestandard begründet, die Voraussetzungen der Legalauflösung des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen kann (siehe dazu hinten C.I.2.i)), muss gewährleistet sein, dass sie diesen Wettbewerb nicht übermäßig einschränkt und künftige Innovationen nicht behindert, so Schultze/Pautke/Wagener, 141.

gilt natürlich nur als prinzipielle Wettbewerbsgrundlage; ob sich ein Standard durchsetzt oder nicht, hängt nicht von seinem Entstehungsprozess, sondern von seiner Verbreitung und somit auch Implementierung ab¹⁹⁷.

(d) Standardisierung durch Konsortien

Eine Mischform der Standardisierungsmethoden ist die Möglichkeit, durch industriespezifische Zusammenarbeit¹⁹⁸ eine oder mehrere technische Spezifikationen zu erarbeiten und diese dann als *de facto* Standard durchzusetzen¹⁹⁹. Die Tatsache, dass die Unternehmen, die den Standard schaffen, auch diejenigen sind, die ihn verbreiten und sich ggf. den Marktverhältnissen schnell anpassen können, stellt die rasche Schaffung und Verbreitung des Standards sicher²⁰⁰. Dies ist eine Art von Kompromiss, in dem Kompatibilität und Stabilität einer formellen Methode mit Flexibilität und Vielfältigkeit des Marktes verbunden werden²⁰¹. Im Grunde werden demnach Konsortien gebildet, wenn Unternehmen ihre Ziele im Rahmen von Standardisierungsorganisationen nicht durchsetzen können oder eine technische Spezifikation unter Ausschluss der Konkurrenz durchsetzen wollen²⁰². Demzufolge ist der Wettbewerb auf dem Produktmarkt immer noch gegeben und vor allem notwendig, damit die am Standard beteiligten Unternehmen Gewinne erzielen können. Gerade die Tatsache, dass bei einem Konsortium die Inhaber an Immateriengüterrechten höhere Einnahmen durch die Lizenzgebühren erhalten können, ist ein zusätzlicher Anreiz, sich daran zu beteiligen²⁰³.

Da jedoch Konsortien nur zeitlich begrenzte Gruppen sind, bleiben die Fragen von Langzeitverwaltung, Nachfolgerschaft und Überprüfung des Standards offen. Auch dass gerade die Konsortien bildenden Unternehmen ihre eigenen Vorteile und nicht die Bedenken der möglichen Verbraucher sehen, bedeutet, dass eine formelle Anerkennung nicht von allen Interessengruppen erfolgt und dass es fraglich ist, ob die Anforderungen an Transparenz und Offenheit erfüllt sind²⁰⁴. Stehen diese Gruppierungen dem Beitritt weiterer Unternehmen positiv gegenüber, spricht man vom „offenen Standard“, im entgegengesetzten Fall, was eher selten ist, vom „geschlossenen Standard“²⁰⁵.

¹⁹⁷ Kim, 26.

¹⁹⁸ In jüngster Zeit verbünden sich z.B. Banken, Netzbetreiber, Hersteller von Mobiltelefonen, Computer- und Softwareunternehmen, um den technischen Rahmen für den Vertrieb und die Abrechnung von Waren und Dienstleistungen über das Mobiltelefon festzulegen; s. *Maaßen*, 36 f.

¹⁹⁹ *Maaßen*, 37.

²⁰⁰ Kim, 30.

²⁰¹ Kim, 28; *Verbruggen/Lörincz*, IIC 2002, 133.

²⁰² *Cargil*, 42; *Maaßen*, 37.

²⁰³ Kim, 30.

²⁰⁴ Kim, 30 f.; *Bellamy/Child*, Rn. 4–128.

²⁰⁵ *Winzer*, Teil I, Rn. 19.

(4) Aufbau von Standardisierungsorganisationen

Wie bereits erwähnt²⁰⁶, werden Standardisierungsorganisationen bzgl. ihres geographischen Bereichs, ihrer Komplexität und nach dem industriellen Umfang organisiert²⁰⁷. Aufgrund des länderübergreifenden Charakters der Standardisierungsorganisationen sind die Mitglieder Unternehmen bzw. zum Teil auch nationale Organisationen oder wissenschaftliche Institutionen²⁰⁸. Dadurch variieren sie bzgl. ihrer Struktur, Mitgliedschaft, Politik und in ihren Zielen, wobei sich eine grundlegende Ähnlichkeit der Struktur erkennen lässt. So ist z.B. ein Großteil der Standardisierungsorganisationen als Non-Profit-Organisation geschaffen und beinhaltet eine Charta bzw. eine Satzung, die ihren Aufgabenbereich und ihre Zielsetzung beschreibt²⁰⁹. Weiterhin besteht eine Leitungsebene, die durch die Mitglieder gewählt wird und unterhalb derer technische, in Sachgebiete untergliederte, Gremien existieren²¹⁰. Dabei basieren Einfluss und Stellung eines Mitglieds im technischen Gremium auf seiner technischen Kompetenz im Hinblick auf die einzelnen Aufgaben²¹¹. Ein Beispiel, welches durch die ETSI Guide on IPR's wiedergegeben wird, ist, dass in den technischen Gremien keine rechtlichen Diskussionen stattfinden²¹². Begründet wird dies, neben etwaigen wettbewerbsrechtlichen Bedenken damit, dass die Mitglieder der technischen Gremien zumeist nicht über die notwendige Kenntnis und sachliche Befähigung verfügen, um sich mit rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen gleichermaßen auseinanderzusetzen²¹³. Insbesondere soll hierdurch vermieden werden, dass die eigentliche Arbeit der Standardisierungsorganisationen durch die Berücksichtigung rechtlicher und wirtschaftlicher Fragestellungen unbührend verzögert wird²¹⁴. Die Standardisierungsorganisationen beteiligen sich nicht an den Lizenzverhandlungen selbst²¹⁵.

(5) Ablauf des Standardisierungsprozesses

Das Ziel eines Standardisierungsprozesses ist die Bestimmung der technischen Spezifikationen, die einer einheitlichen Anwendung dienen sollen²¹⁶. Dabei unter-

²⁰⁶ Dazu vorne B.I.3.c)bb)(3)(b).

²⁰⁷ Kim, 35.

²⁰⁸ Maassen, 35 f.

²⁰⁹ Contreras, Rn. ix).

²¹⁰ Die Benennung dieses Ausschusses unterscheidet sich von Organisation zu Organisation, einige Beispiele sind: *Working Group*, *Technical Committee*, *Drafting Group*.

²¹¹ Cargil, 43.

²¹² ETSI Guide on IPR's, 55.

²¹³ „*Technical Bodies are not the appropriate place to discuss IPR Issues. Technical Bodies do not have the competence to deal with commercial issues. Members attending ETSI Technical Bodies are often technical experts who do not have legal or business responsibilities with regard to licensing issues.*“; s. ETSI Directives, 68.

²¹⁴ Eklund, 125 ff.; Fröhlich, GRUR 2008, 207 f.

²¹⁵ Fröhlich, GRUR 2008, 207; ETSI Directives, 66.

²¹⁶ West, in: Greenstein/Stango, 103.

scheiden sich sowohl die Methoden aber auch die Standardisierungsprozesse von einander grundlegend, obwohl diese im Zentrum der Wettbewerbsbeurteilung stehen²¹⁷. Während beim *de facto* Standard der Marktteilnehmer versucht, seine Interessen und in einem Konzern die Interessen der Konzernteilnehmer durchzusetzen, muss bei einem formellen Standard zuerst bestimmt werden, wer ein Recht hat, sich am Standard zu beteiligen (Wahlberechtigung), was für ein Konsens erzielt werden muss und die damit inbegriffene Rolle möglicher Opposition sowie in welcher Reihenfolge der Standard gegründet wird. Diese einheitlichen Kernpunkte lassen sich in einem Überblick beschreiben und die Verfahren in mehrere Stufen einordnen²¹⁸:

1. Die Entscheidung, ob ein Standardisierungsprozess eingeleitet wird, hängt von Markt- sowie Unternehmensfaktoren ab. Ein Verfahren kann durch eine Personengruppe, die aufgrund besonderer Umstände den Bedarf nach einem Standard sieht, bzw. der Bedarf vom Markt selbst ausgeht²¹⁹, eingeleitet werden und einen Standardisierungsvorschlag unterbreiten. Ein gemeinschaftlicher Standard wird von Unternehmen dann gesetzt, wenn sie die Marktbedürfnisse allein nicht zufriedenstellen bzw. einen *de facto* Standard nicht errichten können. Das Ziel der Standardisierung liegt nicht nur in der Schaffung eines Endprodukts, sondern in der Bestimmung notwendiger Schnittstellen, damit verschiedene Produkte mehrerer Unternehmen zusammen funktionieren können, um so die Interessen des Verbrauchers zu befriedigen²²⁰.
2. Die zweite Stufe betrifft die Ausarbeitung des Vorschlags, der jene Informationen (z. B. Umfang, geplantes Arbeitsprogramm) beinhalten muss, die die Grundlage für die Berechtigung eines Standardisierungsprozesses bilden und es so ermöglichen, dass weitere Interessenten dem beitreten. Die Konzipierung eines Standards kann bis zu einem Jahr dauern²²¹.
3. Findet der Vorschlag bei den Mitgliedern ausreichend Zustimmung (technisch, sinnvoll, umsetzbar und ökonomisch realisierbar)²²² und besteht bei einer europäischen oder internationalen Standardisierungsorganisation nicht bereits ein entsprechendes Projekt²²³, wird es einer Arbeitsgruppe²²⁴ als Projekt zugewiesen

²¹⁷ *Balto*, CILW 2001, 8 f.

²¹⁸ Wiedergegeben nach ISO, Stages of development of International Standards; High Tech Aid, How does ISO Work.

²¹⁹ *Cargil*, 69; *Eklund*, 37.

²²⁰ *Miller*, Ind. L. Rev. 2006, 364.

²²¹ *Cargil*, 69.

²²² *Cargil*, 72.

²²³ *Werle*, JEPP 2001, 400 f. „...All these organizations are not only aware of each other's involvement in this area, they also maintain coordinated liaison or other coordination and exchange links. While some organizations focus on developing standards, others see their role in the selection and promotion of standards for specific applications in this innovative field...“

oder eine neue Arbeitsgruppe wird eingerichtet, die aus technischen Sachverständigen besteht, die auch Mitglieder der interessierten Unternehmen sind²²⁵. In Konsortien dagegen läuft die Erarbeitung der Spezifikationen weitgehend transparent ab, weder die Öffentlichkeit noch Nichtmitglieder sind an der Aufstellung beteiligt²²⁶. Wird ein Standard von einem Einzelunternehmen geschaffen, erfolgt keine Veröffentlichung der relevanten Informationen, da diese unter das Geschäftsgeheimnis des jeweiligen Unternehmens fallen. Die meisten Konflikte des Standardisierungsprozesses treten in dieser Phase auf²²⁷. Am Anfang des Prozesses ist noch nicht vorauszusehen, wie der Standard am Ende definiert wird, da die Arbeitsgruppe noch nicht wissen kann, von welchen Unternehmen welche Rechte beigesteuert werden. Jedes Mitglied der Arbeitsgruppe ist deswegen daran interessiert, dass der Standard Rechte seines Unternehmens beinhaltet wird, sodass das Interesse vorhanden ist, nicht nur selbst Lizenznehmer, sondern auch gleichzeitig Lizenzgeber zu sein²²⁸. Ein Interessenkonflikt entsteht, wenn Unternehmen den Standardisierungsprozess als Basis für Investitions- und Gewinneinspielung nutzen wollen, indem sie ihre eigenen Schutzrechte in den Standard einbringen, die Schutzrechte von System- und Standardisierungspartnern aber heraushalten wollen²²⁹. Dabei ist gerade die Vermeidung von Verzögerungen in der Standardisierungsarbeit von großer Bedeutung²³⁰, da, je nach industriellen und technischen Sektoren, die Entwicklungszyklen variieren. So ist z. B. der Sektor der Informations- und Kommunikationstechnologie durch äußerst kurze Entwicklungszyklen und eine erkennbare Tendenz zu einer möglichst frühzeitigen Standardisierung gekennzeichnet²³¹. Die Phase der Diskussion und schriftlichen Ausarbeitung eines Standards umfasst sogar Zeiträume von bis zu drei Jahren²³².

4. Nach Fertigstellung eines Entwurfs legen die Mitglieder einer Arbeitsgruppe diesen dem übergeordneten Lenkungsgremium vor. Dabei qualifizieren Standardisierungsorganisationen die Entwürfe je nach Ausarbeitung unterschiedlich²³³ und bemessen den Entwürfen auch unterschiedlich viel Zeit bei. Wäh-

²²⁴ Die Arbeitsgruppen erarbeiten typischerweise unter der Leitung eines *Project editors* einen *draft*, der durch immer neue technische Erkenntnisse ergänzt und durch die Verhandlungen der Unternehmen genauer bestimmt wird.

²²⁵ *Miller*, Ind. L. Rev. 2006, 365; *Eklund*, 37 f.

²²⁶ *Maaßen*, 38.

²²⁷ *Werle*, JEPP 2001, 403.

²²⁸ *Miller*, Ind. L. Rev. 2006, 365.

²²⁹ *Ullrich*, GRUR 2007, 820.

²³⁰ *Ullrich*, GRUR 2007, 826.

²³¹ *Fröhlich*, GRUR 2008, 208, Fn. 20.

²³² *Cargil*, 69.

²³³ Infolgedessen ist die Stellungnahmezeit auch unterschiedlich lang.

rendessen beginnt der Markt, vom Prozess der Standardisierung und vom Standardentwurf selbst Kenntnis zu nehmen²³⁴.

5. Wurden jegliche Stellungnahmen und Gegenstellungnahmen der Arbeitsgruppe (*Working-Group*) aufgenommen, wird der Standard den Mitgliedern der Standardisierungsorganisation, die üblicherweise nur zustimmend oder ablehnend entscheiden können, zur Wahl vorgelegt. Wird ein Vorschlag abgelehnt, geht er zurück in die Entwurfsphase.
6. Ein gewählter Standard wird veröffentlicht. Die formelle Veröffentlichung von Entwürfen und endgültigen Spezifikationen findet bei einigen Standardisierungsorganisationen im Internet statt. Auf diese Weise ist zugleich die allgemeine Zugänglichkeit der Spezifikationen sichergestellt²³⁵. Bei einem Konsortium erfolgt die Veröffentlichung der Arbeitsergebnisse nur in dem Umfang, der zu einer gewünschten Information anderer Hersteller für zweckmäßig erachtet wird, etwa um diese zur Herstellung kompatibler Produkte zu bewegen, auf deren Produktion die Mitglieder des Konsortiums selbst verzichten²³⁶.

(6) Voraussetzungen eines erfolgreichen Standardisierungsprozesses

Obwohl es mehrere Standardisierungsmethoden gibt, weisen die Standardisierungsprozesse Gemeinsamkeiten auf. Aufgrund des unsicheren Ausgangs bei einem Standardisierungsprozess ist es von Vorteil, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind²³⁷:

1. Aktualität der Standardisierung: Gerade in Hochtechnologiebereichen, mit sehr schnellen technischen Veränderungen, ist Aktualität aufgrund von „Unsicherheiten“ dringend notwendig²³⁸. Jedoch wird dies erschwert, da durch die Intransparenz des Technologiemarktes²³⁹ nicht alle relevanten Rechteinhaber bzw. Mitglieder im Standardisierungsprozess identifiziert werden können. Andererseits ermöglicht es aber auch ein Missbrauchspotenzial, da durch eine zu frühe Bestimmung der relevanten Patente neue, bessere Patente blockiert werden und somit der Innovationsprozess verlangsamt wird. Eine zu frühe Festlegung auf einen Standard ist deswegen genauso kontraproduktiv, wie eine zu späte. Wird der Standardisierungsprozess hingegen sehr spät vorgenommen, ist es möglich, dass sich der Standard durch ein einzelnes Unternehmen durchsetzte und sich viele andere Unternehmen aus dem Markt zurückzogen, wodurch es auch keinen Intra-Standard-Wettbewerb mehr gäbe²⁴⁰.

²³⁴ Cargil, 74; Eklund, 38.

²³⁵ Maaßen, 38.

²³⁶ Maaßen, 38.

²³⁷ Nach Kim, 48 ff.

²³⁸ Moriarty/Kosnik, MIT SMR 1989, 7 ff.

²³⁹ Dazu hinten C.III.2.b.).

²⁴⁰ Kim, 48.

2. Sicherung des offenen Standards und Standardisierungsverfahrens: Für Standardisierungsorganisationen ist wichtig, dass sie offen und transparente Standards schaffen²⁴¹. Dies bedeutet, dass die Standardisierungsorganisation sämtliche Interessenten bestimmt²⁴², die durch den Standard betroffen bzw. mit dem Standard verbunden sind, damit diese am Standardisierungsprozess teilnehmen können. Deswegen ist eine frühzeitige Offenlegung der relevanten Spezifikationen notwendig.²⁴³ Unter der Teilnahme wird verstanden, dass sie ihre Standpunkte vertreten, Meinungen und Stellungnahmen äußern können, solche Meinungen und Stellungnahmen auch in das Verfahren einfließen und berücksichtigt werden und auch innerhalb der Standardisierungsorganisation eine Beschwerde einlegen können, falls sie vermuten bzw. erwarten, dass sie durch den Standard benachteiligt werden²⁴⁴.
3. Standardisierung durch Konsens: Konsens in diesem Sinne ist nicht die Mehrheit der am Standardisierungsverfahren beteiligten Unternehmen, sondern eine genügende Unterstützung der am Standard interessierten Parteien, wie auch das Fehlen einer bekämpften Opposition gegen den Standard. Um dies erreichen zu können, müssen alle essenziellen Einsprüche, sowohl negative als auch positive, bekanntgemacht werden²⁴⁵.
4. Balance zwischen dem Schutz von Immaterialgüterrechten und die Vorzüge durch Zugang: Es ist notwendig, eine Balance zwischen dem Vorteil, den man durch den Schutz eines Patents hat und den Vorzügen eines offenen Standards zu finden²⁴⁶. Heutige Standards beinhalten unumgänglich Immaterialgüterrechte. Die unmittelbaren Kosten des Standardisierungsprozesses sowie das Prinzip, Zugang zu den relevanten Rechten zu bekommen bzw. eine Kompensation zu erhalten, aber auch wer diese Kosten übernimmt, ist ein wesentlicher Bestandteil des Standardisierungsprozesses²⁴⁷. Auch wenn ein Standard durch einen Konsens erschaffen wird, bedeutet dies nicht, dass der Standard kostenlos benutzt werden kann²⁴⁸.
5. Balance zwischen *Public policy* und Unternehmensperspektive: Da solche Standardisierungsprozesse äußerst schwierig sind, muss die öffentliche Hand eingreifen, wenn der Standardisierungsprozess auf unüberwindbare Schwierigkeiten trifft²⁴⁹. Gleichzeitig ist es für die Unternehmen notwendig, frühzeitig am Standardisierungsprozess teilzunehmen, Vertrauen in den Standard zu haben,

²⁴¹ West, in: Greenstein/Stango, 87 ff.

²⁴² Werle, 129.

²⁴³ West, in: Greenstein/Stango, 103; Cary/Hayes, Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1246 ff.

²⁴⁴ Kim, 49.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ West, in: Greenstein/Stango, 101 f.; Cary/Hayes, Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1244 f.

²⁴⁷ West, in: Greenstein/Stango, 106.

²⁴⁸ Kim, 49 f.

²⁴⁹ Kim, 50.

nicht nur den kurzzeitigen, sondern eher den nachhaltigen Erfolg zu sehen und einen Standard zu schaffen, der die Bedürfnisse der Nutzer zufriedenstellt²⁵⁰.

6. Transparenz: Einer der wichtigsten Aspekte im Bereich der Standardsetzung ist die Transparenz. Dabei gilt es zu beachten, dass hierbei sowohl die Transparenz der Standardbestimmung selbst als auch die der Standardorganisationen gemeint ist. So bestimmt die Verordnung Nr. 1025/2012 zur europäischen Normung²⁵¹ den Bedarf nach Transparenz von Standards²⁵² und Arbeitsprogrammen der Standardorganisationen²⁵³. Diese Bestimmungen sollen sicherstellen, dass der Prozess der Entwicklung harmonisierter Standards auf Konsens beruht und transparent und inklusiv ist. Insbesondere überwacht die Kommission genau, ob der Beitrag der kleinen und mittleren Unternehmen sowie der Interessenträger, die alle Teile der Gesellschaft, wie Verbraucher, Arbeitnehmer und Umweltinteressen, repräsentieren, in dem Verfahren berücksichtigt werden, da ihr Beitrag die Qualität der Standards erhöht²⁵⁴. Jedoch werden gerade die Aspekte der Transparenz immer wieder kritisiert und bedürfen Anpassungen. Die Kommission unternahm zwar Aktionen im Hinblick auf die Transparenzaspakte bei der Veröffentlichung der Standards als auch bei der Koordinierung der Berater²⁵⁵, welche jedoch nur ungenügend dazu beitragen, die Standardisierungsprozesse und Markttransparenz gerade in Hochtechnologiebereichen zu erhöhen. So werden Anmerkungen und Vorschläge von Nichtmitgliedern solcher Standardisierungsorganisationen bei den Entscheidungsprozessen nicht mit einbezogen. Selbst innerhalb der Organisationen werden durch verschiedene Regeln die Transparenzprinzipien der Entscheidungsfindung ausgehoben²⁵⁶.

²⁵⁰ Kim, 50.

²⁵¹ Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 316/12 (nachfolgend: VO 1025/2012).

²⁵² VO 1025/2012, Art. 4.

²⁵³ VO 1025/2012, Art. 3.

²⁵⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, 1.

²⁵⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, 2 ff.

²⁵⁶ Zur Kritik von Transparenz in Standardisierungsorganisationen am Beispiel von ETSI, s. Schultheiß, 426.

(7) Standards und Immaterialgüterrechte

Zwischen Standards und Immaterialgüterrechten besteht ein inhärentes Spannungsverhältnis²⁵⁷. Technische Standards sind reine Informationsbündel²⁵⁸. Die Darstellung der Standards oder deren Anwendung kann deshalb in den Schutzbereich eines oder mehrerer Immaterialgüterrechte fallen. Die Existenz von Immaterialgüterrechten, die notwendigerweise genutzt werden, wenn ein konkreter Standard angewendet wird, beeinflusst die Verfügbarkeit²⁵⁹ eines technischen Standards und kann damit auch den Wettbewerb auf Märkten verändern²⁶⁰. Technische Normen dienen im Ausgangspunkt nicht der Schaffung neuer, sondern der Verbreitung bestehender Problemlösungen durch Vereinheitlichung²⁶¹. Die Ausschließungsbefugnis von Immaterialgüterrechten, gerade des Patents, soll dem Inhaber durch die Kontrolle der Erfindungsnutzung im Wettbewerb die Einspielung seiner Investition ermöglichen. In diesem Sinne vermittelt Patentschutz Innovationsanreize, nämlich die Zuordnung von Marktchancen im Wettbewerb. Immaterialgüterrechte, wie insbesondere das Patentrecht, können aber den Standardisierungsprozess und die damit verbundene Entwicklung von Innovationen auch hindern²⁶². Während des Standardisierungsprozesses können einzelne Technologien und die damit verbundenen Patente, die zu Beginn des Standardisierungsprozesses noch nicht vorhanden waren²⁶³, Marktmacht erreichen²⁶⁴. Patente stehen im Standardisierungsprozess im Wettbewerb und sie werden als „essenziell“ betrachtet, sobald ein Standard angenommen wurde, wodurch ein *Lock-in* entsteht²⁶⁵. Das Einbeziehen von Patenten in einen Standard variiert von Sektor zu Sektor. Dies hängt damit zusammen, dass z. B. in der Informations- und Kommunikationstechnologie selten schutzrechtsfreie Alternativen zur Verfügung stehen, zumal es auch eine schlichte Notwendigkeit ist, auf geschützte technische Lehren zurückzugreifen, sofern man Standards herstellen möchte, die vom Markt angenommen werden²⁶⁶.

²⁵⁷ Fröhlich, GRUR 2008, 205; Ullrich, GRUR 2007, 820; Kim, 88; Cowie/Lavelle, AIPLA Quarterly Journal 2002, 95 ff.; Bellamy/Child, Rn. 4–127; Koelman, IIC 2006, 831 ff.

²⁵⁸ Koelman, IIC 2006, 823.

²⁵⁹ Der Schutzrechtsinhaber kann sein Schutzrecht grundsätzlich entweder dazu benutzen, andere Akteure vollständig vom Wettbewerb auszuschließen oder aber Lizenzgebühren zu verlangen.

²⁶⁰ Fräßdorf, 23.

²⁶¹ Ullrich, GRUR 2007, 820.

²⁶² Lemley, Cal. Law Rev. 2002, 1948 ff.

²⁶³ Die Erklärung dafür lautet, dass vor Beschluss eines Standards der Industrie eine gewisse Flexibilität bzgl. der exakten technischen Charakteristiken gegeben ist und sie den Standard so „einstellen“ können, um bereits existente Patente zu umgehen, indem man sich auf andere, substituierbare Patente einigt.

²⁶⁴ Cary/Hayes, Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1242.

²⁶⁵ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 544 f.

²⁶⁶ Fröhlich, GRUR 2008, 207; Dolmans, Fordham Int'l L.J. 2002, 165.

Eine Standardisierungsorganisation muss daher einen möglichst fairen Ausgleich sich widerstrebender Interessen herstellen²⁶⁷. Im Einzelnen bedeutet dies, dass neben den Rechten der Patentinhaber, die frei über ihr Schutzrecht verfügen und dies auch wirtschaftlich verwerten wollen, auch die Interessen jener zu berücksichtigen sind, die gerne standardfähige Produkte zu angemessenen Bedingungen herstellen und verkaufen möchten. Natürlich spielt aber auch das öffentliche Interesse eine Rolle, denn die künftigen Nutzer eines Standards sollen nicht unnötig auf eine spezielle Technologieplattform festgelegt und begrenzt werden. Schließlich gilt es auch zu bedenken, dass die Standardisierungsorganisation selbst ein Interesse an der ungehinderten Nutzung ihrer Standards hat und überflüssigen Arbeitsaufwand vermeiden möchte, der dadurch entstehen kann, dass der Standard im Anschluss an seine Veröffentlichung von einem wesentlichen Patent blockiert wird und damit nicht angewandt werden kann²⁶⁸. In der Praxis gehen Standardisierungskonsortien und öffentlich anerkannte Standardisierungsorganisationen sehr unterschiedlich mit den einzelnen Interessen an geschützten Rechten um²⁶⁹. Die Schwierigkeit der Gestaltung eines Standards und der effektiven Lizenzierung von Patenten wird erst bei der Entwicklung des Standards offensichtlich²⁷⁰.

Standardisierungsorganisationen versuchen, durch sog. *IPR Policy's* die Spannungen zwischen Standards und Patenten zu vermeiden²⁷¹, indem die vorhandenen Interessen berücksichtigt und möglichst ausgeglichen gewichtet werden²⁷². Öffentlich anerkannte Standardisierungsorganisationen sind aufgrund ihres Gemeinwohlauspruchs der Allgemeinzugänglichkeit ihrer Standards und demgemäß einem Neutralitätsgrundsatz verpflichtet. Dieser gebietet ihnen eine zurückhaltende, im Ansatz gleichartige Haltung gegenüber Forderungen von Schutzrechtsinhabern nach Aufnahme ihrer Patentansprüche in einen Standard und deren Respektierung durch die Anwender²⁷³. Obwohl sich die einzelnen *IPR Policy's* untereinander unter-

²⁶⁷ *Farell*, Jurimetrics 1989, 44; *Lemley*, Cal. Law Rev. 2002, 1901 ff.

²⁶⁸ *Fröhlich*, GRUR 2008, 206.

²⁶⁹ *Ullrich*, GRUR 2007, 821.

²⁷⁰ Eine solche Situation zeigt sich bei der Schaffung des 3G-Standards. Der 3G-Standard steht für die dritte Generation der Mobilfunktechnik und beinhaltet somit die definierten und veröffentlichten 3G-Telekommunikations-Standards, wie sie durch die ITU und das ETSI entwickelt wurden. Die Entwicklung der drahtlosen digitalen Kommunikation entwickelte fünf unterschiedliche Radio-Schnittstellen-Technologien für das 3G-System. Jedes dieser entwickelte sich aus einer oder mehreren 2G-Technologien. Somit richtete sich auch die Gestaltung der 3G-Technologie auf Bemühungen, eine Kompatibilität mit den Netzwerken der 2G-Technologie sicherzustellen. Dies resultierte in der sog. 3G-Patent-Plattform, einer industrieumfassenden Vereinbarung mit dem Zweck, die komplexe Multi-Inhaberschaft von essenziellen Patent Portfolios zu managen. Zur Entwicklung des 3G-Standards s. *Wodianka*, 6 ff.; DoJ, Response to 3G, 2; *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1689 f.; UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 6.1.

²⁷¹ *Eklund*, 12; *Verbruggen/Lörincz*, IIC 2002, 143 ff.; *Lemley*, Cal. Law Rev. 2002, 1891 ff.

²⁷² *Fröhlich*, GRUR 2008, 207.

²⁷³ *Ullrich*, GRUR 2007, 821.

scheiden²⁷⁴, beinhalten sie doch zwei Kernpunkte²⁷⁵, die für das Funktionieren und effektive Durchsetzen des Standardisierungsprozesses von Notwendigkeit sind. Das sind die frühzeitige Identifizierung und Offenlegung wesentlicher Patente sowie die Sicherstellung der künftigen ungehinderten Anwendung des Standards durch Einholung einer FRAND-Lizenzierungserklärung²⁷⁶.

Die Verpflichtung der Mitglieder zur frühzeitigen Offenlegung ist für den Standardisierungsprozess von grundlegender Bedeutung, da hierdurch die bestehenden wesentlichen Patente identifiziert werden, was eine ungehinderte Anwendung des Standards sicherstellen soll²⁷⁷. Somit wird es den Mitgliedern im Standardisierungsprozess ermöglicht, sich anhand der Kenntnis vorhandener wesentlicher Patente für eine bestimmte Technologie leichter zu entscheiden, wodurch die hieran anknüpfende Lizenzierungserklärung des Inhabers wesentlicher Schutzrechte vereinfacht wird²⁷⁸. Konkret äußert sich dies darin, dass z. B. jede technische Sitzung im ETSI mit einem sog. *Call for IPR's*, entweder in schriftlicher²⁷⁹ oder mündlicher Form durch deren Vorsitzenden, mit dem die Teilnehmer des jeweiligen technischen

²⁷⁴ *Rambus Inc. vs. Infineon Technologies AG*, 318 F.3d 1081 (Fed. Cir. 2003).

²⁷⁵ Bei öffentlichen Standardisierungsorganisationen gibt es die Regel, dass Standards schutzrechtsneutral zu fassen sind oder der Standard zu unterlassen ist. Bei nachträglichem Auftreten von einschlägigen Schutzrechten, welche den Standard beeinträchtigen, gilt es, diesen zu revidieren; s. *Ullrich*, GRUR 2007, 821; *Fröhlich*, GRUR 2008, 207.

²⁷⁶ *Dolmans*, Fordham Int'l L.J. 2002, 191 f. u. 200 ff.; *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1701; *Eklund*, 74 ff. u. 78 ff.

²⁷⁷ Offenlegungspflichten haben allein die Funktion, Klarheit über die Schutzrechtslage zu schaffen. Ihre Rolle ist besonders bei den Schutzrechten wichtig, bei denen eine Benutzung der Information unabhängig von der Art der Informationserlangung verboten ist. In jenen Fällen hingegen, in denen die Schutzrechtsregelungen eine vom Schutzrechtsinhaber unabhängige Erlangung der Information nicht verbieten, ist eine Offenlegungspflicht eher schädlich, da sie den Vorwurf der unerlaubten Nutzung oder des verbotenen Kopierens der Informationen begründen könnte. Offenlegungspflichten ergeben deshalb nur hinsichtlich Patenten Sinn, da bei einer allgemeinen Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen deren Geheimnischarakter verloren ginge. *Fräßdorf*, 248.

²⁷⁸ *Fröhlich*, GRUR 2008, 208.

²⁷⁹ Dabei ist der Text einer solchen schriftlichen Verpflichtung vorgegeben: „*The attention of the members of this Technical Body is drawn to the fact that ETSI Members shall use reasonable endeavours under Clause 4.1 of the ETSI IPR Policy, Annex 6 of the Rules of Procedure, to inform ETSI of Essential IPRs in a timely fashion. This section covers the obligation to notify its own IPRs but also other companies' IPRs. The members take note that they are hereby invited:*

- *to investigate in their company whether their company does own IPRs which are, or are likely to become Essential in respect of the work of the Technical Body,*
- *to notify to the Chairman or to the ETSI Director-General all potential IPRs that their company may own, by means of the IPR Information Statement and the Licensing Declaration forms that they can obtain from the ETSI Technical Officer or <http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/IPRforms.doc>. Members are encouraged to make general IPR undertakings/declarations that they will make licenses available for all their IPRs under FRAND terms and conditions related to a specific standardization area and then, as soon as feasible, provide (or refine) detailed disclosures*“, ETSI Guide on IPR's, P. 2.3.3.

Gremiums an die Einhaltung der Verpflichtung zur Offenlegung wesentlicher Patente erinnert werden, eröffnet wird²⁸⁰. Weitere Erinnerungen an die Offenlegungspflicht ergehen zudem anlässlich konkreter Ereignisse im Laufe einer technischen Sitzung²⁸¹. Der Inhalt von Offenlegungspflichten kann stark variieren. Idealerweise regelt eine Offenlegungspflicht, welche Immaterialgüterrechte zu welchem Zeitpunkt offengelegt werden müssen und welche Rechtsfolgen mit einem Verstoß verbunden sind²⁸². Offenzulegen sind hierbei zum einen jene wesentliche Patente, die Gegenstand eines eigenen technischen Vorschlags zur Standardisungsarbeit sind²⁸³; darüber hinaus besteht aber auch noch die Pflicht, zumutbare Anstrengungen²⁸⁴ zu unternehmen, um jedwedes Schutzrecht offenzulegen, von dem das Mitglied Kenntnis hat und das für einen Standard wesentlich sein könnte²⁸⁵. Typischerweise handelt es sich hier um den Fall, bei dem ein eigenes Patent für den technischen Vorschlag eines anderen Mitglieds wesentlich ist. Voraussetzung ist indes stets, dass das Unternehmen mittels eines Angestellten oder eines befugten Vertreters einer Sitzung des relevanten technischen Gremiums oder der Arbeitsgruppe beiwohnt, oder an dessen Arbeit direkt oder indirekt teilnimmt bzw. einen Beitrag hierzu leistet, oder aber über irgendeine Angelegenheit abstimmt, die in dem betreffenden technischen Gremium oder der Arbeitsgruppe zur Wahl steht²⁸⁶. Vereinfacht gesagt besteht eine Pflicht zur Offenlegung demnach nur dort, wo das Mitglied auch die Möglichkeit einer Kenntnisnahme der eingebrachten technischen Vorschläge hat, denn nur dann ist es dem Mitglied möglich, diese Vorschläge mit dem eigenen Patentportfolio zu vergleichen und auf deren patentrechtliche Relevanz hin zu untersuchen²⁸⁷. Es wird jedoch nicht verlangt, dass gezielt nach Schutzrechten gesucht wird²⁸⁸. Die Standardisierungsorganisationen selbst sind nicht an der Suche nach relevanten Patenten beteiligt²⁸⁹.

Bei bestimmten Standardisierungsorganisationen werden von der Offenlegungspflicht nicht nur erteilte Patente erfasst, sondern auch Patentanmeldungen²⁹⁰. Die frühzeitige Identifizierung von Patentanmeldungen wird allerdings dadurch

²⁸⁰ ETSI Guide on IPR's, P. 2.1.1 u. 2.3.2.

²⁸¹ ETSI Guide on IPR's, P. 2.3.3, bei der schriftlichen Mitteilung über eine technische Lösung; nach Vollendung des ersten stabilen *drafts* eines Standards; nach dem die Arbeitsgruppe den *draft* Standard bestätigte; nachdem der technische *body* den *draft* bestätigte.

²⁸² *Fräßdorf*, 101.

²⁸³ Nimmt also ein Mitglied an der Standardsetzung teil und unterbreitet einen konkreten Vorschlag für diesen in einem technischen Ausschuss, so hat dieses Mitglied die Pflicht, etwaige eigene wesentliche Patente offenzulegen.

²⁸⁴ ETSI Guide on IPR's, P. 2.3.3 u. 4.1 f.

²⁸⁵ ETSI IPR Policy, P. 4.1; *Fräßdorf*, 101 ff.

²⁸⁶ ETSI IPR Policy, P. 4.1.

²⁸⁷ *Fröhlich*, GRUR 2008, 208; *Eklund*, 51.

²⁸⁸ ETSI IPR Policy, P. 4.2.

²⁸⁹ 2019 ANSI Essential Requirements, P. 3.1.4.

²⁹⁰ ETSI IPR Policy P. 15, Rn. 13.

erschwert, dass die Veröffentlichung der Offenlegungsschrift erst einige Zeit nach dem Anmelde- oder Prioritätstag erfolgt²⁹¹. Zur Minimierung dieses Problems gibt es die Möglichkeit der Abgabe einer allgemeinen Lizenzierungserklärung²⁹². Hiernach erklärt sich der Patentinhaber grundsätzlich dazu bereit, seine potenziell wesentlichen Patente im Hinblick auf einen bestimmten Standard, ein bestimmtes Standardisierungsprojekt oder sogar für alle Standardisierungsaktivitäten zu FRAND-Bedingungen zu lizenziieren²⁹³. Eine Offenlegung der Patente bzw. Anmeldungen erfolgt hierbei zunächst nicht, sondern kann dann zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden²⁹⁴.

In Fällen, in denen ein Aufruf bzgl. der Teilnahme am Standard gestartet wird, stellt sich die Frage, wie Situationen, in denen ein Patentinhaber seine Rechte erst sehr spät offenlegt, behandelt werden sollen. Solche *hold-up*-Risiken erhöhen die Gefahr, dass die effiziente Schaffung und Durchsetzung von Standards erschwert wird, bzw. immens hohe Verhandlungskosten entstehen, die durch den Pool eigentlich eingespart werden sollten²⁹⁵. Derartige Situationen verspüren nicht nur die Inhaber von Patenten, die sich einen erfolgreichen Durchbruch erhoffen, wie im Fall *Blackberry*²⁹⁶, sondern sind gerade in jenen Fällen von Bedeutung, bei denen Standards bzgl. Patentpools schon bestimmt wurden²⁹⁷. Verstößt ein Schutzrechtsinhaber eines für die Anwendung eines technischen Standards notwendigen Schutzrechts gegen eine Offenlegungspflicht und bleibt das Schutzrecht bis zur Verabschiedung eines Standardisierungsvorschlages unentdeckt, kann es zu unterschiedlichen Sanktionen kommen. Rechtsansprüche gegen den Schutzrechtsinhaber können dabei auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen basieren. Die Rechtsfolgen rechtswidrigen Verhaltens können einmal von den Parteien selbst bestimmt wer-

²⁹¹ So z.B. 18 Monate nach Art. 32 Abs. 5 DPatG, vorher nur im Fall der vorzeitigen Offenlegung nach Art. 31 Abs. 2 DPatG.

²⁹² ETSI Guide on IPR's, P. 2.1.1.

²⁹³ Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1701; ETSI IPR Policy, Anhang A IPR Licensing Declaration.

²⁹⁴ Fröhlich, GRUR 2008, 208 f.

²⁹⁵ Die Bedenken hinsichtlich unredlicher Patentinhaber scheinen nicht übertrieben zu sein, da es fast den Anschein erweckt, dass die Poolbildung eine Spielwiese für das Auftauchen von „Patent Trollen“ sein könnte.

²⁹⁶ Das Unternehmen NTP war Inhaber mehrerer Patente auf eine, allerdings nur recht allgemein beschriebene, Technologie zur drahtlosen Übertragung von E-Mails mithilfe eines Funknetzwerks. Auf der Grundlage dieser Patente verklagte NTP das Unternehmen *Research in Motion*, das die *Blackberry*-Technologie entwickelt hatte. In einem fünf Jahre andauernden Verfahren erstritt NTP schließlich vor dem auf Patentrecht spezialisierten *Court of Appeals for the Federal Circuit* ein Unterlassungsurteil. Daraufhin legten die Parteien den Streit gegen Zahlung einer Summe von 612,5 Mio. Dollar bei. Weiterführend zu diesem Thema Ohly, GRUR Int. 2008, 787 ff.; Ntouvas, GRUR Int. 2006, 889 ff.; Riordan, Contest over BlackBerry Patent; MSNBC News, Supreme Court rejects BlackBerry Patent Appeal; Knowledge@Wharton, Battle over BlackBerry; Research in Motion, Pressemitteilung.

²⁹⁷ *In re Negotiated Data Solutions LLC*, (Fed. Trade Comm'n 2008) (No. C-4234); Rosch, Patent Trolls; Anderson, FTC defends Ethernet.

den²⁹⁸. Geschieht dies nicht ausdrücklich oder nicht vollständig, muss das auf das Verhalten anwendbare Recht geprüft werden. So können sich Rechtsfolgen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem Leistungsstörungsrecht oder dem Kartellrecht ergeben²⁹⁹.

4. Erkenntnisse zu den Erscheinungsformen

Lizenzaustauschverträge und Patentpool haben die horizontale wechselseitige Lizenzierung gemein, die an die Vereinbarung des Verzichts auf Verletzungsklagen geknüpft wird und ggf. vorangegangene Patentstreitigkeiten beilegt. Damit sind die Gemeinsamkeiten aber grundsätzlich ausgeschöpft, da bei einem Lizenzaustauschvertrag keine Bewertung der Patente vorgenommen wird und diese ebenfalls nicht Dritten gegenüber zur Lizenzierung bereitgestellt werden. Zusätzlich eignen sich bilaterale Lizenzaustauschverträge eher in Fällen, in denen die Technologie von wenigen Patenten umfasst wird und nur in den Händen einer geringen Anzahl an Patentinhabern ist.

Das Plattformkonzept ist eine Weiterentwicklung von Pools. Sie sollen dazu beitragen, ein höheres Maß an Flexibilität zu gewähren, da durch sie verschiedene Lizenzpakete angeboten werden, welche aber meist dann individuell mit den Lizenzgebern verhandelt werden. Sie dienen somit mehr dem Informationsaustausch als der eigentlichen Lizenzierung. Jedoch verliert man durch so ein offenes Konzept des Lizenzierungsangebots den Effizienzgewinn, welchen Pools schaffen, indem das *one-stop-shop* System verloren geht.

²⁹⁸ Es ist grundsätzlich möglich, dass die Gründer einer Standardisierungsorganisation im Gründungsstatut oder die berechtigten Organe durch Richtlinien nicht nur bestimmen, welche Pflichten im Rahmen der Standardisierung bestehen, sondern auch, welche Rechtsfolgen bei einem Pflichtverstoß eintreten sollen. Denkbar wäre z.B. eine Regelung, nach der bei einem Verstoß gegen Offenlegungspflichten eine Geltendmachung des Schutzrechts gegenüber Anwendern des technischen Standards verboten oder der Schutzrechtsinhaber zur Zwangslizenzierung verpflichtet ist. So bspw. unternahm ETSI den Versuch, eine sog. *License-per-default-System* zu installieren. Wenn demnach innerhalb eines gewissen Zeitraums nach der Veröffentlichung von Spezifikationen Schutzrechtsinhaber ihre Schutzrechte nicht geltend gemacht haben, kam es automatisch zu einer Zwangslizenz. Dieses Verfahren wurde jedoch aufgrund kartellrechtlicher Bedenken geändert; s. *Fräßdorf*, 104.

²⁹⁹ Nach der Rechtsauffassung der FTC in den USA stellt die absichtliche Verletzung von Offenlegungspflichten, die im Rahmen von Standardisierungsvorhaben eingegangen werden, gemäß Sec. 5 *Federal Trade Commission Act* eine unlautere und damit verbotene Wettbewerbspraxis dar. Die Unlauterkeit begründet die FTC damit, dass es sich bei der bewussten Verletzung von Offenlegungspflichten um den Versuch einer absichtlichen Monopolisierung handelt, die gemäß Sec. 2 *Sherman Act* verboten ist. Der Vorwurf der absichtlichen Monopolisierung ist dabei in denjenigen Fällen begründet, in denen der Nachweis einer Monopolisierungsabsicht, ein wettbewerbswidriges Verhalten zur Durchführung der Absicht sowie eine damit kausal verbundene gefährlich hohe Wahrscheinlichkeit der Monopolisierung gelingt. So z.B. *In Re Deli Computer Corp.*, No. 931–0097 (F.T.C. 1995); FTC, *In the Matter of Rambus, Inc.*, Docket No. 9302 (F.T.C. 2006); *ESS Tech v. PC-Tel*, No. C-99–20292 (N.D. Cal. Nov. 2, 1999); *Lemley*, Cal. Law Rev. 2002, 1927 f.; *Fräßdorf*, 104; *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 546.

Der Blick in die Wirtschaftspraxis zeigt, dass Unternehmen jeweils das Ziel verfolgen, durch Patentbündelung auf effizientem Weg die möglichst vollständige Nutzung der Technologien zu erzielen. Ob dies auf dem Bedürfnis nach Etablierung eines Standards oder den reinen wirtschaftlichen Interessen, d. h. Optimierung der Lizenzennahmen durch das Schaffen eines Gesamtpaketes basiert, ist hierbei nicht relevant. Durch die vereinfachte Möglichkeit, mittels eines Pools das dementsprechende Gesamtpaket von Patenten zu erhalten, bedeutet im Umkehrschluss auch, dass sie ein entscheidendes Instrument bei der Durchsetzung eines Standards spielen können. Der Pool kann einen formellen Standard unterstützen oder sogar einen *de facto* Standard schaffen. Jedoch bedeutet dies auch, dass er die Entwicklung von Alternativtechnologien behindern kann. Dementsprechend müssen Maßnahmen im Standardisierungsprozess getroffen werden, um Qualitäts- und Innovationswettbewerb zu sichern.

II. Geschichtliche Entwicklung der Patentpools in den USA und Deutschland

Patentpools sind keine „Modeerscheinung“ der Neuzeit. Die Bildung von Patentpools reicht bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts zurück. Bereits damals wurden Strukturen und Funktionsweisen der Pools geregelt³⁰⁰, die bei heutigen Pools noch erkennbar sind. Dabei fiel die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Pools³⁰¹, bezugnehmend auf die jeweils geltende Wettbewerbspolitik, äußerst verschieden aus³⁰². Dies trug dazu bei, dass die Vorteile eines Pools lange Zeit vom Kartellverdacht überschattet wurden³⁰³. Vergleichsweise waren Pools in den USA für die Wirtschaft bedeutsamer als in Deutschland³⁰⁴. In den USA gab es sie in zahlreichen Industriezweigen, wie z. B. Flugzeug-, Automobil-, Nähmaschinen-, Glas- und Erdölindustrie, um nur einige zu nennen, während aber in Deutschland die bekanntesten Beispiele die Glühlampen-, Rundfunkgeräte- und die chemische Industrie waren³⁰⁵. Die Geschichte der Patentpools lässt sich daher in zwei Regionen und in mehrere Perioden einteilen³⁰⁶.

³⁰⁰ So Isay, 12.

³⁰¹ Report on Multiparty Licensing, 17.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Ullrich, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, 430.

³⁰⁴ Schulte 1971, 20.

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ Schulte 1971, 21 f.; Vaughan 1956, 39 ff.

1. Geschichtliche Entwicklung in den USA

a) Die ersten Patentpools

Die erste Periode wird von 1789 bis 1909 eingestuft, in der Pools, die den Wettbewerb sogar beschränkten, befürwortet wurden³⁰⁷. Der *Sewing Machine Pool*, der von *I. M. Singer Co.*, *Wheeler & Wilson Co.* sowie der *Grover & Baker Company* gegründet wurde³⁰⁸, ist ein konkretes Beispiel für einen Pool, dessen Ziel die Streitbeilegung war³⁰⁹. Der Monopolcharakter eines Schutzrechts in Bezug auf eine Poolvereinbarung wurde auch durch den Entscheid des *United States Supreme Court* aus dem Jahre 1902 im Fall der *National Harrow Company*³¹⁰ gestärkt. Die Poolgründung erfolgte zwar zur Verringerung der gegenseitigen Streitigkeiten, aber auch, um damit eine Preisfixierung zwischen den Herstellern zu ermöglichen³¹¹. Der Einspruch, der Pool wäre eine Verletzung des *Sherman Acts*, wurde vom Gericht rigoros zurückgewiesen. Die Patente gewähren absolute Freiheit und somit war es nach Ansicht des Gerichts auch erlaubt, den Besitzern das Recht einzuräumen, ihre Position durch die erteilte Lizenz zu stärken, was eben durch die Natur der Sache am Patent gegeben war³¹². Diese Entscheidung war wegweisend und führte dazu, dass auch andere Gerichte entschieden, dass Patente nicht unter den *Sherman Act* fallen³¹³.

b) Patentpools als Kartellinstrument

Die Dominanz von Unternehmen mit umfangreichen Patentportfolios wuchs in der Zeit zwischen 1909 und 1942, was dazu führte, dass die Anzahl der Wettbewerber schwand und sich das Pooling der Patente, in Verbindung mit der Preisfixierung und anderen Restriktionen, etablierte³¹⁴. Die Gerichte erkannten³¹⁵, dass das Poolen

³⁰⁷ Vaughan 1956, 40.

³⁰⁸ Dabei ist unklar, ob es Absicht war, tatsächlich einen Patentpool zu formen, da *Grover* und *Baker* keine Patente beisteuerten; s. Lampe/Moser, 8.

³⁰⁹ Serafino, 3.

³¹⁰ *Bement vs. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902) 77: „[T]he general rule is absolute freedom in the use or sale of rights under the patent laws of the United States. The very object of these laws is monopoly, and the rule is, with few exceptions, that any conditions which are not in their very nature illegal with regard to this kind of property, imposed by the patentee and agreed to by the licensee for the right to manufacture or use or sell the article, will be upheld by the courts. The fact that the conditions in the contracts keep up the monopoly or fix prices does not render them illegal.“

³¹¹ Serafino, 4.

³¹² *Bement vs. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70, 91 (1902).

³¹³ *Z. B. Rubber Tire Wheel Co. vs. Milwaukee Rubber Works Co.*, 154 F. 358, 362 (7th Cir. 1907).

³¹⁴ Schulte 1971, 21; Vaughan 1956, 42 ff.

³¹⁵ Ausschlaggebend war ein Fall, der vor dem unteren Bundesgericht in Massachusetts entschieden wurde; s. *Blount Mfg. Co. vs. Yale & Town Mfg. Co.*, 166 Fed. 555 (C.C. Mass., 1909).

mehrerer Patente über eine gesetzmäßige Ausübung des Patentrechts hinausgehe³¹⁶, wodurch die Verletzung des *Sherman Acts* festgestellt und das Konzept der Pools abgelehnt wurde³¹⁷.

Die *Standard Sanitary*-Entscheidung³¹⁸ war Grundlage für den Neuanfang. Bei diesem Pool bildeten *Standard Sanitary* und andere Hersteller emailierter Sanitärgegenstände mit einem Marktanteil von insgesamt 85 % die *Association of Sanitary Enamelled Ware Manufacturers*³¹⁹, der ein Streit bzgl. eines Patents zugrunde lag. An die *Association* wurden mehrere Schlüsselpatente übertragen und im Gegenzug erhielten die Unternehmen in gleichlautenden Verträgen beschränkte Lizenzen, gebunden an Gebietsbeschränkungen und Preisbindungen erster und zweiter Hand³²⁰. Der *Supreme Court* urteilte, dass die Mitglieder und die Lizenznehmer ein rechtswidriges Kartell bildeten³²¹. Auch der Einspruch, wonach der dadurch gebildete Pool Patentstreitigkeiten beilege und der Qualitätssteigerung diene, half nicht³²². Das Gericht ging davon aus, dass das Monopol primär aus den Lizenzen und nicht aus den Patenten entstehe³²³.

Der *Motion Picture Patents*³²⁴ Fall brachte die alles entscheidende Wende. In diesem Fall entwickelte der *Supreme Court*, in Rückgriff auf die Verfassung und tragende Gründe des Patentrechts, Abgrenzungsgrundsätze zwischen Patent- und Kartellrecht, deren Bedeutung weit über diesen Fall hinausgeht, da er heute noch als eine der wichtigsten Leitentscheidungen der US-amerikanischen Rechtsprechung bzgl. Pools fungiert³²⁵. Zehn Unternehmen der Filmindustrie³²⁶ bildeten die *Motion Picture Patents Company*. Durch eng beschränkte Lizenzen, die an die Mitglieder und Filmverleiher erteilt wurden, wurde der Wettbewerb sowohl innerhalb als auch außerhalb des Pools eliminiert. Es ging sogar so weit, dass der Pool die einzelnen zugewiesenen Aufgaben in dem Pool strikt regelte. So konnte ein Produzent die

³¹⁶ Zwar gab es in der Zwischenzeit noch die Entscheidung *Henry vs. A.B. Dick Co.*, doch hatte diese keine Auswirkungen mehr auf die Trendwende; s. *Henry vs. A.B. Dick Co.*, 224 U.S. 1 (1912).

³¹⁷ *Schulte* 1971, 21; *Vaughan* 1956, 44.

³¹⁸ *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20 (1912).

³¹⁹ *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20, 36 (1912).

³²⁰ *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20, 42 ff. (1912).

³²¹ *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20, 48 (1912); „The agreements clearly therefore transcended what was necessary to protect the use of the patent or the monopoly which the law conferred upon it. They passed to the purpose and accomplished a restraint of trade condemned by the Sherman law.“

³²² *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20, 42 (1912).

³²³ *Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S.*, 226 U.S. 20, 49 (1912).

³²⁴ *U.S. vs. Motion Picture Patents Co.*, 225 F. 800, (E.D.Pa.1915) app. dismissed, 247 US 524 (1918).

³²⁵ *Folz*, 139.

³²⁶ Dies beinhaltete sowohl das Drehen, Produzieren und Importieren von Filmen sowie die Herstellung von Kameras und Vorführgeräten.

Filme nicht verleihen oder vorspielen, ein Verleiher nicht produzieren oder zeigen und ein Kinobesitzer nicht weiterleihen oder produzieren³²⁷. Als Folge erlosch der *bis dato* vorhandene scharfe Wettbewerb auf dem Markt³²⁸. Die Regierung klagte wegen Verletzung des *Sherman Acts* und bekam vor dem *District Court* Recht, da das gesamte Vertragsverhältnis rechtswidrig war³²⁹.

Die *Standard Oil*³³⁰-Entscheidung ist noch heute Grundlage für die Beurteilung von Patentpools. Das *cracking*-Verfahren³³¹ wurde als erstes von der *Standard Oil of Indiana* perfektioniert, um dem erhöhten Marktbedarf in der aufblühenden Automobilindustrie gerecht zu werden³³². Da das Verfahren nicht durch ein essenzielles Patent geschützt war, stiegen in den darauffolgenden Jahren die *Texas Company*, die *Standard Oil of New Jersey* und die *Gasoline Products Company* mit ihren eigenen *cracking* Verfahren in den Wettbewerb ein³³³. Um 1920 begannen die ersten Konflikte zwischen den vier Unternehmen, was dazu führte, dass ein Patentpool durch die wechselseitige Lizenzierung der relevanten Patente gegründet wurde und zusätzlich aktuelle und bevorstehende Patentverletzungsverfahren niedergelegt wurden³³⁴. Die Parteien erkannten die Gültigkeit der jeweiligen Patente an, verzichteten auf zivil-rechtliche Ansprüche jeglicher Art, räumten sich gegenseitige Vorkaufsrechte bei Überproduktion ein und teilten die Erträge aus Lizenzgebühren auf³³⁵. Das *Department of Justice* (nachfolgend: DoJ) war der Ansicht, dass die Zielsetzung des Pools ausschließlich der Tatsache diene, eine Monopolstellung zu festigen und damit eine Beschränkung des Wettbewerbs darstelle³³⁶. Das Gericht wies diesen Teil der Klage ab³³⁷, sodass nur noch zu beurteilen blieb, ob die Vereinbarungen im Hinblick auf die Kostensparnis durch die Vermeidung mehrerer Prozesse gerechtfertigt seien. Letztendlich wurde die Klage vollständig abgewiesen³³⁸.

³²⁷ Vaughan 1956, 46.

³²⁸ Folz, 139.

³²⁹ U.S. vs. *Motion Picture Patents Co.*, 225 Fed.800, 811 (E.D.Pa.1915): „The end and purpose of the combination, and in this sense the motive or moving cause, further was not to protect patent rights, which the Motion Picture Patents Company was organized to take over; but the control of the patents was made a feature of the scheme, in the belief, or at least, the hope, that this would render the scheme (otherwise illegal) not open to the condemnation of the law.“

³³⁰ *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163 (1931).

³³¹ Verfahren zur Stoffumwandlung in der Erdölverarbeitung.

³³² *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163, 167 (1931).

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163, 168 (1931).

³³⁵ Andewelt, ALJ 1984, 633.

³³⁶ Folz, 141; Gilbert, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 15 ff.

³³⁷ Krit. Andewelt, ALJ 1984, 634 f.; *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163, 169 (1931).

³³⁸ *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163, 172 (1931): „Unless the industry is dominated, or interstate commerce directly restrained, the Sherman Act does not require cross-licensing patentees to license at reasonable rates others engaged in interstate commerce“; und weiter: „If combining patent owners effectively dominate an industry, the power to fix and

c) Einschränkungen

Die dritte Periode umfasst den Zeitraum von 1942 bis 1956³³⁹. Die Untersuchungen des *Temporary National Economic Committee* aus den Jahren 1938 und 1939, die bezüglich der Konzentration wirtschaftlicher Macht angestellt wurden, beurteilten zwar wohlwollend die Patentpools, allen voran die der Automobil- und Flugzeugindustrie³⁴⁰, wobei aber anerkannt wurde, dass die Grenzen des Patentrechts überschritten sind, wenn das Patent zum Kernpunkt eines wettbewerbsregulierenden Kartells gemacht wird³⁴¹. Nach den Untersuchungen wurden die Antitrustgesetze gegen Patentpools noch schärfer als zuvor durchgesetzt und von den Gerichten erstmals auch die Erteilung von Zwangslizenzen angeordnet³⁴².

In der *Hartford-Empire*-Entscheidung³⁴³ sprach sich das Gericht gegen Pools, deren Hauptzweck die Marktbeherrschung eines Industriezweiges war, aus³⁴⁴. *Hartford-Empire*, ein Patentpool, der durch Lizenzierungen und Fusion entstand, beherrschte mit ca. 94% den Markt für Glasbehälter³⁴⁵. Zahlreiche Wettbewerbsbeschränkungen betrafen den Produktmarkt, insbesondere wurden die Lizenzen auf bestimmte Typen von Glasbehältern beschränkt und Produktionsbeschränkungen vereinbart³⁴⁶. Jeder Anreiz für neue Innovationen wurde eliminiert, die Preise waren überhöht. Während noch der *District Court* eine Auflösung des Patentpools und gebührenfreie Lizenzen angeordnet hatte, beschränkte sich der *Supreme Court* darauf, dass Lizenzen ohne weitere Auflagen an jedermann zu angemessenen Gebühren erteilt werden³⁴⁷.

Der *Supreme Court* entschied 1947 über den *National Lead*³⁴⁸ Fall, ein „internationales Kartell“. Dieser Pool, der der Manipulation von Produktion und Verkauf

maintain royalties is tantamount to the power to fix prices. Where domination exists, a pooling of competing process patents, or an exchange of licenses for the purpose of curtailing the manufacture and supply of an unpatented product, is beyond the privileges conferred by the patents and constitutes a violation of the Sherman Act. The lawful individual monopolies granted by the patent statutes cannot be unitedly exercised to restrain competition.“

³³⁹ Vaughan 1956, 50.

³⁴⁰ Temporary National Economic Commission on Public Resolution, 18033.

³⁴¹ Folz, 144.

³⁴² Schulte 1971, 21.

³⁴³ *Hartford-Empire Co. vs. U.S.*, 323 U.S. 386, 400 (1945).

³⁴⁴ Gilbert, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 40.

³⁴⁵ *Hartford-Empire Co. vs. U.S.*, 323 U.S. 386, 400 u. 401 (1945).

³⁴⁶ *Hartford-Empire Co. vs. U.S.*, 323 U.S. 386, 393 (1945).

³⁴⁷ Homiller, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 9; *Hartford-Empire Co. vs. U.S.*, 323 U.S. 386, 412 (1945): „All of the corporate defendants and the individual defendants are required, if they engage in the business of distributing glassmaking machinery, to file a writing with the court agreeing to offer, and to continue to offer, to sell any machinery used in the manufacture of glassware to any applicant at reasonable and equal prices and upon reasonable and equal terms and conditions.“

³⁴⁸ *U.S. vs. National Lead Co.*, 332 U.S. 319 (1947).

von Titaniumprodukten in den USA diente, hatte gleichzeitig bewirkt, dass die Welt im Prinzip in zwei Handelsgebiete aufgeteilt wurde³⁴⁹. Die Parteien verpflichteten sich, das zugewiesene Gebiet nicht zu überschreiten und Unterlizenzen nur unter den Bedingungen zu gewähren, dass die Unterlizenenznehmer die Gebietsaufteilung ebenfalls beachten³⁵⁰.

In der Entscheidung der *Line Material*³⁵¹ wurden Patente gegenseitig lizenziert. Eine Preisbeschränkung wurde in die gegenseitige als auch in die Außenlizenz integriert³⁵². Zwar erkannte das Gericht die wechselseitige Lizenz als effizient und als solche nicht wettbewerbswidrig an, die aber aufgrund der beinhalteten Preisbindungen dennoch rechtswidrig war³⁵³.

d) Aufstieg und Fall der „Nine No No’s“

Die Gerichte beriefen sich in den 1960er- und 1970er-Jahren meistens auf die Entscheidung *Morton Salt*³⁵⁴, um ein *per se* Verbot in den Fällen, bei denen sich ein typischer Missbrauch von Patenten gezeigt hatte, zu erreichen³⁵⁵. Die Entscheidung führte auch den Begriff des „*Misuse of patents*“ ein³⁵⁶. Das DoJ sah danach die Lizenzierung von Patenten als Wettbewerbsrisiko an und veröffentlichte eine Liste, die eine *per se* Verletzung des Wettbewerbsrechts darstellte, auch bekannt unter dem

³⁴⁹ Dabei obliege dem einen Poolmitglied der nordamerikanische Kontinent, während das andere Mitglied den Rest der Welt beliefern konnte. *U.S. vs. National Lead Co.*, 332 U.S. 319, 342 (1947).

³⁵⁰ *U.S. vs. National Lead Co.*, 332 U.S. 319, 337 f. (1947).

³⁵¹ *U.S. vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948).

³⁵² *U.S. vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287, 310 ff. (1948).

³⁵³ *U.S. vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287, 291, 307 u. 311 f. (1948). Das war eine Entscheidung, die auf den ersten Blick den Fall *U.S. vs. General Electric Co.* 272 U.S. 476 (1926) ablehnte. Dem war aber nicht so, denn die Einschränkung richtete sich nur auf die wechselseitige Lizenz und nicht auf die Einzellizenz, wie bei *General Electric*. Dort sagte der Supreme Court, dass der Patentinhaber, der sein Produkt auch verkauft, dem Lizenznehmer den Preis vorbestimmen darf, obwohl sie beide horizontale Wettbewerber waren. Trotz weiterer Entscheidungen, die die Reichweite der Aussage in *General Electric* eingrenzten, wurde es nie komplett verworfen, so z.B. *U.S. vs. Univis Lens*, 316 U.S. 241 (1942); *Newburgh Moire Co. vs. Superior Moire Co.*, 237 F.2d 283 (3d Cir. 1956); *Cummer-Graham Co. vs. Straight Side Basket Corp.*, 142 F.2D 646 (5. Cir. 1944).

³⁵⁴ *Morton Salt Co. vs. G. S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942), das Gericht entschied, dass nicht einmal der Bedarf nach Bestimmung des relevanten Marktes bestand, auf dem sich Wettbewerbswidrigkeit zeigte: „*The patentee, like ... other holders of an exclusive privilege granted in the furtherance of a public policy, may not claim protection of his grant by the courts where it is being used to subvert that policy. It is unnecessary to decide whether respondent has violated the Clayton act, for we conclude that in any event the maintenance of the present suit to restrain petitioner's manufacture or sale of the alleged infringing machine is contrary to public policy...“.*

³⁵⁵ *Homiller*, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 11 f.

³⁵⁶ *Hoerner*, ALJ 2001, 670.

Namen *Nine No-No's*³⁵⁷. Diese deckte sich zwar im Prinzip mit den Leitgedanken der *Morton Salt* Entscheidung³⁵⁸, deren Grundlage aber auf einer Durchsetzungspolitik des DoJ basierte und nicht auf einer normativen oder richterlichen Gesetzgebung³⁵⁹. Die bloße Zusammenfassung von Patenten wurde nicht als rechtswidrig angesehen, es wurde aber angenommen, dass sie häufig mit illegalen Beschränkungen verbunden sei. Wurden parallel Patente umfasst oder zukünftige Patente eingebunden, stieg die Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit, da der Zusammenhalt zwischen den Parteien verstärkt und verlängert wurde, wodurch faktische Nichtangriffspakte die Folge sein konnten³⁶⁰. Nach der in der Literatur vertretenen Meinung haben die *Nine No-No's* nie als Wegweiser in den US-amerikanischen Gerichtsentscheidungen fungiert, da sie ökonomisch kontraproduktiv waren, indem sie die Investitionen in F&E verminderten und effizienten Lizenzierungen von Patenten im Wege standen und auch innerhalb des DoJ auf Kritik stießen, was zu allgemeiner Ablehnung führte³⁶¹.

e) Langsame Rückkehr

Die Zeit der industrieumspannenden Pools schien spätestens seit Beginn der 1970er-Jahre vorüber zu sein. FOLZ vertritt die Auffassung, dass der Grund in der Zusammenschlusswelle, die Anfang der 1980er-Jahre auftrat, lag, jedoch wird auch vermutet, dass sich der Fokus der Wettbewerbsbehörden eher auf andere Kooperationen, Zusammenschlüsse und Gemeinschaftsunternehmen richtete³⁶². Tatsächlich

³⁵⁷ Diese Regeln lauteten wie folgt, wiedergegeben nach: *Carlson*, Yale J. Regul. 1999, 375, m. w. N.:

- (1) *Requiring a licensee to purchase unpatented materials from the licensor (tying).*
- (2) *Requiring a licensee to assign to the licensor patents issued to the licensee after the licensing arrangement is executed.*
- (3) *Restricting a purchaser of a patented product in the resale of that product.*
- (4) *Restricting a licensee's freedom to deal in products or services outside the scope of the patent.*
- (5) *Agreeing with a licensee that the licensor will not, without the licensee's consent, grant further licenses to any other person.*
- (6) *Requiring that the licensee accept a „package“ license.*
- (7) *Requiring royalties not reasonably related to the licensee's sales of products covered by the patent.*
- (8) *Restricting the licensee's sales of (unpatented) goods made with the licensed patented process.*
- (9) *Requiring a licensee to adhere to specified or minimum prices in the sale of the licensed products.*

³⁵⁸ *Homiller*, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 14.

³⁵⁹ *Homiller*, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 13.

³⁶⁰ *Folz*, 155.

³⁶¹ *Andewelt*, ALJ 1984, 620.

³⁶² *Folz*, 147, nennt das Interesse der Unternehmen eher einen Zusammenschluss einzugehen, statt eine Patentgemeinschaft zu bilden. Er leitete diesen Gedanken am Beispiel von *Daimler Benz* und *Chrysler* her, die noch vor 40 Jahren eine Technologiegemeinschaft ein-

stärkte jedoch der Kongress das Patentsystem formell, indem er alle Berufungsverfahren in Patentsachen beim *US Court of Appeals for the Federal Circuit*³⁶³ zusammenfasste, was die Patentrechtsprechung vereinte, gleichzeitig aber auch die Bedeutung US-amerikanischer Patente für Unternehmen stärkte³⁶⁴. Weiterhin waren die Wettbewerbsbehörden kritisch bzgl. der Pools, da Letztere weit über das hinausgingen, was für eine effiziente Nutzung von diffizilen Patenten notwendig wäre³⁶⁵. Aufgrund der Stärkung des Patentsystems setzte man sich in der Literatur mit Pools auseinander und untersuchte die kartellrechtlichen Besonderheiten, durch die entweder Marktmacht entsteht, verstärkt oder wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Mitglieder auf nachgelagerten Märkten erleichtert wird, wobei aber die positiven Wirkungen von Patentpools betont wurden³⁶⁶. Diese Stärkung führte auch dazu, dass ein weiterer Schritt bzgl. der Regulierung von Pools stattfand³⁶⁷ und Pools in den existenten *Guidelines for Licensing of Intellectual Property* durchaus positiv bewertet werden³⁶⁸.

Somit wurden Ende der 1990er-Jahre wieder Patentpools gegründet, welche alle in der Informations- und Kommunikationstechnologie zum Etablieren von Technologiestandards, insbesondere jene, die das Speichern³⁶⁹, Komprimieren³⁷⁰, Wiedergeben und Übertragen von Audio- und Videodateien betreffen³⁷¹ sowie in der Mobilfunktechnik³⁷² angesiedelt waren. Im Bereich der Mobilfunkindustrie wirken

gegangen wären, um die jeweiligen Technologien auszutauschen und dadurch Synergieeffekte zu erzielen, statt einen Zusammenschluss durchzuführen.

³⁶³ Das Gericht wurde am 1. 10. 1982 durch das Zusammenlegen des *United States Court of Customs and Patent Appeals* und der Berufungsabteilung des *United States Court of Claims* gegründet.

³⁶⁴ *O'Toole/Hochstetler*, MIP 1997, 10.

³⁶⁵ Report on Multiparty Licensing, 20; *Merges*, Cal. Law Rev. 1996, 1352, sieht den Missbrauch i. S. des Kartellgedankens als Ursache der mangelnden Realisierung.

³⁶⁶ *Andewelt*, ALJ 1984, 611 ff.

³⁶⁷ U.S. Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 53 Fed. Reg. 21,584 (1988).

³⁶⁸ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (nachfolgend: IP Guidelines), P. 5.5.

³⁶⁹ Mit Bündelung der Patente zu den CD- und DVD-Technologien sind im Bereich der Datenspeicherung Rechte durch einen kleinen Kreis von Patentinhabern bereitgestellt worden. Die Patente werden in verschiedenen paketierten Formen lizenziert, wobei sich diese auch teilweise nur auf ein Mitglied beschränken können. Die Lizenzierung erfolgt durch ein Mitglied und nicht durch eine gesondert geschaffene Verwaltungseinheit.

³⁷⁰ Bei der DVD-Technologie sind Datenkomprimierungstechnologien betroffen, wie der MPEG-2 Standard. Diese werden durch Pools wie *MPEG LA*, *SISVEL* und *Via Licensing* lizenziert und betreut.

³⁷¹ *Eppinger*, 58; *Königs*, 137 ff.

³⁷² Die Mobilfunktechnologie zu 3G, also die dritte Generation von Mobilfunkstandards, in Europa durch den UMTS Standard realisiert, wurde teilweise mithilfe durch die *3G Patent Platform Partnership* umgesetzt. Die 3G-Patent-Plattform diente jedoch mehr zum Informationsaustausch als zur Lizenzierung, da der überwiegende Teil des Technologietransfers auf

Patentpools zwar am Technologietransfer mit, ihnen kommt aber nicht die erhoffte Rolle einer absoluten *one-stop-shop* Lösung zu. Als Grund dafür lässt sich vermuten, dass patentstarke Unternehmen kein besonderes Interesse daran haben, eine gesamte Mobilfunktechnologie dem Markt aus einer Hand zur Verfügung zu stellen, da ihre Position als Inhaber wesentlicher Patente geschwächt wäre, wenn man Lizenzgebühren nicht mehr individuell (sondern durch den Patentpool) festlegen und der Lizenzaustausch durch den Pool erleichtert würde³⁷³. Sperren sich patentstarke Unternehmen vor der Kooperation, gelingt die Bündelung einer möglichst vollständigen Technologie nicht und für vertikal integrierte Unternehmen, die ein besonderes Interesse am Technologiezugang zwecks Nutzung zur Herstellung haben, bleibt der Effizienzgewinn der Bündelung aus³⁷⁴.

Trotz der in der Literatur breit dargelegten Effizienzgewinne³⁷⁵ im Bereich der F&E in der Biotechnologie³⁷⁶ oder der Pharmazie³⁷⁷ haben sich hier Patentpools nicht durchsetzen können und dies trotz der Tatsache, dass solche Pools auch humanitäre und gesundheitspolitische Grundgedanken in sich hatten, welche auch politisch gefördert wurden. Ein Grund, dass Patentpools sich nicht in der Biotechnologie und Pharmazie etabliert haben, ist der Mangel an Interoperabilitätsbedarf, welcher in der Informations- und Kommunikationsindustrie besteht. Dadurch fehlt der Kooperationsanreiz für mögliche Standardsetzung³⁷⁸, da die eigenständige Verwertung von Patenten lukrativer ist.

bilateraler Ebene durch Lizenzaustauschverträge und die Vergabe einfacher Lizenzen stattfand; s. Königs, 138 ff.; Bekkers/Iversen/Blind, 47.

³⁷³ Hinzu kommt, dass bspw. beim LTE Standard mehrere Pooladministratoren (wie z. B. *MPEG LA*, *SISVEL* und *Via Licensing*) um die Integration der wesentlichen Patente konkurriert haben. Durch die Verteilung der Patente auf verschiedene Patentpools sinkt der Anreiz zu Kooperation und die Vorteile eines Patentpools verlieren an Gewicht.

³⁷⁴ Königs, 139 ff.

³⁷⁵ Clark et al., 8 ff.; Armilotta, 165 f.; Königs, 145 ff.; Eppinger, 60 ff.

³⁷⁶ Ein Beispiel für den Versuch, so einen Pool zu errichten, ist der *Golden Rice-Pool*, welcher das Ziel hatte, besonders nährwertige und klimaresistente Reissorten für Entwicklungsländer zu erschaffen; s. Verbeure et al., TiBTECH 2006, 115 ff.; Armilotta, 140 f.; Serafino, 6.

³⁷⁷ Einer der ersten Versuche war der SARS-Pool, welcher die Patente zur Forschung an dem extrahierten SARS-Genom lizenzierte; s. Verbeure et al., TiBTECH 2006, 117 f.; Armilotta, 153 ff.; D'Silva, EIPR 2009, 301 ff. Der *Essential Medicines Paten Pool* fungiert als Pool für HIV- und AIDS-Medikamente, der nach Lobbyarbeit durch UNITAID gegründet wurde. Dieser wird auch durch weitere internationale Organisationen wie WHO und OECD befürwortet. Dabei umfasst er Patente für verschiedene HIV antiretrovirale Behandlungen, die sowohl durch Unternehmen (bspw. *Bristol-Mayer Squibb*, *Gilead Sciences*) als auch durch F&E Institute (*Johns Hopkins University*, *University of Liverpool*) bereitgestellt wurden; s. Eppinger, 58.

³⁷⁸ Verbeure et al., TiBTECH 2006, 117; Königs, 149.

2. Geschichtliche Entwicklung in Deutschland

Eine mit den USA vergleichbare Entwicklung gab es in Deutschland nicht. Trotzdem brachte die kartellfördernde Politik in Deutschland einige nationale und internationale Patentpools hervor, deren Ziel die Marktaufteilung war³⁷⁹, was jedoch nie zu größeren Rechtsstreitigkeiten führte³⁸⁰. Dabei zeigt sich, dass, ebenso wie in den USA, Patentpools nicht industriespezifisch waren. Die Vereinbarungen richteten sich auf reine Patentaustauschverträge mit Verwertung dieser bzw. auf gemeinsame Patentverwertung³⁸¹ oder gemeinsame Gewinnbeteiligung³⁸² in einzelnen Industriezweigen. Einige wurden auch zum Zweck der Streitbeilegung gegründet, wodurch dafür spezifische Konsortien entstanden³⁸³. Deutsche Unternehmen schlossen sich aber nicht untereinander zu Pools, sondern mit Unternehmen aus anderen Staaten zusammen³⁸⁴, wobei jedoch ein besonderer Fall die Verbindung zwischen Mutter- und Tochterunternehmen war³⁸⁵. Das Verschwinden großer internationaler Kartelle wird mit dem Wegfall von Handelsbeschränkungen, der stärkeren kartellrechtlichen Kontrolle, die in Deutschland mit Inkrafttreten der Dekartellisierungs-

³⁷⁹ Fölz, 181.

³⁸⁰ In Deutschland ist bis zum Zweiten Weltkrieg nur eine wichtige Entscheidung ergangen, zum sog. *Telefunken-Fall*, s. Schulte 1971, 22.

³⁸¹ Neumeyer, 5 f. beschreibt u. a. folgende Beispiele: Übereinkunft zwischen den *Höchster Farbwerken* mit der damaligen *Badischen Anilin- und Soda-fabrik* zur Herstellung synthetischen Indigos und nachfolgende Erfindungen desselben; *AEG, Siemens* und die *Auergesellschaft* gemeinsame Patentverwertung auf dem Gebiet der Glühlampen, ebenso *AEG* mit *Siemens* und *Halske* auf dem Gebiet des Schnellbahnwesens; *AEG, Brown Boveri & Co* und die *Dieselmotorenfabrik Augsburg* verwerteten gemeinsam ihre Patente zum Bau von Anzapfdampfturbinen; 1917 schlossen sich die führenden Unternehmer der Zementmaschinenindustrie zu einer GmbH zusammen, welche die Lizizenzen aller Mitgliederpatente verwaltete und den Teilnehmern kostenlos zur Verfügung stellte; im *Zoelly-Syndikat* wurden von 1904 bis 1925 die gewerblichen Schutzrechte der Unternehmen *Escher, Wyss & Cie., Krupp, Norddeutsche Maschinen und Armaturenfabrik, Siemens-Schuckert* und *MAN* zum Bau von Zoellydampfturbinen gemeinsam verwaltet und ausgetauscht.

³⁸² Interessengemeinschaft *Daimler-Benz* nach Neumeyer, 5.

³⁸³ Neumeyer, 5 f. beschreibt u. a. folgende Beispiele: 1920 die gemeinsame Patentverwertung auf dem Glühlampengebiet von der *AEG, Siemens & Halske* und der *Auergesellschaft* wurde der *Osram GmbH* übertragen. Diese verwaltete ihre Schutzrechte unter dem Namen der *Patent Treuhandges. für elektr. Glühlampen mit beschränkter Haftung*; 1931 bildete die *Metallgesellschaft A. G. Frankfurt* mit der *Siemens-Schuckert A. G.* auf dem Gebiet der Elektrofilter zur Gasreinigung die *Siemens-Lurgi-Cottrell Elektrofilter GmbH* für Forschung und Patentverwertung in Berlin, welche mit etwa 300 Patenten des Spezialgebietes nahezu konkurrenzlos arbeitet.

³⁸⁴ Neumeyer, 6.

³⁸⁵ Aufgrund der Vereinbarungen der *Robert Bosch AG* mit den zusammengefassten amerikanischen Tochtergesellschaften *United American Bosch Corporation* kam es ab 1931 zu einem Erfahrungs- und Forschungsaustausch, wobei sie sich ihre Patente für Autozubehör uneingeschränkt zur Verfügung stellten, s. Neumeyer, 7 m. w. N.

gesetze von 1947 begann, und der Vorgehensweise der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden begründet³⁸⁶.

3. Erkenntnisse zur geschichtlichen Entwicklung

Der geschichtliche Überblick zeigt, wie lange schon Patentpools zur Durchsetzung unternehmerischer Interessen benutzt wurden. Diese wurden aber durch Gerichte und Wettbewerbsbehörden, jeweils mit Blick auf die geltende Wettbewerbspolitik, differenziert bewertet. Besonders die Fallpraxis in den USA beeinflusste die Entwicklung des Wettbewerbsrechts. Während in den USA die Entscheidungen bzgl. Patentpools die Grundlage für die heutige wettbewerbsrechtliche Beurteilung sind (so z. B. in den *Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property*), ist der dominierende Grundgedanke in Deutschland das negativ behaftete kartellbildende Interesse³⁸⁷. Anfang des 20. Jahrhunderts waren es gerade Preis- oder Gebietsabsprachen und somit die Schaffung von Kartellen, die den zentralen Anreiz zur Schaffung von Pools bildeten. Die frühen Pools sollten eigentlich den industriellen Fortschritt sichern, z. T. auch durch staatliche Initiativen, bzw. die Kernpatente eines Unternehmens vor Nichtigkeitsklagen schützen, jedoch dienten sie der Wahrung der eigenen Marktpositionen. Dies änderte sich durch die Verschärfung der jeweiligen Wettbewerbsrechte, da eine derartige unternehmerische Ausrichtung mit den heutigen Wettbewerbsprinzipien nicht vereinbar ist. Die seit den 1990er-Jahren geschaffenen Pools verfolgen das Ziel, den Technologiezugang zu ermöglichen und effizienter zu gestalten. Jedoch zeigt die Bestandsaufnahme, dass das Poolkonzept, trotz verschiedener Initiativen, außerhalb der durch Standard dominierten Elektronikindustrie kaum zur Anwendung kommt.

III. Die Gründung eines Pools

Die Schaffung eines Patentpools, über den Zeitraum von der Grundidee bis zur Bereitstellung der Außenlizenz, ist schwierig zu kategorisieren, denn Pools werden von Unternehmen, die unterschiedliche Interessen an einer Poolbeteiligung verfolgen, aufgebaut. Aufbau und Struktur eines Pools werden von mehreren Faktoren beeinflusst, insbesondere von der Komplexität des Marktes, den Technologien und damit verbundenen Patenten sowie dem Zweck und Ziel, die der Pool verfolgt. Versucht man, mit dem Pool ein einfaches Patent-Streitverfahren zwischen Parteien zu lösen, wird man höchstwahrscheinlich auf die Errichtung einer eigens dafür geschaffenen Gesellschaft verzichten. Will hingegen ein Pool ein komplexes Feld regeln, wie im Falle einer standardisierten Technologie, so bedarf es dafür ge-

³⁸⁶ Folz, 181.

³⁸⁷ Vgl. Beschluss des Bundeskartellamtes B3 578/06 im Fall der Fusion *Phonak* mit *GN ReSound A/S, Ballerup, GN ReSound GmbH Hörtechnologie* und *GN US Holdings Inc.*

schlossener Abmachungen, die gewährleisten, dass keine Partei bzw. ihre Rechte bevorzugt wird. Diesbezüglich ist es notwendig, dass bereits die beteiligten Parteien ein Szenario, das diese Aspekte berücksichtigt, schaffen. Ein einfacher Vertrag vermag nicht, alle Faktoren zu berücksichtigen, zumal es aufgrund sich verändernder Marktverhältnisse ausgesprochen schwierig ist, alle Szenarien zu bedenken. Dem ist vorausgesetzt, dass die Beteiligten über ein weitreichendes Verständnis durch möglichst umfangreiche Informationen über die Patente, Technologien, Endprodukte und vertraglichen Regelungen besitzen³⁸⁸. Grundsätzlich besteht aber eine Trennung zwischen dem poolinternen und -externen Verhältnis, da diesen auch eine unterschiedliche kartellrechtliche Beurteilung zukommt³⁸⁹. Somit lassen sich die Phasen bis zur vollen Funktionalität eines Pools folgendermaßen einteilen³⁹⁰:

1. Gründungsphase: Aufgrund eines besonderen wirtschaftlichen Interesses liegt es für eine Unternehmensgruppe nahe, sich an einem Pool zu beteiligen oder sogar einen zu gründen. Diese Gründe mögen zum Teil rechtlicher Natur sein, weil die Unternehmen möglichen gegenseitigen Klagen ausgesetzt sind. Eine andere Möglichkeit ist das Interesse nach der Standardsetzung. Deshalb wird im ersten Teil bestimmt, welche die Grundlagen des Pools sind und ob ein Pool als Vertrag oder mit bestimmter Rechtspersönlichkeit ausgestattet wird.
2. Administratorenregelung: In der zweiten Phase beginnen die Vorbereitungen für die Lizenzierung, die sehr schnell und einfach geschaffen werden kann, indem einem der Gründerunternehmen diese Aufgabe übergeben, oder aber ein passender Administrator (*Licensing Agent*) gesucht bzw. geschaffen wird. Soweit keine Notwendigkeit für einen Administrator besteht, kann bereits im Vertrag festgehalten werden, welche Anforderungen das Unternehmen, welches diese Aufgabe übernimmt, hat und wie es sich in bestimmten Situationen verhalten muss. Andernfalls muss für die kommerzielle Verwertung ein passender Administrator gefunden werden, der entweder im Sinne eines Joint-Venture Unternehmens geschaffen oder aus der Anzahl bereits existenter Pooladministratoren ausgewählt wird.
3. Beurteilungsphase: In diese fällt die Bestimmung bzw. die Kategorisierung, welche Patente in einem Pool akzeptiert werden. Hier werden die Patente beurteilt (dies ist leichter im Falle, wenn sie Gegenstände von Verletzungs- oder Nichtigkeitsklagen sind, als bei der Bestimmung für neue Standards) und auf ihre Relevanz geprüft, wofür bei umfassenden Pools ein besonderes, neutral zusammengestelltes Gremium gebildet wird. Die Auswahl und Rolle der einzelnen Patente hat immensen Einfluss auf die Teilungsmodalität der Lizenzeinnahmen.
4. Außenlizenzierung: Nachdem die Voraussetzungen erfüllt sind, können die Lizenzierungen nach außen durch den Administrator getätigten werden.

³⁸⁸ Königs, 93.

³⁸⁹ Siehe z. B.: Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 248 ff. und 266 ff.

³⁹⁰ Verbeure et al., TiBTECH 2006, 116 f.

Aus diesen Phasen ergibt sich, dass für einen Pool drei Hauptverträge³⁹¹ von Bedeutung sind:

1. Poolvertrag, geschlossen zwischen den Mitgliedern, durch den der Pool geschaffen und das Patentportfolio bestimmt wird. Er regelt somit die Mitgliedschaft, Organisation (sowohl rechtlich als auch im Hinblick auf die Portfoliobildung), Grundlagen der Lizenzierung und Verteilung der Lizenzeinnahmen. Um einen rechtlich konformen Pool zu erschaffen, muss bei der Poolgründung grundsätzlich sichergestellt werden, dass zum einen die Bestimmung (Evaluierung) der relevanten Patente fair, neutral und korrekt erfolgt und zum anderen, dass diese Patente kostengünstig und in einem flexiblen System durch ein Lizenzverhältnis angeboten werden³⁹². Pools, die in den letzten Jahren gegründet wurden, konzentrierten sich immer auf einen technologischen Standard und versuchten, einen effizienten Zugang zu den notwendigen Patenten zu ermöglichen. So verfolgen sie zum einen das Ziel, technologische Sicherheit zu gewährleisten, in dem z. B. für einen Standard die relevanten Patente lizenziert werden und zum anderen, dass durch ein effizientes Managementsystem der Lizenzrechte Kosteneinsparungen für die Industrie entstehen.
2. Administratorenvereinbarung, welche die Pflichten und Befugnisse des Pooladministrators regelt. Diese Vereinbarung kann obsolet sein, insofern einer der Lizenzgeber die Aufgabe des Administrators übernimmt.
3. Lizenzvertrag, durch welchen das Verhältnis zwischen dem Pool und dritten Parteien geregelt wird³⁹³.

1. Struktureller Aufbau von Pools

a) Vorbereitende Handlungen

Bevor irgendwelche Vereinbarungen eingegangen werden, wird ermittelt, welche Schutzrechte und die damit verbundenen Rechtsinhaber in den Pool einbezogen werden sollen/müssten, um das Funktionieren zu gewährleisten. Diese basieren auf Informationen, die u. a. im Standardisierungsprozess offengelegt wurden, bei F&E-Pools basieren sie hingegen auf der Zielsetzung des einzelnen F&E-Projekts. Sobald allen Parteien eine Zusammenarbeit wirtschaftlich sinnvoll erscheint oder sie sich durch den Standardisierungsprozess zur Zusammenarbeit verpflichtet haben, ist es üblich, im Vorfeld vorbereitende Vereinbarungen abzuschließen, die *preliminary*

³⁹¹ Vertragsparteien steht es jedoch frei, Zusatzvereinbarungen zu treffen, um die einzelnen Interessen (wie z. B. Geheimwahrung des gepoolten Know-hows) zu sichern.

³⁹² UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 4.1 u. 4.2.

³⁹³ Königs, 93 f.; MPEG Business review Letter, 3.

*agreement, memorandum of understanding*³⁹⁴, *letter of intent*³⁹⁵ oder *heads of agreement*³⁹⁶ heißen können³⁹⁷. Diese, speziell bei Joint-Venture anwendbaren Verträge, sind auch bei der Poolbildung ähnlich. Sie konzipieren die ersten Anhaltspunkte und Grundlagen für die späteren Unternehmungen, wobei sie aber keine Rechtsverbindlichkeit schaffen³⁹⁸. Steht das Konzept schon fest, und muss nicht zunächst mit verschiedenen Unternehmen verhandelt werden, kann es sein, dass die Grundzüge der zukünftigen Zusammenarbeit schon sehr früh in Form einer vorbereitenden Vereinbarung festgelegt werden³⁹⁹.

Zur Gewährleistung der Interessen der Parteien sind gerade Stillschweigevereinbarungen ein wichtiges Element. Während der Vorverhandlungen, sowohl bei der Schaffung von Gemeinschaftsunternehmen als auch bei einem Pool, wird der potentielle Lizenzgeber möglichst viel erfahren wollen, um prüfen zu können, ob die Unternehmung für ihn in Frage kommt. Im Gegenzug müssen auch andere am Pool beteiligte Unternehmen gewisse Einsichten in die Technologien eines potenziellen Mitglieds, die weit über die Patentanmeldung hinausgehen, haben. Dabei besteht das Risiko, dass im Laufe dieser Vorgespräche Geheimnisse von verschiedenen Seiten preisgegeben werden, d. h., dass der Verhandlungspartner Betriebsgeheimnisse unbefugt verwertet oder weitergibt und dass die Geheimnisse somit offenkundig werden. Zwar sollen genügend technische Informationen über den Wissensstand und die beabsichtigten Weiterentwicklungen gegeben werden, um das Interesse für die

³⁹⁴ Dieser Begriff wird teilweise als Vorstufe zum *letter of intent* und teilweise auch als Synonym zu diesem verwendet. Ein *Memorandum of Understanding* (MoU) dient i. d. R. zur Festlegung der Gesprächslage, weshalb seine Ausführlichkeit von dem jeweiligen Stadium abhängen wird. Im MoU werden die Grundprinzipien festgehalten. Darin wird auch die Dokumentation des ernsten Willens, aktiv zu einer endgültigen Vereinbarung zu gelangen, gesehen. Der Inhalt kann sehr detailliert sein und sich sogar im Umfang von dem des Gemeinschaftsunternehmens-Vertrags nicht wesentlich unterscheiden. Im MoU können das Ziel des Vorhabens, Beiträge der Partner, Führungszusammensetzung und ihre Aufgaben, zukünftige Finanzierungsquellen etc. geregelt sein. Im MoU kann weiterhin auch festgesetzt sein, dass andere Vereinbarungen durch die Parteien später erstellt und eingereicht werden, so detaillierte *Technical Collaboration Agreements*. Altin-Sieber, 202.

³⁹⁵ Der *letter of intent* ist zwar ein signifikanter Schritt in Richtung eines endgültigen Vertragsabschlusses, ohne jedoch die Parteien an die Realisierung des Vorhabens zu binden. Vielmehr wird darin der endgültige Vertragsabschluss an Bedingungen geknüpft, die zunächst erfüllt werden müssen, wie z. B die Einholung der erforderlichen Genehmigungen von der Regierung bzw. von lokalen Behörden, usw. Er kann auch eine *deadline* festsetzen. Altin-Sieber, 203.

³⁹⁶ Im *heads of agreement*, auch *principles of agreement* genannt, wird die Einigung der Parteien über die wesentlichen Punkte ihres zukünftigen Vertragswerkes festgelegt. Er unterscheidet sich vom *letter of intent* nur unwesentlich, und wenn, lediglich in Bezug auf die formelle Gestaltung des Schriftstücks. Manchmal einigt sich zunächst die Geschäftsführung der beteiligten Unternehmen, wobei sie in kurzen sogar handschriftlichen Vermerken die *principles* oder *heads of agreement* oder *understanding* aufnehmen. Altin-Sieber, 204.

³⁹⁷ Altin-Sieber, 201.

³⁹⁸ Wicker, WA & MR 1997, 300.

³⁹⁹ Altin-Sieber, 202.

Unternehmung zu wecken, jedoch darf diese Information nicht so weitgehend sein, dass die Gefahr besteht, geheime Aspekte der Technologie offenzulegen. Dies gilt umso mehr, wenn die Lizenzgeber in dem gleichen Industriebereich tätig sind. Es ist zu prüfen, welche Regelungen für den Austausch sensibler Informationen zwischen den Parteien gelten. In oligopolistischen Märkten kann der Austausch sensibler Informationen, z. B. über Preisgestaltung⁴⁰⁰ und Umsätze, Absprachen erleichtern. Ein unabhängiger Sachverständiger oder das lizenzerteilende Organ kann hier insofern eine wichtige Rolle spielen, als sichergestellt wird, dass Produktions- und Absatzdaten, die für die Berechnung und Überwachung der Lizenzgebühren notwendig sind, nicht an Unternehmen gelangen, die sich auf den betroffenen Märkten im Wettbewerb befinden⁴⁰¹. Der Lizenzgeber muss davon überzeugt werden, dass die eigenen Patente einen adäquaten Beitrag zum geplanten Vorhaben darstellen, ohne dass eine ausführliche Offenbarung anderer Technologien stattfindet⁴⁰².

Die Frage, welche Teile der Vereinbarung unter die Geheimhaltungspflicht fallen, wenn ein Pool offen gestaltet werden soll, damit sich sowohl potenzielle Lizenznehmer als auch Lizenzgeber ein Bild über die gängige Situation machen können⁴⁰³, ist nicht leicht zu beantworten. Bevor ein Patent als essenziell beurteilt wird, werden an die Evaluatoren nicht nur die Patentschrift, sondern zum Teil auch weiterreichende Informationen gegeben. Somit ist es möglich, dass bestimmte Forschungsergebnisse einen Ein- und Ausblick auf zukünftige Vorhaben der Unternehmen bieten, gleichzeitig aber auch neuheitsschädigend für neuere Patentanmeldungen sein können. Würden solche Daten und Fakten veröffentlicht, könnten sie für die Patentinhaber selbst auch Risiken bei möglichen Verletzungen bzw. Nichtigkeitsklagen in sich bergen, da sie die Gegenpartei als Beweisstücke für mögliche Offensichtlichkeitseinsprüche benutzen kann, weshalb sie unmittelbar unter die Geheimhaltungspflicht fallen⁴⁰⁴. Ein weiterer Fall, der speziell für die US-amerikanischen Geschehnisse relevant ist, ist die Benutzung sog. *Claim Charts*. Diese vergleichen spezifische Elemente der einzelnen Patentansprüche direkt mit spezifischen Elementen des Standards. Der Patentanspruch wird diesbezüglich in einzelne Teile „seziert“ und diese werden mit dem vorherigen Stand der Technik belegt. Theoretisch besteht also das Risiko, dass im Falle konkreter Streitigkeiten diese Auslegungen benutzt und somit die Patentansprüche eingegrenzt werden⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 560.

⁴⁰¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 259.

⁴⁰² Altin-Sieber, 193.

⁴⁰³ Wolf, 72.

⁴⁰⁴ Goldstein/Kearsey, 106 f.

⁴⁰⁵ Goldstein/Kearsey, 107.

b) Poolvertrag

Der Poolvertrag, als zwischen den Patentinhabern abgeschlossene Grundvereinbarung, bildet die Basis der Zusammenarbeit und damit die erste Stufe beim Poolaufbau. Mit dem Begriff des Pools ist die Rechtsform der Vereinbarung nicht festgelegt. Es genügt ein einfacher Vertrag⁴⁰⁶ oder aber eine durchgeföhrte unternehmerische Einheit, die sich speziell für Pools anbietet, um so zu versuchen, einen Standard abzudecken. Beim Poolvertrag konsultieren die Lizenzgeber und somit auch Poolmitglieder, unter welchen Bedingungen der Pool gegründet und verwaltet werden soll⁴⁰⁷. Mit dieser horizontalen Vereinbarung legen die Lizenzgeber Ziel, Gegenstand und Modalitäten der Kooperation fest sowie ob und wenn ja, welche Aufgabenbereiche die gesondert gegründeten Einheiten (Verwalter, Evaluierungs-Mechanismus) ausführen werden. Sie bestimmen, welche Entscheidungen bzgl. des Pools sie selbst treffen wollen bzw. ausgegliedert und z.B. durch den Verwalter durchgeführt werden sollen. Der Vertrag sollte somit wesentliche Aspekte der Unternehmung inhaltlich abdecken, somit auch die Mechanismen zur Auflösung des Pools⁴⁰⁸. Die grundlegenden, hier zu treffenden Elemente, beziehen sich auf den Aufbau und die Form des Pools, die Evaluierung der Patente, die Lizenzierung und somit auch auf eine periodische Überprüfung der Lizenzbedingungen sowie der Patente. Es werden demnach sowohl organisatorische, technische, wirtschaftliche als auch rechtliche Aspekte des Pools geregelt.

aa) Mitgliedschaft

Bei Gründung eines Patentpools ist es wichtig, die Mitgliedsbestimmung so zu realisieren, dass der zugrunde liegende Zweck der relevanten Patentbereitstellung im Vordergrund steht. Demnach ist es wichtig, die wesentlichen Patentinhaber als primäre Mitglieder in den Pool einzubinden. Neben den Patentinhabern kommt ferner der Inhaber der ausschließlichen Lizenz am Patent als Poolmitglied in Betracht, wobei dies in der Praxis eher die Ausnahme ist⁴⁰⁹. Die Vereinbarung muss von vornherein gewährleisten, dass die Unternehmen Möglichkeiten erwägen, weitere Mitglieder in den Pool aufzunehmen. Ein Pool muss technische und wirtschaftliche Aspekte berücksichtigen, um die Beteiligung weiterer Lizenzgeber am Pool sicherstellen zu können (der Pool „wächst“), bzw. dass sich der Pool veränderten Marktbedingungen anpassen kann⁴¹⁰. Darum soll ein Pool „Offenheit“ sicherstellen⁴¹¹, um zu gewährleisten, dass er sich immer stärker durch einen uneinge-

⁴⁰⁶ Bspw. im Sinne der Art. 705 ff. BGB.

⁴⁰⁷ Slobod, 13.

⁴⁰⁸ Altin-Sieber, 215.

⁴⁰⁹ Königs, 97.

⁴¹⁰ Slobod, 14.

⁴¹¹ Pools mit starker Marktstellung sollten offen sein und Gleichbehandlung gewährleisten, Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 249; Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1717 ff.

schränkten Zugriff auf dem Markt etabliert und somit der erleichterte Zugriff den technischen Fortschritt garantiert⁴¹². Es gilt hier, das Prinzip der Offenheit gegenüber neuen Rechten sicherzustellen und somit zu gewähren, dass sich ein Pool auch gegenüber Änderungen im Technologiemarkt anpasst⁴¹³, um mögliche Innovationsschübe zu stimulieren⁴¹⁴. Dies ist jedoch ein komplizierter Prozess, da es einer konstanten Evaluierung des Marktes und der jeweiligen Technologien/Patente bedarf, was wiederum nach einer Restrukturierung des Pools verlangt, die von den Mitgliedern nicht immer begrüßt wird⁴¹⁵.

Die Dauer der Mitgliedschaft hängt von der Laufzeit der jeweiligen Rechte im Patentpool ab. Sie richtet sich üblicherweise nach der Laufzeit des jüngsten Patents, kann aber auch auf einen kürzeren Zeitraum limitiert werden⁴¹⁶. Dabei muss aber auch berücksichtigt werden, dass den Mitgliedern das Austrittsrecht begrenzt werden kann. Dies ist nur nachvollziehbar, da somit dem Interesse entgegengewirkt werden soll, dass bei einem Patent, welches sich auf dem Markt durchgesetzt hat, ein Mitglied aus dem Pool austritt, woraufhin das Lizenzpaket unvollständig würde. Das austretende Poolmitglied strebt damit die Erhöhung der Lizenzgebühr an. Dritte, welche die gepoolten Technologien bereits lizenziert haben (oder dies beabsichtigen), müssten sich zwischen höheren Investitionskosten oder der höheren Lizenzgebühr entscheiden. Um dem entgegenzutreten und zugleich die Patentinhaber nicht übermäßig einzuschränken, besteht die dem Patentpool erteilte einfache Lizenz mit der Berechtigung zur Vergabe von Unterlizenzen bei fortlaufender anteiliger Vergütung fort⁴¹⁷.

bb) Leitung

Die Mitglieder können bestimmte Fragen von vornherein im Poolvertrag regeln oder aber *ad-hoc*-Entscheidungen den Organen des Pools bzw. dem Administrator überlassen⁴¹⁸. Je nach Fall können die Entscheidungsträger im Pool die Mitglieder selbst sein, oder aber wird dies dem Pooladministrator bzw. unabhängigen Sachverständigen übertragen. Bei der Einsetzung eines Pooladministrators ist dieser, im Rahmen der ihm zugewiesenen Kompetenzen, befugt, den Pool gegenüber Dritten zu vertreten.

⁴¹² *Slobod*, 15.

⁴¹³ In praktischer Umsetzung ist keine kontinuierliche Öffnung zwingend, die jederzeit einen Beitritt ermöglicht, sondern vielmehr eine in periodischen Abschnitten erfolgende; s. *Königs*, 101.

⁴¹⁴ *Scotchmer*, 178; *Lévéque/Ménière*, 1 ff.

⁴¹⁵ *Scotchmer*, 178; *Lévéque/Ménière*, 1 ff.

⁴¹⁶ *Slobod*, 12; *Königs*, 97.

⁴¹⁷ *Königs*, 100.

⁴¹⁸ *Hahn*, GRUR 1968, 411.

Bei Pools, welche durch ein Gemeinschaftsunternehmen geschaffen werden⁴¹⁹, kann die Einflussnahme auf den Pool über dessen Gesellschaftsorgane stattfinden. Daher richten sich die Interessen der Mitglieder in erster Linie darauf, die geschäftsführenden Organe mit Personen aus dem eigenen Unternehmen zu besetzen⁴²⁰. Wenn sich die Gremien des Pools aus Personen zusammensetzen, die unterschiedliche Interessen vertreten, dann ist es wahrscheinlicher, dass die Bedingungen für die Lizenzvergabe und die Lizenzgebühren offen sind⁴²¹, keine Ungleichbehandlung zulassen und den Wert der lizenzierten Patente widerspiegeln⁴²². Die rechtliche Struktur der Leitung und Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens ist in den Grundzügen durch zwingendes nationales Gesellschafts- oder Investitionsrecht vorgegeben. Zu unterscheiden sind zwei Modelle: zum einen das aus dem deutschen Recht bekannte Aufsichtsratssystem, „dualistisches System“ (*two-tier*) genannt, bei dem die Verwaltung der Gesellschaft in den Händen der beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrat liegt, und das im anglo-amerikanischen Gesellschaftsrecht bekannte, vom „monistischen System“ (*one-tier*) ausgehende Verwaltungsratssystem, das ein einziges Verwaltungsorgan mit gebündelten Leitungs- und Kontrollfunktionen vorsieht⁴²³. Bei beiden Modellen ist das oberste Organ die Hauptversammlung⁴²⁴. Diese besteht bei einem Pool aus den Lizenzgebern, welche bspw. nach dem monistischen System⁴²⁵ das *Board of directors* wählen, welches die gewählte höchste Aufsichts- und Verwaltungsinstanz ist⁴²⁶. Die zahlenmäßige Zusammensetzung des *Boards* wird gewöhnlich proportional zum Verhältnis der Kapitalbeteiligung geregelt⁴²⁷. Beim Pool hingegen entscheiden Menge und Relevanz der Patente das Stimmengewicht des jeweiligen Mitglieds im Gemeinschaftsunternehmen. Paritätische Besetzungen sind oftmals mit Problemen einer Pattsituation verbunden, wodurch der Geschäftsablauf im Gemeinschaftsunternehmen gehemmt wird. Diesem Problem kann ausgewichen werden, indem im Gründungsvertrag ein

⁴¹⁹ Bspw. Pools, welche speziell für F&E-Vorhaben geschaffen werden.

⁴²⁰ Altin-Sieber, 221.

⁴²¹ Wolf, 71.

⁴²² Dies wirft auch die Frage auf, ob sich der Pool somit zu einer *liability rule* wandelt. Dies gilt es primär zu verneinen, denn auch wenn der Pool durch Personen, die unterschiedliche Interessen vertreten, geleitet wird, haben die Patentinhaber ein gewichtiges Mitspracherecht. *Merges*, Cal. Law Rev. 1996, 1302 ff.

⁴²³ Dabei ist anzumerken, dass die Organe und deren gesetzliche Kompetenz in den verschiedenen Rechtssystemen ganz unterschiedlich ausgestaltet sein können.

⁴²⁴ Altin-Sieber, 222.

⁴²⁵ Da die meisten Pools in den USA gegründet wurden, sind sie dementsprechend auch nach diesem Rechtssystem geschaffen.

⁴²⁶ Das *Board of directors* bestellt das Management, überwacht dessen Geschäftsführung und entscheidet über Grundsatzfragen, Altin-Sieber, 224.

⁴²⁷ Altin-Sieber, 225.

Lösungsmechanismus für solche Situationen festgelegt wird, bspw. dass bei Stimmgleichheit die Stimme des *Board*-Vorsitzenden⁴²⁸ entscheidend sein soll.

cc) Interne Streitbeilegung

Da Poolmitglieder im gleichen technischen Bereich tätig sind und konkurrieren, besteht eine interne Konfliktgefahr⁴²⁹. Bei der Gestaltung eines Pools ist eines der Ziele der Parteien, die potenziellen Konfliktbereiche zu identifizieren und einen akzeptablen Streitbeilegungsmechanismus festzulegen⁴³⁰, um diese schnellstmöglich zu lösen bzw. im äußersten Fall einer Auflösung der Vereinbarungen entgegenzuwirken⁴³¹. Deswegen werden Einsprüche gegen die Patentanmeldung, Nichtigkeitsklagen und Verletzungsverfahren vertraglich für Poolmitglieder untereinander abbedungen⁴³², um den Frieden innerhalb des Patentpools und damit dessen Funktionsfähigkeit zu wahren⁴³³. Sollte es trotzdem zu Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern kommen, wird versucht, diese zunächst durch Verhandlungen intern zu lösen. Ist dies nicht möglich, wird anstatt eines langwierigen Gerichtsverfahrens vorgesehen, dass Mitglieder ein Schiedsgericht heranziehen. Zu den allgemeinen Vorzügen des schiedsgerichtlichen Verfahrens gehören insbesondere Schnelligkeit, Diskretion, Wahl eines sachverständigen Richters in dem speziellen Bereich sowie freundliche Atmosphäre schiedsgerichtlicher Verhandlungen⁴³⁴. Hinzu kommt auch die Möglichkeit der freien Rechtswahl. Nachteil ist dabei der Kostenaspekt (die Gebühren der internationalen Schiedsgerichtsinstitionen, die Richter des Schiedsgerichts, die Kosten für Übersetzung etc.), welcher die Kosten der Gerichtsinstanzen übersteigt⁴³⁵. Der Schiedsgerichtsbarkeit sind allerdings gewisse Grenzen gesetzt. So kann ein Schiedsgericht nicht entscheiden, ob Immaterialgüterrechte gültig oder nichtig sind. In diesem Falle sind die zuständigen nationalen Gerichte aufzusuchen⁴³⁶.

⁴²⁸ Die Stellung des Vorsitzenden (*chairman/president*) und seiner Stellvertreter (*vice-chairman*) sind die wichtigsten Regelungspunkte bzgl. der Zusammenstellung des Boards, und zwar nicht nur im Hinblick auf Pattsituationen, sondern auch in vertretungsrechtlicher Hinsicht, denn in der Praxis wird die Vertretungsbefugnis, die dem *Board of directors* zusteht, häufig auf den Board-Vorsitzenden übertragen. *Altin-Sieber*, 225.

⁴²⁹ *Königs*, 99.

⁴³⁰ Eine neutrale Streitbeilegung ist wahrscheinlicher, je unabhängiger die mit der Streitbeilegung betrauten Gremien oder Personen vom Pool und seinen Mitgliedern sind; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 258.

⁴³¹ *Wicker, WA & MR* 1997, 303.

⁴³² *Neumeyer*, 25.

⁴³³ *Königs*, 99.

⁴³⁴ *Altin-Sieber*, 236.

⁴³⁵ WIPO, Joint Inventive Activity Guide, 53.

⁴³⁶ WIPO, Joint Inventive Activity Guide, 55.

dd) Verletzungsklagen gegen Dritte

Die Mitglieder setzen sich mit der Teilnahme am Pool auch einem gewissen Risiko aus. Sie sind diejenigen, die sich üblicherweise in den Patentverletzungsverfahren als Partei befinden⁴³⁷. Im Poolvertrag wird bestimmt, wer die Verletzung eines Poolpatents verfolgt. Dabei können die Entscheidung über mögliche Gerichtsverfahren sowohl der Pool selbst, in Form des Administrators, oder die Mitglieder treffen⁴³⁸.

Besonders der Administrator wird hier in den Vordergrund gelangen, da sowohl Lizenzgeber als auch Lizenznehmer mit ihm kommunizieren und ihn somit über mögliche Verletzungen informieren. Hingewiesen auf mögliche Verletzte, kontaktiert der Administrator zunächst diese und versucht, in seiner Rolle als Lizenzverwalter, den Verletzer von der Annahme einer Lizenz zu überzeugen. Wird kein Lizenzvertrag geschlossen, leitet der Administrator die nötigen Informationen an die Lizenzgeber bzw. die Inhaber der Rechte weiter, damit diese weitere rechtliche Schritte unternehmen können, bzw. je nach Rechtslage sogar der Administrator selbst die Schritte einleitet.

Infolge der wirtschaftlichen Verflechtung von Verletzer und Poolmitglied auf Produkt-, Technologie- und Innovationsmärkten kann es zu einem Interessenkonflikt kommen, wenn das Poolmitglied an rechtlichen Schritten gegen den Verletzer kein Interesse hat, da es Vertragsbeziehungen zum Verletzer pflegt, gleichzeitig aber der Patentpool das Verletzungsverfahren durchführen möchte⁴³⁹. Gegen den Willen des Patentinhabers kann ein Pool das Verletzungsverfahren nicht führen⁴⁴⁰. Auch eine umgekehrte Konstellation ist denkbar, bei welcher ein Pool kein Interesse an einem Rechtsstreit hat. Hier ist es jedoch möglich, dass das Mitglied selbstständig gegen den Verletzer vorgehen würde⁴⁴¹.

In vielen Fällen haben die Patentpools bzw. die Mitglieder ihre Patentprozesse mit den sog. *litigation funds*⁴⁴² finanziert, zu denen die Mitglieder anteilmäßig beizusteuern hatten. Dies ist aus Sicht des Pools von Vorteil, denn Patentverletzungsklagen oder Nichtigkeitsklagen werden vor den jeweiligen einzelnen nationalen Gerichten verhandelt, was zugleich ein Kostenanstieg bedeutet. Bei standardisierten Pools, die normalerweise mehrere Länder umfassen, können diese Kosten drastisch steigen.

⁴³⁷ Choi, IER 2010, 441 ff.

⁴³⁸ Slobod, 18; Goldstein/Kearsey, 404; Isay, 23; Königs, 98.

⁴³⁹ Das Interesse eines Pools bestünde in der Abschreckungswirkung und um Schadensersatz zu erlangen.

⁴⁴⁰ Königs, 99.

⁴⁴¹ Königs, 99.

⁴⁴² Aufgrund der hohen Kostengefahr, weil es bei einem weltweit fungierenden Pool zu einer Verletzung theoretisch überall kommen kann, schaffen die Mitglieder einen Prozessfonds. Dieser wird durch einen bestimmten Anteil der Lizenzgebühren finanziert und soll ermöglichen, dass der Pool, im Falle von Konflikten, auf dieses Geld zugreifen könnte; s. Slobod, 19.

Litigation funds haben sich jedoch als ein geeignetes Mittel im Kampf gegen außenstehende Wettbewerber erwiesen⁴⁴³, zum Teil auch als unlauteres Mittel. Durch die finanzielle Stärke solcher *litigation funds* können Pools trotz bekannter oder grob fahrlässig nicht erkannter Ungültigkeit der eigenen Patente, Klagen einreichen. Wenn der Zweck der Streitigkeit nicht die endgültige gerichtliche Feststellung über die Patentverletzung ist, dient die Klage⁴⁴⁴ als Druckmittel, um den Beklagten zur Annahme einer Lizenz zu bewegen. Zweck und Wirkung von *litigation funds* müssen deshalb so konzipiert sein, dass ihr Wirken keine wettbewerbswidrige Prozesspolitik von Pools darstellt⁴⁴⁵.

ee) Verteilung der Lizenzeinnahmen

Ein weiteres Element, das die Lizenzgeber bei der Poolgründung besprechen, ist die Aufteilung der Lizenzeinnahmen⁴⁴⁶. Unternehmen, die sich als Lizenzgeber am Pool beteiligen, erhoffen sich durch die Lizenzeinnahmen finanzielle Gewinne⁴⁴⁷. Somit ist dies ein Schwerpunkt, da neben dem Aspekt der Bündelung der relevanten Rechte, das wirtschaftliche Interesse und somit der Erfolg des Pools abhängt⁴⁴⁸. Dabei werden in der Literatur besonders zwei Modelle hervorgehoben: (1) Grundsatz numerischer Proportionalität und (2) wertorientierte Einnahmeverteilung.

(1) Grundsatz numerischer Proportionalität

Nach dem Grundsatz der numerischen Proportionalität werden alle in den Patentpool eingebrachten Patente numerisch mit dem gleichen Wert veranschlagt, d. h. für jedes Patent wird der prozentual im Verhältnis zur Anzahl der anderen im Patentpool enthaltenen Patente zustehende Lizenzentrag zugeteilt⁴⁴⁹. Dabei werden die Lizenzeinnahmen für jedes Land, in dem die Technologie durch Poolpatente geschützt wird, separat aufgeteilt, um nicht die Patente derselben Patentfamilie zu

⁴⁴³ So bspw. *Kobe, Inc. vs. Dempsey Pump Co.*, 198 F.2d 416 (10th Cir. 1952); *U.S. vs. Vehicular Parking Ltd.*, 54 F.Supp. 828 (D.Del. 1944); *U.S. vs. General Instrument Corp.*, 87 F.Supp. 157 (D. N. J. 1949).

⁴⁴⁴ Das Gleiche gilt, wenn Patentverletzungsklagen nur angedroht werden, um den Verletzer zum Einlenken zu bewegen.

⁴⁴⁵ *Schulte* 1971, 138, *Lampe/Moser*, 9 f.

⁴⁴⁶ *Verbeure et al.*, TiBTECH 2006, 116; *Slobod*, 13; *Bekkers/Iversen/Blind*, 15; *Layne-Farrar/Lerner*, 296; für eine Übersicht *Serafino*, 2 ff.

⁴⁴⁷ Dies ist jedoch nicht immer so, denn zum Teil können Lizizen eines Pools ohne Gebühren vergeben werden; s. *Layne-Farrar/Lerner*, 297 f., mit Hinweis auf den *Bluetooth pool*.

⁴⁴⁸ *Verbeure et al.*, TiBTECH 2006, 118 f.

⁴⁴⁹ Ein Beispiel für eine solche Bemessungsgrundlage ist, die gesamten Lizenzeinnahmen durch die jeweilige Anzahl an Patenten zu teilen, um den Lizenzinhabern die entsprechenden Anteile zukommen zu lassen. Im MPEG-2 Pool wird hingegen die Formel $P/N*M$ benutzt (P ist die Anzahl der Patente im Pool, N die Zahl an essenziellen Patenten, M die gesamten Lizenzeinnahmen im jeweiligen Land); s. *Layne-Farrar/Lerner*, 296 ff.

summieren und um die unterschiedlich starke Patentabdeckung in den einzelnen Ländern bei der Verteilung einzubeziehen⁴⁵⁰.

Für die Patentinhaber setzt diese Verteilungsmethode den Anreiz⁴⁵¹, möglichst viele Patente in den Pool zu integrieren, um den Anteil an den Lizenzeinnahmen zu erhöhen⁴⁵². Besteht das Portfolio ausschließlich aus komplementären Patenten⁴⁵³, scheint die numerisch proportionale Einnahmeverteilung infolge der Gleichwertigkeit der Komplemente hinsichtlich der ermöglichten Nutzung der vollständigen Technologie im Unterschied zu substituierbaren Patenten sinnvoll⁴⁵⁴. Enthält das Portfolio jedoch substituierbare Patente, wird die numerisch proportionale Einnahmeverteilung Inhaber komplementärer Patente von der Poolmitgliedschaft abhalten⁴⁵⁵.

(2) Wertorientierte Einnahmenverteilung

Alternativ zur numerisch proportionalen Bewertung der eingebrachten Patente kann differenziert für jedes Patent ein konkreter Wert bestimmt werden, entweder nach der *Efficient Competent Pricing Rule* (ECPR)⁴⁵⁶ oder dem *Shapley Value Approach*⁴⁵⁷. Bei der ECPR ist jede Komponente der Wertbestimmung, an der sich die Einnahmenverteilung orientiert, unter der Maßgabe wirtschaftlicher Effizienz zu bestimmen⁴⁵⁸. Der *Shapley Value Approach* sieht vor, dass in einem ersten Schritt die Poolmitglieder in Gruppen gleichartiger Patentinhaber koalieren, denen im zweiten Schritt ein Wert zugewiesen wird, nach dem sich der Lizenzeinnahmenanteil bemisst⁴⁵⁹. ECPR und die *Shapley Value* Methode unterscheiden sich in ihrer Konzeption erheblich. Die ECPR geht von effizientem Verhalten zugunsten von Konkurrenzfähigkeit aus, während beim *Shapley Value Approach* die Zuteilung in gleicher Höhe auf dem Fairnessgrundsatz, frei von Effizienzüberlegungen, basiert. Bewertungskriterien können bspw. die Anzahl der Verletzungen des Patents⁴⁶⁰, die Anzahl der Patentansprüche aus dem Patent oder die verbleibende Patentdauer sein. Ferner kann

⁴⁵⁰ Layne-Farrar/Lerner, 294 ff.; Fräßdorf, 321; Königs, 108, 265 f.

⁴⁵¹ Solch Anreiz besteht nicht bei F&E-orientierten Pools, die eine wertorientierte Einnahmenverteilung bevorzugen.

⁴⁵² Baron/Delcamp, 6; Layne-Farrar/Lerner, 294; Königs, 265.

⁴⁵³ Zum Unterschied zwischen den einzelnen Patenten siehe hinten B.III.1.d)bb) u. C.III.2.b)(cc)(2).

⁴⁵⁴ Königs, 265.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Diese Methode wurde in regulierten Industrien entwickelt und dient der Berechnung des Preises für einen Input, welcher bislang keinem Wettbewerb ausgesetzt war. Baumol, Int. J. Trans. Econ. 1983, 341 ff.; Economides/White, AB 1995, 557 ff.; Weismann, 3 f.; Layne-Farrar/Padilla/Schmalensee, ALJ 2007, 671 ff.; Königs, 108 f.

⁴⁵⁷ Layne-Farrar/Padilla/Schmalensee, ALJ 2007, 671 ff.

⁴⁵⁸ Königs, 108 f.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ Slobod, 20.

die Tatsache, ob das Patent als wesentlich oder substituierbar ist, als Kriterium⁴⁶¹ herangezogen werden⁴⁶².

Nachteil dieser konkreten Bewertung ist der erhebliche Verhandlungs- und Verwaltungsaufwand und die diffizile Anwendung der objektiven Kriterien. Dabei ist der Vorteil eindeutig, dass durch die Privilegierung höherwertiger Patente auch die Attraktivität des Poolportfolios für Lizenzgeber steigt, da substituierbare Patente im Vergleich zu wesentlichen Patenten nicht numerisch proportional überbewertet werden. Die wertorientierte Einnahmenverteilung ermöglicht es so, den technischen Beitrag des Patents zur Technologie zu berücksichtigen⁴⁶³.

ff) Rechtsform des Patentpools

Da, wie bereits beschrieben, der Patentpool keine vorgeschriebene Form haben muss, bleibt es den Mitgliedern überlassen, ob diese einen Administrator schaffen bzw. einen existenten Administrator auswählen oder aber die Lizenzen als Paket durch einen Lizenzinhaber unterlizenziieren. Im Folgenden wird auf einige der Rechtsformen von Poolstrukturierung eingegangen, da insofern eine spezifische Gesellschaftsform als Gemeinschaftsunternehmen für die Poolstruktur gewählt wird, diese das jeweilige nationale Recht anwendet.

(1) Wirtschaftliche Gemeinschaft

Bereits ein Vertrag kann alle Gegenstände, die für einen Pool benötigt werden, regeln⁴⁶⁴. Ein einfaches Beispiel eines solchen Pools ist die Vereinbarung bzgl. der CD/R⁴⁶⁵. Solcherlei wirtschaftliche Gemeinschaft kann nicht als gesellschaftsrechtliche Form der Poolung betrachtet werden, da zwar stets ein gemeinsamer Vertrag und häufig ein gemeinsamer Zweck besteht, nicht jedoch ein gemeinsames, dem anderen Partner gegenüber gebundenes Vermögen wie bei der juristischen Gemeinschaft. Gesellschaftsrechtliche Bestimmungen (wie bspw. die Treuepflicht

⁴⁶¹ So z.B. im Flugzeug-Pool; s. *Manufacturers Aircraft Association, Inc. vs. U.S.*, 77 Ct.Cl. 481 (1933).

⁴⁶² Königs, 109 f.

⁴⁶³ Königs, 266 f.

⁴⁶⁴ So sind z.B. Kernpunkte eines reinen Vertragspools, bei dem es darum geht, dass es zu keinen gegenseitigen Patentklagen bzgl. gewisser (spezifizierter) Produkte kommt: „*Company A and Company B mutually covenant not to sue each other for Infringement of any patents that the now hold, or ever acquire, related to the others Party's making, using or selling specified Products*“; „*Neither Party has an ownership right to the other Parties patents, including but not limited to the right to sublicense third parties*“; „*This agreement cannot be transferred to a third-party acquirer of one Party's assets without consent from the other Party*.“; s. Ewing, Patentpools.

⁴⁶⁵ *U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005); *U.S. Philips Corp. vs. Princo Corp.*, 173 Fed. Appx 832 (Fed. Cir. 2006); *In Re Princo Corporation and Princo America Corporations* 478 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2007).

oder das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund) können deshalb nur noch im Wege der Analogie unter Würdigung des Einzelfalles zur Anwendung kommen⁴⁶⁶.

(2) Doppelgesellschaft

Die Gestaltung eines Pools mit gesellschaftsrechtlichen Aspekten ist ein weitaus schwierigerer Prozess, weil die Mitglieder eine Struktur haben wollen, welche ihnen bestimmte Entscheidungskompetenzen zulässt⁴⁶⁷.

Eine bei Gemeinschaftsunternehmen vorkommende und für Pools anwendbare unternehmerische Struktur ist die Doppelgesellschaft. Diese liegt vor, wenn zwei oder mehrere Personen zwei Gesellschaften bilden und diese zu einem wirtschaftlich einheitlichen Gebilde werden, wobei die eine Gesellschaft als abhängiges geschäftsführendes Organ der anderen tätig ist. Dabei besteht sie aus einer Grundgesellschaft und einer Organgesellschaft⁴⁶⁸. Die Kapitalgesellschaft wird z. B. nach dem deutschen Recht als GmbH errichtet. Sie dient als rechtliches Instrument zur Ausführung dessen, was in der Grundvereinbarung der Partner festgelegt worden ist. Durch die konsortialen Vereinbarungen der Partner entsteht zwischen diesen eine BGB-Gesellschaft, die sog. Grundgesellschaft. In dieser konsortialen Grundvereinbarung werden inhaltlich die entscheidenden Weichen für das Gemeinschaftsunternehmen gestellt. Folglich kann man, was die wirtschaftliche Funktion der beiden Regelungswerke betrifft, von einer Dominanz der personengesellschaftsrechtlichen Konsortialbeziehung gegenüber der kapitalgesellschaftsrechtlichen Organisation sprechen. Die Kapitalgesellschaft hat nur eine dienende Funktion, die Personengesellschaft beherrscht das Geschehen aus dem Hintergrund und lenkt die auf der Bühne der Kapitalgesellschaft agierenden Figuren⁴⁶⁹.

Offensichtlich genügt weder die einfache BGB-Gesellschaft noch die Kapitalgesellschaft für sich allein genommen, um die wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens hinlänglich, entsprechend dem Willen der Partner, zu regeln. Die Funktion der Kapitalgesellschaft besteht in der organisatorischen Verstärkung der lediglich vertraglichen Grundverbindung zwischen den Partnern. Durch die einfache BGB-Gesellschaft wird dagegen ermöglicht, dass die Parteien beliebiges Tun oder Unterlassen vereinbaren und diese Vereinbarungen geheimgehalten werden können. Allemaal geht es darum, die beiden Mitgliedschaften zu koppeln, die Kompetenzen der beteiligten Geschäftsführungen abzugrenzen und die Dauer der beiden Gebilde aufeinander abzustimmen. Die Vorteile der Doppelgesellschaft liegen darin, dass sich die positiven Seiten der beteiligten Elementgesellschaften sinnvoll zusammenfügen lassen, wenn man diese Abstimmungsarbeit erfolgreich bewältigt⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ *Henn*, 93.

⁴⁶⁷ *Bollig*, 11.

⁴⁶⁸ *Altin-Sieber*, 239.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Altin-Sieber*, 239 f.

(3) Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung

Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)⁴⁷¹ ist die bislang einzige, durch Unionsrecht begründete und ausgestaltete, supranationale Gesellschaftsform. Sie stellt die personenrechtliche Parallel zur Europäischen Aktiengesellschaft dar, die allerdings erst wesentlich später ins Leben gerufen wurde⁴⁷². Die EWIV existiert in allen Mitgliedstaaten der EU mit identischem Erscheinungsbild⁴⁷³, ist allerdings bezüglich einiger Details in das jeweilige nationale Recht des Sitzstaates eingebettet⁴⁷⁴. Sie ist zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Kooperation von kleinen und mittleren Unternehmen geschaffen worden, kann jedoch auch von großen Unternehmen und Freiberuflern genutzt werden und schließt öffentlich-rechtliche Einrichtungen nicht aus. Die EWIV ist, da organschaftlich verfasst, mehr als eine Arbeitsgemeinschaft; sie belässt jedoch den Mitgliedern ihre rechtliche und finanzielle Selbstständigkeit und ist damit weniger als eine Unternehmensfusion. Die unbeschränkte persönliche Haftung der Mitglieder reiht die EWIV in die Gruppe der Personengesellschaften ein⁴⁷⁵. Anwendungsbeispiele finden sich besonders im Dienstleistungsgewerbe (Bündelung von Know-how, wirtschaftliche und technische Zusammenarbeit)⁴⁷⁶. Vorteile der Gründung einer EWIV für die Zusammenarbeit mit Partnern im Ausland liegen zunächst in der Einheitlichkeit der Rechtsform in allen Mitgliedstaaten der EU. Eine grenzüberschreitende Tätigkeit wird damit möglich, ohne sich auf die Unwägbarkeiten fremder Rechte oder des internationalen Schuld- oder Gesellschaftsrechts einlassen zu müssen. Die EWIV ist in einfacher Weise, ohne Formalia und ohne hohe Kosten zu gründen, wieder aufzulösen bzw. in andere Rechtsformen zu überführen. Sie braucht kein Gründungskapital und kann unter Wahrung ihrer Identität ihren Sitz von einem Mitgliedstaat in einen anderen verlegen. Der EWIV steht eine breite Palette wirtschaftlicher Aktivitäten offen. Sie kann Freiberufler mit Unternehmen, öffentlich-rechtliche mit privatrechtlichen Zusammenschlüssen, große Unternehmen mit kleinen kombinieren, ohne dass die Unabhängigkeit der Mitglieder eingeschränkt wird. Sie kann die Vorteile von Gemeinschaftsunternehmen nutzen, wie die Ausgliederung einzelner Betriebsteile, Spezialisierungen, Synergie-Effekte usw.⁴⁷⁷ Auch Werbeeffekte können eine Rolle

⁴⁷¹ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. 7. 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. L 199/1.

⁴⁷² Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1; Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. 10. 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294/22.

⁴⁷³ Wenngleich mit unterschiedlicher Bezeichnung, so z. B. engl. *European Economic Interest Grouping*, frz. *groupement d'intérêt économique européen* etc.

⁴⁷⁴ Zahorka, 11.

⁴⁷⁵ Hakenber, in: Ebenroth et al., EWIV, Rn. 1.

⁴⁷⁶ Hakenber, in: Ebenroth et al., EWIV, Rn. 9.

⁴⁷⁷ Zahorka, 20 f.

spielen⁴⁷⁸. Der Nachteil der EWIV zeigt sich in der unbeschränkten Haftung der Mitglieder bzgl. der Verbindlichkeiten der EWIV. In der Praxis wird Wert darauf gelegt, den Zweck einer EWIV von Anfang an präzise zu formulieren⁴⁷⁹, um das Haftungsrisiko durch eine Einschränkung der Befugnisse der Geschäftsführung im Innenverhältnis praktisch zu verringern⁴⁸⁰. Eine faktische Haftungsbeschränkung lässt sich ansonsten lediglich durch die entsprechende rechtliche Ausgestaltung der Mitglieder erreichen. Ein großer Nachteil der EWIV liegt darin, dass sie auf Hilfstatigkeiten beschränkt sein muss und keinen primären Gewinnerzielungszweck haben darf. Da es der EWIV des Weiteren verboten ist, als Holdinggesellschaft zu fungieren, Leitungsmacht auszuüben und sich an einer anderen EWIV zu beteiligen, ist sie zu Konzernumstrukturierungen und Gewinnverlagerungen ebenfalls nicht geeignet⁴⁸¹.

c) Administratoren-Vereinbarung

Ein Administrator leitet den Pool und somit auch das normale „*day-to day*“ Geschehen. Es obliegt ihm aber auch, den Pool innerhalb der Industrie zu vermarkten⁴⁸². Sein Verhältnis zu den Mitgliedern wird durch eine Vereinbarung geregelt⁴⁸³. Das Verhältnis der Mitglieder untereinander und das Verhältnis der Mitglieder zum Administrator basieren auf zwei unterschiedlichen Verträgen⁴⁸⁴, werden aber als einheitlicher Teil des Pools angesehen⁴⁸⁵. Typischerweise⁴⁸⁶ erfolgt eine nicht ausschließliche Lizenz mit der Genehmigung an den Administrator, Unterlizenzen⁴⁸⁷ zu verteilen⁴⁸⁸. Dabei haben die Mitglieder das Recht, eigene Lizensen bzgl. ihrer in den Pool gebrachten Patente zu erteilen. Diese Freiheit ermöglicht mehrere Optionen für Lizenznehmer, indem sowohl vom Pool als auch von den Mitgliedern die Patente lizenziert werden können, was ebenfalls Wettbewerbsvor-

⁴⁷⁸ *Hakenber*, in: Ebenroth et al., EWIV, Rn. 7.

⁴⁷⁹ *Zahorka*, 12.

⁴⁸⁰ *Zahorka*, 9.

⁴⁸¹ *Hakenber*, in: Ebenroth et al., EWIV, Rn. 8.

⁴⁸² *Slobod*, 17.

⁴⁸³ *Slobod*, 13; *Bekkers/Iversen/Blind*, 15.

⁴⁸⁴ *Bollig* sieht deshalb, dass ein Pool nur aus zwei Elementen besteht: (1) dem Gesellschaftsvertrag, (2) der Übertragung und Lizenzierung der Patente, *Bollig*, 40.

⁴⁸⁵ Bewiesen durch Berücksichtigung und Analyse des Administrators in den Business review letters des DoJ MPEG Business review Letter, 3.

⁴⁸⁶ Der Administrator kann aber auch verlangen, dass die Patentinhaber sämtliche für den Pool relevanten Patente an diesen übertragen, um so Sinn und Zweck des Pools zu wahren; s. *Slobod*, 14.

⁴⁸⁷ Dabei zeichnet sich also ab, dass eine Lizenzänderung nicht vom Lizenzadministrator durchgeführt, sondern nur durch vertragliche Gestaltung der Lizenzgeber vorgenommen werden kann.

⁴⁸⁸ *Slobod*, 13 f.

teile mit sich bringt⁴⁸⁹. Jedoch behalten sich Mitglieder auch das Recht vor, in konkreten Fällen die Unterlizenzierung zu verweigern. Obwohl somit die Rechte zwar prinzipiell in das „Paket“ an Lizenzen integriert sind, werden sie vereinzelt absichtlich nicht lizenziert⁴⁹⁰. Dies gilt in Fällen, wenn die Patente Teil einer bestehenden Rechtsstreitigkeit mit dem potenziellen Lizenznehmer sind.

Der Administrator vergibt durch das ihm gewährte Recht Unterlizenzen (bzw. Außenlizenzen/Pool-Lizenzen) an Dritte, auch an die Poolgründer bzw. die Lizenzgeber selbst. Gerade weil die technischen Belange⁴⁹¹ und durch die Einigung der Lizenzgeber auch die grundlegenden rechtlichen Belange geklärt wurden, ist es Aufgabe des Administrators, sich um die wirtschaftlichen Aspekte zu kümmern⁴⁹². Der Administrator hat den Vorteil, dass er ein Paket essenzieller Patente anbietet, die sonst keiner in der Art verwaltet, wobei er aufgrund seiner Position und seines Marktverständnisses potenzielle Lizenznehmer identifizieren kann⁴⁹³. Die Veräußerung der Lizenzen kann durch die bereits existenten Kooperationen zwischen den Unternehmen erleichtert werden⁴⁹⁴.

Der Administrator ist für die Einhaltung der Verträge aus den Poolvereinbarungen und das Funktionieren des Pools zuständig⁴⁹⁵, ohne dabei irgendein Mitglied zu bevorzugen⁴⁹⁶. Da die Poolmitglieder in der Regel als Wettbewerber auf den Technologie-, Produkt- und Innovationsmärkten konkurrieren, muss der Administrator die Daten der Poolmitglieder, insbesondere über laufende F&E-Projekte, Preisgestaltung, Vertriebsstrukturen, geschäftliche Kontakte, vertraulich behandeln. Es ist deswegen seine Aufgabe, eine Struktur und Organisation zu gewährleisten, die

⁴⁸⁹ Slobod, 14.

⁴⁹⁰ So bspw. im MPEG-2-Lizenzvertrag: „A Licensor may instruct the Licensing Administrator to remove its patents from coverage as to a particular Licensee if that Licensee brings a lawsuit or other proceeding for infringement of an MPEG-2 Related Patent or an MPEG-2 Essential Patent against the Licensor and has refused to grant the Licensor a license on fair and reasonable terms and conditions under such patents on which the lawsuit is based (one example of which is the Licensors' per patent share of royalties payable under the License). The reason for this provision (Section 6.3) is that the License is to protect companies from being sued for using MPEG-2 but should not be used to protect a Licensee so that it can sue others; it encourages negotiation and innovation in support of the standard.“

⁴⁹¹ Bestimmung der relevanten Technologien, Identifizierung der essenziellen Technologien bzw. Definierung des Standards etc.

⁴⁹² Slobod, 17.

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Siehe empirische Analyse von Layne-Farrar/Lerner, 299 ff. bzgl. vertikal integrierter Unternehmen.

⁴⁹⁵ Die Aufgabe des Administrators besteht in der Verwaltung der Lizenzeinnahmen, d.h. diese sicherzustellen und folgend auch zu verteilen. Die Verteilung der Einnahmen durch die Lizenzgebühren erfolgt nach der formellen Bestimmung in dem Poolvertrag in entsprechender Höhe an die Lizenzgeber. Besonders arbeitsintensiv gestaltet sich diese Aufgabe, wenn der Pool industrieumspannend ist; s. Slobod, 17.

⁴⁹⁶ Slobod, 18.

keine Berührungspunkte zwischen den Unternehmensorganen der Poolmitglieder, die über wettbewerbsrelevante Informationen verfügen, zulässt⁴⁹⁷.

aa) Vergabemethode ohne Administrator

Der Pool bedarf nicht unbedingt eines Administrators⁴⁹⁸. Ein einfaches Beispiel eines Pools ohne Administrator und ohne außenstehenden Evaluator bietet der Fall der beschreibbaren CD, wie nach dem *Orange Book* bestimmt⁴⁹⁹. *Philips* diente als Administrator, war aber zugleich Inhaber essenzieller Patente, die für die Herstellung beschreibbarer und wiederbeschreibbarer CDs benötigt wurden. *Philips* bot diese Patente als Paket⁵⁰⁰ an⁵⁰¹. Potenzielle Lizenznehmer konnten keine individuellen Verhandlungen führen und auch keinen minderen Betrag verlangen, falls sie nur bestimmte Patente aus dem Pool brauchten/benutztten. Die zwei relevanten Aspekte sind, dass die beiden Unternehmen, die an der Erarbeitung der *Rainbow Books* (*Sony* und *Philips*) beteiligt waren, auch die Evaluierung und die Bestimmung der essenziellen, für den Standard relevanten Patente, vornahmen, wobei *Sony* aber *Philips* die Verwertung der Patente anvertraute. Somit übertrug er ihm nicht ausschließlich die Rechte, sondern ermächtigte ihn durch die Lizenzen und Unterlizenzen zu einer Vermarktung der am Standard beteiligten Patente. Jedoch ist eine solche Gestaltung eher selten, denn es passiert nicht oft, dass zwei Unternehmen dermaßen eng an der Erarbeitung eines Standards arbeiten und auch bei dessen Verwertung so kooperieren.

bb) Vergabemethode mit Administrator

Modell eines Patentpools, welcher einen Administrator nutzt, ist z. B. der MPEG-2-Patentpool. Die dort vorgeschriebenen Vereinbarungen werden durch MPEG-LA⁵⁰² (den Lizenzadministrator) durchgeführt⁵⁰³, der nur eine Lizenz anbietet.

⁴⁹⁷ Königs, 113.

⁴⁹⁸ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 539.

⁴⁹⁹ Das *Orange Book* ist ein Teil einer ganzen Serie von Standards, den sog. *Rainbow Books*. Das erste *Red Book* datiert ins Jahr 1982 zurück. Sie dienen als Standardfestsetzung für Technologien, die mit den Compact Discs (CD) relevant sind.

⁵⁰⁰ Zu Beginn offerierte *Philips* vier verschiedene Lizenz-Pakete von Patenten: (1) einen gemeinsamen CD-R-Patentpool mit *Sony* und *Taiyo Yuden*, (2) einen gemeinsamen CD-RW-Patentpool mit *Sony* und *Ricoh*, (3) eine CD-R Paketlizenz, die nur die Technologien von *Philips* beinhaltete und (4) eine CD-RW-Paketlizenz, die nur die Technologien von *Philips* enthielt. Nach 2001 änderte *Philips* die Paketoptionen und regruppierte sie in zwei Kategorien, welche als „essenziell“ und „nichtessenziell“ bezeichnet wurden. *U.S. Philips Corporation vs. International Trade Commission*, 424 F.3d 1179, 1182 (Fed. Cir. 2005); Etten, BTLJ 2007, 241 ff.

⁵⁰¹ Zu den Vorteilen einer Paketlizenz Etten, BTLJ 2007, 242 ff.; Homiller, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 26 ff.

⁵⁰² Dieser Lizenzadministrator führt die Geschäfte auch noch für weitere Pools.

⁵⁰³ MPEG Business review Letter, 5 f.

Ein anderes Beispiel findet man bei der 3G-Patent-Plattform⁵⁰⁴. Ihr Ziel ist es, Sicherheit in der globalen Telekommunikationstechnologie-Industrie zu gewährleisten und Kosten zu minimieren⁵⁰⁵. Es ist eine freiwillige gemeinsame Industrieabmachung⁵⁰⁶, geschaffen, um kosteneffektiver zu sein, ein effizientes Management zu gewährleisten und um alle essenziellen Patente⁵⁰⁷ zu administrieren⁵⁰⁸. Die 3G-Patent-Plattform erfüllt somit verschiedene Funktionen, inklusive Identifizierung, Evaluierung und Zertifizierung (von essenziellen Patenten einer der fünf unterschiedlichen 3G-Standards) und stellt Mechanismen zur Verfügung, die sowohl potenzielle Lizenznehmer als auch Lizenzgeber zufrieden stellen⁵⁰⁹, wobei Evaluierung und Lizenzierungsmechanismen als Kernelemente bezeichnet werden⁵¹⁰. Die Plattform führt das Portfolio für den gesamten 3G-Standard durch fünf separate und unabhängige Plattformunternehmen (genannt *Platform Companies*, kurz *PlattformCo*)⁵¹¹, eine für jeden Standard⁵¹², mit einem separaten Lizenzadministrator und einem separaten *Board of directors*⁵¹³. Dieses *Board of directors* ist verantwortlich, Entscheidungen bzgl. der Lizenzgebühren⁵¹⁴ und Lizenzbestimmungen zu treffen⁵¹⁵.

⁵⁰⁴ Die 3G-Patent-Plattform unterscheidet sich von ihrer Konstruktion her von einem gewöhnlichen Pool.

⁵⁰⁵ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 5.; *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1700.

⁵⁰⁶ Die Gründer der 3G-Plattform sind sich bewusst, dass die Plattform als nicht zwingendes Instrument dienen soll, obwohl solche Maßnahmen aus Gründen von Effizienz und Effektivität als erwünscht erscheinen; s. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 5.

⁵⁰⁷ Bis Juni 2000 meldeten insgesamt 45 Unternehmen, dass sie im Besitz von mindestens einem essenziellen Patent des 3G-Standards sind, wobei die Plattform Technologien des „Radio/Netzzugangs“ sowie die der „Netzwerk (Infrastruktur)“ umfasst sind. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 4.3.

⁵⁰⁸ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 4.1.

⁵⁰⁹ Doch im Unterschied zu einer vertraglichen Regelung, in der einem Lizenzgeber auch die Unterlizenzierung der anderen Technologien anvertraut wird, oder einem Pool, in dem ein einzelner Lizenzadministrator aufgesucht bzw. geschaffen wird, zeigt die Plattform weitere Elemente, die nach Ansicht der Gründer sicherstellen, dass die Anforderungen der Wettbewerbsbehörde gewährleistet sind.

⁵¹⁰ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 4.2.

⁵¹¹ Die Mitglieder der PlattformCo sind ausschließlich zertifizierte Lizenzgeber, deren Patente als essenziell beurteilt wurden. Diese Lizenzgeber stellen auch je ein Mitglied des *Boards of directors* der PlattformCo; s. *Goldstein/Kearsey*, 277.

⁵¹² Unter das Gesamtpaket des 3G-Standards fallen: CDMA-2000, W-CDMA, TD-CDMA, TDMA-EDGE, *Digital Enhanced Cordless Telecommunications* (DECT).

⁵¹³ DoJ, Response to 3G, 4.

⁵¹⁴ Die kooperative Gestaltung von Lizenzgebühren ist ein Element, das sicherstellt, dass sich der Pool als Monopolist nicht wettbewerbswidrig verhält, gleichzeitig aber auch nicht in Gefahr gerät, einem Monopson der Lizenznehmer gegenüberzutreten; s. *Lemley*, Cal. Law Rev. 2002, 1939.

Die fünf Plattformunternehmen können eine gewisse Anzahl gemeinsamer Funktionen ausgliedern, z. B. an ein Managementunternehmen (*Management Company* – kurz ManCo)⁵¹⁶, mit welchem die PlattformCo einen Dienstleistungsvertrag eingeht sowie einen *Common Administrator* und einen *Evaluation Service Provider* (ESP)⁵¹⁷. Im ManCo sind auch Mitglieder zugelassen, die keine Lizenzgeber bzw. Patentinhaber essenzieller Patente sind. ManCo wird durch ein *Board of directors* geführt, welcher durch Mitglieder gewählt wird und auch nicht wahlberechtigte Repräsentanten der PlattformCo in seinem *Board Comitee* einschließt⁵¹⁸.

Die Lizenzierungstätigkeit der Außenlizenz wird nicht notwendigerweise durch Administratoren durchgeführt⁵¹⁹. Um den 3G-Patent-Plattformen Flexibilität zu gewährleisten, bietet es die Möglichkeit bilateraler Verhandlungen der Mitglieder mit den potenziellen Lizenznehmern, fordert aber gleichzeitig die Einhaltung von Schutzmaßnahmen, damit derartige bilaterale Verhandlungen nicht missbraucht werden⁵²⁰. Es entspricht zwar dem Prinzip des *single door entries*, jedoch nicht des *one-stop shop*. Die Vertragsparteien sind immer noch die Rechteinhaber sowie die Lizenznehmer. Mitglieder der 3G-Plattform können nur Unternehmen werden, die sicherstellen, dass bei ihrer Mitgliedschaft all ihre angeschlossenen Unternehmen⁵²¹ den Bedingungen der 3G-Plattform zustimmen⁵²². Sobald sich ein Lizenzgeber bzw. ein Lizenznehmer an der Evaluierung oder bei der Errichtung eines Lizenzierungsprozesses der PlattformCo beteiligt, verpflichtet er sich auch, die Lizenzbedingungen der PlattformCo zu akzeptieren⁵²³. Stellt also ein Lizenzgeber ein Patent für die Evaluierung bereit, ist er verpflichtet, all seine essenziellen Patente bzgl. des

⁵¹⁵ Wie auch im *business review letter* angemerkt, handelt es sich hierbei um einen Kritikpunkt der 3G-Plattform; s. DoJ, Response to 3G, 4.

⁵¹⁶ Die Funktion der ManCo kann definiert werden als: (1) Ausgliederung der Patentevaluierung, wobei diese legitim, fair und transparent sein soll, (2) mit der Evaluation verbundene Dienstleistungen (bspw. Leistungsabrechnung für die Sachverständigen etc.) an den *Common Administrator* ausgliedern, (3) Dritte über das Plattformkonzept informieren, (4) industrie- weite Marktstudie und Marktanalyse, nicht im Sinne für oder im Interesse einer speziellen PlattformCo (derartige müssen durch die PlattformCo durchgeführt und finanziert werden); s. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 7.1; DoJ, Response to 3G, 5.

⁵¹⁷ DoJ, Response to 3G, 5.

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ DoJ, Response to 3G, 4.

⁵²⁰ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 6.1.1.

⁵²¹ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 6.5.5. Die angeschlossenen Unternehmen, nach dem im Vertrag benutzten Begriff, sind Unternehmen, an denen eine mehr als 50 %ige Stimmberichtigung bzw. eine dem pro- zedural entsprechende Leitungskontrolle existiert.

⁵²² Jede Partei, die der 3G-Patent-Plattform beitritt, stimmt den Standardlizenzbedingungen und Lizenzgebühren zu. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 6.1.1.

⁵²³ DoJ, Response to 3G, 5.

3G-Standards offenzulegen und sie unter den relevanten Standard-Lizenzbestimmungen der PlattformCo zur Verfügung zu stellen. Im Gegensatz dazu müssen alle Lizenznehmer, die eine Außenlizenz beziehen, ihre Patente bzgl. des 3G-Standards offenlegen und sobald festgestellt wird, dass sie essenzielle Patente innehalten, diese auch an die PlattformCo rücklizenzieren. Diese Pflicht erstreckt sich auch auf mögliche Dritte, die Unterlizenzen erhalten, oder Produkte der lizenzierten Rechte im Auftrag eines Lizenznehmers herstellen⁵²⁴. Durch die PlattformCo ist diese Klausel spezifisch festgelegt. Dabei gilt, dass ein Rechteinhaber, sobald er Mitglied einer PlattformCo ist, nicht auch Mitglied einer anderen PlattformCo sein muss⁵²⁵. Dem *grant-back agreement* kann durch Aushandlung bilateraler Verträge entgegengewirkt werden⁵²⁶.

Die Aufgaben des Administrators sind sicherzustellen, dass der Lizenzierungsprozess geregt abläuft⁵²⁷. Die Lizenznehmer treten separat mit jedem Inhaber essentieller Patente auf Grundlage des standardisierten Lizenzvertrags⁵²⁸, der durch die PlattformCo in ein Lizenzverhältnis ausgearbeitet wurde, in Verbindung, bzw. schließen mit ihm einen bilateralen Vertrag ab⁵²⁹. Im Gegenzug verpflichtet sich der Lizenznehmer, eine prozentual berechnete Lizenzgebühr, basierend auf den Nettoverkäufen der lizenzierten Technologie, zu zahlen. Wie hoch die einzelnen Gebühren ausfallen, wird für jede Kategorie von Produkten durch die PlattformCo bestimmt. Die Plattform versucht die Kosten, die in Verbindung mit dem Prozess der Lizenzierung der einzelnen Unternehmen, die die essenziellen Patente innehaben, stehen, zu mindern sowie die Reduzierung der Kosten für essenzielle Patentinhaber, um so die Lizenzen zu einem niedrigeren Preis anzubieten⁵³⁰. Deswegen stellt sie eine

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 6.6.

⁵²⁸ Dabei umfasst der Standard-Lizenzvertrag sowohl Herstellung, Vertrieb als auch Gebräuch.

⁵²⁹ Ein interessanter Aspekt der Gebührenerhebung ergibt sich aus der Tatsache, dass die Plattform die Lizenzeinnahmen auf Regionen aufteilte (Europa, Japan, USA und Kanada). Dies geschah, um die Lizenzeinnahmen dem Patenterteilungsumfang anzupassen. Vor allem im Hinblick auf noch nicht erteilte Patente weist sie einen interessanten Aspekt auf. Sobald nämlich in zwei Regionen ein Patent erteilt und somit auch Lizenzgebühren in dieser Region gezahlt werden, wird automatisch, auch wenn das Patent zwar im prozessualen Verfahren ist, jedoch noch nicht erteilt wurde, die Lizenzgebühr erhoben. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 8.2.7.

⁵³⁰ Insgesamt will der Mechanismus der Plattform: „reduce the uncertainty of the availability of licenses for Essential Patents so that those companies requiring licenses will find these easy to obtain“, „reduce the royalties that would be payable if each Essential Patent holder licenses its patent(s) individually“, „reduce the other transaction costs of licensors and licensees having to negotiate and execute multiple licenses“, „reduce the costs for Essential patent holders of providing licenses thereby allowing licenses to be offered at a lower price“, „catalyse market growth through a favourable but fair IPR regime, i. e. the objective shall not be

Methode zur Verfügung, bei der die Bestimmung der Lizenzgebühren sicherstellt, dass die gesamten Kosten, kraft effizienter Bestimmung und Lizenzierung von essenziellen Patenten, niedriger sind als im Falle, wenn die Patentinhaber essenzieller Patente die Lizenzen individuell aushandeln würden. Trotz dieser Tatsache bringt die Plattform nicht gleiche Lizenzgebühren in alle PlattformCo, d. h. sie variieren untereinander. Auch wenn die Plattformspezifikationen für jedes der essenziellen Patente eine gleichberechtigte Kompensation und eine einzige Berechnungsformel für alle PlattformCo vorsieht, sind die Kernvariablen offengelassen worden⁵³¹. Im Allgemeinen wird die Erhebung unterschiedlicher Gebühren für verschiedene Produktmärkte nicht als wettbewerbsbeschränkend betrachtet, solange innerhalb der Produktmärkte selbst keine unterschiedliche Behandlung stattfindet, vor allem darf sie nicht davon abhängen, ob die Lizenznehmer auch Lizenzgeber sind⁵³².

d) Evaluierung der Patente

Die Evaluierung der Patente ist ein Schlüsselement der Poolbildung, weil dadurch bestimmt wird, welche Rechte in den Pool kommen und welche Rechtsinhaber Poolmitglieder werden. Dies ist ein andauernder Prozess⁵³³, weshalb die Beurteilung der Wesentlichkeit ein sich wiederholendes Geschehnis ist⁵³⁴. Daraus folgt, dass das Evaluierungsverfahren und das damit verbundene Verfahren zur Wahl der jeweiligen Sachverständigen so ausgestaltet sein muss, dass der Schutz vor möglichen Missbrauchsversuchen der Mitglieder bzw. potenziellen Mitglieder gewahrt ist.

aa) Durchführung der Evaluierung

Durch die Auswahl der Patente, die für die Nutzung einer Technologie wesentlich sind, löst der Patentpool etwaige Patentdickichte auf oder ermöglicht Lizenznehmern einen einfachen Zugriff auf relevante Patente⁵³⁵. Da ein Patent in der Regel aus mehreren Patentansprüchen besteht⁵³⁶, müssen sämtliche Patentansprüche untereinander geprüft werden. Die Bewertung, ob ein Patent für einen Pool relevant ist oder nicht, ist häufig ein komplexer Vorgang, der besonderes Fachwissen erfordert.

to maximize royalty revenues“, „introduce an independent-expert mechanism to ensure the portfolio contains only patents that are truly essential to the standard(s), eliminating patents that are competitive alternatives to each other“, UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 5.

⁵³¹ Die maximale kumulierte Lizenzgebühr beträgt 5 % pro Produktkategorie. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 8.2.2.

⁵³² Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 269.

⁵³³ Da substituierbare und ergänzende Technologien nach Gründung des Pools entwickelt werden können.

⁵³⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 263.

⁵³⁵ Königs, 246.

⁵³⁶ Somit ist ein Patent verletzt, sofern bereits ein einzelner Anspruch verletzt wird.

Die Sachverständigen müssen über fundiertes Fachwissen verfügen, um die ihnen anvertrauten Aufgaben erfüllen zu können. Aus der Praxis ist ersichtlich, dass für die Wahl des Sachverständigen Kompetenz sowohl im Bereich der relevanten Technologien, als auch im Patentrecht erforderlich ist⁵³⁷. Zu den Aufgaben unabhängiger Sachverständiger gehört insbesondere die Bewertung, ob Patente, die für eine Einbeziehung in den Pool vorgeschlagen werden, gültig und für den Pool wesentlich sind⁵³⁸. Die Beurteilung der Patente kann durch die Mitglieder selbst oder durch unabhängige Sachverständige vorgenommen werden⁵³⁹, um eine Konfrontation zwischen den Mitgliedern zu vermeiden⁵⁴⁰. Eine Beurteilung durch die Mitglieder findet sich insbesondere bei Pools, die geschaffen werden, um Patentstreitigkeiten zu lösen⁵⁴¹. Bei standardisierten Pools werden durch die Standardisierungsorganisationen Vorgaben erteilt, die in ihrem Verfahren bestimmte Technologien als notwendig für den Standard erachten, bspw. um Interoperabilität zu ermöglichen⁵⁴². Gerade bei Standardisierungsprozessen werden innerhalb der einzelnen Arbeitsgruppen unabhängige Sachverständige hinzugezogen⁵⁴³.

Wird die Auswahl der Patente von unabhängigen Sachverständigen vorgenommen, kann dies den Wettbewerb zwischen verfügbaren technologischen Lösungen fördern⁵⁴⁴. Ziel ist es, größere Rechtssicherheit bei der Auswahl der Patente⁵⁴⁵ zu schaffen, wobei vor allem darauf zu achten ist, dass die Neutralität der Evaluatoren sowie deren Kompetenz gewährleistet sind⁵⁴⁶. Die Leitlinien zur TT-GVO bieten eine

⁵³⁷ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 7.3.

⁵³⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 257.

⁵³⁹ Die Evaluierung ist von den Tätigkeiten des Lizenz-Administrators getrennt.

⁵⁴⁰ Slobod, 16; Bekkers/Iversen/Blind, 17.

⁵⁴¹ Die Patente, die sich im Patentverletzungsverfahren bzw. im Nichtigkeitsverfahren gegenüberstehen, werden gepoolt.

⁵⁴² Das Problem liegt in der Arbeitsweise der Standardisierungsorganisation, dass sich die Technologieinhaber melden, ihre Technologie offenlegen, um so den Beurteilungsprozess zu beginnen. Die Standardisierungsorganisationen überprüfen die offengelegten Patente weder auf ihre Wesentlichkeit noch auf ihre Rechtsbeständigkeit. Die Rolle der Standardisierungsorganisation beschränkt sich neben dem *Call for intellectual property rights* darauf, die offengelegten Informationen der Schutzrechtsinhaber zu übernehmen und diese der Allgemeinheit, d.h. allen potenziellen Nutzern der Standards, zugänglich zu machen. Fröhlich, GRUR 2008, 209; ETSI Guide on IPR's, 3.2.1.

⁵⁴³ Bekkers/Iversen/Blind, 17; s. dazu vorne B.I.3.c)bb)(5).

⁵⁴⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 256.

⁵⁴⁵ Wenn die Gründung eines Pools allen interessierten Parteien, die auch unterschiedliche Interessen vertreten, offen steht, wie bspw. bei der Festlegung eines Standards, werden die für die Einbeziehung in den Pool in Frage kommenden Technologien eher auf der Grundlage von Preis-/Qualitätswägungen ausgewählt werden, als wenn ein Pool lediglich von einer begrenzten Gruppe von Technologieinhabern gegründet wird. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 231.

⁵⁴⁶ Dabei kann die Bestimmung der einzelnen Evaluatoren ein langwieriger Prozess sein. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 232.

minimale Basis zur Wahl von Sachverständigen⁵⁴⁷, die von den Unternehmen, die den Pool bilden, unabhängig sein sollen⁵⁴⁸. Falls sie mit den Lizenzgebern verbunden oder in irgendeiner Weise von ihnen abhängig sind, wird ihrem Beitrag weniger Gewicht beigemessen. Der Evaluierungsprozess kann aus mehreren verschiedenen Einheiten bestehen, bei der 3G-Patent-Plattform sind es bspw. zwei: *Evaluations-Policy Komitee*⁵⁴⁹ und *Evaluation Panel*⁵⁵⁰. Dabei stellt das *Evaluation Panel* den eigentlichen Kern des Evaluierungsmechanismus dar, der innerhalb der 3G-Plattform ausgegliedert wird⁵⁵¹. Die Mitglieder beugen sich den Entscheidungen der für die Evaluierung zuständigen Sachverständigen⁵⁵², um sicher zu stellen, dass ein reibungsloses Evaluierungsverfahren durchgeführt wird und nur relevante Patente⁵⁵³ in den Pool bzw. die Plattform Einzug erhalten⁵⁵⁴.

bb) Kategorisierung der Patente

Die Evaluierung der Patente ist ein Kernelement der Poolgestaltung, die entweder den Unternehmen obliegt oder einer speziellen Gruppe anvertraut wird⁵⁵⁵. Da die Beurteilung der Patente für den Pool und die Lizenzgeber entscheidend und gleichzeitig ein äußerst komplexer Prozess mit Auswirkungen auf den Technologiemarkt ist, werden in diesem Teil nur die grundlegenden Prinzipien der Bewertung und Kategorisierung der Patente wiedergegeben⁵⁵⁶.

⁵⁴⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 256 f.

⁵⁴⁸ MPEG Business review Letter, 4.

⁵⁴⁹ Das *Evaluations-Policy Komitee* soll sicherstellen, dass der Evaluierungs- und Zertifizierungsprozess im Einklang mit dem Gründungsdokument des 3G-Standards ist. Deswegen erarbeitet das Komitee Leitlinien für die Evaluierung, welche auch die Kriterien für die Nennung der Evaluatoren beinhaltet. Somit bestimmt das *Evaluations-Policy Komitee* nur die Rahmenbedingungen, unter welchen die Beurteilungen durchzuführen sind.

⁵⁵⁰ Das *Evaluation Panel* ist ein „Subunternehmer“, welcher die Evaluatoren bestimmt, die die Evaluierung durchführen. Dabei muss darauf geachtet, dass das *Evaluation Panel* international zusammengesetzt ist, um eine qualitative Überprüfung zu gewährleisten. Das *Evaluation Panel* wird von den Vorgaben des Komitees geleitet, besitzt jedoch komplett Autonomie bei der konkreten Untersuchung der einzelnen Patente.

⁵⁵¹ UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 7.2.

⁵⁵² CA und ESP leiten den Prozess der Zusammensetzung des Evaluierungs-Gremiums. Die Lizenzgeber haben nicht die Kompetenz, über die Finanzierung der Evaluatoren zu bestimmen. Auch das obliegt dem ESP und dem CA. DoJ, Response to 3G, 6.

⁵⁵³ Die 3G-Patent-Plattform ist auf „zwingend erforderliche essenzielle Patente“ (*Mandatory Essential Patentes*) eingeschränkt, die für den/die „Standard(s) des 3G Systems“ zutreffend sind und der Patentanspruch sich „auf ein Gerät/System“ (*Apparatus*), eine Methode oder einen Prozess bezieht“, die/der für die Erfüllung des 3G-Standards notwendig, gleichzeitig aber „technisch essenziell“ ist. DoJ, Response to 3G, 6.

⁵⁵⁴ Slobod, 16 f.

⁵⁵⁵ Slobod, 14.

⁵⁵⁶ Die wettbewerbsrechtliche Begutachtung erfolgt unter C.III.2.b)cc)(2).

(1) Essentielle Patente

Gerade bei standardbasierten Pools zeigt sich, dass das Standardisierungsinteresse der Allgemeinheit, die eine möglichst weite Verbreitung und Nutzung der Standards wünscht, dem Ausschließlichkeitscharakter des Patentrechts, welches von den individuellen Verwertungsinteressen des Patentinhabers geprägt ist, diametral entgegen steht. Dies führt unweigerlich zu Konflikten, sobald der Inhalt eines Standards in den Schutzbereich eines Patents fällt, da der Patentinhaber dann die Möglichkeit hat, die Anwendung des Standards durch eine Lizenzverweigerung zu blockieren. Wann immer ein solcher Fall eintritt und die Anwendung eines Standards zwingend die Verwendung einer geschützten technischen Lehre erfordert, sodass der Standard nicht verwendet werden kann, ohne dass zwangsläufig eine Patentverletzung gegeben ist, liegt ein sog. *essential IPR* bzw. wesentliches Patent vor⁵⁵⁷. Ein solches wesentliches Patent kann also dazu verwendet werden, Interoperabilität zu verhindern und andere davon abzuhalten, neue Lösungen, die mit bestehenden kompatibel sind, zu entwickeln⁵⁵⁸.

Eine passende Definition, welche die Essentialität oder Wesentlichkeit von Technologien/Patenten widerspiegelt, geben die Leitlinien zur TT-GVO. Demnach ist ein Patent wesentlich, wenn es zu ihm, im Gegensatz zu einem nicht wesentlichen Patent⁵⁵⁹, innerhalb oder außerhalb des Pools kein Substitut gibt und das betreffende Patent notwendiger Bestandteil des Pakets an Patenten ist, die für die Herstellung der Produkte oder die Anwendung der Verfahren, auf die sich der Pool bezieht, unerlässlich ist⁵⁶⁰. Die Voraussetzung, dass sie ein Bestandteil des Paketes ist, bedeutet im Umkehrschluss, dass im Falle der Anwendung des Standards das Patent verletzt wird. Daher ist die unweigerliche Patentverletzung einer der Kernpunkte der Essentialität⁵⁶¹. Die Wesentlichkeitsdoktrin stellt besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der Patente des Patentpools: Jedes Patent muss so abgefasst sein, dass sein Schutzbereich präzise einen Aspekt der jeweiligen Erfindung abdeckt, der im Sinne des Kartellrechts notwendiger⁵⁶², nicht substituierbarer Bestandteil des Produkts ist⁵⁶³.

Die Literatur bzgl. Patentpools geht aber in der Einteilung der Essentialität noch einen Schritt weiter. Danach wird zwischen „technischer“ und „kommerzieller“

⁵⁵⁷ Fröhlich, GRUR 2008, 206; Eklund, 67 ff.

⁵⁵⁸ Fröhlich, GRUR 2008, 206.

⁵⁵⁹ U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005) cert. denien, 126 S.Ct. 2899 (2006).

⁵⁶⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 252.

⁵⁶¹ S. z. B. die Bestimmung der Essentialität IEEE-SA Standards Board Bylaws, Clause 6.1 „A Claim is ‚Necessarily Infringed‘ when there is no [commercially/technically feasible/reasonable] noninfringing alternative for implementing a portio of a Standard...“.

⁵⁶² Essentielle Technologien sind notwendigerweise gleichzeitig einander ergänzende Technologien. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 252; vgl. auch Japan Guidelines on Patentpools, P. 2.1.a).

⁵⁶³ Huebner, in: Eifert/Hoffmann-Riem, 186.

Essentialität unterschieden. Die technische Essentialität stellt die eigentliche, schon bekannte Bestimmung bzgl. Essentialität dar, das bedeutet, dass das Patent direkt auf die Spezifikationen, die durch den Standard gegeben werden, anwendbar sein muss⁵⁶⁴. Die kommerzielle Essentialität⁵⁶⁵ bezeichnet die Patente, die auch als essenziell behandelt werden, wenn sie im Zuge des Produktionsprozesses verletzt würden, unabhängig davon, ob auf sie innerhalb des Standards Bezug genommen wird⁵⁶⁶. Dies bedeutet, dass obwohl die Patente bzw. Patentansprüche vom Standard selbst nicht abgedeckt werden, sie in diesen fallen, da ohne sie die Produktionsstufe nicht realisiert werden kann⁵⁶⁷. Im Falle, dass aufgrund der vorhandenen Marktsituation kommerziell essenzielle Patente in den Pool gelangen, muss ihre Daseinsberechtigung im Pool durch eine regelmäßige Kontrolle sichergestellt werden. Existieren andere, also substituierbare Patente, dürfen diese nicht mehr als essenziell bezeichnet werden und verlieren somit ihre Berechtigung im Pool⁵⁶⁸. Eine Technologie, für die es keine Substitute gibt, ist wesentlich, solange wenigstens ein gültiges Schutzrecht für diese Technologie besteht⁵⁶⁹.

Doch definiert die Technologie bzw. das Patent selbst noch nicht in genügendem Maße die Essentialität. Diese wird erst durch die Patentansprüche wiedergegeben⁵⁷⁰. Die Definition eines „essenziellen Anspruchs“ ist eine der wichtigsten in einer Standardisierungsorganisation (*Disclosure Policy*). Deswegen gilt es zu bestimmen, welche Patentansprüche eine Standardisierungsorganisation benötigt, um einen Standard erfolgreich zu realisieren, wodurch die Mitglieder gefördert werden sollen, die relevanten Patente offenzulegen, für welche dann eine Lizenzverpflichtung von den Mitgliedern gesucht wird⁵⁷¹.

Während bestimmte Ansprüche eines Patents essenziell sein können, sollen Verpflichtungen für mögliche Lizenzierung auch nur diese betreffen. Es dürfen keine *spill over* Effekte eintreten, auch nicht innerhalb desselben Patents. Deswegen fa-

⁵⁶⁴ Eklund, 69.

⁵⁶⁵ *Commercially essential*.

⁵⁶⁶ Beeney, in: Lugard/Hancher, 209 f.

⁵⁶⁷ Dadurch ist auch ein wettbewerbstechnisches Risiko gegeben, sodass es sich bei den Patenten, die in einen Pool gehören, in erster Linie um technologisch essenzielle handeln muss; s. dazu hinten C.III.2.b)cc)(2).

⁵⁶⁸ Zur Darstellung der Differenzierung zwischen technologischer und kommerzieller Essentialität dient folgendes Beispiel: Will man einen Standard für einen „Alarm“-Wecker schaffen, braucht man dafür die Grundlage: ein Zeitmesssystem, das hier die technologisch essenziellen Patente darstellt, das zu einer gewissen Zeit ein „Warnsignal“ schafft. Wäre nun für dieses „Warnsignal“ eine Technologie vorhanden, würde sie aufgrund der Notwendigkeit mit in den Pool gelangen. Hingegen könnte man anstatt des Warnsignals ein Klingeln, Summen etc. benutzen, würde dieser Aspekt zeigen, dass Alternativen zur Verfügung stehen, die die Grundlage der Existenz der Technologie im Pool verneinen, Contreras, 18 f.

⁵⁶⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 252.

⁵⁷⁰ Zur Problematik des zu weiten Patentanspruchs, Brandi-Dohrn, GRUR Int. 1995, 541 ff.

⁵⁷¹ Contreras, 10; Eklund, 72 f.

vorisieren die Standardisierungsorganisationen den Begriff der essenziellen Ansprüche⁵⁷².

Um festzustellen, dass ein Anspruch essenziell ist, muss sichergestellt werden⁵⁷³, dass innerhalb sowie außerhalb eines Pools keine Alternativen zur Verfügung stehen⁵⁷⁴. Wie ein Test aussehen würde, lässt sich am Beispiel des *Philips* Pools⁵⁷⁵ zeigen. In diesem Fall beurteilte das Gericht, wie essenziell die Patente in einem Pool wirklich sind und fand vier nicht essenzielle Patente im Bereich des CD-R und CD-RW Pools⁵⁷⁶. Somit muss ein interner Test bestätigen, dass die Patente komplementär sind sowie ein externer Test zeigen, dass es außerhalb des Pools keine substituierbaren Patente gibt. Durch den internen Test soll verhindert werden, dass es nicht zu wettbewerbswidrigen Aspekten unter den Poolmitgliedern kommt, wohingegen der externe sicherstellt, dass der Pool fremde Patente nicht ausschließt.

Da Technologien auch nach Gründung des Pools entwickelt werden, ist die Beurteilung der Wesentlichkeit eine sich periodisch wiederholende Aufgabe. Ein Patent kann nach Gründung des Pools den wesentlichen Charakter verlieren, wenn neue, fremde Technologien auf den Markt gelangen⁵⁷⁷.

(2) Komplementäre Patente

Zwei Patente ergänzen sich, wenn sie, im Gegensatz zu Substituten, beide erforderlich sind, um ein Produkt herzustellen oder das Verfahren anzuwenden⁵⁷⁸, was schlussendlich auch dem Wettbewerb dient⁵⁷⁹. Ergänzen sich die Patente in einem Pool, senkt dies die Transaktionskosten und kann insgesamt zu niedrigeren Lizenzgebühren führen, da die Parteien in der Lage sind, eine gemeinsame Lizenzgebühr für das gesamte Paket festzulegen und nicht jede Partei eine Lizenzgebühr für ihre eigenen Rechte festsetzt, ohne dabei zu berücksichtigen, dass eine höhere Li-

⁵⁷² *Contreras*, 10 f.

⁵⁷³ Den meisten Standardisierungsorganisationen fehlt es an Ressourcen, um eine derartige Bestimmung vorzunehmen und sie lehnen es auch strikt ab, die Verantwortung für die Identifizierung oder Bestätigung solcher Patente zu übernehmen. Sie müssen sich auf Treu und Glauben der Beteiligten verlassen. Handeln Patentinhaber hingegen böswillig oder mangelhaft, können sie seitens der Standardisierungsorganisation dafür haftbar gemacht werden; s. *Contreras*, 28 f.

⁵⁷⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 252.

⁵⁷⁵ *Homiller*, Duke L. & Tech. Rev. 2006, Rn. 26 ff.; *U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005).

⁵⁷⁶ *U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179, 1183 (Fed. Cir. 2005), speziell wurde bestimmt, dass zwei der Patente (Farla und Lokhoff) nicht essenziell im Bezug auf die *Philips* CD-R und CD-RW Lizizen waren, wohingegen alle vier Patente (Farla, Lokhoff, Iwasaki und Yamamoto) im Bezug auf den gemeinsamen CD-RW Pool nicht essenziell waren.

⁵⁷⁷ *Eklund*, 71; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 263.

⁵⁷⁸ *Folz*, 243; *Andewelt*, ALJ 1984, 613; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 216.

⁵⁷⁹ IP Guidelines, P. 5.5 „integrating complementary technologies, reducing transaction costs, clearing blocking positions, and avoiding costly infringement litigation“.

zenzgebühr für ein Recht in der Regel zu einer geringeren Nachfrage nach ergänzenden Rechten führt⁵⁸⁰. Die Ergebnisse der Studien des Produktionsprozesses, der aus komplementären Inputs besteht, zeigten, dass Unternehmen, die Inhaber komplementärer Patente sind⁵⁸¹, sowohl das strategische Interesse als auch die Fähigkeit haben, Wettbewerber, die an der Entwicklung neuer Produkte oder Technologien interessiert sind, daran zu hindern⁵⁸². Gerade in diesen Konstellationen⁵⁸³ dienen Pools dazu, solche Situationen zu lösen und Innovationen voranzutreiben⁵⁸⁴.

(3) Blockierende Patente

Unter sich blockierenden Patenten versteht man jene, bei denen eine technische oder wirtschaftliche Nutzung der Erfindung nicht möglich ist, ohne zugleich ein anderes Schutzrecht zu verletzen⁵⁸⁵. Dabei wird zwischen einseitigen (*one-way blocking*)⁵⁸⁶ und wechselseitigen (*two-way blocking*)⁵⁸⁷ Blockadeverhältnissen unterschieden⁵⁸⁸. Der Supreme-Court erkannte früh, dass eine Poolung von „blockie-

⁵⁸⁰ Folz, 245; Hansen, 28 ff.; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 253.

⁵⁸¹ Welche alle für die Produktion eines neuen Produktes oder für die Nutzung einer neuen Technologie essenziell sind.

⁵⁸² Beispiel des *hold-up*-Problems; s. Lerner/Tirole, AER 2004, 692; Nelson, Rutgers L. J. 2007, 539 f.; Shapiro, in: Jaffe et al., 122 ff.

⁵⁸³ Patentpools beinhalten häufig „komplementäre“ Patente, die zu implementierende Technologien abdecken, um Produkte zu generieren oder andere Ziele zu erreichen. Gilbert, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 327.

⁵⁸⁴ Shapiro, in: Jaffe et al., 122 ff.

⁵⁸⁵ In den Leitlinien zur TT-GVO wird von Sperrpositionen gesprochen. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 29 f.

⁵⁸⁶ Eine einseitige Blockade liegt vor, wenn ein Recht nicht verwertet werden kann, ohne ein anderes gültiges Recht zu verletzen, oder wenn eine Partei am relevanten Markt nicht wirtschaftlich rentabel teilnehmen kann, ohne ein gültiges Recht der anderen Partei zu verletzen. Dies ist bspw. der Fall, wenn ein Recht für die Verbesserung eines anderen Rechts (Verbesserungserfindung) besteht und sie ohne eine Lizenz für das ursprüngliche Recht (Basispatent) nicht rechtmäßig genutzt werden kann. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 29.

⁵⁸⁷ Eine wechselseitige Sperrposition liegt vor, wenn keines der Rechte verwertet werden kann, ohne das andere gültige Recht zu verletzen, oder wenn keine der Parteien am relevanten Markt wirtschaftlich rentabel teilnehmen kann, ohne ein gültiges Recht der anderen Partei zu verletzen, sodass die Parteien einander eine Lizenz gewähren oder auf ihre Rechte verzichten müssten. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 29.

⁵⁸⁸ Die Existenz blockierender Patente scheint auf den ersten Blick ein Widerspruch an sich für das Patentsystem zu sein. Sie sind vom Schutzmfang des Patents soweit gelöst, dass eine Berechtigung für ihre Patenterteilung gegeben ist. Ihr Schutzmfang hingegen hindert die Rechteverwertung eines anderen Patents. Die „erfinderische Tätigkeit“ für das neue Patent ermöglicht zwar die Patenterteilung, kann aber nicht garantieren, dass durch sie eine vernünftige Verwertung der Technologien gewährleistet ist. Hauptsächlich handelt es sich hier um Verbesserungserfindungen, welche ohne eine Berechtigung durch den Rechtsinhaber der Basiserfindung nicht genutzt werden können. Grimpe/Hussinger, 12; Grimppe/Hussinger, Building and Blocking: The Two Faces of Technology Acquisition, 5 ff.; Gilbert, in: Dreyfuss/Zimmerman/First, 336.

renden“ Patenten durch Wettbewerber „oftmals notwendig“ ist, um die neue Technologie überhaupt praktizieren zu können⁵⁸⁹, was auch in den wirtschaftswissenschaftlichen Theorien als fördernd eingeschätzt wird⁵⁹⁰. Der Grund für eine Zusammenfassung liegt auf der Hand: Soll überhaupt produziert werden, muss es auf dem gemeinsamen Zusammenwirken beruhen⁵⁹¹. Um das eine wie das andere Patentrecht überhaupt auswerten zu können, müssen alle Patentinhaber einer wechselseitigen Nutzung zustimmen. Die ausgetauschten Patentrechte können, selbst wenn sie dieselbe Funktion haben, nicht als substituierbar angesehen werden. Sie stehen deshalb nicht im Wettbewerb zueinander⁵⁹².

(4) Substituierbare Patente

Im Gegensatz zu den komplementären handelt es sich um substituierbare Patente, wenn jedes der beiden Patente dem Inhaber gestattet, das Produkt herzustellen oder das Verfahren anzuwenden, auf das sich die Patente beziehen⁵⁹³. Substituierbare Patente sind also diejenigen, die zueinander im Wettbewerb stehen, sich aber nicht so überschneiden, dass die Anwendung der einen Erfindung zur Verletzung des anderen Schutzrechts führt⁵⁹⁴. Die Unterscheidung zwischen ergänzenden und substituierbaren Patenten ist nicht in allen Fällen eindeutig, da sich Patente teilweise ersetzen oder ergänzen können⁵⁹⁵. Wenn aufgrund von Effizienzgewinnen, die sich aus der Integration zweier lizenzierten Patente ergeben, Lizenznehmer wahrscheinlich beide Patente verlangen, werden diese als Ergänzungen behandelt, selbst wenn sie zum Teil substituierbar sind. In solchen Fällen dürften bei Fehlen eines Pools die Lizenznehmer für beide Patente Lizenzen erwerben wollen, da sich aus der Anwendung beider gegenüber der Nutzung nur einer dieser größere wirtschaftliche Vorteile ergeben⁵⁹⁶.

⁵⁸⁹ Standard Oil Company vs. U.S., 283 U.S. 163, 171 (1931): „An interchange of patent rights and a division of royalties according to the value attributed by the parties to their respective patent claims is frequently necessary if technical advancement is not to be blocked by threatened litigation.“

⁵⁹⁰ Gilbert, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 13 ff.

⁵⁹¹ Folz, 247; Schulte 1971, 104.

⁵⁹² Folz, 246 ff.; Wörz, 22 f.; Andewelt, ALJ 1984, 613 f.

⁵⁹³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 251; Andewelt, ALJ 1984, 613.

⁵⁹⁴ Schulte 1971, 112.

⁵⁹⁵ Gilbert, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 71.

⁵⁹⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 254.

e) Außenlizenz

aa) Einleitung

Im Gegensatz zum Poolvertrag ist die Außenlizenz eine vertikale Vereinbarung, welche das externe Verhältnis zwischen Patentpool und Lizenznehmer regelt⁵⁹⁷. Der Vertragsgegenstand setzt sich aus den Rechten zusammen, welche für den Lizenznehmer relevant sind. Diese werden bestimmt, indem ihre einzelnen Funktionalitäten erläutert und mittels dieser herzustellende Produkte benannt werden⁵⁹⁸. Das Lizenzpaket⁵⁹⁹ besteht somit aus den relevanten Patenten für die einzelnen Technologien und kann zusätzliches Know-how beinhalten. Dabei ist aber der technische Aspekt der Bestimmung der relevanten Patente vom rechtlichen/wirtschaftlichen Aspekt der Ausarbeitung der Außenlizenz getrennt. Es soll nämlich sichergestellt werden, dass die Kompetenz der Beurteilung der Patente von der rechtlichen Vertragsgestaltung der Außenlizenz getrennt wird⁶⁰⁰.

Der Patentpool ist im Rahmen der ihm vom Patentinhaber erteilten Lizenz und expliziter Genehmigung zur Unterlizenzvergabe berechtigt⁶⁰¹. Der Vertragstext ist üblicherweise standardisiert, um die Gleichbehandlung der Lizenznehmer zu gewährleisten und starke Nachfragen zu bewältigen⁶⁰², wobei sich die inhaltliche Ausgestaltung der Lizenzen an den sog. FRAND⁶⁰³ Bedingungen orientiert⁶⁰⁴. Insbesondere zahlreiche Standardisierungsorganisationen haben die Verpflichtung ihrer Mitglieder, Schutzrechte zu solchen Bedingungen zu gewähren, in ihre Satzungen aufgenommen, wobei diese jedoch nur die Mitglieder binden⁶⁰⁵. Zusätzliche Lizenzbestimmungen beziehen sich sowohl auf die Rücklizenierung, Nichtangriffsabreden, mögliche Gebietsbeschränkungen etc., wodurch ihre Anwendung wettbewerbsrechtliche Bedenken verursacht⁶⁰⁶.

⁵⁹⁷ Königs, 114.

⁵⁹⁸ Königs, 129.

⁵⁹⁹ Bei standardisierten bzw. komplexen, aus mehreren Elementen bestehenden Innovationen, bzw. Technologien wird die Lizenzierung von mehreren Patenten durch die sog. Patentlizenz realisiert.

⁶⁰⁰ Geradin/Layne-Farrar, CPI 2007, 99 f.

⁶⁰¹ Königs, 114.

⁶⁰² Merges, Cal. Law Rev. 1996, 1319.

⁶⁰³ Das Akronym FRAND steht für Fair, reasonable and non-discriminatory.

⁶⁰⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 269.

⁶⁰⁵ Fräßdorf, 114.

⁶⁰⁶ Die Beschreibung der einzelnen Absprachen und ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfolgt in C.I.3.d)(ee)(3) u. C.I.6.a)(cc)

bb) FRAND

Eine der wesentlichen Anforderungen, die die Rechtsprechung⁶⁰⁷ an Inhaber standardessenzieller Patente stellt, ist, dass diese dazu bereit sind, ihre Patente zu FRAND-Bedingungen an jeden daran interessierten Lizenznehmer zu lizenziieren. Ziel des Erfordernisses einer FRAND-Lizenzierung ist ein Interessensaustausch. Auf der einen Seite stehen die Interessen der Rechtsinhaber, die wie alle anderen Patentinhaber ihre Patente wirtschaftlich verwerten wollen, um ihre entsprechenden F&E-Kosten zu amortisieren. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der übrigen Marktteilnehmer, die mit einem Standard kompatible Waren und Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen auf dem Markt anbieten wollen. Daher ist eine der wesentlichen Fragen in diesem Zusammenhang, wann Lizenzbedingungen als FRAND-Bedingungen anzusehen sind. Da der Maßstab variabel ist, d.h. die Vereinbarung wird unter Einbeziehung des konkreten technischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmens betrachtet⁶⁰⁸, gilt es, diesen immer im Hinblick auf jede Situation einzeln neu zu bestimmen⁶⁰⁹.

(1) Fair

Der Begriff „Fair“ bezieht sich auf das Verfahren der Lizenzierung, bei dem sichergestellt werden soll, dass sowohl der Ablauf der Verhandlungen und die inhaltliche Ausgestaltung beiden Parteien gewährt wird⁶¹⁰. Zur Bestimmung, ob die Ausgestaltung der Lizenz *fair* ist, gibt es unterschiedliche Überprüfungsmethoden.

⁶⁰⁷ Bspw. EuGH vom 16.7.2015, C-170/13, WRP 2015, 1080 – *Huawei/ZTE*; LG Düsseldorf, Urt. v. 3.11.2015 – 4a 0 144/14; Urt. v. 31.3.2016 – 4a 0 74/14; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.5.2016 – I 15 U 36/16; LG Mannheim, Urt. v. 27.11.2015 – 2 O 106/14; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.9.2016 – 6 U 58/16.

⁶⁰⁸ *Königs*, 115; *Ullrich*, GRUR 2007, 826.

⁶⁰⁹ Das Problem in der Praxis ist, dass auch die Rechtsprechung bisher keine allgemeingültige Definition fairer, angemessener und nicht diskriminierender Lizenzbedingungen geschaffen hat. Da nah den Grundsätzen, die der BGH in seiner *Orange-Book-Standard*-Entscheidung aufgestellt hat, der Lizenzsucher dem Patentinhaber ein Lizenzangebot machen muss, das dieser nicht ablehnen kann, ohne den Lizenzsucher damit unbillig zu behindern, beschränkt sich die gerichtliche Überprüfung in der Regel allein auf die Frage, ob der Patentinhaber dieses Lizenzangebot ablehnen durfte, ohne das Wettbewerbsrecht zu verletzen; s. BGH, GRUR 2009, 694, Tz. 31 – *Orange-Book-Standard*. Eine weitere Konkretisierung von FRAND blieb auch die *Huawei/ZTE*-Entscheidung des EuGH schuldig, da die Fragen des vorlegenden Gerichts nicht die konkreten Bedingungen einer FRAND-Lizenz betrafen und der EuGH daher nur die Frage zu klären hatte, in welchen wettbewerbsrechtlichen Rahmen die Vertragsverhandlungen über eine Lizenz zu FRAND-Bedingungen abzulaufen haben; s. EuGH vom 16.7.2015, C-170/13, WRP 2015, 1080 – *Huawei/ZTE*. Auch in seiner *Standard-Spundfass*-Entscheidung setzte sich der BGH nicht dezidiert mit dem Inhalt von FRAND auseinander, sah aber jedenfalls eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach GBW als gegeben an, wenn der Inhaber eines standardessenziellen Patents die Erteilung einer Lizenz ohne sachlich gerechtfertigten Grund verweigert; s. BGH, GRUR 2004, 966, 967 ff. (*Standard-Spundfass*).

⁶¹⁰ *Goldstein/Kearsey*, 27.

Neben dem Vergleich mit vorherigen Lizenzbedingungen, der Orientierung an der externen Industrie oder innerbetrieblichen Praxis, ist die Prüfung der Lizenzgebühr jene Methode, an die keine besonderen Sachverhaltsanforderungen geknüpft sind⁶¹¹. Faktoren der Berechnung sind der erwartete Nutzen und Gewinn durch die Lizenz und die durch den Lizenzgeber getätigten Kosten der F&E und Vermarktung⁶¹². Nachteil der Berechnung sind ihre Komplexität und die sich aus der Zugrundelegung von Wahrscheinlichkeiten und Annahmen zur Festlegung von Nutzen und Gewinn ergebende Vagheit. Vorteil ist die Möglichkeit der Einbeziehung von F&E-Kosten und das Investitionsrisiko seitens des Lizenzgebers. Bei einem fairen Lizenzierungsverfahren werden dem Lizenzinteressenten die Informationen zu den Berechnungsfaktoren zugänglich gemacht⁶¹³.

(2) Reasonable

Unter dem Begriff „Reasonable“ (angemessen) ist zu verstehen, dass die Lizenzgebühren gerechtfertigt, vernünftig und nicht ausbeuterisch sein dürfen⁶¹⁴. Der Angemessenheitsmaßstab⁶¹⁵ soll verhindern, dass die Ausschlussrechte, die sich aus der Inhaberschaft wesentlicher Patente ergeben und deren Lizenzen zur berechtigten Nutzung einer Technologie erworben werden müssen, zu einer überhöhten Li-

⁶¹¹ Königs, 117.

⁶¹² Dolmans, Fordham Int'l L.J. 2002, 163 ff.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ Fräßdorf, 115.

⁶¹⁵ Die Grundsätze für die Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr finden sich bereits in der *Georgia-Pacific*-Entscheidung von 1970 wieder, *Georgia-Pacific Corp. v. U.S. Plywood Corp.*, 318 F.Supp. (S.D.N.Y.) 1116 (1970), 1120. Demnach gilt: (1) Als Vergleichswert für eine angemessene Lizenzgebühr ist die Lizenzgebühr heranzuziehen, die der Lizenzgeber in anderen Fällen für das strittige Patent erhoben hat; (2) in umgekehrter Perspektive können Lizenzgebühren herangezogen werden, die der Lizenznehmer für ein ähnliches Patent nachweislich entrichtet hat; (3) Kriterium ist der Lizenzumfang, d.h. ob eine einfache oder ausschließliche vereinbart wird; (4) die Lizenzierungsstrategie des Lizenzgebers zeigt, ob er überhaupt Lizenzen für seine Patente erteilt oder nur zu bestimmten, gleichen oder diskriminierenden Bedingungen lizenziert; (5) das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Lizenzgeber und Lizenznehmer offenbart, ob sie auf demselben Technologie- oder Innovationsmarkt konkurrieren, oder bei Lizenzierung auf demselben Produktmarkt konkurrieren würden; (6) werden weitere Produkte des Lizenznehmers durch die Lizenzierung gefördert; (7) es gilt, die Schutzdauer und die Dauer der Lizenz bei der Gebühr einzubeziehen; (8) in die Bewertung kann die Ertragskraft des unter Nutzung des Patents hergestellten Erzeugnisses auf dem Produktmarkt einfließen; (9) Gleichermaßen gilt für die Vorteile des Verbesserungspatents im Vergleich zum Vorgängererzeugnis oder -verfahren; (10) es gilt, die wirtschaftlichen und technischen Vorteile der Nutzung der Erfindung zu beachten; (11) bei bereits vollzogener Nutzung des Patents durch den Lizenznehmer ist das Ausmaß der Nutzung der Erfindung zu beachten; (12) ein Vergleichswert liefert der Gewinnanteil oder die Gebühr bei der Lizenzierung eines ähnlichen Patents; (13) weiterer Vergleichswert ist der Gewinnanteil, der auf die Erfindung und nicht auf die Herstellung oder Vermarktung des Erzeugnisses zurückzuführen ist; (14) hilfreich ist die Begutachtung durch unabhängige Sachverständige und (15) was wäre die hypothetische Lizenzgebühr auf die sich Lizenzgeber und Lizenznehmer geeinigt hätten, damit für beide die Lizenz wirtschaftlich rentabel wäre; s. Königs, 119 ff.

zenzgebühr ausgenutzt werden⁶¹⁶. Dies eröffnet die Möglichkeit einer Lizenzgebührenkontrolle, welche aber teilweise so komplex ist, dass selbst Gerichte nur zurückhaltend davon Gebrauch machen⁶¹⁷. Die Bestimmung der Lizenzgebühren erweist sich als äußerst schwieriger Prozess, da sie nach objektiven Kriterien erfolgen muss und nicht unbegrenzt im Ermessen des Patentpools liegt⁶¹⁸. Gleichzeitig muss die Lizenzgebühr aber ausreichend hoch sein, um die Kosten der Poolverwaltung und die Vergütung der Patentinhaber abzudecken und um den Innovationsanreiz zu erhalten⁶¹⁹.

Als konkrete Berechnungsmethode für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung für das Lizenzpaket des Patentpools kann auf den Grundsatz numerischer Proportionalität oder die wertorientierten Methoden zurückgegriffen werden⁶²⁰.

In der Praxis geben zwar einzelne Lizenzgeber ihre Stellungnahme ab, jedoch damit solche Lizenzgebühren angemessen bleiben, werden potentielle Lizenznehmer herangezogen. Der Pool selbst hat hier die *first mover advantage*⁶²¹ und kann als erster seine Vorstellungen einbringen⁶²². Die Poolvereinbarung enthält üblicherweise auch Konditionen, um die Lizenzgebühren anzupassen. Die Lizenzgeber sollen die Außenlizenz den jeweiligen Marktbedürfnissen angeleichen, was auch eine Anpassung der Höhe⁶²³ der Außenlizenz beinhaltet⁶²⁴. Ein Beispiel ist die jährliche Anpassung der Lizenz, um die Gebühren niedrig zu halten, gleichzeitig aber auch aufgrund der Lizenzeinnahmen profitmaximierend zu wirken. Auch wenn sie anfangs als hoch erachtet würden, lassen Wachstum und Funktion des Pools die Li-

⁶¹⁶ Königs, 118.

⁶¹⁷ *Broadcom Corporation vs. Qualcomm, Inc.*; 2006 WL 2528545 (D.N.J.), wo eine Kontrolle von FRAND-Bedingungen im Rahmen des Kartellrechts abgelehnt wurde.

⁶¹⁸ Unternehmen, die einen Technologiepool bilden, der mit Art. 101 AEUV vereinbar sein soll, können die Lizenzgebühren für das Technologiepaket und den Anteil der einzelnen Technologien an den Lizenzgebühren i. d. R. nach eigenem Gutdünken aushandeln und festlegen, und zwar entweder vor oder nach Festlegung des Standards, werden aber bei der jeweiligen Höhe der Lizenzgebühr auf den Input anderer Marktteilnehmer (Lizenznehmer) angewiesen sein; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 268.

⁶¹⁹ Königs, 118; Klette/Griliches, EJ 2000, 379 ff.

⁶²⁰ Dazu vorne B.III.1.b)ee).

⁶²¹ Die Bestimmung der Lizenzgebühren vor und nicht nach Festlegung des Standards ist vorteilhaft, um zu vermeiden, dass die Wahl des Standards nicht zur Ausnutzung durch eine oder mehrere wesentliche Technologien führt.

⁶²² Nakamura/Kerr, NTT DOCOMO Technical Journal 2008, 67 ff.

⁶²³ So wird z. B. eine prozentuale Lizenzgebühr im 3G-Patentpool ermittelt, indem eine maximale Lizenzgebühr durch die Anzahl der Lizenznehmer dividiert wird, sodass das Resultat die Standardlizenzgebühr für das nächste Jahr darstellt; s. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 8.2.5.

⁶²⁴ *In re Negotiated Data Solutions LLC*, (Fed. Trade Comm'n 2008) (No. C-4234).

zenzgebühren allmählich sinken⁶²⁵, das bedeutet, dass eine Anpassung des Pools gegeben sein muss⁶²⁶.

Neben dem Aspekt der Lizenzgebühr gilt es auch die Frage zu beantworten, ob eine einzelne Paketlizenz oder ein „Menü“ an Lizzenzen vorgegeben wird⁶²⁷. Da die Patentlandschaft äußerst umfangreich ist, kann es vorkommen, dass Lizenznehmer nicht immer auf das gesamte Portfolio des Pools angewiesen sind, da sich in ihrem Portfolio mögliche Alternativen befinden, oder der jeweilige Verwendungszweck nicht sämtlicher Patente bedarf. Zwar ist die Bereitschaft von Patentpools, derartige Optionen anzubieten, gering⁶²⁸, jedoch scheint die Lizenzierung sämtlicher Patente eines Pools nicht immer dem Prinzip der Angemessenheit zu entsprechen. Die Lizenznehmer müssen jedoch die Möglichkeit haben, den Preis der Produkte, die auf der Grundlage der Lizenz produziert werden, frei festzulegen⁶²⁹.

(3) Non-Discriminatory

Der Begriff „Non-Discriminatory“ (nicht diskriminierend) bezieht sich sowohl auf die allgemeinen vertraglichen Lizenzbedingungen als auch auf die Lizenzgebühren. Die Lizenzbedingungen sind nicht diskriminierend, wenn der Patentpool dem Lizenznehmer gegenüber die gleichen Vertragsbedingungen zugrunde legt, wie bei anderen Vertragsparteien in vergleichbaren Fällen, es also nicht zu einer Ungleichbehandlung von Gleichen kommt, ohne dass es dafür einen sachlich gerechtfertigten Grund⁶³⁰ gibt⁶³¹. Nicht diskriminierend bedeutet, dass die grundlegenden Konditionen in einem Lizenzvertrag so gestellt sind, dass bestehenden und neuen Wettbewerbern ein Markteintritt zu gleichen Konditionen ermöglicht wird. Dadurch soll sichergestellt werden, dass durch den Patentpool den vertikal integrierten Poolmitgliedern und deren poolexternen Konkurrenten das Lizenzpaket zu gleichen Konditionen angeboten wird. Insbesondere bei starker Marktstellung des Patentpools ist die Gleichbehandlung der Lizenznehmer geboten, um den Wettbe-

⁶²⁵ Nakamura/Kerr, NTT DOCOMO Technical journal 2008, 67 ff.; UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 8.2.5. Manche Pools sehen trotzdem eine Erhöhung vor, die jedoch gedeckelt wird. So sieht z. B. der MPEG-2-Patentpool eine Grenze vor, die es verbietet, die Lizenzgebühr um mehr als 25 % zu erhöhen; s. Slobod, 15.

⁶²⁶ Da ein Pool mit der Zeit an Marktmacht/Marktakzeptanz gewinnt, durch die Tatsache, dass sich die Technologien durchsetzen konnten oder aber der durch den Pool geförderte Standard akzeptiert wird, beinhalten die Vereinbarungen auch Klauseln, die mit steigender Anzahl an Lizenznehmern die Möglichkeit der Anpassung der Lizenzgebühren einräumen; s. Slobod, 15; Goldstein/Kearsey, 147 ff.; UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, P. 8.2.ff.

⁶²⁷ Lerner/Tirole, AER 2004, 693.

⁶²⁸ Die Analyse von Strojwas/Tirole/Lerner, 7, zeigte, dass nur 11 % aller bisher existenten Patentpools derart unterschiedliche Menüs anboten.

⁶²⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 268.

⁶³⁰ BGH, GRUR 2004, 966, 968 (*Standard-Spundfass*).

⁶³¹ Königs, 126.

werb zwischen den Lizenznehmern, die als Hersteller auf den Produktmärkten teilnehmen, nicht zu verfälschen und Marktabschottung zu verhindern. Bei divergierenden Verwendungszwecken ist eine divergierende Gebührenhöhe⁶³² nicht diskriminierend⁶³³.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit Patentklagen und Pools ist die Gefahr, dass sie ungültige Patente schützen⁶³⁴. Damit Lizenznehmer, die gegen ein Poolmitglied bzw. seine Rechte klagen, nicht diskriminiert werden, muss das Recht, eine Lizenz im Falle einer Anfechtung zu kündigen, auf die Rechte des Lizenzgebers, gegen den sich die Anfechtung richtet, beschränkt werden und darf nicht für Patente gelten, die anderen Lizenzgebern im Pool gehören⁶³⁵. Anders gesagt darf der Lizenznehmer durch die Eröffnung eines Verfahrens gegen einen Rechtsinhaber das Recht beibehalten, eine Lizenz bzgl. sämtlicher anderer Patente des Pools zu verlangen.

*cc) Lizenzverpflichtungen *ex-ante* oder *ex-post**

Ein wesentlicher Aspekt für den Poolaufbau ist die frühzeitige und korrekte Identifizierung der relevanten Patente sowie die rechtzeitige Schaffung von Abmachungen und Verpflichtungen zwischen den Rechtsinhabern⁶³⁶.

Während eine Außenlizenz durch die Grundprinzipien der in den Standardisierungsorganisationen bestimmten FRAND-Lizenzen vorgegeben ist, liegt es aber im Bereich der Unternehmen, dies umzusetzen. Dabei gilt zu berücksichtigen, dass die Aspekte der angemessenen und nicht diskriminierenden Lizenz aus kommerzieller Sicht verfasst werden⁶³⁷. Anders gesagt stehen zwar die Lizenzgeber, nachdem ein Standard existiert, unter einer Lizenzierungspflicht, wie diese Außenlizenz jedoch ausgestaltet wird, bleibt offen⁶³⁸. Da die Außenlizenzen verfasst werden, nachdem der Standard bestimmt ist, haben die am Pool beteiligten Lizenzgeber einen Vorteil gegenüber den Lizenznehmern. Einem Pool wurde von der Standardisierungsorganisation durch den Standard Marktmacht zugesprochen⁶³⁹. Eine derartige Situation verschafft ein Ungleichgewicht, da die Lizenzgebühren überzogen werden können und somit eine finanzielle Belastung für die potenziellen Lizenznehmer schafft,

⁶³² Wird hingegen derselbe Verwendungszweck verfolgt, so darf die Gebührenhöhe auch zwischen Poolmitglied und Lizenznehmer nicht unterschiedlich ausfallen.

⁶³³ Königs, 126.

⁶³⁴ Der Schutz ungültiger Patente im Pool kann Lizenznehmer zwingen, höhere Lizenzgebühren zu zahlen und Innovationen in dem Bereich, der durch ein ungültiges Patent gedeckt wird, verhindern.

⁶³⁵ Leitlinien zur TT-GVO Rn. 229.

⁶³⁶ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 559 ff.

⁶³⁷ Geradin/Layne-Farrar, CPI 2007, 88; Bekkers/Iversen/Blind, 7.

⁶³⁸ Bekkers/Iversen/Blind, 8.

⁶³⁹ Ohana/Hansen/Shah, ECLR 2003, 644.

wobei der kommerzielle Wert für die Lizenznehmer nicht immer abzusehen ist⁶⁴⁰. Es besteht keine Frage, dass die Vorhersagbarkeit über die zukünftigen Kosten ausschlaggebend ist, um Investitionen in Produkte überhaupt zu gewährleisten. Die Theorie drängt, dass Verhandlungen über Lizenzen *ex-ante* stattfinden⁶⁴¹, wodurch sichergestellt werden soll, dass bereits vor Schaffung eines Standards die Lizenzbedingungen bekannt sind⁶⁴².

Die frühzeitige Bestimmung der Lizenzbedingungen ist nicht nur für potenzielle Lizenznehmer von Bedeutung, sondern spielt auch für die Patentinhaber eine strategische Rolle. Letztere versuchen, bei der Wahl der relevanten Patente nicht nur über die Patente selbst, sondern auch durch die positive Beurteilung⁶⁴³ der Mitglieder der Standardisierungsorganisation in den Standard zu kommen⁶⁴⁴.

Weiterhin würden derartige *ex-ante*-Verhandlungen das *hold-up*-Problem schneller lösen⁶⁴⁵. Unter vertraglichem *hold up* versteht die rechtsökonomische Analyse des Vertragsrechts Situationen, in denen eine Vertragspartei erhebliche vertragsspezifische Investitionen getätigt hat, der Vertrag unvollständig ist und schließlich die andere Vertragspartei ein Interesse daran hat, ihre Rechtsmacht auszunutzen⁶⁴⁶. Nachteilig wirken sich *hold-up*-Situationen speziell dann aus, wenn sie die Lizenznehmer dazu führen, kostspielige Sicherungsmaßnahmen zu treffen, wie bspw. Versuche, parallele Lösungen zu integrieren oder es sogar Lizenznehmer davon abhält, Investitionen vorzunehmen⁶⁴⁷. Die Festlegung der Lizenzbestimmungen im Voraus kann dies mindern, da Lizenznehmer ihre eigenen Verpflichtungen somit besser bestimmen können. Eine frühzeitige Vereinbarung der Lizenz, die dem Pool die Organisation erleichtert und Rechtssicherheit verschafft, erfüllt

⁶⁴⁰ *Ohana/Hansen/Shah*, ECLR 2003, 647 f.

⁶⁴¹ *Ohana/Hansen/Shah*, ECLR 2003, 644 ff; *Koelman*, IIC 2006, 836 ff.

⁶⁴² Anderer Meinung *Geradin/Layne-Farrar*, CPI 2007, 79; *Geradin/Layne-Farrar/Padilla*, JSTL 2008, 171 ff., welche die Probleme speziell beim Standard sehen, da sich dadurch der Prozess der Standardisierung verlangsamen würde und die Lizenzgebühren nicht einschätzbar wären, da es noch keine Marktumsetzung gibt.

⁶⁴³ Bspw. erhoffen sich Unternehmen, die versuchen, in einen Standard zu drängen, durch Bekanntgabe der zukünftigen Lizenzverträge, solch positive Beurteilung zu erhalten. *Geradin/Layne-Farrar*, CPI 2007, 91.

⁶⁴⁴ S. dazu bereits B.I.3.c)bb)(5).

⁶⁴⁵ *Ohana/Hansen/Shah*, ECLR 2003, 648.

⁶⁴⁶ Echte vertragliche *hold-up*-Situationen entstehen in Standardisierungskontexten dann, wenn ein Lizenznehmer standardspezifische Investitionen vorgenommen hat und der Lizenzvertrag unvollständig ist; dies ist er vor allem dann, wenn er zeitlich begrenzt abgeschlossen oder mangels Wissen über ein Schutzrecht kein Vertrag abgeschlossen wurde. Unechte vertragliche *hold-up*-Positionen entstehen durch die Netzeffekte, Wechselkosten und Probleme kollektiven Handelns. Ein ganzer Technologiebereich hat spezifische Investitionen in einen technischen Standard investiert. Ein Einzelner kann dies nicht ändern und muss folglich, sofern er überhaupt tätig werden will, die Bedingungen des Schutzrechtsinhabers erfüllen; s. *Fräßdorf*, 202.

⁶⁴⁷ *Fräßdorf*, 203.

außerdem zwei Funktionen: (1) Informationsfunktion, durch welche sich über die Tätigkeiten in diesem Feld informiert wird und es nicht zu einem zweiten Konkurrenz-Pool über denselben Standard kommt, (2) Transparenzfunktion, die die grundlegenden Bestimmungen näher bringt, d. h. aber nicht welche Patente, sondern unter welchen Bedingungen sie in den Pool einfließen werden. Für die Lizenzgeber besteht schon frühzeitig das Interesse, die Bestimmungen der Lizenz zu formulieren, um so potenzielle Lizenznehmer zu gewinnen. Diese Vereinbarungen sind mit der Festlegung eines Standards oder der Bildung eines Pools untrennbar verbunden und können für sich genommen nicht als wettbewerbsbeschränkend angesehen werden, da es Fälle gibt, in denen sie sogar Effizienzvorteile bewirken⁶⁴⁸.

Eine *ex-post*-Formung von Pools birgt zudem die Gefahr, dass die Unternehmen aufgrund der Situation auf dem Markt Kriterien verwenden, die zu sehr auf die veränderten Marktverhältnisse zielen. Durch die Marktakzeptanz des Standards würde das Interesse, sich an einem Pool zu beteiligen, erst dann existent sein, wenn viele Unternehmen dem Pool beitreten würden und durch die Masse der Rechte der wirtschaftliche Gewinn über die Gewinne des Einzelnen dominiert⁶⁴⁹.

Hinzu besteht das *free-rider*-Problem⁶⁵⁰, bei welchem in konkreten Situationen bestimmte Lizenzgeber das Interesse haben⁶⁵¹, dem Pool nicht beizutreten, so aber die Schlüsseltechnologien zu ihrem Vorteil nutzen wollen. Diese Lizenzgeber könnten daher durch den Standard und den Pool ihre Patente in eine Position bringen, durch welche sie erhöhte Lizenzgebühren verlangen könnten.

Im Unterschied dazu könnte eine *ex-ante*-Lizenz die Wege ebnen, damit keine *hold-up*-Probleme eintreten sowie die Hersteller für die zukünftige Produktion über die Umstände informieren und somit den Eintritt in den Produktmarkt erleichtern⁶⁵². Um den Wettbewerb zu sichern, sollen die Regeln gerade durch die Lizenzgeber besprochen und im Vorfeld bestimmt werden (*ex-ante*). Weiterhin würde es zu keiner *free-rider*-Problematik kommen, da der Rechteinhaber nur die Vorteile nutzen kann, wenn er von Anfang an am Pool beteiligt ist.

dd) Vertragslaufzeit

Der Außenlizenzvertrag kann maximal so lange in Kraft sein, wie die Schutzhauer des letzten gültigen Poolpatents läuft. Dabei sehen einzelne Außenlizenzen auch zeitliche Begrenzungen vor⁶⁵³. Ein sofortiges Kündigungsrecht besteht im Fall der Insolvenz einer Vertragspartei. Dem Patentpool wird ein Kündigungsrecht für den

⁶⁴⁸ So z. B. bzgl der Bestimmung zukünftiger Lizenzgebühren, Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 268.

⁶⁴⁹ Lévéque/Ménieré, 6.

⁶⁵⁰ Lévéque/Ménieré, 7.

⁶⁵¹ Layne-Farrar/Lerner, 295.

⁶⁵² Lévéque/Ménieré, 16.

⁶⁵³ So ist die Außenlizenz beim DVD Pool bspw. auf 10 Jahre begrenzt.

Fall eingeräumt, dass der Lizenznehmer ein Poolpatent angreift oder dieser die Lizenzgebühr nicht entrichtet. Umgekehrt besteht das Kündigungsrecht beim Lizenznehmer, sollte ein Patent des Pools für nichtig erklärt werden⁶⁵⁴.

2. Erkenntnisse zur Poolgründung

Der mehrstufige Aufbau einer Poolvereinbarung ist nicht nur ein komplexer Prozess, sondern birgt verschiedene Problembereiche in sich. Beginnend bei der Lizenzgebervereinbarung sollen sowohl die Interessen der Rechtsinhaber als auch die Aspekte der Innovationsförderung berücksichtigt werden. Deshalb ist es auf allen Stufen des Verfahrens notwendig, es transparent und offen zu gestalten. Vor allem soll aber auch sichergestellt werden, dass durch die erste Stufe der Anspruch an Rechtssicherheit gewährleistet wird. Um dies zu erreichen, müssen die Lizenzgeber Ziel, Gegenstand und Modalitäten des Pools bestimmen. Trotzdem bedeutet es, dass Informationen bzgl. der relevanten Patente zwar offengelegt, gleichzeitig jedoch Maßnahmen zur Verhinderung des Austausches über die weiterführenden Informationen getroffen werden, welche das Potenzial haben, Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen.

Die Bestimmung des relevanten Poolportfolios, vor allem aber der Schutz, dass keine ungültigen oder poolinternen substituierbaren Patente einbezogen werden, sollte durch unabhängige Sachverständige wahrgenommen werden. Da gerade hier die innovationsfördernden Interessen bei der Poolbildung dominieren, gilt es vorzusezten und sicherzustellen, dass die Sachverständigen zu den Patentinhabern in einem unabhängigen Verhältnis stehen. Die Sachverständigen sollen demnach nur Patente von Inhabern bewerten, mit denen sie zuvor keinen geschäftlichen Kontakt hatten oder die keine Wettbewerber von Inhabern sind, mit denen sie in einer geschäftlichen Verbindung stehen. Dadurch soll erreicht werden, dass allein die Relevanz der Patente und nicht die einzelnen unternehmerischen Interessen für die Bewertung ausschlaggebend sind. Auch bei der Vergütung der Sachverständigen muss darauf geachtet werden, dass diese rein sachlich im Lichte der Innovationsförderung stattfindet (bspw. fixes oder zeitgebundenes Honorar, unabhängig von der Anzahl der in den Pool integrierten Patente).

Eines der wesentlichen und gleichzeitig auch das schwierigste Element ist die Bestimmung der Lizenzgebühr und abhängig davon, ob ein einzelnes Paket oder ein Menü an Lizzenzen angeboten wird. Der geschichtliche Überblick zeigt verschiedene Möglichkeiten und Konzepte, wie die Lizenzgebühren berechnet und schlussendlich auch aufgeteilt wurden. Empfehlenswert ist es, potenzielle Lizenznehmer frühzeitig zu involvieren, um durch Informationsaustausch Vorstellungen beider Parteien zu erkennen und dadurch eine akzeptable Lösung zu finden. Die Realisierung dieses Informationsaustausches kann direkt stattfinden oder über eine dem Pool ausgelagerte unternehmerische Einheit, die sich gegenüber beiden Parteien neutral verhält.

⁶⁵⁴ Königs, 136.

Allerdings ist das nicht bei jedem Pool in einer solchen Form möglich, denn bei der Wahl des organisatorischen Aufbaus überwiegen die Interessen der Mitglieder. Es können aber alternative Kontaktmöglichkeiten zu potenziellen Lizenznehmern genutzt werden. Durch eine neutrale Einheit, wie den Administrator, wird sichergestellt, dass die Interessen aller Patentinhaber gleich vertreten werden. Wichtig bleibt jedoch, dass den Lizenzgebern die Freiheit zur Einzellizenzierung ihrer Rechte bestehen bleibt.

Die Gestaltung eines Pools mit einem Administrator hat in der Praxis gezeigt, dass dies ein Modell mit wesentlichen Effizienzvorteilen ist. Zum einen minimiert es das Kollusionsrisiko zwischen den Poolmitgliedern, zum anderen erleichtert es den Zugang zu relevanten Informationen für potenzielle Mitglieder und Lizenznehmer. Die Poolstruktur mit Administrator zeigt auch bei der Lizenzierung des Portfolios besondere Vorteile. So ist es möglich, dass der Administrator die Lizenzierung durchführt, oder aber nur als Informationsquelle für einzelne bilaterale Lizenzen zwischen den Mitgliedern und den Lizenznehmern dient.

Weitere wettbewerbsrechtliche Bedenken entstehen wegen eventueller Nebenabreden in der Außenlizenz. Die Anforderungen der Standardisierungsbehörden durch die FRAND-Vereinbarungen bilden zwar eine Grundlage in der Ausgestaltung der Lizenz, sind jedoch ungenau und müssen im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden.

C. Analyse der Rechtslage

Ein Pool muss neben dem wirtschaftlichen Interesse der Unternehmen auch die Ansprüche des jeweiligen Wettbewerbsrechts erfüllen. Dabei gilt für die beteiligten Mitglieder sowohl im poolinternen als auch im poolexternen Verhältnis auf Kriterien zu achten, welche die Wettbewerbsverträglichkeit und die dadurch erfolgende Innovationsförderung des Pools garantieren. Da diese Kriterien aber immer eine Einzelfallbeurteilung des jeweiligen Pools sind, wird im folgenden Kapitel erörtert, wie das geltende Recht der EU für Patentpools beschaffen ist und wie es in der Rechtsprechung umgesetzt wird. Dazu werden zuerst das materielle Recht, danach der Verwaltungsvollzug und der relevante Markt analysiert. Zusätzlich wird ein Exkurs in die Rechtslage und Judikatur der USA vollzogen, um durch die größere Menge beurteilter Patentpools Erkenntnisse zu zeigen, welche Rückschlüsse auf die Angemessenheit der geltenden rechtlichen Regelung in der EU ermöglichen soll.

I. Wettbewerbsregeln

1. Grundlagen des europäischen Wettbewerbsrechts

Im Hinblick auf das Immaterialgüterrecht besteht zunächst ein Widerspruch zwischen dem Ausschließlichkeitscharakter des Patentschutzes und dem durch das Kartellrecht verfolgte Ziel, freien Wettbewerb zu garantieren, was jedem Marktteilnehmer den gleichen Zugang zum Markt ermöglichen¹ und diesen auch vor Verfälschungen schützen soll. Ein System des unverfälschten Wettbewerbs² wird

¹ Osterrieth, I. Teil, Rn. 16; zu den wettbewerbstheoretischen Grundlagen Folz, 57 ff. u. 224.

² Zur Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 lit. g im EGV; s. Zuleeg, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 3, Rn. 8; Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Einleitung, Rn. 7 ff.; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 3, Rn. 10; Hatje, in: Schwarze, 190 f.; Schröter, in: Schwarze, 234 ff.; Buck/Benoit, Removal of competition clause causes dismay; Lemaire/Welbroeck/Petite, Concurrences 2008, 87 ff.; Riley, ECLR 2007, 703 ff.; Pera, ECLR 2008, 165; Säcker, in: Hirsch/Montag/Säcker, 4 ff.; Lenz, in: Lenz/Borchardt, EU- u. EG-Vertrag, EGV, Art. 3, Rn. 7; Eklund, 85; Paulweber/Weinand, EuZW 2001, 233; Battis, EuR 2009, 4 f.; Zäch, IIC 2009, 623 ff.; Drauz/Jones, 6; Drexel, in: von Bogdandy/Blast, 905 ff., Fischer et al., TELF 2009, 97 ff.; EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 (Metro/Komm.); EuGH vom 3.10.2000, Rs. C-9/99, Slg. 2000, I-8207 (Échirolles); EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (Europemballage und Continental Can/Komm.).

durch das Protokoll 27³ sichergestellt, wobei aber die Ausrichtung der europäischen Wettbewerbspolitik durch das Stichwort des *more economic approach* geleitet wird⁴. Das Wettbewerbsrecht der EU wird im Titel VII, Kapitel 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) in Art. 101 ff. grundlegend reguliert, welches aufgrund seiner Formulierung für jede Betätigung und jede Branche gilt⁵. Den primärrechtlichen Kern des Wettbewerbsrechts für Unternehmen bilden das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung in Art. 102 AEUV. Dabei enthält Art. 101 Abs. 1 ein allgemeines, unmittelbar anwendbares Kartellverbot. Art. 102 bietet ein Beispiel dafür, ein System zu errichten, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt⁶. Die Verbote der Art. 101 und 102 sind in diesem Zusammenhang so auszulegen und anzuwenden, dass sie einen wirksamen Wettbewerb herbeiführen und deshalb auch Verhaltensweisen erfassen, welche die Verbraucher unmittelbar schädigen können⁷.

Die Ausschließlichkeit von Immaterialgüterrechten, d. h. die Befugnis ihrer Inhaber, Dritte von der Benutzung ihres Gegenstands auszuschließen, ist nicht Ausnahme vom Wettbewerb, sondern Teil und Mittel der Wettbewerbsordnung, das die Mitbewerber des Schutzrechtsinhabers auf substitutiven statt auf imitierenden Wettbewerb⁸ verweist⁹. Immaterialgüterrechte als auch Wettbewerb sind notwendig¹⁰, um Innovationen zu fördern und deren wettbewerbsfähige Verwertung sicherzustellen¹¹. Außer Frage sind Immaterialgüterrechte weder wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Kartellverbots in Art. 101 AEUV noch begründen sie nach Art. 102 AEUV einen Missbrauchstatbestand¹². Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Technologietransfer- und anderen Lizenzvereinbarungen sind nicht die Immaterialgüterrechte selbst relevant, sondern die Beschränkungen der Schutzrechte durch konkrete Schutzrechtsüberlassungen, in welchen die Parteien über die dem

³ Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. C 115/309, vom 9.5. 2008.

⁴ *Drexl*, in: von Bogdandy/Blast, 906 ff.; *Hildebrand*, WuW 2005, 513 ff.; *Schmidtchen*, WuW 2006, 6 ff.; *Christiansen*, WuW 2005, 285 ff.; *Pera*, ECLR 2008, 127 ff.

⁵ EuGH vom 27.1.1987, Rs. 45/85, Slg. 1987, 405 (*Verband der Sachversicherer/Komm.*), Rn. 14.

⁶ EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (*United Brands/Komm.*), Rn. 63/66.

⁷ *Zuleeg*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 3, Rn. 8.

⁸ BGH vom 13.7.2004, KZR 40/02 (*Standard-Spundfass*).

⁹ *Klawitter*, in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Kapitel § 13, Rn. 4.

¹⁰ Der Schutz technischer und sonstiger Innovationen für die auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Wirtschaftsordnung ist ebenso wesentlich wie umgekehrt die Freiheit des Wettbewerbs außerhalb der objektiven Grenzen, die dem betreffenden Schutzrecht, durch die Festlegung des für schutzwürdig erachteten Gegenstands und dessen Schutzbereich, gesetzt sind; s. *Klawitter*, in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Kapitel § 13, Rn. 3.

¹¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 7.

¹² *Eklund*, 90 ff.; EuGH vom 5.10.1988, Rs. 53/87, Slg. 1988, 6039 (*CICRA u. a./Renault*); EuGH vom 5.10.1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211 (*Volvo/Veng*).

Schutzrechtsinhaber gesetzlich eingeräumten Rechte hinaus Vereinbarungen treffen und damit den Wettbewerb ausschalten¹³. So kommen Maßnahmen der Missbrauchsaufsicht in Betracht, bspw.¹⁴ dann, wenn marktbeherrschende Unternehmen durch Lizenzverträge neue konkurrierende Technologien ausschließlich an sich binden und damit aufkommenden Wettbewerb behindern¹⁵.

Das Problem eines Patentpools zeigt sich im schwierigen Aufbau und der Einhaltung der Wettbewerbsregeln, aufgrund der komplexen Interaktion zwischen Wettbewerbsrecht und Patentrecht¹⁶. Besitzt ein Schutzrechtsinhaber Monopolmacht, unterliegt er bei dessen Ausübung kartellrechtlichen Grenzen. Somit gilt auch, dass ein Patentpool bei der Ausübung seiner Funktion unter die kartellrechtlichen Begrenzungen fallen muss. Dies wiederum bedeutet, dass es sich um ein instabiles und anfechtbares Konstrukt handelt¹⁷.

2. Vertragskontrolle im Rahmen des Art. 101 AEUV

Art. 101 Abs. 1 AEUV enthält ein allgemeines Verbot aller „Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen“ zur Beschränkung des Wettbewerbs. Diese sind nach Abs. 2 nichtig, sofern nicht nach Abs. 3 eine Ausnahmemöglichkeit eingeräumt wird. Das Ziel ist die Erhaltung eines funktionierenden Marktes, mit einem gesunden Grad wettbewerblichen Drucks auf die Marktteilnehmer, und zwar zum Zweck der wirtschaftlichen Effizienz und letztendlich zum Nutzen der Verbraucher und der Gesellschaft insgesamt. Voraussetzung für die Anwendung des Art. 101 AEUV auf Pools ist die Erfüllung der Tatbestandserfordernisse des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

a) Unternehmen

Unter dem Begriff des Unternehmens wird nach Definition des EuGH jede „...wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“¹⁸ verstanden. Die Bedeutung des Begriffs Unternehmen wird in der Literatur als eine künstlich geschaffene juristische Einheit verstanden, deren Existenzberechtigung die Schaffung wirtschaftlichen Vermögens

¹³ Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, IV. GRUR, Rn. 10.

¹⁴ Komm., 26.7.1988, ABl. Nr. L 272/27 (*Tetra Pak I*).

¹⁵ Klawitter, in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Kapitel § 13, Rn. 5.

¹⁶ Goldstein/Kearsey, 178.

¹⁷ Vaughan 1925, 68.

¹⁸ Art. 1 des Protokolls 22 EWR-Abkommen, EuGH vom 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (*Höfner/Macrotron*), Rn. 21; EuGH vom 23.4.1991 Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21 (*Höfner und Elser*); Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 81, Rn. 25; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 11.

ist und von der Erfüllung normativer Voraussetzungen abhängt¹⁹. „Unternehmen“ ist also ein unionsrechtlicher Begriff und hängt daher nicht davon ab, ob ein Unternehmen eine juristische Person im Sinne einer nationalen Rechtsordnung ist. Unter diese denkbar weite Definition reihen sich auch natürliche Personen wie Einzelkaufleute, Freiberufler, Forschungsergebnisse verwertende Wissenschaftler ein²⁰. Zweck und Organisation einer Vereinigung fallen ebenso wenig ins Gewicht wie ihre Rechtsform²¹, deshalb können auch die zu Pools gegründeten Unternehmensvereinigungen unter dem Tatbestand des Unternehmens subsumiert werden²². Es ist nicht erforderlich, dass die Unternehmensvereinigung über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, sodass in Deutschland z. B. auch Unternehmensvereinigungen in der Form einer BGB-Gesellschaft erfasst werden können²³.

Dies wirft die Frage nach der Relevanz der Norm für Unternehmenskooperationen (Konzerne)²⁴ auf, da sie sowohl als wirtschaftliche und zugleich rechtliche Einheit verstanden werden können, oder aber als Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen erscheinen. Der Begriff der Unternehmenskooperation stammt aus dem Bereich der Wirtschaftspolitik und will jene Formen wettbewerbspolitisch billigerwerter Zusammenarbeit kennzeichnen, die der Rationalisierung, der Leistungssteigerung und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit dienen²⁵. Während das Wirtschaftsleben vor allem in den USA in den späten 1970er-Jahren von Unternehmensübernahmen geprägt war, zeichnete sich seit Beginn des 21. Jahrhunderts ein neuer Trend im Marktverhalten ab, bei welchem Unternehmen als investitionsintensive Wirtschaftsebenen vermehrt versuchten, mit kooperativen Strategien ihre Wettbewerbsposition zu verbessern²⁶. Dabei können Unternehmenskooperationen eine Vielzahl von möglichen Formen annehmen²⁷, wobei bestimmte Merk-

¹⁹ Oesterle, 1.

²⁰ Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 81, Rn. 26.

²¹ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 30 ff.

²² Bspw. fällt auch die EWIV unter diesen Unternehmensbegriff. Im 15. Erwägungsgrund der EWIV-VO ist festgehalten, dass die Vorschriften der Mitgliedstaaten über das Wettbewerbsrecht (worunter auch das Wettbewerbsrecht der EU fällt) unberührt bleiben. Eine Bereichsausnahme oder Privilegierung für die EWIV besteht also nicht; sie ist wettbewerbsrechtlich neutral und unterliegt, wie andere Gesellschaftsformen auch, den Regeln des nationalen und des EU-Kartellsrechts sowie den jeweiligen Vorschriften zur Fusionskontrolle, die jedoch erst dann greifen, wenn die entsprechenden Größenverhältnisse der beteiligten Mitglieder erreicht werden. Hakenber, in: Ebenroth et al., EWIV, Rn. 54.

²³ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 38; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 12.

²⁴ Als einen Konzern bezeichnet man gemeinhin die Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung; s. Emmerich/Habersack, Einl. Rn. 1.

²⁵ Benisch 1969, 59. Der Begriff der Kooperation wurde in der wettbewerbspolitischen Diskussion vom *Bundesverband der Deutschen Industrie* eingeführt, um die leistungssteigernde Unternehmensverbindung von dem negativ behafteten Begriff des Kartells abzugrenzen, so Schäfer-Kunz, 65.

²⁶ Basedow/Jung, 1; Ziegler, 17.

²⁷ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 254 ff.

male²⁸ konstant bleiben. Die Unionsorgane haben in zahlreichen Fällen Konzerne in dem Sinne als wirtschaftliche Einheit behandelt²⁹, weswegen einzelne Konzernunternehmen jederzeit mit dritten Unternehmen gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstörende Vereinbarungen treffen können. Dem Kartellverbot unterliegen keine Absprachen innerhalb eines Konzerns, da diese nicht wirtschaftlich selbstständig sind³⁰. Die verbundenen Unternehmen bilden nämlich eine wirtschaftliche Einheit, zwischen deren Mitgliedern es keinen Wettbewerb mehr gibt³¹; ergänzend wird vielfach noch auf die fehlende Autonomie der Tochtergesellschaften gegenüber der Muttergesellschaft abgestellt³².

Der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ ist für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsregeln von zentraler Bedeutung und wird, um den Wettbewerbsregeln des Vertrags einen möglichst großen Anwendungsbereich zu sichern, sehr weit ausgelegt³³. So haben auch die Gerichte den Begriff der „wirtschaftlichen Betätigung“ breit definiert, indem „eine wirtschaftliche Tätigkeit jede Tätigkeit [ist], die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“³⁴. Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich, sodass auch gemeinnützige Unternehmen erfasst sind³⁵. Wirtschaftlich ist eine Betätigung nur,

²⁸ Indem die beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander rechtlich und wirtschaftlich selbstständig sind, unterscheidet sich die Kooperation von der Koordinierung konzentrierter Unternehmen (Konzern, Zusammenschluss). Die Koordinierung kann durch Abstimmung aufeinander oder durch Ausgliederung und Übertragung einer gemeinschaftlichen Einrichtung erfolgen. Sie kann sich auf einzelne Funktionen (Beschaffung, Produktion, Vertrieb, Verwaltung), auf eine Bündelung von Funktionen oder auf alle Funktionen (für ein bestimmtes Erzeugnis oder eine Erzeugnisgruppe) erstrecken. Eine Koordinierung von Funktionen steht regelmäßig unter der Zielsetzung, die Leistungsfähigkeit zu steigern, oder eine entsprechende Wirkung zu erzielen. Einer gesonderten Herausstellung bedarf es nicht, da Gefahr bestehen würde, die Stellung von Kooperationsvereinbarungen, die keine Leistungssteigerung erzielen, in Frage zu stellen, so Benisch 1969, 61 ff.

²⁹ EuGH vom 14. 7. 1972, Rs. 48/69 Slg. 1972, 619 (*ICI*) 665 f.; EuGH vom 14. 3. 1974, Rs. 6/73, Slg. 1974, 223 (*ICI/Commercial Solvents*) 255 ff.; Komm., 24. 7. 1969 ABI. L 195/11, 15 (*Farbstoffe*); Komm., 14. 12. 1972, ABI. L 299/51, 56 f. (*Zoja*); Komm., 25. 11. 1980, ABI. L 377/16, 26 (*Johnson*).

³⁰ EuGH vom 14. 7. 1972, Rs. 48/69 Slg. 1972, 619 (*ICI*), Rn. 134.

³¹ Deswegen ist das Verhalten der einzelnen wirtschaftlichen Einheit auf dem Markt relevant, EUG 12. 1. 1995, Rs. T-102/92, Slg. 1995, II-17 (*Vihos/Kommission*), Rn. 32.

³² Emmerich, in: Dausse, Art. 102 AEUV, Rn. 46; Baumgartner et al., 176.

³³ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 16.

³⁴ EuGH vom 18. 6. 1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3886 (*Komm./Italien*) Rn. 36; EuGH vom 18. 3. 1997, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547 (*Diego Cali & Figli Srl/Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*) Rn. 16; EuGH vom 16. 6. 1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599 (*Komm./Italien*) Rn. 3 u. 7.

³⁵ Komm., 29. 10. 1981, ABI. L 370/49 (*GVL*), Rn. 44 („...die mangelnde Gewinnerzielungsabsicht ist für den Unternehmensbegriff [...] unerheblich, auch ‚gemeinnützige‘ Unternehmen unterliegen dem Missbrauchsverbot...“); Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 15.

wenn sie über die Deckung des eigenen Bedarfs und die Tätigkeit als abhängig Beschäftigter hinausgeht³⁶.

Somit ist die Unternehmenseigenschaft bei Mitgliedern eines Pools gegeben, da sowohl große Unternehmen, Konzerne, als auch kleine bzw. mittelständische Unternehmen sowie wissenschaftliche Institutionen³⁷ beteiligt sind. Ebenfalls wird durch die zur Verfügungstellung und den Austausch von Rechten, das Erfordernis der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit umgesetzt, wodurch die Voraussetzungen nach Art. 101 AEUV erfüllt sind.

b) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Begriffe „Vereinbarung“, „Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen“ und „abgestimmte Verhaltensweise“ in subjektiver Hinsicht Formen der Kollusion erfassen, die in ihrer Art übereinstimmen und sich nur in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden³⁸.

Der EuGH hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass eine Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bereits in jeder Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Unternehmen zu sehen ist, wobei ausdrücklich oder konkludent sowie schriftliche oder formlose Willensübereinstimmungen irrelevant sind³⁹. Eine abgestimmte Verhaltensweise verfolgt im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn sie aufgrund ihres Inhalts und Zwecks und unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs konkret geeignet ist, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen. Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens zu verursachen⁴⁰. Deshalb ist es auch notwendig, bestimmte Informationen bei einem Pool mit Bedacht zu behandeln, denn es besteht das Risiko, dass durch diese Informationen über die einzelnen Rechte ein Wettbewerbsvorteil bzw. eine Verzerrung des Wettbewerbs entstehen würde.

Art. 101 Abs. 1 AEUV unterscheidet nicht zwischen Kartellen und Austauschverträgen. Beide werden vielmehr gleichbehandelt, sofern nur die übrigen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 erfüllt sind, d.h. sie den Zweck oder die Wirkung einer

³⁶ Weiß, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, Art. 81, Rn. 25.

³⁷ So. z. B. die *Fraunhofer-Gesellschaft*, die ein Gründungsmitglied im MP3-Pool ist.

³⁸ EuGH vom 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 (*T-Mobile Netherlands BV u.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*) Rn. 23.

³⁹ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 55; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 41.

⁴⁰ EuGH vom 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 (*T-Mobile Netherlands BV u.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*).

Wettbewerbsbeschränkung haben, durch die der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann. Dadurch werden also, neben den Kartellen, auch Ausschließlichkeits- und Vertriebsbindungen, Preis- und Konditionenbindungen sowie Lizenzverträge einbezogen⁴¹.

Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen liegen nicht nur vor, wenn die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung in einer (beliebig organisierten) Mitgliederversammlung über bestimmte Fragen einstimmig oder mehrheitlich abstimmen, sondern auch dann, wenn andere Organe, wie Geschäftsführung oder ein Beirat, aufgrund des Gesellschaftsvertrags Entscheidungen treffen, die das Verhalten der Mitglieder im Wettbewerb steuern sollen⁴².

Fehlt es an einer Vereinbarung und werden die Übereinkünfte dennoch durch Abstimmung und Marktverhalten befolgt⁴³, liegen aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vor⁴⁴. Die Bestimmung soll auch den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1. AEUV über den Bereich von Vereinbarungen und Beschlüssen hinaus auf sämtliche Formen der Koordinierung von Unternehmen im Wettbewerb ausdehnen, wodurch es als Auffangtatbestand fungiert, in den Fällen, in denen den Wettbewerbsbehörden der Nachweis einer Vereinbarung oder eines Beschlusses nicht gelingt, den beteiligten Unternehmen aber zumindest irgendeine Form der Verhaltenskoordinierung nachgewiesen werden kann⁴⁵. Das Wettbewerbsrecht der EU basiert auf dem sog. Selbstständigkeitspostulat, dem Gedanken, die Unternehmen sollten selbstständig auf dem Markt agieren⁴⁶. Dem widerspricht jeder Kontakt zwischen Unternehmen, der bezweckt oder bewirkt, das Marktverhalten der Wettbewerber zu beeinflussen oder diese vom eigenen Verhalten in Kenntnis zu setzen.⁴⁷. Reines Parallelverhalten, ohne ein Element einer Absprache, ist kein abgestimmtes Verhalten, aber bei oligopolistischer Marktstruktur ein Indiz dafür⁴⁸. Der EuGH sieht abgestimmte Verhaltensweisen als

„eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrags im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt und zu Wettbewerbsbedingungen führt, die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und

⁴¹ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 64.

⁴² EuGH vom 19. 3. 1964, Rs. 67/63, Slg. 1964, 321, 344 (*Sorema*); EuGH vom 15. 5. 1975, Rs. 71/74, Slg. 1975, 563, 583 f. (*Frubo*); EuGH vom 29. 10. 1980, Rs. 209–215 u. 218/78, Slg. 1980, 3125, 3250 (*van Landewyck*); EuGH vom 8. 11. 1983, Rs. 96/82, Slg. 1983, 3369, 3410 (*IAZ/Navewa-Anseau*); Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 77.

⁴³ EuGH vom 4. 6. 2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 (*T-Mobile Netherlands BV u. a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*), Rn. 22.

⁴⁴ Folz, 315.

⁴⁵ Frenz, 166.

⁴⁶ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 66.

⁴⁷ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 89.

⁴⁸ EuGH vom 14. 7. 1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 (*ICI*), Rn. 52.

Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang und die Eigentümlichkeiten des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen“⁴⁹.

Da ein Pool aus einem Vertrag, Vertragsnetz oder einer eigenen Unternehmensvereinigung gegründet werden kann, ist der Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Pools gegeben. Die breite Formulierung des Art. 101 Abs. 1 ermöglicht es, Pools unter den Begriffen „Vereinbarungen“, „Beschlüsse“ oder „abgestimmte Verhaltensweisen“ zu subsumieren, je nach Abhängigkeit ihrer jeweiligen Form. Das Kernelement jedes Pools ist die Poolvereinbarung⁵⁰, die den grundsätzlichen Inhalt und den Zweck des Pools bestimmt. Dieser Vertrag und die mit ihm entstehenden Folgen gilt es konkret zu untersuchen, d. h. sein wettbewerbskonformer Inhalt ist notwendig, damit der Pool rechtsgültig ist und somit die Lizenznehmer des Pools die relevanten Rechte auch effizient nutzen können.

c) Verhinderungen, Einschränkungen oder Verfälschungen

Generell soll der Ausdruck „Beschränkung des Wettbewerbs“ alle möglichen Beschränkungen des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfassen, weswegen die Begriffe „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung“ des Wettbewerbs aus praktischer Sicht austauschbar sind⁵¹. Eine Beschränkung ist auch durch Vereinbarungen möglich, die trotz mangelnder ausdrücklicher Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen am Wettbewerb zu einer solchen Beschränkung des Wettbewerbs führen kann⁵².

Unter „Verhinderung“ wird der totale Ausschluss des Wettbewerbs, unter Einschränkung jeder Wettbewerbsbeschränkung, also die Einschränkung der Wettbewerbsparameter der beteiligten Unternehmen oder Dritter, verstanden⁵³. Die Wettbewerbsbeschränkung kann sich auf jede Art von Wettbewerbsmitteln beziehen, wobei der Begriff der Wettbewerbsverfälschung lediglich eine besondere Erscheinungsform bezeichnet⁵⁴.

Für Zwecke der Rechtsanwendung lassen sich anhand der Rechtsprechung der europäischen Gerichte sowie aufgrund der Praxis der Kommission alle Vereinba-

⁴⁹ EuGH vom 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663 (*Suiker Unie and others/Kommision*), NJW 1976, 470 ff., Rn. 26 ff.

⁵⁰ Dazu vorne B.III.1.b).

⁵¹ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101, Abs. 1, Rn. 256.

⁵² *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101, Abs. 1, Rn. 257.

⁵³ *Theune*, GRUR Int. 1977, 112.

⁵⁴ *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 106.

rungen, die in den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen können, in fünf Kategorien definieren⁵⁵:

Zur ersten Kategorie gehören Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die immer von Art. 101 Abs. 1 erfasst sind, weil sie den Wettbewerb beschränken (horizontale Kernbeschränkungen) und keine positiven Auswirkungen zeigen (wie z.B. Kostensenkungen, technischer Fortschritt, Eintritt in neue Märkte oder Vermarktung neuer Produkte), die solche Beschränkungen rechtfertigen würden.

Die zweite Kategorie sind vertikale Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern, die höchstwahrscheinlich unter Art. 101 Abs. 1 fallen und wahrscheinlich nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden (vertikale Kernbeschränkungen)⁵⁶.

Unter die dritte Kategorie fallen Vereinbarungen, die gegenläufige Auswirkungen aufweisen und fast nie von Art. 101 Abs. 1 erfasst sind, da davon ausgegangen wird, dass sie keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (*De-minimis*-Doktrin).

Die vierte Kategorie umfasst Vereinbarungen, die normalerweise gegenläufige Auswirkungen aufweisen und nur dann unter Art. 101 Abs. 1 fallen, wenn eine wirtschaftliche Analyse des sachlich und räumlich relevanten Marktes zeigt, dass die Vereinbarung zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung auf diesem Markt führen wird. Diese Vereinbarungen beinhalten fast immer Beschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Parteien, die jedoch durch Effektivitätsgewinne, die die Vereinbarung normalerweise mit sich bringt, gerechtfertigt werden⁵⁷.

Die letzte Kategorie sind Vereinbarungen, die keine ausdrückliche Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigungs freiheit enthalten, die aber dennoch unter bestimmten Umständen unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen können, wenn sie den Wettbewerb spürbar beschränken. Solche Vereinbarungen betreffen typischerweise Gemeinschaftsunternehmen, Informationsaustauschsysteme und den Erwerb von Minderheitsbeteiligungen an Konkurrentenunternehmen⁵⁸. So gilt es für die Frage, ob eine Vereinbarung über ein Gemeinschaftsunternehmen unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fällt, „den konkreten Rahmen zu berücksichtigen, in dem diese ihre Wirkungen entfaltet, insbesondere den wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext, in dem die betroffenen Unternehmen tätig sind, die Art der Dienstleistungen, auf die sich diese

⁵⁵ Gonzales Diaz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 109.

⁵⁶ Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10.5.2022 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, Abl. L 134/4 (nachfolgend: VO 2022/720), Art. 4.

⁵⁷ Gonzales Diaz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 130.

⁵⁸ Gonzales Diaz, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 131.

Vereinbarung bezieht sowie die tatsächlichen Bedingungen der Marktes⁵⁹. Wie auch bei der vierten Kategorie erfordert die Feststellung, ob Art. 101 Abs. 1 AEUV anwendbar ist, eine wirtschaftliche Analyse des sachlich und räumlich relevanten Marktes und des Einflusses der Vereinbarung auf diesem Markt.

d) Bezuwecken oder Bewirken

Die Anwendung von Art. 101 Abs. 1 setzt voraus, dass eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs „bezuweckt oder bewirkt“ wird. Das Wort „oder“ zeigt, dass es sich um zwei selbstständige Alternativen des Kartellstatbestandes handelt⁶⁰. Weil der wettbewerbsbeschränkende Zweck aber die weitere Prüfung der Auswirkungen einer Vereinbarung entbehrlich macht, wird er in der Praxis vorrangig geprüft⁶¹. Eine Wettbewerbsbeschränkung muss nach Art. 101 Abs. 1 AEUV Zweck oder Wirkung der Maßnahme, nicht jedoch Gegenstand der Vereinbarung sein.

Der Begriff des „Bezuweckens“ hat einen objektiven Charakter. Die subjektiven Vorstellungen der Parteien treten demgegenüber zurück⁶². Auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen können eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezuwecken, weil durch die Abstimmung ein gemeinsamer Wille definiert wird, der sich anschließend im tatsächlichen Verhalten der beteiligten Unternehmen äußert. Die Wirkung der Absprache kann sich in einem veränderten Verhalten der beteiligten Unternehmen niederschlagen, welches zugleich die Wettbewerbsbedingungen verfälscht, wird jedoch zumeist in einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition Dritter zum Ausdruck gelangen⁶³. Deswegen reicht es für die Anwendung des Art. 101 Abs. 1, die Abstimmung und ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) der beteiligten Unternehmen, ohne erkennbare Folgen, nachzuweisen⁶⁴. Die Möglichkeit, dass die Wirkung noch nicht eintrat, sondern sich mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft ergeben wird⁶⁵, erlaubt den Wettbewerbsbehörden somit ein frühzeitiges Eingreifen zwecks Verhinderung von Wettbewerbstörungen⁶⁶, wobei es aber einer umfassenden Marktanalyse bedarf, um die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen mit angemessener Sicherheit festzustellen⁶⁷. Diese Wirkungen können sich aus der Absprache als solcher oder aus den wirt-

⁵⁹ EuGH vom 15.9.1998, Slg. 1998 II-3141 (*European Night Services/Komm.*), Rn. 136.

⁶⁰ EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, 303 (*Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm*).

⁶¹ *Grave/Nyberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 1, Rn. 265.

⁶² Komm., 13.12.1989, ABl. L 21/71, 76 (*Bayo-n-ox*).

⁶³ *Bellamy/Child*, Rn. 2–103.

⁶⁴ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 122.

⁶⁵ Komm., 24.7.1974, ABl. L 237/12, 14 (*Advocaat Zwarte Kip*).

⁶⁶ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 128.

⁶⁷ EuGH vom 28.2.1991, C-234/89 Slg. 1991, I-935, 984 ff. (*Delimitis*).

schaftlichen Begleitumständen ergeben. Besondere Bedeutung kann dabei der Umstand gewinnen, dass ein Vertrag zu einem Netz gleichartiger Verträge gehört, die der Vertragspartner auch mit anderen Unternehmen abschloss, und dass auf dem Markt noch weitere Vertragsnetze dieser Art bestehen, die von dritten Unternehmen aufgebaut wurden⁶⁸. Bei gleichartigen Verträgen berücksichtigt der Gerichtshof im Rahmen der Beurteilung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung alle Verträge als Einheit (sog. Bündeltheorie)⁶⁹.

Das Risiko, dass die Poolbildung zur gravierenden Veränderung des Technologiemarktes führt und dadurch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, ist substantiell. Außerdem müssen die Poolgründer bei der Poolbildung Verhandlungen führen, im Rahmen derer ihnen der Verzicht ihrer jeweilig individuell verhandelten Lizenzgebühren abverlangt und die Bestimmung gemeinsamer Lizenzgebühren auferlegt wird. Somit greift die Existenz des Pools in das übliche wirtschaftliche Handeln der Unternehmen ein. Durch die Kumulierung von Patenten besteht ein großes Risiko, dass der Wettbewerb zwischen den Unternehmen behindert wird (im Hinblick sowohl auf Lizenzierung von Rechten für das Produkt). Durch den exklusiven Charakter einer solchen Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Unternehmen besteht das Risiko, andere Unternehmen am Erwerb der Technologie zu hindern, bzw. dass durch das Vertragsnetz die Wettbewerbsbedingungen verzerrt werden. Derartige Vereinbarungen räumen auch die Möglichkeit ein, die Lizenzgebühren übermäßig zu erhöhen, Gebietsaufteilungen zu schaffen oder neue Produkte am Marktzutritt zu hindern⁷⁰. Auch wenn Letztere den Poolgründern nicht als Absicht unterstellt werden können, ist die Möglichkeit aufgrund der Struktur und Aufbauweise des Pools gegeben. Vorteile für den Wettbewerb selbst ergeben sich durch die Berücksichtigung der Effektivitätsgewinne, die wiederum dann durch Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden⁷¹.

e) Spürbarkeit

Der Begriff Spürbarkeit wird neben dem quantitativen auch durch den qualitativen Aspekt bestimmt, da dieser derart dominant sein kann, dass auch bei geringfügigen Marktanteilen die Spürbarkeit zu bejahen ist⁷². EuGH und Kommission sehen die Spürbarkeit der Wettbewerbs- und Handelsbeschränkung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von Art. 101 Abs. 1 AEUV an, das einheitlich in einer Gesamt-

⁶⁸ Schröter, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 128.

⁶⁹ Stockenbauer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 81, Rn. 222.

⁷⁰ FTC, In the Matter of Summit Technology, Inc. and VISX, Inc., a Corporation, Rn. 25.

⁷¹ S. dazu hinten C.I.2.i).

⁷² Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 148; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 105.

schau zu ermitteln ist⁷³. Der EuGH stellte fest, dass nur jene Wettbewerbsbeschränkungen, die eine gewisse Schwelle überschreiten⁷⁴, tatbestandsmäßig sind⁷⁵. Ist eine Wettbewerbsbeschränkung nicht spürbar, verstößen auch nicht freistellbare Vereinbarungen nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV⁷⁶.

Aufgrund der Frage nach dem zu untersuchenden, relevanten Markt erweist sich die Beurteilung der Spürbarkeit für einen Patentpool als schwierig, da diese mehrere Auswirkungen auf verschiedenen Märkten haben⁷⁷. Zusätzlich diffizil ist die Prüfung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkungen, weil es sich bei einigen Pools um ganze Vertragsnetze handelt, die im Zusammenhang auf ihre Auswirkungen zu prüfen sind⁷⁸.

Um Unternehmen in die Lage zu versetzen, selbst beurteilen zu können, wann Vereinbarungen wegen ihrer geringen Bedeutung nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, konkretisierte die Kommission im Jahre 1970 das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit in der ersten sog. Bagatell-Bekanntmachung⁷⁹ durch quantitative Kriterien. Die Bekanntmachung diente hauptsächlich der Bewältigung des Massenproblems⁸⁰. Die *De-minimis*-Bekanntmachung von 2014⁸¹ stellt, wie schon ihre Vorgängerbekanntmachung⁸², in erster Linie anhand von Marktanteilschwellen fest⁸³, wann keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung zwischen Wett-

⁷³ Folz, 318; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 1, Rn. 109.

⁷⁴ Die angewandten Kriterien sind primär rein quantitativ, ggf. finden aber auch qualitative Kriterien Anwendung, wenn zum Beispiel die Markterschließung als ein solches angesehen wird, das gegen die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung spricht. So z. B. die Existenz des Innovationswettbewerbs bei möglichen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen von F&E-Zusammenarbeiten, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11/1, (nachfolgend: Horizontal-Leitlinien), Rn. 132.

⁷⁵ EuGH vom 9.7.1969, Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 (*Völk/Vervaecke*).

⁷⁶ Folz, 318.

⁷⁷ Dazu hinten C.III.

⁷⁸ EuGH vom 28.2.1991, C-234/89 Slg. 1991, I-935, 987 (*Delimitis*).

⁷⁹ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Gemeinschaft fallen ABI. C 372/13.

⁸⁰ So wurden durch den Erlass der ersten *De-minimis*-Bekanntmachung allein mehr als 5.000 Anmeldungen geregelt; s. Caspari, WuW 1989, 21 f.

⁸¹ Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (*De-minimis*-Bekanntmachung), ABI. C 291/1 (nachfolgend: *De-minimis*-Bekanntmachung 2014).

⁸² Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (*De-minimis*-Bekanntmachung), ABI. C 368/13.

⁸³ Die Bekanntmachung schafft einen geschützten Bereich für Unternehmen, deren gemeinsamer Marktanteil bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern 10 % und bei Verein-

bewerbern⁸⁴ und Nichtwettbewerbern⁸⁵ vorliegt. Dabei gleicht sie in Aufbau und Formulierung jenen der Gruppenfreistellungsverordnungen (nachfolgend: GVO)⁸⁶. Insgesamt erreicht die *De-minimis*-Bekanntmachung 2014 aufgrund der Vereinheitlichung von Begriffen und Kriterien⁸⁷ die Rechtsanwendung durch die Unternehmen und die Kommission⁸⁸. So wird es ermöglicht, allein anhand quantitativer Maßstäbe, nämlich der Marktanteile der Parteien, zu bestimmen, ob eine Absprache den Wettbewerb spürbar beschränkt sowie ggf. von einer Gruppenfreistellung erfasst wird oder individuell auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 geprüft werden muss⁸⁹. Die *De-minimis*-Bekanntmachung sieht aber auch vor, dass Vereinbarungen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs „bezwecken“, von der Kommission nicht als von geringer Bedeutung angesehen werden und somit nicht unter die *Safe Harbour* Regel der *De-minimis*-Bekanntmachung fallen⁹⁰.

Diese *De-minimis*-Beurteilung und Spürbarkeit an sich ist aber aus unternehmerischer Sicht äußerst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich zu beurteilen. Während man als relevanten Markt womöglich die Lizenzierung der relevanten Patente ansehen kann, ist die Spürbarkeit bei einem solchen Bündel prinzipiell immer gegeben. Dies bedeutet logischerweise, dass bei jedem Standardisierungsprozess die Spürbarkeit gegeben ist. Das Problem sind jene Pools, bei denen kleinere und mittelständische Unternehmen die alleinigen Gründer sind. Letztere müssen nun selbst beurteilen, was der relevante Markt sein und welche Ausmaße der Pool in diesem haben wird. Es ist hingegen fraglich, ob diese Unternehmen in der Lage sind, den Markt wirklich so genau zu bestimmen und dort auch die relevanten Patente zu identifizieren.

barungen zwischen Nichtwettbewerbern 15 % nicht übersteigt (bei „Netzen“ von Vereinbarungen jeweils 5 %).

⁸⁴ *De-minimis*-Bekanntmachung 2014, Rn. 8, lit. a).

⁸⁵ *De-minimis*-Bekanntmachung 2014, Rn. 8, lit. b).

⁸⁶ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 223.

⁸⁷ So wird bzgl. der Definition des Marktes auf die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes zurückgegriffen. *De-minimis*-Bekanntmachung 2014, Rn. 12, Fn. 9.

⁸⁸ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, Abs. 1, Rn. 223.

⁸⁹ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, Abs. 1, Rn. 223.

⁹⁰ Die Kommission folgt damit einer Entscheidung des EuGH vom 13.12.2012, C-226/11 Slg. 2012, I-0000 (*Expedia*) und setzt diese um. So wird die Kommission beispielsweise die in der *De-minimis*-Bekanntmachung 2014 beschriebenen Grundsätze insbesondere dann nicht bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern anwenden, wenn diese Beschränkungen enthalten, die unmittelbar oder mittelbar Folgendes bezwecken: (1) die Festsetzung der Preise beim Verkauf von Produkten an Dritte, (2) die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes oder (3) die Zuweisung von Märkten oder Kundengruppen; s. *De-minimis*-Bekanntmachung 2014, Rn. 2 u. 13.

f) Zwischenstaatlicher Handel

Der Art. 101 AEUV ist nur anwendbar, wenn die Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Diesbezüglich veröffentlichte die Kommission am 27.4.2004 Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels⁹¹, die auf der Grundlage der Rechtsprechung Auslegungsgrundsätze enthalten⁹².

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist ein materielles Tatbestandsmerkmal des Art. 101 AEUV, welches in diesem Sinne auch geprüft wird. Gleichzeitig grenzt es aber den sachlichen Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts von dem des nationalen Rechts ab⁹³. Das Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn „die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten in einem der Erreichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteiligen Sinn beeinflussen kann“⁹⁴. Der Begriff „Handel“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV umfasst Wirtschaftstätigkeiten aller Art zwischen den Mitgliedstaaten, wie Herstellung, Handel und jede Art von Dienstleistung⁹⁵, somit auch die Ausübung von Schutzrechten⁹⁶.

Eine Beeinträchtigung liegt bei jeder Beeinflussung vor, unabhängig ob günstig⁹⁷ oder nicht⁹⁸, relevant ist nur, ob es einen Unterschied im Handel gäbe, mit oder ohne Absprache⁹⁹.

g) Beispiele

In Art. 101 Abs. 1 lit. a) bis lit. e) AEUV sind verschiedene Beispiele wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen vorgegeben. Die Aufzählung ist weder abschließend noch folgt aus ihr, dass eine Vereinbarung oder eine sonstige Maßnahme, die unter eines der Regelbeispiele fällt, infolgedessen automatisch gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstößt. Besonders Art. 101 Abs. 1 lit. c) und e) AEUV spielen im Bereich von Immaterialgüterrechten und somit auch bei Pools eine ausschlaggebende Rolle.

⁹¹ Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags, AbI. C 101/81.

⁹² Koenigs, in: FS Pfeiffer, 570.

⁹³ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 194.

⁹⁴ EuGH vom 16.6.1981, Rs. 126/80, Slg. 1981, 1563 (*Salonia*) Rn. 12.

⁹⁵ EuGH vom 14.7.1994, Rs. 66/93, Slg. 1994, 11–531 (*Herlitz AG/Kommission*), Rn. 32.

⁹⁶ Hawk, 47; Bellamy/Child, Rn. 2–130.

⁹⁷ Komm., 7.12.1984, AbI. L 35/35, 40 (*Milchförderungsfonds*); Triantafillakis, 146 f.

⁹⁸ Komm., 16.5.1984, AbI. L 136/9 (*Polistil/Arbois*).

⁹⁹ EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, 543 (*De Haecht*).

aa) Aufteilung der Märkte oder Versorgungsfälle

Diese Problematik zielt nicht nur auf die reine geographische Marktaufteilung ab, sondern beinhaltet gleichfalls die Aufteilung von Produktmärkten und Kundengruppen sowie die Vereinbarungen über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen¹⁰⁰. Da die Handlungsfreiheit der Vertragspartner beschränkt ist und Dritte ausgeschlossen werden, ist jede Art der Marktaufteilung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV¹⁰¹ generell wettbewerbsbeschränkend.

Durch Immaterialgüterrechte kann der Binnenmarkt künstlich in Einzelmärkte unterteilt werden, wobei Wettbewerber Übereinkommen treffen, im Gebiet des jeweils anderen weder Lizenzen zu vergeben noch dort zu produzieren¹⁰². Dies ist auch bei Pools, bei welchen die Gründer die Gebiete untereinander aufgeteilt haben, erkennbar¹⁰³. Entscheidend für die Beurteilung nach Art. 101 Abs. 1 AEUV ist jeweils der wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhang, in dem die Vereinbarung getroffen wurde¹⁰⁴. So kann zur Markterschließung territorialer Schutz des Lizenznehmers erforderlich und daher im Einzelfall nicht wettbewerbsbeschränkend sein¹⁰⁵. Verpflichtet sich nur der Lizenzgeber, in das Vertragsgebiet nicht zu liefern, diese Möglichkeit aber anderen Lizenznehmern gegeben bleibt, liegt eine sog. offene ausschließliche Lizenz vor, die bei der Markteinführung neuer Produkte und Technologien grundsätzlich nicht wettbewerbsbeschränkend ist¹⁰⁶.

In der Praxis lässt sich eine Marktaufteilung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 lit. c) AEUV nicht immer als solche erkennen, da wettbewerbswidrige Handlungen nicht selten zugleich andere Fallgruppen erfüllen. Ausschlaggebend ist, welches Verhalten zu welchem Zweck eingesetzt wird. Konkret bedeutet dies, dass es Absprachen, insbesondere zwischen Kartellen, gibt, die zeitgleich gegen eine oder gar mehrere, der in den Art. 101 Abs. 1 lit. a), b) und c) AEUV genannten Varianten und damit gegen den Kern der Vorschrift verstößen¹⁰⁷.

bb) Annahme zusätzlicher Leistungen

Die in Art. 101 Abs. 1 lit. e) AEUV enthaltene Fallgruppe erfasst Verträge, deren Abschluss an die Bedingung geknüpft ist, dass der Vertragspartner zusätzliche

¹⁰⁰ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 242 ff.

¹⁰¹ Komm., 23.3.1990, ABl. L 100/32 (*Moosehead/Whitbread*).

¹⁰² Wägenbaur, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 305.

¹⁰³ Dazu bereits vorne B.II.

¹⁰⁴ Folz, 323 f.

¹⁰⁵ Komm., 21.12.1988, ABl. L 43/27 (*Decca Navigator System*).

¹⁰⁶ EuGH vom 8.6.1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 (*Maissaatgut*).

¹⁰⁷ Wägenbaur, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 289.

Leistungen annimmt¹⁰⁸. Hierdurch wird der Vertragspartner in seiner wirtschaftlichen Freiheit eingeschränkt (Kopplungsgeschäft), insbesondere dann, wenn er zur Abnahme von Waren und Dienstleistungen gezwungen wäre, die er eigentlich nicht gekauft hätte¹⁰⁹. Vereinbarungen gelten auch dann als Kopplungsgeschäfte, wenn der Anbieter lediglich die Ursache dafür setzt, dass beide Güter abgenommen werden, indem er etwa einen billigeren Kombinationspreis einräumt oder nur dann Gewährleistung übernimmt, wenn beide Güter zusammen verwendet werden¹¹⁰. Kopplungsabsprachen verstößen nur dann gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Eine, der Annahme einer unzulässigen Koppelung entgegenstehende, sachliche Verbundenheit der Waren oder Leistungen erscheint gegeben, wenn ihr gemeinsamer Vertrieb für Qualitätssicherung oder Produktsicherheit erforderlich ist¹¹¹.

Dieses Risiko, dass unangemessen zusätzliche Leistungen bei einem Pool vorliegen, ist auf den ersten Blick nicht erkennbar. Zwar besteht die zusätzliche Leistung nicht in der Bindung mit einem weiteren Produkt bzw. einem weiteren Markt, vielmehr besteht aber die Gefahr, dass nicht relevante Patente oder qualitativ minderwertige Patente¹¹² in den Pool kommen. Dies entsteht dadurch, dass Unternehmen versuchen, nicht essenzielle Patente mit essenziellen Patenten zu koppeln¹¹³.

h) Nichtigkeit

Art. 101 Abs. 2 AEUV ist die einzige Vorschrift des EU-Primärrechts, die ausdrücklich eine zivilrechtliche Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV anordnet¹¹⁴. Nach dem englischen Text tritt die Nichtigkeit *ipso iure* ein, wobei sich jeder auf sie berufen kann¹¹⁵.

Gemäß Art. 1 Abs. 1 VO 1/2003¹¹⁶ sind Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne von Art 101 Abs. 1 AEUV, die nicht die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen, verboten und daher gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig, ohne dass es einer vorherigen Entscheidung dazu bedarf, dass die Vereinbarung oder der Be-

¹⁰⁸ EuG vom 3.10.1985, Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 (*Centre Belge d'Etudes de Marche-Telemarketing SA vs. Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion SA & Information Publicite Benelux SA*).

¹⁰⁹ Wägenbaur, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009, Art. 81 Abs. 1, Rn. 321.

¹¹⁰ Follz, 325.

¹¹¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 1, Rn. 252.

¹¹² Zur Problematik der „*Patent quality*“, Hilty, in: FS Ullrich, 91 ff.

¹¹³ Dazu hinten C.III.2.b)(2).

¹¹⁴ Jaeger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102 Abs. 2, Rn. 1.

¹¹⁵ Fikentscher, 642.

¹¹⁶ Verordnung 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1 (nachfolgend: VO 1/2003).

schluss gemäß Art. 101 Abs. 3 vom Kartellverbot nicht freigestellt ist. Da Art. 101 Abs. 2 die Einhaltung der Wettbewerbsregeln des AEUV gewährleisten soll, kann sie nur in diesem Sinn interpretiert werden und ist auch nur darauf beschränkt¹¹⁷.

Da der AEUV außer der Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2 keine weiteren Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot des Art. 101 normiert, werden etwaige zivilrechtliche Ansprüche gegen das Kartell oder seine Mitglieder nach dem jeweils anwendbaren nationalen Recht beurteilt¹¹⁸. Die einzelstaatlichen Gerichte haben die Pflicht, jene Rechte Einzelner zu wahren, die in deren Person unmittelbar durch das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV einschließlich der Nichtigkeitsfolge gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV betroffen sind¹¹⁹. Auch die Frage, wer zur Erhebung eines Schadensersatzanspruchs berechtigt ist, muss mit Blick auf die angestrebte volle Wirksamkeit des Art. 101 AEUV und insbesondere die praktische Wirksamkeit des in Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgesprochenen Verbots beantwortet werden; die Wirksamkeit des Art. 101 AEUV darf nicht durch eine zu enge Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten¹²⁰ beeinträchtigt werden¹²¹.

i) Freistellungs voraussetzungen

Genauso wie bei Art. 101 Abs. 1 AEUV ist Schutzzweck des Art. 101 Abs. 3 AEUV die Institution Wettbewerb¹²². Für alle Vereinbarungen setzt eine Freistellung voraus, dass die in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind¹²³. Für die Freistellung enthält Art. 101 Abs. 3 AEUV zwei positive und zwei negative materielle Voraussetzungen¹²⁴. Erforderlich sind (1) Effizienzgewinne aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder aus wirtschaftlichem oder technischem Fortschritt, für die (2) die damit einhergehende Wettbewerbsbeschränkung unerlässlich ist, (3) deren Gewinne in angemessenem Umfang an die Verbraucher weitergegeben werden und (4) für deren Erreichung der Wett-

¹¹⁷ EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (*Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm*).

¹¹⁸ EuG vom 18.9.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223 (*Automec II*); Jaeger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102 Abs. 2, Rn. 38; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 2, Rn. 146.

¹¹⁹ Jaeger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 2, Rn. 40.

¹²⁰ EuGH vom 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 (*Courage/Crehan*) Rn. 26.

¹²¹ Jaeger, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 2, Rn. 40.

¹²² Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 3, Rn. 20.

¹²³ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 15; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 3, Rn. 20.

¹²⁴ Rein wettbewerbspolitisch sind die negativen Voraussetzungen der Unerlässlichkeit und der Vermeidung einer Ausschaltung von Wettbewerb zu verstehen.

bewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren nicht ausgeschaltet wird¹²⁵.

Seit der Revision des Kartellverfahrensrechts durch die VO 1/2003 unterliegen die Unternehmen einer „Selbstprüfung“¹²⁶. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist somit unmittelbar anwendbar, wodurch die Freistellung¹²⁷ *ex-lege* eintritt¹²⁸. Dennoch kann sie immer noch – und insoweit in Übereinstimmung mit der alten Rechtslage – auf zwei Arten erfolgen, nämlich als Einzelfreistellung, wenn die Vereinbarung die Voraussetzung des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt oder im Zuge einer Gruppenfreistellung, wenn die Vereinbarung die Voraussetzungen einer GVO erfüllt, welche ihrerseits Art. 101 Abs. 3 AEUV konkretisiert.

aa) Effizienzgewinne

Erste Voraussetzung einer Freistellung ist, dass die Warenerzeugung oder Warenverteilung verbessert oder der technische bzw. wirtschaftliche Fortschritt gefördert wird. Mit den Begriffen der Warenerzeugung und Warenverteilung erfasst die

¹²⁵ Die von Art. 101 Abs. 3 AEUV privilegierten Interessen sind also wettbewerblicher Natur und beziehen sich auf die anerkannten volkswirtschaftlichen Vorteile des Wettbewerbs. Die statischen Wettbewerbsfunktionen gewährleisten ein Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage, einen wirtschaftlichen Einsatz der Produktionsmittel und eine gerechte Einkommensverteilung durch Belohnung der besten Leistung mit dem größten Gewinn; die dynamischen Wettbewerbsfunktionen erzwingen eine ständige Anpassung der Konkurrenten an die Präferenzen der Marktgegenseite und gewährleisten möglichst schnellen technischen Fortschritt; s. Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101 Abs. 3, Rn. 3.

¹²⁶ Dazu hinten C.II.2.

¹²⁷ Freistellungen fielen gemäß Art. 9 Abs. 1 Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrags, ABl. (EWG) 13/204, vom 21.2.1962, allein in die Zuständigkeit der Kommission. Letztere konnte diese durch Einzelfreistellungen oder soweit sie hierzu vom Rat ermächtigt wurde, durch Erlass von GVO ausüben. Folz beschreibt die Probleme der Kommission bei der Freistellung: „Praktisch scheitert der Anspruch auf Freistellung an der beschränkten Kapazität der Kommission, die seit Jahren eine Vielzahl von Freistellungsanträgen vor sich herschiebt. Obwohl durch den Erlass der GVO die Zahl der Anmeldungen deutlich zurückging, beträgt die durchschnittliche Zahl aller anhängigen Verfahren ca. 3.000, davon besteht der weit größte Teil aus Anträgen auf Freistellung, während pro Jahr im Schnitt nur etwa zwanzig förmliche Freistellungen erteilt werden. Dieser Zustand, der von Gleiss und Hirsch als Stillstand der Verwaltung bezeichnet wird, wird sich in absehbarer Zeit nicht ändern. Das wird allgemein mit Personalmangel begründet. Die Generaldirektion Wettbewerb hatte 1994 lediglich 268 Mitarbeiter, während zum Beispiel die Antitrust Division des US-amerikanischen Justizministeriums, die Aufgaben ähnlichen Umfangs wahnimmt, mehr als 1.000 Mitarbeiter hat. Sehr viel schneller arbeitet die Fusionskontrolle mit ihrer Merger Control Task Force, die engen gesetzlichen Fristen unterworfen ist. Allerdings hat ein Sachbearbeiter dort nur durchschnittlich 2,4 Fälle pro Jahr zu bearbeiten, während es im Bereich der Art. 81 und 82 EG 16 Fälle sind. 1995 stieg die Gesamtzahl neuer Fälle im Vergleich zum Vorjahr um 35 %, im Bereich wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Missbrauch marktbeherrschender Positionen um mehr als 42 %“; s. Folz, 331.

¹²⁸ Früh, 350 ff.

Voraussetzung die Bereiche von Produktion und Distribution wirtschaftlicher Güter sehr umfassend, wodurch sie analog auch auf Dienstleistungen angewendet wird¹²⁹. Die Verbesserung muss spürbare objektive Vorteile, die geeignet sind, die mit ihr verbundenen Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen, mit sich bringen¹³⁰. Die Vor- und Nachteile werden unter Berücksichtigung aller kurz- und langfristigen Auswirkungen abgewogen, jedes Verhalten der Vertragsparteien wird berücksichtigt, unabhängig davon, ob es Teil der Absprache oder nur einseitig ist¹³¹. Dabei verzichtet die Kommission aber in ihrer Entscheidungspraxis oft darauf, bei der Analyse von Effizienzgewinnen, die sich aus wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen ergeben, zwischen technischem und wirtschaftlichem Fortschritt zu unterscheiden und nennt beide Tatbestandsmerkmale gemeinsam¹³². Grundsätzlich genügt jede nennenswerte Förderung des Wirtschaftsablaufs, so z. B. sind Kosteneinsparungen, etwa durch bessere Kapazitätsausnutzung, Minderung der Lizenzgebühren, Erhöhung der Produktivität oder Rationalisierung der Produktion und die Ausweitung des Angebots, die zu einer Vermehrung der Marktaalternativen führen, Regelbeispiele¹³³. Weiter zählen die Erschließung neuer Märkte und der Einfluss auf die Marktstruktur¹³⁴ als zu berücksichtigende Faktoren¹³⁵. Der Anwendungsschwerpunkt des Kriteriums der Förderung technischen und wirtschaftlichen Fortschritts liegt vor allem in Vereinbarungen zwischen Unternehmen über die gemeinsame Durchführung von F&E-Vorhaben. Zwar fallen die gemeinsamen F&E-Vorhaben nicht unter das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV, jedoch finden sich in solchen Konstellationen häufig wettbewerbsbeschränkende Abreden wieder, wie die Vereinbarung, keine eigenständigen Forschungsaktivitäten durchzuführen¹³⁶. Gerade F&E-Vorhaben können Effizienzvorteile bringen, die die Unternehmen alleine nicht verwirklichen bzw. deren Ergebnisse schneller realisiert werden können¹³⁷. Davon geht auch die GVO für F&E-Vorhaben¹³⁸ aus. Die aus einer verstärkten und wirksameren F&E-

¹²⁹ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 133.

¹³⁰ Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 101, Abs. 3, Rn. 26; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 153.

¹³¹ EuGH vom 17.9.1985, Rs. 25/84, Slg. 1985, 2725, 2746 (*Ford II*).

¹³² Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 207; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 154.

¹³³ Komm., 13.10.1988, ABI. L 309/34, 42 (*Delta Chemie-DDD*).

¹³⁴ So kann etwa auf engen oligopolistischen Märkten aufgrund der Kooperation zweier großer Unternehmen der Technologiewettbewerb immens eingeschränkt und wegen der Zusammenfassung von Schutzrechten und Know-how der Marktzutritt stark behindert werden.

¹³⁵ Folz, 345 f.

¹³⁶ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 209.

¹³⁷ Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 158.

¹³⁸ Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14.12.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABI. L 335/36 (nachfolgend: VO 1217/2010), Rn. 6 ff.

Tätigkeit erwachsenden Vorteile kommen den Verbrauchern in Form neuer oder verbesserter Waren oder Dienstleistungen, in Form einer schnelleren Markteinführung dieser Waren oder Dienstleistungen oder in Form niedrigerer Preise infolge des Einsatzes neuer oder verbesserter Technologien oder Verfahren zugute¹³⁹. Durch die Vermeidung doppelter Aufwendungen wird die Entwicklung beschleunigt oder erleichtert¹⁴⁰. Gleiches gilt beim Zusammenfügen ergänzender technischer Erfahrungen¹⁴¹ oder aber eine Technologie kann gleichmäßiger und schneller verbreitet werden¹⁴². Ergänzen sich bei Lizenztausch die Schutzrechte, kann das Tatbestandsmerkmal der Förderung technischen Fortschritts darin liegen, dass sich die Vertragsparteien auf die Bereiche konzentrieren können, in denen ihre Stärken liegen¹⁴³.

Eine vergleichbare Situation erkennt man auch bei den Pools. Dort können durch Kumulierung der Schutzrechte die Ausgaben eines Lizenznehmers minimiert werden. Schon alleine der Zugang wird vereinfacht, indem Kosten der Lizenzverhandlungen, der Identifizierung der relevanten Patente auf dem jeweiligen Markt gemindert werden. Überhaupt ist es dank der Pools auch möglich, die gebündelten Patente in einem Produkt zu realisieren. Zusätzlich kann die kooperative Forschung der Poolmitglieder zur effizienteren Entwicklung von innovativen Technologien beitragen, indem Parallelentwicklungen verhindert werden¹⁴⁴.

bb) Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Die zweite Voraussetzung für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist die angemessene Beteiligung der Verbraucher, die nicht wörtlich zu verstehen ist¹⁴⁵. Die verlangte Beteiligung am durch die Wettbewerbsbeschränkung entstandenen Gewinn umfasst zum einen finanzielle Vorteile, seien sie nun unmittelbar (Preissenkung), mittelbar (Qualitätsverbesserung zum gleichen Preis) oder eine sich einstellende Verschärfung des Wettbewerbs, weil man in diesem Fall von einem zukünftigen Preiswettbewerb ausgeht¹⁴⁶. Zum anderen werden die Vergrößerung der Auswahl, das Angebot eines leistungsfähigeren Produkts mit neuen Merkmalen, die rasche und vollständige Verfügbarkeit des Produkts und die leichtere Vergleichbarkeit durch Standardisierung als Vorteile für den Verbraucher gesehen¹⁴⁷.

¹³⁹ VO 1217/2010, Rn. 10.

¹⁴⁰ Komm., 22.12.1987, ABl. L52/51 (*Olivetti/Canon*).

¹⁴¹ Komm., 4.12.1986, ABl. L 5/13 (*ENI/Montedison*).

¹⁴² Komm., 22.12.1987, ABl. L52/51 (*Olivetti/Canon*).

¹⁴³ Komm., 8.12.1983, ABl. L 276/17 (*Carbon Gas Technologie*).

¹⁴⁴ Königs, 472.

¹⁴⁵ Schröter, in: von der Groben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 317.

¹⁴⁶ Hoffmann, in: Dause, Art. 101 AEUV, Rn. 156 ff.

¹⁴⁷ Saria, in: Liebscher/Flohr/Petsche, Einführung, Rn. 74.

Der vereinfachte Zugriff und die Bestimmung der relevanten Patente durch einen Pool schaffen Möglichkeiten, die Bedürfnisse nach neuen bzw. verbesserten Produkten durch mehrere Lizenznehmer zufriedenzustellen. Gerade der rasche und vollständige Lizenzervertrag eines standardisierten Produkts ist ein Faktor, der einen positiven Einfluss auf die Verbraucher haben kann¹⁴⁸. Da hierbei nicht nur finanzielle Aspekte (günstigere Lizenzgebühren und niedrigere Endpreise) sondern auch qualitative im Vordergrund stehen, handelt es sich um einen weiteren Wohlfahrtsgewinn für die Verbraucher¹⁴⁹.

cc) Unerlässlichkeit

Nach Art. 101 Abs. 3 lit. a) AEUV sind die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen der Unternehmen freigestellt, wenn sich diese nach ihrem Gegenstand, ihrem Inhalt und ihren Auswirkungen in den Grenzen halten, die zur Erreichung der angestrebten Vorteile unbedingt erforderlich sind¹⁵⁰. Lassen sich diese Ziele auch ohne Wettbewerbsbeschränkung oder mit einem weniger weitreichenden Eingriff in die wirtschaftliche Handlungsfreiheit erreichen, so verstößt die Absprache gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁵¹. Die Anforderungen, die das Merkmal der Unerlässlichkeit von Art. 101 Abs. 3 lit. a) AEUV an die Freistellungsfähigkeit einer Vereinbarung stellt, sind wesentlich strenger. Als unerlässlich ist eine Wettbewerbsbeschränkung dann anzusehen, wenn die mit ihr angestrebte Absicht, nämlich die Erzielung (quantitativer und qualitativer) Effizienzgewinne, ohne sie entweder überhaupt nicht, nicht in demselben Ausmaß oder nicht innerhalb desselben Zeitrahmens erreichbar ist¹⁵².

Diese Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, auf wechselseitige Lizizenzen und Patentpools angewandt, verlangt, dass die Beteiligten die positiven Ziele ohne die Kooperation nicht in vergleichbarer Weise erreichen können. Der Pool muss demnach unter den konkreten Gegebenheiten der am wenigsten wettbewerbsschädliche Weg des wohlfahrtsfördernden Technologietransfers sein. Zusätzlich darf keine der im Rahmen des Pool- oder Lizenzvertrags oder der Verhaltensweise des Patentpools bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen entbeh-

¹⁴⁸ Dies zeigt sich bspw. in der Mobilfunktechnologie, Biotechnologie und Pharmazie; s. B. Fn. 376 u. 377.

¹⁴⁹ Zur Problematik der „Verbraucherwohlfahrt“ *Drexel*, in: Drexel/Kerber/Podszun, 316 ff.

¹⁵⁰ Komm., 8.5.2001, ABI. L 302/51 (*Glaxo Wellcome*), Rn. 187.

¹⁵¹ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81. Abs. 1, Rn. 319.

¹⁵² Im System der Legalausnahme ist es zunächst Sache der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen sicherzustellen, dass die Vereinbarung auch hinsichtlich ihrer Dauer den Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV entspricht und insbesondere in dieser Hinsicht nicht unverhältnismäßig ist; s. *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 254; *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 166.

lich sein¹⁵³. In der Gegenüberstellung von Pool und vergleichender Lizenzierung muss der Pool klare Vorteile aufweisen¹⁵⁴.

dd) Fortbestand wesentlichen Wettbewerbs

Die Absprache darf den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit der Ausschaltung wesentlichen Wettbewerbs eröffnen, da eine Freistellung sonst unmöglich ist. Der für die Untersuchung des Wettbewerbsausschlusses zugrunde zu legende Markt ist der nach den allgemeinen Grundsätzen zu ermittelnde räumlich und sachlich relevante Markt, der nach dem Bedarfsmarktkonzept unter Berücksichtigung des Maßstabs der Substituierbarkeit gegenüber anderen Märkten abzgrenzen ist¹⁵⁵. Neben dem Marktanteil spielen auch Faktoren wie Marktstruktur, Marktverhalten oder potenzieller Wettbewerb und das Vorhandensein von Marktzutrittsschranken bei der Prüfung der Möglichkeiten des Wettbewerbsausschlusses eine Rolle¹⁵⁶. Deshalb können auch F&E-Kooperationen, deren Marktanteil 70 % beträgt, freigestellt werden, wenn ein ausreichender Restwettbewerb besteht. Zu berücksichtigen ist dabei nämlich der Umstand, dass durch F&E-Kooperationen der Marktzutritt für Dritte nicht behindert wird und dass ein Marktzutritt potenzieller Wettbewerber aufgrund des F&E-Standes und der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen hinreichend wahrscheinlich ist¹⁵⁷.

Die Freistellungsvoraussetzung des Fortbestands wesentlichen Wettbewerbs erweist sich als schwierigstes Kriterium¹⁵⁸, da durch Pools relevante Technologie Märkte eingeschlossen werden, welche sowohl auf den vorgelagerten Innovationsmarkt als auch den nachgelagerten Produktmarkt Einfluss nehmen können. Nach dem Wortlaut der Voraussetzung setzt die Fähigkeit der beteiligten Unternehmen voraus, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren auszuschalten¹⁵⁹. Dabei ist gemeint, dass bei der Prüfung der Absprache anhand dieses Tatbestandsmerkmals die Mitglieder einerseits zu berücksichtigen haben, inwieweit

¹⁵³ Königs, 474.

¹⁵⁴ Bei Patentpools können die Vorteile auch in der Ersparnis von Transaktionskosten liegen. Folz, 349.

¹⁵⁵ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 282.

¹⁵⁶ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 291; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 168.

¹⁵⁷ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 296.

¹⁵⁸ Es ergibt sich von selbst, dass bei der Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen und Absicherung des Prüfungsergebnisses im Interesse der Unternehmen höchste Sorgfalt anzuwenden ist. Durch das Wegfallen des Freistellungsmonopols der Kommission sehen sich die Unternehmen bei dieser „Selbstveranlagung“ dem Problem ausgesetzt, dass sie vor jedem Gericht oder jeder Behörde, die mit der Prüfung der Wirksamkeit der Vereinbarung befasst ist, darlegen müssen, dass die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 vorliegen; s. Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 101, Abs. 3, Rn. 170.

¹⁵⁹ Hier zeigt sich das Problem, dass es durch die blockierende Wirkung mancher Technologien noch keine Waren gibt.

sie untereinander in Wettbewerb stehen, andererseits gilt es festzustellen, welche Stellung die beteiligten Unternehmen auf dem sachlich, örtlich und zeitlich relevanten Markt einnehmen und bis zu welchem Grad die Marktverhältnisse insgesamt durch die Absprache¹⁶⁰ verändert werden. Führt die Poolbildung zur Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung, so ist die Freistellung zu versagen¹⁶¹. Die Wettbewerbsausschaltung durch den Pool ist primär im Rahmen der Bündelung von Patenten auf dem Technologiemarkt zu untersuchen. Die Bündelung wesentlicher Patente schadet dem Wettbewerb aufgrund ihrer Komplementarität nicht, da es keine Substitute gibt. Bei der Integration nicht wesentlicher Patente ins Portfolio wird hingegen der Wettbewerb mit substituierbaren Patenten der Konkurrenz ausgeschaltet¹⁶². Dies gilt aber nicht absolut, da Substitute eine Schlüsselfunktion zum Zugang einer vollständigen Technologie bzw. eines Standards haben können¹⁶³. Zusätzlich gilt es, auf dem Innovationsmarkt die kooperative F&E an sich durch die Vermeidung von Doppelerfindungen, Risikoverteilung und den Austausch forschungsrelevanter Information als positiv zu bewerten, da sie mit einem Effizienzgewinn verbunden ist¹⁶⁴.

3. Gruppenfreistellungsverordnungen

Die Kommission hatte lange Zeit versucht, das Massenproblem der Einzelfreistellungspraxis durch eine wachsende Zahl von GVO zu lösen¹⁶⁵. Durch diese werden bestimmte Gruppen gleichartiger Vereinbarungen freigestellt, bei welchen die wettbewerbsfördernden Aspekte die wettbewerbswidrigen Auswirkungen dominieren. Stimmt der Vertragsinhalt mit dem Inhalt der GVO überein, wird es dem Rechtsanwender ermöglicht, von der Wirksamkeit des abgeschlossenen Vertrags auszugehen¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Regelt die Absprache lediglich den Einsatz bestimmter Wettbewerbsmittel und lässt sie die Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen im Übrigen unberührt, so tritt die Bedeutung des Außenwettbewerbs zurück. In einem solchen Fall hindert selbst der Umstand, dass sich sämtliche Unternehmen der Branche an einem Kartell beteiligen, nicht ohne Weiteres dessen Freistellung; s. *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, Abs. 1, Rn. 332.

¹⁶¹ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, Abs. 1, Rn. 330.

¹⁶² Zusätzlich kann dies auch Wirkung auf den Produktmarkt haben, da dadurch *lock-in* Effekte entstehen, welche den Wettbewerb zwischen Konkurrenzprodukten ausschalten.

¹⁶³ Poolmitglieder und Lizenznehmer benötigen zur Produktion oder Verfahrensanwendung regelmäßig die gesamte Technologie, sodass für die Vollständigkeit entweder das nicht wesentliche Komplement oder aber ein poolexternes Substitut nötig sind.

¹⁶⁴ Die Kooperation darf aber nicht den Wettbewerb außerhalb der Kooperation ausschalten, indem die poolexterne F&E von Mitgliedern, Lizenznehmern oder Dritten beschränkt wird.

¹⁶⁵ Die Regelung der Freistellung für Gruppen von Vereinbarungen ist Gegenstand des sekundären Unionsrechts; s. *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Einleitung, Rn. 13.

¹⁶⁶ *Folz*, 334.

Wie allen Verordnungen der EU sind auch den GVO nach Art. 296 AEUV Erwägungsgründe vorangestellt. Nach Art. 1 Abs. 2 VO Nr. 19/65¹⁶⁷ müssen GVO festlegen, welche Beschränkungen oder Bestimmungen in den gruppenfreigestellten Vereinbarungen enthalten sein dürfen (und welche nicht) sowie die sonstigen Voraussetzungen, die für eine Gruppenfreistellung erfüllt sein müssen¹⁶⁸. GVO sollen nur Vereinbarungen zugutekommen, von denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, dass sie die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen¹⁶⁹. Die Freistellungsvoraussetzungen der GVO sind deswegen auch an bestimmte Marktanteilschwellen, die nicht überschritten werden dürfen, gebunden. Nach dem Übergang zu einem System der Legalausnahme dienen sie nunmehr vor allem der Schaffung von Rechtssicherheit¹⁷⁰ bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV¹⁷¹. Dabei stellt die Bestimmung der Marktanteile, aufgrund ihrer Unsicherheiten, ein nicht zu vernachlässigendes Risiko dar, mit nicht unerheblichen Folgen für die Rechtssicherheit und nicht unproblematischen ökonomischen Prämissen bei innovativen, dynamischen Märkten¹⁷².

Da die Poolmitglieder von den Wettbewerbsregeln nur in ungenügender Weise berücksichtigt werden, ist für sie die Rechtssicherheit ein Kernpunkt der Poolbildung¹⁷³. Dementsprechend wäre eine Regelung der Pools durch eine GVO sinnvoll. Um aber eine GVO auf Pools anwenden zu können, müsste sie alle Aspekte der Poolbildung berücksichtigen, um den Unternehmen eine möglichst genaue Anleitung und dementsprechend einen vollständigen Ausblick auf die relevanten Risiken, die ein Pool mit sich bringt, zu geben sowie mögliche Lösungsskizzen anzubieten.

¹⁶⁷ Verordnung Nr. 19/65 des Rates vom 2.3.1965 über die Anwendung von Art. 85 Abs. (3) des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. P 36/533 (nachfolgend: VO 19/65).

¹⁶⁸ Aufgrund dieser Vorgaben in der VO Nr. 19/65 weisen die älteren GVO in ihrer Struktur weitgehende Gemeinsamkeiten auf. *Sucker/Guttuso/Gaster*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, VI., Rn. 90.

¹⁶⁹ VO 1217/2010, Rn. 8.

¹⁷⁰ Die GVO entfalten ihre Wirkung auf eine unbestimmte Zahl unbekannter Unternehmen, die Absprachen des betreffenden Typs trafen oder noch treffen werden, *Axster*, WuW 1994, 616.

¹⁷¹ Krit. *Emmerich*, in: *Dause*, Art. 101 AEUV, Rn. 144. Dabei werden sie grundsätzlich wie normaler Gesetzestext interpretiert, es gelten die allgemeinen Auslegungsregeln, wobei jedoch Analogieschlüsse nach Ansicht des EuGH nicht zulässig sind, obwohl berücksichtigt werden muss, dass die Grenze zur Auslegung fließend ist, EuGH vom 28.2.1991, C-234/89 Slg. 1991, I-935, 992 (*Delimitis*).

¹⁷² *Sucker/Guttuso/Gaster*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 81, VI., Rn. 90; sieh auch hinten C.III.2.c).

¹⁷³ *Merges*, Cal. Law Rev. 1996, 1351.

a) Vertikale Vereinbarungen

aa) Grundlagen

Die VO 2022/720¹⁷⁴ ist auf Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen zwei oder mehreren Unternehmen anwendbar, von denen jedes zwecks Durchführung der Vereinbarung auf einer unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufe tätig ist und welche die Bedingungen betreffen, zu welchen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können¹⁷⁵. Im Gegensatz zu den früheren Spezialregelungen für Alleinvertriebs-, Alleinbezugs- und Franchise-Vereinbarungen gilt die Regelung nicht nur branchen-, sondern auch vertragsübergreifend und bezieht (nahezu) alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ein (Schirm GVO)¹⁷⁶. Durch diesen umfassenden Anwendungsbereich stellt die VO 2022/720 die Generalnorm für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen dar¹⁷⁷. Es soll sichergestellt werden, dass bei den von ihnen erfassten Vereinbarungen die Vorteile der darin enthaltenen vertikalen Beschränkungen, deren Nachteile, wie insbesondere Vertriebsbeschränkungen¹⁷⁸, vertikale Preisbindungen¹⁷⁹ und Marktaufteilungsvereinbarungen¹⁸⁰ überwiegen¹⁸¹.

Vertikale Beschränkungen wirken sich in ihrer Summe nicht zwingend nachteilig auf den Wettbewerb aus. Sie können die Erschließung neuer Märkte erleichtern¹⁸²,

¹⁷⁴ Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10.5.2022 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 134/4.

¹⁷⁵ VO 2022/720, Art. 1 Abs. 1 lit. a).

¹⁷⁶ Baron, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Vertikalvereinbarungen, Rn. 2 u. 10.

¹⁷⁷ Baron, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Vertikalvereinbarungen, Rn. 10.

¹⁷⁸ Bei Vertriebsbeschränkungen handelt es sich um Vereinbarungen, deren wesentliches Element in der Durchsetzung besteht, dass ein Lieferant seine Produkte nur an einen oder eine begrenzte Anzahl von Käufern verkauft, wodurch die Anzahl der Käufer in einem bestimmten Gebiet oder hinsichtlich einer bestimmten Kundengruppe eingeschränkt wird. Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248/1, (nachfolgend.: Leitlinien VO 2022/720), Rn. 202.

¹⁷⁹ Die Vereinbarungen über vertikale Preisbindungen führen dazu, dass die Vertragspartner Mindestpreise, Fixpreise, Preisobergrenzen oder Preisempfehlungen für den Weiterverkauf vereinbaren. Leitlinien VO 2022/720, Rn. 185 ff.

¹⁸⁰ Die in Art. 4 lit. b) VO 2022/720 beschriebene Kernbeschränkung betrifft Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die unmittelbar oder mittelbar eine Beschränkung des Verkaufs durch einen an der Vereinbarung beteiligten Abnehmer oder seine Kunden bezieht, indem das Gebiet oder die Kundengruppe, in das oder an die der Abnehmer oder seine Kunden die Vertragswaren oder Vertragsdienstleistungen verkaufen dürfen, beschränkt werden. Hier geht es um die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Kundengruppen. Leitlinien VO 2022/720, Rn. 119 ff.

¹⁸¹ Petsche/Lager, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 330/2010, Rn. 1.

¹⁸² Leitlinien VO 2022/720, Rn. 16 lit. c).

das *hold-up*-Problem bei Investitionen lösen¹⁸³ sowie zur Sicherung von Einheitlichkeit und Qualität dienen¹⁸⁴. Der Einstieg in einen neuen Markt kann besondere Anlaufinvestitionen des Vertriebshändlers erfordern, die in manchen Fällen ohne Gebietsschutz nicht möglich wären¹⁸⁵. Ein dem Händler eingeräumter Gebietsschutz kann einerseits dazu beitragen, dass andere Händler an aktiven Absatzbemühungen im Vertragsgebiet gehindert werden und andererseits, dass sich die Investitionen vom Händler durch höhere Preise rascher amortisieren¹⁸⁶. Es gibt Situationen, in denen der Anbieter oder der Abnehmer in kundenspezifische Maßnahmen investieren muss, d.h. es sich um langfristige, vertragsspezifische¹⁸⁷ und asymmetrische Investitionen¹⁸⁸ handelt. In solchen Fällen gibt es in der Regel einen triftigen Grund für eine vertikale Beschränkung in dem für die Abschreibung der Investition notwendigen Zeitraum¹⁸⁹. Ebenso kann die Übertragung von Know-how eine vertikale Beschränkung in Form eines Wettbewerbsverbots rechtfertigen¹⁹⁰. Voraussetzung dafür ist, dass das Know-how für den Käufer nicht einfach zugänglich und für die Durchführung der Vereinbarung unerlässlich ist¹⁹¹. Zur Sicherung von Einheitlichkeit und Qualität können bestimmte Standards vorgeschrieben werden, wie z.B. beim selektiven Vertrieb¹⁹². Derartige Beschränkungen können nicht nur zur Steigerung des Absatzes, sondern auch des Markenimages beitragen und damit die Attraktivität des Produkts für den Endverbraucher verbessern¹⁹³.

bb) Verhältnis zur TT-GVO

Die Kommission stellt klar, dass die TT-GVO nur für Vereinbarungen zwischen Lizenzgebern und Lizenznehmern gilt, während Vereinbarungen, die zwischen Lizenznehmer und Abnehmer der Vertragsprodukte geschlossen werden, unter die VO

¹⁸³ Leitlinien VO 2022/720, Rn. 16 lit. e) und f).

¹⁸⁴ Leitlinien VO 2022/720, Rn. 16 lit. h).

¹⁸⁵ Leitlinien VO 2022/720, Rn. 16 lit. c).

¹⁸⁶ Petsche/Lager, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 330/2010, Rn. 8.

¹⁸⁷ Eine vertragsspezifische Investition liegt vor, wenn der Investor (Anbieter oder Abnehmer) seine Anlage nach Vertragsablauf nicht zur Herstellung von Waren für Dritte verwenden und sie nur mit hohem Verlust verkaufen kann.

¹⁸⁸ Von einer asymmetrischen Investition wird gesprochen, wenn die Vertragspartner unterschiedlich hohe Beträge aufwenden.

¹⁸⁹ Die angemessene vertikale Beschränkung wird ein Wettbewerbsverbot oder eine Mengenvorgabe sein, wenn die Investition vom Anbieter vorgenommen wird, bzw. eine Alleinvertriebsvereinbarung, eine mit Ausschließlichkeitsrechten verbundene Zuweisung von Kundengruppen oder eine Alleinbelieferungsvereinbarung, wenn die Investition vom Abnehmer erfolgt; s. Leitlinien VO 2022/720, Rn. 140 u. 315 f.

¹⁹⁰ Leitlinien VO 2022/720, Rn. 85 ff.

¹⁹¹ Petsche/Lager, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 330/2010, Rn. 9.

¹⁹² Leitlinien VO 2022/720, Rn. 16 lit. h).

¹⁹³ Petsche/Lager, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 330/2010, Rn. 12.

2022/720 und die Leitlinien VO 2022/720 fallen¹⁹⁴. Durch die TT-GVO werden auch Vereinbarungen zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer freigestellt, wenn die Vereinbarung Verpflichtungen für die Lizenznehmer im Hinblick auf die Art und Weise vorsieht, wie er die Produkte, welche die lizenzierten Rechte enthalten, verkaufen muss. Insbesondere kann der Lizenznehmer verpflichtet werden, eine bestimmte Art von Vertriebssystemen – wie Alleinvertrieb oder selektiver Vertrieb – einzurichten. Solche Vertriebsvereinbarungen müssen jedoch mit der VO 2022/720 vereinbar sein¹⁹⁵.

cc) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools

Die VO 2022/720 ist neben der VO 1217/2010 und der TT-GVO eine der Verordnungen, welche die Lizenzierung von Patenten und Know-how bestimmt. Doch die Möglichkeit ihrer Anwendbarkeit auf Patentpools ist aus der Begrenzung des Anwendungsbereichs auf vertikale Vereinbarungen und der ungenügenden Regelungen zu den Vereinbarungen über die Immaterialgüterrechte ausgeschlossen. Die VO 2022/720 eröffnet ihren Anwendungsbereich auf jene Unternehmen, von denen jedes für die Zwecke der Vereinbarung oder der abgestimmten Verhaltensweise auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist. Da aber Poolmitglieder Wettbewerber sind¹⁹⁶, bzw. in bestimmten Situationen nicht einmal auf denselben Produktmärkten interagieren, ist eine praktische Fallgestaltung, in der Poolmitglieder in einer vertikalen Beziehung zueinander stehen, nicht immer erfassbar¹⁹⁷. Die VO 2022/720 reguliert zwar vertikale Vereinbarungen, mit Bestimmungen zur Übertragung von Immaterialgüterrechten auf den Käufer, bzw. die Nutzung solcher Rechte durch den Käufer¹⁹⁸, jedoch muss die Regelung über die Rechte Bestandteil einer vertikalen Vereinbarung sein, welche die Bedingungen, zu welchen die Vertragspartner bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen, festlegt, Teil einer Vertriebs- oder Bezugsvereinbarung sein und nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung bilden. Hauptgegenstand muss vielmehr der Bezug oder der Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen sein. Die Bestimmungen über Immaterialgüterrechte dürfen nur der Durchführung der vertikalen Vereinbarung dienen¹⁹⁹. Doch gerade diese Punkte machen die Lizenzierungstätigkeit von Pools aus. Die Lizenzierung der Pooltechnologien ist eigentlich die Dienstleistung, die der Wettbewerbsförderung dienen soll und ist somit neben der Schaffung des Pools sein zentraler Charakter. In der TT-GVO steht die Verbreitung einer Technologie mit den zu erwartenden, sich anschließenden

¹⁹⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 111.

¹⁹⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 115 ff.

¹⁹⁶ Henn, 92.

¹⁹⁷ Layne-Farrar/Lerner, 294.

¹⁹⁸ VO 2022/720, Art. 2 Abs. 3.

¹⁹⁹ Petsche/Lager, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 330/2010, Rn. 55.

wirtschaftlichen Vorteilen im Vordergrund, hingegen es in der VO 2022/720 um eine vertikale Koordinierung im Rahmen des Waren- und Dienstleistungsumlaufs geht²⁰⁰.

b) Spezialisierungsvereinbarungen

aa) Grundlagen

Die Schaffung eines Binnenmarktes macht eine Anpassung der Unternehmen an die dadurch geschaffenen Verhältnisse erforderlich; ein geeignetes Mittel zur Anpassung kann die Kooperation zwischen Unternehmen sein²⁰¹. Spezialisierungsvereinbarungen stellen eine Form der horizontalen Kooperation zwischen Unternehmen dar und zeichnen sich dadurch aus, dass sie das Wettbewerbsverhalten der Beteiligten im Sinne einer gewissen Arbeitsteilung und Konzentration auf die jeweiligen eigenen Stärken koordinieren, um auf diese Weise vor allem erhebliche Rationalisierungsvorteile zu erzielen²⁰². Bei wirksamem Wettbewerb ist zu erwarten, dass die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden²⁰³.

Das Hauptanwendungsgebiet für Spezialisierungsvereinbarungen ist seit jeher die Produktion, doch gerade dies lässt zweifeln, ob Patentpools unter diese GVO fallen könnten. Über den Begriff der Spezialisierung gibt es in der VO 1218/2010²⁰⁴ keine eigenständige Definition. Art. 1 macht lediglich deutlich, für welche drei Produktionsformen die Spezialisierung der Freistellung gelten soll. Sie unterscheidet danach die einseitige²⁰⁵ sowie gegenseitige²⁰⁶ Spezialisierung und Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion²⁰⁷.

Die einseitige Spezialisierung wird als typisches *Outsourcing* verstanden²⁰⁸. Sie liegt dann vor, wenn sich ein Unternehmen verpflichtet, die Herstellung bestimmter Produkte einzustellen oder sie gar nicht erst herzustellen, um die betreffenden Produkte von einem konkurrierenden Unternehmen zu beziehen, welches sich seinerseits verpflichtet, diese Produkte herzustellen und zu liefern. Ähnlich verhält es

²⁰⁰ Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 330/2010, Rn. 16.

²⁰¹ Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 des Rates vom 20.12.1971 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 285/46 (nachfolgend: VO 2821/71), Erwägungsgründe.

²⁰² Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 2.

²⁰³ Verordnung (EWG) Nr. 417/85 der Kommission vom 19.12.1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 53/1, Rn. 3.

²⁰⁴ Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14.12.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 335/43 (nachfolgend: VO 1218/2010).

²⁰⁵ VO 1218/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a).

²⁰⁶ VO 1218/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. b).

²⁰⁷ VO 1218/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. c).

²⁰⁸ Seeliger/Laskey, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 1218/2010, Rn. 62.

sich bei der gegenseitigen Spezialisierung. Diese klassische oder typische Form der Spezialisierung zeichnet sich dadurch aus, dass die beteiligten Unternehmen einen wechselseitigen Produktionsverzicht hinsichtlich unterschiedlicher Produkte vereinbaren und sich jeder Beteiligte verpflichtet, den anderen mit dem Produkt, auf dessen Herstellung er sich konzentriert, zu beliefern sowie von dem anderen das jeweils von diesem hergestellte Produkt zu beziehen²⁰⁹.

Vereinbarungen über die gemeinsame Produktion, bei denen sich zwei oder mehr Vertragsparteien dazu verpflichten, bestimmte Produkte gemeinsam zu produzieren, gehören auch in den Anwendungsbereich der VO 1218/2010. Das ist insofern nicht selbstverständlich, als derartige Vereinbarungen im Gegensatz zu Spezialisierungsvereinbarungen im engeren Sinne nicht immer eine Arbeitsteilung bewirken, sondern eher eine Zusammenlegung von Ressourcen und damit ein konzentrativer Element aufweisen können²¹⁰. Die gemeinsame Produktion ist in unterschiedlichen Formen der Zusammenarbeit und den verschiedensten Rechtsformen denkbar²¹¹. Typischerweise erfolgt die gemeinsame Produktion aber mittels eines Gemeinschaftsunternehmens²¹², das regelmäßig den Charakter eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens aufweist und damit nach den Grundsätzen der FKVO zu beurteilen ist, sofern es auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt²¹³. Für die gemeinsame Produktion dürfen die Vertragsparteien das übertragene Produkt nicht mehr selbst herstellen, da ansonsten die möglichen Effizienzgewinne nicht eintreten²¹⁴. Um die VO 1218/2010 auf mögliche Dienstleistungen anwenden zu können, müssen diese gemeinsam erbracht und nicht lediglich verkauft werden²¹⁵. Doch gerade hier sind Unterschiede zu den Pool-Charakteristiken zu entdecken. Der Kern, warum sich Unternehmen an einem Pool beteiligen, ist die Möglichkeit, durch den Bezug einer Lizenz vom Pool ein Endprodukt, basierend auf einer Anzahl von Rechten, selbst herstellen zu können.

bb) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools

Ein Unternehmen, das seine Rechte in den Pool einbringt, wird gegenüber dem Pool selbst nicht als Wettbewerber gesehen. Im Fall der produktionsspezifischen Auslagerung, wie in der VO 1218/2010 beschrieben, hat der vereinbarte Produktionsverzicht grundsätzlich wettbewerbsbeschränkenden Charakter. Dieser ist jedoch nicht gegeben, wenn das beziehende Unternehmen die fraglichen Produkte bislang weder selbst herstellte noch zur Aufnahme der Produktion bereit und in der Lage

²⁰⁹ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 12.

²¹⁰ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 15.

²¹¹ *Seeliger/Laskey*, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 1218/2010, Rn. 78.

²¹² Komm., 21.12.1994, ABI. 1994 L 378/37 (*Phillips/Osram*).

²¹³ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 16.

²¹⁴ *Seeliger/Laskey*, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 1218/2010, Rn. 80.

²¹⁵ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 17.

war²¹⁶. Ein solches Charakteristikum fehlt beim Pool, da gerade die rechtliche Stellung der Patente die einzelnen Patentinhaber an einer Verwirklichung der Technologie hindert.

Weiterhin umfasst auch die VO 1218/2010 denselben Anwendungsbereich wie die VO 2022/720 für Immaterialgüterrechte. Die durch die VO 1218/2010 gewährten Freistellungen gelten für Immaterialgüterrechte, sofern diese nicht Hauptgegenstand dieser Vereinbarungen sind, sich aber unmittelbar auf ihre Umsetzung beziehen und dafür erforderlich sind²¹⁷. Da aber die Immaterialgüterrechte den Kern eines Pools bilden, ist eine Anwendung der VO 1218/2010 auf ihn nicht gegeben.

c) *Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen*

aa) Grundlagen

Die Kooperation von Unternehmen im Bereich von F&E auf nationaler und internationaler Ebene ist von immenser Bedeutung²¹⁸, wobei jedoch diese Aktivität, vor allem in Bereichen der Spitzentechnologie, mit ungewissem Ergebnis²¹⁹ und deshalb mit besonders hohem Risiko verbunden ist, weswegen es selbst große Unternehmen vorziehen, diese Aufgaben und damit auch das dazugehörige Risiko untereinander aufzuteilen²²⁰. F&E-Kooperationen unterscheiden sich in ihrer Form und Tragweite²²¹, wodurch eine einheitliche kartellrechtliche Beurteilung der F&E-Kooperationen nicht vorgenommen wird²²². Sie betreffen die Auslagerung bestimmter F&E-Tätigkeiten, die gemeinsame Verbesserung bestehender Techniken oder die Entwicklung und Vermarktung neuartiger Produkte. Auf diesem Wege können Kosten eingespart, der gegenseitige Ideen- und Erfahrungsaustausch gesteigert und eine schnellere Produktentwicklung ermöglicht werden²²³.

F&E-Kooperationen sind eines der Beispiele bzw. eine Grundlage für mögliche Patentpools zum Zweck der gemeinsamen Forschung, um Technologien zusammenzufassen. Die beteiligten Unternehmen bringen in der Regel bereits vorhandene

²¹⁶ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1218/2010, Rn. 5.

²¹⁷ VO 1218/2010, Art. 2 Abs. 2.

²¹⁸ Im Rahmen der EU wird u. a. das Ziel verfolgt, „die wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen der Industrie der Gemeinschaft zu stärken und die Entwicklung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern sowie alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen“; s. Art. 179 Abs. 1 AEUV.

²¹⁹ Sinn und Zweck gemeinsamer Forschung ist die Zusammenfassung von Spezialkenntnissen und Ressourcen zur Lösung eines konkreten Problems; s. *Hansen*, 28 ff.; *Ziegler*, 17; *Saunders*, MIPLR 2003, 78 ff.

²²⁰ *Schmieder*, GRUR 1981, 241.

²²¹ *Hansen*, 59 f.; Horizontal-Leitlinien, Rn. 111.

²²² *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, VO 1217/2010, Einführung, Rn. 1.

²²³ *Hansen*, 65 f.; Horizontal-Leitlinien, Rn. 2.

Forschungsergebnisse, Patente und Know-how sowie weitere Ressourcen (Kapital, Techniker und Labors) in das Unternehmen ein²²⁴. Eine Fallgestaltung, die unter den Anwendungsbereich der VO 1217/2010 zählen könnte, wären Patentpools, mit deren Existenz effektiv F&E betrieben wird. Bestimmte Gruppen verfolgen dieses Ziel, um die Forschung von *bis dato* unheilbaren Krankheiten zu fördern, damit schneller neue Medikamente entwickelt, bisherige kostengünstiger angeboten und schneller neue Ergebnisse erzielt werden können²²⁵.

Art. 1 VO 1217/2010 unterscheidet im sachlichen Anwendungsbereich, ähnlich wie die Vorgängerverordnung, verschiedene Arten von F&E-Vereinbarungen: (1) gemeinsame F&E von Produkten oder Verfahren²²⁶ einschließlich der gemeinsamen Verwertung der Ergebnisse²²⁷, (2) reine Gemeinschaftsforschung ohne Verwertungsabreden²²⁸ sowie (3) Auftragsforschung²²⁹, einschließlich gemeinsamer Verwertungsabreden²³⁰ bzw. ohne diese²³¹.

Für die Möglichkeit der gemeinsamen Verwertung ist die Übertragung der Rechte von Bedeutung, denn in der Regel haben die beteiligten Unternehmen auf dem Gebiet der gemeinsamen Entwicklung ein bestimmtes technisches Wissen, auf das sie aufbauen²³². Dieses Wissen wird üblicherweise als *background-Know-how* bezeichnet. Befinden sich Patente, auf denen die Entwicklung aufbaut, im Besitz eines oder mehrerer Unternehmen, spricht man von *background-Patenten*²³³. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu einem Pool, der eine inhaltliche und keine zeitliche Teilung der Rechte vorsieht. Damit ist gemeint, dass für einen Pool der Aspekt der Wesentlichkeit des Patents zur Technologie und nicht die Frage, wann das Patent beantragt/erteilt wurde, relevant ist. Um die Relevanz des Poolportfolios, aber auch die wettbewerbsrechtlichen Aspekte, sicherzustellen, muss der Pool auch nach seiner Gründung die Essentialität der Patente durch konstante Prüfung sicherstellen.

²²⁴ Ziegler, 19.

²²⁵ Clark et al., 8 ff.; s. dazu bereits vorne B. Fn. 377 f.

²²⁶ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a i).

²²⁷ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a ii).

²²⁸ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a iii).

²²⁹ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a iv).

²³⁰ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a v).

²³¹ VO 1217/2010, Art. 1 Abs. 1 lit. a vi).

²³² Saunders, MIPLR 2003, 81 ff.

²³³ Dabei muss in solchen F&E-Vorhaben die Frage beantwortet werden, ob und welche Nutzungsrechte die Parteien an *background-Know-how* und an *background-Patenten* im Rahmen der Nutzungsregelungen am Ergebnis der gemeinsamen Entwicklung erhalten bzw. erhalten müssen, um überhaupt das Entwicklungsergebnis nutzen zu können. Werden etwa bei dem gemeinsam entwickelten Produkt auch *background-Patente* benutzt, müssen die Verwertungsrechte, die die Parteien an dem Entwicklungsergebnis vereinbaren, auch für die *background-Patente* vereinbart werden, weil die Parteien sonst gehindert wären, von den vereinbarten Verwertungsrechten am Entwicklungsergebnis Gebrauch zu machen. Schäfer, in: Nicklisch, 63; Winzer, GRUR Int. 2000, 414.

bb) Entwicklung

Die Entwicklung jener Praxis, die die Kommission gegenüber F&E-Gemeinschaften anwendet, lässt sich grob in drei Phasen einteilen²³⁴. In der ersten Phase, welche bis Ende der 1960er-Jahre dauerte, wurde kaum versucht, das Kartellverbot in diesem Bereich durchzusetzen, da, wie aus der Kooperationsbekanntmachung von 1968²³⁵ ersichtlich ist, die Kommission davon ausging, dass reine F&E-Kooperationen bis zur Produktionsreife keine Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, al-lerdings dürfte es nicht zu einer gemeinsamen Verwertung der Forschungsergebnisse kommen²³⁶.

Mit der Entscheidung im Fall *Henkel/Colgate*²³⁷, bei welcher sich die Partner die Möglichkeit der individuellen F&E offengelassen hatten, wurde die zweite Phase eingeleitet. Damit trat eine zunehmend strengere Beurteilung ein, die in der gemeinsamen F&E grundsätzlich eine Beschränkung des Innovationswettbewerbs sah, sofern sie dazu führte, dass kein Kooperationspartner einen technologischen Vorsprung vor dem anderen erringen konnte²³⁸. Die Kommission entdeckte mehrfach eine Beschränkung des Innovationswettbewerbs darin, dass die gemeinsame F&E es den Partnern unmöglich machte, sich technologisch zu übertreffen, jedoch wurden sie nie verboten²³⁹.

Die dritte Phase in der Beurteilung von F&E-Kooperationen setzte mit Beginn der 1980er-Jahre ein, als die Kommission unter dem Eindruck eines technologischen Rückstands der europäischen Industrie im Vergleich zu US-amerikanischen und asiatischen Wettbewerbern die Notwendigkeit für eine aktiveres Forschungspolitik sah²⁴⁰. Die positive Haltung äußerte sich in der GVO für F&E-Kooperationen von 1984²⁴¹, die vor allem drei Zielen diente: (1) mehr Rechtssicherheit für die forschenden Unternehmen, (2) nachhaltige Arbeitsentlastung für die Kommission und im Einklang mit den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV (3) Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts²⁴², wobei auch die gemeinsame Verwertung der Ergebnisse in Produktion und Lizenzvergabe erfasst wurde²⁴³. Erst in ihrer durch die VO 151/93 vom 23. 12. 1992²⁴⁴ geänderten Fassung

²³⁴ *Fuchs*, 159 ff.; *Hansen*, 177 ff.; *Kerber*, 212 ff.

²³⁵ Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen, ABI. C 75/3.

²³⁶ *Kerber*, 213.

²³⁷ Komm., 23. 12. 1974, ABI. L 14/14 (*Henkel/Colgate*).

²³⁸ *Fuchs*, 159 f.

²³⁹ *Fuchs*, 160 f.

²⁴⁰ Komm., Zehn Jahre Forschungsförderung im Dienste der Wettbewerbsfähigkeit, 11.

²⁴¹ Verordnung (EWG) Nr. 418/85 der Kommission vom 19. 12. 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABI. L 53/5 (nachfolgend: VO 418/85).

²⁴² *Fuchs*, 212.

²⁴³ *Maren*, 146.

erstreckte sie sich auch auf den gemeinsamen Vertrieb der aus der Zusammenarbeit bei F&E hervorgegangenen neuen Produkte, sofern der Marktanteil, der an der Kooperationsvereinbarung beteiligten Unternehmen, 10% nicht überschritt²⁴⁵. Weiterhin verlangte die Verordnung die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, so z.B. die Beschreibung des angestrebten Forschungsprogramms²⁴⁶, ungehinderter Zugang zu den Ergebnissen²⁴⁷ für die Vertragsparteien oder selbstständige Wertung der Ergebnisse²⁴⁸. Daneben enthielt die VO 418/85 in Art. 4 eine „weiße Liste“ der unter den Vertragspartnern auferlegten Wettbewerbsbeschränkungen, die freigestellt wurden, da sie für eine erfolgreiche Arbeit der F&E-Kooperationen als erforderlich galten. Art. 5 enthielt eine Aufzählung weiterer Klauseln, die normalerweise kein Wettbewerbsverbot darstellen, aber vorsorglich mit freigestellt wurden, falls sie ausnahmsweise unter das Kartellverbot gefallen sein sollten²⁴⁹. Art. 6 der VO 418/85 enthielt dagegen noch eine Liste „schwarzer Klauseln“, bei welcher eine Freistellung nicht gegeben war.

Nachdem die befristete VO 418/85 durch die VO 2236/97²⁵⁰ bis zum 21.12.2000 verlängert wurde, löste sie die VO 2659/2000²⁵¹ ab. Diese GVO fußte nicht nur auf der alten Verordnung, sondern auch auf der Fallpraxis zahlreicher Entscheidungen der Kommission, die sich mit den wettbewerbsrechtlichen Aspekten von Kooperationsvereinbarungen auf dem Gebiet der F&E auseinandersetzen²⁵². Dabei wurde sie

²⁴⁴ Verordnung (EWG) Nr. 151/93 der Kommission vom 23.12.1992 zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 417/85, (EWG) Nr. 418/85, (EWG) Nr. 2349/84 und (EWG) Nr. 556/89 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, von Patentlizenzvereinbarungen und von Know-how-Vereinbarungen, ABl. L 21/8.

²⁴⁵ *Fuchs*, 212 f. beschreibt den Unterschied der endgültigen Fassung gegenüber dem ersten Entwurf: „Im Entwurf sollte die Freistellung davon abhängen, dass nicht mehr als eines der tatsächlich oder potenziell führenden Unternehmen – des von dem F&E-Programm betroffenen Sektors – an der Kooperation beteiligt ist. Diese Voraussetzung wurde jedoch als zu unbestimmt und daher für eine Gruppenausnahme nicht geeignet kritisiert, sodass an ihre Stelle eine Marktanteilsgrenze von 20 % trat, die freilich nur einging, sofern mindestens zwei Teilnehmer aktuelle Wettbewerber auf den von der F&E betroffenen Produktmärkten waren.“

²⁴⁶ VO 418/85, Art. 2 Abs. 1 lit. a).

²⁴⁷ VO 418/85, Art. 2 Abs. 1 lit. b).

²⁴⁸ VO 418/85, Art. 2 Abs. 1 lit. c).

²⁴⁹ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1217/2010, Rn. 11.

²⁵⁰ Verordnung (EG) Nr. 2236/97 der Kommission vom 10.11.1997 zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 417/85 und (EWG) Nr. 418/85 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen und von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. 1997 L 306/12.

²⁵¹ Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 304/7 (nachfolgend: VO 2659/2000).

²⁵² Komm., 13.7.1983, ABl. L 224/19 (*Rockwell/Iveco*); Komm., 5.12.1983, ABl. L 376/11 (*VW/MAN*); Komm., 20.12.1974, ABl. L 29/20 (*Rank/Sopel*); Komm., 18.12.1985, ABl. L 376/29 (*Siemens/Fanuc*); Komm., 11.10.1988, ABl. L 301/68 (*BBC Brown Boveri*); Komm.,

durch die Horizontal-Leitlinien²⁵³ der Kommission ergänzt. Die VO 2659/2000 verzichtete zwar auf eine „weiße Liste“ und erfasste generell alle Nebenvereinbarungen, die unmittelbar mit der Durchführung der F&E-Kooperationen verbunden und dafür notwendig waren²⁵⁴, jedoch wurde die „schwarze Liste“ beibehalten. Generell verboten blieben somit bestimmte schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen, wie z. B. die Beschränkung individueller F&E in anderen Bereichen oder aber nach Abschluss der gemeinsamen Arbeiten auch im Gegenstandsbereich der Kooperation²⁵⁵, die Beschränkungen der Produktion oder des Absatzes²⁵⁶, die Festsetzung von Preisen für den Verkauf der Produkte an dritte Abnehmer²⁵⁷. Voraussetzung für die Geltung der Freistellung war, neben der Beachtung bestimmter inhaltlicher Anforderungen an die F&E-Vereinbarungen gemäß Art. 3 bezüglich des freien Zugangs zu den Ergebnissen und ihrer Verwertung, vor allem die Einhaltung einer Marktanteilsschwelle²⁵⁸ von 25 % (statt der vorherigen 20 %), wenn mindestens zwei der Beteiligten in Wettbewerb stehende Unternehmen waren²⁵⁹. Angesichts der insgesamt positiven Erfahrungen mit der Anwendung der VO 2659/2000 und der seit ihrem Erlass gesammelten Erfahrungen, sollte eine neue GVO erlassen werden, die nunmehr geltende VO 1217/2010.

cc) Verhältnis zu anderen GVO

Die VO 1217/2010 gilt nicht nur für horizontale F&E-Vereinbarungen zwischen aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern, sondern erfasst auch die Zusammenarbeit mit Nichtwettbewerbern²⁶⁰. Letztere ist, unabhängig von etwaigen vertikalen Ausschließlichkeitsbindungen, schon deshalb möglich, weil Nichtwettbewerber auf den existierenden Märkten durchaus Forschungswettbewerber oder Wettbewerber um bestimmte Innovationen sein können, deren Ergebnisse dann wiederum in un-

²⁵³ 7. 1. 1977, ABl. L 215/11 (*De Laval/Stork*); Komm., 23. 11. 1977, ABl. L 327/26 (*GEC/Weir*); Komm., 8. 12. 1983, ABl. L 376/17 (*Carbon Gas*).

²⁵⁴ Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. C 3/2.

²⁵⁵ VO 2659/2000, Art. 1 Abs. 2.

²⁵⁶ VO 2659/2000, Art. 5 Abs. 1 lit. a).

²⁵⁷ VO 2659/2000, Art. 5 Abs. 1 lit. c).

²⁵⁸ VO 2659/2000, Art. 5 Abs. 1 lit. d).

²⁵⁹ In ihrem Grundkonzept entsprach die VO 2659/2000 damit, ebenso wie die parallel erlassene VO 2658/2000 für Spezialisierungsvereinbarungen, dem wirtschaftsorientierten Ansatz der Kommission, bei dem die Auswirkungen der Vereinbarung in den relevanten Märkten und nicht konkrete Klauselinhalte im Vordergrund standen, dennoch verblieben eine Reihe praktischer Anwendungsprobleme (insbesondere im Zusammenhang mit der Marktanteilsschwelle); s. *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht 2019*, VO 1217/2010, Rn. 15.

²⁶⁰ VO 2659/2000, Art. 4 Abs. 2.

²⁶⁰ VO 1217/2010, Art. 4 Abs. 1.

terschiedlichen Märkten verwertet²⁶¹ werden oder gar einen völlig neuen, selbstständigen Markt bilden²⁶².

Für das Verhältnis zur TT-GVO ist zu unterscheiden, ob es um die Einbringung von Schutzrechten und Know-how in die Kooperation bzw. um die Aufteilung der Nutzung ihrer Ergebnisse zwischen den Vertragsparteien untereinander oder um die Lizenzierung von Immaterialgüterrechten an Dritte geht. Da wegen der gemeinsamen Verwertung das Außenverhältnis betroffen ist, wird die TT-GVO zur Anwendung kommen. Ist bei der Lizenzierung untereinander das interne Verhältnis, welches für das Entstehen und reibungslose Funktionieren der Kooperation notwendig ist (auch mit Hinblick auf mögliche Nebenabreden) betroffen, sind die Regeln der VO 1217/2010 anwendbar²⁶³.

dd) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools

Vereinbarungen über die gemeinsame Durchführung von Forschungsarbeiten oder die gemeinsame Weiterentwicklung der Forschungsergebnisse bis zur Produktionsreife fallen normalerweise nicht unter das Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Unter bestimmten Umständen, etwa wenn sich die Parteien darauf verständigen, keinen weiteren F&E-Tätigkeiten in demselben Feld nachzugehen, und damit auf die Möglichkeit verzichten, gegenüber den übrigen Parteien Wettbewerbsvorteile zu erlangen, können solche Vereinbarungen unter Art. 101 Abs. 1 fallen und werden deshalb in den Anwendungsbereich der VO 1217/2010 aufgenommen²⁶⁴. Die Vergemeinschaftung von Forschungsergebnissen von Unternehmen durch gegenseitige Lizenzen ist das naheliegendste und meist angewandte Mittel für beide, die eigenen Forschungsergebnisse durch die des anderen zu ergänzen. Die VO 418/85 bestimmte, dass sie nicht auf Fälle der gemeinsamen Verwertung anwendbar ist, wenn es kein gemeinsames F&E-Projekt, sondern eine Vereinbarung gibt, die vorwiegend andere Ziele, wie etwa die Vergabe von Lizenzen auf gewerbliche Schutzrechte und nur nebenbei Bestimmungen über gemeinsame F&E, anstrebt²⁶⁵. Eine solch explizite Erwägung findet sich in der VO 1217/2010 nicht wieder.

Hinsichtlich der Unsicherheiten bei der Beurteilung, ob Marktanteilsschwellen des Art. 4 Abs. 2 der VO 1217/2010 eingehalten werden, kann es erforderlich sein, wettbewerbliche Wirkungen einer F&E-Kooperation im Einzelfall zu klären²⁶⁶.

²⁶¹ Soweit die VO 1217/2010 Regelungen über den (gemeinsamen) Vertrieb enthält, kommt dieser der Vorrang gegenüber den Bestimmungen der VO 2022/720 zu; s. VO 2022/720, Art. 2 Abs. 7.

²⁶² *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1217/2010, Rn. 28.

²⁶³ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1217/2010, Rn. 30; *Mestmäcker/Schweitzer*, TT-GVO, Rn. 61; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 74.

²⁶⁴ VO 1217/2010, Rn. 6.

²⁶⁵ VO 418/85, Rn. 7.

²⁶⁶ *Maren*, 147.

Mit der Gründung einer F&E-Kooperation ergeben sich u.a. die Fragen²⁶⁷, auf welchen Märkten das F&E-Unternehmen auftritt, ob es mit dem Technologie vergebenden (Gründungs-) Unternehmen im Wettbewerb steht, welche Funktionen es übernimmt (Abgrenzung Vollfunktions- und Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen) sowie weitere kartellrechtliche Bedenken²⁶⁸. Problematisch und wenig transparent ist aber die Bestimmung des jeweils relevanten Marktes. Art. 4 verknüpft die Marktanteilsschwelle von 25 % mit der Freistellungsdauer und differenziert dabei den relevanten Markt zwischen Produkt- und Technologiemarkt. Der relevante Produktmarkt wird dabei als Markt für Produkte, die durch die Vertragsprodukte verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können²⁶⁹, verstanden, wohingegen der Technologiemarkt für die Technologien oder Verfahren, die durch die Vertrags-technologie verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können²⁷⁰, bestimmt ist²⁷¹. Dabei stellt sich das Problem, dass die Freistellung nur gilt, wenn sie im gegenwärtigen Markt, also hinsichtlich der Produkte oder Technologien, die durch das Vertragsergebnis verbessert, ausgetauscht oder ersetzt werden können, die Marktanteilsschwelle nicht überschreiten. Zielen die F&E-Anstrengungen auf eine wesentliche Änderung bestehender Produkte oder gar auf neue Produkte, die bestehende Produkte ersetzen, ab, so kann die Substitution der bestehenden Produkte unvollkommen sein oder erst langfristig erfolgen. Es kann daher der Schluss gezogen werden, dass die alten und die möglicherweise neu entstehenden Produkte nicht demselben relevanten Markt angehören²⁷², wodurch die Marktanteile nicht anhand des Umsatzwertes errechnet werden.

Die Stellung der Parteien auf dem Markt für die bestehende Technologie ist als Prüfungskriterium von Bedeutung, wenn die F&E-Zusammenarbeit auf eine erhebliche Verbesserung einer bestehenden Technologie oder auf eine neue Technologie abzielt, welche die bestehende Technologie wahrscheinlich ablösen wird. Der Marktanteil der Parteien kann bei dieser Prüfung jedoch nur als Ausgangspunkt dienen. Auf Technologiemärkten muss dem potenziellen Wettbewerb besondere Bedeutung beigemessen werden. Wenn Unternehmen, die derzeit keine Lizenzen für ihre Rechte erteilen, potenzielle neue Anbieter auf dem Technologiemarkt sind, könnten sie die Möglichkeiten der Parteien beschränken, die Preise für ihre Technologie gewinnbringend zu erhöhen. Dieser Aspekt kann auch unmittelbar bei der Berechnung der Marktanteile berücksichtigt werden, indem diese anhand der Umsätze ermittelt werden, die mit den Produkten, welche die lizenzierten Rechte enthalten, auf nachgelagerten Produktmärkten erzielt werden²⁷³.

²⁶⁷ Sammons, 66.

²⁶⁸ Altin-Sieber, 208.

²⁶⁹ VO 1217/2010, Art. 1, Abs. 1, lit. u).

²⁷⁰ VO 1217/2010, Art. 1, Abs. 1, lit. v).

²⁷¹ Für die Abgrenzung von Technologiemärkten gelten die gleichen Grundsätze wie für die Abgrenzung von Produktmärkten; s. Horizontal-Leitlinien, Rn. 117.

²⁷² Horizontal-Leitlinien, Rn. 114.

²⁷³ Horizontal-Leitlinien, Rn. 118.

Zielt F&E auf die Entwicklung eines Produkts, das eine völlig neue Nachfrage schaffen soll, ab, so können die Marktanteile nicht anhand der Umsätze berechnet, sondern lediglich die Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb im Bereich der Innovation analysiert werden²⁷⁴. Somit wird mit der VO 1217/2010 nicht der explizite Schritt zur Anerkennung eines Forschungs- oder Innovationsmarktes vollzogen. Insgesamt orientiert sich die VO 1217/2010 an der Stellung der Kooperationspartner auf den gegenwärtigen und teilweise zukünftigen Märkten, während die speziellen Verhältnisse im Bereich des Forschungswettbewerbs vernachlässigt werden²⁷⁵. Durch die Einführung des Technologemarktes in der VO 1217/2010 wurde der konzeptionelle Mangel der vorherigen VO 2659/2000 aufgehoben²⁷⁶, jedoch bleibt das Anwendungsproblem für Pools bestehen. Eine reine Bestimmung des Technologemarktes nach den Prinzipien des Bedarfsmarktkonzepts reicht hier nicht aus. Die Notwendigkeit einer genaueren Beurteilung der Patente, um sie als komplementär und/oder wesentlich einzuordnen, ist für die Beurteilung eines Pools essenziell.

d) Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung

aa) Grundlagen

Die TT-GVO ist auf den ersten Blick die relevanteste Verordnung für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Pools. Ausdrücklich wird bestimmt, dass der Gegenstand einer Technologietransfer-Vereinbarung die Vergabe einer Lizenz für eine bestimmte Technologie ist²⁷⁷. Die Tatsache, dass die Rechtsvorschriften bzgl. Immaterialgüterrechte ausschließliche Verwertungsrechte einräumen, bedeutet nicht, dass diese Rechte nicht dem Wettbewerbsrecht unterworfen wären²⁷⁸. Die meisten Lizenzvereinbarungen schränken den Wettbewerb nicht ein, sie bringen wettbewerbsfördernde Effizienzvorteile mit sich²⁷⁹. Aber auch Lizenzvereinbarungen, die Wettbewerbsbeschränkungen enthalten, sind häufig mit Effizienzgewinnen verbunden, die im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft und gegen die negativen Wettbewerbsauswirkungen abgewogen werden müssen²⁸⁰.

Der sachliche Anwendungsbereich wird durch Art. 2 TT-GVO bestimmt, demzufolge alle Technologietransfer-Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen, die

²⁷⁴ Horizontal-Leitlinien, Rn. 126.

²⁷⁵ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1217/2010, Rn. 6.

²⁷⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, VO 1217/2010, Art. 4, Rn. 3; *Liebscher/Petsche*, in: Liebscher/Flohr/Petsche, VO 1217/2010, Rn. 25; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 1217/2010, Rn. 6.

²⁷⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 1.

²⁷⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 7.

²⁷⁹ Die Lizenzvergabe fördert schon an sich den Wettbewerb, da sie eine Verbreitung der Technologie bewirkt und zur Innovation anregt.

²⁸⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 9 u. 265.

die Produktion der Vertragsprodukte ermöglichen, unter die TT-GVO fallen. Bestimmungen über die Vergabe von Lizzenzen für andere Arten von Immaterialgüterrechten wie Markenzeichen oder Urheberrechte fallen nur insoweit unter die TT-GVO, als sie sich unmittelbar auf die Produktion oder den Verkauf der Vertragsprodukte beziehen. Diese Voraussetzung gewährleistet, dass Bestimmungen über andere Arten von Immaterialgüterrechten nur insoweit freigestellt werden, wie diese anderen Rechte den Lizenznehmer in die Lage versetzen, die lizenzierten Technologierechte besser zu verwerten²⁸¹.

bb) Entwicklung

Der erste Schritt zur aktuellen TT-GVO war die Bekanntmachung über Patentlizenzverträge²⁸² vom 24. 12. 1962 durch die Kommission. Die Bekanntmachung erging aufgrund der damals bekannten Umstände²⁸³; die Anerkennung der Ausschließlichkeitsbindung erfolgte unter dem Vorbehalt, sie sei „bei der gegenwärtigen Lage der Gemeinschaft nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“²⁸⁴. Sie brachte nur eine vorläufige und teilweise Lösung, da sie für einfache Lizzenzen galt, die jedoch in ihrer Wirkung, mangels Verordnungscharakter, nur eine unverbindliche Aufzählung nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallender Beschränkungen beinhaltete²⁸⁵. Explizit aus der Bekanntmachung entnommen wurden Patentpools, gegenseitige Lizenzierung und mehrfache parallele Lizenzierung²⁸⁶.

Nach Erlass der GVO für Alleinvertriebsvereinbarungen²⁸⁷ blieb die Behandlung der Lizenzverträge das größte Massenproblem für die Kommission. Die erforderliche Rechtssicherheit für die Vielzahl der betroffenen Unternehmen ließ sich durch eine gruppenweise Freistellung solcher Verträge, die die Bedingungen des Art. 85 Abs. 3 a. F. EG-Vertrag erfüllten²⁸⁸, erreichen.

²⁸¹ Erlaubt beispielsweise ein Lizenzgeber einem Lizenznehmer, sein Markenzeichen bei Produkten, welche die lizenzierte Technologie enthalten zu verwenden, so kann diese Markenzeichenlizenz dem Lizenznehmer eine bessere Nutzung der lizenzierten Technologie ermöglichen, da der Verbraucher eine direkte Verbindung zwischen dem Produkt und den Eigenschaften herstellt, die es durch die lizenzierten Technologierechte erhält; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 47.

²⁸² Bekanntmachung über Patentlizenzverträge, ABl. 139/2922.

²⁸³ Bekanntmachung über Patentlizenzverträge, Rn. I.

²⁸⁴ Bekanntmachung über Patentlizenzverträge, Rn. IV.

²⁸⁵ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 316/2014, Rn. 11.

²⁸⁶ Bekanntmachung über Patentlizenzverträge, P. 1–3, Rn. II.

²⁸⁷ Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. 3. 1967 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3) des Vertrags auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. 57/849.

²⁸⁸ Zum 31. 12. 1979 waren etwa 2600 Verwaltungsverfahren in Lizenzsachen bei der Kommission anhängig, das sind 63% sämtlicher Verfahren. Die Kommission klärte in einer Reihe von Einzelfallentscheidungen in Patent- und Warenzeichenlizenzsachen umstrittene

Die Entwicklungsgeschichte der VO 2349/84²⁸⁹ ist ungewöhnlich lang, da die ersten Konsultationen bereits im Dezember 1974 stattfanden und durch scharfe Kontroversen gekennzeichnet waren²⁹⁰. Nach einer Anhörung im Oktober 1979²⁹¹ unterbrach die Kommission ihre Arbeiten bis zur Entscheidung des „*Maissaatgut*“-Falles durch den EuGH²⁹². In einer Sitzung des beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen wurde über den Entwurf vom März 1984 ein Kompromiss erzielt, aus dem die VO 2349/84 hervorging. Trotzdem hat die Verordnung ihren Zweck, den Unternehmen Rechtssicherheit zu verschaffen, nicht erreicht, denn die ursprüngliche, auch aus Kommissionskreisen erhobene Forderung, die VO 2349/84 einfach klar und sicher auszugestalten, damit sie namentlich von kleinen und mittleren Unternehmen ohne größere Schwierigkeiten angewendet werden können, hatte sich als unrealistisch erwiesen, da die angewandte Regulierungstechnik erhebliche Zweifel aufkommen ließ, ob es den Unternehmen gelingen würde, dem außerordentlich komplizierten und perfektionistisch ausgestalteten Aufbau gerecht zu werden²⁹³. Inhaltlich wurden Nichtangriffsverpflichtungen²⁹⁴, Wettbewerbsverbote²⁹⁵, Mengenbeschränkungen²⁹⁶ und Preisbindungen²⁹⁷ verboten. Die VO 2349/84 behandelte im Wesentlichen Patente, Gebrauchsmuster²⁹⁸ sowie gemischte Vereinbarungen, die Know-how²⁹⁹ beinhalteten³⁰⁰. Regelungsbedarf bestand insbesondere im

Rechtsfragen auf. Durch die Entscheidungspraxis der Kommission und die Urteile des EuGH mussten weiterhin Grundsatzfragen behandelt werden; s. *Schlieder*, GRUR 1980, 452.

²⁸⁹ Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 der Kommission vom 23. 7. 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. L 219/15 (nachfolgend: VO 2349/84).

²⁹⁰ So wurde z. B. der Kommission der Vorwurf gemacht, dass die Vorentwürfe, insbesondere der einzige veröffentlichte Entwurf vom März 1979 (Entwurf einer Verordnung (EWG) der Kommission über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. EG Nr. C 58/18 vom 3. 3. 1979), immer wieder von einer patentfeindlichen Grundhaltung bestimmt waren, die unter Auferachtlassung der Integrationswirkung des europäischen Patents für den gemeinsamen Markt eine negative Kodifizierung des Patentlizenzrechts im Mantel einer Freistellungsverordnung betriebe, für die eine Rechtsgrundlage in der VO 19/65/EWG nicht gegeben sei; s. *Albrechtskirchinger*, GRUR Int. 1984, 565; *Kretschmer*, GRUR 1979, 762 ff.

²⁹¹ *Bunte/Sauter*, 306.

²⁹² EuGH vom 8. 6. 1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 (*Maissaatgut*).

²⁹³ *Wiedemann*, GRUR Int. 1990, 808.

²⁹⁴ VO 2349/84, Art. 3 lit. 1.

²⁹⁵ VO 2349/84, Art. 3 lit. 3.

²⁹⁶ VO 2349/84, Art. 3 lit. 5.

²⁹⁷ VO 2349/84, Art. 3 lit. 6.

²⁹⁸ VO 2349/84, Art. 10.

²⁹⁹ Maßstäbe für andere Schutzrechte existierten *bis dato* nicht.

³⁰⁰ VO 2349/84, Art. 1 sowie Rn. 9.

Bereich der reinen Know-how-Vereinbarungen. Die Know-how-GVO³⁰¹ konnte vor dem Hintergrund der geleisteten Vorarbeiten zur VO 2389/84 zügiger verabschiedet werden³⁰² und war durch enge Anlehnung an die VO 2389/84 gezeichnet, freilich unter Berücksichtigung wesensmäßiger Unterschiede³⁰³. Dies ist am besten an ihrer Auffangfunktion zu erkennen³⁰⁴. Die Unternehmen konnten die Auffangfunktion der Know-how-GVO insbesondere dadurch nutzen, dass sie, trotz des Vorliegens „notwendiger“ Patente in gemischten Vereinbarungen, bewusst die Nichtanwendbarkeit der VO 2349/84 herbeiführten, was für die Unternehmen von erheblichem Interesse war, weil die Know-how-GVO in mehreren Punkten unternehmensfreundlicher als die VO 2349/84 ausgestaltet war³⁰⁵. Gleichzeitig wurden aber auch hier Patentpools aus der Regulierung ausgenommen³⁰⁶.

Aufgrund heftiger Proteste seitens der Industrie³⁰⁷ waren insgesamt ein Vorentwurf und drei Entwürfe notwendig, bevor die VO 240/96 in ihrer Endfassung vom 31. 1. 1996³⁰⁸ erlassen werden konnte. Die VO 240/96 sah vor, die Behandlung von Patent- und Know-how-Vereinbarungen zu harmonisieren, indem beide Typen unter die gemeinsame GVO fallen. Dies erscheint logisch, da Patente zur effizienten praktischen Umsetzung oft auch eines geheimen Know-hows bedürfen. Dabei war sie nach dem Aufbaumuster früherer GVO konzipiert, führte aber das Widerspruchsverfahren und die „graue“ Liste ein³⁰⁹. Für die Pools war der Art. 5 der VO

³⁰¹ Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der Kommission vom 30. 11. 1988 zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Know-how-Vereinbarungen, ABl. L 61/1 (nachfolgend: Know-how GVO).

³⁰² In Kraft getreten am 1. 4. 1989.

³⁰³ Man konnte in ihr aber auch eine liberalere Haltung der Kommission feststellen, die dem anhaltenden Druck der als zu restriktiv empfundenen VO 2349/84 leicht nachzugeben schien. *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019*, VO 316/2014, Rn. 13.

³⁰⁴ Know-how GVO, Erwähnung 2, 2. Spiegelstrich.

³⁰⁵ *Wiedemann, GRUR Int. 1990*, 813; *Cabanellas/Massaguer*, 119 ff.

³⁰⁶ Know-how GVO, Art. 5; *Cabanellas/Massaguer*, 111.

³⁰⁷ *Meyer, GRUR Int. 1997*, 498.

³⁰⁸ Die Patentlizenzverordnung wurde deswegen mehrmals verlängert. Ursprünglich galt sie bis zum 31. 12. 1994, doch wurde sie insgesamt dreimal verlängert, durch die Verordnung (EG) Nr. 70/95 der Komm. vom 17. 1. 1995 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2348/84 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. L 12/13; Verordnung (EG) Nr. 2131/95 der Komm. vom 7. 9. 1995 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. L 214/6 und durch die VO 240/96 selbst, die sie bis zum 31. 12. 1996 verlängert hatte. Hingegen wurde die Know-how GVO frühzeitig aufgehoben. Nach Art. 12 der Know-how-GVO sollte sie ursprünglich bis zum 31. 12. 1999 gelten, wurde aber durch die VO 240/96 aufgehoben.

³⁰⁹ Das Widerspruchsverfahren des Art. 4 VO 240/96 war für wettbewerbsbeschränkende Vertragsklauseln, die weder nach Art. 1 VO 240/96 oder von der „weißen“ Liste des Art. 2 VO 240/96 erfasst wurden, noch ausdrücklich von der Gruppenfreistellung durch Aufnahme in die „schwarze“ Liste des Art. 3 VO 240/96 ausgenommen sind, vorgesehen. Damit fungierte Art. 4 VO 240/96 auch als Generalklausel für jene Vertragsklauseln der Vertragspartner, welche die

240/96 von Bedeutung, denn er umfasste die Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich der GVO, die auf der Tatsache beruhten, dass die Kommission hierfür keine ausreichenden Erfahrungen hatte³¹⁰. Die Tatbestände gemäß Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 VO 240/96 enthielten die eigentlichen Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich ebendieser. Es wurden atypische Lizenzverträge mit horizontalen und reziproken Aspekten ausgenommen,³¹¹ welche somit auch Pools betrafen. Dies fußte darauf, dass eine pauschale *per se* Freistellung für Pools oder Gemeinschaftsunternehmen (*Joint Venture*) nicht angemessen gewesen wäre. Es hätte schon zu dem Moment einer detaillierten Regelung bedurft, welche die Freigabe dort hätte gewähren müssen, wo Abwesenheit von Marktmacht gegeben war oder es Effizienzvorteile gab, die die Wettbewerbswidrigkeiten überwogen³¹². Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 VO 240/96 enthielt eine schwer zu erfassende Regelung³¹³, die durch Ausnahme und Gegenausnahme bestimmt war. Patent- und Know-how-Gemeinschaften (Patent-pools) konnten nach der Gegenausnahme des Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 freigestellt werden, falls die Vertragspartner innerhalb des Binnenmarktes keinen Gebietsbeschränkungen hinsichtlich der Herstellung, des Gebrauchs und des Inverkehrbringens der Lizenerzeugnisse oder hinsichtlich des Gebrauchs der überlassenen oder gemeinsam zu nutzenden Rechte unterliegen³¹⁴.

Nach Art. 12 der VO 240/96 war die Kommission gehalten, die Funktionsweise der Verordnung regelmäßig zu prüfen. Zu diesem Zweck erstellte sie einen Bericht, auf dessen Grundlage beurteilt wurde, ob eine Anpassung der in der GVO enthal-

Kommission im Regelungsrahmen der VO 240/96 nicht ausdrücklich berücksichtigt hatte („graue Liste“); s. *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1711.

³¹⁰ *Korah* 1996, 96.

³¹¹ Demnach fand die VO 240/96 keine Anwendung auf: „(1) Vereinbarungen zwischen Mitgliedern einer Patent- oder Know-how-Gemeinschaft, die sich auf gemeinsame Technologien beziehen; (2) Lizenzvereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sind, oder zwischen einem dieser Wettbewerber und dem Gemeinschaftsunternehmen, wenn sich die Lizenzvereinbarungen auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens beziehen; (3) Vereinbarungen, nach denen ein Vertragspartner dem anderen Vertragspartner eine Patent- und/oder Know-how-Lizenz erteilt und ihm dafür, auch wenn dies in getrennten Vereinbarungen oder über verbundene Unternehmen geschieht, im Austausch eine Lizenz an Patenten, Marken oder Know-how oder ausschließliche Verkaufsrechte eingeräumt werden, soweit die Vertragspartner Wettbewerber bei den Lizenerzeugnissen sind“; VO 240/96, Art. 5 Abs. 1.

³¹² *Korah* 1996, 96.

³¹³ So ging aus dieser Regelung nicht hervor, ob nur *Joint Ventures* erfasst sind, die auch eine gemeinsame Unternehmensführung aufweisen, oder ob eine gemeinsame Beteiligung der Wettbewerber ausreichen würde. Ferner ist die Abgrenzung zum sehr breiten Tatbestand des Technologiepools (Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 VO 240/96) unklar. Diese Probleme wurden in der Praxis insofern wohl oft entschärft, als die Gründung von Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen ohnedies als Zusammenschluss nach der Fusionskontrollverordnung anzumelden waren.

³¹⁴ *Bauer*, in: Liebscher/Flohr/Petsche, TT-GVO, Rn. 12.

tenen Regelungen zweckmäßig erschien³¹⁵. Die Erkenntnisse aus dem Evaluierungsbericht machten klar, dass die VO 240/96 allgemein als zu formalistisch und zu komplex angesehen wurde und einen zu engen Anwendungsbereich aufwies³¹⁶ und weiter nicht den reformierten vertikalen und horizontalen Vereinbarungen entsprach³¹⁷, was angesichts des verfahrensrechtlichen Wandels durch die VO 1/2003 dringend erforderlich war³¹⁸. Der Entwurf der VO 772/2004³¹⁹ zeigte schon den Wandel zum wirtschaftsorientierten Ansatz³²⁰, der mit dem Inkrafttreten der VO 772/2004 noch verdeutlicht wurde, indem sich der wirtschaftsorientierte Ansatz, indem die Einführung von Marktanteilsschwellen (anstelle der alten „weißen Liste“), unterhalb denen Lizenzvereinbarungen als nicht wettbewerbsschädigend angesehen und generell freigestellt sind (die *Safe Harbour*) sowie die Beurteilung einer Vereinbarung mit Blick auf das bestehende oder fehlende Wettbewerbsverhältnis zwischen den Lizenzvertragsparteien, eingebunden worden ist³²¹. Die Regelung der VO 772/2004 trat im April 2014 außer Kraft und wurde durch die nunmehr gültige TT-GVO ersetzt³²².

Bedeutsam für die Praxis sind schließlich auch die Erläuterungen in den überarbeiteten Leitlinien zur TT-GVO. Diese dienen als „Orientierungshilfen, sowohl für die Anwendung der TT-GVO als auch für die Anwendung des Art. 101 auf Technologietransfer-Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der TT-GVO fallen“³²³. Den Leitlinien kommt deshalb bei der Auslegung der TT-GVO und bei der kartellrechtlichen Einschätzung entsprechender Vereinbarungen eine große Bedeutung zu³²⁴.

³¹⁵ Evaluierungsbericht der Kommission über die Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen, KOM (2001) 786, (nachfolgend: Evaluierungsbericht zur VO 240/96).

³¹⁶ Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 175.

³¹⁷ Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 177.

³¹⁸ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 316/2014, Rn. 16.

³¹⁹ Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrags auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarung, ABl. C 235/11.

³²⁰ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 316/2014, Rn. 16; Fine, ELR 2004, 766; Wissel/Eickhoff, WuW 2004, 1244 ff.

³²¹ Schultze/Pautke/Wagener, 29; Wissel/Eickhoff, WuW 2004, 1244 ff.

³²² Die Grundzüge der VO 772/2004 wurden dabei übernommen. Die bestehenden Vorschriften sollten jedoch aktualisiert werden, um die Anreize für Forschung und Innovation zu erhöhen, die Verbreitung von Immaterialgütern zu erleichtern und den Wettbewerb zu beleben; s. Komm., Kartellrecht: Kommission erlässt überarbeitetes Regelwerk für Technologietransfer-Vereinbarungen.

³²³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 2.

³²⁴ Lejeune, Computer & Recht 2004, 467.

cc) Verhältnis zu anderen GVO

Die VO 1218/2010 betrifft insbesondere die Übertragung oder Lizenzierung der produktionsnotwendigen Immaterialgüterrechte, soweit die Lizenzierung nicht der eigentliche Zweck der Vereinbarung, dennoch aber für ihre Durchführung notwendig ist. Wird im Rahmen einer Vereinbarung über die gemeinsame Produktion eine produktionsnotwendige Lizenz an das Gemeinschaftsunternehmen vergeben, ist die VO 1218/2010 einschlägig.

Die Vereinbarung zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer unterliegt der TT-GVO, während Vereinbarungen, die zwischen einem Lizenznehmer und Abnehmern geschlossen werden, unter die VO 2022/720 und die Leitlinien über vertikale Beschränkungen fallen³²⁵. Die TT-GVO stellt Vereinbarungen zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer auch dann frei, wenn die Vereinbarung Verpflichtungen für den Lizenznehmer im Hinblick auf die Art und Weise, in der er die Produkte, die die lizenzierten Rechte enthalten, verkaufen muss, vorsieht. Die Vertriebsvereinbarungen, die zum Zweck der Umsetzung solcher Verpflichtungen geschlossen werden, müssen jedoch mit der VO 2022/720 vereinbar sein, um freigestellt werden zu können³²⁶.

dd) Problematik der Anwendbarkeit auf Pools

Auch wenn Pools unter der VO 240/96 beschrieben wurden, hat sich der Gesetzgeber gegen eine Aufnahme dieser in die TT-GVO entschieden³²⁷. Diese stellt eindeutig klar, dass sie nicht für Patentpools anwendbar ist, denn sie gilt nach Erwägungsgrund 7 Satz 1 nur für Vereinbarungen, bei denen der Technologietransfer dem Hauptzweck der Vereinbarung, nämlich der Produktion von Waren und Dienstleistungen, dient³²⁸. Gerade der Anwendungsbereich der TT-GVO macht eine Anwendung auf Pools nicht einmal im Sinne der Analogie möglich.

Die Problematik bei einem Pool zeichnet sich dadurch ab, dass die gepoolten Rechte nicht unmittelbar für eine Produktion benutzt werden können. Sie dienen

³²⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 76.

³²⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 77 f.; VO 2022/720, Art. 4.

³²⁷ Die Nichtaufnahme eines solchen komplexen und relevanten Instruments wie Pools in die TT-GVO stellt nach wie vor ein Rechtsrisiko dar, weil sie auch das Marktgeschehen ignoriert, da bereits im Evaluierungsbericht zur VO 240/96 beschrieben wurde, dass die Zahl komplexer Vereinbarungen, wie mehrseitige Technologiepools, wegen der zunehmenden Komplexität der neuen Technologien an Bedeutung gewinnen; s. Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 132.

³²⁸ Dies bedeutet konkret, dass die lizenzierte Technologie Eingang in den Produktionsprozess ist, mittels derer das Vertragsprodukt hergestellt wird oder aber Eingang in das hergestellte Vertragsprodukt selbst findet, wobei dieser Produktionsvorgang seinerseits den Hauptgegenstand der Vereinbarung ausmachen muss und keinem anderen Vertragszweck untergeordnet sein darf. Allerdings liefert die Kommission keine Definition der Begriffe „Produktion“ und „Herstellung“. *Schultze/Pautke/Wagner*, 49.

häufig als Basis für weitere F&E oder dienen der Schaffung eines Standards, mit dem der Zugriff auf die Grundlagentechnologie ermöglicht wird. Demzufolge müssen zunächst die Rechte für die unternehmensspezifischen Aspekte umgesetzt werden, wobei unter der TT-GVO jene Technologie behandelt wird, die unmittelbar mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden ist³²⁹.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass der Anwendungsbereich auf Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen beschränkt wird³³⁰. Da aber ein Pool aus mehreren Parteien besteht, schließt die GVO eine solche Anwendung aus³³¹. Angesichts der effizienzsteigernden Faktoren und potenziell wettbewerbswidrigen Wirkungen bleibt die Frage offen, ob und inwieweit Mehrparteien-Lizenzen in eine überarbeitete GVO einbezogen werden sollten³³². Die TT-GVO deckt zwar Vereinbarungen, die von zwei Unternehmen geschlossen werden, wenn sie Bedingungen für mehr als eine Handelsstufe enthalten, kann aber als solche nicht auf Mehrparteien Vereinbarungen angewendet werden³³³. Dies liegt an der Grundlage der TT-GVO, d. h. der Ermächtigungsverordnung des Rates 19/65³³⁴. Dort wird die Kommission ermächtigt, Verordnungen für Gruppen von Vereinbarungen zu erteilen, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und die Beschränkungen enthalten, die im Zusammenhang mit Erwerb oder Nutzung von Immaterialgüterrechten stehen³³⁵. Dadurch kann die Kommission keine Erweiterung der TT-GVO, für die sie keine Beauftragung des Rates hat, erzielen³³⁶. Im Unterschied dazu fußt die VO 1217/2010 auf der VO 2871/71, die eine solche Beschränkung nicht beinhaltet und somit Mehrparteien-Vereinbarungen ermöglicht³³⁷.

Um jedoch eine Art von Kompromiss zwischen der „Normlücke“, welche durch die Ermächtigungsverordnung 19/65 erschaffen wurde, und dem Bedarf nach

³²⁹ TT-GVO, Art. 1 Abs. 1 lit. c).

³³⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 54.

³³¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 56.

³³² Siehe diesbezüglich auch bereits die Frage in der Vorgänger-GVO. Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 135.

³³³ So gilt die TT-GVO beispielsweise für eine Lizenzvereinbarung, die sich nicht nur auf die Stufe der Herstellung, sondern auch auf die Stufe des Vertriebs bezieht und Verpflichtungen enthält, die der Lizenznehmer den Wiederverkäufern der in Lizenz hergestellten Produkte auferlegen muss oder kann. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 55.

³³⁴ Verordnung Nr. 19/65 des Rates vom 2.3.1965 über die Anwendung von Art. 85 Abs. (3) des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. P 36/533, vom 6.3.1965, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1215/1999 des Rates vom 10.6.1999 ABl. L 148/1, vom 15.6.1999, und VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 ABl. L 1/1.

³³⁵ VO 19/65, Art. 1 Abs. 1 lit. b).

³³⁶ AEUV, Art. 103.

³³⁷ Die erwähnte VO 19/65 bezieht sich auf Vertriebsverträge und Lizenzvereinbarungen. Die VO 2821/71 gilt für Normen- und Typenkartelle, F&E- sowie Spezialisierungskooperationen.

Rechtssicherheit zu erzielen und den Unternehmen eine gewisse Rechtshilfe zu bieten, ist in den Leitlinien zur TT-GVO auf Pools eingegangen worden³³⁸.

ee) Leitlinien zur Technologietransferverordnung

Die Leitlinien zur TT-GVO sind die einzigen Bestimmungen, in der die Pools substanzial berücksichtigt werden, die aber in der Reichweite ihrer Wirkung begrenzt bleiben. So z. B. mag mancher voreilig den Standpunkt vertreten und die in den Leitlinien selbst beschriebenen flexiblen Beurteilungsweisen³³⁹ als einen nichtbindenden Charakter ansehen³⁴⁰. Doch dient dieser Punkt eher der Ausrichtung nach einem *more economic approach*, um bestimmte Konstellationen erst genauer zu beurteilen, bevor Schlüsse daraus gezogen werden. In der Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, dass die Leitlinien, die mit den deutschen Verwaltungsvorschriften vergleichbar sind³⁴¹, nicht direkt und vor allem auch nicht für die Gerichte bindend, allerdings nach dem allgemeinen Vertrauensgrundsatz eine Art Selbstbindung für die Kommission³⁴² sind. Das hat zur Folge, dass die Kommission von den zu Leitlinien geäußerten Rechtsmeinungen nicht willkürlich abweichen darf, jede Interpretation aber gründlich überlegt sein muss³⁴³. Da sich die Verwaltungspraxis weiterentwickeln können muss, ist es aus sachlich gerechtfertigtem Grund möglich, die Rechtsauffassung der Kommission zu ändern³⁴⁴.

Es bleibt aber fraglich, ob und inwieweit die Leitlinien der Kommission eine Bindungswirkung für die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten erzeugen. Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit mit den Unionsorganen ist in der VO 1/2003 umfassend herausgearbeitet und konkretisiert. So ist die Kommission berechtigt³⁴⁵, aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen

³³⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 244 ff.

³³⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 3.

³⁴⁰ Barona, 23.

³⁴¹ Weitbrecht, EuZW 2003, 72.

³⁴² Pampel, EuZW 2005, 12 f. Auch wenn die Kommission diesen Aspekt nicht direkt ansprach, wurden die Leitlinien im Teil C (*communicatio*) und nicht im Teil L (*legislatio*) des Amtsblattes der EG veröffentlicht, so Barona, 21; M. M. nur Schweda, WuW 2004, 1135 ff., der sehr wohl eine Bindungswirkung der Leitlinien sieht.

³⁴³ Schweda, WuW 2004, 1135 ff.

³⁴⁴ Ein solcher Grund kann etwa in einer Entscheidung des EuGH oder des EuG liegen, mit der die Leitlinien nicht vereinbar sind, oder in einer Neuausrichtung bzw. Modifikation der Wettbewerbspolitik der Kommission. Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 72.

³⁴⁵ Diesen Rechten korrespondieren Pflichten der Gerichte und Behörden, sie haben diese Maßnahmen der Kommission hinzunehmen. Im Falle der schriftlichen Stellungnahmen wird man aus dem Stellungnahmerecht der Kommission herleiten können, dass das Gericht die Äußerungen der Kommission auch zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen zu befassen hat.

zu übermitteln³⁴⁶ und Fälle, die von nationalen Wettbewerbsbehörden behandelt werden, vor den beratenden Ausschuss zu holen³⁴⁷. Die nationalen Behörden sind danach verpflichtet, bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln eng mit der Kommission³⁴⁸ zusammenzuarbeiten³⁴⁹. Die nationalen Behörden und Gerichte haben dementsprechend nur eine Pflicht angenommen, Bekanntmachung bzw. Leitlinien der Kommission allgemein zu „berücksichtigen“, ohne rechtliche Bindungswirkung anzunehmen³⁵⁰. Zu bedenken ist hierbei, dass es sich bei den Leitlinien um rechtlich unverbindliche Meinungsäußerungen der Kommission handelt, durch die sie ihre Verwaltungspraxis zusammenfasst und die Auswirkungen ihrer Wettbewerbspolitik auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln im Einzelfall erläutert. Wenn auch die Mitgliedstaaten zu loyaler Zusammenarbeit mit den Unionsorganen angehalten sind, reicht diese Verpflichtung nicht soweit, dass sie zu einer Bindung der Mitgliedstaaten in ihrer Natur nach rechtlichen unverbindlichen Meinungsäußerungen der Kommission führen, die nicht Gegenstand eines Rechtsetzungsverfahrens der Union unter Beteiligung des Rates als der Vertretung der Mitgliedstaaten und des Parlaments als dem unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebungsorgan der Union waren³⁵¹. Den Leitlinien der Kommission kommt daher lediglich *persuasive authority*, nicht aber *binding authority* zu³⁵².

Trotzdem darf die Bedeutung der Leitlinien und sonstigen Bekanntmachungen der Kommission sowohl für Unternehmen, als Normadressaten der Wettbewerbsregeln, als auch für die nationalen Gerichte und Wettbewerbsbehörden, als Rechtsanwender, nicht unterschätzt werden. Sie dienen den Rechtsanwendern in den Mitgliedstaaten als hilfreiche Orientierung bei der Anwendung unbestimmter und schwieriger Rechtsnormen auf komplexe wirtschaftliche Sachverhalte³⁵³. Für die Unternehmen sind sie ein wichtiges Instrument, um die Rechtssicherheit in Bezug auf die Selbstbeurteilung der Freistellung der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, auf die sie dringend angewiesen sind, zu erhöhen. Es ist aber zu vermuten, dass sich auch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte an den einschlägigen Leitlinien der Kommission bei der Auslegung von Art. 101 Abs. 3

³⁴⁶ VO 1/2003, Art. 15. Abs. 3 Unterabs. 1 S. 3 sowie nach Art. 15 Abs. 1 auch nach Antrag des Gerichts.

³⁴⁷ VO 1/2003, Art. 14 Abs. 7 S. 2.

³⁴⁸ Hier ist die Zusammenarbeit im *European Competition Network* (ECN) gemeint.

³⁴⁹ Pohlmann, WuW 2005, 1006.

³⁵⁰ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, VO Nr. 1/2003, Art. 1, Rn. 14.

³⁵¹ So werden auch Bekanntmachung und Leitlinien nur als eine Art „Orientierungshilfe“ angesehen; s. Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/54, Rn. 8.

³⁵² Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 74.

³⁵³ So z. B. Leitlinien VO 2022/720, Rn. 2: „Diese Leitlinien der Kommission sollen Unternehmen Orientierungshilfen für die Selbstprüfung von vertikalen Vereinbarungen nach Maßgabe der EU-Wettbewerbsvorschriften an die Hand geben und die Durchsetzung des Artikels 101 AEUV erleichtern“.

AEUV orientieren und nicht ohne triftigen Grund von ihnen abweichen werden³⁵⁴. Jedenfalls hat ein Gericht letzter Instanz nur die Wahl, sich der Rechtsansicht der Kommission anzuschließen oder die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, denn es darf einen Rechtsstandpunkt, welcher jener der Kommission in einer Leitlinie geäußerten Ansicht widerspricht, keinesfalls als *acte clair* ansehen³⁵⁵. Ein Abweichen nationaler Behörden von der Bewertung in einer Bekanntmachung der Kommission wird im Übrigen stets das Risiko eines Einschreitens der Kommission gemäß Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 nach sich ziehen³⁵⁶.

(1) Grundlagen des Inhalts

Die Leitlinien stellen ein Grundelement der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle³⁵⁷ dar. Mit den Mitteln der Verhaltenskontrolle sollen Situationen des akuten Marktversagens verhindert werden³⁵⁸. Im Bereich der Verhaltenskontrolle findet das Prinzip der Selbstveranlagung Anwendung: Die Normadressaten müssen eigenständig die Kartellrechtskonformität ihres Verhaltens beurteilen. Um eine effektive Abschreckung vor Kartellverstößen zu gewährleisten (*deterrence*), schreiten Kommission und nationale Kartellbehörden *ex-post* gegen verbotene Verhaltensweisen ein und sanktionieren diese scharf³⁵⁹.

Die Leitlinien zur TT-GVO stellen insbesondere den Grundsatz auf, dass Pools positive wettbewerbsrechtliche Wirkungen haben können, jedoch eine Lizenzvereinbarung zwischen einem Pool und Dritten nicht von der TT-GVO erfasst wird³⁶⁰. Darüber hinaus erläutert die Kommission in den Leitlinien aber auch, unter welchen Voraussetzungen die Einrichtung und der Betrieb eines Pools kartellrechtlich unbedenklich sein können.

³⁵⁴ Ellger, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 101, Abs. 3, Rn. 75.

³⁵⁵ Bornkamm/Becker, ZWeR 2005, 230.

³⁵⁶ Sura, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Band 2, VO Nr. 1/2003, Art. 1, Rn. 14.

³⁵⁷ Die Instrumente der Verhaltenskontrolle sind das Kartellverbot des Art. 101 AEUV und das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV.

³⁵⁸ Durch Sanktionen erfolgt eine Modifikation der Anreizsituation von Unternehmen, sodass sich diese in Fällen, in denen ausnahmsweise der Wettbewerb als Garant einer effizienten Ressourcenallokation versagt (Kollusion, Bestehen von Marktmacht), dennoch in einer Weise verhalten, die dem Ziel der gesamtwirtschaftlichen Effizienz dient; s. Rudowicz, 200.

³⁵⁹ Rudowicz, 200.

³⁶⁰ Begründet wird dies damit, dass die TT-GVO nur für Vereinbarungen zwischen zwei Parteien gelte und es sich in diesem Fall um eine Mehrparteien-Vereinbarung handle, weil die Mitglieder des Pools die Bedingungen für die Lizenzierung an Dritte in der Regel gemeinsam festlegen. Unabhängig von der Anzahl der Parteien fallen nach Ansicht der Kommission auch Vereinbarungen zur Gründung von Technologiepools und zur Festlegung ihrer Funktionsweise nicht unter die TT-GVO, da mit einer solchen Vereinbarung einem Lizenznehmer die Produktion von Produkten nicht ermöglicht wird. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 56.

(2) *Safe Harbour*

Die in den Leitlinien zur TT-GVO vorgesehene *Safe Harbour* Regelung stellt Anforderungen an den Poolvertrag und den zwischen Lizenznehmer und Patentpool geschlossenen Lizenzvertrag, ohne dass die Marktstellung der Poolmitglieder, d. h. insbesondere der Marktanteil und ggf. eine aus diesem resultierende marktbeherrschende Stellung, relevant ist³⁶¹. Liegen alle sieben Anforderungen kumulativ vor, so umfasst der *Safe Harbour* sowohl den Pool- als auch den Lizenzvertrag und eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 AEUV scheidet grundsätzlich aus³⁶². Wird Art. 101 Abs. 1 AEUV durch den Patentpool verletzt, ist die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen, innerhalb derer alle wettbewerbsfördernden und -beschränkenden Wirkungen abzuwägen sind. Jedoch zeigt sich auch das nicht zu verachtende Restrisiko, welches durch die Leitlinien bleibt. Die Formulierung „im Allgemeinen“, welche im Hinblick auf die *Safe Harbour* Regel benutzt wird, zeigt, dass hier ein Rechtsrisiko bestehen bleibt, und die Kommission demnach sich der Tatsache bewusst ist, dass, selbst wenn ein Pool sämtliche Bestimmungen der *Safe Harbour* Regel erfüllt, er dennoch wettbewerbsbeschränkende Wirkungen entfalten kann. Darüber hinaus weisen auch die im Folgenden beschriebenen *Safe Harbour* Regeln weitere Unklarheiten auf.

Die erste Regel beschreibt die Offenheit des Pools. Mit der Offenheit gegenüber „allen interessierten Eigentümern von Technologierechten“ konkretisiert die Kommission den Adressatenkreis der Poolmitglieder, welche Patentinhaber sind³⁶³. Die zwar korrekte Zielsetzung, jeweils nur Mitglieder von relevanten Patenten als Poolmitglieder zu bestimmen, ignoriert jedoch den Prozess, der sich auf der Vorstufe der Poolgründung befindet, nämlich der Zweckbestimmung eines Pools. In dieser Phase können auch bspw. vertikal integrierte Unternehmen, die keine Patente besitzen, einen wichtigen Beitrag beisteuern, indem durch sie die relevanten Schnittstellentechnologien, welche für die Kompatibilität erforderlich sind, bestimmt werden.

Die zweite Regel der *Safe Harbour* beschreibt, dass „nur essenzielle Technologien...zusammengeführt werden“³⁶⁴. Die Bestimmung der Wesentlichkeit durch Abgrenzung zu Substituten ist bei Patenten bereits ein schwieriger Prozess, der mit viel Aufwand verbunden ist, jedoch erschwert sich dieser noch, da durch die Leitlinien zunächst der Begriff Technologien³⁶⁵ in jeder Situation in ihrem technischen Gehalt und Umfang einzeln definiert werden, wobei in erster Linie wiederum der Rückgriff auf die relevanten Patente erfolgen muss. Beim Technologiebegriff kann

³⁶¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261.

³⁶² Königs, 463.

³⁶³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 a).

³⁶⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 b).

³⁶⁵ Die Leitlinien zur TT-GVO definieren den Begriff „Technologie“ als einen Input, der entweder in ein Produkt oder einen Produktionsprozess eingeht. Der Begriff umfasst somit nicht nur Patente, sondern sämtlich damit verbundenes Wissen. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 20.

hinsichtlich der Komplementarität oder Substituierbarkeit ein Graubereich entstehen, wenn die Definition der Technologie unzureichend oder weitreichend ist³⁶⁶. Zusätzlich umfasst die Definition der Wesentlichkeit nur komplementäre Patente, die poolintern und -extern nicht substituierbar sind und schließt insoweit nicht wesentliche Komplemente, für die es unter den Poolpatenten kein Substitut gibt, die aber poolextern substituierbar sind, aus. Nachteil der Wesentlichkeitsanforderung an die Poolpatente im *Safe Harbour* ist die Begrenzung, die keine Integration nicht wesentlicher Komplemente erlaubt und eine unvollständige Technologie bereitzustellen droht³⁶⁷. Der Nutzen eines Pools wird dadurch angezweifelt.

Die dritte Anforderung an Patentpools ist das Treffen von Vorkehrungen gegen den Austausch sensibler Informationen, die auf das für die Gründung und Verwaltung des Pools erforderliche Maß beschränkt werden³⁶⁸. Der Begriff das „erforderliche Maß“ eröffnet angesichts der ausbleibenden Konkretisierung einen Auslegungsspielraum und kann durch die fehlende Bestimmtheit Grauzonen schaffen³⁶⁹.

Die Leitlinien zur TT-GVO beschreiben in der vierten Regel, dass Lizzenzen für die zusammengeführten Rechte nicht exklusiv an den Pool vergeben werden³⁷⁰. Zum einen bedeutet die Formulierung, dass das Lizenzepaket nicht ausschließlich unter den Poolmitgliedern lizenziert werden darf³⁷¹. Zum anderen bedeutet es aber auch, dass die Pateninhaber/Poolmitglieder ihre Patente nicht ausschließlich, sondern lediglich durch einfache Lizzenzen in den Pool integrieren, sodass den Poolmitgliedern die Vergabe von Einzellizenzen bleibt. Dies soll sicherstellen, dass den Lizenznehmern auch der ungebündelte Zugang zu den Patenten, außerhalb des Poolpakets, bleibt³⁷².

Für den Zugang zum *Safe Harbour* muss sich der Patentpool gemäß der fünften Anforderung der Lizenzierung zu FRAND-Bedingungen verpflichten³⁷³, ohne dass die Leitlinien zur TT-GVO aber eine inhaltliche Erläuterung von FRAND vornimmt. Stattdessen wird nur auf die Horizontal-Leitlinien verwiesen³⁷⁴, in denen es keine genauen Erläuterungen zu den FRAND-Bestimmungen gibt, sondern eher reine Grundsätze zur FRAND-Selbstverpflichtung vorgegeben sind³⁷⁵.

Die sechste Anforderung verlangt, dass Poolmitgliedern und Lizenznehmern das Recht zugestanden wird, die Gültigkeit oder Wesentlichkeit von Poolpatenten an-

³⁶⁶ Königs, 465.

³⁶⁷ Poolmitglieder und Lizenznehmer müssen bei der Produktherstellung deswegen poolextern weitere Patente einholen.

³⁶⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 c).

³⁶⁹ S. dazu vorne B.III.1.a).

³⁷⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 d).

³⁷¹ Rein geschlossene Pools sind somit wettbewerbswidrig.

³⁷² Königs, 467.

³⁷³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 e).

³⁷⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Fn. 97.

³⁷⁵ Horizontal-Leitlinien, Rn. 287 ff.

zufechten³⁷⁶. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass ungültige oder nicht wesentliche Patente nicht zum Poolportfolio gehören.

Mittels der letzten und sechsten Anforderung wird Poolmitgliedern und Lizenznehmern die freie Entwicklung von substituierbaren Produkten oder konkurrierenden Technologien gesichert, indem diese vertraglich nicht eingeschränkt werden dürfen³⁷⁷. Auf diese Weise wird der Innovationsanreiz geschützt, auch F&E von Technologien zu betreiben, die nicht als Verbesserung für den Patentpool relevant sind, sondern eine Alternative sein können³⁷⁸.

(3) Nebenabreden

Der Schwerpunkt kartellrechtlicher Normen, die Klauseln in Lizenzvereinbarungen betreffen, konzentriert sich auf die Beschränkungen, die dem Lizenznehmer³⁷⁹ auferlegt sind³⁸⁰. Gerade bei einem Pool können, neben dem Verhältnis der eingebundenen Rechte³⁸¹, derartige Klauseln die Wettbewerbswidrigkeit verursachen³⁸². Dabei beinhaltet Art. 4 der TT-GVO eine abschließende Auflistung unzulässiger Vereinbarungsinhalte³⁸³, sowohl zwischen Wettbewerbern³⁸⁴ als auch zwischen Nicht-Wettbewerbern³⁸⁵ und ggf. Ausnahmen davon. Eine Vereinbarung kann nur dann kartellrechtskonform sein, wenn sie die Freistellungsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, was jedoch bei Kernbeschränkungen nicht³⁸⁶ in Betracht kommt³⁸⁷. Grundsätzlich verboten sind demnach die Zuweisung von Gebieten und Kunden, Preisabsprachen, Beschränkungen des Outputs, der Verwertung eigener Technologien sowie Beschränkungen von F&E. Nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der TT-

³⁷⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 f).

³⁷⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 261 g).

³⁷⁸ Königs, 468.

³⁷⁹ Lizenzverträge können nicht nur Beschränkungen des Lizenznehmers, sondern auch des Lizenzgebers vorsehen. Emmerich, in: Dausen, Art. 102 AEUV, Rn. 129.

³⁸⁰ Folz, 550; Bekkers/Iversen/Blind, 16; Hansen, 55 f.

³⁸¹ Gilbert, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 88.

³⁸² Die Aufteilung des Art. 101 AEUV in Verbotsbestand und Freistellungsnorm hat auch Konsequenzen für die Beurteilung von Nebenabreden; s. Wörz, 211.

³⁸³ Dies ist vergleichbar mit der früheren „schwarzen Liste“ der VO 240/96; s. dazu Wörz, 212; Ullrich, 157.

³⁸⁴ TT-GVO, Art. 4 Abs. 1.

³⁸⁵ TT-GVO, Art. 4 Abs. 2.

³⁸⁶ Bei solchen Vereinbarungen liegt regelmäßig (mindestens) eine der ersten beiden Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 nicht vor. Sie bringen im Allgemeinen keinen objektiven wirtschaftlichen Nutzen oder keine Vorteile für die Verbraucher mit sich. Darüber hinaus erfüllen diese Arten von Vereinbarungen im Allgemeinen nicht die dritte Voraussetzung der Unerlässlichkeit. Setzen die Parteien bspw. einen Preis fest, zu dem die im Rahmen der Lizenz hergestellten Produkte verkauft werden müssen, führt dies in der Regel zu einem geringeren Output, zu einer ineffizienten Ressourcenallokation und zu höheren Preisen für die Verbraucher. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 18.

³⁸⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 95.

GVO sind Technologietransfer-Vereinbarungen, die eine Kernbeschränkung enthalten, als Ganzes von der Freistellung ausgeschlossen³⁸⁸. Kernbeschränkungen können nicht vom Rest der Vereinbarung getrennt werden. Die „Katalogklauseln“ des Art. 4 TT-GVO in Technologielizenzverträgen gehören daher in den „kartellrechtlichen Giftschrank“ und werden in der Regel *per se* wettbewerbswidrig angesehen³⁸⁹. Zivilrechtlich sind diese Klauseln ebenfalls nicht durchsetzbar und zudem besteht ein hohes Bußgeldrisiko³⁹⁰.

In diesem Abschnitt werden bestimmte Beschränkungen behandelt, die oftmals in der einen oder anderen Form in Lizenzvereinbarungen von Pools enthalten und die im Gesamtzusammenhang eines solchen zu bewerten sind. Im Allgemeinen gilt die TT-GVO nicht für Lizenzvereinbarungen, die zwischen einem Pool als dem Lizenzgeber und Dritten als Lizenznehmern geschlossen werden³⁹¹. Dieser Abschnitt behandelt daher die Einzelprüfung von Fragen, die sich speziell im Zusammenhang mit der Lizenzvergabe im Rahmen von Pools stellen.

(a) Gebietsbeschränkungen

Die Abmachung von Gebietsbeschränkungen, die in vier verschiedenen Formen erscheinen³⁹², stellt ein zentrales Problem des Patent-Kartellrechts der EU dar³⁹³. Die ausschließlichen Gebietslizenzen³⁹⁴ (Exklusiv-³⁹⁵ oder Alleinlizenz³⁹⁶) verpflichten den Lizenzgeber, für das betreffende Gebiet keine weiteren Lizenzen zu erteilen bzw. dort nicht selbst tätig zu werden. In der zweiten Form können Beschränkungen des Lizenznehmers hinsichtlich der Produktion und des Gebrauchs der Lizenerzeugnisse angesehen werden, wobei zwischen dem Gebietsschutz zugunsten des Li-

³⁸⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 95.

³⁸⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 94 f.

³⁹⁰ Schweda/Giessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, TT-GVO, Art. 4, Rn. 173.

³⁹¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 247.

³⁹² Feil, 254 f.

³⁹³ Feil, 254; Wörz, 218; Bollig, 50 ff.

³⁹⁴ Ausschließliche Lizenzen sind zwar grundsätzlich von der TT-GVO erfasst, jedoch problematisch in der Beurteilung, wenn sie ein Teil paralleler Vereinbarungen sind. Dadurch wird der Zugang potenzieller Lizenznehmer zum Markt beschränkt, dass im Einzelfall zum Entzug der Gruppenfreistellung führen kann. Dies soll dann in Frage kommen, wenn mehr als 50 % des relevanten Marktes gebunden sind, da in derartigen Fällen mit erheblichen Ausschlusseffekten zu rechnen sei; s. TT-GVO, Art. 6 Abs. 1 lit. b); Leitlinien zur TT-GVO Rn. 147 lit. b). u. Rn. 229.

³⁹⁵ Bei einer Exklusivlizenz ist der Lizenzgeber selbst weder befugt, auf der Grundlage der lizenzierten Rechte zu produzieren, noch ist er befugt, Dritten für die lizenzierten Rechte im Allgemeinen oder im Hinblick auf eine bestimmte Nutzung oder für ein bestimmtes Gebiet Lizenzen zu erteilen. Das bedeutet, dass der Lizenznehmer der Einzige ist, der auf der Grundlage der lizenzierten Rechte im Allgemeinen oder im Hinblick auf die jeweilige Nutzung oder das jeweilige Gebiet produzieren darf; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 190.

³⁹⁶ Verpflichtet sich der Lizenzgeber, Dritten in einem bestimmten Gebiet keine Produktionslizenzen zu erteilen, handelt es sich um eine Alleinlizenz. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 191.

zenzgebers selbst und zugunsten anderer Lizenznehmer unterschieden wird³⁹⁷. Bei der dritten Form werden sich die Vertragsparteien häufig gegen Direktlieferungen in ihre Gebiete, sei es des anderen Vertragspartners oder eines dritten Lizenznehmers, absichern wollen. Die vierte Form des Gebietsschutzes wird dadurch erreicht, dass Parallelimporte unterbunden werden. Dies wird umgesetzt, indem die Abnehmer der hergestellten Vertragsprodukte vertraglich daran gehindert werden, in andere Exklusivgebiete zu liefern³⁹⁸.

Im Gegensatz zur einfachen Lizenz, bei welcher der Lizenzgeber in der Nutzung der lizenzierten Rechte nicht beschränkt wird, beschränkt er sich im Falle der ausschließlichen Lizenz³⁹⁹ (teilweise) seiner Nutzungsbefugnisse für ein bestimmtes Gebiet. Somit handelt es sich bei den hier besprochenen Ausschließlichkeitsklauseln⁴⁰⁰ stets um Beschränkungen des Lizenzgebers, denen er im Interesse der ungestörten Nutzung der Rechte durch den Lizenznehmer zustimmt⁴⁰¹.

Die Auswirkungen ausschließlicher Lizzenzen auf den Wettbewerb sind vielfältig und unterscheiden sich zunächst nach dem Inhalt der Vereinbarung, mithin danach,

³⁹⁷ Die TT-GVO unterscheidet zwischen dem Gebietsschutz zugunsten des Lizenzgebers und zugunsten des Lizenznehmers. TT-GVO Art. 4 Abs. 1 lit. c).

³⁹⁸ Feil, 254 f.

³⁹⁹ Der EuGH setzte sich Anfang der 1980er-Jahre mit der Frage der Ausschließlichkeitsbindung auseinander. In der *Maissaatgutentscheidung* distinguierte der EuGH zwischen „offener ausschließlicher Lizenz“ und „ausschließlicher Lizenz mit Gebietsschutz“. Die offene ausschließliche Lizenz verpflichtet den Lizenzgeber, anderen Unternehmen die Nutzung der überlassenen Technologie im Vertragsgebiet nicht zu gestatten und auch selbst nicht zu nutzen. Bei der ausschließlichen Lizenz mit Gebietsschutz verfolgen die Vertragsparteien darüber hinaus die Absicht, jeden Wettbewerb Dritter, zum Beispiel durch die Verhinderung von Parallelimporten, auszuschließen. Ausschließliche Lizzenzen mit Gebietsschutz sind grundsätzlich wettbewerbsbeschränkend und nicht freistellungsfähig. Offene ausschließliche Lizzenzen hingegen sind dann nicht wettbewerbsbeschränkend, wenn sie erforderlich sind, um neue Technologien in das Lizenzgebiet einzuführen und zu schützen. Die Erforderlichkeit kann sich zum Beispiel aus dem Umfang der notwendigen Investitionen durch den Lizenznehmer ergeben EuGH vom 8. 6. 1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015, 2068 ff. (*Maissaatgut*).

⁴⁰⁰ Im Allgemeinen dienen Ausschließlichkeitsbestimmungen in Lizenzvereinbarungen dazu, den Bereich der Nutzung des lizenzierten Schutzrechts zwischen den Parteien aufzuteilen. Der Zweck dieser Bestimmungen ist zweifacher Art. Einerseits übertragen sie dem Lizenznehmer das Recht der ausschließlichen Nutzung der lizenzierten Technologie, indem sie eine parallele Nutzung durch den Lizenzgeber oder durch Dritte ausschließen. Andererseits ermöglichen sie es dem Lizenzgeber, verbleibende Ausschließlichkeitsrechte für sich zu reservieren, indem sie eine über den Geltungsbereich der Lizenz hinausgehende Nutzung seines Schutzrechts durch den Lizenznehmer untersagen. Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 118. Eine derartige Unterscheidung findet im US-amerikanischen Recht nicht statt; s. IP Guidelines, P. 4.1.2.

⁴⁰¹ Gleichzeitig wird aber dem Lizenzgeber ermöglicht, verbleibende Ausschließlichkeitsrechte für sich zu reservieren, indem eine über den geographischen Geltungsbereich der Lizenz hinausgehende Nutzung seines Schutzrechts durch den Lizenznehmer untersagt wird. Feil, 255.

ob lediglich eine Alleinlizenz oder eine Exklusivlizenz vereinbart wird⁴⁰². Durch ausschließliche Gebietslizenzen verursacht man, dass einerseits der Lizenzgeber in der Nutzungsfreiheit seiner Rechte beschränkt wird und andererseits potenzielle Lizenznehmer ausgeschlossen werden, weshalb in solchen Vereinbarungen ein grundsätzlich wettbewerbsbeschränkendes Potenzial gesehen wird⁴⁰³. Bei der Alleinlizenz bleibt der Lizenzgeber zwar als Teilnehmer auf dem Produktmarkt im Lizenzgebiet erhalten, er scheidet dort jedoch als Anbieter auf dem Technologiemarkt aus⁴⁰⁴. Bei der Exklusivlizenz zieht sich der Lizenzgeber nicht nur aus dem Technologie-, sondern auch aus dem Produktmarkt zurück und scheidet somit als Anbieter im betroffenen Gebiet gänzlich aus⁴⁰⁵. Gerade bei gegenseitig erteilten Lizzenzen sind die Gefahren für den Wettbewerb existent, da hierin ein hohes Potenzial der Aufteilung von Märkten gegeben ist⁴⁰⁶.

Unter Wettbewerbern ist die Vergabe einer Alleinlizenz unterhalb der 20 % Marktanteilsgrenze ausdrücklich, sowohl für einseitige als auch wechselseitige Vereinbarungen⁴⁰⁷, von der Gruppenfreistellung der TT-GVO erfasst bzw. vom Kernbeschränkungstatbestand ausgenommen⁴⁰⁸. Verfügen die Parteien über erhebliche Marktmacht, können solche Vereinbarungen Absprachen Vorschub leisten, da sie gewährleisten, dass die Parteien auf dem Markt die einzigen Angebotsquellen sind, die mit den lizenzierten Technologien arbeiten⁴⁰⁹.

Anders ist die Regel bzgl. Exklusivlizenzen, die in wechselseitige und nicht wechselseitige Vereinbarungen unterteilt sind. Wechselseitige Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern fallen unter Art. 4 Abs. 1 lit. c) der TT-GVO, wonach die Zuweisung von Märkten und Kunden zwischen Wettbewerbern als Kernbeschränkung einzustufen ist⁴¹⁰. Die nicht wechselseitige Erteilung von Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern fällt bis zur Marktanteilsschwelle von 20 % ebenfalls unter die Gruppenfreistellung⁴¹¹. Wird die Marktanteilsschwelle von 20 % überschritten, kommt es darauf an, welche Bedeutung der Lizenzgeber für den Wettbewerb hat. Verfügt er etwa auf dem Produktmarkt nur über eine relativ

⁴⁰² Häufig wird man den Schluss ziehen, dass in der Situation, in der eine Alleinlizenz wettbewerblich bedenklich ist, eine Alleinbenutzungsklausel erst recht kritisch zu sehen sein wird.

⁴⁰³ Komm., 9. 6. 1972, AbI. L 143/31 (*Davidson-Rubber*); Komm., 18. 7. 1975, AbI. L 222/34 (*Kabelmetall*).

⁴⁰⁴ *Feil*, 258 f.

⁴⁰⁵ *Feil*, 259.

⁴⁰⁶ Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 127 ff.; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 105 ff. u. 192 f.

⁴⁰⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 109 u. 192.

⁴⁰⁸ In einer solchen Vereinbarung verpflichten sich die Parteien, Dritten keine Lizenz für ihre konkurrierenden Technologien zu erteilen.

⁴⁰⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 192.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 193.

schwache Marktstellung oder ist er nicht in der Lage, die Technologie im Vertragsgebiet effektiv zu nutzen, soll ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV unwahrscheinlich sein⁴¹². Gleches soll für den Sonderfall gelten, wenn die Vertragsparteien nur auf dem Technologemarkt miteinander im Wettbewerb stehen und der Lizenzgeber nicht die Produktions- und Vertriebskapazitäten besitzt, um die Vertragsprodukte effektiv auf den Markt zu bringen, was etwa bei reinen Forschungsinstituten oder kleinen Forschungsunternehmen der Fall sein soll⁴¹³.

Ein wichtiges Element des Gebietsschutzes stellen Verkaufsbeschränkungen dar. Da zumeist die größten Umsätze mit dem Verkauf der Lizenzprodukte erzielt werden, ist darüber hinaus der Schutz vor Importen anderer Hersteller von besonderem Interesse für die Beteiligten. Dies kann zunächst durch Beschränkungen der Vertragsparteien selbst hinsichtlich des Direkthandels bzw. Erstvertriebs (*first sale*) und darüber hinaus durch die weitergehende Kontrolle Dritter bezüglich des Parallelhandels bzw. Weitervertriebs (*resale*) geschehen. Beim Direkthandel können grundsätzlich drei Arten von Verkaufsbeschränkungen unterschieden werden⁴¹⁴: (1) der Lizenzgeber verpflichtet sich, selbst keine Verkäufe in das Gebiet des Lizenznehmers zu tätigen, (2) der Lizenznehmer verpflichtet sich, keine Verkäufe in das Gebiet des Lizenzgebers vorzunehmen und (3) verpflichtet sich Letzterer auch, keine Verkäufe in Gebiete anderer Lizenznehmer auszuführen. Damit der Lizenznehmer selbst auch vor Direktimporten anderer Lizenznehmer in sein Gebiet geschützt ist, wird er in der Regel vom Lizenzgeber verlangen, anderen Lizenznehmern entsprechende Beschränkungen aufzuerlegen⁴¹⁵. Die europäischen Regelungen zum Technologietransfer trennen hier weiter den aktiven und passiven Verkauf⁴¹⁶.

⁴¹² Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 193.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Feil*, 294 f.

⁴¹⁵ *Feil*, 295.

⁴¹⁶ TT-GVO, Art. 4 Abs. 1 lit. c) Nr. 5. Eine allgemeine Definition der aktiven und passiven Verkäufe findet sich unter Rn. 211 ff. der Leitlinien VO 2022/720. Danach definiert die Kommission „aktive“ und „passive“ Verkäufe wie folgt:

In Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe m der Verordnung (EU) 2022/720 wird dargelegt, dass Verkäufe an Kunden, die der Verkäufer nicht aktiv angesprochen hat, passive Verkäufe darstellen, wenn es sich um Verkäufe an Kunden in einem Alleinvertriebsgebiet oder an exklusiv zugewiesene Kundengruppen handelt. So ist beispielsweise die Einrichtung eines Online-Shops eine Form des passiven Verkaufs, da sie potenziellen Kunden ermöglicht, den Verkäufer zu erreichen. Der Betrieb eines Online-Shops kann Auswirkungen haben, die über das physische Handelsgebiet des Verkäufers hinausgehen, unter anderem dadurch, dass Online-Käufe durch Kunden ermöglicht werden, die in anderen Gebieten ansässig sind oder anderen Kundengruppen angehören. Dennoch handelt es sich bei solchen Käufen (einschließlich der Lieferung der Produkte) um passive Verkäufe, sofern der Verkäufer nicht aktiv auf den jeweiligen Kunden oder das spezielle Gebiet oder die Kundengruppe abzielt, dem bzw. der der Kunde angehört. Gleches gilt, wenn ein Kunde sich dazu entscheidet, automatisch vom Verkäufer informiert zu werden und diese Information zu einem Verkauf führt. Ebenso stellen die Nutzung der Suchmaschinenoptimierung, d. h. Instrumente oder Techniken zur Erhöhung der Sichtbarkeit oder des Rankings des Online-Shops in Suchmaschinenergebnissen, oder das Anbieten einer App in

Die wettbewerblichen Auswirkungen von Verkaufsbeschränkungen zeigen sich einerseits zwischen den Vertragsparteien und andererseits zwischen den unterschiedlichen Lizenznehmern in ähnlicher Weise wie die ausschließlichen Gebietslizenzen. Jedoch bedeutet dies nicht, dass derartige Beschränkungen immer wettbewerbswidrig sind⁴¹⁷. Eine Beschränkung, insbesondere des aktiven Verkaufs, kann unerlässlich sein, um den Lizenzgeber zur Lizenzvergabe zu bewegen. Ohne diese Beschränkung würde sich der Lizenzgeber dem Risiko aktiven Wettbewerbs in seinem Haupttätigkeitsfeld aussetzen. Ebenso kann es sich als unabdingbar erweisen, den aktiven Verkauf des Lizenzgebers einzuschränken, insbesondere dann, wenn der Lizenznehmer in dem ihm zugewiesenen Vertragsgebiet eine relativ schwache Marktposition innehat und umfangreiche Investitionen auf sich nehmen muss, um die lizenzierte Technologie effizient nutzen zu können⁴¹⁸.

Bei Verkaufsbeschränkungen gibt es eine wichtige Unterscheidung bei jeweils Lizenzvereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern⁴¹⁹. Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs, die einer oder beiden Parteien in einer wechselseitigen Vereinbarung zwischen Wettbewerbern auferlegt werden, sind nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) TT-GVO als Kernbe-

einem Store für Software-Anwendungen grundsätzlich Mittel dar, die es potenziellen Kunden ermöglichen, den Verkäufer zu erreichen, und stellen daher Formen des passiven Verkaufs dar.

Nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe 1 der Verordnung (EU) 2022/720 sind unter aktiven Verkäufen solche Verkäufe zu verstehen, die sich durch das aktive Ansprechen von Kunden mittels Besuchen, Briefen, E-Mails, Anrufen oder anderen Mitteln der direkten Kommunikation ergeben. Gezielte Werbung oder Verkaufsförderung ist eine Form des aktiven Verkaufs. Insbesondere Online-Werbedienste ermöglichen es Verkäufern häufig, Gebiete oder Kundengruppen auszuwählen, in denen die Online-Werbung angezeigt wird. Dies gilt beispielsweise für Suchmaschinenwerbung und andere Online-Werbung, z. B. in Websites, Stores für Software-Anwendungen und sozialen Medien, sofern es der Werbedienst dem Werbekunden ermöglicht, Kunden entsprechend ihren besonderen Merkmalen, einschließlich ihres geografischen Standorts oder ihres persönlichen Profils, anzusprechen. Wenn der Verkäufer dagegen Online-Werbung an Kunden in seinem eigenen Gebiet oder an seine eigene Kundengruppe richtet und es nicht möglich ist, zu verhindern, dass diese Werbung für Kunden in anderen Gebieten oder Kundengruppen sichtbar ist, handelt es sich um eine Form des passiven Verkaufs. Zu Beispielen für eine solche allgemeine Werbung zählen gesponserte Inhalte auf der Website einer lokalen oder überregionalen Zeitung, auf die jeder Besucher dieser Website zugreifen kann, oder die Verwendung von Preisvergleichsdiensten mit generischen und nicht länder-spezifischen Domainnamen. Erfolgt dagegen eine solche allgemeine Werbung in Sprachen, die in dem Gebiet des Verkäufers nicht gebräuchlich sind, oder auf Websites mit Top-Level-Domains, die einem anderen Gebiet als dem des Verkäufers entsprechen, läuft dies auf aktiven Verkauf in diese anderen Gebiete hinaus.

⁴¹⁷ Sie können für die Verbreitung wertvoller Technologien unerlässlich sein und erfüllen dann die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3, wenn bspw. der Lizenzgeber in dem Gebiet, in dem er die Technologie selbst nutzt, eine relativ schwache Marktstellung innehat.

⁴¹⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 199.

⁴¹⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 197.

schränkungen anzusehen⁴²⁰. Bei Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern fallen Verkaufsbeschränkungen zwischen dem Lizenzgeber und einem Lizenznehmer bis zur Marktanteilsschwelle von 30% unter die TT-GVO. Oberhalb der Marktanteilsschwelle können Beschränkungen des aktiven und passiven Verkaufs durch Lizenznehmer in ein Gebiet oder an einen Kundenkreis, das bzw. der ausschließlich dem Lizenzgeber vorbehalten ist, für die Verbreitung wertvoller Technologien unerlässlich sein und daher nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen bzw. die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen⁴²¹.

(b) Beschränkungen des technischen Anwendungsbereichs

Die Vertragsparteien können sich in der Nutzung der lizenzierten Technologie und im Verkauf der Vertragsprodukte nicht nur in territorialer Hinsicht beschränken. Häufig praktiziert sind auch sachliche Beschränkungen bezüglich des technischen Anwendungsbereichs oder der Kundengruppe. Zahlreiche Patente können mehrere technische Anwendungsbereiche⁴²² haben und so für die Herstellung ganz unterschiedlicher Produkte verwendet werden⁴²³.

Bei einer Nutzungsbeschränkung wird eine Lizenz entweder auf einen oder mehrere technische Anwendungsbereiche oder auf einen oder mehrere Produktmärkte oder Wirtschaftszweige beschränkt⁴²⁴. Somit wird die Verwendung der lizenzierten Rechte durch den Lizenznehmer auf einen oder mehrere Anwendungsbereiche eingegrenzt, ohne die Möglichkeit des Lizenzgebers einzuschränken, die lizenzierten Patente zu nutzen⁴²⁵. Besonders bei horizontalen Vereinbarungen besteht die Gefahr, dass der Lizenznehmer als Wettbewerber außerhalb des lizenzierten Anwendungsbereichs wegfällt. Jedoch können sich Nutzungsbeschränkungen auch positiv auf den Wettbewerb auswirken, wenn sie den Lizenzgeber dazu veranlassen, Technologielizenzen für Anwendungen zu erteilen, die außerhalb seines Tätig-

⁴²⁰ Solche Verkaufsbeschränkungen fallen unter Art. 101 Abs. 1 AEUV und dürfen die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 in der Regel nicht erfüllen. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 198.

⁴²¹ Dies kann dann der Fall sein, wenn der Lizenzgeber in dem Gebiet, in dem er die Technologie selbst nutzt, eine relativ schwache Marktstellung innehat; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 201.

⁴²² In manchen Fällen kann ein Produktmarkt allerdings auch in mehrere technische Anwendungsbereiche untergliedert werden. Indem die Vertragsparteien in der Nutzung einer Technologie für einen bestimmten Anwendungsbereich beschränkt werden, lassen sich Märkte in ähnlicher Weise aufteilen, wie dies bei den Gebietsbeschränkungen der Fall ist, nur eben in sachlicher statt räumlicher Hinsicht. *Feil*, 319 f.

⁴²³ *Lutz/Achleitner/Schraml*, IJEV 2010, 352 ff.; *Kim/Kogut*, OrgSci 1996, 283 ff.; *Meyer*, RTM 1997 17 ff.

⁴²⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 208.

⁴²⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 211.

keitsschwerpunkts liegen⁴²⁶. Wenn der Lizenzgeber nicht verhindern könnte, dass Lizenznehmer in Bereichen tätig sind, in denen er selbst die Technologie verwendet oder in denen sich die Technologie noch nicht hinreichend bewährt hat, würde ihn dies vermutlich daran hindern, Lizenzen zu vergeben, oder ihn dazu veranlassen, höhere Lizenzgebühren zu verlangen. Zu bedenken ist auch, dass es in bestimmten Wirtschaftszweigen häufig zu einer Lizenzvergabe kommt, um Verletzungsklagen zu vermeiden und so die Gestaltungsfreiheit zu gewährleisten. Der Lizenznehmer kann seine eigene Technologie im Rahmen der Lizenz entwickeln, ohne Verletzungsklagen des Lizenzgebers fürchten zu müssen⁴²⁷.

Derartige Beschränkungen für Lizenznehmer in Lizenzvereinbarungen zwischen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbern fallen bis zu einem Marktanteil von 20 % unter die Gruppenfreistellung. Das Wettbewerbsrisiko ist bei wechselseitigen Lizenen zwischen Wettbewerbern noch größer, wenn die Vereinbarung asymmetrische Nutzungsbeschränkungen⁴²⁸ vorsieht. Ist zu erwarten, dass die Vereinbarung den Lizenznehmer zur Verringerung seines Outputs außerhalb des lizenzierten Anwendungsbereichs veranlasst, fällt die Vereinbarung aller Voraussicht nach unter Art. 101 Abs. 1 AEUV. Symmetrische Nutzungsbeschränkungen⁴²⁹ dürften kaum unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Es ist unwahrscheinlich, dass solche Vereinbarungen den Wettbewerb beschränken, der ohne die Vereinbarungen bestanden hätte. Ebenso unwahrscheinlich ist es, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Vereinbarungen Anwendung findet, die es dem Lizenznehmer lediglich ermöglichen, seine eigene Technologie im Rahmen der Lizenz weiterzuentwickeln und zu verwerten, ohne Verletzungsklagen des Lizenzgebers befürchten zu müssen. In diesen Fällen wird der Wettbewerb, der vor Abschluss der Vereinbarung bestand, durch die Nutzungsbeschränkungen allein nicht eingeschränkt. Vor Abschluss der Vereinbarung war der Lizenznehmer überdies Verletzungsklagen in Bereichen außerhalb des lizenzierten Anwendungsbereichs ausgesetzt. Beendet oder reduziert der Lizenznehmer jedoch seine Aktivitäten außerhalb des lizenzierten Anwendungsbereichs, kann dies ein Hinweis auf eine verdeckte Marktaufteilungsvereinbarung sein, die als

⁴²⁶ Dies gilt insbesondere für kleinere Unternehmen, die ohne die Möglichkeit von Verwendungsbeschränkungen wegen ihrer Marktschwäche nur zögerlich oder verspätet zur Verwertung schreiten würden; s. *Finnegan/Zotter*, GRUR Int. 1979, 327.

⁴²⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 212.

⁴²⁸ Eine Nutzungsbeschränkung ist asymmetrisch, wenn die eine lizenzierte Technologie von einer Partei in einem Wirtschaftszweig, Produktmarkt oder technischen Anwendungsbereich genutzt werden darf und die andere lizenzierte Technologie von der anderen Partei in einem anderen Wirtschaftszweig, Produktmarkt oder technischen Anwendungsbereich. Wettbewerbsbedenken können sich insbesondere dann einstellen, wenn mit den Produktionsanlagen des Lizenznehmers, die zur Verwendung der lizenzierten Technologie umgerüstet worden sind, auch Produkte außerhalb des lizenzierten Anwendungsbereichs auf der Grundlage der eigenen Technologie des Lizenznehmers hergestellt werden. Leitlinien zur TT-GVO Rn. 213.

⁴²⁹ Vereinbarungen, in denen die Parteien einander Lizenzen zur Nutzung ihrer Technologien in denselben Anwendungsbereichen erteilen. Leitlinien zur TT-GVO Rn. 213.

Kernbeschränkung gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) TT-GVO zu werten ist⁴³⁰. Nutzungsbeschränkungen für Lizenznehmer und Lizenzgeber in Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern sind bis zur Marktanteilsschwelle von 30 % freigestellt⁴³¹.

(c) Preisbindungen

Den Standardfall wettbewerblicher Lizenznehmerbeschränkungen stellen nach neuerer kartellrechtlicher Ansicht alle Formen der Preisfestsetzung dar⁴³². Dies liegt vor allem daran, dass der Preis für ein Produkt oder eine Dienstleistung der wohl wichtigste Wettbewerbsparameter ist⁴³³. Der Preismechanismus, als wichtigster Bestandteil des Wettbewerbs und der Selbstregulation der Märkte, wird dadurch gestört⁴³⁴. Insofern handelt es sich nicht speziell um ein immaterialgüter- oder lizenzvertragsrechtliches Problem⁴³⁵.

Nach der TT-GVO stellt in Art 4. Abs. 1 lit. a) die Preisfestsetzung eine Kernbeschränkung dar, der keine Freistellung zugutekommt⁴³⁶. Die Preisfestsetzung kann in Form einer direkten Vereinbarung über den genauen Preis, der zu erheben ist, oder in Form einer Preisliste mit bestimmten zulässigen Höchstrabatten, erfolgen⁴³⁷. Demnach ist eine zwischen Patentpool und Lizenznehmer lizenzvertraglich getroffene Vereinbarung über die Festsetzung von Verkaufspreisen für die mittels der Pooltechnologie hergestellten Erzeugnisse mit Art. 1 Abs. 1 AEUV unvereinbar⁴³⁸. Die Preisfestsetzung kann auch indirekt erfolgen, indem Anreize gesetzt werden, nicht von einem festgelegten Preisniveau abzuweichen⁴³⁹. Die Verpflichtung des Lizenznehmers, eine Mindestlizenzgebühr zu zahlen, ist als solche allerdings nicht als Preisfestsetzung zu werten⁴⁴⁰.

(d) Kopplungsvereinbarungen

Allgemein ist unter einer Kopplungsvereinbarung (*tying arrangement*) zu verstehen, dass eine Partei ein Produkt (das Kopplungsprodukt – *tying product*) nur unter der Bedingung verkauft, dass der Käufer zugleich ein anderes Produkt (das ge-

⁴³⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 213.

⁴³¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 214.

⁴³² *Folz*, 559; *Andewelt*, ALJ 1984, 612.

⁴³³ *Feil*, 336.

⁴³⁴ *Folz*, 559.

⁴³⁵ *Feil*, 336; *Schulte* 1971, 138; *Folz*, 559.

⁴³⁶ Die Preisfestsetzung zwischen Wettbewerbern stellt schon durch ihren Gegenstand selbst eine Beschränkung des Wettbewerbs dar, s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 99.

⁴³⁷ Es ist unerheblich, ob die Vereinbarung Festpreise, Mindestpreise, Höchstpreise oder Preisempfehlungen zum Gegenstand hat.

⁴³⁸ EuGH vom 3.7.1985, Rs. 243/83, Slg. 1985, 2015 (SA *Binon & Cie/Agence et messageries de la presse*).

⁴³⁹ So kann zum Beispiel bestimmt werden, dass die Lizenzgebühren steigen, wenn die Produktpreise unter ein bestimmtes Niveau gesenkt werden.

⁴⁴⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 99.

koppelte Produkt – *tied product*) erwirbt oder sich zumindest dazu verpflichtet, das andere (gekoppelte) Produkt nicht von einem anderen Anbieter zu beziehen⁴⁴¹. Daraus schlussfolgert, dass der Ausschluss von Konkurrenzunternehmen die beschränkende Wettbewerbswirkung der Kopplung darstellt⁴⁴². Die TT-GVO fasst unter dem Begriff „Kopplung“ sowohl Kopplungsvereinbarungen als auch Paketvereinbarungen⁴⁴³ zusammen⁴⁴⁴. Bei einem Pool wird als das *tying* die Bündelung essenzieller und nicht essenzieller Patente⁴⁴⁵ innerhalb der Paketlizenz verstanden⁴⁴⁶.

Obwohl Kopplungsvereinbarungen in den europäischen Wettbewerbsregeln und in den Entscheidungen der Kommission und des EuGH als wettbewerbswidrig eingestuft wurden⁴⁴⁷, werden die Auswirkungen auf den Wettbewerb in der Literatur unterschiedlich beschrieben und diskutiert⁴⁴⁸. In der TT-GVO ist besonders das Charakteristikum der Marktmacht berücksichtigt worden, um auch die wettbewerbsfördernden Aspekte hervorzuheben. Art. 3 TT-GVO, der die Anwendung der Gruppenfreistellung von der Höhe der Marktanteile abhängig macht, stellt sicher, dass Kopplungs- und Paketvereinbarungen oberhalb des Schwellenwerts von 20 % (Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern) bzw. 30 % (Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern) von der TT-GVO nicht freigestellt sind. Die Marktanteilschwellen gelten für jeden von der Lizenzvereinbarung betroffenen Technologie- oder Produktmarkt, einschließlich der Märkte der gekoppelten Produkte. Oberhalb

⁴⁴¹ Feil, 346.

⁴⁴² Sie können es dem Lizenzgeber darüber hinaus ermöglichen, die Lizenzgebühren zu erhöhen, und zwar insbesondere dann, wenn Kopplungsprodukt und gekoppeltes Produkt teilweise substituierbar sind und beide Produkte nicht in einem festen Verhältnis zueinander verwendet werden. Die Kopplung hindert den Lizenznehmer daran, aufgrund der höheren Lizenzgebühren für das Kopplungsprodukt zur Verwendung anderer Einsatzmittel überzugehen; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 223.

⁴⁴³ In einer Paketvereinbarung werden demgegenüber zwei Technologien oder eine Technologie und ein Produkt zusammen als Paket angeboten; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 201.

⁴⁴⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 201.

⁴⁴⁵ Es kann vorkommen, dass ein Schutzrechtsinhaber notwendige und zudem komplementäre substituierbare Schutzrechte besitzt, die im Rahmen der Anwendung des technischen Standards benötigt werden. Dies bietet ihm die Möglichkeit, die essenziellen und die substituierbaren Schutzrechte miteinander zu koppeln. Grundsätzlich stellen sich Paketlizenzen daher als Kopplungsfälle dar, die entsprechend zu lösen sein werden.

⁴⁴⁶ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 556 ff.; U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005) cert. denied, 126 S.Ct. 2899 (2006).

⁴⁴⁷ Komm., 10.1.1979, ABl. L 19/32 (*Vaessen/Moris*); Komm., 11.7.1983, ABl. L 229/1 (*Windsurfing International*); EuGH vom 25.2.1986, Rs. 193/83, Slg. 1986, 643, 656 (*Windsurfing International/Kommission*).

⁴⁴⁸ Bowman, YLJ 1957, 19 ff; Bork, 365 ff.; Posner, U.Pa.L.Rev. 1979, 925 f.; Turner, Harv. Law Rev. 1958, 50 ff; Montgomery, Colum. Law Rev. 1985, 1140 ff.; Burchfiel, JOLT 1991, 1 ff.; Grimes, ALJ 1994, 263 ff.; Larson, ALJ 1994, 239 ff.; Sullivan, ALJ 1995, 669 ff.

dieser Marktanteilsschwellen müssen die wettbewerbsschädlichen und wettbewerbsfördernden⁴⁴⁹ Wirkungen der Kopplung gegeneinander abgewogen werden⁴⁵⁰.

(e) Nichtangriffsklauseln

Die wohl am häufigsten getroffenen Zusatzvereinbarungen bei Patentpools sind die sog. Nichtangriffsklauseln, durch die sich die Parteien als jeweilige Lizenznehmer verpflichten, die Patente, an denen sie Lizenzen erhielten, hinsichtlich ihres Bestands und Umfangs nicht anzugreifen, dafür aber in der Regel auch von Ansprüchen freigestellt werden, die gegen sie, wegen vor dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses liegender Patentrechtsverletzungen, geltend gemacht werden könnten⁴⁵¹. Zwar genießt der Inhaber eines Immaterialgüterrechts die damit verbundene Ausschließlichkeitstellung, dennoch besteht auch die Gefahr, dass er diese Position verliert, wenn die Gültigkeit des Schutzrechts erfolgreich angegriffen wird. Um die Gefahr des Angriffs auf das Schutzrecht zumindest von Seiten des Lizenznehmers einzudämmen, wird dem Lizenzgeber daran gelegen sein, eine Klausel in den Lizenzvertrag aufzunehmen, worin sich der Lizenznehmer gegenüber dem Lizenzgeber verpflichtet, die lizenzierten Rechte nicht anzugreifen⁴⁵², insbesondere keine Nichtigkeitsklagen anzustrengen⁴⁵³.

Nichtangriffsklauseln haben unterschiedliche Auswirkungen auf den Wettbewerb⁴⁵⁴ und fallen in Streitbeilegungsvereinbarungen in der Regel nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV. Für solche Vereinbarungen ist charakteristisch, dass sich die Parteien darauf einigen, die Immaterialgüterrechte, die im Mittelpunkt der Streitigkeit stehen, nicht im Nachhinein anzufechten⁴⁵⁵. So kann bspw. die Nichtangriffsabrede den reibungslosen Transfer der Pooltechnologie auf dem Technologiemarkt sicherstellen⁴⁵⁶. Die europäische Regelung zeigt hier die Problematik, dass sich die Wettbewerbsbehörden bzgl. immaterieller Güter auf die Gültigkeit der je-

⁴⁴⁹ Dies ist bspw. dann der Fall, wenn das gekoppelte Produkt notwendig ist, um eine technisch befriedigende Anwendung der lizenzierten Technologie zu erzielen, oder um zu gewährleisten, dass die Produktion auf der Grundlage der Lizenz den Qualitätsstandards entspricht, die vom Lizenzgeber und anderen Lizenznehmern eingehalten werden. Hier liegt in der Regel entweder keine Wettbewerbsbeschränkung vor oder die Kopplungsklausel erfüllt die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 224.

⁴⁵⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 222.

⁴⁵¹ Schulte 1971, 192; Feil, 383.

⁴⁵² Dies hätte für den Lizenznehmer auch Vorteile, da er im Erfolgsfall keine Lizenzgebühren mehr zu bezahlen hätte.

⁴⁵³ Feil, 383.

⁴⁵⁴ In seiner Rechtsprechung hat der EuGH eine Wettbewerbsbeschränkung verneint, wenn die Lizenzvergabe kostenlos erfolgt, oder alternativ, wenn ein technisch überholtes Verfahren betroffen ist. EuGH vom 27.9.1988, Rs. 65/86, Slg. 1988, 5281, Rn. 17 (*Bayer AG and Maschinenfabrik Hennecke GmbH/Heinz Süllhöfer; Bellamy/Child*, Rn. 8–133).

⁴⁵⁵ Es ist ja gerade der Sinn dieser Vereinbarung, bestehende Konflikte zu lösen und/oder künftige zu vermeiden. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 242.

⁴⁵⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 136.

weiligen Rechte verlassen und solche Abreden getrennt vom Rest der Vereinbarung untersucht werden müssen⁴⁵⁷. Dennoch gilt, dass ungültige Schutzrechte kritisch zu beurteilen sind, da sie dem Inhaber eine Exklusivstellung einräumen, die nicht mehr durch die sonst für die Schaffung von Immaterialgüterrechten herangezogenen Gründe, wie etwa Belohnungs- oder Anreizfunktion, gerechtfertigt sind und so eigentlich dem öffentlichen Interesse widersprechen⁴⁵⁸. Durch die Entrichtung von Lizenzgebühren für eigentlich nicht gerechtfertigte Schutzrechte⁴⁵⁹ wird ein zu hohes Preisniveau für Produkte beibehalten⁴⁶⁰. Nichtangriffsklauseln in Streitbeilegungsvereinbarungen können unter bestimmten Umständen wettbewerbsschädigend sein und unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen⁴⁶¹. Eine eingehende Prüfung derartiger Klauseln ist unter Umständen auch dann erforderlich, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer, abgesehen von der Lizenz für die Rechte, einen finanziellen oder sonstigen Anreiz bietet, sich damit einverstanden zu erklären, die Gültigkeit der Patente nicht anzufechten oder wenn die Patente ein notwendiger Input für die Produktion des Lizenznehmers sind⁴⁶². Dem Pool bleibt insforen im Fall einer kartellbehördlichen oder gerichtlichen Überprüfung die Möglichkeit, das Ausbleiben von Beschränkungen des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten und die Vorteilhaftigkeit der Vereinbarung für Patentpool und Lizenznehmer nachzuweisen⁴⁶³. Im Interesse eines unverzerrten Wettbewerbs und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen, die dem Schutz des Immaterialgüterrechts zugrunde liegen, wäre es notwendig, ungültige Schutzrechte aufzuheben, da sie die Innovationstätigkeit eher hindern, anstatt zu fördern⁴⁶⁴.

(f) Rücklizenz-Verpflichtung

Einfache Lizenzverträge, Lizenzaustauschverträge und Patentpools betreffen häufig nicht nur schon erteilte Patente oder bereits bekanntgemachte Patentanmeldungen, sondern schließen auch künftige Patente auf technischem Gebiet mit ein⁴⁶⁵

⁴⁵⁷ TT-GVO, Art. 5 Abs. 1 lit. b). Nichtangriffsabreden werden nicht in die Gruppenfreistellung einbezogen, da die Lizenznehmer i. d. R. am besten beurteilen können, ob ein Schutzrecht gültig ist oder nicht. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 134.

⁴⁵⁸ *Feil*, 385.

⁴⁵⁹ Die Argumentation über ungültige Patente gilt es auch auf irrelevante oder poolintern substituierbare Patente auszuweiten. Auch Patente dieser Kategorie erhöhen die Lizenzgebühr zulasten der Lizenznehmer, ohne einen Mehrwert zu generieren. Zudem werden Substitute dem Wettbewerb mit poolexternen Patenten entzogen und von der Bündelung zu einer konkurrierenden Alternativtechnologie abgeschottet; s. *Königs*, 456.

⁴⁶⁰ Evaluierungsbericht zur VO 240/96, Rn. 170.

⁴⁶¹ So könnte eine Nichtangriffsklausel gegen Art. 101 Abs. 1 verstößen, wenn ein Immaterialgüterrecht auf der Grundlage unrichtiger oder irreführender Auskünfte gewährt wurde.

⁴⁶² Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 243.

⁴⁶³ *Königs*, 457.

⁴⁶⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 134.

⁴⁶⁵ *Schulte* 1971, 186.

und vermeiden dadurch zukünftige Patentklagen⁴⁶⁶. Unter einer Rücklizenz-Verpflichtung (*Grantbacks*) versteht man im Allgemeinen eine Verpflichtung des Lizenznehmers, alle zukünftigen Erfindungen auf dem Gebiet, das Gegenstand der Lizenzerteilung ist, dem Lizenzgeber in irgendeiner Form⁴⁶⁷ zugänglich zu machen⁴⁶⁸. Eines der kartellrechtlichen Hauptprobleme, das sowohl in den USA als auch in Europa gesehen wird, ist der damit verbundene Rückgang des Innovationsanreizes des Lizenznehmers⁴⁶⁹ sowie die Stärkung der wirtschaftlichen Stellung des Lizenzgebers auf dem Markt⁴⁷⁰. Besonders bei einem Pool, dessen Ziel es ist, einen Standard zu promovieren, kann dies zu Schwierigkeiten führen. Durch die Verringerung der Innovationsleistungen des Lizenznehmers kann es zu einer Stagnation der Weiterentwicklung der Technologie kommen, wodurch der Technologiewettbewerb beeinträchtigt wird⁴⁷¹. Rücklizenzen können auf der anderen Seite aber auch eine Vielzahl positiver Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. So ermöglichen sie dem Lizenzgeber, die fortentwickelte Technologie selbst zu nutzen und sie ggf. an Dritte zu lizenziieren. Derartige Regelungen können notwendig sein, um sicherzustellen, dass der Lizenzgeber nicht aus dem Wettbewerb gedrängt wird, weil er keinen Zugang zu Verbesserungen hat, die mithilfe seiner Rechte entwickelt wurden⁴⁷². Es gilt hier, die notwendigen Weiterentwicklungen von möglichen technologischen Alternativen ab- und auszugrenzen. Die Zulässigkeit der *Grantback*-Klauseln muss dort ihre Grenze finden, wo sie andere Ziele verfolgen als das geachtete Interesse des Patentinhabers und Lizenzgebers, Zugang zu den Weiterentwicklungen seiner Erfindung zu bekommen⁴⁷³.

Die Kommission vertrat bereits in der Bekanntmachung über Patentlizenzverträge und auch in ihren späteren Entscheidungen⁴⁷⁴ die Meinung, dass zumindest nicht

⁴⁶⁶ Clark et al., 9.

⁴⁶⁷ Falls der Lizenzgeber nicht die Übertragung dieser zukünftigen Erfindungen an sich verlangt, werden durch diese Klauseln potenzielle Lizenzaustauschverträge geschaffen. Schulte 1971, 186.

⁴⁶⁸ Folz, 237 f.; IP Guidelines, P. 5.6.

⁴⁶⁹ Je mehr ein Lizenznehmer in der Verwertung seiner Weiterentwicklung eingeschränkt wird, desto geringer ist sein Anreiz, mögliche Technologien weiterzuentwickeln.

⁴⁷⁰ Schulte 1971, 117; Feil, 407 f.; *Transparent-Wrap Mach. Corp. vs. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637, 646 f. (1947).

⁴⁷¹ Besonders durch die Vereinbarung von *feed-on*-Klauseln wird der Innovationswettbewerb unter den Lizenznehmern beschränkt. Durch die *feed-on*-Klauseln wird der Lizenzgeber dazu berechtigt, die durch Rücklizenzierung gewonnene Verbesserung auch an andere Lizenznehmer zu lizenziieren; s. Ørstavik, IIC 2005, 89. Zum anderen Ergebnis kommt die Kommission, die bei einer solchen Klausel die Möglichkeit der förderlichen Verbreitung von Technologien sieht, insbesondere wenn jeder Lizenznehmer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weiß, dass er den anderen Lizenznehmern im Hinblick auf die Technologie, auf deren Grundlage er produziert, gleichgestellt sein wird; s. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 131.

⁴⁷² IP Guidelines, P. 5.6.

⁴⁷³ Folz, 238; Schulte 1971, 118.

⁴⁷⁴ Komm., 9.6.1972, AbI. L 143/39 (*Raymond/Nagoya*); Komm., 9.6.1972, AbI. L 143/31 (*Davidson-Rubber*); Komm., 15.12.1986, AbI. L 50/30 (*Boussois/Interpane*).

ausschließliche und wechselseitige Rücklizenzen nicht vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst seien. Die Kommission lässt sich hierzu dahingehend ein, dass auch einseitige Rücklizenz-Verpflichtungen die Innovation und die Verbreitung neuer Technologien fördern können, als dem Lizenzgeber die Freiheit bleibt, ob und in welchem Umfang er seine eigenen Verbesserungen weitergibt⁴⁷⁵. Allerdings geben die Leitlinien keine Informationen über die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bei Überschreiten der Marktanteilsschwellen, wie dies bei Pools üblich ist. Es gilt jedoch, dass eine Verpflichtung, durch welche dem Lizenzgeber eine Exklusivlizenz für Verbesserungen der lizenzierten Technologie erteilt oder übertragen wird, aller Wahrscheinlichkeit nach die Anreize für den Lizenznehmer, Neuerungen einzuführen, verringern, da sie den Lizenznehmer daran hindert, die Verbesserungen, auch im Wege der Lizenzvergabe an Dritte, zu verwerten⁴⁷⁶. Solche Verpflichtungen fallen nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) TT-GVO nicht unter die Gruppenfreistellung⁴⁷⁷.

Den Vorgaben der Kommission zufolge können Lizenznehmer und Patentpool die Pflicht zur Rücklizenzierung grundsätzlich vereinbaren, dabei soll aber nicht auf die ausschließliche Rücklizenz zurückgegriffen werden, durch die die eigene Nutzung und die Nutzung Dritter beschränkt wird. Es sollten nur Patente umfasst werden, die für die Pooltechnologie wesentlich oder wichtig sind⁴⁷⁸. Die Leitlinien zur TT-GVO lassen die Spezifizierung des Begriffs der Wichtigkeit aus. Im Gegensatz zur objektiv und durch Betrachtung des Patentportfolios (zumindest theoretisch) eindeutig feststellbaren Wesentlichkeit, erscheint die Wichtigkeit als vornehmlich subjektiv bestimmt, da es im Auge des Betrachters liegt und entscheidend von dessen konkreten Interessen abhängt⁴⁷⁹, welches Patent nun wichtig für die Pooltechnologie ist. Die Bereitschaft des Lizenznehmers zur Entwicklung von Verbesserungserfindungen und anderen Innovationen im Bereich der Pooltechnologie wird sinken, wenn er nicht absehen kann, wie weit die Rücklizenzierungsklausel reicht, da der Begriff der Wichtigkeit nicht eindeutig bestimmbar ist und von ihm die uneingeschränkte Weitergabepflicht seiner ganzen Innovation befürchtet wird⁴⁸⁰. Anstelle der Wichtigkeit könnten vielmehr nicht wesentliche Patente, für die es poolintern keine

⁴⁷⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 131.

⁴⁷⁶ Eine ausschließliche Rücklizenz hindert nämlich den Lizenznehmer (der die Innovation hervorgebracht hat und in diesem Fall der Lizenzgeber der Verbesserung ist) daran, die Verbesserung (entweder in seiner eigenen Produktion oder durch Lizenzvergabe an Dritte) zu verwerten. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 129.

⁴⁷⁷ Was die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Übertragung der Rechte an seinen Verbesserungen der lizenzierten Technologie betrifft, so verhindert eine solche Klausel nicht die Anwendung der TT-GVO auf den übrigen Teil der Vereinbarung, sondern ist nach dem Prinzip der Trennbarkeit von der Gruppenfreistellung ausgeschlossen und muss einzeln geprüft werden. TT-GVO, Art. 5 Abs. 1 lit. a); Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 128.

⁴⁷⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 271.

⁴⁷⁹ Im Unterschied zur Wesentlichkeit lässt sich die Wichtigkeit eines Patents nicht eindeutig klären. Königs, 452.

⁴⁸⁰ Königs, 453.

Substitute gibt, in die Regelung zur Rücklizenz einbezogen werden⁴⁸¹, terminologisch wäre insoweit die Komplementarität als Maßgabe zu statuieren.

Eine Rücklizenzierungsklausel ist im konkreten Fall immer vor dem Hintergrund der Pooltechnologie und der rücklizenzierten Patente in Relation zu ebendieser zu evaluieren; dementsprechend ist stets eine Gesamtabwägung unter Einbeziehung aller Faktoren geboten⁴⁸².

e) Erkenntnisse zum Kartellverbot und zu den GVO

Art. 101 Abs. 1 AEUV richtet sich gegen alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder Verhaltensweisen von Unternehmen, horizontaler und vertikaler Natur. Ob ein Pool eine Vereinbarung darstellt, wie sie die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 AEUV beschreiben, lässt sich mit einem klaren „Ja“ beantworten. Die offene Formulierung des Art. 101 AEUV stellt sicher, dass prinzipiell alle Vertragsformen von der Norm betroffen sind. Für Patenpools gelten im Ausgangspunkt die gleichen kartellrechtlichen Anforderungen wie für Vereinbarungen, Lizenzierung und Verhalten von Unternehmen.

Ebenfalls zu bejahen gilt, dass Patentpools Normadressaten des Art. 101 AEUV sind. Die Poolmitglieder sind auf dem durch die Pooltechnologie betroffenen Technologiemarkt infolge der kooperativen Rechteverwertung als wirtschaftliche Einheit anzusehen, wodurch der Pool (egal ob mit externem Administrator oder ohne) unter den Begriff des Unternehmens fällt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Mitglieder Unternehmen oder wissenschaftliche Institutionen und Organisationen sind, da alle potenziellen Rechteinhaber, die bei einer Poolbildung in Frage kommen, von der Norm einbezogen werden.

Ob der Pool dabei absichtlich irgendwelche negativen Wettbewerbseffekte verursacht, ist durch die breite Formulierung des Tatbestandes von „bezuwecken“ oder „bewirken“ egal. Demnach muss keine tatsächliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung belegt werden, da die alleinige Intention der Maßnahme ausreicht. Im Vordergrund stehen hierbei Maßnahmen des Pools, die sich auf Dritte auswirken und die sowohl durch interne als auch externe Gestaltung des Pools verursacht werden können. Dies zeigt aber auch das Risiko von Pools. Durch ihre vorgezogene Position auf dem Technologiemarkt können sie direkte oder indirekte Auswirkungen auf den Wettbewerb auf verschiedenen Marktebenen haben. Ein wettbewerbswidriger Pool kann dabei sämtliche Fallbeispiele des Art. 101 Abs. 1 lit. a) bis e) erfüllen.

⁴⁸¹ Die Regelung sollte aber keine Pflicht zur Rücklizenzierung vorsehen, da auf diese Weise bei mehreren nicht wesentlichen Patenten, die untereinander substituierbar sind, entweder nur ein Patentinhaber verpflichtet wird und es dadurch zu einer Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Lizenznehmern kommt, oder bei Verpflichtung aller Patentinhaber, Substitute in den Pool integriert werden.

⁴⁸² Königs, 454; Armillotta, 122.

Auch wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt wären, könnte der Pool, falls die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind, durch Art. 101 Abs. 3 freigestellt werden. Die in Art. 101 Abs. 3 AEUV statuierten, kumulativ zu erfüllenden Anforderungen sind für die Einzelfreistellung des Patentpools zu prüfen. Die Schwierigkeit, dass Pools sowohl Strukturveränderungen des Marktes als auch Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Beteiligten beinhalten, macht eine Selbstbeurteilung gemäß Art. 101 AEUV für Unternehmen äußerst kompliziert.

Den Unternehmen sollten deswegen durch die GVO Orientierungshilfen geboten werden. Diese sind nach dem *more economic approach* konzipiert und übernehmen auch die Fallpraxis der Gerichte. Somit steht zwar den Unternehmen eine Orientierungshilfe zur Verfügung, jedoch ist sie schlussendlich vom Inhalt her nicht ausreichend, um den Unternehmen die notwendige Rechtssicherheit zu geben⁴⁸³. Wie dargestellt wurde, schließen nämlich sämtliche GVO die Anwendbarkeit auf Pools aus. Zwar beinhalten die Leitlinien zur TT-GVO Vorgaben hinsichtlich der internen Gestaltung des Patentpools, insbesondere bei der Auswahl und Bewertung von Patenten für das Portfolio, und beschreiben durch eine eigene *Safe Harbour* Regelung den angeblichen wettbewerbskompatiblen Aufbau, jedoch sind sie von ihrem Inhalt her zu vage und eröffnen einen Ermessensspielraum, der aus Unternehmensperspektive zu einem Verlust der Rechtssicherheit führt und somit in nicht genugtuender Weise die Materie behandelt.

4. Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV

Die in Art. 102 AEUV bestimmte Missbrauchsaufsicht stellt neben dem Kartellverbot die zweite Säule der unionsrechtlichen Kontrolle des wettbewerbsrelevanten Verhaltens von Unternehmen im Binnenmarkt dar, wobei der Schwerpunkt auf dem autonomen und unilateralen Verhalten eines einzelnen Unternehmens liegt⁴⁸⁴. Aus dem systematischen Zusammenhang folgt, dass Art. 102 kein Instrument zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist, da Letzterer durch die Anwesenheit von beherrschenden Unternehmen bereits geschwächt ist, sodass er seine marktregulierende Aufgabe nicht mehr in vollem Umfang erfüllen kann⁴⁸⁵.

Art. 102 Abs. 1 erklärt eindeutig, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung⁴⁸⁶ mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten

⁴⁸³ *Fine*, ELR 2004, 781.

⁴⁸⁴ *Huttenlauch/Libbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102, Rn. 1.

⁴⁸⁵ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 82, Rn. 21.

⁴⁸⁶ Der Gerichtshof versteht unter einer marktbeherrschenden Stellung die Inhaberschaft einer solchen wirtschaftlichen Machtstellung, die das Unternehmen in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem es über die Möglichkeit verfügt, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten; s. EuGH vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (*Hoffmann/La Roche*).

ist. Seit der Entscheidung *Continental Can*⁴⁸⁷ ist geklärt, dass ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht nur Verhaltensweisen betrifft⁴⁸⁸, durch die der Verbraucher einen unmittelbaren Schaden erwarten kann, sondern ferner schon dann vorhanden ist, wenn durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs die Verbraucher mittelbar beeinträchtigt werden⁴⁸⁹. Art. 102 gilt, genau wie Art. 101 AEUV⁴⁹⁰, für alle Unternehmen⁴⁹¹ und alle Formen unternehmerischen Handelns. Marktbeherrschend ist jenes Unternehmen, das sich trotz Bestehens eines gewissen Restwettbewerbs erlauben kann, in seinem Verhalten weitgehend keine Rücksicht auf das Wettbewerbspotenzial anderer nehmen zu müssen, ohne dass ihm dies schadet⁴⁹². Die mit dem Begriff „beherrschende Stellung“ beschriebene wirtschaftliche Machtposition eines Unternehmens besteht nicht etwa schlechthin, sondern kann sich immer nur auf genau abgegrenzten Märkten, dem sog. relevanten Markt, bilden⁴⁹³.

Für den Bereich von Art. 102 AEUV gibt es im Unionsrecht mit Bezug auf Immaterialgüterrechte keine formellen Besonderheiten⁴⁹⁴. Genauso wie ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgrund seiner Stellung eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb trägt, deren Reichweite im Einzelfall zu bestimmen ist, gilt dies auch für immaterialgüterrechtliche Konstellationen. Demnach müssen gerade Pools durch ihre Stellung Acht geben, dass ein Missbrauch dieser nicht durch die Vertragsnormen des Pools oder der Außenlizenz ausgeübt wird, oder durch die Bündelung der Rechte, in dem zusätzliche, nicht relevante Patente einbezogen werden⁴⁹⁵.

⁴⁸⁷ EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (*Europemballage und Continental Can/Kommission*).

⁴⁸⁸ Dabei lässt sich der Ausbeutungs-, Behinderungs- und Marktstrukturmissbrauch als Fallgruppe, die auch den Kern des Art. 102 bildet, identifizieren. *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 82, Rn. 163; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Art. 82, Rn. 137.

⁴⁸⁹ EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, 245 (*Europemballage und Continental Can/Kommission*).

⁴⁹⁰ *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 19.

⁴⁹¹ *Huttenlauch/Libbig*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht 2016, Art. 102, Rn. 17.

⁴⁹² *Eklund*, 87; EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 286 (*United Brands/Kommission*); EuGH vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, 520 (*Hoffmann/La Roche*); EuGH vom 11.12.1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 (*L'Oréal*); EuGH vom 9.11.1983, Rs. 31/80, Slg. 1983, 3461, 3503 (*NBI Michelin/Kommission*); EuGH vom 5.10.1988, Rs. 247/86, Slg. 1988, 5987, 6008 (*Alsatel/Novasam*); EuG vom 10.7.1991, Rs. T-70/89, Slg. 1991 II, 538, 561 (*BBC/Kommission*); EuG vom 6.10.1994, Rs. T-83/91, Slg. 1994 II, 755, 811 ff. (*Tetra Pack/Kommission*).

⁴⁹³ Dazu hinten C.III.1.

⁴⁹⁴ EuGH vom 9.11.1983, Rs. 31/80, Slg. 1983, 3461 (*NBI Michelin/Kommission*); EuG vom 17.6.1998, Rs. T.111/96, Slg. 1998, II-2937, Rn. 139 (*ITT Promedia/Kommission*); EuG vom 7.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Rn. 112 (*Irish Sugar/Kommission*); *Früh*, 409.

⁴⁹⁵ *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 542.

a) Abgrenzung zu anderen Normen

aa) Verhältnis zum Kartellverbot

Zu Art. 101 AEUV besteht aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen Idealkonkurrenz⁴⁹⁶. In einem marktbeherrschenden Kartell, das Preise bestimmt, kann nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nur die Kartellvereinbarung als solche untersagt werden, während durch Art. 102 Abs. 2 lit. a) das premissbräuchliche Verhalten abgestellt werden kann. Ähnlich ist es auch bei Kartellverstößen in einem kollektiv marktbeherrschenden Oligopol⁴⁹⁷. Dies bedeutet aber nicht, dass im Falle der Freistellung einer bestimmten Verhaltensweise durch Art. 101 Abs. 3 diese von Art. 102 nicht mehr gleichzeitig erfasst werden kann⁴⁹⁸.

bb) Verhältnis zur Fusionskontrollverordnung

Die Fusionskontrolle zielt als Strukturkontrolle auf die Verhinderung marktbeherrschender Stellungen oder, allgemeiner formuliert, auf Marktstrukturen, die nicht durch den Wettbewerb kontrolliertes Verhalten ermöglichen, ab. Sie ist damit auf die zukünftigen Entwicklungen der Wettbewerbsverhältnisse gerichtet und verlangt eine Prognoseentscheidung⁴⁹⁹. Gegenstand des Art. 102 AEUV ist die Verhaltenskontrolle gegenüber Unternehmen, die bereits eine marktbeherrschende Stellung erreicht haben, sodass die Verhaltenskontrolle bei einem konkreten wettbewerblich relevanten Verhalten ansetzen kann⁵⁰⁰.

b) Marktbeherrschende Stellung

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich aus dem Zusammentreffen verschiedener Faktoren⁵⁰¹. Dabei ist das Verbot des Missbrauchs einer

⁴⁹⁶ *Huttenlauch/Libbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102, Rn. 12; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 26.

⁴⁹⁷ *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102, Rn. 12.

⁴⁹⁸ In der Entscheidung EuG vom 10.7.1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 (*Tetra Pak/Kommission*) wurde bestätigt, dass: „Sowohl aus dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag als auch aus der Systematik der Art. 85 und 86 folgt, dass die Gewährung einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 – gleichgültig, ob es sich um eine Einzel- oder um eine Gruppenfreistellung handelt, keinesfalls zugleich eine Befreiung von dem Verbot des Art. 86 bedeuten kann. Die Anwendung von Art. 85 vollzieht sich in zwei Stufen, nämlich in der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 85 Abs. 1 und sodann ggf. der Befreiung von diesem Verbot, wenn das Kartell die Voraussetzung des Art. 85 Abs. 3 erfüllt. Art. 86 schließt dagegen, bereits aufgrund seines Gegenstands (Missbrauch), jede Möglichkeit einer Ausnahme von dem in ihm angeordneten Verbot aus.“

⁴⁹⁹ *Hahn*, 111.

⁵⁰⁰ *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 20.

⁵⁰¹ *Hoerner*, ALJ 1992, 871.

marktbeherrschenden Stellung ein eigenständiges kartellrechtliches Instrument und hat keinen direkten Bezug zum Immaterialgüterrecht⁵⁰². Deshalb begründet die bloße Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts und das damit verbundene Ausschließlichkeitsrecht für die Herstellung und den Verkauf der geschützten Erzeugnisse noch kein Monopolrecht⁵⁰³, durch welches der Anwendungsbereich des Art. 102 AEUV eröffnet wäre, sondern verweist die Wettbewerber statt auf imitierenden auf substitutiven Wettbewerb. Es gibt eine Vielzahl von Faktoren, die diesbezüglich berücksichtigt werden müssen⁵⁰⁴. So ergibt sich für das Kartellrecht, dass die Erzeugnisse oder Leistungen, die den Schutz eines Ausschließlichkeitsrechts genießen, nicht deshalb einen eigenen Markt bilden, sondern dem, für sie sachlich allgemein relevanten Markt, zuzuordnen sind. Erst die Ermittlung ihrer Stellung auf diesem Markt kann zu der Feststellung führen, die schutzgegenständlichen Erzeugnisse und somit der Inhaber des Schutzrechts seien marktbeherrschend⁵⁰⁵.

Für den Nachweis der Marktbeherrschung kommen verschiedene Kriterien in Betracht, die sich unter den Gesichtspunkten der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur, des Marktverhaltens sowie des Marktergebnisses zusammenfassen lassen⁵⁰⁶. Dabei sind aber die Bedeutung und das Verhältnis dieser Kriterien zueinander nicht abschließend geklärt, wodurch sich die Feststellung der Marktbeherrschung aus einer wertenden Gesamtschau der Einzelaspekte, die je für sich nicht ausschlaggebend sein müssen, ergibt. Der Analyse der Marktstruktur kommt diesbezüglich das größte Gewicht zu, wobei der Marktanteil das zentrale Kriterium ist. Ein genereller Zusammenhang zwischen einem hohen Marktanteil und der Beweglichkeit der Nachfrage wird verneint, da das Verhalten der Nachfrage von zahlreichen Faktoren, wie dem Preisniveau der Wettbewerber, der Existenz und Zugangsmöglichkeit zu Substitutionsprodukten sowie der Markttransparenz, abhängig sei, wodurch stets auch eine Untersuchung der Nachfrageelastizität erforderlich wäre⁵⁰⁷. Doch diesbezüglich erscheint der Pool als Ausnahme zu dienen. Durch den Pool wird nämlich sehr wohl die Beweglichkeit der Nachfrage geändert. Einerseits dient der Pool durch die *one-stop-shop* Funktion dem erleichternden Zugang durch die Lizenznehmer. Obwohl die Unternehmen, die den Pool gründen, auch selbstständig die Technologien anbieten, ist es unwahrscheinlich, dass interessierte Dritte direkt die Lizenzen von ihnen beziehen, sondern immer über den Pool. Andererseits ist der Technologiemarkt mit seiner Komplexität nicht transparent genug, um die Technologie-Wettbewerber, also die Inhaber der gepoolten Patente

⁵⁰² *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, Art. 102, Rn. 365.

⁵⁰³ *Eklund*, 90; *Wörz*, 149.

⁵⁰⁴ So z.B. ob der Patentinhaber überhaupt sein Patent ausübt, oder ob es eine nicht-verletzende neue patentierte Technologie gibt, die die Technologie des Patentinhabers überflüssig macht etc.

⁵⁰⁵ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 81.

⁵⁰⁶ *Kantzenbach/Kruse*, 129.

⁵⁰⁷ *Eklund*, 95; *Fuch*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 96.

und deren Substitute, genau zu identifizieren. Außerdem darf nicht übersehen werden, dass es für einen Pool selbst keine Wettbewerber, also andere Pools gibt.

Gerade Ausschließlichkeitsrechte können in verschiedener Weise zur Wahrung einer marktbeherrschenden Stellung beitragen. So können sie einerseits auch zum Ausschluss von Substitutionskonkurrenz eingesetzt werden, sei es, dass sie weitere Produkt- oder Leistungsvarianten desselben Schutzgegenstands⁵⁰⁸ oder überhaupt alternative technische Lösungen des Rechtsinhabers selbst⁵⁰⁹ unterdrücken, sei es, dass sie der Unterbindung von Weiterentwicklungen des Schutzgegenstands und/oder dessen Herstellung und Vermarktung durch Dritte dienen. Im Unterschied dazu sind Fälle, in denen die Marktbeherrschung nicht durch das bloße Schutzrecht, sondern durch die Art der Verwertung des Schutzgegenstandes erhalten oder verstärkt wird, wettbewerblich gleichermaßen bedenklich⁵¹⁰. Dies ist bei einem Pool sehr schnell möglich, da er ja die Technologien, die einen bestimmten Markt abgrenzen, zusammenfasst. Da ein Pool durch die Bündelung bestimmter Technologien zumal auch den wesentlichen Teil eines bestimmten Technologiemarktes abdecken kann (der Marktanteil⁵¹¹ eines Pools kann dabei bis zu 95 % betragen⁵¹²), ist es zweifelsfrei, dass Art. 102 AEUV dadurch bei Voraussetzung der anderen Tatbestandsmerkmale Anwendung finden wird, jedoch ist fraglich, inwieweit er bereits als Strukturkontrolle dienen kann.

c) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wird im AEUV nicht definiert, er stellt vielmehr einen objektiven Begriff dar⁵¹³, der im Hinblick auf die Zielsetzung der Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs dient. Dabei gilt es ihn so auszulegen, dass die Innehabung einer marktbeherrschenden Stellung dem Unternehmen, unabhängig von den Ursachen dieser Stellung, eine besondere Verantwortung dafür auferlegt, dass es durch sein Verhalten den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigt. Es sind ihm deswegen Verhaltensweisen verwehrt, welche die Struktur eines Marktes beein-

⁵⁰⁸ Dolmans, Fordham Int'l L.J. 2002, 174.

⁵⁰⁹ Eine bedeutende Rolle spielt dabei der Umgang der Unternehmen mit den Patenten selbst, die zum Teil auf Strategien basieren, die sich prinzipiell in offensiv und defensiv teilen lassen. So wird mit den offensiven Strategien eine aktive Planung an den Rechten vollbracht, gefolgt von einer aggressiven Durchsetzung sowie aktiver Mitwirkung verschiedener Interessengruppen. Bei den defensiven Strategien werden die Effekte anderer Unternehmen auf das eigene Unternehmen minimiert. So Gassmann/Bader, 34 ff.; Tiefel/Dirschka, in: Tiefel, 10 ff.

⁵¹⁰ Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, IV. GRUR, Rn. 49.

⁵¹¹ Zur beispielhaften Auflistung der einzelnen Marktanteile und Beurteilung, ob Marktmacht vorliegt C. Fn. 1088.

⁵¹² U.S. vs. Vehicular Parking Ltd., DC Del 1933, Commerce Clearing House, Trade Regulation Reporter (CCH), 1270, 240.

⁵¹³ EuGH vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (Hoffmann/La Roche).

flussen können⁵¹⁴, auf dem der Wettbewerber gerade wegen seiner Stellung bereits geschwächt ist, oder die die Aufrechterhaltung des noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von jenen eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der eigenen Leistungen des Unternehmers abweichen⁵¹⁵. Die Beurteilung durch Art. 102 AEUV ermöglicht zwar, das Ausüben einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, doch erfolgt dies erst, nachdem der Missbrauch bereits vorlag. Eine Strukturkontrolle bzw. eine Untersuchung der Veränderung in den Marktstellungen ist allerdings nicht möglich. Sollte aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position ein Eingriff notwendig werden, bedeutet dies eine Überprüfung der Lizenzbedingungen bzw. sogar eine neue Evaluierung der relevanten Patente, und kann als Folge eine Korrektur dieser mit sich bringen bzw. im äußersten Fall sogar die Auflösung des Pools bedeuten⁵¹⁶. Zu den drei wichtigsten Verstößen gegen Art. 102 AEUV zählen Ausbeutungsmissbrauch, Marktstrukturmissbrauch sowie Fälle des Behinderungsmissbrauchs.

aa) Ausbeutungsmissbrauch

Ausbeutungsmissbrauch kann bei Immaterialgüterrechten auf zwei verschiedenen Ebenen stattfinden, nämlich auf dem Markt der Verwertung von Schutzrechten und auf dem Produktmarkt⁵¹⁷. Bei der Lizenzierung der Patente eines Pools wird man vom ersten Fall ausgehen müssen. Der dabei entstehende Tatbestand der unangemessenen Lizenzgebühren stellt das Hauptproblem dar⁵¹⁸. Besonders die unter-

⁵¹⁴ Bei der Missbrauchsqualifikation ist zu beachten, dass der Inhaber von Immaterialgüterrechten auf zwei unterschiedlichen Märkten tätig werden kann: zum einen auf dem Markt der Verwertung von Schutzrechten; zum anderen auf dem Markt für diejenigen Produkte, die unter Ausnutzung der jeweiligen Schutzrechte hergestellt wurden.

⁵¹⁵ *Huttenlauch/Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, Art. 102, Rn. 4 *Ullrich/Heinemann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, IV. GRUR, Rn. 50.

⁵¹⁶ S. Komm., Kommission stellt Verfahren nach Änderung der CD-R-Patentlizenzverträge von *Philips* ein. Seit 1996 bot *Philips Electronics* europäischen Herstellern eine sog. *joint portfolio license* an, die sowohl CD-R-Patente von *Philips* als auch Patente von *Sony* und *Taiyo Yuden*, einem japanischen Technologie-Unternehmen, enthielt. Das Untersuchungsverfahren wurde gegen *Philips* betreffend der von *Philips* in Europa verwalteten CD-R-Lizenzprogramme nach Änderung dieser Programme eingestellt. Dies war ein Hinweis, dass die im Pool vereinten Technologien als substituierbar zu betrachten bzw. für den Pool nicht essenziell waren (*U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179). Die Entscheidung bezieht sich nur auf CD-R Technologien. In Bezug auf die Lizenzvereinbarungen betreffend der Standard-CD-Typen (Audio-CD, CD-ROM, TEXT-CD und CD Extra) hat die Kommission im Jahre 2003 festgestellt, dass, nach erfolgten Änderungen, sowohl die einem Pool zwischen *Sony* und *Philips* zugrundeliegende Vereinbarung, wie auch der Lizenzvertrag mit Dritten den Wettbewerbsregeln entsprechen; s. Komm., EU-Kommission genehmigt CD-Lizenzprogramm von *Philips* und *Sony*.

⁵¹⁷ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 195.

⁵¹⁸ EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (*United Brands/Kommission*).

schiedlichen Bereiche, in denen Pools existieren und in denen sie Lizenzen vergeben sowie die unterschiedliche Anwendung und Umsetzung der Technologie, sind bzgl. dessen zu beurteilen, ob Lizenzgebühren überhöht sind⁵¹⁹.

bb) Marktstrukturmissbrauch

Art. 102 AEUV erfasst auch direkte Veränderungen der Marktstruktur, d. h. den Strukturmissbrauch. Dies ist ein missbräuchlicher Einsatz einer beherrschenden Stellung, welcher zu einer weiteren Verschlechterung der Marktverhältnisse führt⁵²⁰. Ein Strukturmissbrauch kann in der Verstärkung bestehender Marktmacht bzw. in der Ausschaltung technologischen Restwettbewerbs durch Aufkauf konkurrierender Technologien bzw. dem Erwerb ausschließlicher Lizenzen liegen⁵²¹. In Frage gestellt wird dies aber im Fall potenzieller oder nur möglicherweise konkurrierender (Zukunfts-)Technologien⁵²².

cc) Behinderungsmissbrauch

Am bedeutsamsten sind die Fälle des Behinderungsmissbrauchs. Hierzu gehören die Verhaltensweisen, die auf der Marktmacht des Unternehmens (also nicht auf dem Schutzrecht) basieren und sich gegen Wettbewerber auf demselben bzw. benachbarten Märkten richten⁵²³. Ein Missbrauch wird dann anzunehmen sein, wenn der Außenseiter ohne Zugang zu den ausgetauschten bzw. zusammengefassten Rechten in Gefahr gerät, aus dem Markt ausscheiden zu müssen. Je mehr der sachlich relevante Markt oligopolistisch strukturiert, d. h. bereits vermachtet ist, desto schwerer wiegt dann das Interesse, durch eine Beteiligung an der Technologie auch eine Chance zur Teilnahme am Wettbewerb behalten zu können⁵²⁴. So wird bei der Lizenzvergabe unter Auferlegung von unangemessenen Ausführungs- und Rücklizenzz-Verpflichtungen, Mengen und Kundenbeschränkungen, gezielten Gebiets- und Verwendungsbeschränkungen, nicht das Innovationsrisiko des Lizenznehmers, sondern das Marktsicherungsinteresse des marktbeherrschenden Lizenzgebers geschützt⁵²⁵. Jedoch werden nicht nur derartige Restriktionen verboten; ein besonderes Beispiel, das dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung diente, war der

⁵¹⁹ Bsp. bzgl. der Lizenzgebührhöhen *Royalty Rates under DVD6C Licensing Program*, <http://www.dvd6cla.com/royaltyrate.html> sowie *Royalty Rates under MP3 Technology*, <http://mp3licensing.com/royalty/>. Für die Schwierigkeit der Lizenzgebührbestimmung *U.S. vs. Broadcast Music Inc.*, 316 F.3d 189 (2003).

⁵²⁰ Heinemann, 447.

⁵²¹ Komm., 26. 7. 1988, AbI. L 272/27 vom 4. 10. 1988 (*Tetra Pak I*); EuG vom 10. 7. 1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 (*Tetra Pak/Kommission*).

⁵²² Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, IV. GRUR, Rn. 52.

⁵²³ Ondrejka, 52.

⁵²⁴ Wörz, 249.

⁵²⁵ Dazu bereits vorne C.I.3.d)(ee)(3).

zeitliche Ausschluss durch einen Pool. Im Fall der *IGR/Stereofernsehen*⁵²⁶ intervenierte die Kommission, als sämtliche deutsche Farbfernsehhersteller ihre Patente für Stereotonempfang in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenfassten und, jedenfalls für den Zeitraum der Einführungsphase der neuen Geräte, keine Lizenzen an Außenstehende erteilen wollten⁵²⁷. Nach einer Prüfung durch die Kommission erklärte sich *IGR* bereit, die Lizenzen ohne zeitliche Verschleppung zu erteilen⁵²⁸. Wichtig ist, dass gerade wegen der Besonderheiten im Zusammenhang mit der Gewährleistung eines technologischen Fortschritts in technologieintensiven Branchen strenge Anforderungen sowohl an die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung als auch an die Gefahr der Ausschaltung des Wettbewerbs wegen mangelnder Ausweichmöglichkeiten der Außenstehenden zu stellen sind.

Schutzrechtsinhaber können ihre Marktposition gerade in Kombination mit Lizenzverträgen missbrauchen. Allgemein sind die Verhinderung der Ausübung oder Entwicklung von Immaterialgüterrechten und die Lizenzverweigerung als Tatbestände denkbar.

(1) Preis- oder Konditionenmissbrauch

Während aufgrund standardisierter Außenlizenzen der Konditionenmissbrauch bei einem Pool eher unwahrscheinlich ist, können übertrieben hohe Gebühren für das Lizenzpaket des Pools, dem Art. 102 lit. a) unterfallen. Zur Ermittlung der unangemessenen Preishöhe hat der EuGH eine Bestimmungsmethode vorgegeben und den Anwendungsbereich für eine weitere eröffnet: Die erste Methode nimmt einen Vergleich zwischen dem Verkaufspreis und den Produktionskosten vor, um über die Gewinnspanne das Bestehen eines übertriebenen Missverhältnisses zwischen verlangtem Preis und wirtschaftlichem Wert der Leistung zu prüfen⁵²⁹. Bei der zweiten Methode wird der Preis für das Produkt mit den von Wettbewerbern verlangten Preisen verglichen⁵³⁰. Die Lizenzgebühr für das Lizenzpaket des Patentpools wäre den Lizenzgebühren für die von Konkurrenten auf dem Technologiemarkt angebotenen Alternativtechnologien gegenüberzustellen. Für die rechtliche Beurteilung der Angemessenheit der durch den Patentpool verlangten Lizenzgebühr ist der Maßstab bei beiden Methoden wenig greifbar. Der Preis für das Lizenzpaket wird durch die Gebührenvorstellung der Poolmitglieder als Gegenleistung für ihre eingebrachten Patente bestimmt. Die Tatsache, Mitglied eines Pools zu sein, vor allem wenn dieser

⁵²⁶ *Eklund*, 103 f.; *Franziger*, Cal. Law Rev. 2003, 1713; Komm., Elfter Bericht über die Wettbewerbspolitik (1981), Rn. 94.

⁵²⁷ Dies geschah gemäß dem Gesellschafterbeschluss vom Frühjahr 1981, nach dem erst ab 1. 1. 1983 außenstehende Lizenzen und auch nur in Verbindung mit Stückzahlbeschränkungen erhalten sollten.

⁵²⁸ Anwendung von Art. 85 und 86 EWG-Vertrag auf Vereinbarungen über den Warenvertrieb und auf gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte; Komm., Elfter Bericht der EG-Kommission über die Wettbewerbspolitik, Rn. 94.

⁵²⁹ EuGH vom 14. 2. 1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 251 f. (*United Brands/Kommission*).

⁵³⁰ EuGH vom 14. 2. 1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, 258 (*United Brands/Kommission*).

standardbezogen ist, ist ein Faktor, der den Begriff „Produktionskosten“ als Determinante der Angemessenheit der ersten Methode nicht richtig erfassen kann. Die Durchführung der zweiten Methode ist schwierig, wenn die durch den Patentpool als Produkt bereitgestellte Technologie innovativ ist und erstmals angeboten wird, da dann gar kein Vergleichswert in Form der Lizenzgebühr für eine Alternativtechnologie existiert. Für die rechtliche Bewertung der Angemessenheit einer Lizenzgebührenhöhe im konkreten Fall bleibt daher die Einbeziehung und Kombination aller tauglichen Kriterien der dargelegten Methoden zur Schaffung eines Gesamtbildes⁵³¹.

(2) Verhinderung der Ausübung oder Entwicklung von Schutzrechten

In den Bereich der Behinderung i.S.d. Art. 102 AEUV fallen Vereinbarungen in Lizenzverträgen, die es den Abnehmern untersagen, eigene Anstrengungen in F&E zu unternehmen, um mit dem Lizenzgeber im lizenzenfreien Bereich in Wettbewerb treten zu können⁵³². Bei der Frage, ob ein bloßer Erwerb eines Schutzrechts unter Art. 102 Abs. 2 lit. b) fällt, ist zu differenzieren: Ein originärer Erwerb, dessen Substanz in der Befugnis besteht, die Herstellung und den Verkauf der geschützten Erzeugnisse durch unbefugte Dritte zu untersagen, wird nicht als ein missbräuchliches Mittel zur Ausschaltung des Wettbewerbs angesehen⁵³³. Auch ein derivativer Erwerb stellt für sich allein keinen Missbrauch dar, kann sich aber ergeben, wenn der Erwerb negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur des relevanten Marktes zeigt. Hierzu zählt die Stärkung eines Unternehmens, das bereits eine beträchtliche Vormachtstellung besitzt, sodass der Marktzutritt neuer Wettbewerber erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Letzteres ist der Fall, wenn das erworbene Ausschließlichkeitsrecht praktisch die einzige Möglichkeit eröffnet (hätte), zum Erwerber in Wettbewerb zu treten⁵³⁴.

(3) Diskriminierungsverbot

Wettbewerblich ambivalent sind die Fälle der Geschäftsverweigerung durch Inhaber eines Schutzrechtes⁵³⁵. Unternehmen sind grundsätzlich berechtigt, ihre geschäftlichen Interessen zu wahren und die zu deren Wahrung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dazu gehört auch die selbstständige Wahl ihrer Handelspartner und ihrer Absatzpolitik (negatives Vertragsinteresse). Marktmächtige Unternehmen trifft aber die besondere Verantwortung, Restwettbewerb zuzulassen⁵³⁶. Unter bestimmten Voraussetzungen ergibt sich aus Art. 102 AEUV für den Marktbeherrschende

⁵³¹ Königs, 484.

⁵³² Solche Klauseln sind gemäß TT-GVO, Art. 4 Abs. 1 lit. d) untersagt.

⁵³³ Heinemann, 453; Bellamy/Child, Rn. 2–023.

⁵³⁴ Eklund, 104 ff.; Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 356.

⁵³⁵ Eklund, 99 ff.; Korah 2006, 33 ff.

⁵³⁶ Friih, 171 f.

deswegen ein Kontrahierungszwang⁵³⁷. Hierbei entsteht ein Spannungsverhältnis zu dem Protokoll Nr. 27⁵³⁸, denn die aus dieser Vorschrift abgeleiteten Grundsätze gelten auch im Zusammenhang mit den Wettbewerbsregeln. Demgemäß verstößt die bloße Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts, auch wenn sie durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erfolgt, nicht gegen Art. 102 AEUV, solange sie rechtmäßig i. S. d. Protokolls ist. Anders wird dies, wenn die Ausübung eines Schutzrechts „als Mittel zur missbräuchlichen Ausnutzung“ einer marktbeherrschenden Stellung eingesetzt wurde. Der EuGH hat zwar die Grenze des wettbewerbsrechtlich Zulässigen weit gezogen, jedoch wird sie aber, wie in den Entscheidungen *Magil*⁵³⁹ und *IMS Health*⁵⁴⁰, überschritten, wenn der Schutzrechtsinhaber die Weitergabe seines Rechtes verweigert, um zu verhindern, dass ein neues Produkt bzw. ein neuer nachgelagerter Markt entstehen kann⁵⁴¹. Dementsprechend greifen Zwangslizenzen als Korrekturinstrument ein, welche nur dann gewährt werden können, wenn dies nicht nur für einen bestimmten Wettbewerber, sondern gleichzeitig zum Schutze des Wettbewerbs als solchen notwendig ist.

Bei Pools gilt es diesbezüglich zwei Fallkonstellationen zu erwähnen; zum einen, wenn der Pool sich weigert, eine Lizenz zu erteilen und zum anderen, wenn ein essenzielles Patent nicht an den Pool lizenziert wird.

(a) Lizenzverweigerung bei Pools

Zwar gilt auch hier ersteinmal der Grundsatz der negativen Vertragsfreiheit⁵⁴², doch entfällt dieser bei Pools, die auf Standards basieren, schnell, da sie eine marktbeherrschende Stellung haben. Solche Pools sind *de jure* wie ein Monopolist zu behandeln. Eine derartige Monopolstellung darf deswegen nicht mit Mitteln des Verdrängungswettbewerbs und unter Einsatz ihrer Marktmacht aufrechterhalten

⁵³⁷ Wird die Rechtsfolge auf den Produktmarkt appliziert, wird folglich die Lieferung von Waren oder die Bereitstellung von Dienstleistungen gerichtlich angeordnet. Im immaterialgüterrechtlichen Kontext muss dafür notwendigerweise mindestens eine Vertriebslizenz eingeräumt werden. Setzt die Rechtsfolge direkt auf dem Technologiemarkt an, muss sich die Zwangslizenz auch auf die Herstellung beziehen; s. *Heinemann*, 171 f.; *Früh*, 430.

⁵³⁸ Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABI. 2008 C 115/309, vom 9.5.2008.

⁵³⁹ EuGH vom 6.4.1995, Slg. 1995 I 743 (*Magill*).

⁵⁴⁰ EuGH vom 29.4.2004, C-418/01 (*IMS Health*); *Drexel*, IIC 2004, 788 ff.; *Geradin*, ALJ 2009, 329 ff.

⁵⁴¹ *Eklund*, 104 ff.; *Fuchs*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2019, Art. 102, Rn. 359.

⁵⁴² Nur bei Hinzutreten weiterer Umstände könne eine Lizenzvergabepflicht entstehen, wenn der Schutzrechtsinhaber keine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung bieten könne. Die Anforderungen an die Rechtfertigung lägen dabei höher, wenn sich die marktbeherrschende Stellung eines Patentinhabers nicht (allein) aus der Erfindung zugrundeliegenden Leistung ergäbe, sondern zumindest auch darauf beruhe, dass der Zugang zu einem nachgelagerten Produktmarkt aufgrund einer Norm oder normähnlicher einheitlicher Vorgaben der Produktnachfrager von der Befolgung der patentgemäßen Lehre abhängig sei; s. *Fräßdorf*, 154.

werden⁵⁴³. Die Gerichte erkannten dies und erleichterten den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung im *Standard Spundfass*⁵⁴⁴ und *Orange Book Standard*⁵⁴⁵ Fall. Verweigert demnach ein Patentpool mit marktbeherrschender Stellung auf dem Technologiemarkt die Lizenzierung des Lizenzpakets gegenüber einem Lizenzinteressenten zu Bedingungen, die er gegenüber anderen Lizenznehmern verwendet hat, und verhindert er so den Zugang des Lizenzinteressenten zum Technologiemarkt, ist diese Ungleichbehandlung eine Diskriminierung nach Art. 102 AEUV⁵⁴⁶.

(b) Lizenzverweigerung bei essenziellen Patenten

Eine Lizenzverweigerung eines Schutzrechtsinhabers bei der Schaffung eines Standards stellt ein besonderes Problem dar. Die Lizenzverweigerung eines Rechtsinhabers sei zwar im Grunde erlaubt⁵⁴⁷ und mit den Prinzipien des *more economic approach* im Einklang,⁵⁴⁸ es sei denn, es liegen „außergewöhnliche Umstände“ (*exceptional circumstances*) vor. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte hat diesbezüglich vier Voraussetzungen erarbeitet, die kommulative erfüllt sein müssen⁵⁴⁹, um eine Lizenzverweigerung als Verletzung des Art. 102 AEUV anzusehen.

Erste Voraussetzung ist, dass es durch die Lizenzverweigerung zu einer Abschottung eines nachgelagerten Marktes kommt⁵⁵⁰, d.h. der potenzielle Lizenznehmer kann deshalb nicht auf dem nachgelagerten Markt⁵⁵¹ tätig werden⁵⁵². Um dem Missbrauch der Zwangslizenzierung von Rechten der Wettbewerber vorzubeugen, sollte deshalb bei der Beurteilung, ob ein Patent für einen Standard zwangslizenziert werden soll, bestimmt werden, dass eine alternative Spezifikation, die ohne Verletzung des Schutzrechts auskommt, entweder unmöglich oder aber wirtschaftlich unvertretbar ist⁵⁵³. Somit wird ermittelt, dass es bei der Schaffung des Standards zu einer tatsächlichen Abschottung des nachgelagerten Marktes kommt.

⁵⁴³ Wörz, 118.

⁵⁴⁴ BGH vom 13.7.2004, KZR 40/02 (*Standard-Spundfass*).

⁵⁴⁵ BGH, GRUR 2009, 694 (*Orange-Book-Standard*).

⁵⁴⁶ BGH, GRUR 2009, 694, Rn. 31 (*Orange-Book-Standard*).

⁵⁴⁷ EuGH vom 5.10.1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 8 (*Volvo/Veng*).

⁵⁴⁸ Friih, 413.

⁵⁴⁹ EuGH vom 29.4.2004, C-418/01, Rn. 32 (*IMS Health*).

⁵⁵⁰ EuGH vom 5.10.1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 8 (*Volvo/Veng*); EuGH vom 6.4.1995, Slg. 1995 I 743, Rn. 56 (*Magill*).

⁵⁵¹ Dabei wird in der Literatur klar aufgezeigt, dass die reine Abgrenzung der Unionsgerichte auf den Produktmarkt ungenügend war. Bei der Bestimmung des relevanten Marktes und der darauffolgenden Bestimmung des nachgelagerten Marktes wurden immer nur die Produktmärkte analysiert. Man hätte aufgrund der Verbindung mit den jeweiligen Immaterialgüterrechten den Technologiemarkt mit in die Analyse einbeziehen müssen. Zur Kritik der Formulierung und Anwendung der Voraussetzungen auf dem Technologiemarkt s. Friih, 415 ff.

⁵⁵² EuG vom 12.6.1997, Rs. T-504/93, Slg. 1997, II-923 (*Tierce Ladbrokel/Komm*).

⁵⁵³ Fräjdorf, 282.

Die zweite Voraussetzung verlangt, dass durch die Lizenzverweigerung die Einführung oder Entwicklung eines neuen Produkts⁵⁵⁴ verhindert wird, für welches eine potenzielle Nachfrage besteht⁵⁵⁵. Das Kriterium der Neuheit bei technischen Standards ist zu prüfen, wobei der Gegenstand der Standardisierung genau zu untersuchen ist. Sofern es sich beim Standardisierungsvorschlag allein um eine Standardisierung des Immaterialgutes handelt, das in der patentierten technischen Lösung beschrieben wird, oder es sich im Wesentlichen um ein bereits mithilfe des Patents hergestelltes Gut handelt, dürfte es an der Neuheit fehlen, da in einem solchen Fall die Herstellung von Imitationen erreicht würde. Vielmehr ist zu verlangen, dass der Standard ein Produkt oder Verfahren definiert, bei dem das geschützte Recht als Information verstanden wird, welches als Komplementärprodukt zu anderen Informationen dient und die Summe der miteinander verbundenen Komplementärgüter einen eigenständigen Wert bzw. Nutzen erzeugt, der bisher mit anderen auf dem Markt befindlichen Gütern nicht ermöglicht wird⁵⁵⁶.

Nach der dritten Voraussetzung darf keine Rechtfertigung greifen⁵⁵⁷, wobei der reine Verweis auf das Vorliegen eines Immaterialgüterrechts nicht als Rechtfertigungsgrund verstanden werden kann⁵⁵⁸.

Im Sinne der vierten Voraussetzung hat das EuG in seiner *Microsoft*-Entscheidung⁵⁵⁹ darauf hingewiesen, die Weigerung müsse sich auf Erzeugnisse und Dienstleistungen, die für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit auf einem benachbarten Markt unerlässlich sind, beziehen⁵⁶⁰. Die verlangte Unerlässlichkeit, welche stark an die *essential facilities*-Doktrin erinnert⁵⁶¹, wird damit zum ersten Mal ausdrücklich genannt, war aber bereits in den vorangegangenen Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* impliziert⁵⁶². Streng genommen würde bei Immaterialgüterrechten der Begriff der Unerlässlichkeit immer greifen⁵⁶³. Deswegen sollte hier das Prinzip gelten: Ist ein Immaterialgüterrecht breit gefasst und die F&E, welche für ein alternatives substituierbares Immaterialgut notwendig ist und die mit außeror-

⁵⁵⁴ Die Neuheit des Produkts ist nicht absolut zu verstehen, sondern es reicht schon eine Neuheit in Bezug auf einen Hersteller. EuG, 12. 6. 1997, Rs. T-504/93, Slg. 1997, II-923 (*Tierce Ladbrokel/Komm.*).

⁵⁵⁵ EuGH vom 6.4.1995, Slg. 1995 I 743, Rn. 54 (*Magill*).

⁵⁵⁶ *Fräjdorf*, 282.

⁵⁵⁷ EuGH vom 6.4.1995, Slg. 1995 I 743, Rn. 55 (*Magill*).

⁵⁵⁸ *Friih*, 415.

⁵⁵⁹ EuG vom 17.9.2007, Rs. T-201/04, Slg. 2007, II-3601 (*Microsoft Corp./Komm.*).

⁵⁶⁰ EuG vom 17.9.2007, Rs. T-201/04, Slg. 2007, II-3601, Rn. 319, 331–335 (*Microsoft Corp./Komm.*).

⁵⁶¹ In den *essential facilities*-Fällen wird ein Zugangsrecht zu solchen Einrichtungen bejaht, die für den Eintritt in einen nachgelagerten Markt unerlässlich sind und nicht dupliziert werden können; s. *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 102, Rn. 53.

⁵⁶² *Friih*, 415.

⁵⁶³ Das konkret geschützte Patent kann als solches nicht dupliziert werden. Denkbar wäre eine durch F&E erzielte Alternative.

dentlich hohem Risiko und erheblichen Kosten verbunden wäre, gilt es, die Unerlässlichkeit des konkreten Immaterialgüterrechts zu bejahen⁵⁶⁴.

Zwar besteht durch die Selbstverpflichtung der Mitglieder zu FRAND-Lizenzbestimmungen die Möglichkeit, eine Blockade seitens des Schutzrechtsinhabers zu verhindern, jedoch wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Schutzrechtsinhaber ein erhebliches Verzögerungspotenzial besitzt, wenn er es zu einem Rechtsstreit kommen lässt⁵⁶⁵. Sofern für erfolgreiche formelle Standardisierung nur ein geringes Zeitfenster zur Verfügung steht, mag dieses Verzögerungspotenzial ausreichen, um Standardisierung scheitern zu lassen⁵⁶⁶. Da auf Seiten der Teilnehmer an technischer Standardisierung erhebliche Investitionen bedroht sein können, wie beispielsweise jahrelange Arbeit, gilt es, stärkere rechtliche Mechanismen zur Zwangslizenzierung zur Verfügung zu stellen, welche auch effektiv umgesetzt werden können⁵⁶⁷.

d) Erkenntnisse zum Missbrauchsverbot

Durch Art. 102 AEUV wird das Kausalverhalten zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichem Verhalten geahndet. Gerade durch ausschließliche Schutzrechte besteht sehr schnell die Gefahr, dass Art. 102 AEUV zur Anwendung kommt, jedoch genügt das Bestehen immateriellrechtlicher Ausschlussrechte dem Tatbestand von Art. 102 AEUV alleine nicht.

Der objektive Missbrauchsbegehr des Art. 102 AEUV soll vor allem dem Zweck dienen, den Wettbewerb vor Verfälschungen und Beschränkungen zu schützen und den „normalen Wettbewerb“ zu gewährleisten. Der Missbrauchsbegehr unterscheidet dabei zwischen Ausbeutungs-, Behinderungs- und Marktstrukturmissbrauch. Der Ausbeutungsmissbrauch liegt in Situationen vor, wenn einem Marktteilnehmer außer einer Bezugsquelle keine Alternativen offenstehen, etwa wenn ein Pool einem Lizenznehmer unangemessene Bedingungen auferlegt. Wird die gegenwärtige Struktur des Marktes durch den Pool geändert und dadurch beschränkt, stellt dies einen Marktstrukturmissbrauch dar. Hindert der Pool den Marktteilnehmer an dessen Marktteilnahme oder am Wettbewerb, ist dies ein Fall von Behinderungsmissbrauch.

Der Begriff Marktbeherrschung setzt dahingegen Marktmacht voraus, also das Bestehen einer Unabhängigkeit von anderen Wettbewerbskräften. Dies ermöglicht einem Unternehmen, den Wettbewerb zu beherrschen anstatt ihm unterworfen zu sein und sich den Wettbewerbern anzupassen. Bei einem Pool kommen beide Aspekte, sowohl Marktbeherrschung (im Technologiemarkt) als auch Marktmacht (durch Schlüsselpatente) zusammen. Dementsprechend muss der Pool bzw. müssen die Poolmitglieder ihr Verhalten mit dem Wettbewerb in Einklang bringen, damit

⁵⁶⁴ Fräßdorf, 282.

⁵⁶⁵ Ullrich, GRUR 2007, 826.

⁵⁶⁶ FRAND-Bedingungen sind daher relativ unvollkommene Mechanismen zur Lösung eines potenziellen Konflikts; s. Fräßdorf, 280.

⁵⁶⁷ Fräßdorf, 282 f.

kein missbräuchliches Verhalten ausgeübt wird. Bei einem Pool zeigt sich die Ausübung der marktbeherrschenden Stellung durch die Außenlizenz, mit welcher die gepoolten Rechte an Dritte lizenziert werden.

Art. 102 AEUV beschreibt eine Reihe verschiedener Missbrauchsfälle. Nach Art. 102 lit. a) ist der Abschluss von Lizenzverträgen mit Wettbewerbern missbräuchlich, wenn es darum geht, den Markt aufzuteilen⁵⁶⁸, die Forderung unangemessen hoher Lizenzgebühren⁵⁶⁹ oder auch das bösgläubige Drohen mit einer Patentverletzungsklage, um Wettbewerber zum Abschluss einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu zwingen⁵⁷⁰. Die in Art. 102 lit. b) beschriebenen Einschränkungen zum Schaden der Verbraucher umfassen Beschränkungen der Poolmitglieder als auch Dritter bzgl. Aktivitäten in F&E. Das Diskriminierungsverbot des Art. 102 lit. c) greift dann, wenn Dritte gezielt vom Markt gedrängt werden und so der Wettbewerb ausgeschaltet wird⁵⁷¹. Dabei stellen Lizenzverweigerungen eine besonders prägnante Form des Diskriminierungsverbots dar, die sowohl poolextern als auch -intern entstehen können, da Schutzrechtsinhaber die Gestaltung eines Pools hindern können. Die Erteilung möglicher Zwangslizenzen ist in solchen Fällen die einzige Möglichkeit, um sowohl den Pool zu bilden als auch möglichen Wettbewerbern ihre Marktaktivität zu gewähren. Kopplungsgeschäfte werden unter Art. 102 lit. d) beschrieben und verlangen für eine Anwendung, dass der Pool den für das zu koppelnde Produkt relevanten Markt beherrscht. Weiter muss der Lizenznehmer eine zusätzliche Leistung annehmen und es darf keine sachliche Beziehung zwischen Haupt- und Zusatzleistung geben. Sämtliche Formen der Verletzung des Art. 102 AEUV würden bei einer Feststellung durch die Wettbewerbsbehörden zur Nichtigkeit der Vereinbarung oder sogar des Pools führen.

5. Fusionskontrollverordnung

Die Fusionskontrollverordnung (nachfolgend: FKVO)⁵⁷² stellt die dritte Säule im Wettbewerbssystem der EU dar. Im Unterschied zu anderen Instrumenten der Wettbewerbsbehörde ist sie⁵⁷³, vor allem im Vergleich mit den USA, wo es schon im 19. Jahrhundert das Bedürfnis nach einer staatlichen Kontrolle von Zusammenschlüssen gab, relativ jung⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Komm., 21.12.1988, ABI. L 43/27 (*Decca Navigator System*).

⁵⁶⁹ EuGH vom 5.10.1988, Rs. 53/87, Slg. 1988, 6039, 6073 (*CICRA u.a./Renault*).

⁵⁷⁰ Folz, 405.

⁵⁷¹ EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (*United Brands/Kommission*).

⁵⁷² Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. L 24/1.

⁵⁷³ Christiansen, WuW 2005, 32 ff.

⁵⁷⁴ Die Industrialisierung führte dazu, dass in bestimmten Bereichen ein Nachlassen des funktionierenden Wettbewerbs erkannt wurde. Obwohl der *Sherman Act*, der durch den Kongress 1890 angenommen wurde, keine Regeln für Zusammenschlüsse beinhaltete, wurde er als eine Art *ex-post* Kontrolle durch die Gerichte benutzt. Die erste richtige und heute noch geltende

a) Einleitung

In den letzten Jahrzehnten erlangten bestimmte Arten von Konzentrationen, in Form von Unternehmenszusammenschlüssen⁵⁷⁵, Relevanz in der internationalen Wirtschaftswelt⁵⁷⁶, durch die kein internes, sondern externes „Wachstum“ geschaffen wird. Diese Verbindung führt zur Einschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit, in Abhängigkeit von der Form des Zusammenschlusses, bis hin zum völligen Verzicht auf die wirtschaftliche und rechtliche Selbstständigkeit mindestens eines der beteiligten Unternehmen. Zu diesem Zweck etabliert die FKVO für Zusammenschlüsse mit unionsweiter Bedeutung ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Dies bedeutet, dass die Fusionskontrolle eine Marktstrukturkontrolle ist, die konzeptionell auf einer vorgelagerten Ebene angesiedelt ist und verhindern soll, dass durch externes Unternehmenswachstum Marktstrukturen entstehen, aufgrund derer der Wettbewerb seine Ordnungsfunktion nicht mehr optimal erfüllen kann und es zu einer Situation des akuten Marktversagens kommt. Im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens erfolgt deshalb durch die Kommission eine *ex-ante*-Überprüfung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen, nach welcher eine Freigabe nur erteilt wird, sofern keine entscheidenden wettbewerblichen Bedenken bestehen⁵⁷⁷.

In der deutschsprachigen Literatur wird der Begriff des Unternehmenszusammenschlusses überwiegend als Oberbegriff benutzt, mit Ausnahme der Akquisition⁵⁷⁸. Ein Zusammenschluss entsteht durch die Verbindung von rechtlich und wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen zur Verfolgung einer gemeinsamen wirtschaftlichen Zielsetzung. Die verschiedenen Möglichkeiten der unternehmerischen Zusammenarbeit, die unter einem Zusammenschluss zu subsumieren sind, zeigen einige allgemeine Merkmale auf⁵⁷⁹, wobei jedoch zu beachten ist, dass die

Grundlage für die Kontrolle unternehmerischer Zusammenschlüsse war der *Clayton Act* von 1914.; s. Koch, in: Hirsch/Montag/Säcker, 1902.

⁵⁷⁵ Canellos/Silber, CMLR 1970, 13.

⁵⁷⁶ Jansen, 91.

⁵⁷⁷ Rudowicz, 200.

⁵⁷⁸ Möller, 13; Schubert/Küting, 3 ff.; Koberstein, 18 ff. Der Begriff der Akquisition ist ein Terminus, der von der rechtlichen Ausgestaltung eines Zusammenschlusses abstrahiert, also *per se* keine Form des Zusammenschlusses im eigentlichen Sinne darstellt, sondern als universelles Instrument zu seiner Durchführung gilt; s. zu Begriff der Akquisition Settnik, 27 ff.

⁵⁷⁹ Die unternehmerische Zusammenarbeit kann sich auf Teilbereiche oder auf alle Unternehmungsbereiche beziehen. Beispiele für eine unternehmerische Zusammenarbeit, die sich auf Teilbereiche der Unternehmungstätigkeit erstrecken, sind jegliche Formen der Kooperation. Hingegen sind beim Konzern Eingliederung und Verschmelzung aller Tätigkeitsbereiche einer Unternehmung erfasst. Dementsprechend unterscheiden sich auch die Bindungsinstrumente. So kann schon ein Vertrag als Zusammenschluss genügen. Intensivere Formen sind hingegen die personelle Verflechtung und natürlich die Kapitalbeteiligung. Zusammenschlüsse können auf Dauer ausgerichtet oder von vornherein zeitlich begrenzt sein. Als zeitlich meist kurzfristig begrenzte Zusammenschlussformen kommen die Partizipation und das Konsortium in Betracht, aber auch Arbeitsgemeinschaften zur Durchführung von Großobjekten. Die zeitliche Stabilität

Grenzen zwischen den einzelnen Formen fließend sind⁵⁸⁰. Der Zusammenschluss repräsentiert weiterhin sowohl einen dynamischen Prozess⁵⁸¹, als auch einen statischen⁵⁸² Zustand⁵⁸³.

Für die Zusammenschlüsse im Bereich der EU sind die Bestimmungen der einzelnen Länder sowie auf Unionsebene die FKVO normativ ausschlaggebend. Interessant ist dabei, dass der Begriff des Zusammenschlusses nur in der deutschen Version so existiert. In der englischen, französischen und auch slowenischen Version findet sich hingegen der Begriff der Konzentration. Unternehmenskonzentrationen bestehen in einer Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Eigentumsverhältnisse und führen auf diesem Weg zahlenmäßig zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Einheiten im Markt und dadurch zu einer Änderung der Marktstruktur⁵⁸⁴. Es liegt nahe zu vermuten, dass nach der deutschen Auslegung eher die strukturtechnischen Veränderungen eines Unternehmens von der Fusionskontrolle abgedeckt werden sollen, wohingegen das Interesse der anderen Versionen auf jener der Strukturveränderung auf dem Markt liegt. Dies ist aber falsch, weil der Zusammenschlussbegriff ein zentrales Element einer wettbewerblichen Strukturkontrolle ist⁵⁸⁵.

wird von der Form der Abrede mitbestimmt (stillschweigende Kooperation). Im Übrigen pflegen die Vereinbarungen langfristig oder auf Dauer angelegt zu werden. Partner können sowohl große als auch kleine Unternehmungen sein; von daher wäre es falsch, einen Zusammenschluss immer nur als Verbindung zwischen Großunternehmungen zu betrachten. Bei bestimmten Zusammenschlussformen wird die relative wirtschaftliche Selbstständigkeit der beteiligten Unternehmungen lediglich eingegrenzt, und dies kraft eines Entschlusses der Partner (z. B. für Kooperationsvereinbarungen.) Bei anderen Zusammenschlussformen verliert zumindest eine der beteiligten Unternehmungen ihre relative wirtschaftliche Selbstständigkeit und damit ihren Charakter als Unternehmung. Der Freiheitsgrad der Entscheidung variiert auch bei den einzelnen Formen. Während Fusion oder Gemeinschaftsunternehmen freiwillig sind, kann eine Übernahme z. B. durch den Aufkauf von Aktien erzwungen werden. Schlussendlich unterscheidet man zwischen vertikalen, horizontalen und konglomeraten Zusammenschlüssen. Ein vertikaler Zusammenschluss liegt vor, wenn sich Unternehmen aufeinanderfolgender Produktions- oder Handelsstufen verbinden, dementsprechend eine Erhöhung der Fertigungsbzw. Leistungstiefe der beteiligten Unternehmen erfolgt. Unter einem horizontalen Zusammenschluss im engsten Sinne versteht man allgemein die Verbindung von Unternehmen, die gleiche oder ähnliche Produkte herstellen und in ein und demselben Marktsegment agieren. Zu den konglomeraten Zusammenschlüssen zählen alle Verbindungen, die nicht in die Kategorie des vertikalen bzw. horizontalen Zusammenschlusses fallen, anders gesagt, weder auf der Produkt- noch auf der Marktseite bei den beteiligten Unternehmen Kongruenzen feststellbar sind. Zusammengefasst nach Schubert/Küting, 7 f.; Settnik, 27 f.

⁵⁸⁰ Schubert/Küting, 7 f.; Settnik, 27 f.

⁵⁸¹ Ein Unternehmen geht mit einem anderen eine Verbindung ein oder verstärkt diese mit der Konsequenz der Einschränkung bzw. Beseitigung wirtschaftlicher Autonomie mindestens eines Partners.

⁵⁸² Eine Mehrheit von Unternehmen ist durch ein Beziehungsgeflecht so miteinander verknüpft, dass wenigstens in Partialbereichen ein gemeinsames Handeln erreicht wird.

⁵⁸³ Settnik, 27 f.

⁵⁸⁴ Kurz, 30 f.

⁵⁸⁵ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 3, Rn. 1.

Die Auslegung des Fusionsbegriffes wird von einer eher ökonomischen Be- trachtung bestimmt. Danach ist unter einer Fusion ein Unternehmenszusam- schluss zu verstehen, bei dem die sich vereinigenden Unternehmungen im Zuge dieses Prozesses nicht nur in eine wirtschaftliche, sondern auch in eine rechtliche Einheit integrieren, wobei also zumindest eines der Unternehmen einen Verlust der rechtlichen Eigenständigkeit hinnehmen muss⁵⁸⁶. Dieser Ansatzpunkt hatte auch Einfluss auf die heutige FKVO. Danach ist entscheidend, dass eine neue wirtschaftliche Einheit entsteht. Dies kann durch eine rechtliche Fusion, also eine Verschmelzung, geschehen. Die Kommission bestimmte in ihrer Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses⁵⁸⁷, dass wirtschaftliche Fusionen unter den Zu- sammenschlusstatbestand fallen⁵⁸⁸, wodurch die Bestimmung bzgl. der Fusion im Unionsraum klar geregelt ist. Danach liegt eine Fusion vor, wenn zwei oder mehr, bisher voneinander unabhängige Unternehmen oder Unternehmensanteile, zu einem neuen Unternehmen verschmelzen und keine eigene Rechtspersönlichkeit mehr besitzen. Dadurch wird sie die bindungsintensivste Form des Zusammenschlusses⁵⁸⁹, was auch dem anglo-amerikanischen Sprachgebrauch von *Mergers* entspricht⁵⁹⁰. Somit dient die FKVO einer wirksamen Kontrolle sämtlicher Zusammenschlüsse hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur⁵⁹¹ in der Union.

Die wettbewerbsorientierte Fusionskontrolle knüpft an die durch den Zusammenschluss entstehende Marktstruktur und damit an das Marktgebnis an. Entscheidende Frage ist, inwieweit nach dem Zusammenschluss für die durch diesen entstehende Einheit die Möglichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens be- steht. Wettbewerbsorientierte Fusionskontrolle versucht, den Konzentrationsprozess anhand wettbewerbsbezogener Kriterien zu steuern und zu begrenzen und so wirtschaftliche Macht durch Verhinderung übermäßiger Konzentrationen einzuschrän- ken⁵⁹².

b) Entwicklung

Die FKVO ist kein Bestandteil der Verträge, sondern nachhaltig zur Sicherung der Strukturkontrolle geschaffen worden, um so dem Risiko eines wettbewerbswidrigen Zusammenschlusses entgegenzuwirken. Die Pariser Verträge beinhalten in Art. 66

⁵⁸⁶ Settnik, 52 ff.

⁵⁸⁷ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/5 (nachfolgend: Mitteilung VO 4064/89).

⁵⁸⁸ Mitteilung VO 4064/89, Rn. 7. Eine Mindermeinung ging davon aus, dass eine wirtschaftliche Fusion nicht unter den Zusammenschlusstatbestand fällt; s. Niemeyer, 16.

⁵⁸⁹ Siehe auch graphische Darstellung in Schubert/Küting, 10f.

⁵⁹⁰ Settnik, 27 ff.

⁵⁹¹ Die Wettbewerbsstruktur wird in hohem Maße durch die Zahl der Marktteilnehmer bestimmt; s. FKVO, Erwägungsgrund 8.

⁵⁹² Kurz, 33.

des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag) eine detaillierte Regelung von Konzentrationen⁵⁹³, die jedoch ausschließlich die Kohle- und Stahlindustrie betrifft⁵⁹⁴. Die Gründe für eine ausführliche Regelung waren die bereits eingetretene Konzentrations- und Kartellbildung, insbesondere in den betroffenen Sektoren von Kohlenförderung und Stahlherzeugung und das Misstrauen in der Nachkriegszeit gegenüber einer zu großen einseitigen wirtschaftlichen Macht⁵⁹⁵. Doch wurde die Einrichtung einer Zusammenschlusskontrolle bereits im *Spaak-Bericht*⁵⁹⁶ als Angelegenheit angesehen, die in den allgemeinen Durchführungsverordnungen zu den Art. 85, 86 EGV a. F. zu regeln sei⁵⁹⁷.

Die wirtschaftliche Entwicklung in Europa und dadurch auch die wachsende Zahl an Zusammenschlüssen änderten hingegen die grundlegenden Einstellungen in Bezug auf eine Fusionskontrolle⁵⁹⁸. Die Kommission stellte ein Memorandum⁵⁹⁹ vor, das den ersten offiziellen Ansatz bzgl. Marktkonzentration und die damit verfolgte Politik verkörperte⁶⁰⁰. Das dreiteilige Memorandum beschäftigte sich im dritten Teil mit dem Verhältnis von Art. 85, 86 EGV a. F. zu Konzentrationen. Obwohl das Memorandum einen positiven Tenor bzgl. der Konzentrationen beinhaltete, stellte es gleichzeitig klar, dass nicht alle Konzentrationsformen von der Kommission befürwortet werden⁶⁰¹. Nach Ansicht der Kommission war Art. 86 EGV a. F. potenziell auf Konzentrationen anwendbar; Art. 85 EGV a. F. war dagegen gleichzeitig zu weit und zu eng. Zu weit war der Art. 85 EGV a. F. im Hinblick darauf, dass sich diese Norm als eine Bestimmung herausstellen konnte, die jeden Zusammenschluss erfasst und daher ein Hindernis für viele Zusammenschlüsse sein konnte. Zugleich konnte sich Art. 85 Abs. 3 EGV a. F. zum Einfallstor für industrielpolitische Erwägungen entwickeln und damit eine zu weitreichende Regelung darstellen. Daher wäre für die

⁵⁹³ Nach Art. 66 Abs. 1 S. 1 EGKS-Vertrag ist für Konzentrationen, unabhängig von der Größe der beteiligten Unternehmen und ohne Anknüpfung an Aufreifschwellen, ausschließlich die Union zuständig.

⁵⁹⁴ Christiansen, WuW 2005, 32.

⁵⁹⁵ Farbmann, EuR 2004, 478 f., wie jedoch weiter hingewiesen, sprach die ökonomische Realität der damaligen Zeit gegen eine europaweite Fusionsregelung, da die Firmenzusammenschlüsse überwiegend innerstaatlich und nicht europäisch waren; außerdem wollten die einzelnen Staaten so ein wichtiges wirtschaftspolitisches Instrument nicht aus den Händen geben.

⁵⁹⁶ Regierungsausschuss, eingesetzt von der Konferenz von Messina, Bericht der Delegationsleiter an die Außenminister, Brüssel, vom 21.4.1956, in: Monopolkommission, Sondergutachten 17, 31.

⁵⁹⁷ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 15.

⁵⁹⁸ Canellos/Silber, CMLR 1970, 5.

⁵⁹⁹ Komm., Memorandum on the Problem of Industrial Concentration in the Common Market.

⁶⁰⁰ Fine, 42.

⁶⁰¹ De Jong, CMLR 1966, 166f.

Anwendbarkeit des Art. 85 EGV a. F. nicht nur ein Eigentümerwechsel, sondern auch eine Verhaltensabstimmung zwischen den an der Konzentration beteiligten Unternehmen erforderlich⁶⁰². Eine Kehrtwende in der europäischen Politik der Zusammenschlüsse brachte das *Continental Can-Urteil*⁶⁰³ des EuGH⁶⁰⁴. Dabei wurde die Anwendung des Art. 86 EGV a. F. als Verhaltenskontrolle bejaht. Die Kommission hatte entschieden, dass der Erwerb der Mehrheitsbeteiligungen an einem konkurrierenden durch ein marktbeherrschendes Unternehmen eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung sei, wenn diese Stellung durch den Zusammenschluss derart verstärkt werde, dass der Wettbewerb praktisch ausgeschaltet würde⁶⁰⁵. Der EuGH hob die Kommissionsentscheidung zwar aufgrund mangelhafter Marktbegrenzung auf⁶⁰⁶, bestätigte aber die Anwendbarkeit des Art. 86 EGV a. F. auf Fälle des Marktstrukturmissbrauchs als nachträgliche Fusionskontrolle grundsätzlich⁶⁰⁷. Es folgte eine Reihe weiterer Zusammenschlüsse, die nach Art. 86 EGV a. F. beurteilt wurden, doch in der Regel konnte keine marktbeherrschende Stellung der Unternehmen vor dem Zusammenschluss festgestellt werden⁶⁰⁸. Es offenbarte sich, dass die Tragweite einer Fusionskontrolle nach Art. 86 EGV a. F. als äußerst gering einzuschätzen war⁶⁰⁹. Nachdem es der Kommission nach 1973 nicht gelang, eine Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gegen den politischen Widerstand des Rates durchzusetzen⁶¹⁰, erklärte der zustän-

⁶⁰² Farbmann, EuR 2004, 480.

⁶⁰³ EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (*Europemballage und Continental Can/Kommission*).

⁶⁰⁴ Hierbei ging es um den angestrebten Kauf der Aktienpakete von anderen Betreibern durch die *Continental Can Company* in New York und ihre europäische Tochtergesellschaft *Europemballage*, deren Stellung auf dem europäischen Markt im Bereich Leichtmetallverpackung und Metalldeckel für die Konservenindustrie durch den Kauf erheblich verstärkt worden wäre.

⁶⁰⁵ Komm., 9.12.1971, ABl. L 7/25 (*Continental Can*).

⁶⁰⁶ EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, 247 ff. (*Europemballage und Continental Can/Kommission*).

⁶⁰⁷ EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, 245 (*Europemballage und Continental Can/Kommission*), Rn. 26.

⁶⁰⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 17, 25 f.

⁶⁰⁹ Die Zusammenschlusskontrolle des Art. 86 a. F. EGV setzte erst ein, wenn zumindest eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen eine beherrschende Stellung innehatte. Zweitens war umstritten, ob ein marktbeherrschendes Oligopol von einer Fusionskontrolle nach Art. 86 a. F. erfasst wird, soweit keines der dem Oligopol angehörigen Unternehmen für sich genommen oberhalb der Marktbeherrschungsschwelle operierte. Drittens war mit dem Art. 86 a. F. nur eine nachträgliche Kontrolle von Zusammenschlüssen möglich; s. Monopolkommission, Sondergutachten 17, 26.

⁶¹⁰ Während nämlich sowohl das Europäische Parlament als auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss den Vorschlag mit großer Mehrheit billigten, konnten im Ministerrat die wichtigsten Fragen, die die Rechtsgrundlage der Verordnung, den Anwendungsbereich, die Ausnahmen von der Unvereinbarkeitsregelung, die vorherigen Anmeldungen, die Verteilung der Zuständigkeiten sowie damit zusammenhängend die Beteiligung der Mitgliedstaaten am

dige EG-Kommissar, Art. 85 und 86 EGV a.F. verstkt auf Zusammenschlse anzuwenden⁶¹¹. Im *Phillip-Morris-Urteil*⁶¹² wurde erstmals Art. 85 EGV a.F. vom Gerichtshof auf einen Zusammenschluss angewendet. Darin stellte das Gericht fest, dass es für sich genommen noch kein Wettbewerb einschrkendes Verhalten darstellt, wenn ein Unternehmen eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens erwirbt; ein solcher Erwerb kann jedoch als Mittel dienen, das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschftstigkeit entfalten, eingeschrkt oder verflscht⁶¹³ wird⁶¹⁴. Dabei wurde auch die Auffassung vertreten, dass damit eine europäische Fusionskontrolle eingeführt wurde⁶¹⁵. Doch in Wahrheit war die technische Anwendung von Art. 85 Abs. 1 auf Zusammenschlse berst problematisch⁶¹⁶. Nach h.M. wurde durch das Urteil keine echte Fusionskontrolle nach Art. 85 geschaffen⁶¹⁷. Die hauptsächliche Bedeutung des *Phillip-Morris-Urteils* wird im darin enthaltenen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Fusionskontrollverordnung gesehen, womit der EuGH die Reformbestrebungen der Kommission unterstützte, die wiederholt Zusammenschlse auf der Grundlage des Art. 85 EGV untersuchte⁶¹⁸.

Nach dem *Phillip-Morris-Urteil* von 1987 und der drohenden Anwendung von Art. 85 EGV a.F. auf Unternehmenszusammenschlse ohne eindeutige gesetzgeberische Voraussetzungen wuchs der Druck zum Erlass einer europäischen Fusionskontrolle. Im April 1988 legte die Kommission einen neu gefassten Entwurf vor. Dieser basierte bereits auf den Grundprinzipien der Beschrkung der Kontrolle auf große Zusammenschlse von gemeinschaftsweiter Bedeutung, der Möglichkeit der Ausnahmegewhrung in den Grenzen des Art. 85. Abs. 3, der zwingenden vorherigen Anmeldung und der engen Kooperation zwischen Kommission und Mit-

Entscheidungsprozess betrafen, nicht geklärt werden; s. Monopolkommission, Sondergutachten 17, 34.

⁶¹¹ Monopolkommission, Sondergutachten 17, 28.

⁶¹² EuGH vom 17.11.1987, Rs. 142/84, Slg. 1987, 4566 (*Philip Morris*).

⁶¹³ Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn das investierende Unternehmen durch den Erwerb der Beteiligung oder durch Nebenklauseln der Vereinbarung rechtlich oder faktisch die Kontrolle über das geschäftliche Verhalten des anderen Unternehmens erlangt oder wenn die Vereinbarung eine geschäftliche Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen vorsieht oder Strukturen schafft, die einer solchen Zusammenarbeit frerlich sein können; s. EuGH vom 17.11.1987, Rs. 142/84, Slg. 1987, 4566, 4577 (*Philip Morris*), Rn. 38.

⁶¹⁴ EuGH vom 17.11.1987, Rs. 142/84, Slg. 1987, 4566, 4577 (*Philip Morris*), Rn. 37.

⁶¹⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 17, 29.

⁶¹⁶ Art. 85 Abs. 2 EGV a.F. hatte, wie auch die heutige AEUV, für Verträge, die gegen Art. 85 Abs. 1 verstieben die Sanktion der Nichtigkeit, die bei Fusionen eine berst unpraktikable Rechtsfolge ist. *Schdermeier*, WuW 1988, 192; sowie zur Problematik der Art der Beteiligung *Immenga/Fuchs*, NJW 1998, 3052.

⁶¹⁷ *Schdermeier*, WuW 1988, 190; *Immenga/Fuchs*, NJW 1988, 3059.

⁶¹⁸ *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 16.

gliedstaaten⁶¹⁹. Die Verordnung des Rates Nr. 4064/89 vom 21.12.1989 wurde die erste Fusionskontrollverordnung für den Binnenmarkt⁶²⁰.

Die VO 4064/89 sah nach drei Jahren eine Überprüfung bzw. Überarbeitung vor, die aber 1993 um drei weitere Jahre verschoben wurde, da die Kommission es für sinnvoll hielt, mehr Erfahrung auf dem Gebiet der Zusammenschlüsse, sowohl auf europäischer Ebene als auch auf jener der einzelnen Staaten zu sammeln, da die Diskrepanzen zwischen den einzelnen Staaten, die auch die Entstehung der FKVO verhindert hatten, immer noch unüberbrückbar waren⁶²¹. Der Kommission gelang es, im Grünbuch zur Fusionskontrolle⁶²² die wesentlichen Themen zur Diskussion zu stellen⁶²³, die dann in der Fusionskontrollverordnung von 1997 resultierten⁶²⁴.

So, wie auch in der ursprünglichen FKVO, legte die Kommission am 28.6.2000 einen Bericht über die praktischen Erfahrungen mit der FKVO vor⁶²⁵. Diesen Bericht beendete sie mit der Schlussfolgerung, dass das System zur Feststellung der Zuständigkeit der Gemeinschaft in Zusammenschlussfällen und weiteren diesbezüglichen Fragen mit den Mitgliedstaaten und anderen interessierten Kreisen weiter untersucht werden muss⁶²⁶. Es folgte das Grünbuch über die Revision der FKVO⁶²⁷, in dem die Kommission sogar deutlich über den Ansatz des ersten Grünbuchs hinausging, da sie nicht nur die Zuständigkeitsverteilung und eine Neugestaltung des Verfahrens zur Diskussion stellte, sondern auch eine Debatte über den materiellen Untersagungstatbestand eröffnete, namentlich über die Übernahme des US-amerikanischen SLC-Tests⁶²⁸ und die Berücksichtigung von Effizienzargumenten⁶²⁹. Nach

⁶¹⁹ Zur Zusammenfassung der wesentlichen Eckpunkte der Verordnung s. Monopolkommission, Sondergutachten 17, 36 ff.

⁶²⁰ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 1989 L 395/1 (nachfolgend: VO 4064/89).

⁶²¹ Farbmann, EuR 2004, 484.

⁶²² Fusionskontrolle der Gemeinschaft: Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM (96).

⁶²³ Die Kontrollbefugnisse der Kommission wurden gestärkt, das Verfahren wurde vereinfacht und beschleunigt; man versuchte, das Problem der Mehrfachanmeldungen zu lösen.

⁶²⁴ Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30.6.1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 180/1 (nachfolgend: VO 1310/97).

⁶²⁵ Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgeesehenen Schwellenwerte, KOM (2000) 399 endg.

⁶²⁶ Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgeesehenen Schwellenwerte, KOM (2000) 399 endg., Rn. 82.

⁶²⁷ Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM (2001) 745 endg.

⁶²⁸ Der Rat verabschiedete die FKVO, die sich prinzipiell nach den Vorschlägen der Kommission richtete, fügte hingegen den US-amerikanischen Ideen eines SLC-Tests (*Significant lessening of competition*) einen neuen Prüfungsmaßstab in Form des SIEC-Tests (*Significant Impediment to Effective Competition*) ein.

kontroverser Diskussion verabschiedete der Rat schließlich am 20. 1. 2004 die neue FKVO Nr. 139/2004⁶³⁰.

c) Anwendungsbereich

Die FKVO ist nach dem Prinzip der einzigen Anlaufstelle⁶³¹ als „one-stop-shop“ ausgestaltet. Zusammenschlüsse, die in den Anwendungsbereich der FKVO fallen, sollen nur an ihr gemessen werden⁶³². Die FKVO ist anwendbar, wenn ein Zusammenschluss i. S. d. Art. 3 vorliegt⁶³³, und wenn dieser Zusammenschluss von gemeinschaftsweiter Bedeutung i. S. d. Art. 1 Abs. 1 ist⁶³⁴. Nach Art. 1 Abs. 2 hat ein Zusammenschluss unionsweite Bedeutung, wenn folgende Umsätze erzielt werden: (1) ein weltweiter Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen zusammen von mehr als 5 Mrd. EUR und (2) ein unionsweiter Gesamtumsatz mindestens zwei beteiligter Unternehmen von jeweils mehr als 250 Mio. EUR⁶³⁵. Subsidiär sieht Art. 1 Abs. 3 eine anwendbare weitere Regelung mit besonderen, abgesenkten Schwellenwerten zur Ermittlung der unionsweiten Bedeutung vor. Demnach hat ein Zusammenschluss unionsweite Bedeutung, wenn (1) der weltweite Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen mehr als 2,5 Mrd. EUR beträgt, (2) der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen in mindestens drei Mitgliedstaaten jeweils 100 Mio. EUR übersteigt, (3) in jedem von mindestens drei erfassten Mitgliedstaaten der Gesamtumsatz mindestens zwei beteiligter Unternehmen jeweils mehr als 25 Mio. EUR beträgt und (4) der unionsweite Gesamtumsatz mindestens zwei beteiligter Unternehmen jeweils 100 Mio. EUR übersteigt⁶³⁶. Sind diese Voraussetzungen erfüllt⁶³⁷, so unterliegt der

⁶²⁹ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 21.

⁶³⁰ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 23.

⁶³¹ Nach Art. 21 Abs. 2 FKVO ist, vorbehaltlich der Nachprüfung durch den EuGH, ausschließlich die Kommission dafür zuständig, die in der FKVO vorgesehenen Entscheidungen zu erlassen.

⁶³² Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 79.

⁶³³ Die FKVO definiert in Art. 3 Abs. 1 den Zusammenschluss durch die Fusion von zwei oder mehr, bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (lit. a), oder durch den Erwerb mittelbarer oder unmittelbarer Kontrolle über Unternehmen oder Unternehmensanteile (lit. b); Art. 3 Abs. 2 beschreibt die Kontrolle als Möglichkeit, Einfluss auf die Tätigkeiten eines Unternehmens auszuüben und Art. 3 Abs. 4 stellt klar, dass nur die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens als Zusammenschluss im Sinne der FKVO anzusehen ist.

⁶³⁴ Art. 1 definiert die unionsweite Bedeutung in seinen Absätzen 2 und 3 rein quantitativ anhand von objektiven Umsatzgrenzen.

⁶³⁵ Dies gilt nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

⁶³⁶ Dies gilt wiederum nicht, wenn die beteiligten Unternehmen jeweils mehr als zwei Drittel ihres unionsweiten Gesamtumsatzes in ein und demselben Mitgliedstaat erzielen.

Zusammenschluss dem Vollzugsverbot des Art. 7 und muss nach Art. 4 bei der Kommission angemeldet werden (präventive Kontrolle)⁶³⁸.

Eine besondere Rolle innerhalb der FKVO fällt den Gemeinschaftsunternehmen zu⁶³⁹, da nahezu die Hälfte der Verfahren die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen betreffen⁶⁴⁰. Da ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden kann, um eigene unternehmerische Zwecke zu verfolgen, aber auch der Durchsetzung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen seiner Muttergesellschaften zu dienen, stellen sie eine Organisationsform zwischen Zusammenschluss und Kartell dar, wobei regelmäßig Elemente sowohl eines Zusammenschlusses als auch eines Kartells zusammentreffen⁶⁴¹. Im Hinblick auf die Tatsache, dass Pools auch als Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden, wird hier folgend dargestellt wie die FKVO angewendet wird⁶⁴².

aa) Strategische Allianz

Für die Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen nach der FKVO ist zuerst die Frage relevant, ob es einen Unterschied zwischen Kooperationen, d.h. also strategischen Allianzen und Gemeinschaftsunternehmen gibt. Da Letztere häufig eine Form von Pools darstellen, ist es wichtig zu untersuchen, ob die wettbewerbsrechtlichen Folgen unterschiedliche Charakteristika aufweisen, die eine strikte Trennung berücksichtigen müssten.

Strategische Allianzen wurden in den letzten Jahren im internationalen Wettbewerb immer beliebter⁶⁴³, nicht zuletzt, um den Schwierigkeiten langwierig vorzubereitender und umzusetzender sowie kostenintensiver Übernahmen auszuweichen⁶⁴⁴. Der Begriff strategische Allianz wird in der heutigen Zeit inflationär und undifferenziert für alle möglichen Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen verwendet, der jedoch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nur schwer bestimmt wer-

⁶³⁷ Werden die jeweiligen Umsatzschwellen nicht erreicht, ist es jedoch möglich, dass das jeweilige nationale Wettbewerbsrecht Anwendung findet.

⁶³⁸ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 1, Rn. 2.

⁶³⁹ Bildung von Gemeinschaftsunternehmen gehört in der Praxis zu den wichtigsten Organisationsformen für Unternehmensverbündungen.

⁶⁴⁰ Zugleich ist sie wichtigster Anwendungsfall der Begründung und Ausübung gemeinsamer Kontrolle.

⁶⁴¹ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 3, Rn. 105.

⁶⁴² Den Vergleich zwischen Pool und Zusammenschluss gibt es bereits in der Literatur; s. Bejcek, IIC 2005, 835 ff.

⁶⁴³ Der bloße Lizenzvertrag genügt häufig nicht, um das Synergiepotenzial der Technologien auszunutzen und die Risiken bei der Entwicklung neuer Technologien aufzuteilen; s. Hansen, 46; Folz, 118.

⁶⁴⁴ Priemayer, 9.

den kann, da er kein Rechtsterminus ist, sondern von Unternehmensberatungsgesellschaften entwickelt wurde⁶⁴⁵. Es ist fraglich, ob strategische Allianzen nur einen Sonderfall der Kooperation darstellen, oder ob es sich wirklich um eine neue Form der Zusammenarbeit von Unternehmen handelt. Eine Abgrenzung zwischen den beiden Begriffen ist deshalb nur ansatzweise möglich⁶⁴⁶. Zwar ist das Ziel strategischer Allianzen, in einen neuen Markt einzudringen oder ihn zu eröffnen⁶⁴⁷, doch scheint es unwahrscheinlich, dass durch die Anzahl der teilnehmenden Unternehmen eine Monopolisierung entstehen würde. Wahrscheinlicher und trotzdem nicht minder problematisch ist die Tatsache, dass strategische Allianzen die Möglichkeit bieten, das aktuelle oder potenzielle Wettbewerbsverhältnis zwischen den beteiligten Unternehmen zu unterbinden, indem Gruppeneffekte entstehen. Soweit Gründerunternehmen auf dem Markt ihres jeweiligen Gemeinschaftsunternehmens aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sind, ist ein Nachlassen des Wettbewerbs aufgrund der Zusammenarbeit in dem Gemeinschaftsunternehmen denkbar⁶⁴⁸. Doch zeigen sich Gruppeneffekte gerade bei Gemeinschaftsunternehmen und bilden deswegen keine Besonderheit strategischer Allianzen. Dies bedeutet, dass sich für die rechtliche Beurteilung aus dem Begriff strategische Allianzen keine Besonderheiten ableiten lassen. Für sie ergeben sich die gleichen kartellrechtlichen Rahmenbedingungen wie für andere Unternehmenskooperationen⁶⁴⁹.

bb) Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen der Fusionskontrollverordnung

Trotz des geläufigen Begriffs gibt es keine generell akzeptierte Definition für Gemeinschaftsunternehmen⁶⁵⁰. Sie stehen auf der Grenzlinie zwischen Kartellen und Unternehmenszusammenschlüssen, das bereits im Wortlaut der FKVO an mehreren Stellen deutlich zum Ausdruck kommt, insbesondere in Art. 2 Abs. 4. Dabei stellen

⁶⁴⁵ Schmitz-Morkramer, 22. Es ist wahrscheinlich, dass die Unternehmensberatung McKinsey & Company den Begriff im deutschen Raum einführt, um die Vielzahl ihrer strategischen Konzepte attraktiv zu machen; s. Schäfer-Kunz, 25; Folz, 115 f.

⁶⁴⁶ Ebenso wie Kooperationen beruhen auch strategische Allianzen auf freiwillig eingegangenen vertraglichen Vereinbarungen. Wenn auch nur vorübergehend kommt es zu einer bewussten Zusammenlegung oder Koordinierung einzelner Unternehmensfunktionen, bei denen die beteiligten Unternehmen sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich selbstständig sind. Gemeinsam streben sie das Ziel an, ihre Wettbewerbsfähigkeit zu steigern. Kennzeichnend für die Verträge im Rahmen strategischer Allianzen sind jedoch häufig Allgemeinheit und Vagheit, da im Vergleich mit den an einer Kooperation beteiligten Unternehmen die Partner in strategischen Allianzen in der Regel unterschiedliche Ziele verfolgen. Diese sind aufgrund unterschiedlicher Kompetenzen und Ressourcen der Partner bedingt, da im Unterschied zur Kooperation in strategischen Allianzen ausschließlich Groß- und Großunternehmen zusammenarbeiten; s. Schäfer-Kunz, 68; Schmitz-Morkramer, 30 f.; Götz, 34.

⁶⁴⁷ Basedow/Jung, 4 f.

⁶⁴⁸ Schäfer-Kunz, 168.

⁶⁴⁹ Basedow/Jung, 123 ff., 194 ff.

⁶⁵⁰ Kattan, ALJ 1993, 937.

sie eine Form⁶⁵¹ von Unternehmenskooperationen dar⁶⁵², welche die rechtliche und wirtschaftliche Selbstständigkeit der beteiligten Unternehmen unberührt lassen⁶⁵³. Kennzeichnend für ein Gemeinschaftsunternehmen ist, dass es sich bei ihm um eine von zwei oder mehr kapitalmäßig beteiligten Unternehmen abhängige Tochtergesellschaft handelt, die der Zusammenarbeit auf einem bestimmten Gebiet dient⁶⁵⁴. Dabei wird eine Zusammenarbeit⁶⁵⁵ angestrebt, die die Wettbewerbsfähigkeit in Produktion, Forschung, Vertrieb, Werbung etc. stärkt, gleichzeitig aber die Gründergesellschaften ihre Selbstständigkeit beibehalten sowie ihre vermögensmäßige Substanz nicht einbüßen⁶⁵⁶. Besonders in Hochtechnologiebereichen ermöglichen sie den Parteien einen höheren Anteil vom Ertrag der Innovationen und bilden somit den Anreiz für neue⁶⁵⁷. Durch Gemeinschaftsunternehmen ist es einfacher, die Herstellung neuer Produkte einzuführen, da sie Marktfehler, die die Produktion von einzelnen Unternehmen blockieren, überwinden⁶⁵⁸.

Gerade die negativen Wettbewerbseffekte stellen aber eine Herausforderung an die Wettbewerbsbehörden dar⁶⁵⁹, da durch die Kombination von F&E eine dominante Stellung im Wettbewerb erreicht und demnach eine signifikante Behinderung des Wettbewerbs geschaffen werden kann⁶⁶⁰. Aufgrund der Kooperation der beiden

⁶⁵¹ Gummert/Rieger/Weipert, § 28 Rn. 2, „Beschränkt sich die Kooperation auf die Zusammenarbeit in einer BGB-Gesellschaft in Form einer Innengesellschaft, spricht man von einem *Contractual Joint Venture*, das typischerweise für die Abwicklung von Projekten und damit für eine begrenzte Dauer vereinbart wird. Häufiger beteiligen sich die *Joint Venture*-Partner gemeinsam an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, dem sog. Gemeinschaftsunternehmen, mit dem Ziel, langfristig zusammenzuarbeiten sog. *Equity Joint Venture*. Ist das Gemeinschaftsunternehmen eine Personengesellschaft, bietet es sich häufig an, die Konsortialabsprachen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, wodurch die Doppelstufigkeit (die in der Praxis aber keine Schwierigkeiten bereitet) vermieden wird“.

⁶⁵² Susanek, 4.

⁶⁵³ Bei einem Konzern sind zwei oder mehrere Tochtergesellschaften von einer Muttergesellschaft wirtschaftlich abhängig, rechtlich jedoch selbstständig. Während ein Gemeinschaftsunternehmen einer mehrheitlichen Leitung unterstellt ist, sind beim Konzern mehrere Unternehmen unter eine einheitliche Leitung gestellt. Bei der Fusion verschmelzen die beteiligten Unternehmen vollkommen zu einer Rechtspersönlichkeit. Übertragen die Unternehmen nur Teile (Betriebe oder Abteilungen) endgültig auf ein gemeinsames Unternehmen, handelt es sich nicht um eine Fusion, sondern um ein Gemeinschaftsunternehmen.

⁶⁵⁴ Ein wesentliches Motiv für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist die Effizienzgewinnung in Form von Erschließung neuer Märkte (sowohl produktspezifisch als auch geographisch); s. Wicker, WA & MR 1997, 296.

⁶⁵⁵ Unter Zusammenarbeit wird eine Zusammenführung von komplementären Ressourcen und Fähigkeiten verstanden. Dadurch verringern sich die Risiken, wodurch Möglichkeiten einer optimierten Gewinnerzielung der Unternehmen erschlossen werden, die keiner der Partner alleine realisiert hätte; s. Susanek, 6 ff.; Kattan, ALJ 1993, 938; Maren, 30 ff.

⁶⁵⁶ Hefermehl, GRUR 1966, 652.

⁶⁵⁷ Kattan, ALJ 1993, 938; Maren, 32 ff.

⁶⁵⁸ Kattan, ALJ 1993, 940 f.

⁶⁵⁹ Tyson, ELJ 2007, 408.

⁶⁶⁰ Kattan, ALJ 1993, 953.

Gründerunternehmen im relevanten Markt besteht die Möglichkeit, dass der Wettbewerb nachlässt und dadurch zukünftige Innovationen ausbleiben. Weiterhin könnte das Gemeinschaftsunternehmen in einem vertikalen Verhältnis zu den beiden Gründerunternehmen stehen und somit andere Unternehmen von einer vertikalen Zusammenarbeit ausschließen⁶⁶¹. Gerade F&E-Gemeinschaftsunternehmen sind gleichfalls Subjekt der Wettbewerbshaftung für den Ausschluss von Mitgliedern. Die Einschränkung der Mitgliedschaft an einem Gemeinschaftsunternehmen eröffnet ein Potenzial *pro Kartell*, wobei jedoch ein legitimes Interesse besteht⁶⁶², dass die anderen Co-Mitglieder wertvolle Beiträge liefern, die dem gemeinsamen Interesse des Gemeinschaftsunternehmens dienen⁶⁶³. Die verhältnismäßig ausführliche Regelung der Gemeinschaftsunternehmen in der FKVO führte dazu, dass die vielfältigen Gemeinschaftsunternehmen betreffenden Fragen heute in erster Linie im Zusammenhang mit der FKVO erörtert werden. Verteidiger von Hochtechnologiegemeinschaftsunternehmen sehen die Wettbewerbsregeln kritisch, da ihrer Meinung nach durch die Angst vor dem Wettbewerbsrecht neue Formationen von *pro-wettbewerblichen* kollaborativen Gemeinschaftsunternehmen gehindert werden⁶⁶⁴.

Zur Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen mehreren Gemeinschaftsunternehmen werden insbesondere die Beteiligungsverhältnisse berücksichtigt. Ist jeweils dasselbe Unternehmen an ihnen beteiligt und hängen die Gemeinschaftsunternehmen von dessen Technologie ab, sodass ein Netz von untereinander verbundenen *Joint-Ventures* entsteht, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung nahe⁶⁶⁵. Daraus darf jedoch nicht der Schluss gezogen werden, Art. 101 AEUV habe für Gemeinschaftsunternehmen keine Bedeutung mehr. Das Gegenteil ist der Fall, da nach wie vor die überwiegende Zahl von Gemeinschaftsunternehmen letztlich nach Art. 101 AEUV (und nicht etwa nach der FKVO) zu beurteilen sein müsste⁶⁶⁶.

(1) Vollfunktions- und Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Wegen der unterschiedlichen normativen Beurteilungsmaßstäbe muss beim Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens unterschieden werden, ob es ein

⁶⁶¹ Bellamy/Child, Rn. 5–031.

⁶⁶² Große Änderungen in diesem Bereich brachte die Entscheidung im US-amerikanischen Recht *Northwest Wholesale Stationers*, wonach Restriktionen bei Mitgliedern aufrechterhalten werden können, *Northwest Wholesale Stationers, Inc. vs. Pacific Stationery and Printing Co.*, 472 U.S. 284, 297 (1988) Fn. 7 „According to Pacific, Northwest's motive in the expulsion was to place Pacific at a competitive disadvantage to retaliate for Pacific's decision to engage in an independent wholesale operation. Such a motive might be more troubling. If Northwest's action were not substantially related to the efficiency-enhancing or procompetitive purposes that otherwise justify the cooperative's practices, an inference of anticompetitive animus might be appropriate. But such an argument is appropriately evaluated under the rule of reason analysis.““

⁶⁶³ Kattan, ALJ 1993, 963.

⁶⁶⁴ Kattan, ALJ 1993, 937.

⁶⁶⁵ Komm., 14.7.1986, ABI. L 236/30, 37 (*Lichtwellenleiter*).

⁶⁶⁶ Emmerich, in: Dausse, Art. 102 AEUV, Rn. 177.

Vollfunktions- oder ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist, ferner, ob dieses unionsweite Bedeutung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 oder Abs. 3 FKVO hat und schließlich herkömmlicherweise, ob es sich um ein konzentratives oder ein kooperatives Gemeinschaftsunternehmen handelt.

Die Unterteilung⁶⁶⁷ zwischen Vollfunktions- und Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfolgt dadurch, ob das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen „dauerhaft alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit“ erfüllt⁶⁶⁸. Wenn das Gemeinschaftsunternehmen nur bestimmte begrenzte Funktionen innerhalb der Geschäftsaktivitäten der Gründergesellschaften übernimmt, handelt es sich um ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen (bspw. F&E wird in das Gemeinschaftsunternehmen ausgegliedert).

Die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ist sowohl für das EU-Recht als auch für das deutsche Recht traditionell⁶⁶⁹. Um ein Gemeinschaftsunternehmen als konzentrativ zu bewerten, müssen die beiden folgenden Voraussetzungen gegeben sein: (1) es muss sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen handeln, (2) es darf keine (Gefahr der) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen durch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens vorliegen. Die Gründung eines konzentrativen Gemeinschaftsunternehmens führt zunächst nur zu einer Strukturveränderung im Markt, bewirkt aber nicht automatisch eine darüberhinausgehende Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen⁶⁷⁰. Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen sind folglich *per se* kooperativ, sowie Gemeinschaftsunternehmen, deren Gründung zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander führt⁶⁷¹.

(a) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen bis 1990

Mit der Entwicklung der Wettbewerbspolitik der EU änderte sich auch das Verhältnis der Kommission zu den Gemeinschaftsunternehmen. Von der restriktiven Anfangshaltung ging man zu einer toleranteren über und ermöglichte auch, eine zeitlich gut nachvollziehbare Entwicklung darzulegen. Vor dem Inkrafttreten der VO 4064/89 im Jahre 1990 fielen alle Gemeinschaftsunternehmen unter Art. 101 AEUV (ehem. Art. 81 EGV), wenn die beteiligten Unternehmen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber waren, es sei denn, es handelte sich bei dem Transfer in die neue

⁶⁶⁷ Die Abgrenzung ist im Einzelnen schwierig und fließend; s. *Kuhn*, 25.

⁶⁶⁸ FKVO, Art. 3 Abs. 4.

⁶⁶⁹ *Aicher et al.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 81, Rn. 419.

⁶⁷⁰ Kooperative Gemeinschaftsunternehmen sind daher primär negativ definiert, d.h. all jene Gemeinschaftsunternehmen, die nicht konzentrativ sind, denen es also an einer, wenn nicht gar beiden Voraussetzungen fehlt; s. *Aicher et al.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU, Art. 81, Rn. 422.

⁶⁷¹ *Kuhn*, 26.

Einheit um so umfangreiche Anlagen, dass es die Form einer „Teilfusion“ hatte⁶⁷². Auch von der Kommission wurde dieses Konzept so beschrieben⁶⁷³. Diese „Teilfusion“ lag sowohl außerhalb der Anwendung von Art. 101 als auch von Art. 102 AEUV (ehem. Art. 82 EGV), es sei denn, eines der Unternehmen missbrauchte seine bereits vorhandene marktbeherrschende Stellung⁶⁷⁴. Zu dieser Zeit existierten aber auch keine Verordnungen, die die Unternehmenskonzentrationen geregelt hätten, somit klaffte eine große normative Lücke, woraufhin die Kommission eine sehr breite Anwendung des Art. 101 auf Gemeinschaftsunternehmen entwickelte⁶⁷⁵.

(b) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen bis 1998

Die VO 4064/89 führte eine Trennung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ein⁶⁷⁶. Demnach waren die Regeln der Verordnung nur auf Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen (Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen) und keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringen, anwendbar⁶⁷⁷. Konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen hatten also das positive Merkmal der „dauerhaften selbstständigen wirtschaftlichen Einheit“ und zugleich das negative des „Ausbleibens koordinierter Handlung konkurrender Unternehmen“⁶⁷⁸. Für kooperative Gemeinschaftsunternehmen, die eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens voneinander unabhängiger Unternehmen bezeichnen oder bewirken, waren hingegen die Regeln des Art. 81 EGV anzuwenden⁶⁷⁹. Dies hatte jedoch nicht nur materiellrechtliche, sondern auch formelle (prozessuale)

⁶⁷² Jones/Sufrin, 814.

⁶⁷³ Komm., Sechster Bericht über die Wettbewerbspolitik, Rn. 55: „Auch eine auf bestimmte Bereiche beschränkte Zusammenlegung der von den Gründern bisher selbstständig wahrgenommenen Tätigkeiten kann ausnahmsweise unter den Begriff Unternehmenszusammenschluss fallen. Voraussetzung ist hier allerdings, dass sich die Gründer aus dem Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens vollständig und endgültig zurückziehen. Ferner muss gewährleistet sein, dass die Zusammenlegung nicht mittelbar zu einer Abschwächung des Wettbewerbs in anderen, insbesondere in benachbarten Bereichen, wo die Gründer formal voneinander unabhängig bleiben, führt.“

⁶⁷⁴ Jones/Sufrin, 814; Bechtold/Bosch/Brinker, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, FKVO, Einführung, Rn. 13.

⁶⁷⁵ Pecotić, 40.

⁶⁷⁶ Green/Robertson, 738, sagt, dass die Trennung auf Grundlage der Auswirkungen erfolgt, die zum einen Einfluss auf die Struktur des Marktes haben kann und zum anderen auf das Verhalten auf dem Markt. Kommt es zu einer Strukturveränderung, die der einer Fusion ähnelt, spricht man von konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen. Bei den kooperativen bleibt die Marktstruktur unverändert, d.h., die Unternehmen bleiben auf dem Markt vorhanden, nur das Verhalten der Teilnehmer verändert sich – kooperative Gemeinschaftsunternehmen.

⁶⁷⁷ VO 4064/89, Art. 3 Abs. 2 Satz 2.

⁶⁷⁸ So auch Mitteilung der Kommission über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen, ABl. C 203/5.

⁶⁷⁹ VO 4064/89 Art. 3 Abs. 2 Satz 1.

Folgen, da für die Kommission bei konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen die Frage, ob es zur Schaffung oder Stärkung einer marktbeherrschenden Stellung kam, schwerer zu beantworten war, als bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, bei denen diese eine Vereinbarung darstellen konnten, deren Zweck oder Wirkung auf die Beeinträchtigung des Binnenmarktes zielte. Ein solches „Ungleichgewicht“⁶⁸⁰, das ähnliche Unternehmungen auf verschiedene Arten behandelte, hatte zur Folge, dass Unternehmen aufgrund des ungewissen Ergebnisses vor Kooperationen zurückschreckten⁶⁸¹. Die Kommission versuchte, das „Ungleichgewicht“ mit der Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen auszubalancieren⁶⁸², was ihr allerding nicht gelang⁶⁸³.

Um den Grund für die Differenzierung der Handhabung von konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen zu verstehen, muss geklärt werden, warum Zusammenschlüssen eine besondere Rolle zugesprochen wird. Dafür gibt es zwei Gründe: (1) Zusammenschlüsse, die wahrscheinlich effizienzfördernder und somit auch wettbewerbsfördernder Natur sind, werden als Transaktion verstanden und (2) die Effizienzgewinne werden an den Endverbraucher weitergegeben, es sei denn, dass das fusionierte Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erzielt oder bekräftigt, oder es auf andere Weise den Wettbewerb signifikant behindern würde. Unter den Wettbewerbsregeln der EU ist dieses Konzentrationsprivileg also nur für Transaktionen reserviert, bei welchen vermutet wird, dass sie, im Hinblick auf die ökonomischen Integrationen von Unternehmungen, einen signifikanten Effizienzgewinn erzielen⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Pathak, ECLR 1991, 171 ff.; Gonzales Diaz, in: Faull/Nikpay, 665 ff.

⁶⁸¹ Gonzales Diaz, in: Faull/Nikpay, 666.

⁶⁸² Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 85 des EWG-Vertrags, ABl. C 43/2. Später hat die Kommission sog. strukturelle kooperative Gemeinschaftsunternehmen im Formular A/B, als Annex zur Verordnung 3385/94 (EWG) der Kommission vom 21.12.1994 über die Form, den Inhalt und die anderen Einzelheiten der Anträge und Anmeldungen nach der Verordnung Nr. 17 des Rates, ABl. L 377/28, geregelt. Die Rede ist von Gemeinschaftsunternehmen, bei denen eine bedeutende Veränderung in der Struktur und Organisation der Anlagen, der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen, eintritt. Zu strukturellen Gemeinschaftsunternehmen kommt es, wenn das Gemeinschaftsunternehmen existierende Aktivitäten der beiden Gründerunternehmen übernimmt oder erweitert, oder weil es neue Aktivitäten in ihrem Auftrag übernimmt. Die Rede ist von Operationen, die sich durch signifikante finanzielle, materielle und/oder immaterielle Vermögenswerte charakterisieren.

⁶⁸³ Die Problematik der „autonomen Einheit“, wie es in der 1990-Mitteilung stand, stellte aber ein Problem in Bezug auf die Gründerunternehmen dar, und die Mitteilung wurde von der Kommission in einer Reihe von Entscheidungen unter der Fusionsverordnung diesbezüglich als toter Buchstabe bezeichnet; s. Jones/Sufrin, 816.

⁶⁸⁴ Gonzales Diaz, in: Faull/Nikpay, 666.

(c) Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen ab 1998

Die VO 1310/97 führte grundsätzliche Änderungen in die Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen ein⁶⁸⁵. Zuerst wurde die Bestimmung bzgl. der kooperativen Gemeinschaftsunternehmen in Art. 3 Abs. 2 gelöscht und auch der Teil bzgl. konzentrativer Gemeinschaftsunternehmen wurde geändert⁶⁸⁶. Bis zur Änderung der FKVO durch die VO 1310/97 war die Unterscheidung maßgeblich für die Anwendbarkeit der FKVO⁶⁸⁷. Nun war die Kernfrage, ob ein Gemeinschaftsunternehmen ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen, d. h. eine dauerhafte, selbstständige wirtschaftliche Einheit ist⁶⁸⁸. Bei positiver Beantwortung dieser Frage fällt es unter dieselben Vorschriften wie jene, die für einen Zusammenschluss angewendet werden. Da aber koordiniertes Verhalten der beiden Gründerunternehmen möglich war, führte die Verordnung ein System der Doppelkontrolle ein, wie es auch dem des deutschen GWB's entspricht⁶⁸⁹. So bestimmte der neu hinzugefügte Abs. 4 in Art. 2, dass die, neben einem Gemeinschaftsunternehmen unabhängig bleibenden Unternehmen, die die Koordinierung des Wettbewerbs bezeichnen oder bewirken können, nach Art. 85 EGV a. F. beurteilt werden, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Binnenmarkt vereinbar ist⁶⁹⁰.

Die heute geltende FKVO (VO 139/2004) trat am 1.5.2004 in Kraft. Inhaltliche Änderungen berücksichtigten zwar das Ziel der höheren Effizienz im Verfahren durch entsprechende Änderungen im Prüfungsablauf⁶⁹¹ und die Einführung des SIEC Tests, beinhaltet jedoch keine Änderungen für Gemeinschaftsunternehmen⁶⁹².

⁶⁸⁵ Zu den Kritikpunkten bzgl. der Trennung von kooperativen und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen, die vor der VO 1310/97 existierten; s. *Bellamy/Child*, Rn. 5–006 u. 5–020.

⁶⁸⁶ Danach lautete die Formulierung, dass ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen ein Gemeinschaftsunternehmen ist, das auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, womit das negative Kriterium verloren ging.

⁶⁸⁷ *Kuhn*, 26.

⁶⁸⁸ Nach VO 4064/89, Rn. 12 ist gerade bedeutend, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf einem Markt die Funktionen ausüben muss, die auch von den anderen Unternehmen in diesem Markt wahrgenommen werden. Deshalb muss das Gemeinschaftsunternehmen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen, um im Rahmen der dem Gemeinschaftsunternehmen zugrunde liegenden Vereinbarungen langfristig seine Tätigkeiten ausüben zu können. Rn. 13 bestimmte noch dazu, dass im Falle, dass das Gemeinschaftsunternehmen keinen Zugang zum Markt hat, es nur eine bestimmte Funktion der Muttergesellschaft übernimmt oder es sich um ein F&E Gemeinschaftsunternehmen handelt, es kein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist.

⁶⁸⁹ *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB 2019, § 1, Rn. 286.

⁶⁹⁰ VO 1310/97, Art. 1.

⁶⁹¹ Wie etwa flexiblere Fristen und geänderte Notifizierungsformulare.

⁶⁹² Diesbezüglich ist es erforderlich, auf die Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24, hinzuweisen. Im Unterschied zu den vorherigen Bekanntmachungen werden dort die Wettbewerbsverbote

(2) Kooperative und konzentrale Gemeinschaftsunternehmen

Die Beurteilung, ob ein Gemeinschaftsunternehmen kooperative oder konzentrale Aspekte aufweist, ist auch aus heutiger Sicht nach wie vor bedeutsam, denn sie entscheidet, ob in der materiellrechtlichen Prüfung Art. 101 AEUV zur Anwendung kommt. Die Begriffe konzentrativer und kooperativer Gemeinschaftsunternehmen haben keine vorgegebene sprachliche oder rechtliche Bedeutung, sondern sind das Ergebnis einer rechtlichen Prüfung bzw. eines Prüfungsvorgangs⁶⁹³. Als kooperativ bezeichnete Gemeinschaftsunternehmen unterliegen der sog. Doppelkontrolle, die durch Art. 2 Abs. 4 und 5 der FKVO erfasst werden. Wird aber die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, wird dies nach den Kriterien des Art. 101 AEUV beurteilt. Konzentrativer Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen fallen hingegen nach Art. 3 Abs. 4 der FKVO unter den Zusammenschlussbegriff der FKVO⁶⁹⁴. Die Prüfung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens verläuft nach dem Prüfungsprogramm des Art. 2 der FKVO. Erst nach der Prüfung durch Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO kann damit abschließend entschieden werden, ob es sich um ein konzentrativer oder kooperativer Gemeinschaftsunternehmen handelt.

Ähnlich verhält es sich im Prinzip für Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen, die als kooperativ zu bezeichnen sind⁶⁹⁵ und auf welche die FKVO nicht anwendbar ist, da sie grundsätzlich vom Zusammenschlussbegriff des Art. 3 FKVO nicht erfasst sind. Die Kommission setzt durch die VO 1/2003 auf das eigenverantwortliche Verhalten der Unternehmen, die selbstständig prüfen müssen, ob die Freistellungs-voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Daneben sind die nationalen fusionskontroll- und kartellrechtlichen Vorschriften durch die Behörden der Mitgliedstaaten auf Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen anwendbar. Diese werden allerdings regelmäßig durch den Vorrang des Art. 101 AEUV verdrängt⁶⁹⁶.

(zwischen den Gründerunternehmen und dem Gemeinschaftsunternehmen), falls notwendig erachtet, für den gesamten Zeitraum der Existenz des Gemeinschaftsunternehmens bestimmt. Die vorherigen Wettbewerbsverbote beschrieben einen Zeitrahmen von drei Jahren. Komm., Bericht über die Wettbewerbspolitik 2004, Teil 1, Rn. 174.

⁶⁹³ Kuhn, 26.

⁶⁹⁴ FKVO, Art. 3 Abs. 4.

⁶⁹⁵ Kuhn, 26; Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit ABl. C 3/2; Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/54, vom 27.4.2004.

⁶⁹⁶ Henschen, in: Schulte 2005, 458.

d) Pools als Gemeinschaftsunternehmen unter der Fusionskontrollverordnung

Patentpools enthalten wie andere Technologie-Gemeinschaftsunternehmen⁶⁹⁷ eine Kooperations- und eine Technologiekomponente. Der Unterschied zu den Technologie-Gemeinschaftsunternehmen besteht darin, dass der eine Partner Zugang zu den Immaterialgütern des anderen Partners haben möchte und aus diesen Motiven bereit ist, in das Gemeinschaftsunternehmen einzusteigen. Der andere Partner hingegen möchte Zugang zu den Marketingkanälen des Erstgenannten erhalten oder ist an dessen Finanzkraft interessiert. Ihm ist bewusst, dass er dafür seine Rechte teilen muss. Seine Bereitschaft, die Kooperation einzugehen, wird deswegen durch die Sorge um seine Immateriagüter gemindert. Dies umso mehr, da der potenzielle Partner aktueller oder potenzieller Wettbewerber ist⁶⁹⁸. Eine ähnliche Situation findet sich auch bei einem Pool wieder, da die Poolteilnehmer aktuelle bzw. potenzielle Konkurrenten sind. Im Unterschied zu einem Technologie-Gemeinschaftsunternehmen existiert aber das Problem, dass eine effiziente Nutzung der eigenen Rechte nicht möglich ist, da die Rechte des Einzelnen nur einen Teil des Standards bzw. des zukünftigen Produkts darstellen. Der Pool dient also nicht der Gewinnung neuer Vermarktungskanäle (die Aufgabe des Administrators ist es zwar, den Pool als solchen zu vermarkten, nicht jedoch die Gründungsunternehmen bzw. die am Pool beteiligten Unternehmen), sondern eine optimale Nutzung der Rechte überhaupt zu ermöglichen.

Ein weiterer Unterschied eines Pools zum üblichen Gemeinschaftsunternehmen liegt in der Bestimmung der Partner. Während für die Wahl des Partners in einem Gemeinschaftsunternehmen ein Profil⁶⁹⁹ erstellt sowie eine Anzahl der Partner be-

⁶⁹⁷ Unter der Berücksichtigung des Aspekts des Technologietransfers werden Gemeinschaftsunternehmen häufig als *technological* oder als *nontechnological* bezeichnet. Ein Gemeinschaftsunternehmen, das F&E beinhaltet, wird klar als ein Technologie-Gemeinschaftsunternehmen kategorisiert, da dieses auf die Gewinnung neuer technischer Informationen gerichtet ist. Produktions-Gemeinschaftsunternehmen tragen ebenfalls eine starke Technologietransferkomponente. Selbst Marketing-Gemeinschaftsunternehmen, obwohl sie zumeist nicht technologisch ausgerichtet sind, können manchmal zu dieser Kategorie gehören, wenn sie stark auf die Know-how Erlangung abzielen; s. *Altin-Sieber*, 180.

⁶⁹⁸ *Altin-Sieber*, 181.

⁶⁹⁹ Bevor mit der Partnersuche begonnen werden kann, ist zunächst das Profil eines Gemeinschaftsunternehmens zu erstellen, wofür der Zweck der Kooperation möglichst klar umrissen werden muss. Bei einer eng abgegrenzten Zielsetzung der Zusammenarbeit bereitet die Partnerauswahl geringere Schwierigkeiten. Stehen Ziel und Zweck des Gemeinschaftsunternehmens fest, müssen die essenziellen Ressourcen definiert werden. Es ist naheliegend, dass ein Unternehmen, das über alle notwendigen Ressourcen verfügt, nicht unbedingt ein Gemeinschaftsunternehmen einzugehen braucht, es sei denn, es ist an einer Risikoverteilung interessiert. Besteht Bedarf an Ressourcen (Technologie, Marktzugang, finanzielle Mittel), müssen diese hinsichtlich ihrer Bedeutung für das spezielle Vorhaben bewertet werden. Dann stellt sich die Frage, wer Zugang zu diesen Ressourcen hat und wie viele Partner benötigt werden. Gerade für technologische Gemeinschaftsunternehmen oder F&E-Kooperationen werden sog. *Patent Maps* erstellt. Dadurch können potenzielle Partner identifiziert und auch Entwicklungen in den Technologien nachverfolgt werden; s. Beispiel in *Chen/Roco*, 68 ff. Zumal spielt auch die

stimmt wird⁷⁰⁰, ist dies bei einem Pool nicht möglich. Das entscheidende Element für die Wahl der Poolteilnehmer sind die Patentrechte. Um einen Pool, der einen Standard komplett abdecken muss, funktionsfähig zu machen, dürfen potenzielle Rechtsinhaber nicht ausgeschlossen werden.

Die Frage nach der Abgrenzung, ob ein Patentpool unter die Fusionskontrollverordnung fällt, ist mit der Frage, ob nun ein Pool ein Vollfunktions- oder ein Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist, eng verbunden. Dabei gilt zu untersuchen, wodurch sich das Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen definiert bzw. durch welche Kriterien es sich auszeichnet. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der FKVO auf die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens sind die Erfüllung der Schwellenwerte (Art. 1), das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle (Art. 3 Abs. 1) und dass das Gemeinschaftsunternehmen eine auf Dauer sowie selbstständige wirtschaftliche Einheit ist (Art. 3 Abs. 4).

aa) Gemeinsame Kontrolle

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt nur dann einen Zusammenschluss i. S. d. Art. 3 FKVO dar, wenn mehrere, voneinander unabhängige Unternehmen die Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen erwerben. Im Wesentlichen wird Kontrolle dann begründet, wenn entweder durch positive Einflussrechte oder durch Vetorechte die strategischen wirtschaftlichen Geschicke eines Unternehmens bestimmt werden können⁷⁰¹. Im Rahmen einer gemeinsamen Kontrolle wird ein bestimmender Einfluss auf das strategische Wirtschaftsverhalten dann ausgeübt, wenn die Möglichkeit gegeben ist, Entscheidungen zu blockieren und Pattsituationen herbeizuführen, die die Anteilseigner zur einvernehmlichen Festlegung der Geschäftspolitik zwingen. Zu einem solchen Konsens und damit einer gemeinschaftlichen Kontrolle können die kontrollierenden Parteien faktisch auch dann gezwungen sein, wenn zwar einem Gesellschafter das Letztentscheidungsrecht eingeräumt wird, der Ausübung dieses Rechts jedoch ein langwieriges Verfahren der Verhandlung und Schlachtung vorgeschaltet ist⁷⁰². Ob bestehende Einflussrechte auch tatsächlich ausgeübt werden oder nicht, ist unerheblich⁷⁰³. Dabei ist zu betonen, dass im Hinblick auf die Anmeldepflicht nicht nur der ursprüngliche Erwerb gemeinsamer Kontrolle ein anmeldepflichtiger Zusammenschlusstatbestand ist, sondern Veränderungen der Anzahl mehrerer Kontrollinhaber ebenfalls neue anmeldepflichtige Vorgänge darstellen, wenn sich die Anzahl der kontrollausübenden

interne Gestaltung und die F&E-Organisation bei der Schaffung eines Gemeinschaftsunternehmens eine bedeutende Rolle; s. *Tiefel/Dirschka*, in: Tiefel, 4 ff.

⁷⁰⁰ *Altin-Sieber*, 190 ff.; *Wicker*, WA & MR 1997, 297 f.

⁷⁰¹ *Henschen*, in: Schulte 2005, 423.

⁷⁰² *Kleeman*, in: Schröter/Jacob/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 3, Rn. 33.

⁷⁰³ *Henschen*, in: Schulte 2005, 276.

Unternehmen erhöht oder ein Wechsel innerhalb der kontrollierenden Unternehmen stattfindet⁷⁰⁴.

Da die am Pool beteiligten Unternehmen als Gründer des Pools ihre Rechte an das Gemeinschaftsunternehmen übertragen, ist eigentlich zu erwarten, dass im Gemeinschaftsunternehmen auch eine gemeinsame Kontrolle ausgeübt wird. Dies mag zwar in einzelnen Bereichen der Poolführung gelten wie bspw. die Lizenzbestimmung. Im Unterschied zu einem typischen Gemeinschaftsunternehmen ist aber die Inhaberschaft der relevanten Patente jene, welche entscheidenden Einfluss auf den Pool und somit die Kontrolle dieses hat. Ergeben sich Änderungen im Bereich der Technologie, bspw. durch Determinierung neuer relevanter Patente, hat dies auch Auswirkungen auf die Struktur der Poolmitglieder. Somit hat das Standardisierungsinteresse einen nicht zu verachtenden Einfluss, welcher über das Wirtschaftsinteresse eines Pool dominiert und es deswegen auch diesbezüglich der Hauptunterschied zum klassischen Gemeinschaftsunternehmen darstellt. Die rechtegebundene Möglichkeit beim Pool bzw. als Poolmitglied aufgenommen zu werden, erschwert somit die klassische Bestimmung der gemeinsamen Kontrolle und diesbezüglich eben auch jene der Beurteilung durch die FKVO. Zusätzlich besteht durch die verschiedensten Formen von Pools die Möglichkeit, dass die in der FKVO ausgeführten Kriterien der gemeinsamen Kontrolle umgangen werden. Durch die unterschiedlichen Ebenen kann, wie bspw. bei der Plattform, auch argumentiert werden, dass eine gemeinsame Kontrolle *de facto* nicht stattfindet und es eher ein standardbestimmtes Instrument ist, in dem die Einflusskontrolle auf den Pool außerhalb desselben, d. h. in den Standardisierungsorganisationen stattfindet. Tatsache ist, dass eine gemeinsame Kontrolle, wie sie bei den durch die FKVO angedachten Modellen der Gemeinschaftsunternehmen wiedergegeben werden, so bei einem Pool nicht immer notwendigerweise nachweisbar ist.

bb) Selbstständige wirtschaftliche Einheit

Geht man bei Pools von der Ausübung gemeinsamer Kontrolle aus, ist nachzuweisen, ob es sich gleichfalls um eine selbstständige wirtschaftliche Einheit handelt, die alle Voraussetzungen erfüllt, um als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen unter die FKVO zu fallen. An dieser Stelle muss geklärt werden, ob ein Pool die Kriterien einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt. Für den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens gelten die drei Kriterien (1) Selbstständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens, d. h. ein gewisser Grad wirtschaftlicher Unabhängigkeit von der Muttergesellschaft mit eigenem Marktauftritt, (2) Ausübung einer Tätigkeit, die über bloße Hilfsfunktionen hinausgeht (Vollfunktion im engeren

⁷⁰⁴ Henschen, in: Schulte 2005, 277. Dabei hat es den Anschein, dass die Kommission in ihrer früheren Praxis, der Prüfung der Vollfunktionsfähigkeit, unpräzise war, denn die Kommission soll nur in Fällen der Neugründung die Vollfunktionsfähigkeit konsequent geprüft haben, in Fällen des Kontrollwechsels war ihre Praxis aber uneinheitlich; s. Radicati di Brozolo/Gustafsson, ECLR 2003, 574 ff.

Sinne) sowie (3) ein auf Dauer angelegter Bestand des Gemeinschaftsunternehmens, als prägend⁷⁰⁵. Die Selbstständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens bezieht sich insbesondere auf die übertragenen Ressourcen (Herkunft der Mittel)⁷⁰⁶, die für die vorgesehenen Marktaktivitäten des Gemeinschaftsunternehmens ausreichend sein müssen sowie auf die geschäftliche Leitung des Gemeinschaftsunternehmens⁷⁰⁷. Dabei stellen die notwendigen Ressourcen die Grundlagen (finanzielle und personelle Ausstattung) sowie die Zurverfügungstellung der materiellen und immateriellen Vermögenswerte dar⁷⁰⁸. Schlussendlich muss auch eine operationelle Autonomie gewährleistet werden, die voraussetzt, dass das Gemeinschaftsunternehmen über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management verfügt⁷⁰⁹.

Im Fall eines Pools stellt aber die Verfügungsmacht über die Immaterialgüterrechte die Kernressource zur Gründung eines Pools dar. Dies ist sicherzustellen, indem das Gemeinschaftsunternehmen während seiner gesamten Tätigkeitszeit⁷¹⁰ über die entsprechenden Rechte verfügen kann, realisiert durch Übertragung der Rechte auf das Gemeinschaftsunternehmen oder eine unwiderrufliche Lizenzierung der Rechte für die Dauer des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens⁷¹¹.

Auf den ersten Blick entsteht der Eindruck, als würde das Kriterium der operationellen Autonomie prinzipiell vom Pool erfüllt, da die Geschäftsleitung des Pools von derer der Gründerunternehmen getrennt ist und ihr eine gewisse Selbstbestimmung zugesprochen wird⁷¹². Allerdings ist die Geschäftsleitung nicht völlig unabhängig. In Situationen, in denen der Pool eine Lizenz mit einem Dritten (nicht im Pool involvierten Unternehmen) abschließen will, ist es möglich, dass der Rechtsinhaber die Lizenzierung seiner Patente aus bestimmten Gründen verwehrt. Eine solche Lizenzverweigerung könnte zwar gegen Art. 102 AEUV verstößen, jedoch

⁷⁰⁵ Henschen, in: Schulte 2005, 423.

⁷⁰⁶ Ressourcen und Geschäftsleitung müssen eine von den Gründergesellschaften weitgehend unabhängige Tätigkeit ermöglichen.

⁷⁰⁷ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/1, Rn. 15.

⁷⁰⁸ Henschen, in: Schulte 2005, 424.

⁷⁰⁹ Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/1, Rn. 12.

⁷¹⁰ Die Frage nach der Dauer der Existenz eines Gemeinschaftsunternehmens wird zunächst nicht beantwortet. Da ein Pool von den Rechten an den Technologien abhängt, ist anzunehmen, dass nach Ablauf eines Patentanspruchs der Pool seine Existenzberechtigung verliert. Da aber die Pools auch die Weiterentwicklungen an den Technologien beeinflussen (*Grantbacks*), gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Pool nur eine gewisse Zeitspanne existieren wird.

⁷¹¹ Komm., 2. 12. 1994, M 527 (*Thomson CSF/Deutsche Aerospace*), Rn. 10.

⁷¹² Prinzipiell bleibt deswegen die Diskussion über die Doppelfunktion des Managements im Gemeinschaftsunternehmen obsolet; s. dazu Henschen, in: Schulte 2005, 427 f.; Kleeman, in: Schröter/Jacob/Mederer, EU Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 3, Rn. 96. Die TT-GVO gibt über den Poolaufbau keine ausreichenden Informationen, s. Rn. 230 ff.

sind Unternehmen berechtigt, ihre Interessen zu wahren und die dafür notwendigen Maßnahmen zu ergreifen⁷¹³. Somit ist der Pool meist nur begrenzt ermächtigt, da alle endgültigen Entscheidungen von den Patentinhabern selbst getroffen werden. Grundlegend lässt der Aufbau von Pools nicht zu, dass sie die Mehrheit ihrer Entscheidungen ohne die Zustimmung der Patentinhaber treffen können, wodurch das Kriterium der selbstständigen wirtschaftlichen Einheit nicht erfüllt ist.

e) Erkenntnisse zur Fusionskontrollverordnung

Die FKVO wäre eine Möglichkeit gewesen, Pools materiellrechtlich unter den bereits vorhandenen Normen des EU-Wettbewerbsrechts zu reglementieren, was den Vorteil hätte, dass durch die Strukturkontrollmechanismen der FKVO eine Beurteilung erfolgen würde, die alle wettbewerbsrelevanten Aspekte berücksichtigt, sowohl die fördernden als auch hindernden. Jedoch zeigen sich Unterschiede in der Natur der Wettbewerbsbeschränkungen, welche durch einen Zusammenschluss oder einen Pool entstehen können. Während eine Fusion oder ein Zusammenschluss zu einer Gesamtbündelung der unternehmerischen Ressourcen führen, werden durch einen Pool nur die Patente in ein Gesamtportfolio integriert. Deswegen stellt die Einschränkung, dass nur Gemeinschaftsunternehmen, die die Anforderungen der gemeinsamen Kontrolle und der selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen, unter die Berücksichtigung der FKVO fallen, die Schwierigkeit dar, dass Patentpools diese Anforderungen nicht erfüllen. Das Interesse von Poolmitgliedern liegt in dem erleichterten Zugang zur Technologie, was aber nicht bedeutet, dass Unternehmen deswegen die Verfügungsmacht über die Patente vollständig aus der Hand geben.

Jedoch zeigt sich hierbei der Mangel in der jetzt gültigen FKVO. Durch den Pool treten die Mitglieder auf dem vorgelegten Technologiemarkt gemeinsam auf, was nur begrenzt bei einzelnen Plattform-Modellen gilt, da dort die Einzellizenzierung der Mitglieder das gemeinsame Verhalten hindern soll. Durch das gemeinsame Verhalten und die Bündelung essenzieller Patente wird eine marktmächtige Struktur auf dem Technologiemarkt geschaffen, welche diesen signifikant beeinflussen kann. Dabei ist auch nicht relevant, dass Pools nicht wie Fusionen auf Dauer geschaffene Einheiten sind, sondern spätestens mit dem Auslauf des zuletzt gültigen Immateri-algüterrechts verbunden sind. Das Risiko besteht, dass durch die Marktmacht, welche sie auf dem Technologiemarkt ausüben, konkurrierende Technologien oder Standards nicht oder kaum entwickelt werden, sobald sich das Poolportfolio einmal durchgesetzt hat.

⁷¹³ EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (*United Brands/Kommission*), Rn. 182 ff.

6. Grundlagen des US-amerikanischen Wettbewerbsrechts

In den USA sind Antikartellgesetze sowohl auf Bundesebene als auch für die einzelnen Staaten⁷¹⁴ verabschiedet worden. Die Bundeskartellbehörden in den USA, das DoJ⁷¹⁵ und die *Federal Trade Commission* (FTC)⁷¹⁶, beschränken sich auf die Durchsetzung bundesrechtlicher Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁷¹⁷. Grundlage dieses Bundeskartellrechts sind *Sherman Antitrust Act*⁷¹⁸, *Clayton Antitrust Act*⁷¹⁹ und *Robinson-Patman Act*⁷²⁰. Diese Gesetze verbieten Kartellbildung und andere wettbewerbsschädigende Absprachen, Monopolbildung und Verdrängungswettbewerb (wie z.B. Preiskriege zur Verdrängung der Konkurrenz)⁷²¹, beinhalten ferner Regeln zur Fusionskontrolle und verbieten Formen von Preisdiskriminierung⁷²². Zwar sind sowohl das DoJ als auch die FTC direkt oder indirekt rechtlich dazu befugt, die wichtigsten Kartellrechtsnormen durchzusetzen, doch etablierte sich in der Verwaltungspraxis eine Aufgabenteilung⁷²³. Obwohl beide Behörden eng zusammenarbeiten, kann nur das DoJ bei den US-Gerichten Strafverfahren zur Ahndung von Wettbewerbsverstößen einleiten. Daher geht das DoJ regelmäßig gegen Kartellbildung und sonstiges, eklatant wettbewerbsschädigendes und damit strafbares Verhalten vor. Hingegen sind Fälle von Preisdiskriminierung typischer-

⁷¹⁴ Die jeweiligen Staaten, wie auch deren Gebietskörperschaften, natürliche und juristische Personen des Privatrechts, wie z.B. Personen- und Kapitalgesellschaften aber auch ausländische Regierungen, sind allesamt befugt, im Rahmen dieser jeweiligen Gesetze gegen Wettbewerbsverstöße vorzugehen.

⁷¹⁵ Das US-amerikanische DoJ wird von einem *Attorney General* geleitet. Es gehört als Teil der Exekutive, wie sie durch die US-amerikanische Verfassung geschaffen wurde, zur Bundesregierung. Die Durchsetzung von Bundeskartellrecht obliegt der Kartellabteilung des Justizministeriums. Sie wird, wie alle Abteilungen des Justizministeriums, von einem *Assistant Attorney General* geleitet, der vom US-Präsidenten nominiert und vom Senat bestätigt wird; s. *Campbell/Grundmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, XIV., Rn. 6.

⁷¹⁶ Die FTC ist eine vom Justizministerium unabhängige behördenähnliche Einrichtung, die vom Kongress ins Leben gerufen wurde. An ihrer Spitze stehen fünf Kommissare (*Commissioners*), die jeweils für eine Amtszeit von sieben Jahren vom Präsidenten ernannt und durch den Senat bestätigt werden. Auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts handelt die Kommission primär durch eine spezielle Abteilung, das sog. *Bureau of Competition*. Diese Abteilung leitet ein Direktor, der vom Kommissionsvorsitzenden (*Commission Chairman*) ernannt und von den anderen Kommissaren bestätigt wird; s. *Campbell/Grundmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, XIV., Rn. 7.

⁷¹⁷ Weston, GRUR Int. 1984, 125; *Campbell/Grundmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, XIV., Rn. 4.

⁷¹⁸ 15 U.S.C. §§ 1–7.

⁷¹⁹ 15 U.S.C. §§ 12–27.

⁷²⁰ 15 U.S.C. § 13–13 b).

⁷²¹ Wolf, GRUR Int. 1951, 242 ff.

⁷²² *Campbell/Grundmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, XIV., Rn. 5.

⁷²³ Zwischen den beiden Behörden bestehen Abmachungen, um Doppelarbeit zu vermeiden und um Rechtsfälle jener Behörde, mit der jeweils größeren Erfahrung oder auch den größeren Ressourcen in dem betreffenden Wirtschaftssektor, zuzuweisen.

weise ausschließlich von der FTC auf Grundlage des *Robinson-Patman* Gesetzes verfolgt worden. Sowohl das DoJ als auch die FTC überprüfen Zusammenschlüsse, Gemeinschaftsunternehmen, Lieferbestimmungen sowie Verdacht auf Monopolbildung und anderes, im Einzelfall wettbewerbsschädigendes Verhalten⁷²⁴.

*a) Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen
im US-amerikanischen Recht*

Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen ist in der seit 1890 in Kraft befindlichen *Sec. 1 Sherman Act* normiert. Dem Wortlaut nach⁷²⁵ sind sämtliche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, unabhängig von der Marktstellung der Beteiligten und von den damit verfolgten Zwecken, verboten. Da der *Sherman Act* als Rechtsfolge die „Illegalität“ nennt, war es von Beginn an notwendig, diesen weiten Verbotstatbestand seinem Zweck entsprechend einzugrenzen und Maßstäbe für eine Auslegung zu finden, die die legitime Ausübung unternehmerischer Handlungs- und Vertragsfreiheit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen abgrenzt⁷²⁶. Das geschieht durch die grundlegende Unterscheidung von *per se* verbotenen⁷²⁷ Wettbewerbsbeschränkungen und solchen, die nach der *rule of reason* beurteilt werden⁷²⁸. *Per se* verboten sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, von denen aufgrund ihres Inhalts unwiderleglich vermutet wird, dass sie wettbewerbswidrig sind. Maßgeblich ist die Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen. Auf die Drittirkung der Vereinbarung kommt es ebenso wenig wie auf die Bekämpfung vermeintlich schädlicher Wirkungen des Wettbewerbs an⁷²⁹.

⁷²⁴ Campbell/Grundmann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, XIV., Rn. 8; Bellamy/Child, Rn. 1 – 074.

⁷²⁵ Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.

⁷²⁶ *U.S. vs. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 179 (1911): „The term restraint of trade required that the words restraint of trade should be given a meaning which would not destroy the individual right to contract and render difficult if not impossible any movement of trade in the channels of interstate commerce – the free movement of which it was the purpose of the statute to protect.“

⁷²⁷ Die Entwicklung der *per se rule* reicht bis zum Beginn der US-amerikanischen Antitrustrechtsprechung; s. *U.S. vs. Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540 (1897); Hauck, 36.

⁷²⁸ Hauck, 34 ff.

⁷²⁹ *Northern Pacific Railway Co. vs. U.S.*, 302 U.S. 1, 5 (1958) „There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.“; s. Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 42.

Zu den *per se* verbotenen Absprachen gehören vor allem Preisabsprachen⁷³⁰. Als ähnlich wettbewerbsschädlich gelten Beschränkungen der Produktionsmenge oder des Absatzes, horizontale Marktaufteilungen, Submissionsabsprachen und der Boykott⁷³¹ von Wettbewerbern. Eine schlüssige Begründung für die Vermutung der Rechtswidrigkeit solcher Verhaltensweisen folgt daraus, dass sie für die beteiligten Unternehmen nur wegen der wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eine sinnvolle Regelung darstellen⁷³². Im Lichte der Eigenart der betroffenen Märkte und Produkte wird geprüft, ob die zu beurteilende Vereinbarung *redeeming virtues* aufweist, sodass kompensierende Wettbewerbsvorteile nach der *rule of reason* in die Beurteilung einzubeziehen sind⁷³³. Mithilfe der *rule of reason* soll ermittelt werden, ob eine rechtswidrige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn dies allein anhand des Inhalts der Vereinbarung nicht möglich ist. Zu berücksichtigen sind jene Tatsachen⁷³⁴, die für den speziellen Markt charakteristisch sind⁷³⁵.

Die Methode, nach der die *rule of reason* angewendet wird, wurde in der Entscheidung *Chicago Board of Trade*⁷³⁶ vorgegeben: (1) die für die Beschränkung maßgeblichen Umstände, (2) die Lage vor und nach Auferlegung der Beschränkung, (3) die Natur der Beschränkung und ihre tatsächliche oder wahrscheinliche Auswirkung, (4) ferner die Geschichte der Beschränkung, (5) das angeblich existierende Übel, (6) die Gründe für die Wahl dieser Abhilfe und (7) die dahinter stehende Absicht bzw. der Zweck, den man zu erreichen suche. Zu prüfen sei, ob die fragliche Beschränkung den Wettbewerb nur „regele“ und unter Umständen gar „förderne“ oder ob sie den Wettbewerb „unterdrücke“ oder gar „zerstöre“. Auf dieser Grundlage hat sich folgendes Prüfungsschema entwickelt: Zu ermitteln seien zunächst die Nachteile für den Wettbewerb, die sich aus einer Vereinbarung ergeben bzw. ergeben könnten; sodann das Vorliegen etwaiger *redeeming virtues*, das heißt eines legitim, dem Wettbewerb förderlichen Zwecks, der mit der Abrede verfolgt wird⁷³⁷. Eine

⁷³⁰ *U.S. vs. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

⁷³¹ *Fashion Originators Guild of America vs. FTC*, 312 US, 457 (1941).

⁷³² Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 44.

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ *White Motor Co. vs. U.S.*, 372 U.S. 253 (1963).

⁷³⁵ Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 49.

⁷³⁶ *Board of Trade of the City of Chicago vs. U.S.*, 246 U.S. 231, 283 (1918).

⁷³⁷ Der EuGH hat zu dem Fragenkreis, ob im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 des AEUV (und nicht erst bei Art. 101 Abs. 3 AEUV) eine Abwägung der Vor- und Nachteile, einer Art europäische *rule of reason*, zu interpretieren ist, erstmals im *Montecatini*-Urteil Stellung genommen. Danach kann die *rule of reason*, selbst wenn sie einen Platz im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 haben sollte, keinesfalls Kernbeschränkungen wie die klassischen Kartelle oder die vertikale Preisbindung sowie den absoluten Gebietsschutz rechtfertigen. Ferner hat der EuGH seit 2001 wiederholt die Anerkennung einer *rule of reason* im Gemeinschaftsrecht sogar ausdrücklich abgelehnt. Im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 ist danach kein Raum für eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung. Solche Abwägung sei vielmehr nur im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 der Vorschrift möglich. Der Vertrag selbst stellt bereits in Art. 101 Abs. 1 ein ausreichendes Instrumentarium

Beschränkung sei trotz eines legitimen Zwecks verbotswidrig, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelange, dass die Beschränkung zur Zweckerreichung vernünftigerweise nicht erforderlich sei, wenn also weniger restriktive Alternativen existieren, die den verfolgten Zweck ebenso gut wie die angegriffene Vereinbarung verwirklichten. Wenn die Prüfung zu keinem eindeutigen Ergebnis führe, habe das Gericht die wettbewerbsfördernden und -hemmenden Aspekte zu gewichten und abzuwägen⁷³⁸. Anders gesagt: Im Rahmen der *rule of reason* wird entschieden, was die Gerichte prüfen müssen, um eine Wettbewerbsbeschränkung festzustellen. Die dafür maßgeblichen Anhaltspunkte sind jenen, auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs einwirkenden Faktoren, zu entnehmen⁷³⁹. Die Markt- und Machtstellung der beteiligten Unternehmen gewann in der Anwendung der *rule of reason* fortschreitend größere Bedeutung, da das Ziel der Antitrust-Gesetze Effizienz ist, um so der vermuteten Ineffizienz bei Monopolen entgegenzuwirken. Je stärker die monopolistischen Elemente in einem Markt sind, desto eindeutiger ist damit die Vermutung der Ineffizienz. Die Grenze dieser Betrachtung folgt daraus, dass es außerordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich ist, die Vor- und Nachteile der Monopolisierung und ihre Auswirkungen auf die allokativen Effizienz auch nur annähernd exakt zu ermitteln⁷⁴⁰.

Trotz dieser grundsätzlich unstrittigen Rückführung der *rule of reason* auf den Schutz des Wettbewerbs war die Praxis der Gerichte uneinheitlich und führte zu sehr unterschiedlichen Interpretationen im Schrifttum. Zu irreführenden Generalisierungen gaben vor allem die Fälle Anlass, in denen der *Supreme Court* eng begrenzte Ausnahmen von dem *per se* Verbot preisregelnder Absprachen anerkannte⁷⁴¹.

zur Berücksichtigung etwaiger positiver Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Abreden zur Verfügung, sodass daneben weder die Notwendigkeit noch überhaupt die Möglichkeit zur Entwicklung einer (zusätzlichen) Ausnahme vom Kartellverbot in Gestalt einer *rule of reason* besteht. Emmerich, in: Dausen, Art. 101 AEUV, Rn. 56; Bellamy/Child, Rn. 2–063; EuGH vom 8.7.1999, Rs. C-235/92, Slg. 1999, I-4539 (*Montecatini*), Rn. 133; ebenso bereits EuG vom 10.3.1992, Rs. T-14/92, Slg. 1992, II/1155 (*Montedipe*), Rn. 265; EuG vom 6.4.1995, Rs. T-148/89, Slg. 1995, II/1063 (*Tréfilunion*), Rn. 10; EuG vom 23.10.2003, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4662 (*van den Bergh Foods*) Rn. 106 f.; Bellamy/Child, Rn. 2–063.

⁷³⁸ Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 51.

⁷³⁹ Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 55.

⁷⁴⁰ Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 53.

⁷⁴¹ Im BMI-Fall (*Broadcast Music Inc. vs. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979) ging es um die Beurteilung von Blankettlizenzen urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften. Im Kern schafft die Blankettlizenz, die alle Rechte der Mitglieder einer Verwertungsgesellschaft zu einem einheitlichen Preis zum Gegenstand hat, für die Musiknutzer ein neues Produkt und einen Markt, den es sonst nicht gäbe. Ein weiterer Fall betraf die kooperative Vergabe von Fernsehrechten an Sportveranstaltungen. Es handelte sich um die Einräumung ausschließlicher Übertragungsrechte an Football-Veranstaltungen (*National Collegiate Athletic Corporation vs. Board of Regions*, 468 US 85 (1984) durch die Colleges an eine zu diesem Zweck gegründete Trade Association. Diese vergab die Rechte unter mengenmäßigen Beschränkungen zu einheitlichen Preisen an Fernsehveranstalter. Der *Supreme Court* wendete zwar die *rule of reason* an, kam aber gleichwohl zu dem Ergebnis, dass es sich um eine verbote Wettbewerbsbeschränkung handelte. Maßgeblich war, dass es sich nicht um Wettbe-

aa) F&E-Vereinbarungen in der US-amerikanischen Regelung

Die US-amerikanische Aufsichtspraxis stimmt bei der Bewertung von F&E-Kooperationen weitgehend mit der Praxis der Kommission überein. Die Annahme, dass solche Vorhaben in der Regel positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, liegt den Vorschriften des *National Cooperative Research and Production Act*⁷⁴² zugrunde, der die Anwendung der Antitrust-Vorschriften auf F&E-Kooperationen spezifiziert⁷⁴³. Danach dürfen Behörden und Gerichte solche Vereinbarungen nur nach der *rule of reason* bewerten, ein *per se* Verbot ist unzulässig. Erklärtes Ziel des Gesetzes ist: „*to promote innovation, facilitate trade, and strengthen the competitiveness of the United States in the world markets*“⁷⁴⁴.

Die *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors* der zuständigen Wettbewerbsbehörden legen für die Kooperation auf dem Gebiet der F&E zudem eine *safety zone* fest⁷⁴⁵. Entsprechend der vorrangigen Berücksichtigung von Innovationsmärkten bestimmt sich Letztere nicht anhand von Marktanteilen der jeweiligen Unternehmen. Eine F&E-Kooperation gilt regelmäßig als unbedenklich, so lange insgesamt vier unabhängige Wettbewerber auf dem relevanten Forschungsmarkt tätig sind und über die erforderlichen Ressourcen sowie über hinreichende Anreize zur Aufnahme der F&E-Tätigkeit verfügen⁷⁴⁶. Zur Ermittlung des jeweiligen Forschungsmarktes und seiner nahen Substitute berücksichtigen die Behörden u. a. „*the nature, scope, and magnitude of the R&D efforts*“ der Unternehmen sowie „*their access to financial support; their access to intellectual property, skilled personnel, or their specialized assets, their timing; and their ability, either acting alone or through others, to successfully commercialize innovations*“⁷⁴⁷.

werbe handelte, wie sie im Rahmen einer Liga organisiert werden, bei denen der sportliche Wettbewerb ein gewisses Gleichgewicht der teilnehmenden Mannschaften und einen entsprechenden finanziellen Ausgleich voraussetzt. Das Ziel bestand vielmehr in der bundesweiten mengenmäßigen Beschränkung der Übertragung von Football-Veranstaltungen im Fernsehen, um so die Gewinne der Colleges zu erhöhen. Man mag darüber streiten, ob es der gemeinnützige Charakter der Colleges rechtfertigte, die *rule of reason* anzuwenden. Entscheidend war, dass es sich nicht um Ligafußball handelte, bei dem die Liga das marktfähige Produkt schafft. Deshalb lag ein Verstoß gegen das Kartellverbot vor. Bestätigt wird damit der Grundsatz, ähnlich wie im *BMI*-Fall, dass dort, wo ohne eine darauf gerichtete gesonderte Organisation Wettbewerb unmöglich ist, diese Organisation nicht gegen das Kartellverbot verstößt. In der Terminologie der *Chicago School* wird in diesen Fällen das Angebot zum Nachteil der Verbraucher nicht eingeschränkt; s. *Mestmäcker/Schweitzer*, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 56.

⁷⁴² Publ. L. No. 98–462, 98 Stat. 1815 (1984), ergänzt durch den National Cooperative Research and Production Act 1993, Publ. L. No. 103–42, 107 Stat. 17 (1993).

⁷⁴³ *Saunders*, MIPLR 2003, 89 ff.

⁷⁴⁴ *Mestmäcker/Schweitzer*, Gewerbliche Schutzrechte, F&E, Rn. 62.

⁷⁴⁵ FTC/DoJ, *Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors*, P. 4.2. ff.

⁷⁴⁶ IP Guidelines, P. 3.2.3 u. 4.3.

⁷⁴⁷ *Mestmäcker/Schweitzer*, Gewerbliche Schutzrechte, F&E, Rn. 63.

bb) US-amerikanische Leitlinien

Rechtsvergleichend gesehen setzte sich vor allem in den USA die Ansicht durch, dass die Ausübung und Verwertung von Immaterialgüterrechten kartellrechtlich im Grundsatz nicht anders als die von sonstigem Eigentum zu analysieren sind. Deshalb folgt auch die wettbewerbliche Würdigung den allgemeinen Regeln, und damit, je nach den normativen Vorgaben einer nationalen Kartellgesetzgebung, zu staatenweise (nicht aber zu schutzrechtsbedingt) unterschiedlichen Beurteilungen von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen. Nachdem einerseits die einst vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, wie Gebietsschutzklauseln in Vertriebsverträgen oder Bezugspflichten bzw. Kopplungsabreden, sowohl allgemein wie bei Lizenzverträgen stark einschränkende Verwaltungs- und Gerichtspraxis⁷⁴⁸ jedenfalls in der Verfolgungspraxis weitgehend aufgeweicht worden waren⁷⁴⁹, andererseits sich aber wieder eine strengere, jedoch differenzierende Rechtsprechung durchzusetzen begann⁷⁵⁰, haben das DoJ und die FTC einen neuen, gewissermaßen mittleren Ansatz gesucht und für alle Immaterialgüterrechte den Grundsatz aufgestellt, dass sie kartellrechtlich wie jedes andere Eigentumsrecht an körperlichen oder unkörperlichen Gegenständen zu behandeln seien⁷⁵¹.

Für Patentrechte sowie für Betriebsgeheimnisse wurde dies in den *Guidelines for Licensing of Intellectual Property* dann unter der doppelten Annahme näher ausgeführt, dass solche Schutzrechte von sich aus keine Marktmacht verleihen und die Lizenzvergabe regelmäßig der Zusammenführung komplementärer Produktionsfaktoren diene, im Zweifel also wettbewerbsfördernd sei⁷⁵². Dies könne namentlich auch bei der Vergabe oder dem Austausch von Lizzenzen zwischen tatsächlichen oder aktuell-potenziellen (*likely potential*) Wettbewerbern⁷⁵³, etwa bei komplementären oder schutzrechtlich abhängigen Produktionstechniken, der Fall sein, erfordere aber eine Wettbewerbsvor- und –nachteile gewichtende Abwägung⁷⁵⁴. Deswegen kann eine Beurteilung eines Lizenzvertrags, welcher Gebiets- und Verwendungsbeschränkungen beinhaltet, als wettbewerbsfördernd angesehen werden, insofern als dem Schutzrechtsinhaber das Recht vorbehalten bleibt, das Immateriagut so effektiv wie möglich zu nutzen⁷⁵⁵. Andererseits aber lasse diese Abwägung die auch sonst *per se* verbotenen oder verbotsverdächtigen Horizontalbeschränkungen, wie Preisab-

⁷⁴⁸ Ullrich, GRUR Int. 1996, 556 ff.

⁷⁴⁹ Weston, GRUR Int. 1984, 130 ff.

⁷⁵⁰ Monsanto Co. vs. Spray-Rite Service Corp. 465 U.S. 752 (1984); Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde, 446 U.S. 2, 14 ff. (1984); Eastman Kodak vs. Images Technical Services, 112 U.S. 2072 (1992).

⁷⁵¹ Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, IV. GRUR, Rn. 24.

⁷⁵² IP Guidelines, P. 2.0, 2.2, 2.3.

⁷⁵³ IP Guidelines, P. 3.3.

⁷⁵⁴ IP Guidelines, P. 3.4, 4.2.

⁷⁵⁵ IP Guidelines, P. 2.3, 3.1.

sprachen, Gruppenboykott, Kunden- oder Mengenbeschränkungen, nicht zu⁷⁵⁶. Auch Ausschließlichkeitsabreden zwischen Wettbewerbern (etwa auf der Lizenznehmerebene) können Bedenken auslösen, namentlich bei Lizenzaustauschverhältnissen zwischen marktstarken Unternehmen⁷⁵⁷. Jedoch wird die Existenz eines Horizontalverhältnisses zwischen den Parteien weitgehend verneint und eine Vertikalbeziehung nur dann nicht angenommen, wenn der Lizenzgeber nur auf dem Technologie- und nicht auf dem Produktmarkt tätig ist, sondern auch, wenn der Lizenznehmer keine gleichwertige Technologie ohne weiteres zur Verfügung hat⁷⁵⁸. Für solcherart definierte Vertikalverhältnisse, die natürlich ebenso im Hersteller-Vertriebsverhältnis vorliegen und Überlagerungen mit Horizontalbeziehungen nicht ausschließen⁷⁵⁹, sollen dann die auch sonst für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geltenden Regeln Anwendung finden⁷⁶⁰. Dies zielt einerseits auf die Gefährdung ausreichenden Marktzugangs bei Häufung paralleler Vertikalabreden (etwa Bezugs- oder Ausschließlichkeitsbindungen des Lizenznehmers)⁷⁶¹ und auf die Gefahr der Preiskoordinierung, andererseits aber auf die Zulassung tatsächlich wettbewerbsfördernder Ausschließlichkeit der Lizenzvergabe oder ihrer Kopplung an Abnahmepflichten für Zulieferungen ab⁷⁶². Die Neigung, die Wettbewerbsförderlichkeit der Lizenzvergabe sowohl bei Horizontal- als auch besonders bei Vertikalbeziehungen anzunehmen, wird im Übrigen durch die grundsätzliche Befürwortung einer *rule-of-reason*-Analyse verstärkt, die positive Lizenzeffekte betont⁷⁶³ und die ausdrücklich als Begründung dafür dient, dass solchen Lizenzabsprachen, die nicht offenbar wettbewerbsbeschränkend sind, dann die Nichtverfolgung zugesagt wird (sog. *Safe Harbour* oder *safety zone* Regelung), wenn die Lizenzvertragsparteien gemeinsam nicht mehr als 20 % des betroffenen Produkt- oder Technologiemarktes halten bzw. wenn in Ermangelung feststellbarer Marktanteile wenigstens vier weitere⁷⁶⁴, selbstständige Technologien oder Wettbewerber auf dem Markt präsent sind⁷⁶⁵.

Die IP Guidelines beurteilen einen Pool nach dem *rule-of-reason*-Prinzip. Auch wenn dies keine *ex-ante*-Beurteilung ist, wird deutlich, welche Schritte notwendig sind, damit ein Pool als wettbewerbskonform beurteilt wird. Dieser Ansatz dient im US-Rechtssystem, die Konfliktsituation zwischen Immaterialgüterrechten und

⁷⁵⁶ IP Guidelines, P. 3.1, 4.1.1, 5.1.

⁷⁵⁷ IP Guidelines, P. 4.1.2, 5.5.

⁷⁵⁸ Ullrich, GRUR Int. 1996, 560.

⁷⁵⁹ IP Guidelines, P. 3.3.

⁷⁶⁰ IP Guidelines, P. 4.1.2.

⁷⁶¹ IP Guidelines, P. 4.1.2., 5.4.

⁷⁶² IP Guidelines, P. 4.1.2., 5.3, 5.4.

⁷⁶³ IP Guidelines, P. 2.3., 3.1., 3.4.

⁷⁶⁴ IP Guidelines, P. 4.3.

⁷⁶⁵ Ullrich/Heinemann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, IV. GRUR, Rn. 25.

Wettbewerbsrechten auszugleichen⁷⁶⁶. Bei der *rule-of-reason*-Analyse ist der Kläger in der Beweispflicht darzulegen, dass die antizipierte Vereinbarung einen negativen Effekt auf den Wettbewerb innerhalb des relevanten Marktes haben wird (z. B. Erhöhung der Preise, Verringerung des Outputs, qualitative Nachteile etc.)⁷⁶⁷. Da ein einzelnes Unternehmen kaum nachweisen kann, dass eine derartige Folge eintreten wird, weisen die Kläger stattdessen einfacher nach, dass die Unternehmen durch die Vereinbarung Marktmacht erreichen⁷⁶⁸. Ist der Kläger dabei erfolgreich, wechselt die Beweislegungslast auf den Beklagten, der nun nachweisen muss, dass es Effizienzkriterien gibt, die den Wettbewerb fördern⁷⁶⁹. Für das Gericht existiert somit ein dreistufiges Verfahren, (1) die Bestimmung des relevanten Marktes, (2) der Nachweis der Marktmacht sowie (3) die Bestimmung der Effekte auf die Verbraucher⁷⁷⁰.

Somit ähnelt die *rule-of-reason*-Analyse der einer Fusionskontrolle, obwohl sie kein Verfahren ist, das durch eine öffentliche Behörde für eine *ex-ante*-Beurteilung durchgeführt wird, sondern eine Doktrin zur Abwägung eines konkreten Falles.

cc) Regelung von Nebenabreden

Wie in der EU können in den USA Nebenabreden bei der Beurteilung der Wettbewerbskonformität von Lizenzverträgen eine besondere Rolle spielen⁷⁷¹. Die Grenzen des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen wurden zunächst unter Rückgriff auf das *common law* ermittelt. Die Entscheidung *US vs. Addyston Pipe & Steel Co.*⁷⁷² knüpft an die im *common law* anerkannten Fallgruppen zulässiger

⁷⁶⁶ Worley, TJLR 2002, 302; Cabanellas/Massaguer, 29 ff.

⁷⁶⁷ Andewelt, ALJ 1984, 617 ff.; *The U.S. of America vs. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, and Providence Plantations; the Trustees of Columbia University in the City of New York; Cornell University; the Trustees of Dartmouth College; President and Fellows of Harvard College, Massachusetts Institute of technology; the Trustees of Princeton University; the Trustees of the University of Pennsylvania; Yale University, Massachusetts Institute of Technology*, (17.9.1993), 5 F.3d 658, 668 (3d Cir. 1993).

⁷⁶⁸ *The U.S. of America vs. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, and Providence Plantations; the Trustees of Columbia University in the City of New York; Cornell University; the Trustees of Dartmouth College; President and Fellows of Harvard College, Massachusetts Institute of technology; the Trustees of Princeton University; the Trustees of the University of Pennsylvania; Yale University, Massachusetts Institute of Technology*, (17.9.1993), 5 F.3d 658, 668 f. (3d Cir. 1993).

⁷⁶⁹ *The U.S. of America vs. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, and Providence Plantations; the Trustees of Columbia University in the City of New York; Cornell University; the Trustees of Dartmouth College; President and Fellows of Harvard College, Massachusetts Institute of technology; the Trustees of Princeton University; the Trustees of the University of Pennsylvania; Yale University, Massachusetts Institute of Technology*, (17.9.1993), 5 F.3d 658, 669 (3d Cir. 1993).

⁷⁷⁰ *Orson, Inc. T/a Roxy Screening Rooms vs. Miramax Film Corp., Orson, Inc., D/b/a Roxy Screening Rooms*, 79 F.3d 1358, 1367 (1996).

⁷⁷¹ S. auch Hansen, 131 ff. bzgl. F&E Vereinbarungen.

⁷⁷² *U.S. vs. Addyton Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898).

Wettbewerbsverbote in privatrechtlichen Verträgen an. Nach dieser sog. *ancillary restraints* Doktrin werden wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden vom Verbot nicht erfasst, wenn (1) der Vertrag einem nicht wettbewerbsbeschränkenden Hauptzweck dient, (2) die Nebenabrede diesem Zweck untergeordnet und notwendig ist, um den vereinbarten Hauptzweck zu verwirklichen und (3) nicht über das dadurch Gebotene hinausgeht⁷⁷³. Die vom *Supreme Court* in der *Standard Oil*⁷⁷⁴-Entscheidung aus dem Jahre 1911 aufgenommene Unterscheidung von *reasonable* und *unreasonable restraints of trade* lässt den Maßstab weitgehend offen, anhand dessen die *reasonableness* einer Wettbewerbsbeschränkung zu bestimmen ist. *Unreasonable* ist ein *restraint of trade* grundsätzlich dann, wenn er den Wettbewerb bei einer Gesamtwürdigung behindert und nicht fördert⁷⁷⁵.

(1) Gebietsbeschränkung

Im US-amerikanischen Recht werden Direktverkaufsbeschränkungen (*first sale limitations*) der Vertragsparteien meist im Zusammenhang mit ausschließlichen Lizenzen oder allgemein im Rahmen der sog. *territorial restraints* diskutiert. Auch die IP Guidelines nehmen hierzu nicht explizit Stellung. Dies liegt in erster Linie daran, dass das Lizenzkartellrecht in den USA weit weniger legalistisch als sein europäisches Gegenstück ist, weil dabei weniger auf die einzelnen Vertragsklauseln als vielmehr verstärkt auf die Gesamtwirkung der Vereinbarung und deren Potenzial zur Marktaufteilung geachtet wird⁷⁷⁶. Der Art. 261 des Patentgesetzes von 1952⁷⁷⁷ bestimmt, dass der Patentinhaber das Patentrecht oder ein Recht daran auf einen anderen entweder für das gesamte Gebiet oder nur für ein Teilgebiet der USA übertragen kann. Diese gesetzliche Bestimmung ist dahin ausgelegt worden, dass der Patentinhaber auch territorial beschränkte Patentlizenzen⁷⁷⁸ erteilen kann⁷⁷⁹. Zwar besteht nach wie vor ein starkes Präjudiz für die Rechtmäßigkeit von Gebietsbe-

⁷⁷³ Mestmäcker/Schweitzer, Art. 101, Rechtsvergleichende Grundlagen, Rn. 48.

⁷⁷⁴ *Standard Oil Co. of New Jersey vs. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911).

⁷⁷⁵ *National Society of Professional Engineers vs. U.S.*, 435 U. S. 679, 692 (1978); *Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U. S. 411, 433 (1990). Für eine klare Zurückweisung industrie-politischer Elemente z. B. Justice Steven in *National Society of Professional Engineers vs. U.S.*, 435 U. S. 679, 692 (1978): „...the purpose of the analysis is to form a judgment about the competitive significance of the restraint; it is not to decide whether a policy favoring competition is in the public interest, or in the interest of the members of an industry. Subject to exceptions defined by statute, that policy decision has been made by the Congress.“

⁷⁷⁶ Feil, 297.

⁷⁷⁷ 35 U.S.C. § 261 (1952).

⁷⁷⁸ *Rubber Co. vs. Goodyear*, 9 Wall. 788, 19 L.Ed. 566 (U.S.S.Ct. 1869); *Becton, Dickinson & Co. vs. Eisele & Co.*, 86 F.2d 267 (6th Cir. 1936); *Brownell vs. Ketcham Wire & Mfg. Co.*, 211 F.2d 121 (9th Cir. 1954); *Deering-Milliken vs. Tem-Resisto Corp.*, 160 F.Supp 463 (S.D.N.Y. 1958).

⁷⁷⁹ Schulte 1971, 153.

schränkungen⁷⁸⁰, jedoch werden in neuerer Zeit die Vereinbarungen anhand einer *rule of reason* Analyse überprüft⁷⁸¹.

Auch wenn der einzelne Patentinhaber an seine Lizenznehmer territorial beschränkte Lizenzen erteilen darf, ohne gegen die Wettbewerbsbestimmungen zu verstößen, folgt daraus noch nicht, dass solche Gebietsaufteilungen bei Patentpools zulässig sind, vor allem, da diese die Marktanteilsschwellen aufgrund ihrer Konzeption schnell überschreiten. Es gilt, folgende Fälle zu unterscheiden⁷⁸²:

- Zwei Inhaber sich gegenseitig blockierender Patente tauschen gegenseitig Lizenzen aus und teilen die Absatzgebiete für die unter diesen Patenten hergestellten Produkte untereinander auf.
- Mehrere Patentinhaber bilden einen Patentpool, übertragen ihre Patente auf diesen und erhalten Lizenzen mit der Maßgabe, dass sie die patentierten Produkte nur in getrennten, abgegrenzten Gebieten absetzen dürfen und mit der Zusicherung, dass in dem vorbehaltenen Gebiet kein anderes Mitglied des Pools tätig werden wird.
- Mehrere Patentinhaber bilden einen Patentpool, der an Außenstehende territorial beschränkte Lizenzen an den gepoolten Patenten erteilt.

Die Eigenschaft all dieser Fälle⁷⁸³ ist, dass die Gebietsaufteilung unter den Wettbewerbern auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Patentinhaber zurückgeht, die in Bezug auf ihre Wirkung auf den Marktwettbewerb untersucht werden muss⁷⁸⁴. Die Wirkung derartiger Vereinbarungen auf den Wettbewerb ist einleuchtend: Im ersten und zweiten Fall wird der Wettbewerb unter den Patentinhabern ausgeschaltet; im dritten Fall schalten die Patentinhaber den Wettbewerb unter den Lizenznehmern aus. Solche Vereinbarungen der marktbeherr-

⁷⁸⁰ Wenn allerdings miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen die Lizenz mit Verkaufsbeschränkungen lediglich zur Tarnung einer eigentlich gewollten horizontalen Gebietsaufteilung benutzen und somit den Wettbewerb, der ohne die Vereinbarung bestünde, untereinander beschränken, kann dies nicht durch das Patentrecht gerechtfertigt werden. Das dadurch verliehene Exklusivrecht darf in diesen Fällen nicht dazu benutzt werden, Kartellabsprachen zu legalisieren; s. *U.S. vs. Crown Zellerbach Corp.*, 141 F.Supp. 118, 126 ff. (N.D.Ill.1956); *U.S. vs. National Lead Co.*, 332 U.S. 319 (1947); *U.S. vs. Timken Roller Bearing, Co.*, 83 F.Supp. 284 (N.D. Ohio 1949), affirmed, 341 U.S. 593 (1951).

⁷⁸¹ *Feil*, 298; *U.S. vs. Studiengesellschaft Kohle m. b. H.*, 670 F.2d 1122, 1128 (D.C. Cir. 1981).

⁷⁸² *Schulte* 1971, 154.

⁷⁸³ Fälle in den USA, die sich auf die Gebietsaufteilung in Verbindung mit Lizenzaustausch und Patentgemeinschaftsverträgen beziehen, haben jeweils ausländische Märkte, nicht aber Märkte innerhalb der Vereinigten Staaten betroffen, *U.S. vs. Minnesota Mining & Mfg. Co.*, 92 F.Supp 947 (D.C.Mass 1950) *amended*, 96 F.Supp. 356 (D.Mass 1951); *U.S. vs. National Lead Co.*, 63 F.Supp. 513 (S.D.N.Y. 1945), *aff'd*, 332 U.S. 319 (1947); *U.S. vs. General Electric Co. (Carboloy)*, 80 F.Supp 989 (S.D.N.Y. 1948); *U.S. vs. Imperial Chemical Industries*, 100 F.Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951), 105 F.Supp 215 (S.D.N.Y. 1952); *Brownell vs. Ketcham Wire & Mfg. Co.*, 211 F.2d 121, (9th Cir. 1954).

⁷⁸⁴ *Schulte* 1971, 154.

schenden Patentinhaber bzw. des Pools sind wettbewerbswidrig⁷⁸⁵, wobei es irrelevant ist, ob die Patente rein blockierend sind.

(2) Beschränkungen des technischen Anwendungsbereichs

In den USA könnte man *field of use restrictions* zwar grundsätzlich als eine horizontale Marktaufteilung ansehen⁷⁸⁶, welche ohne immaterialgüterrechtlichen Schutz *per se* verboten wäre. Derartige Vereinbarungen werden aber in horizontalen Lizenzvereinbarungen von der Rechtsprechung seit jeher wohlwollend betrachtet und meistens aufrechterhalten⁷⁸⁷. Bedenken treten dann auf, wenn die Vertragsparteien auch ohne die Vereinbarung tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber wären und durch die Lizenz konkurrierende Technologien vom Markt ferngehalten, Lizenznehmer an der Entwicklung konkurrierender Technologien gehindert werden oder Marktaufteilungen und Preisabsprachen ermöglichen⁷⁸⁸. Vertragsvereinbarungen dieser Art werden nach der *rule of reason* geprüft⁷⁸⁹.

(3) Preisbindungen

Preisbindungen sind ein zentrales Problem des Verhältnisses zwischen Patent- und Wettbewerbsrecht⁷⁹⁰, welches trotz Jahrzehntelanger Rechtsprechung, gerade in den USA, nur teilweise gelöst ist⁷⁹¹. Trotzdem gilt prinzipiell für horizontale Preisbindungen, dass diese unter das *per se* Verbot fallen⁷⁹². Illegalität *per se* bedeutet nach der grundlegenden Entscheidung im *Socony*-Fall, dass es auf die Angemessenheit der Preise nicht ankommt, dass auch Preiswettbewerb kein zu berücksichtigendes Gegenargument ist und dass es auf die Macht, die Preise auf dem betref-

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ In anderen Fällen können *field of use*-Beschränkungen des Lizenznehmers eingesetzt werden, um Märkte und Kunden zum Schaden des Allgemeinwohls aufzuteilen, indem sie es dem Lizenzgeber als Inhaber der Technologie gestatten, seinen Markt in eine Reihe abgeschirmter, wettbewerbsfreier Teilmärkte aufzugliedern. In jedem der Teilmärkte sind die Lizenznehmer dadurch vom Wettbewerb der Lizenznehmer in anderen Teilmärkten isoliert; s. *Finnegan/Zotter*, GRUR Int. 1979, 327.

⁷⁸⁷ IP Guidelines, P. 2.3.

⁷⁸⁸ IP Guidelines, P. 2.3.

⁷⁸⁹ *Mallinckrodt, Inc. vs. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700, 708 (Fed. Cir. 1992); *General Talking Pictures Corp. vs. Western Electric Co., Inc.*, 304 U.S. 175, affirmed, 305 U.S. 124 (1938).

⁷⁹⁰ *Eklund*, 95.

⁷⁹¹ *Schulte* 1971, 138; *Folz*, 559; *Hillel*, NJTIP 2008, 84 ff.; *Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

⁷⁹² IP Guidelines, P. 3.4; *U.S. vs. A. Schrader's Son, Inc.* 252 U.S. 85 (1920); *U.S. vs. Trenton Potteries, Co.*, 273 U.S. 392, 397 ff. (1927); *U.S. vs. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 212 ff. (1940); *Mandeville Island Farms, Inc. vs. American Crystal Sugar Co.*, 334 U.S. 219, 235 (1948); *Goldfarb vs. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773 (1975); *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 343 ff. (1982); *Palmer vs. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46, 48 f. (1990).

fenden Markt durch die Vereinbarung zu beeinflussen, nicht ankommt, solange die Absicht, den Wettbewerb zu beschränken, vorliegt. Diese Absicht ist immer dann gegeben, wenn die Vertragsparteien die Preise auf dem Markt beeinflussen wollen⁷⁹³. Schwierigkeiten entstehen, wenn Preisbindungen in Verbindung mit Immateri-algüterrechten getroffen werden⁷⁹⁴. So erkennbar in der *General Electric*-Ent-scheidung⁷⁹⁵, deren Grundsätze trotz wiederholter Versuche, auch vor dem *Supreme Court*, nicht verworfen wurden, sondern lediglich zu gewissen Einschränkungen führten⁷⁹⁶.

Die US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden behandeln in den IP Guidelines die Problematik der Preisbindungen und bevorzugen hierbei einen flexibleren Ansatz anstelle eines rigiden *per se* Verbots. Danach soll in einer Art Vorprüfung (*quick look*) untersucht werden, ob die in Frage stehende Beschränkung möglicherweise zu einer effizienzsteigernden Integration wirtschaftlichen Handelns führen kann⁷⁹⁷. Bei-spielhaft werden in diesem Zusammenhang der durch die Beschränkung eventuell gesteigerte Anreiz zur Entwicklung und Vermarktung der lizenzierten Technologie durch die Lizenzvertragsparteien und die Reduzierung von Transaktionskosten ge-nannt. Sollten derartige Effizienzsteigerungen zumindest möglich sein, empfehlen die IP Guidelines eine *rule-of-reason*-Prüfung, während das strikte *per se* Verbot gelten soll, wenn dies nicht ersichtlich ist⁷⁹⁸.

Bei Patentpools gelangt man nach den geltenden Vorschriften im US-amerika-nischen Recht zu folgendem Resümee bzgl. Preisbindungen: Die Zulässigkeit von Lizenzaustauschvereinbarungen und Patentpools wurde für die Fälle bejaht, in denen eine Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Patentinhabern notwendig ist, weil anders ihre sich überschneidenden bzw. ergänzenden Patente nicht verwertet werden könnten. Könnte behauptet werden, dass ein Pool nur bei gleichzeitiger Vereinbarung über die Preise der hergestellten Produkte, welche durch die gepoolten Rechte erst möglich sind, gegründet werden kann, müssten solche Vereinbarungen als zulässig angesehen werden. Vom unternehmerischen Standpunkt her mag eine solche Preisbindung zweckmäßig sein; die Behauptung jedoch, sie sei notwendig, ist unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht haltbar. In solchen Fällen ist der Zugang zu den Erfindungen der anderen Patentinhaber notwendig, weil erst dadurch die

⁷⁹³ *U.S. vs. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 224 (1940), Fn. 59.

⁷⁹⁴ *Gilbert*, Stan. Tech. L. Rev. 2004, Rn. 41.

⁷⁹⁵ Im Kern besagte die Entscheidung, dass basierend auf der Tatsache, dass der Patent-inhaber die Lizenzierung gänzlich verweigern und so über den eigenen Vertrieb die Preise für die Produkte bestimmen könnte, er bei der Erteilung einer Lizenz an einen Dritten auch den Verkaufspreis des Lizenznehmers diktieren dürfte, um sich vor einem Preiswettbewerb durch diesen zu schützen und so eine angemessene Belohnung für seine Erfindungstätigkeit zu erhalten; s. *U.S. vs. General Electric Co.*, 272 U.S. 476, 490 (1926).

⁷⁹⁶ *U.S. vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1984); *U.S. vs. Huck Mfg. Co.*, 227 F.Supp. 791 (D.Mich.1964), affirmed, 382 U.S. 197 (1965).

⁷⁹⁷ *Feil*, 340f.

⁷⁹⁸ IP Guidelines, P. 3.4.

Möglichkeit zur Verwertung der eigenen Erfindung geschaffen wird. Die Zusicherung aber, dass alle hergestellten Produkte auch zum gleichen Preis veräußert werden, dass also der Preiswettbewerb ausgeschaltet sein soll, ist dafür nicht erforderlich⁷⁹⁹.

(4) Kopplungsvereinbarungen

In den USA wird die Zulässigkeit von Kopplungsvereinbarungen bzgl. Patenten⁸⁰⁰ sowohl nach *antitrust* Gesichtspunkten⁸⁰¹ als auch nach der *misuse doctrine* diskutiert, wobei in den letzten Jahren eine gegenseitige Beeinflussung beider Rechtsgebiete zu beobachten ist⁸⁰².

Bzgl. des *tyings* mit Blick als *misuse* wurden anfangs Kopplungsvereinbarungen mit dem Hinweis auf das vom Patentrecht verliehene absolute Monopolrecht geduldet⁸⁰³. Dies änderte sich jedoch mit der *Motion Picture*-Entscheidung⁸⁰⁴. Der *Supreme Court* stellte klar, dass *tying* als *per se-misuse* angesehen wurde, da ansonsten faktisch der Anwendungsbereich des Patents in rechtswidriger Art auf nicht geschützte Produkte ausgeweitet würde. Dieser strenge Ansatz wurde in der Folge auch auf alle anderen Arten der Patentverletzung ausgeweitet und Kopplungspraktiken wurden ständig verurteilt⁸⁰⁵. Eine erste Einschränkung einer solchen Betrachtung von *tyings* war die Ergänzung des *Patent Acts*⁸⁰⁶, das als Reaktion auf die *Mercoid* Fälle⁸⁰⁷ angesehen wurde. Die Vereinheitlichung von *antitrust* und *misuse* Lehre wurde im Jahre 1988 weitergeführt⁸⁰⁸. Demnach ist für die Annahme eines Patentmissbrauchs durch Kopplungsvereinbarungen notwendig, dass der Patentin-

⁷⁹⁹ Schulte 1971, 142 f.; Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1722; National Harrow Co. vs. Quick, 67 Fed. 130 (D.Ind. 1895); National Harrow Co. vs. Hench, 76 Fed. 667 (E.D.Pa. 1896); Standard Sanitary Mfg. Co. vs. U.S., 226 U.S. 20 (1912); U.S. vs. New Wrinkle, Inc., 342 U.S. 371 (1952).

⁸⁰⁰ Im US-amerikanischen Recht unterscheidet man freiwillig eingegangene und erzwungene Paketlizenzerträge (*voluntary package licensing* und *mandatory package licensing*); s. Ethyl Gasoline Corp. vs. U.S., 309 U.S. 436 (1940); Automatic Radio Co. vs. Hazeltine Research, Inc., 339 U.S. 827 (1950); American Securit Co. vs. Shatterprooff Glass Corp., 268 F.2d 769 (3rd Cir. 1964); McCullough Tool CO. vs. Well-Surveys, Inc., 343 F.2d 381 (10th Cir. 1965); U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005).

⁸⁰¹ Durch Sec. 3 Clayton Act, Sec. 1 Sherman Act oder Sec. 2 Sherman Act.

⁸⁰² Feil, 357.

⁸⁰³ Henry vs. A.B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912).

⁸⁰⁴ Motion Picture Patents Co. vs. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502, 518 (1917).

⁸⁰⁵ Carbice Corp. of America vs. American Patents Development Corp., 283 U.S. 27, 31 (1931); Leitch Mfg. Co., Inc. vs. Barbor Co., Inc., 302 U.S. 458, 463 (1938); Morton Salt Co. vs. G.S. Suppiger Co., 314 U.S. 488, 491 ff. (1942); B.B. Chemical Co. vs. Ellis, 314 U.S. 495 (1942); krit. zu diesem Punkt Feil, 357 f.

⁸⁰⁶ Durch 35 U.S.C. Art. 271 lit. c), und d).

⁸⁰⁷ Mercoid Corp. vs. Mid-Continentnet Investment Co., 320 U.S. 661, denied, 321 U.S. 802 (1944); Mercoid Corp. vs. Minneapolis-Honeywell Regulator, 320 U.S. 680 (1944).

⁸⁰⁸ Mit der Ergänzung des Art. 271 lit. d) Patent Act.

haber über Marktmacht⁸⁰⁹ auf dem Markt des Kopplungsprodukts verfügt. Nach Feils⁸¹⁰ Zusammenfassung kann die Rechtslage dahingehend beschrieben werden, dass ein *patent misuse* vorliegt, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Kopplungs- und gekoppeltes Produkt sind separate Produkte⁸¹¹, (2) das gekoppelte Produkt ist ein allgemein im Handel erhältlicher Artikel (*staple*), d.h. es hat andere, nicht das Patent für das Kopplungsprodukt verletzende Anwendungsmöglichkeiten⁸¹², (3) der Verkäufer hat das Angebot des Kopplungsproduktes tatsächlich von der Abnahme des Kopplungsproduktes abhängig gemacht und nicht lediglich beide Produkte gemeinsam angeboten⁸¹³ und (4) der Verkäufer verfügt über ausreichend Marktmacht auf dem Markt für das Kopplungsprodukt⁸¹⁴.

Nach *antitrust* Gesichtspunkten wurde durch den Erlass des *Sec. 3 Clayton Act* die Akzeptanz von *tying arrangements* verneint⁸¹⁵. Die Gerichte sahen von diesem Zeitpunkt Kopplungsvereinbarungen als *per se* Verbot⁸¹⁶ an⁸¹⁷. Die Existenz von Marktmacht stellt ab diesem Zeitpunkt das wichtigste Kriterium für die Beurteilung von Kopplungsvereinbarungen dar. Diese Marktmacht wird aber nicht durch das immaterielle Gut selbst geschaffen, sondern es kommt auch auf das Verhältnis zu dem gekoppelten Produkt an⁸¹⁸. Die Wettbewerbsbehörden haben in den IP Guidelines Stellungnahme zum *tying* bezogen und wollen gemäß der *rule of reason* bei der Beurteilung von Kopplungsverträgen gleichermaßen deren wettbewerbsfördernde und -hindernde Auswirkungen berücksichtigen⁸¹⁹. Somit wird nach der *rule of reson*

⁸⁰⁹ Zur Bestimmung der Marktmacht bei Kopplungsvereinbarungen *Texas Instruments, Inc. vs. Hyundai Electronics Indus. Co.*, 49 F.Supp.2d 893, 916 (E.D. Texas 1999).

⁸¹⁰ Feil, 360.

⁸¹¹ *Senza-Gel Corp. vs. Seiffhart*, 803 F.2d 661, 664 f. (Fed. Cir. 1986); *Texas Instruments, Inc. vs. Hyundai Electronics Indus. Co.*, 49 F.Supp.2d 893, 913 ff. (E.D. Texas 1999).

⁸¹² *Dawson Chemical Co. vs. Rohm & Haas Co.*, 448 U.S. 176, 200 ff. (1980); *Senza-Gel Corp. vs. Seiffhart*, 803 F.2d 661, 664 (Fed. Cir. 1986).

⁸¹³ *Senza-Gel Corp. vs. Seiffhart*, 803 F.2d 661, 664 (Fed. Cir. 1986); *Texas Instruments, Inc. vs. Hyundai Electronics Indus. Co.*, 49 F.Supp.2d 893, 917 (E.D. Texas 1999).

⁸¹⁴ *Texas Instruments, Inc. vs. Hyundai Electronics Indus. Co.*, 49 F.Supp.2d 893, 916 f. (E.D. Texas 1999).

⁸¹⁵ *United Shoe Machinery Corp. vs. U.S.*, 258 U.S. 451, 457 (1922).

⁸¹⁶ Dieses *per se* Verbot wurde durch den Einfluss der *Chicago School* dahingegen verändert, dass das Vorhandensein von Marktmacht für das Kopplungsprodukt verlangt und gewisse Rechtfertigungegründe anerkannt wurden; s. Feil, 364 f.; *U.S. vs. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F.Supp. 545 (E.D. Pa. 1960); *Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

⁸¹⁷ *International Business Machines Corp. vs. U.S.*, 298 U.S. 131, 137 ff. (1936); *Times-Picayune Publishing Co. vs. U.S.*, 345 U.S. 594, 605 (1953); *Northern Pacific Railway Co. vs. U.S.*, 302 U.S. 1, 11 (1958); *U.S. vs. Loew's, Inc.*, 371 U.S. 38 (1962); *Fortner Enterprises, Inc. vs. U.S. Steel Corp.*, 494 U.S. 495, 497 u. 501 ff. (1969); im Fall *Standard Oil Co. of California vs. U.S.*, 337 U.S. 293, 305 f. (1949) sagt das Gericht explizit: „*Tying arrangements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition*“.

⁸¹⁸ *Illinois Tool Works, Inc. vs. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

⁸¹⁹ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 556.

in Betracht gezogen, ob⁸²⁰: (1) der Verkäufer oder Lizenzgeber eine gewisse Marktmacht in Bezug auf den Markt für das Kopplungsprodukt (*tying product*) hat, (2) die Kopplungsabrede einen negativen Effekt auf den Wettbewerb des relevanten Markts für das gekoppelte Produkt (*tied product*) hat und (3) die effizienzsteigernden Wirkungen der Abrede die wettbewerbsbeschränkenden Effekte nicht ausgleichen.

Wie andere Unternehmen bedienen sich auch Patentpools einer Vielzahl von Kopplungsklauseln, wobei aber die Fälle als wettbewerbsbeschränkend anzusehen sind, in denen Patentpools die Vergabe einer Außenlizenz an einen Dritten von der Annahme von Lizenzen an anderen Patenten bzw. an nicht essenziellen Patenten abhängig machen. Generell werden auch hier die gleichen Grundsätze wie beim *tying* angewendet, sodass es zunächst entscheidend darauf ankommt, ob das Lizenzbündel aufgezwungen wurde⁸²¹. Nur in besonderen Ausnahmefällen, etwa zur Markteinführung einer hoch komplizierten, noch unerprobten Technik, kann sich eine derartige Kopplung zur Gewährleistung des Funktionierens des Systems als notwendig erweisen⁸²².

(5) Nichtangriffsklauseln

Nichtangriffsklauseln werden sowohl in der EU als auch in den USA als Instrument gesehen, welche die Rechtsposition des Patents noch stärker festigen soll⁸²³, jedoch wurden sie über Jahre unterschiedlich in den USA und der EU bewertet. Dabei gab es seit der *Lear, Inc vs. Adkins*-Entscheidung⁸²⁴ selbst in den USA unterschiedliche Auslegungen der Nichtangriffsklauseln. Das Bundesberufungsgericht für den Bundeskreis (*Federal Circuit*) sah in den Nichtangriffsklauseln ein Instrument zur Förderung des Patentsystems und entschied in solchen Fällen, dass die Durchsetzbarkeit von Nichtangriffsabreden gestattet wurde⁸²⁵. Anders hingegen beurteilten die Bundesgerichtsbezirke den Sachverhalt, welche solche Fälle als Hindernis für den freien Wissensaustausch sahen⁸²⁶. Poolvereinbarungen, welche als Resultat eines Nichtangriffspaktes zwischen horizontalen Wettbewerbern zur Verhinderung oder Beilegung von Patentstreitigkeiten entstanden, wurden durch den *Supreme Court* bis zur *Singer*-Entscheidung⁸²⁷, die einen Lizenzaustausch zwischen den Unternehmen *Singer* und zwei weiteren, mit *Singer* im Wettbewerb stehenden,

⁸²⁰ IP Guidelines, P. 5.3.

⁸²¹ *Feil*, 375.

⁸²² *U.S. vs. Jerrold Elec. Corp.* 187 F.Supp. 545 (E.D.Pa. 1960), affirmed 365 U.S. 567 (1961).

⁸²³ *Orstavik*, IIC 2005, 87.

⁸²⁴ *Lear Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653, 664 (1969).

⁸²⁵ *Baseload Energy, Inc. v. Roberts*, 619 F.3d 1357 (Fed. Cir. 2010); *Flex-Foot v. CRP*, 238 F.3d 1362 (Fed. Cir. 2001).

⁸²⁶ *Massillon-Cleveland-Akron Sign Co. v. Golden State Advertising Co.*, 444 F.2d 425 (9th Cir. 1971); *Bendix*, 421 F.2d 809; *Warner-Jenkinson Co. v. Allied Chemical Corp.*, 567 F.2d 184 (1977).

⁸²⁷ *U.S. vs. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174 (1963).

europäischen Produzenten betraf⁸²⁸, lange Jahre als wettbewerbskonform angesehen⁸²⁹. Der *Supreme Court* stellte fest, dass sich die Parteien durch das Lizenztauschabkommen verpflichteten, weder direkt noch indirekt die beiderseitigen Patentanmeldungen anzugreifen, alles zu unterlassen, was die gegenseitigen Patentansprüche vor oder nach der Patenterteilung einschränken könnte und sich zu unterstützen, die Patente mit so umfassenden Ansprüchen wie möglich zu erteilen⁸³⁰. Entsprechend diesem Abkommen legten *Singer* und *Gegauf* den Interferenzstreit⁸³¹ bei⁸³². Auch wenn durch den *Supreme Court* nicht abschließend geklärt wurde, wer bei der Lösung des Interferenzverfahrens durch das Patentamt die Patentpriorität zugesprochen bekommen hätte, ging es aber darauf ein, dass möglicherweise aufgrund des bisherigen Standes der Technik überhaupt kein Patent erteilt worden wäre, was den *Supreme Court* veranlasste, einen Verstoß gegen den *Sherman Act* zu sehen⁸³³. Auch wenn durch die Ergänzung des US-amerikanischen Patentgesetztes⁸³⁴ die Möglichkeit genommen wurde, Interferenzstreitigkeiten auf diesem Weg vertraglich vorzubestimmen, zeigt das Beispiel eine der möglichen Gefahren von Patentpools.

(6) Rücklizenz-Verpflichtung

In den USA ist die grundlegende Entscheidung bzgl. der *Grantback*-Klauseln die *Trans-Wrap*-Entscheidung⁸³⁵, in welcher der *Supreme Court* entschied, dass die Verpflichtung des Lizenznehmers, seine Verbesserungserfindung auf den Lizenz-

⁸²⁸ Das Abkommen war gegen die japanischen Hersteller von Nähmaschinen, mit dem Ziel deren Wettbewerb auf dem US-amerikanischen Markt auszuschalten, was diesbezüglich schon Sec. I *Sherman Act* verletzte.

⁸²⁹ *Bement vs. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902); *Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S.*, 283 U.S. 163 (1931).

⁸³⁰ *U.S. vs. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174, 198 f. (1963).

⁸³¹ Wenn in den USA zwei oder mehr Erfinder dieselbe oder im Wesentlichen dieselbe Erfindung zum Patent anmelden, so wird das Patent nicht notwendigerweise dem ersten Anmelder erteilt; vielmehr wird, mit gewissen Einschränkungen, die Frage der Priorität zwischen den Anmeldern entschieden. In einigen Fällen ist es also möglich, dass ein späterer Anmelder das Patent erhält, obwohl ein anderer und von ihm unabhängiger Erfinder eine frühere Patentanmeldung für dieselbe Erfindung eingereicht hatte. *Federico*, IIC 1972, 21 ff.; *Federico*, GRUR 1972-I, 99 ff.; *Federico*, GRUR 1972-II, 150 ff.

⁸³² *Singer* zog seine entgegenstehenden Patentansprüche zurück, woraufhin das Interferenzverfahren, noch bevor es das Prozessstadium erreichen konnte, für beendet erklärt wurde. Das Patent wurde *Gegauf* erteilt und entsprechend dem gemeinsamen Plan, die Japaner von diesem Markt fernzuhalten, an *Singer* verkauft; s. *U.S. vs. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174, 198 f. (1963).

⁸³³ *U.S. vs. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174, 199 f. (1963); *Schulte* 1971, 126.

⁸³⁴ 35 U.S.C 135 (c), Pub.L. 87–831 vom 15.10.1962, 76 Stat. 958.

⁸³⁵ *Transparent-Wrap Mach. Corp. vs. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637 (1947).

geber zu übertragen, nicht *per se* gegen den *Sherman Act* verstöße⁸³⁶. Diese Entscheidung entgegnete der bis dahin üblichen Analogie mit den Kopplungsverträgen, nach denen es nicht zulässig ist, die Lizenzerteilung an einem Patent von der Annahme einer Lizenz an einem anderen Patent abhängig zu machen⁸³⁷. Kopplungsverträge unterscheiden sich von *Grantback-Klauseln* zwar dadurch, dass der ursprüngliche Lizenzgeber ein wichtiges und gerechtfertigtes Interesse daran hat, dass ihm der Zugang zu den Weiterentwicklungen seiner Erfindung erhalten bleibt, und dass durch das Verbot solcher Klauseln der Umfang der Lizenzerteilung wahrscheinlich stark zurückgehen würde. Derartige Klauseln dürfen aber nicht zu Zwecken benutzt werden, die über das anzuerkennende Interesse des ursprünglichen Lizenzgebers hinausgehen⁸³⁸. Im Zuge der *Trans-Wrap*-Entscheidung prüfen die Gerichte *Grantback-Klauseln* nach der *rule of reason* und sind ihnen gegenüber prinzipiell wohlwollend⁸³⁹ eingestellt⁸⁴⁰. So nehmen die IP Guidelines eine Gewichtung derartiger Regelungen vor, indem sie die wettbewerbsfördernde Wirkung vor allem von nicht ausschließlichen *Grantback-Klauseln* anerkennen⁸⁴¹, d. h. die IP Guidelines lehnen an die geltende Rechtsprechung an und prüfen die Vereinbarungen nach der *rule of reason*.

dd) Rechtsvergleich zwischen den Leitlinien zur TT-GVO und IP Guidelines

Ein Vergleich der Leitlinien zur TT-GVO mit den IP Guidelines soll klären, ob die rechtliche Stellung beider gleich ist. Sowohl die Leitlinien zur TT-GVO als auch die IP Guidelines versuchen eine Hilfestellung zu geben, um einen wettbewerbskon-

⁸³⁶ *Transparent-Wrap Mach. Corp. vs. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637, 648 (1947), „We only hold that the inclusion in the license of the condition requiring the licensee to assign improvement patents is not per se illegal and unenforceable.“

⁸³⁷ *Technograph Printed Circuits, Ltd. vs. Bendix Aviation Corp.*, 218 F.Supp. 1, 49 (D.Md. 1963).

⁸³⁸ *Schulte* 1971, 118.

⁸³⁹ Trotz der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörden in den USA zuerst durch die *nine no no's* den *Grantback-Klauseln* äußerst kritisch gegenüberstanden, hat sich dies mit der Zeit geändert.

⁸⁴⁰ *Modern Art Printing Co. vs. Skeels*, 123 F.Supp. 426, 433 (D.N.J. 1954); *U.S. vs. E. I. Du Pont de Nemours & Co.*, 118 F.Supp. 41, 223 ff. (D. Del. 1953); *International Nickel Co. vs. Ford Motor Co.*, 166 F.Supp. 551, 565 f. (S.D.N.Y. 1958); *Binks Mfg. Co. vs. Ransburg Electro-Coating Corp.*, 281 F.2d 252, 259 (7th Cir. 1960); *Zajicek vs. Koolvent Metal Awning Corp. of Am.*, 283 F.2d 127, 131 f. (9th Cir. 1960); *Well Surveys, Inc. vs. McCullough Tool Co.*, 199 F.Supp. 374, 395 (N.D.Okla. 1961); *Barr Rubber Products Co. vs. Sun Rubber Co.*, 277 F.Supp. 484, 506 (S.D.N.Y. 1967); *Old Dominion Box Co. vs. Continental Can Co.*, 273 F.Supp. 550, 569 ff. (S.D.N.Y. 1967); *San Marino Electronic Corp. vs. George J. Meyer Mfg. Co.*, 155 U.S.P.Q. 617, 626 (C.D. Cal. 1967); *Santa Fe-Pomeroy, Inc. vs. P & Z Co.*, 569 F.2d 1084, 1098 ff. (9th Cir. 1978); *Robintech, Inc. vs. Chemidus Wavin Ltd.*, 450 F.Supp. 817 (D.D.C. 1978); *Lightwave Technologies, Inc. vs. Corning Glass Works*, 1991 WL 4737, 19 U.S.P.Q.2d 1838 (S.D.N.Y. 1991).

⁸⁴¹ IP Guidelines, P. 5.6.

formen Pool zu gründen und dabei die unternehmerische Freiheit zu gewährleisten.⁸⁴²

Bei den IP Guidelines handelt es sich um eine Verwaltungsrichtlinie⁸⁴³, *policy statement*, die auf dem US-amerikanischen *case law* basiert⁸⁴⁴. Sie sind nicht als bindendes Recht anzusehen, d. h. sie binden die Gerichte nicht an die dort niedergelegte Sichtweise der Wettbewerbsbehörden⁸⁴⁵, allerdings berücksichtigen die Gerichte den Inhalt der IP Guidelines als „Stellungnahmen“ dieser⁸⁴⁶. Der Ursprung der IP Guidelines liegt in den Prüfungen der Unternehmensaktivitäten durch die sog. *railroad letters* von 1939⁸⁴⁷ und die Gesetze von 1977 und 1979, denen sie angepasst wurden⁸⁴⁸, sodass die Behörden diesbezüglich nicht auf Zusammenschlüsse, sondern auf andere Unternehmensvereinigungen/-aktivitäten⁸⁴⁹ zielen. Die Kernprinzipien der jetzigen IP Guidelines wurden den *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* entnommen, die 1988 verfasst wurden.

Poolbildung wird in den IP Guidelines als ein generell wettbewerbsförderndes Instrument gesehen, welches Blockadesituationen lösen, Kosten reduzieren und generell die Verbreitung von Technologien erhöhen kann⁸⁵⁰. Neben diesem werden auch Fälle beschrieben, in denen die Poolvereinbarung negative Wettbewerbsswirkungen verursachen kann. Dabei ist aber zu beachten, dass die IP Guidelines zwei führende Entscheidungen bzgl. Pools nicht erwähnen⁸⁵¹. Dies ist nicht nachvollziehbar, da gerade diese beiden zur Entwicklung der Wettbewerbsbeurteilung von Pools beitrugen.

Das Prinzip, sich nach rechtlich nicht bindenden Leitlinien zu richten, wie im Falle der Leitlinien zur TT-GVO, ist eine verhältnismäßig neue Form im europäischen System der Verordnungen und Richtlinien. Die Leitlinien zur TT-GVO definieren ihre Funktion ambitionierter als die IP Guidelines, da sie nicht nur als Orientierungshilfe für die Anwendung der TT-GVO dienen, sondern auch zur Anwendung von Art. 101 auf Technologietransfer-Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der TT-GVO fallen⁸⁵². Die IP Guidelines hingegen stellen nur

⁸⁴² Barona, 51.

⁸⁴³ Heinemann, 62.

⁸⁴⁴ Hayslett, JIPL 1996, 393; Bodewig, GRUR Int. 1997, 960.

⁸⁴⁵ Bodewig, GRUR Int. 1997, 961.

⁸⁴⁶ Hauck, 31.

⁸⁴⁷ DOJ, Antitrust Division Manual, Chapter III, H.1.a.

⁸⁴⁸ Antitrust Division business review procedure 28 C.F.R. 50. 6 u. General Procedures FTC16 C.F.R. 1.1. ff.

⁸⁴⁹ DOJ, Antitrust Division Manual, Chapter III, H.1.a. Heutzutage wird das *Business Review Procedure* nur noch bei bestimmten Zusammenschlüssen, die das Gesundheitswesen betreffen, angewandt.

⁸⁵⁰ IP Guidelines, P. 5.5.

⁸⁵¹ Die beiden Fälle sind *Hartford-Empire* sowie *Standard Oil*.

⁸⁵² Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 2.

die Wettbewerbsgrundsätze der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörden dar⁸⁵³. Sie konkretisieren die Aufsichtspraxis der US-Behörden, ohne verbindlich zu sein oder die Rechtsprechung festlegen zu können, wobei sie aber die Ziele und Prinzipien erkennen lassen, von denen sich die US-Behörden bei der Anwendung der Antitrust-Gesetze im Bereich der Immaterialgüterrechte leiten lässt⁸⁵⁴.

Pools wurden in den bisherigen Entscheidungen der Kommission immer anhand der Einzelfreistellung als wettbewerbskonform erklärt, jedoch wurden sie nicht in den Normbereich der TT-GVO aufgenommen⁸⁵⁵. Die Leitlinien sind in dieser Hinsicht ein Novum, da sie über den Rechtsrahmen der TT-GVO hinausgehen und Pools als solche bespricht sowie eine grundlegende Hilfestellung zum wettbewerbskonformen Aufbau dieser gibt. Ausgehend von einer wirtschaftsorientierten Sichtweise kommen die Leitlinien im Ergebnis zu einer eher wohlwollenden Bewertung von Poolvereinbarungen im Spannungsfeld⁸⁵⁶ effektiver Wertschöpfung von Technologien auf der einen und wettbewerbsbeschränkender Auswirkung von Horizontal-Vereinbarungen auf der anderen Seite⁸⁵⁷.

b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im US-amerikanischen Recht

Nach Sec. 2 *Sherman Act* sind Tätigkeiten einer einzelnen Person oder auch Gruppen, die als Monopolisierung oder Versuch der Monopolisierung anzusehen sind⁸⁵⁸, verboten. Gleches gilt von jedem Zusammenwirken oder von jeder *conspiracy*, die eine solche Monopolisierung als Ziel anstrebt. Dabei urteilte der *Supreme Court*, dass die bloße Akkumulation von Patenten, gleichgültig wie vieler, nicht schon an sich illegal sei⁸⁵⁹. Zusammenfassend aus dem *Spectrum Sports*⁸⁶⁰ Fall wurde zum Versuch der Monopolisierung gesagt, dass ein Ankläger beweisen muss, dass (1) der Beklagte ein wettbewerbswidriges Verhalten an den Tag legt mit (2) einer spezifischen Absicht zu monopolisieren und (3) eine gefährliche Wahrscheinlichkeit

⁸⁵³ IP Guidelines, P. 1.0.

⁸⁵⁴ *Hayslett*, JIPL 1996, 392; *Hamilton*, Comp. L. Rev. & Tech. J. 2002, 24.

⁸⁵⁵ S. dazu vorne C.I.3.d).

⁸⁵⁶ Drei Grundannahmen sind dabei zu beachten: In Übereinstimmung mit dem Unionsrecht ist es unstrittig, dass das Schutzrecht als solches seinem Inhaber keine Marktmacht verleiht. Die Lizenzierung von Schutzrechten wird wegen der Integration sich ergänzender Produktionsfaktoren grundsätzlich als wettbewerbsfördernd eingestuft. Daraus ergibt sich jedoch kein Vorrang schutzrechtlicher Regeln, sondern eine kartellrechtliche Gleichbehandlung mit anderen Sachverhalten; s. *Feil*, IIC 2005, 37 ff.; *Heinemann*, 63 ff.

⁸⁵⁷ *Ullrich*, in: *FS Immenga*, 405; *Hauck*, 136.

⁸⁵⁸ FTC, *In the Matter of Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation*, P. II, die FTC Klage beinhaltete auch den Punkt des *attempt to monopolize*.

⁸⁵⁹ *Automatic Radio Co. vs. Hazeltine Research, Inc.*, 339 U.S. 827 (1950); *U.S. vs. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416. (C.A. 2, 1945); *U.S. vs. United Shoe Machinery Corp.*, 109 F.Supp. 295 (D. Mass., 1953).

⁸⁶⁰ *Spectrum Sports, Inc. vs. McQuillian*, 506 U.S. 447 (1993).

besteht, dass der Beklagte Monopolmacht erreicht. Im Falle, dass eine Unternehmung systematisch Patente aufkauft, um Marktmacht zu erringen oder zu festigen, wäre dies eine illegale Monopolisierung. Der Versuch, den Markt für potenzielle technologische Wettbewerber zu schließen, ist gleichfalls illegal⁸⁶¹. Das Monopolisieren einer Technologie durch systematischen Ankauf von Patenten behindert den technischen Fortschritt. Um dieser Behinderung entgegenzuwirken, reicht es meistens nicht aus, wenn das Unternehmen oder der Pool, wie es in Antitrustprozessen üblich ist, zur Erteilung von Zwangslizenzen verurteilt wird. Doch selbst gebührenfreie Zwangslizenzen setzen den technologischen Wettbewerb noch nicht frei, denn sie belassen dem Inhaber des Patentportfolios das Recht, reziproke Lizenzen zu fordern. Da vor allem in Industrien mit komplexen, weit verzweigten Technologien Patente im Allgemeinen nicht wegen der Lizenzennahmen, sondern wegen der Technologieaustauschbarkeit beantragt werden, tangiert die gebührenfreie Zwangslizenz den entscheidenden Stützpfeiler der Marktmacht überhaupt nicht⁸⁶². Es gilt festzustellen, dass der Austausch von Patentrechten unzulässig ist⁸⁶³, wenn er zur Reglementierung eines ganzen Industriezweiges, zur Festsetzung von Preisen, zur Beschränkung der Lizenzerteilung an außenstehende Dritte oder zum Versuch unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung führt⁸⁶⁴. Bereits in der grundlegenden *Standard Oil*-Entscheidung hatte der *Supreme Court* ausgesprochen, dass der Austausch von Patentrechten zu Wettbewerbsbeschränkungen führen könne. Zwar geben Patentrechte ihren Inhabern gerade die rechtmäßige Befugnis, andere von ihrer Benutzung auszuschließen, doch macht die zur Marktbeherrschung führende Zusammenarbeit mehrerer Patentinhaber die Ausübung dieser Befugnis, d.h. die Verweigerung von Lizenzen, unzulässig⁸⁶⁵. Die Tatsache, dass die Beteiligten Inhaber durch den Patentschutz gewährter Monopolstellungen sind, nimmt sie nicht von den Verbotstatbeständen des *Sherman Act* aus. Der *Supreme Court* wies jedoch darauf hin, dass die Folgen eines Patentaustausches und seine Durchführung im Einzelfall sehr sorgfältig untersucht werden müssen, um zu einer endgültigen rechtlichen Beurteilung zu gelangen. Stehen die Vorteile eines Pools zu angemessenen Bedingungen allen Unternehmen zur Verfügung, die ihrerseits eine Beteili-

⁸⁶¹ *Kauffer*, 144.

⁸⁶² *Kauffer*, 197.

⁸⁶³ Die wesentlichen Grundsätze sind in der Entscheidung *Besser Manufacturing* entstanden. In der Vereinbarung der wechselseitigen Zustimmungspflicht für die Lizenzen an Dritte sah das Gericht die Vereinbarung einer wechselseitigen Ausschließlichkeit. Dies und andere Verhaltensweisen sah es als eine Festigung und Erweiterung der Monopolstellung darüber hinaus an, was zum Schutz des Patentmonopols notwendig sei und führte zur Verurteilung wegen des Verstoßes gegen Sec. 1 und Sec. 2 *Sherman Act*; s. *Besser Mfg. Co. vs. U.S.*, 96 F.Supp. 304, 304, 311 u. 314 (E.D.Mich. 1947), aff'd 343 U.S., 444.

⁸⁶⁴ *U.S. vs. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174 (1963).

⁸⁶⁵ *Wörz*, 118; *U.S. vs. IBM*, 1956 Trade Cas. (CCH) § 68.245 (S.D.N.Y. 1956), amended 1963 Trade Cas. (CCH) § 70.628 u. 1971 Trade Cas. § 73,453.

gung wünschen, dann allerdings wird der Wettbewerb eher gefördert als beschränkt⁸⁶⁶.

Die Lizenzverweigerung gilt als Standardfall der Ausübung negativer Vertragsfreiheit, wobei sie typischerweise die Ebene des Technologiemarktes betrifft. Vorausgesetzt, es besteht Monopolmacht auf dem betroffenen Markt, muss das *exclusionary conduct* allfälligen Effizienzen gegenübergestellt werden, um zu entscheiden, wann eine Lizenzverweigerung die Anforderungen eines Eingriffs nach Sec. 2 erfüllt⁸⁶⁷. Gerade die Nutzung eines Pools als Mittel der Lizenzverweigerung hat in der Fallpraxis der US-amerikanischen Gerichte gezeigt, dass mögliche Effizienzen nicht vorliegen. Es wäre demnach möglich, den Pool als eine Art *essential facilities*⁸⁶⁸ anzusehen, welcher dementsprechend zusätzlich auf die Wettbewerbskonformität achten muss⁸⁶⁹. Ein Beispiel stellt die Entscheidung zwischen *Zenith Radio Corp.* und *Hazeltine Research*⁸⁷⁰ dar. Mehrere kanadische Elektronikhersteller (zumeist Zweigniederlassungen US-amerikanischer Unternehmen) hatten sich zusammen geschlossen und eine Patent-Holding-Gesellschaft in Kanada gegründet⁸⁷¹. Sämtliche Patentrechte wurden an diese Holding-Gesellschaft übertragen, die dafür Paketlizenzen für die Herstellung elektronischer Geräte in Kanada erteilte. Ausländischen Firmen wurde allerdings die Gewährung von Lizenzen verweigert. Wesentlicher Punkt der Überprüfung war die Gründung dieses Patentpools zu dem ausschließlichen Zweck, den Import elektronischer Waren nach Kanada zu verhindern⁸⁷², um so die an dem Pool beteiligten Unternehmen vor Wettbewerb durch US-amerikanische oder andere ausländische Firmen in Kanada zu schützen⁸⁷³.

Das allgemeine Verbot der Monopolisierung und des Versuchs dazu⁸⁷⁴ wird einschränkend dahin ausgelegt, dass die Verhaltensweise ein wettbewerbsfremdes

⁸⁶⁶ Andewelt, ALJ 1984, 614 ff.; Craig, GRUR Int. 1971, 13.

⁸⁶⁷ Früh, 395.

⁸⁶⁸ Der Ursprung der *essential facilities* Doktrin wird im Fall *U.S. vs. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912) verortet und findet seine Fortsetzung in einer Stellungnahme in der Entscheidung *Associated Press vs. U.S.*, 326 U.S. 1 (1944).

⁸⁶⁹ Bei der *essential facilities* Doktrin geht man davon aus, dass Monopolmacht vorliegt, wenn eine „wesentliche Einrichtung“ besteht, die nicht reproduzierbar ist, weil die Reproduktion wirtschaftlich unmöglich ist oder sinnlos wäre. Die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen zur *essential facilities* Doktrin umfassen sowohl Monopolisierung als auch *exclusionary conduct*: Ist die Verweigerung des Zugangs zu einer nicht duplizierbaren wesentlichen Einrichtung nicht durch *legitimate business reasons* gerechtfertigt, löst sie einen Kontrahierungszwang aus. Früh, 399 ff.

⁸⁷⁰ *Zenith Radio Corp. vs. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969).

⁸⁷¹ Die Vereinbarung enthielt zahlreiche Strategien und Vorgehensweisen. Unternehmen, deren Interesse dem Vertrieb ausländischer Produkte galt, wurden durch die Ankündigung von Sanktionen wie Liefersperren, Verweigerung von Serviceleistungen etc. entmutigt; s. Wörz, 115.

⁸⁷² *Zenith Radio Corp. vs. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100, 114 ff. (1969).

⁸⁷³ Wörz, 114.

⁸⁷⁴ *Spectrum Sports, Inc. vs. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993).

Element enthält und nicht lediglich Konsequenz überlegener Marktleistung ist (*thrust-upon defense*)⁸⁷⁵. Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes für die Bestimmung von Marktmacht stehen die Austauschbarkeit von Produkten (*inter-changeability of use*) und die Kreuzpreiselastizität (*cross elasticity of demand*) im Vordergrund⁸⁷⁶. Im Ergebnis werden die Märkte tendenziell eher weit abgegrenzt⁸⁷⁷. Im Gegensatz zu Sec. 2 *Sherman Act* verbietet Art. 102 AEUV den Erwerb einer marktbeherrschenden Stellung als solche nicht, sondern nur deren missbräuchliche Ausnutzung. So etwas liegt vor, wenn das Unternehmen den Zugang zu technischem Wissen unnötig erschwert, die Lizenzierung verweigert oder Know-how nicht weitergibt. Das Monopolverbot nach Sec. 2 *Sherman Act* erfasst Fälle⁸⁷⁸ wie den Aufkauf von Wettbewerbern oder entsprechende Gemeinschaftsunternehmen, Ausschließlichkeitsbindungen und Kopplungsverträge⁸⁷⁹, in seltenen Fällen auch den Einsatz von Kampfpreisen (*predatory practices*). Unter dem Eindruck ökonomischer Erkenntnisse, zunehmender Globalisierung von Märkten und allgemeiner Tendenzen zur Deregulierung wurde die Wettbewerbsaufsicht in der jüngeren Vergangenheit⁸⁸⁰ eher zurückgenommen, wenn auch nicht durchgehend⁸⁸¹. Demzufolge wird das „schwere Geschütz“ des Sec. 2 *Sherman Act* nur selten eingesetzt⁸⁸². Die Marktkräfte bewirken jedenfalls in Sektoren wirtschaftlicher Dynamik häufig einen schnelleren Abbau von Monopolmacht, als dies Rechtsverfahren leisten können. Zudem pflegen Verfahren nach Sec. 2 *Sherman Act* besonders großen Aufwand zu erfordern, der an anderer Stelle effizienter eingesetzt werden kann⁸⁸³.

c) Fusionskontrolle im US-amerikanischen Recht

Die materiellen Maßstäbe der Fusionskontrolle sind in den USA in Sec. 7 *Clayton Act* geregelt, nachdem, ähnlich wie im Unionsrecht, zunächst versucht worden war, dafür das Kartellverbot und Monopolisierungsverbot der Sec. 1 und 2 *Sherman Act* zu nutzen. Die Fusionskontrolle ist präventiv ausgerichtet. Nach dieser ist die teilweise oder vollständige Übernahme eines Unternehmens durch ein anderes illegal, wenn die darauffolgenden Effekte „substanziell den Wettbewerb mindern oder dazu

⁸⁷⁵ U.S. vs. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 429 ff. (C.A. 2, 1945).

⁸⁷⁶ U.S. vs. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 400 (1956).

⁸⁷⁷ Millstein et al., ALJ 1989, 752 f.

⁸⁷⁸ Der bedeutendste Fall der letzten Jahre war das Verfahren gegen *Microsoft*, das mit einem Vergleich endete; s. U.S. vs. Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C.Cir. 2002); U.S. vs. Microsoft, 231 F.Supp. 2 d 144 (D.D.C. 2002).

⁸⁷⁹ U.S. vs. United Shoe Machinery Corp., 347 U.S. 521 (1954).

⁸⁸⁰ Matsushita Elec. Indus. Co. vs. Zenith, 475 U.S. 574 (1986); Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp., U.S. 125 L Ed 2 d 168, 185 ff. (1993); U.S. vs. AMR Corp., American Airlines, 335 F.3d 1109 (10th Cir. (Kann.) 2003).

⁸⁸¹ Millstein et al., ALJ 1989, 750 ff.

⁸⁸² Millstein et al., ALJ 1989, 766.

⁸⁸³ Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, Art. 82, Rn. 17.

tendieren, ein Monopol zu schaffen“⁸⁸⁴. Die Norm folgt dem Prinzip, dass mehr Wettbewerb auch eine Stärkung der wirtschaftlichen Leistung mit sich bringt⁸⁸⁵. Die bundesstaatlichen Wettbewerbsbehörden verfügen über die *Horizontal merger guidelines*, die eine Blaupause darstellen, wie eine Fusion durchzuführen ist.

Zusammenschlüsse müssen nach Sec. 7 *Clayton Act* ab einer bestimmten Größe der Parteien⁸⁸⁶ oder der Transaktion vorab angemeldet werden und unterliegen einem Vollzugsverbot. Materieller Maßstab des Sec. 7 *Clayton Act* ist der SLC-Test⁸⁸⁷. Dieser Test wird nach der *rule of reason* abwägend angewendet. Auf nationaler Ebene sind das DoJ und die FTC für die Prüfung von Zusammenschlüssen zuständig. Die beiden Behörden stimmen sich über die Fallallokation ab. Das DoJ kann Zusammenschlussvorhaben zwar ebenfalls selbstständig untersuchen, aber nicht von sich aus untersagen, muss vielmehr Klage beim zuständigen *Federal District Court* erheben. Die FTC kann gleichfalls im Klagewege eine gerichtliche Untersagung durch den zuständigen *District Court* anstreben, aber auch selbst ein gerichtförmiges Verfahren nach Sec. 5 *FTC Act*⁸⁸⁸ durchführen. Klagen auf Unterlassung und sogar Schadensersatz können gleichfalls durch die Bundesstaaten oder Privatkläger erhoben werden⁸⁸⁹.

Die *Antitrust Division* des DoJ und die FTC interpretierten Sec. 7 *Clayton Act* immer als Wettbewerbsminderung im Zusammenhang mit den Effekten auf den Preis in einem relevanten Produkt- und geographischen Markt. Dies ist natürlich, da nur der Preiswettbewerb gewährleistet, dass sich alle wirtschaftlichen Teilnehmer am wirtschaftlichen Prinzip ausrichten. Doch der Wettbewerb hat viele Dimensionen, von welchen der Preis nur eine ist. Die anderen Dimensionen sind Vielfältigkeit und Qualität von Produkten, Werbeaufwände, Vor- und Nachverkaufs-Dienstleistun-

⁸⁸⁴ 15 U.S.C. § 18. „No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.“

⁸⁸⁵ Das gleiche Prinzip findet sich auch in den FTC/DoJ, Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors, 4 „Competitor collaborations may harm competition and consumers by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement“.

⁸⁸⁶ Die Schwellenwerte werden aufgrund einer im Jahr 2000 erfolgten Änderung von Sec. 7 A *Clayton Act* jährlich neu festgelegt.

⁸⁸⁷ Substantially lessen of competition.

⁸⁸⁸ 15 U.S.C. § 45.

⁸⁸⁹ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Einleitung, Rn. 168.

gen⁸⁹⁰ sowie Innovationen⁸⁹¹. Um diese Fehlstellung zu kompenisieren, wurde der Aspekt in den USA auf den Technologie- und den Innovationsmarkt erweitert⁸⁹².

II. Verwaltungsvollzug der Wettbewerbsregeln

1. Einleitung

Nachdem die vorherige Beurteilung des materiellen Rechtsrahmens aufzeigt, dass das geltende Wettbewerbsrecht die komplexen Verhältnisse bei Pools nur ungenügend regelt, gilt es sich der prozeduralen Frage zu widmen. Es muss geklärt werden, wem die Kompetenz für eine Beurteilung durch die VO 1/2003⁸⁹³ und FKVO zusteht sowie ob hierdurch die notwendige Rechtssicherheit seitens des Wettbewerbsrechts sichergestellt wird.

2. Durchführungsverordnung

a) Bedeutung der Durchführungsverordnung

Das durch die VO 17/62⁸⁹⁴ geschaffene zentralisierte System, welches für die Durchsetzung des EG-Kartellrechts (außerhalb der Fusionskontrolle)⁸⁹⁵ geschaffen wurde, war nicht mehr imstande, den Zielsetzungen einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle gerecht zu werden⁸⁹⁶, weshalb es vor dem Hintergrund der gewonnenen Erfahrung galt, die genannte Verordnung zu ersetzen und Regeln vorzusehen, die den Herausforderungen des Binnenmarktes und der Union entsprechen⁸⁹⁷. Trotz der positiven Effekte⁸⁹⁸ hatte dieses System seine

⁸⁹⁰ Schmidt, 62 ff.

⁸⁹¹ Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 571 f. Ullrich sagt bereits, dass Innovationen eine unternehmerische Ressource bilden, die Spielräume für selbstständiges Marktverhalten schaffen oder erhalten können, Ullrich, 148.

⁸⁹² Siehe hinten C.III.2.b) und C.III.2.c).

⁸⁹³ Verordnung 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1, vom 4. 1. 2003.

⁸⁹⁴ Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrags, ABl. (EWG) 13/204 (nachfolgend: 17/62).

⁸⁹⁵ Weitbrecht, EuZW 2003, 69.

⁸⁹⁶ VO 1/2003, Erwägungsgrund 2 f.

⁸⁹⁷ VO 1/2003, Erwägungsgrund 1.

⁸⁹⁸ Ein System der zentralisierten Behördenentscheidung hat seine Vorteile, weil sich die geschaffenen Konstitutivakte mit rechtlich verbindlicher Wirkung bei einem mit besonderem Sachverständ ausgestatteten Entscheidungsträger (z. B. Kommission) konzentrieren, wodurch Rechtssicherheit für die Betroffenen gewährleistet wird (weil sie bis zu ihrem Widerruf verbindlich sind), als auch Rechtsklarheit im Verhältnis zu Dritten (weil ihre Verbots- oder Erlaubniswirkung für und gegen jedermann eintritt), Schmidt, BB 2003, 1239.

Nachteile. Speziell aus deutscher Sicht wurde es kritisiert⁸⁹⁹, da es die Gerichte und die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln einschränkte⁹⁰⁰ und das mit ihm verbundene langwierige⁹⁰¹ Verfahren der Einzelfreistellung⁹⁰² die Kommission daran hinderte, sich auf die Verfolgung der schwerwiegendsten Verstöße zu konzentrieren⁹⁰³. Das Weißbuch der Kommission von 1999 über die Modernisierung der Vorschriften über die Anwendung der Art. 101, 102 AEUV hat unter Hinweis auf die Belastung der Kommission mit Freistellungsanträgen, auf die Vergrößerung der Gemeinschaft und auf die Konsolidierung der europäischen Wettbewerbspolitik zur Ablösung dieses Genehmigungssystems durch ein System der Legalausnahmen aufgerufen⁹⁰⁴. Die VO 1/2003 sollte den Herausforderungen des Binnenmarktes und einer künftigen Erweiterung der Union gerecht werden⁹⁰⁵.

Durch die Verordnung ist keine Einzelfreistellung gegeben, dies bedeutet, dass Art. 101 Abs. 3 als „Legalausnahme“ zu verstehen ist, mit der Folge, dass eine Vereinbarung, welche die vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 erfüllt, nicht den Rechtsfolgen von Art. 101 Abs. 1 (Verbot) bzw. Abs. 2 (zivilrechtliche Nichtigkeit) unterliegt⁹⁰⁶. Einer diesbezüglichen vorherigen Entscheidung⁹⁰⁷ bedarf es nicht⁹⁰⁸.

⁸⁹⁹ *Buckenleib*, 3.

⁹⁰⁰ Allein die Kommission war für Freistellungen zuständig. Sie konnte die Menge der Anmeldungen von Anfang an nicht bewältigen, das auch zu der bevorzugten Nutzung von *Comfort Letter* bei Pool-Entscheidungen führte.

⁹⁰¹ Für die Unternehmen selbst ergaben sich aus den teilweise sehr langen Laufzeiten der Verfahren, bei komplexen Sachverhalten 24 Monate und mehr, gravierende Probleme. Unternehmerische Entscheidungen bedürfen sehr häufig einer unmittelbaren praktischen Umsetzung, um ihre volle Wirkung entfalten zu können. Drohte aber eine solche Entscheidung gegen Art. 81 Abs. 1 EGV zu verstößen und bedurfte es daher einer Einzelfreistellung durch die Kommission, musste der Antragsteller aufgrund der Komplexität des Prüfungsverfahrens i. d. R. lange Zeit warten, bis er von der Europäischen Kommission einen abschließenden Bescheid erhielt. Es bestand die Gefahr, dass die angemeldete Vorgehensweise im Zeitpunkt der Entscheidung überholt war, vgl. *Schöler*, 76 f.; *Weitbrecht*, EuZW 2003, 69. Darüber hinaus entstehen den Unternehmen durch dieses System erhebliche Kosten; s. VO 1/2003, Erwägungsgrund 3.

⁹⁰² VO 17/62, Art. 4 ff.

⁹⁰³ VO 1/2003, Erwägungsgrund 3.

⁹⁰⁴ *Bardong*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2015, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 5.

⁹⁰⁵ VO 1/2003, Erwägungsgrund 1.

⁹⁰⁶ Dieses Verständnis des Art. 101 Abs. 3 wird in Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 positivrechtlich normiert, sodass die Vorschrift als die weiteste Form der Gruppenfreistellungsverordnung interpretiert werden kann; s. *Weitbrecht*, EuZW 2003, 70.

⁹⁰⁷ Den nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten der Mitgliedstaaten wird in wesentlichen Teilen die Verantwortung für die Durchführung der Art. 101 und 102 AEUV übertragen, das bedeutet, dass die nationalen Behörden und Gerichte im Anwendungsbereich von Art. 101 und 102, insofern der Handel zwischen den Mitgliedstaaten betroffen ist, nationales Kartellrecht zwar parallel anwenden, jedoch besteht im Bereich der Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 1 ein absoluter Vorrang des Unionsrechts. Eine Vereinbarung, die vom an-

Dadurch wird es den Wettbewerbsbehörden, Kartellaußenseitern und Wettbewerbern erschwert, an Informationen zu kommen. Eine Veröffentlichungspflicht, wie man sie früher kannte bzw. durch das Anmeldesystem existente Verfahren, gibt es nicht. Gerade aber auch Verbraucher, Lizenznehmer, Abnehmer und Wettbewerber haben Interesse, sich ein Bild von den Vereinbarungen zu machen und die Transparenz aufrechtzuerhalten⁹⁰⁹.

b) Rechtsfolgen der Durchführungsverordnung

Die Umstellung von der Anmeldung und behördlichen Genehmigung zur direkten Anwendung ging nach eigener Beurteilung der Kommission in der Praxis bemerkenswert reibungslos vonstatten⁹¹⁰. Der Deregulierungsvorteil wirkt sich zwar durch die Arbeitsentlastung vorteilhaft auf die Kommission aus, verschärft aber, vor allem aus der Sicht betroffener Unternehmen, die Rechtsunsicherheit durch den Wegfall der Konstitutivwirkung von Freistellungsentscheidungen⁹¹¹. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV eignen sich wegen ihrer Weite und geringen Bestimmtheit in der Tat nicht ohne Weiteres zu einer unmittelbaren Vollziehung. Kritisch betrachtet wird besonders der Aspekt, dass aufgrund der wirtschaftsorientierten Betrachtungsweise in der TT-GVO und den Leitlinien zur TT-GVO, die anstelle der Verwendung klarer Anordnungen und Kriterien die Abwägung pro- und antikompetitiver Auswirkungen vorziehen, die Selbsteinschätzung der betroffenen Unternehmen erschwert und somit Rechtssicherheit gefährdet wird⁹¹². Das spiegelt sich in der zurückhaltenden Kontrolle der Entscheidungen durch den EuGH wider.

wendbaren Unionsrecht nicht verboten wird, darf auch vom nationalen Recht nicht untersagt werden; s. *Drexel*, GRUR Int. 2004, 717.

⁹⁰⁸ *Drexel*, GRUR Int. 2004, 717.

⁹⁰⁹ *Buckenleib*, 66.

⁹¹⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, KOM (2009) 2006 end. Jedoch werden in dem Bericht keine Angaben auf allgemeine Probleme der Lizenzierung durch Unternehmen gemacht, erst recht keine zu Pools, obwohl auf konzeptuelle Fehler, die in gewisser Weise auch die Pools betreffen, hingewiesen wird. So wurde z. B. mit der VO 1/2003 eine Befugnis erteilt, natürliche und juristische Personen mit deren Einverständnis zu befragen. Auf dieses Instrument greift die Kommission zwar regelmäßig zurück, doch da die Befragten keine Sanktionen, wenn sie irreführende oder unwahre Antworten geben, zu befürchten haben, besteht für sie kein Anreiz, wahrheitsgemäße und vollständige Angaben zu machen. Weiterhin haben Vertreter der Wirtschaft und des Rechtsbereichs kritisiert, dass es unterschiedliche Standards für die Beurteilung einseitiger Handlungen gibt. Dies führt zu einer Fragmentierung der normalerweise für die gesamteuropäische oder weltweite Ebene konzipierten Geschäftsstrategien und bedarf deshalb, nach eigener Aussage der Kommission, einer weiteren Analyse und ggf. Handlungsbedarf; s. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, KOM (2009) 2006, Rn. 12 u. 22.

⁹¹¹ *Bardong*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2015, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 13.

⁹¹² *Drexel*, GRUR Int. 2004, 725; *Lorenz*, 147.

Dieser schreckte vor der Nachprüfung komplexer ökonomischer Bewertungen zurück, was ein Haupteinwand gegen die neue Politik der Legalausnahme war⁹¹³.

Nichtsdestotrotz wird in der Literatur⁹¹⁴ auf bereits *bis dato* existente Rechtsunsicherheiten hingewiesen, die es bereits vor der VO 1/2003 gab, da Freistellungsanmeldungen durch nicht verbindliche *Comfort Letters* abgeschlossen wurden, in denen den Anmeldern nur formlos mitgeteilt wurde, dass gegen Vereinbarungen keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen. Außerdem verringern die von der Kommission erlassenen Leitlinien das sonst unerträgliche Risiko einer Fehleinschätzung⁹¹⁵.

Das Freistellungssystem der Legalausnahme erlaubt den Unternehmen oberhalb der Marktanteilsschwellen die wettbewerbsrechtliche Selbsteinschätzung. Im Zusammenspiel der TT-GVO und der Legalausnahme nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nehmen sowohl juristischer Bewegungsspielraum als auch Eigenverantwortung der Unternehmen zu. Handhabbar ist dieses System nur, wenn auch im Hinblick auf die Anwendung oberhalb der Marktanteilsgrenzen hinreichend deutlich die Grenze zwischen dem rechtlich Erlaubten und dem rechtlich Verbotenen gezogen wird. Rechtssicherheit ist gerade im System der wettbewerbsrechtlichen Selbsteinschätzung ein zentrales Anliegen⁹¹⁶, jedoch birgt das Fehlen einer präventiven Kontrolle große Risiken. Die Marktbedingungen, die von den durchgeführten Wettbewerbsbeschränkungen geschaffen wurden, senden falsche Signale aus, an welchen sich das Marktverhalten Dritter orientiert. Durch diese Signale können Märkte, aufgrund des zwischengeschalteten Verhaltens Dritter, völlig anders reagieren, als es ohne wettbewerbsbeschränkende Kooperation erfolgt wäre. Die Umsetzung bereits entstandener Verfälschungen lässt sich nicht mehr rückgängig machen⁹¹⁷.

aa) Bedeutung der Durchführungsverordnung für Unternehmen

Die schwierige Beurteilung von Patentlizenzvereinbarungen gewann durch die Reform des Kartellverfahrensrechts an Bedeutung⁹¹⁸. Die Unternehmen sind darauf angewiesen, die kartellrechtliche Beurteilung von Patentlizenzvereinbarungen selbst vorzunehmen. Dies bedeutet, dass die GVO für die Unternehmen zwar noch immer die Hauptquelle für Informationen bzgl. ihrer Handlungen und der Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht darstellen und ihnen eine Freistellung nach den einschlägigen Bestimmungen der GVO entzogen werden kann. Wird eine Vereinbarung nicht durch

⁹¹³ Weiß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, VerfVo, Art. 1, Rn. 8.

⁹¹⁴ Bardong, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2015, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 9; Weiß, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht 2016, VerfVo, Art. 1, Rn. 11.

⁹¹⁵ Bardong, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2015, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 31 f.

⁹¹⁶ Drexel, GRUR Int. 2004, 725.

⁹¹⁷ Buckenleib, 56.

⁹¹⁸ Lorenz, 147.

die GVO erfasst und somit auch nicht freigestellt, kann die Vereinbarung trotzdem in den Genuss der automatischen Freistellung kommen, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind. Das neue System lässt sich danach als zweistufiges Freistellungssystem charakterisieren⁹¹⁹.

bb) Bedeutung der Durchführungsverordnung für Pools

In Bezug auf Pools dienen die Leitlinien zur TT-GVO den Mitgliedsunternehmen bei der Selbsteinschätzung, wobei die Aussagekraft von Leitlinien unklar ist. Einerseits wird dort die Frage, welche Essentialität es zu beachten gilt (ob nun technologische oder kommerzielle), nicht erklärt und andererseits fehlen Beispiele, die zur Identifizierung der relevanten Patente bzw. des Marktes dienen. Auch im Hinblick auf die Sachverständigen, die einen Pool beurteilen, herrscht Unklarheit. Werden in den Leitlinien „unabhängige“ Sachverständige bevorzugt, wird jenen, die eine gewisse Verbundenheit mit den Lizenzgebern vorzeigen, weniger Gewicht beigemessen. Dies deckt sich nicht mit der Praxis der Kommission, weil ein solcher Ansatz nicht mit der in den *Comfort Lettern* wiedergegebenen Realität übereinstimmt.

Hier wird beurteilt, ob der Inhalt der *Comfort Letter* in Bezug auf Pools aussagekräftig genug ist und ob die Marktkenntnis der Unternehmen, die im relevanten Technologiemarkt tätig sind, ausreicht, um eine Marktbeurteilung vorzunehmen. Außerdem ist der Informationsrahmen der VO 1/2003 zu prüfen, um eine wettbewerbskonforme Beurteilung von Pools sicherstellen zu können. Die Tatsache, dass die *Comfort Letter* keinen genügenden Einblick in die Entscheidungen der Kommission lieferten, schafft keine Grundlage für Pools, sich wettbewerbskonform zu orientieren.

(1) Beurteilung der Leitlinien

Die Leitlinien erläutern die vier Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV für Technologietransfer-Vereinbarungen, die für eine Freistellung kumulativ erfüllt sein müssen, nicht. Diese Voraussetzungen werden zwar einleitend aufgezählt, dann aber bei den Ausführungen zur Freistellung oberhalb der Marktanteilsschwellen in keiner Weise herangezogen. Man hat sich hier an Ausführungen im Stil eines Lehrbuchs der Ökonomik zu orientieren, was für Kartellämter noch angemessen und praktikabel sein mag, für andere Zielgruppen, wie z.B. Anwälte oder auch Richter, ist dieser ökonomische Regelungsansatz unzureichend. Vor allem der Richter ist verpflichtet, seine Entscheidungen im Rahmen der unmittelbaren Anwendbarkeit des im Hinblick auf seine Justiziabilität zweifelhaften Art. 101 Abs. 3 AEUV anhand der normativen

⁹¹⁹ Drexel, GRUR Int. 2004, 719.

Voraussetzungen zu begründen und kann sich daher mit ökonomischen Zugangsweisen nicht begnügen⁹²⁰.

(2) Positiventscheidungen der Durchführungsverordnung

In Art. 10 VO 1/2003 hat die Kommission die sog. Positiventscheidung geregelt. Positiventscheidungen stellen danach fest, dass eine Vereinbarung, ein Beschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise nicht gegen Art. 101 bzw. Art. 102 AEUV verstößt, weil sie entweder nicht unter Art. 101 Abs. 1 zu subsumieren oder aber nach Art. 101 Abs. 3 freigestellt bzw. nach Art. 102 AEUV nicht einschlägig ist. Dabei sollen sie als Leitentscheidungen, in denen die Marktteilnehmer über die Politik der Kommission gegenüber bestimmten Formen der Wettbewerbsbeschränkung unterrichtet werden, zukunftsweisend sein⁹²¹. Aufgrund der deklatorischen Wirkung ist die Positiventscheidung an keine Frist gebunden. Ändern sich die Rahmenbedingungen und kommt die Kommission aufgrund einer neuerlichen Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarung nicht mehr mit Art. 101 oder 102 AEUV vereinbar ist, kann sie ohne Weiteres verfügen, dass die fragliche Verhaltensweise einzustellen ist⁹²².

Unmittelbare Folge des restriktiven Einsatzes der Positiventscheidung ist, dass diese nur von Amts wegen und aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft ergehen kann⁹²³, was aber kritisiert wurde⁹²⁴. Die Frage, ob so ein Konzept empfehlenswert ist, lässt sich nicht einfach beantworten. Einerseits existiert die Befürchtung, einem Zuwachs an Rechtsunsicherheit ausgesetzt zu sein, auf der anderen Seite würde die Einführung eines Antragsrechts auf eine Entscheidung nach Art. 10 VO 1/2003 die Missbrauchsmöglichkeit aufwerfen, indem die Unternehmen auch für einfach gelagerte Fälle die Kommission aufrufen und somit die Grundlage

⁹²⁰ Drexel, GRUR Int. 2004, 725 f.; nach Drexel lässt sich das Grundproblem folgendermaßen beschreiben: „Das Kartellrecht als Recht muss Rücksicht nehmen auf seine Justizierbarkeit, die Bedürfnisse des individuellen Rechtsschutzes sowie die Erfordernisse des Verwaltungs- und Zivilgerichtsverfahrens und hat damit notwendig Vereinfachungen der Komplexität des ökonomischen Sachverhalts in Kauf zu nehmen. Damit entsteht unweigerlich ein Zielkonflikt mit der wettbewerbspolitischen Plausibilität. Möchte man dagegen die ideale Wettbewerbspolitik auch normativ durchsetzen, läuft man Gefahr, die notwendige Rechtssicherheit zum Nachteil aller Beteiligter und möglicherweise sogar die Durchsetzungseffektivität des Wettbewerbsrechts zu beschädigen“, s. Drexel, GRUR Int. 2004, 719.

⁹²¹ Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027 KOM (1999) 101, April 1999, Rn. 88.

⁹²² Schöler, 134.

⁹²³ VO 1/2003, Art. 10.

⁹²⁴ Mestmäcker, EuZW 1999, 527; Geiger, EuZW 2000, 168. Eine Problematik ergibt sich aus der Frage, ob Art. 10 VO 1/2003 zu weit gefasst ist und der Kommission einen zu großen Ermessensspielraum bietet. Die Bedenken gehen dahin, dass die Kommission, sofern sie das berechtigte Interesse gänzlich selbst bestimmen darf, zu einer Superbehörde mutiert und sich dadurch das Behördensystem zu Gunsten der Kommission entwickeln könnte; s. Schöler, 136 ff.

der VO 1/2003 aushebeln. Dennoch sind Positiventscheidungen zu befürworten, denn das moderne Wirtschaftsleben ist schnelllebig und facettenreich und die allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts sind nicht konkret genug, um auf solche Bedürfnisse zu reagieren.

(a) Die ehemaligen *Comfort Letter*-Entscheidungen

Für Pools waren die *Comfort Letter* der Wettbewerbsbehörde von großer praktischer Bedeutung, denn mit ihnen teilte die Kommission dem Antragsteller mit, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung vorlagen. Sie wurden aufgrund der großen Zahl nicht entschiedener Fälle entwickelt⁹²⁵. Dieses Verwaltungsschreiben erzeugte nicht die rechtlichen Wirkungen der Freistellung, sondern schützte lediglich vor Bußen⁹²⁶, was aber bedeutete, dass auch die Kommission selbst ihre Meinung ändern konnte⁹²⁷. In der Literatur wird angemerkt, dass es erstaunlich war, wie wenig Fokus zum Teil auf die *Comfort Letter*⁹²⁸ gerichtet war, da sie ja keine rechtliche Stellung im Vertrag von Rom hatten⁹²⁹.

Die *bis dato* ergangenen Entscheidungen bzgl. Pools⁹³⁰ waren keine formellen Einzelfreistellungen, da sich die Kommission der *Comfort Letter* bediente. Gerade wegen des nicht bindenden Charakters, den die *Comfort Letter* aufweisen, gaben sie keine Rechtssicherheit bzgl. der gewählten Vereinbarung. Überlegt man sich, dass sie für ungefähr 80 % aller Fälle von Vereinbarungen benutzt wurden, ist das Rechtsunsicherheitsgefühl sehr groß, vor allem weil die Kommission jederzeit die Stellung, die in einem solchen Schreiben wiedergegeben wurde, abändern konnte⁹³¹. Die in den *Comfort Lettern* wiedergegebenen Informationen sind eher von begrenztem Wert. Die Kommission kommentierte keine der von den Poolmitgliedern vorgelegten Angaben und entschied sich, den Pool freizustellen. Dennoch behielt sie sich vor, den Fall bei einer Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen Situation nochmals zu

⁹²⁵ Stevens, ECLR 1994, 81.

⁹²⁶ Kerse, Rn. 6.53 ff.

⁹²⁷ EuGH vom 15.5.1975, Rs. 71/74, Slg. 1975, 563 (*Fruiten Groentenimporthandel und Frubo J./Kommission*), Rn. 19 f.

⁹²⁸ Die in der Praxis genutzten *Comfort Letter* stellten eine formlose Mitteilung an die beteiligten Unternehmen über die vorläufige Einstellung des Verfahrens dar, ohne dass die Kommission über die wettbewerbsrechtliche Bewertung der Vereinbarungen verbindlich entschied. Diese *Comfort Letter* fielen in dem durch die VO 1/2003 eingeführten System der Legalaunahme ersatzlos weg. Ihnen wurde beim tatsächlichen Vorliegen der Freistellungs-voraussetzungen rechtfertigende Wirkung beigemessen, beim Fehlen dieser Voraussetzungen wurden sie dagegen als (negative) objektive Bedingung der Ahnbarkeit behandelt, so Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997, VI., Vorbemerkungen, Rn. 139.

⁹²⁹ Stevens, ECLR 1994, 81.

⁹³⁰ Anmeldung einer Lizenzvereinbarung, Sache Nr. IV/C-3/37.506, Lizenzierung von DVD-Patenten, ABl. C 242/5, vom 27.8.1999; Notifizierung einer Lizenzvereinbarung, Sache Nr. IV/C-3/36.849 (Lizenzerteilung für das MPEG-2-Projekt), ABl. C 229/19, vom 22.7.1998.

⁹³¹ Franziger, Cal. Law Rev. 2003, 1710; Wodz, ECLR 2000, 162.

überdenken. Da die Aussagekraft der *Comfort Letter* dermaßen minimal ist, sind sie als Informationsquelle für neuere Unternehmungen ungeeignet.

(b) Die heutigen Verwaltungsschreiben der Kommission

Für individuelle Rechtssicherheit bleibt nach Nr. 38 der Erwägungsgründe zur VO 1/2003 die Befugnis der Kommission zu informeller Beratung, insbesondere in Form sog. Beratungsschreiben (*Guidance Letters*), die nur auf den ersten Blick den *Comfort Letters* ähneln⁹³². Die Kommission hat eine Bekanntmachung über informelle Beratung bei neuartigen Fällen zu den Art. 101 und 102 AEUV, die in Einzelfällen auftreten, erlassen⁹³³. Das einzuschlagende Verfahren ist in der Bekanntmachung im Einzelnen geregelt⁹³⁴. Wie aus der Einschätzung der Kommission ersichtlich ist⁹³⁵, sind die Unternehmen i. d. R. gut in der Lage, die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu beurteilen. Durch die informelle Beratung soll „das Hauptziel der Verordnung, die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten, nicht beeinträchtigt werden“⁹³⁶ und „die Kommission darf daher einzelnen Unternehmen nur insoweit informelle Beratung leisten, wie dies mit ihrer Priorität bei der Durchsetzung der Wettbewerbsregeln vereinbar ist“⁹³⁷. Das Beratungsschreiben ist keine Entscheidung der Kommission i. S. v. Art. 16 VO 1/2003. Wettbewerbsbehörden und Gerichte der Mitgliedstaaten können es „berücksichtigen, soweit sie dies in einem bestimmten Fall für zweckmäßig erachten“⁹³⁸, sind aber nicht im Rechtsinne gebunden. Auch die Kommission ist an einer nachträglichen Prüfung nach der VO 1/2003 nicht gehindert⁹³⁹, wird aber dem früheren Schreiben unter Berücksichtigung etwaiger Änderung des zugrunde liegenden Sachverhalts Rechnung tragen⁹⁴⁰. Beratungsschreiben sollen auf Fälle beschränkt sein, in denen neue oder ungelöste Rechtsfragen bei der Auslegung auftreten⁹⁴¹. Um die Rechtssicherheit zu gewährleisten, wird in der Literatur empfohlen, dass die Kommission die neuen Entscheidungsmöglichkeiten, insbesondere Zusage- und Nichtanwendbarkeitsentscheidungen, intensiv nutzen und den Anwendungsbereich der GVO (gerade im Bereich horizontaler Kooperationen) weiter unter Beibehaltung des verstärkten wirtschaftlichen Ansatzes ausdehnen sollte⁹⁴².

⁹³² Fine, ELR 2004, 767.

⁹³³ Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Art. 81 und 82 des Vertrags, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. C 101/78, (nachfolgend: Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben).

⁹³⁴ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 12 ff.

⁹³⁵ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 3.

⁹³⁶ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 7.

⁹³⁷ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 7.

⁹³⁸ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 25.

⁹³⁹ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 24.

⁹⁴⁰ Bardong, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2015, VO 1/2003, Art. 1, Rn. 33.

⁹⁴¹ Bekanntmachung zu den Beratungsschreiben, Rn. 5.

⁹⁴² Buckenleib, 198 f.

c) Grundlagen des US-amerikanischen Verwaltungsvollzugs

Auch wenn die Wettbewerbsbehörde des DoJ nicht mit der Kompetenz, Gutachten zu erlassen, ausgestattet ist, war sie doch schon seit einigen Dekaden bereit, vorgeschlagene geschäftliche Handlungsweisen zu überprüfen und Stellung über mögliche Durchsetzungsvorhaben zu beziehen, und zwar durch die sog. *Business review letter*⁹⁴³. Die interessierten Parteien übermitteln eine vollständige und mit allen Dokumenten versehene Anfrage an das DoJ. Dieses kann, ist jedoch nicht zur Antwort verpflichtet⁹⁴⁴, seine Meinung bzgl. des Durchsetzungsvorhabens offenlegen, oder aber eine andere Position oder Aktion, die es für angemessen hält, beziehen oder einleiten⁹⁴⁵. Dadurch eröffnet sich ein großer Beurteilungsspielraum, der nicht nur auf ein einfaches Ja oder Nein begrenzt ist, sondern dem DoJ die Möglichkeit einräumt, eindeutig Stellung zu beziehen.

Trotzdem sind die Parteien abgeneigt, das *Business review* Prozedere zu nutzen⁹⁴⁶, da es keine Frist gibt, an die sich die Behörde halten muss⁹⁴⁷, zudem werden sowohl die Anfrage als auch das *Business review letter* bei Erlass der Entscheidung⁹⁴⁸ veröffentlicht und ähnlich, wie in der EU, kann die Behörde später gegen das Vorhaben vorgehen⁹⁴⁹.

Trotz der Ähnlichkeiten zwischen den Beratungsschreiben des DoJ und denen der EU sind sie vom Inhalt und rechtlichen Rahmen her sehr unterschiedlich, wie z. B. bei der Beurteilung des MPEG-Pools. Als erste wurden die beteiligten Poolteilnehmer⁹⁵⁰ wie auch die beteiligten Standardisierungsorganisationen des MPEG-Standards benannt⁹⁵¹. Des Weiteren hat das DoJ Stellung zu den Patenten selbst bezogen, in der eindeutig betont wird, dass nicht alle 27 für den Pool relevanten Patente Essentialität haben. Das DoJ stellte klar, wie die Patente „entdeckt“ wurden und wie das Auswahlverfahren verlief⁹⁵². Auch wenn das DoJ den Technologimarkt nicht abgrenzte, die relevanten Patente nicht genauer analysierte, lässt sich doch erkennen, wie der Pool gegründet und die Patente untersucht wurden, um so einen Hinweis für weitere Unternehmungen zu geben, was durch die *Comfort Letter* nicht geschah.

⁹⁴³ 28 C.F.R. § 50.6.

⁹⁴⁴ 28 C.F.R. § 50.6 (3).

⁹⁴⁵ 28 C.F.R. § 50.6 (8).

⁹⁴⁶ Broder, 177.

⁹⁴⁷ In ihrem gemeinsamen Regelwerk Erklärung bzgl. Aussagen über das Gesundheitswesen, haben sich das DoJ und die FTC dazu verpflichtet, Antworten innerhalb von 30 oder 60 Tagen zu geben, je nach Sachverhalt und Vollständigkeit der übermittelten Informationen.

⁹⁴⁸ 28 C.F.R. § 50.6 (10)(aa).

⁹⁴⁹ 28 C.F.R. § 50.6 (9).

⁹⁵⁰ MPEG Business review Letter, 1.

⁹⁵¹ MPEG Business review Letter, 1 f.

⁹⁵² MPEG Business review Letter, 4 f.

Während in den USA aufgrund der *Business review letter* eine viel größere Fallpraxis der Beurteilung eines Pools zugrunde liegt, sind die *Comfort Letter* der EU ungenügend informativ, um als einzige Informationsquelle berücksichtigt zu werden. Die Fallpraxis, kombiniert mit der Möglichkeit des Erhalts eines *Business review letter*, ist dennoch nicht die ideale Lösung, da diese nur eine aktuelle Stellungnahme des DoJ sind, die weder vor einer zukünftigen Wettbewerbsuntersuchung schützen, noch auf Situationen anwendbar sind, die dadurch auftreten, wenn von den Unternehmen eine Abweichung der übermittelnden Vorgaben verlangt wird. Die beteiligten Unternehmen stehen somit in einem limbusartigen Zustand, welcher ihnen zwar die Handlungstätigkeit erlaubt, jedoch nicht den absoluten Rechtsschutz einer wettbewerbskonformen und demnach freigestellten Bescheinigung erteilt.

3. Fusionskontrolle

Um einen möglichst wirksamen Wettbewerbsschutz zu gewährleisten, sieht das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur eine Kontrolle des Unternehmensverhaltens auf der Grundlage des Kartell- und Missbrauchsverbots vor. Vielmehr soll bereits auf der Marktstrukturebene verhindert werden, dass durch externes Unternehmenswachstum überhaupt Marktkonstellationen entstehen können, bei denen es wahrscheinlich ist, dass der Markt als dezentraler Allokationsmechanismus versagt⁹⁵³. Die FKVO betrifft somit die Ebene der Marktstruktur, während das Kartell- und Missbrauchsverbot auf der Ebene des Marktverhaltens ansetzt, um darauf hinzuwirken, dass bzgl. des Marktergebnisses das Ziel allokativer Effizienz erreicht wird. Die Instrumente der Verhaltens- und Marktstrukturkontrolle ergänzen sich somit, um einen wirksamen Schutz des Wettbewerbs im Markt zu gewährleisten. Sie unterscheiden sich dabei in ihrem Ansatzpunkt jedoch grundsätzlich: Während die Marktstrukturkontrolle letztlich an einen Gefährdungstatbestand anknüpft, erfasst die Verhaltenskontrolle Unternehmenspraktiken mit unmittelbar negativen Auswirkungen⁹⁵⁴.

a) Grundlagen

Genau wie in den USA wird auch in der EU zuerst von einem möglichen positiven Effekt von Zusammenschlüssen ausgegangen⁹⁵⁵, doch es gibt auch Wettbewerbs-

⁹⁵³ Die Unterscheidung zwischen Marktstruktur- und Verhaltenskontrolle kann letztlich als Ausdruck des industrieökonomischen *structure-conduct-performance* Konzepts verstanden werden, dem die Annahme kausaler Beziehungen zwischen der Marktstruktur und dem Marktverhalten sowie dem Marktverhalten und dem Marktergebnis zugrunde liegt. *Bühler/Jaeger*, 1.

⁹⁵⁴ *Rudowicz*, 200f.

⁹⁵⁵ FKVO, Rn. 4 geht davon aus, dass Strukturveränderungen zu begrüßen sind, soweit sie den Erfordernissen eines dynamischen Wettbewerbs entsprechen und geeignet sind, um zu einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie, zur Verbesserung der Wachstumsbedingungen sowie Anhebung des Lebensstandards in der Union zu führen.

gefährden, die zu berücksichtigen sind⁹⁵⁶. Im Mittelpunkt der FKVO steht die Beibehaltung der Handlungsfreiheit einzelner Marktteilnehmer. Diese soll mithilfe der FKVO und den jeweiligen Leitlinien⁹⁵⁷ durch den Schutz bereits vorhandener Marktstrukturen vor einer Konzentration des europäischen Marktes gewährleistet sein. Zu diesem Zweck bestimmt die FKVO, dass Unternehmenszusammenschlüsse ab dem Erreichen bestimmter Umsatzschwellen⁹⁵⁸ bei der Kommission angemeldet werden müssen, welche die wettbewerblichen Auswirkungen der jeweiligen Vorhaben prüft und sie freigibt, sofern diesbezüglich keine entscheidenden Bedenken bestehen⁹⁵⁹. In den Leitlinien für horizontale Zusammenschlüsse wird beschrieben⁹⁶⁰, dass die Bewertung von Zusammenschlüssen durch die Kommission folgende Punkte beinhaltet:

- Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte,
- wettbewerbliche Würdigung des Zusammenschlusses.

b) Aufbau der Analyse

Der Prozess einer Analyse lässt sich in den folgenden vier Phasen wiedergegeben⁹⁶¹; (1) Bestimmung des relevanten Marktes und der jeweiligen Marktanteile, (2) Beurteilung der Wettbewerbseffekte, (3) Beurteilung eventueller Marktzutrittsprobleme bzw. möglicher Effizienzen und (4) Bestimmung von möglichen Abhilfemaßnahmen.

aa) Marktdefinition und Marktanteilsbestimmung

Die Wettbewerbsbehörden gehen von der Annahme aus, dass ein Anstieg der Konzentration im Markt der Konsumentenwohlfahrt schadet⁹⁶². Im juristischen Bereich reicht es bisweilen aus, den Marktbegriff des allgemeinen Sprachgebrauchs zu verwenden. Wenn vom Recht als Instrument zur Marktstrukturierung die Rede ist,

⁹⁵⁶ FKVO, Rn. 5 besagt, dass der Umstrukturierungsprozess keine dauerhafte Schädigung des Wettbewerbs verursachen darf.

⁹⁵⁷ Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265/6; Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31/5 (nachfolgend: Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse).

⁹⁵⁸ Zu den Umsatzschwellen siehe vorne C.I.5.c).

⁹⁵⁹ Rudowicz, 28.

⁹⁶⁰ Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 10.

⁹⁶¹ Anders Daumann/Oberender, in: Berg, 140 ff. beschreiben fünf Schritte, die die Effizienzanalyse und die Marktzutrittsanalyse als voneinander getrennte Schritte beschreiben.

⁹⁶² Sinn und Zweck einer Marktbestimmung ist das Erkennen von Wettbewerbshindernissen, die nach einer Fusion zu einer Konzentration auf dem Markt führen und Preis- sowie Outputprobleme nach sich ziehen können.

versteht man den Markt aber bereits als ein sich selbst oder mithilfe der „unsichtbaren Hand“ steuerndes, mit Angebot und Nachfrage operierendes Ordnungsprinzip, dessen Fehlleistungen ggf. normativ korrigiert werden müssen. Im Rahmen des Eingreifens derart normativer Korrektive reicht diese unscharfe Vorstellung allerdings nicht mehr aus. Eine präzisere Marktbeschreibung, welche Eingriffsnormen für Wettbewerbsbehörden und Gerichte justizierbar macht, ist das Prinzip des „relevanten Marktes“ im Wettbewerbsrecht⁹⁶³. Um den Effekt eines Zusammenschlusses zu beurteilen, ist es deshalb notwendig, den oder die relevanten Märkte zu bestimmen⁹⁶⁴. Der relevante Markt⁹⁶⁵ setzt sich aus dem jeweiligen Produkt und dem geographischen Umfang zusammen⁹⁶⁶. Der jeweilige Markt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden und der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet⁹⁶⁷. Besondere Bedeutung kommt hier der Auslegung zu, ob ein relevanter Markt breit oder eng definiert wird und somit, ob die fusionierenden Parteien viele oder wenige Mitwettbewerber haben⁹⁶⁸. Da die Fusionsanalyse auf der Annahme basiert, nach der eine Erhöhung der Konzentration im relevanten Markt einer Wettbewerbsminderung gleichgestellt wird, die falls länger andauernd, eine Preiserhöhung mit sich bringen wird⁹⁶⁹, wird zur Berechnung der Konzentration, sowohl in den US-amerikanischen *Guidelines* als auch in den europäischen Leitlinien der sog. *Herfindahl-Hirshman Index* (HHI)⁹⁷⁰ benutzt. Je nach Wert des HHI ergeben sich unterschiedliche Ergebnisse⁹⁷¹:

⁹⁶³ *Früh*, in: Towfigh et al., 249; *Folz*, 92 ff.; *Bellamy/Child*, Rn. 6–097 ff.

⁹⁶⁴ Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 1.

⁹⁶⁵ Merger Guidelines 1997, 1.0, „A relevant market is a group of products and a geographic area“; Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 10 weisen darauf hin, dass sich der relevante Markt aus dem jeweiligen Produkt und dem geographischen Umfang ergibt. Zur genaueren Bestimmung verweisen sie auf die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, AbI. C 372/5.

⁹⁶⁶ *Knauss*, 60 ff.; *Bellamy/Child*, Rn. 6–096.

⁹⁶⁷ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, AbI. C 372/5, Rn. 7 f.

⁹⁶⁸ *Katz/Shelanski*, ALJ 2007, 8; *Rubinfeld*, in: Drexel/Kerber/Podszun, 83.

⁹⁶⁹ *Haggeneck*, 241 ff.

⁹⁷⁰ Der HHI wird durch die Summe des Quadrates der jeweiligen Marktanteile sämtlicher Unternehmen in einem Markt errechnet. Dieser Index räumt den Marktanteilen der größeren Unternehmen ein verhältnismäßig größeres Gewicht ein. Im Idealfall sollten zwar alle Unternehmen eines Marktes in die Berechnung einbezogen werden, das Fehlen von Angaben über sehr kleine Unternehmen hat jedoch nur geringe Auswirkungen, da sich diese nur geringfügig auf die Index-Berechnung auswirken. Während die absolute Höhe des HHI eine erste Aussage über den Wettbewerbsdruck in dem betreffenden Markt nach dem Zusammenschluss machen kann, ist die Veränderung im Index (der sog. „Delta“) ein nützlicher Hinweis für die durch den

(1) Liegt der Wert nach den *Merger Guidelines* nach dem Zusammenschluss unter 1500 Punkten, gibt es keine Bedenken, dass die Wettbewerbsbehörden den Markt als nicht konzentriert einschätzen und der geplante Zusammenschluss wahrscheinlich keine Wettbewerbsverzerrungen mit sich bringt⁹⁷², was ebenso für die Beurteilung nach den europäischen Leitlinien gilt⁹⁷³.

(2) Ist der HHI zwischen 1500 und 2500 Punkten nach dem Zusammenschluss, gilt der Markt als gemäßigt konzentriert und die Behörden wären nur beunruhigt, würde sich der HHI um mehr als 100 Punkte bei den fusionierten Unternehmen ändern⁹⁷⁴. Steigt aber der HHI über 1800 Punkte, wird der Markt als konzentriert angesehen⁹⁷⁵ und von den Behörden genauer beobachtet werden. Anders wird nach den europäischen Leitlinien davon ausgegangen, dass es keiner genaueren Untersuchung jener Unternehmen bedarf, bei denen der HHI nach dem Zusammenschluss zwischen 1000 und 2000 und der Delta-Wert unterhalb von 250 liegt⁹⁷⁶.

(3) Über 2000⁹⁷⁷ bzw. 2500⁹⁷⁸ Punkten wird der Markt als konzentriert angesehen⁹⁷⁹ und der geplante Zusammenschluss wird genauestens geprüft.

bb) Analyse des Wettbewerbs-Effekts

Der zweite Schritt richtet sich auf die Fragestellung, ob das neu entstandene Unternehmen nach dem Zusammenschluss so viel Macht haben wird, dass es Preis und Output bestimmen kann, ungeachtet dessen, was die übrigen verbleibenden Wettbewerber unternehmen. Es gilt somit zu klären, welche möglichen „unilateralen“ oder „koordinierten“ Effekte der Zusammenschluss auf andere Wettbewerber haben könnte und ob sich eventuell die restlichen Wettbewerber dem Verhalten des

Zusammenschluss unmittelbar herbeigeführten Änderungen in der Konzentration; s. Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 16.

⁹⁷¹ Dabei gilt es zu betonen, dass jede dieser HHI-Höhen in Verbindung mit dem Deltawert als erster Hinweis für fehlende Wettbewerbsbedenken dienen kann, begründet jedoch für sich allein keine Vermutung für das Vorhandensein oder die Abwesenheit solcher Bedenken; s. Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 21.

⁹⁷² Merger Guidelines 2010, 5.3.

⁹⁷³ Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 19.

⁹⁷⁴ Merger Guidelines 2010, 5.3.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 20.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Merger Guidelines 2010, 5.3.

⁹⁷⁹ Laut einer US-amerikanischen Studie lag der mittlere Wert der untersuchten Transaktionen bei 4500 Punkten und nur bei einigen wenigen Fällen war der HHI unter 2000 Punkten. 75 % aller durchgeführten Transaktionen hatten einen Post-Zusammenschluss HHI von weit über 2400; s. *Kwoka*, 8.

zusammengeschlossenen Unternehmens anpassen⁹⁸⁰. Die Analyse untersucht aber keine möglichen unilateralen Effekte außerhalb des jeweiligen relevanten Marktes. Die Fusionsanalyse basiert also auf einem statischen Modell, in dem vermutet wird, dass höhere Konzentration zu weniger Wettbewerb und weniger Wettbewerb zum Verlust der Verbraucherwohlfahrt führt. Das bedeutet, dass die konventionelle Methode nur die Auswirkungen auf die derzeitigen Produkte untersucht⁹⁸¹.

cc) Marktzutritt und Effizienzanalyse

Sobald die Marktanteile und andere Charakteristika demonstrieren, dass es für einen Zusammenschluss keine wettbewerblichen Bedenken gibt, wird dieser genehmigt. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sofern Marktanteile oder Charakteristika wettbewerbliche Bedenken aufwerfen, Beweise über die positiven Effizienzen des Zusammenschlusses vorgelegt werden müssen.

Hier setzt die dritte Stufe ein, die Analyse des Marktzutritts, die ein wichtiger Bestandteil der wettbewerblichen Würdigung ist. Wenn ein Marktzutritt hinreichend leicht ist, wird ein Zusammenschluss keine spürbaren wettbewerbswidrigen Risiken in sich tragen. Die Kommission prüft⁹⁸² deshalb, ob ein konkreter oder potenzieller Zutritt geeignet ist, den Verhaltensspielraum der angestammten Unternehmen nach dem Zusammenschluss einzuschränken. Wenn der Marktzutritt als ausreichender Wettbewerbsdruck für Zusammenschlussparteien angesehen werden soll, muss seine Eignung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit⁹⁸³ nachgewiesen werden, um rechtzeitig die potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkungen eines Zusammenschlusses zu verhindern oder aufzuheben⁹⁸⁴.

Würde ein Zusammenschluss zu einer stärkeren Wettbewerbsposition führen, die zwar im ersten Moment eine Preiserhöhung verursachen könnte, sich jedoch durch den Zusammenschluss Kosteneinsparnisse im Produktionsbereich ergeben, könnte sich das im Nachhinein positiv auf den Verbraucher übertragen, der, anstatt eine Preiserhöhung zu befürchten, am Ende einer Preisreduktion gegenübersteht. Diesem, als Effizienz bezeichneten Vorteil, stehen die Wettbewerbsbehörden allgemein kritisch gegenüber, da sich bei jedem Zusammenschluss Effizienzen entwickeln⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ Die Merger Guidelines 2010 trennen unilaterale (6.0 ff.) und koordinierte Effekte (7.0 ff.).

⁹⁸¹ Orth, WuW 2000, 473.

⁹⁸² Die Kommission prüft, ob ein Marktzutritt ausreichend zügig und anhaltend möglich ist, um die Ausübung von Marktmacht zu verhindern; s. Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 74.

⁹⁸³ Ein Markteintritt ist wahrscheinlich, wenn er unter Berücksichtigung der Auswirkungen einer Hinzufügung zusätzlicher Produktionsmengen in den Markt auf die Preise und der potenziellen Reaktionen der angestammten Unternehmen hinreichend gewinnbringend ist; s. Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 69.

⁹⁸⁴ Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 68.

⁹⁸⁵ Katz/Shelanski, ALJ 2007, 10; Sallinger, 3, bezeichnet dies als *standard deduction*.

dd) Abhilfemaßnahmen

Ist die Kommission der Überzeugung, dass der geplante Zusammenschluss den Wettbewerb mindern würde, stehen ihr mehrere Handlungsmöglichkeiten offen. Häufig greift sie zu einem weniger einschneidenden Mittel; anstatt den Zusammenschluss zu untersagen versucht sie, einer modifizierten Form stattzugeben⁹⁸⁶. Dies ist bspw. die Veräußerung der Posten, welche die Wettbewerbsverzerrungen verursachen oder aber eine Zwangslizenzierung von Immaterialgüterrechten⁹⁸⁷ an andere Unternehmen, um mit den fusionierten Unternehmen effizienter in Wettbewerb zu treten⁹⁸⁸.

4. Erkenntnisse zum Verwaltungsvollzug

Seit der VO 1/2001, welche eine Abkehr vom Erlaubnisvorbehalt hin zu einer Legalausnahme darstellt, sind Unternehmen selbst zur eigenständigen Einschätzung ihrer Wettbewerbsverträglichkeit und zur entsprechenden Ausgestaltung des Poolvertrags und der Außenlizenzen verpflichtet. Die VO 316/2014, die Leitlinien sowie die Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission ergeben keine allgemeingültige Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale des Art. 101 für die EU-kartellrechtliche Beurteilung von Patentpools, die sowohl den Belangen des Patentschutzes als auch des Kartellschutzes angemessen Rechnung trägt und die Selbsteinschätzung ermöglicht. Die auf den *more economic approach* gebildeten Leitlinien sind in ihrem Umfang nicht aussagekräftig genug, da diese flexible und jeweils auf den Einzelfall strukturierte Beurteilung zu wenige rechtsökonomische Anhaltspunkte für eine genaue Beurteilung von Pools bietet. Zusätzlich bedeuten sie wegen ihrer Stellung im Recht der EU keine allgemeine Freistellung für die Unternehmen. Im Unterschied zum EU-Wettbewerbsrecht gibt es im US-amerikanischen System die Möglichkeit,

⁹⁸⁶ Die Abhilfemaßnahmen zeigen sich aber bei Eingriffen, welche durch Nachweise auf Wettbewerbsbeschränkungen auf den Innovations- als auch den Technologiemärkten zu sehen sind, als problematisch. Während sich die Abhilfemaßnahmen bei den Produkten schon als relativ sicher herausstellten, besteht das Problem der Bestimmung der relevanten *Assets*, die identifiziert und zur Lizenz freigegeben sein müssen bzw. der *Assets*, die abgetrennt werden. Das F&E-Kapital ist nämlich nicht nur striktes technisches, sondern auch Humankapital. Man kann zwar ein Unternehmen zwingen, einen Teil abzutreten, jedoch nicht die F&E-Angestellten dem gleichsetzen bzw. sie zwingen, in der abgetrennten Einheit zu arbeiten; s. Katz/Shelanski, ALJ 2007, 63.

⁹⁸⁷ Das grundlegende Ziel für die Zwangslizenz bei einem Zusammenschluss ist es, der möglichen Lizenzverweigerung des nunmehr marktstärkeren Unternehmens entgegenzuwirken. Die durch den Zusammenschluss entstehenden Synergieeffekte können sich gleichzeitig negativ auf den Markt und somit andere Marktteilnehmer auswirken. Um Handlungen, welche Exklusivität verursachen können bzw. Fälle, in denen es auch zu einer Nichtverwertung von Schutzrechten kommt, vorzukommen, soll eine verpflichtende Zwangslizenz sowohl den Wettbewerb sichern als auch den Zusammenschluss gestatten; s. Katz/Shelanski, ALJ 2007, 62; Eklund, 76.

⁹⁸⁸ Katz/Shelanski, ALJ 2007, 11.

offizielle Beurteilungen, sog. *Business review letter* zu beantragen, auf welche bereits in den *IP Guidelines* hingewiesen wird⁹⁸⁹. Auch wenn dies noch keine Freistellung der Wettbewerbsbehörde im eigentlichen Sinn ist, sind diese *review letters* doch aussagekräftige Mitteilungen, die im Gegensatz zu den in der EU existenten Verwaltungsschreiben eine begrenzte rechtliche Wirkung haben. Gegen die Unternehmen, besser gesagt die Unternehmenskooperation, kann jedoch noch immer ein Verfahren der Wettbewerbsbehörde eröffnet werden.

Die Fusionskontrolle stellt hingegen eine Marktstrukturkontrolle dar, welche seitens der Wettbewerbsbehörden in mehreren Phasen vollzogen wird. Durch ihre auf Umsatz- und Marktanteilsschwellen ausgerichtete Aufgreifkriterien fungiert sie somit nicht als generelle administrative Verpflichtung, sondern bestimmt gezielt Transaktionen, welche für den Binnenmarkt von Bedeutung sind⁹⁹⁰ und durch ihre Strukturänderung Einfluss auf den Binnenmarkt haben können. Der mehrstufige Aufbau der Fusionskontrolle dient durch die Abgrenzung des relevanten Marktes und der Analyse der Wettbewerbseffekte der Prüfung und Beurteilung sämtlich relevanter Aspekte. Resümierend lässt sich daraus festhalten, dass ein Zusammenschluss mit (1) unionsweiter Bedeutung, (2) welcher zu einer „den Markt beherrschenden Stellung“, (3) auf dem relevanten Markt führt, (4) der der Wirksamkeit des Wettbewerbs des EU-Binnenmarktes entgegensteht, nicht erlaubt und somit im Rahmen eines ordnungsgemäßen Prüfungsverfahrens zu untersagen ist. Der Zusammenschluss kann durch das Vollzugsverbot bis zur Beurteilung der Kommission keine negativen Effekte verursachen und schützt somit den jeweiligen Wettbewerb. Durch das Fehlen der materiell-rechtlichen Voraussetzung entfällt aber die Anwendbarkeit auf Pools.

III. Beurteilung des relevanten Marktes

In diesem Kapitel wird eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts und der Praxis zur Abgrenzung des relevanten Marktes, mit besonderem Augenmerk auf Patente und Technologien, vorgenommen. Sie erfolgt parallel in Bezug auf die USA und die EU. Es werden zuerst die unterschiedlichen Märkte definiert, die geltende Praxis im Hinblick auf die Beurteilung dieser Märkte sowie die Möglichkeit für Unternehmen, auf sämtliche Marktänderungen adäquat zu reagieren.

⁹⁸⁹ IP Guidelines, Fn. 3.

⁹⁹⁰ Im Falle, dass diese Umsatz- oder Marktanteilsschwellen nicht erreicht sind, können sie (sofern sie von dem jeweiligen nationalen Recht umfasst sind) durch die jeweiligen nationalen Behörden beurteilt werden.

1. Bestimmung des relevanten Marktes

Die Definition des Marktes dient der genauen Abgrenzung des Gebietes, auf dem Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen. Damit kann der Rahmen festgelegt werden, innerhalb dessen das Wettbewerbsrecht angewendet wird. Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Mit der Abgrenzung eines Marktes, sowohl seiner sachlichen als auch räumlichen Dimension⁹⁹¹, soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen⁹⁹². Als zentrale Grundsätze für die Definition des Marktes nennt die Kommission⁹⁹³ in ihrer Bekanntmachung die Faktoren, die sich auf die Wettbewerbsverhältnisse in einem Markt auswirken. Dabei handelt es sich vor allem um die Aspekte der Nachfragesubstituierbarkeit, der Angebotssubstituierbarkeit und des potenziellen Wettbewerbs⁹⁹⁴.

Die Abgrenzungen zwischen Lizenzvertrag, Patentpool und Kartell liegen insbesondere in der Form und den Strukturverhältnissen auf dem Markt⁹⁹⁵. So wird auch die Meinung vertreten, dass sich trotz der unterschiedlichen Rechtsnaturen aus wettbewerbsrechtlicher Betrachtung keine unterschiedlichen Auswirkungen ergeben⁹⁹⁶. Auch nach ULLRICH stellen sich bei Lizenzaustauschverträgen und Patentpools kartellrechtlich grundsätzlich die gleichen Probleme „in je unterschiedlicher Nuancierung“ dar⁹⁹⁷. Das ist nicht korrekt, da Patentpools einen größeren Einfluss auf die Verhältnisse im Technologienmarkt haben, wodurch sie mehr Möglichkeiten zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten bieten⁹⁹⁸.

⁹⁹¹ In der Literatur wird zudem noch auf die zeitliche Komponente hingewiesen, die in der Bedeutung weit hinter die beiden genannten Aspekte zurücktritt. In Einzelfällen mag im Hinblick auf die Saisonbedingtheit bestimmter Produkte oder Dienstleistungen eine solche zeitliche Marktabgrenzung relevant sein. Dies ist jedoch eindeutig die Ausnahme; s. *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 102, Rn. 5.

⁹⁹² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 2.

⁹⁹³ Der Kommission kommt bei der Abgrenzung des relevanten Marktes eine herausgehobene Stellung zu. Gericht und Gerichtshof erkennen eine Prärogative der Kommission in diesem Bereich an und beschränken ihre Kontrolle unter Berufung auf die komplexen wirtschaftlichen Beurteilungen, die in erster Linie durch die Kommission und nicht durch die europäischen Gerichte zu erfolgen hat; s. *Bechtold/Bosch/Brinker*, in: Bechtold et al., EU-Kartellrecht, Art. 102, Rn. 6.

⁹⁹⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 13.

⁹⁹⁵ Im Falle, dass ein Pool substituierbare anstatt komplementäre Technologien beinhaltet, wird er zum Kartell auf dem Technologienmarkt, *Scotchmer*, 176; s. dazu hinten C.III.2.b)cc)(2).

⁹⁹⁶ *Wörz*, 10f.; *Gleiss/Deränger*, WuW 1952, 613.

⁹⁹⁷ *Ullrich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 1997, VIII., Rn. 91.

⁹⁹⁸ *Wörz*, 10f.

An dieser Stelle soll untersucht werden, ob die bisherigen Ansätze der Marktbestimmung Lücken aufweisen, welche die Markttransparenz reduzieren und den Wettbewerbsdruck mindern. Infolgedessen wäre die Selbstregulierung des Marktes eingeschränkt, was wiederum die Poolmitglieder vor Probleme (wie bspw. Unsicherheit bei der Portfoliogestaltung, Ausgestaltung der Außenlizenzen, Risiken bzgl. weiterer Innovationen etc.) stellen würde.

2. Marktbegriffe

Innerhalb des Rechts besteht eine schwer überschaubare Menge von Marktbegriffen, von denen sich drei in die einzelnen Rechtsrahmen manifestieren und dabei unterschiedliche Ebenen umfassen. Dies sind der Produkt-, Technologie- und Innovationsmarkt.

a) Produktmarkt

aa) Grundlagen

Der Produktmarkt setzt sich aus einem Produkt und allen weiteren Produkten, welche für die Nachfrager Alternativen zu jenem bilden, zusammen⁹⁹⁹. Damit diese weiteren Produkte als Alternative in Frage kommen, dürfen sie in sachlicher und räumlicher Hinsicht nicht zu weit vom Ausgangsprodukt entfernt sein¹⁰⁰⁰. Auch die Produkte von Wettbewerbern, welche bei einem Preisanstieg auf dem Produktmarkt rasch ihre Produktion umstellen oder ausweiten können, werden im Rahmen des Produktmarktes berücksichtigt¹⁰⁰¹.

bb) Marktabgrenzungsvorgang

Die maßgebende Rechtsquelle zur Marktabgrenzung im Unionsrecht ist die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes¹⁰⁰². Sie gibt den Grundsatz vor, während die Leitlinien zur TT-GVO nur Aspekte behandeln, die für den Technologietransfer von besonderer Bedeutung sind¹⁰⁰³.

Die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes verwendet eine gängige¹⁰⁰⁴ Formulierung des Bedarfsmarktkonzepts: „Der sachlich relevante Pro-

⁹⁹⁹ Areeda et. al., 530a.

¹⁰⁰⁰ Ibid.

¹⁰⁰¹ Früh, 156.

¹⁰⁰² Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03).

¹⁰⁰³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 19.

¹⁰⁰⁴ Die Elemente des europäischen Bedarfsmarktkonzepts gehen auf eine beachtliche Rechtsprechung der Gemeinschaft zurück, beginnend mit dem *Continental Can-Urteil*.

duktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden“¹⁰⁰⁵. Der Marktbegrenzungsvorgang beginnt mit der Bestimmung der Marktobjekt-Elemente, welche auf die Charaktereigenschaften von Gütern gerichtet sind¹⁰⁰⁶. Danach gilt es, das Verhältnis zwischen Marktsubjekt¹⁰⁰⁷ und Marktobjekt darzulegen, welches durch das Kriterium der funktionalen Austauschbarkeit definiert wird¹⁰⁰⁸. Das Bedarfselement¹⁰⁰⁹ grenzt schließlich den Umfang des Marktes durch den Zweck der Bedarfsdeckung ein. Dabei handelt es sich ausdrücklich nicht um den (objektiven) Verwendungszweck, sondern um einen subjektiv zu verstehenden Filter, welcher nur Verwendungskontexte umfasst, die auf die Deckung eines bestimmten Bedarfs gerichtet sind¹⁰¹⁰. Als nächstes wird die Angebotssubstituierbarkeit¹⁰¹¹ ermittelt¹⁰¹². Nachweise, gemäß derer Unternehmen beurteilen können, ob zwei Produkte Nachfragesubstitute sind, lassen sich wie folgt einteilen¹⁰¹³: (1) Produkte jüngerer Vergangenheit¹⁰¹⁴, (2) ökonomische und statistische Tests¹⁰¹⁵, (3) Kunden- und Wettbewerberstandpunkte¹⁰¹⁶, (4) Verbraucherpräferenzen¹⁰¹⁷, (5) mögliche Ein-

¹⁰⁰⁵ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 7.

¹⁰⁰⁶ Zum Marktobjekt-Element zählen die Produkteigenschaften, der wirtschaftliche Verwendungszweck und die Preislage.

¹⁰⁰⁷ Unter dem Marktsubjekt versteht man die Charakterisierung des Verbrauchers.

¹⁰⁰⁸ Bei der funktionalen Austauschbarkeit wird aus objektiver Sicht auf die Produkteigenschaften abgestellt. Es geht um die Bestimmung, welche anderen Produkte dieselben Funktionen wie das Ausgangsprodukt erfüllen; s. *Friih*, 68, 83.

¹⁰⁰⁹ Das Bedarfselement ist eine Einschränkung der Beziehung von Marktsubjekt zum Marktobjekt. Maßgebend für die Marktbegrenzung ist demnach nur, was der Nachfrager zur Deckung seines Bedarfs als akzeptabel ansieht und deshalb demselben Markt zugesprochen wird; s. *Friih*, 80.

¹⁰¹⁰ *Friih*, 229.

¹⁰¹¹ Als Angebotssubstitute sind all jene Produkte zu verstehen, welche rasch und ohne spürbare Kosten und Risiken angeboten werden können und somit zum relevanten Markt gehören.

¹⁰¹² *Friih*, 231 ff.

¹⁰¹³ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 37 ff.

¹⁰¹⁴ In bestimmten Fällen können Nachweise für Ereignisse geprüft werden, die den Markt vor kurzem betroffen haben und bei denen es bereits zur Substitution zwischen zwei Produkten gekommen ist.

¹⁰¹⁵ Schätzung der Elastizitäten und Preiskreuzelastizitäten der Nachfrage nach einem Produkt, Untersuchung der Gleichartigkeit der Preisentwicklung im Laufe der Zeit, Untersuchungen der Kausalität zwischen Preisreihen und Ähnlichkeit des Preisniveaus bzw. ihrer Konvergenz. Zur Ermittlung des Substitutionsverhaltens in der Vergangenheit berücksichtigt die Kommission die verfügbaren quantitativen Nachweise, die strenger Nachprüfung standhalten müssen.

¹⁰¹⁶ Häufig tritt die Kommission im Zuge ihrer Ermittlungen an die wichtigsten Kunden und Wettbewerber der beteiligten Unternehmen heran, um deren Auffassung über die Grenzen des

grenzungen¹⁰¹⁸ und (6) Produktgruppen¹⁰¹⁹. Danach wird der geographische Umfang des relevanten Marktes bestimmt¹⁰²⁰. Zuletzt wird noch der Marktanteil ermittelt, welcher sich durch die Verkäufe im geographischen Bereich misst¹⁰²¹. Die Markt-abgrenzung durch das Bedarfsmarktkonzept kann bspw. mithilfe des hypothetischen Monopoltests¹⁰²² korrigiert werden.

Produktmarktes in Erfahrung zu bringen und dabei gleichzeitig den größten Teil der Sachinformation zu erhalten, die sie zur Bestimmung des Marktumfangs benötigt. Erläuterungen der Kunden und Wettbewerber auf die Frage, was geschehen würde, wenn die relativen Preise für die betreffenden Produkte in dem entsprechenden räumlichen Gebiet geringfügig stiegen (z.B. um 5 bis 10 %), werden berücksichtigt, falls Nachweise über die tatsächliche Entwicklung dies hinreichend stützen.

¹⁰¹⁷ Handelt es sich um Verbrauchsgüter kann es für die Kommission schwierig sein, die Ansichten der Endverbraucher selbst über die Substituierbarkeit von Produkten zu ermitteln. Marketingstudien, die von Unternehmen in Auftrag gegeben wurden und deren Ergebnisse Preis- und Marketing-Entscheidungen der Unternehmen beeinflussen, können der Kommission wichtige Informationen für die Abgrenzung des relevanten Marktes liefern. Erhebungen über Verhalten und Einstellungen der Verbraucher, Angaben zum Kaufverhalten, von Handelsunternehmen geäußerte Meinungen und generell Marktforschungsstudien, die von den beteiligten Unternehmen und ihren Wettbewerbern vorgelegt werden, werden zur Ermittlung herangezogen, ob die Verbraucher zwei Produkte als substituierbar ansehen, auch unter Berücksichtigung der Bedeutung von Marken für die fraglichen Produkte.

¹⁰¹⁸ Eine Reihe von Schranken und Kosten können die Kommission veranlassen, zwei, auf den ersten Blick als Substitute erscheinende, Produkte nicht als ein- und demselben Produktmarkt zugehörig einzustufen. Es ist jedoch nicht möglich, sämtliche Substitutions-schranken und Faktoren aufzuzählen, die dazu führen, dass der Wechsel zu einem anderen Produkt Kosten verursacht. Diese Schranken oder Hindernisse können unterschiedliche Ur-sachen haben. Bei ihren Entscheidungen wurde die Kommission bislang konfrontiert u. a. mit: (1) regulatorischen Hemmnissen und anderen Formen staatlichen Eingreifens, (2) auf nach-gelagerten Märkten wirksamen Kräften, (3) dem Erfordernis der Umstellung auf alternative Einsatzmittel – abhängig von besonderen Investitionen oder von der Hinnahme von Verlusten bei der laufenden Produktion, (4) Fragen des Kundenstandorts, (5) gezielten Investitionen im Herstellungsverfahren, (6) Investitionen in Ausbildung und Humankapital, usw.

¹⁰¹⁹ Der Umfang des Produktmarktes kann durch gesonderte Kundengruppen eingeschränkt sein. Eine solche kann einen engeren, eigenständigen Markt darstellen, wenn sie einer Preis-diskriminierung ausgesetzt werden kann.

¹⁰²⁰ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 8.

¹⁰²¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (97/C 372/03), Rn. 53 ff.

¹⁰²² Die Begriffe SSNIP-Test und hypothetischer Monopoltest werden oft synonym ver-wendet. Der Test stellt die Frage, ob ein den Gewinn maximierender hypothetischer Mono-polist, den Preis für dieses Produkt anheben könnte. Gelingt dies dem Unternehmen nicht, gibt es andere Unternehmen, die seine Marktmacht beschränken, weil sie Substitute anbieten, welche auch zum relevanten Markt hinzugerechnet werden müssen. In einem oder mehreren Schritten werden Substitute zum relevanten Markt hinzugefügt und dem hypothetischen Mo-nopolisten fiktiv zugeordnet, bis es ihm doch noch gelingen würde, den Preis anzuheben. Erst dann ist der relevante Markt abgegrenzt. Der SSNIP Test ist bereits von den Merger Guidelines 1992 als Standardtest bestimmt worden; s. zur weiteren Bedeutung des SSNIP Tests, *Friih*, 218 ff.

Um gerade Innovationsprozesse¹⁰²³ mit in die Marktabgrenzung einzubeziehen¹⁰²⁴, soll das Instrument des potenziellen Wettbewerbs dienen¹⁰²⁵. Besonders in den frühen Jahren des *Sherman Acts* sahen Wirtschaftswissenschaftler, dass der potenzielle Wettbewerb eine mögliche Kraft zur Einengung von Marktmacht von Unternehmen ist¹⁰²⁶, da der Status eines potenziellen Wettbewerbers den Wettbewerb sowohl jetzt als auch in der Zukunft beeinflussen¹⁰²⁷ kann¹⁰²⁸. Unter dem Gesichtspunkt der Austauschbarkeit ist es denkbar, dass bei einer hohen Angebotsumstellungsflexibilität Anbieter, die bisher noch nicht aufgetreten sind, in den Markt einbezogen werden¹⁰²⁹. Anders gesagt: Potenzieller Wettbewerb kann auch von aktuellen Wettbewerbern ausgehen, soweit sie zu einer Angebotsumstellung oder zu erheblichen Kapazitätsausweiterungen in der Lage sind¹⁰³⁰.

Die Kommission steht der Annahme eines potenziellen Wettbewerbs zurückhaltend gegenüber¹⁰³¹. Für sie ist ein Markteintritt wahrscheinlich, wenn unter Berücksichtigung der zusätzlichen Produktionsmengen und der potenziellen Reaktion

¹⁰²³ Geht es um die Innovationsrate nach einer Fusion ist fraglich, ob eine Betrachtung des Produktmarktes ausreicht. Ein fürsprechendes Argument ist, dass sich das Ziel einer Innovation und die Art, wie sie auf den Verbraucher wirkt, in den Produkten widerspiegeln. Das Gegenargument an diese Herangehensweise ist, dass ein zukünftiger Produktmarkt unzureichend bestimmbar wäre, weshalb sich die Marktanalyse auf Innovationen statt auf Produkte richten sollte. *Katz/Shelanski*, ALJ 2007, 38

¹⁰²⁴ Existiert bereits ein Produktmarkt, ist die Betrachtung von Innovationsprozessen aus dem Blickwinkel des potenziellen Wettbewerbs naheliegend. Dies trifft bei Prozessinnovationen und (geringfügigen) Verbesserungen eines Produkts, aber auch bei bahnbrechenden Innovationsprozessen, bei denen bereits ein Unternehmen den Innovationsprozess abgeschlossen hat, zu. Letzterer kann dann als Vorbereitungshandlung für einen späteren Marktzutritt betrachtet werden. Schwieriger wird es bei bahnbrechenden Produktinnovationen, bei denen sich noch alle Unternehmen in der F&E Phase befinden, da ein völlig neuer Markt entsteht, in dem noch keine Produkte angeboten werden.

¹⁰²⁵ *Rapp*, ALJ 1995, 20; *Hoerner*, ALJ 1995, 56.

¹⁰²⁶ Potenzielle Wettbewerber werden gerade bei einer Fusion aus zwei Gründen beurteilt, da sie einerseits auch Beteiligte eines Zusammenschlusses sein können, andererseits wird die Frage nach den Wettbewerbern der Zusammenschlussbeteiligten über aktuelle Wettbewerber hinaus auf unabhängige potenzielle Wettbewerber erstreckt, weil durch diese wettbewerblicher Druck auf Angebot und Preisgestaltung der auf dem Markt tätigen Unternehmen ausgeübt werden kann.

¹⁰²⁷ Damit potenzieller Wettbewerb durch unabhängige Unternehmen Berücksichtigung bei der wettbewerblichen Bewertung eines Zusammenschlusses finden kann, müssen nach Maßgabe der Horizontal-Leitlinien drei Voraussetzungen erfüllt sein: Der Markteintritt muss (1) wahrscheinlich, (2) binnen eines angemessenen Zeitraums möglich und anhaltend und (3) in seinem erwarteten Umfang hinreichend sein; s. Horizontal-Leitlinien Rn. 59 ff.

¹⁰²⁸ *Sullivan/Grimes*, 660.

¹⁰²⁹ *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 19 u. 57 f.

¹⁰³⁰ *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 282.

¹⁰³¹ *Immenga/Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 287.

der bereits im Markt tätigen Unternehmen für den Neueinsteiger ein hinreichender Gewinn zu erwarten ist¹⁰³² sowie ob die subjektive Bereitschaft des potenziellen Wettbewerbers ihm die Anhaltspunkte liefert, dass die Marktteilnahme wirtschaftlich zweckmäßig und kaufmännisch vernünftig ist¹⁰³³. Die Kommission prüft neben der Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts auch, ob dieser ausreichend zügig und anhaltend möglich ist. Der dafür angemessene Zeitraum ist im Einzelfall zu bestimmen, doch geht die Kommission in den Horizontal-Leitlinien davon aus, dass ein Eintritt regelmäßig nur dann als rechtzeitig anzusehen ist, wenn er innerhalb von zwei Jahren erfolgt¹⁰³⁴. In der Praxis geht dieser Zeitraum jedoch auch weiter¹⁰³⁵. Die Möglichkeit zum Markteintritt ist wettbewerblich irrelevant, wenn das daraus folgende Angebot keine Marktbedeutung hat. Das ist der Fall, wenn Preise und Mengen des Angebotes den Verhaltensspielraum der angestammten Unternehmen nicht wirksam beeinflussen können. Der erwartete Markteintritt muss daher auch in seinem Umfang hinreichend sein, d. h. der neue Wettbewerber muss mit Mengen und Preisen, die den Spielraum der etablierten Anbieter zur Festsetzung von Preis und Angebotsmenge wirksam begrenzen, in den Markt eintreten. Die neuen Wettbewerber müssen aber nicht von vornherein die Größe der Altanbieter erreichen, denn auch der Einstieg einer Vielzahl kleinerer Wettbewerber kann einen einflussbegrenzenden Effekt auf die Zusammenschlussbeteiligten haben, wenn der Einstieg in den Markt schnell und leicht erfolgen kann¹⁰³⁶.

Die Theorie des potenziellen Wettbewerbs wird im US-amerikanischen Kartellrecht in zwei Kategorien eingeteilt: (1) *perceived potential competition*¹⁰³⁷ und (2)

¹⁰³² Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse, Rn. 69. Im Vordergrund der Entscheidungen stehen Einflüsse, die von bereits vorhandenen Wettbewerbern auf räumlich angrenzenden oder sachlich benachbarten Märkten ausgehen. Häufig wurde der Markteintritt von Wettbewerbern geprüft, die bereits auf anderen räumlichen Märkten als Anbieter auftraten bzw. vorhandene Unternehmen in der Lage sind, ihr Angebot auszuweiten. So Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO Art. 2, Rn. 287.

¹⁰³³ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 289.

¹⁰³⁴ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 290.

¹⁰³⁵ Komm., 21.6.1994, ABI. L 354/32 (*Procter & Gamble/VP Schickedanz*); Komm., 12.11.1992, ABI. L 114/34 (*Mannesmann/Hoesch*); Komm., 12.4.1991, ABI. L 122/48 (*Alcatel/Teletra*).

¹⁰³⁶ Immenga/Körber, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2012, FKVO, Art. 2, Rn. 291.

¹⁰³⁷ Dieses Modell basiert auf folgendem Prinzip: Befindet sich ein Unternehmen am Rande des Marktes, verhalten sich die Marktteilnehmer so, diesem möglichen „Einstieger“ keinen Grund zu geben, in den Markt einzudringen (bspw. in Form niedriger Preise). Auch wenn die Konsumenten keine drastischen Preissenkungen zu erwarten haben, führt die bloße Anwesenheit eines möglichen neuen Wettbewerbers zu einem dynamischen Element, das den Wettbewerb belebt; s. *U.S. vs. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526 (1973); *FTC vs. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *Sullivan/Grimes*, 660.

*actual potential competition*¹⁰³⁸. Die Bestimmungen zum potenziellen Wettbewerb analysieren die Möglichkeit neuer Marktzutritte¹⁰³⁹. Ansatzpunkt ist dabei, dass ein Zusammenschluss keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hervorrufen kann, wenn das Entstehen von Marktmacht durch neue Zutritte zu verhindern ist. Die Analyse nach den *Merger Guidelines* 2010 wird nicht mit Blick auf einen konkreten potenziellen Wettbewerber durchgeführt, sondern es wird abstrakt analysiert, ob ein Marktzutritt aufgrund der Marktbeschaffenheit denkbar ist. Somit werden alle Phasen mit Berücksichtigung von Planung, Design, Management, Genehmigungen, Lizenzen etc.¹⁰⁴⁰ einbezogen. Dafür berücksichtigen die *Merger Guidelines* 2010, ob der Eintritt zeitnah¹⁰⁴¹, wahrscheinlich¹⁰⁴² und ausreichend umfangreich sein wird¹⁰⁴³, um den negativen Auswirkungen einer Marktmacht entgegenzuwirken¹⁰⁴⁴.

cc) Würdigung des Produktmarktes für Pools

Das Problem, dass der Produktmarkt als selbstregulierendes Instrument für den Wettbewerb bei der Poolgründung dient, fußt auf der Tatsache, dass dieses zum einen nicht auf die Spezifika von Immaterialgüterrechten eingeht und zum anderen die Besonderheit durch die von Standard geschaffenen Pools nicht umfasst.

(1) Produktmarkt und Immaterialgüterrechte

Die Schwierigkeit der Bestimmung des relevanten Produktmarktes in Verbindung mit Immaterialgüterrechten zeigt sich gerade an der Tatsache, dass die gängige Vorgehensweise an Parametern, die für den immaterialgüterrechtlichen Kontext untauglich sind, aufgebaut ist.

Die meisten Instrumente zur Messung der Substituierbarkeit stellen hauptsächlich auf den Preis ab. Diese Fokussierung ist im immaterialgüterrechtlichen Kontext allerdings von zweifelhaftem Nutzen¹⁰⁴⁵. Oft werden gegenseitige Lizenzen ge-

¹⁰³⁸ Diese beschäftigt sich mit der Möglichkeit, dass das Unternehmen durch den Aufbau eigener Kapazitäten oder den Erwerb eines kleinen Wettbewerbers (*toe-hold acquisition*) in den Markt eintreten würde, käme es nicht zum Zusammenschluss mit einem aktuellen Marktteilnehmer. Die Fusion sollte in dieser Konstellation untersagt werden, da eine Verbesserung der Wettbewerbssituation beabsichtigt ist, sie aber unterbleibt. Barth, 139 f.

¹⁰³⁹ Merger Guidelines 2010, 9 ff.

¹⁰⁴⁰ Merger Guidelines 2010, 9.1 ff.

¹⁰⁴¹ Merger Guidelines 2010, 9.1.

¹⁰⁴² Merger Guidelines 2010, 9.2.

¹⁰⁴³ Merger Guidelines 2010, 9.3. Der Faktor des „ausreichend Umfangreichen“ wird durch materielle bzw. immaterielle Vermögensgegenstände bestimmt. Auch wenn ein Eintritt wahrscheinlich ist, führt das Fehlen solcher Vermögensgegenstände dazu, dass ein Preisanstieg nicht verhindert werden kann.

¹⁰⁴⁴ Merger Guidelines 2010, 9.1.

¹⁰⁴⁵ Jorde/Teece, ALJ 1993, 610.

schlossen, wobei aber der Wert der einzelnen Lizenz nicht ermittelt wird¹⁰⁴⁶, oder aber der Wert ist nicht bekannt, weil Unternehmen den Wert der Lizenzen geheim halten. Somit kann bspw. der hypothetische Monopoltest bereits auf seine Probleme stoßen, wenn der Ausgangspreis nicht bekannt ist¹⁰⁴⁷.

Die für die Marktanteilsberechnung verwendeten Richtgrößen (Stückzahlen, Verkaufswert, Produktionskapazität) eignen sich nicht, um den Handel mit Immaterialgüterrechten abzubilden¹⁰⁴⁸. Gerade bei Standards zeigt sich die Fehlstellung, da die eigentlichen Technologien auf einem vorgelagerten Markt¹⁰⁴⁹ sind und somit die Richtgrößen ein falsches Bild über mögliche Marktverhältnisse liefern¹⁰⁵⁰.

Auch die Ausrichtung auf eine undifferenzierte Nachfragersicht zeigt ihre Schwächen, wenn Technologien und Immaterialgüter einbezogen werden. Das Nachfragerparadigma vernachlässigt nämlich, dass im innovationsgetriebenen Wertschöpfungsprozess Technologien oder Produkte geschaffen werden, nach denen (noch) keine Nachfrage besteht¹⁰⁵¹. Ein zweiter Aspekt ist im vorliegenden Zusammenhang wichtiger. Wenn Immaterialgüterrechte Inputs sind und der Markt für Immaterialgüterrechte der vorgelagerte (Technologie-) Markt eines nachgelagerten Produktmarktes ist, hängt die Nachfrage des Herstellers am Technologiemarkt von dessen Strategie und Produktionsweise auf dem Produktmarkt ab¹⁰⁵². Solche Überlegungen zu einem Nachfragerverhalten werden aber kaum angestellt und sprengen den Rahmen des bisherigen Nachfragerbedarfs¹⁰⁵³.

(2) Produktmarkt und Standards

Der Produktmarkt wird als Markt verstanden, in dem Abnehmer nach einem oder mehreren Produkten, die auf dem Standard basieren, nachfragen. Dies bedeutet, dass der Standard auf dem vorgelagerten Markt agiert. Dadurch kann sich das Resultat

¹⁰⁴⁶ Unter Umständen kann auch deswegen gar kein Preiswettbewerb stattfinden, weil die Technologien ohne Lizenzgebühr lizenziert werden, was nicht bedeutet, dass die Technologie wertlos ist.

¹⁰⁴⁷ *Früh*, 209.

¹⁰⁴⁸ *Früh*, 210 f.

¹⁰⁴⁹ Vor diesem Hintergrund bestehen Tendenzen in Technologie- und Innovationsmärkten, einzig auf die Anzahl alternativer Technologien und Innovationspole abzustellen. Diesen Modellen fehlt es an Gewichtung der Substitutionsbeziehungen, weswegen die Wahl einer Zahl notwendiger Alternativetechnologien oder Forschungspole als zufällig bezeichnet wird.

¹⁰⁵⁰ *Früh*, 211.

¹⁰⁵¹ *Früh*, 211 f.

¹⁰⁵² Wenn der Technologienachfrager eine Technologie bereits mit festen Vorstellungen der späteren Produktionspezifikation erwerben will, dann ist der Technologiemarkt zwangsläufig enger, als wenn derselbe Technologienachfrager zuerst die Technologie anhand derer Vor- und Nachteile auswählt, und danach sein Erzeugnis nach deren Vorgaben gestaltet.

¹⁰⁵³ *Früh*, 212.

eines Standards auf verschiedenen Produktmärkten materialisieren¹⁰⁵⁴, was eine Bestimmung des relevanten Marktes deutlich erschwert, wenn nicht sogar unmöglich macht. Für den Produktmarkt ist die Beziehung zwischen dem Standard und einer einzelnen Technologie, die in ihn integriert wurde, zu beachten. Weil die Produkte auf dem Standard basieren, basieren sie zugleich auch auf der integrierten Technologie. Es ist aber nicht zwingend erforderlich, dass zum Produktmarkt nur Produkte gehören, die in dieser Weise zugleich auf dem Standard und der integrierten Technologie fußen. Denkbar sind nämlich Situationen, in denen Produkte den Standard zwar nutzen, dabei aber bestimmte Technologien außer Acht lassen oder sie durch Alternativen ersetzen. Sind aus Sicht der Abnehmer Produkte, die den Standard ganz oder nur in Teilen nutzen, substituierbar, so gehören sie zu demselben Produktmarkt¹⁰⁵⁵.

dd) Erkenntnisse zum Produktmarkt

Die Beurteilung des Produktmarktes dient der Bestimmung statischer Ineffizienz¹⁰⁵⁶, wodurch bei möglicher Korrektur nur die kurzzeitige Sicherheit der Konsumentenwohlfahrt gewährleistet wird. Durch die Tatsache, dass es ein Markt ist, für welchen aber die meisten Instrumente der Bestimmung und Beurteilung der Substitutionsprodukte, der Anbieter und des geographischen Umfangs vorliegen, ist er auch derjenige, auf den am meisten zurückgegriffen wird¹⁰⁵⁷. Die auf Produktmärkte begrenzte Analyse vernachlässigt die Technologiemärkte, auf denen gerade dem Lizenzpaket des Patentpools, das eine gesamte Technologie abdeckt, bei mangelnden Alternativen ein solches Gewicht zukommt, dass es sogar eine marktbeherrschende Stellung einnehmen kann. Zusätzlich ignoriert eine solch begrenzte Analyse auch die Innovationsmärkte, bei denen vor allem der Schutz dynamischer Effizienz¹⁰⁵⁸ nicht berücksichtigt wird.

b) Technologemarkt

In der modernen Informationsgesellschaft werden nicht mehr nur materielle Güter, sondern auch Immaterialgüterrechte als selbstständige Güter gehandelt. Vor diesem Hintergrund werden die Wettbewerbsverhältnisse durch die Analyse des Produktmarktes nur noch ungenügend widergespiegelt¹⁰⁵⁹. Hervorzuheben ist die

¹⁰⁵⁴ So etwa können verschiedene Arten von Computerchips, welche untereinander nicht substituierbar sind, denselben Standard für die Datenübertragung nutzen.

¹⁰⁵⁵ Picht, 436.

¹⁰⁵⁶ Insbesondere mit Blick auf Preisabsprachen und Marktaufteilung.

¹⁰⁵⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 269.

¹⁰⁵⁸ Anreize für F&E.

¹⁰⁵⁹ So kann es z. B. die Verhältnisse von F&E aktiven Unternehmen, die ihre Technologien lizenziieren und nicht selber produzieren, nicht richtig darlegen.

Durchsetzung der Erkenntnis, dass der Austausch von Technologien¹⁰⁶⁰ verschiedene Wettbewerbsebenen und -phasen betrifft, insbesondere, wenn daraus ein völlig neues, einzigartiges Produkt entwickelt werden soll¹⁰⁶¹. Technologie ist ein Input, der entweder in ein Erzeugnis oder einen Produktionsprozess eingeht¹⁰⁶². Mithilfe verfügbarer Technologien streben Unternehmen danach, innovative Produkte und Dienstleistungen zu entwickeln¹⁰⁶³. Die Lizenzierung von Technologien kann daher den Wettbewerb sowohl auf Innovations- als auch auf Produktmärkten¹⁰⁶⁴ beeinträchtigen¹⁰⁶⁵. Dementsprechend soll die Technologiemarktanalyse dazu beitragen, Fehler eines Kartellrechtsvorstoßes auf den falschen (nachgelagerten Produktmarkt) Markt bzw. das Nichtvorstoßen auf den Technologiemarkt zu vermeiden¹⁰⁶⁶.

aa) Grundlagen

Technologiemärkte bestehen aus der lizenzierten Technologie und ihren Substituten. Substitute sind all jene Technologien, welche die Ausübung von Marktmacht durch den Inhaber des lizenzierten Immaterialgutes maßgeblich beschränken können¹⁰⁶⁷ bzw. all jene Technologien, die von Lizenznehmern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks mit der lizenzierten Technologie als austauschbar oder substituierbar angesehen werden¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁰ Der Ausdruck „Technologie“ ist nach der TT-GVO und den Leitlinien zur TT-GVO nicht auf Patente beschränkt. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) der TT-GVO umfasst der Begriff „Technologierechte“ Know-how sowie Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleiterprodukten, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche ergänzenden Schutzzertifikate vergeben werden können, Sortenschutzrechte und Software-Urheberrechte oder eine Kombination daraus einschließlich Anträge auf Gewährung bzw. auf Registrierung dieser Rechte. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 44; die IP Guidelines gehen mit dem Begriff Technologie unspezifisch um.

¹⁰⁶¹ Wörz, 74

¹⁰⁶² Aoki/Schiff, 7.

¹⁰⁶³ Andererseits können Immaterialgüterrechte auch strategisch eingesetzt werden, um die Innovationsaktivität von Wettbewerbern zu blockieren. Die Akquisition von Patenten im Zuge von M&A-Aktivitäten hat somit zwei Gesichter: Sie dienen einerseits der Ergänzung des Patentportfolios, andererseits aber auch der Blockade bzw. Auflösung von *patent fences* in Technologiemärkten, so Grimpe/Hussinger, 1 ff.; Mackey, MIPLR 2009, 146 ff.

¹⁰⁶⁴ Technologien stellen das Produkt von Innovationen dar und können komplett oder teilweise in das Endprodukt integriert sein.

¹⁰⁶⁵ Eine Vereinbarung zwischen zwei Parteien, die Wettbewerbszeugnisse verkaufen und sich gegenseitig Lizenzen für Technologien gewähren, die für die Herstellung dieser Erzeugnisse genutzt werden, kann bspw. den Wettbewerb auf dem betreffenden Produktmarkt, dem Technologiemarkt und möglicherweise auch auf anderen Inputmärkten beschränken. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 20.

¹⁰⁶⁶ Newberg, Antitrust ABA 1999, 14 f.

¹⁰⁶⁷ IP Guidelines, P. 3.2.2.

¹⁰⁶⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 22.

bb) Marktabgrenzungsvorgang

Technologiemärkte¹⁰⁶⁹ werden nach denselben Grundsätzen wie Produktmärkte definiert¹⁰⁷⁰. Der relevante Technologemarkt wird rein sachlich abgegrenzt. Der Surrogatcharakter setzt Austauschbarkeit der Technologien voraus und ergibt sich aus einem Bündel vergleichbarer Attribute wie Preis, technische Eigenschaften oder Verwendungsmöglichkeiten¹⁰⁷¹ aus Sicht der Lizenznehmer¹⁰⁷². Ausgehend von der Technologie, die vom Lizenzgeber vermarktet wird¹⁰⁷³, müssen die anderen Technologien, zu denen die Lizenznehmer als Reaktion auf eine geringfügige, aber dauerhafte Erhöhung der relativen Preise¹⁰⁷⁴, d. h. der Lizenzgebühren, überwechseln könnten, ermittelt werden¹⁰⁷⁵.

Im Unterschied zu den USA, wo die Marktanteilsbestimmung vage formuliert wird und sich eher auf Marktmacht bezieht¹⁰⁷⁶, basiert die Marktanteilsbestimmung des Technologemarktes der TT-GVO auf den Prinzipien des Produktmarktes oder aber zieht eine Verbindung zum relevanten Produktmarkt heran. Eine mögliche

¹⁰⁶⁹ Primäre Rechtsquelle für die Marktabgrenzung von Technologiemärkten in den USA sind die IP Guidelines. EU Rechtsquellen für die Marktabgrenzung sind die Leitlinien zur TT-GVO und die Horizontal-Leitlinien.

¹⁰⁷⁰ Dabei wird aber in den Rechtsquellen die Frage nach der notwendigen Sachverhaltskonstellation, wann Technologiemärkte überhaupt abgegrenzt werden sollen, nicht auf genugtuende Weise geklärt; s. *Friih*, 244 ff., 257 f.

¹⁰⁷¹ IP Guidelines, P. 3.2.

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ Entsprechend der TT-GVO wird in der EU primär die Bedarfsmarktanalyse als Test bestimmt, welcher jedoch unmittelbar danach mit dem hypothetischen Monopoltest ergänzt wird. Dieser ist jedoch, wie auch beim Produktmarkt in den USA, der einzige genannte Test; s. Art. 1 Abs. 1 TT-GVO u. IP Guidelines, P. 3.2.2.

¹⁰⁷⁴ Für das Beispiel des *MPEG LA*-Patentpools könnte man annehmen, dass der einzelne Inhaber aller Technologien einseitig den Preis um 5 % anheben würde. Aufgrund der Tatsache, dass man es mit Standards zu tun hat, würden sich mehrere relevante Märkte ergeben, da standardisierte Technologien mehrere Anwendungsmöglichkeiten bieten und so in verschiedene Märkte übergreifen. Der *MPEG 2* Standard beinhaltet die Technologie bzgl. der Videokomprimierung, wie man es bei per Satelliten gesendeten Informationen benutzt, deren Technik weltweit von Fernsehsendern angewendet wird. Würde der hypothetische Monopolist die Preise erhöhen, könnten die Fernsehsender auf eine alternative Technologie umschalten, wie z. B. die analoge Datenübertragung oder die *MPEG-1* Technologie. Dabei würde dies aber den Übergang auf eine nicht mehr adäquate Technologie bedeuten, da beide Alternativen nur ein einzelnes Videosignal zum gleichen Zeitpunkt schicken können. Bevor also die Sendeunternehmen auf die andere Technologie wechseln würden, könnte der Inhaber der relevanten Technologien einiges mehr als nur 5 % verlangen. Ein weiterer relevanter Markt betrifft den der Massenspeichermedien (DVD), welche einen immensen technischen Fortschritt bedeutete. Um Videodaten zu speichern muss die *MPEG-2* Technologie benutzt werden, d. h., würde der Inhaber der *MPEG-2* Technologie seinen Preis erhöhen, würden sowohl die DVD Hersteller als auch die Nutzer der DVD Technologie dies wegen der signifikanten Vorteile gegenüber dem damaligen VHS System akzeptieren; s. *Worley*, TJLR 2002, 303 ff.

¹⁰⁷⁵ *Andewelt*, ALJ 1984, 621; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 22.

¹⁰⁷⁶ IP Guidelines, P. 3.2.2.

Vorgehensweise besteht somit, die Marktanteile auf der Grundlage des Anteils jeder einzelnen Technologie an der Gesamtheit der Lizenzentnahmen zu berechnen¹⁰⁷⁷, womit der Anteil der einzelnen Technologien auf dem Markt, auf dem konkurrierende Technologien lizenziert werden, dargestellt wird¹⁰⁷⁸. Ein anderer Ansatz besteht darin, die Anteile am Technologiemarkt anhand der Verkäufe der Produkte, die die lizenzierte Technologie enthalten, auf den nachgelagerten Produktmärkten zu berechnen¹⁰⁷⁹. Eine geographische Marktabgrenzung sei bei Technologiemärkten nicht erforderlich, da es sich hier ohnehin zumeist um Europa- oder Weltmärkte¹⁰⁸⁰ handelt¹⁰⁸¹.

cc) Würdigung des Technologiemarktes für Pools

Das Bild vom Technologiemarkt geht zu sehr vom klassischen Ansatz des Produktmarktes aus, nach welchem ein Technologiemarkt erst dann existiert, wenn eine Technologie lizenziert wird. Die TT-GVO geht von dem Standpunkt aus, dass jeder Technologie ein Markt zugewiesen werden könne. Dies ist jedoch dann zweifelhaft, wenn eine Technologie aufgrund von Alleinstellungsmerkmalen keinem Substitutionswettbewerb unterliegt¹⁰⁸² und der Lizenzgeber in seiner Lizenzierungsbereitschaft restriktiv verfährt¹⁰⁸³. Um den hier gewünschten Effekt einer Analyse zu erzielen, muss der Marktbegriff weiter gesteckt werden¹⁰⁸⁴ und Situationen umfassen,

¹⁰⁷⁷ Dies dürfte jedoch häufig nur theoretisch, nicht aber praktisch möglich sein, weil genaue Angaben über Lizenzgebühren fehlen.

¹⁰⁷⁸ Früh, 270 ff.

¹⁰⁷⁹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 25.

¹⁰⁸⁰ Weltweite Technologiemärkte wurden abgegrenzt in *Shell/Montecatini*, Komm., 8.6. 1994, ABI. L332/48; *Elenac/Hoechst*, Komm., 24.11.1998, ABI. C 405/15.

¹⁰⁸¹ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 316/2014, Art. 1, Rn. 39.

¹⁰⁸² Es ist zweifelsfrei, dass *MPEG LA* den Markt für die Lizenzierung der MPEG Technologie zu 100 % beherrscht, als Patentpool für den MPEG-Standard. Das Unternehmen ist somit Monopolist. Als nächstes gilt, dass alle Inhaber essentieller Patente Mitglieder des geschaffenen Pools sind. Somit ist es äußerst schwierig, dass andere Unternehmen einen Konkurrenzpool bzw. einen Konkurrenzstandard bilden, zumal neuere Standards nicht auf der Basis von Konkurrenzdenken, sondern aufgrund technologischer Neuheiten entstehen. Um in den Markt einzutreten, müsste man einen parallelen Service zur Verfügung stellen, ohne die essentiellen Patente der MPEG-2 Technologie zu verletzen. Aufgrund der Tatsache, dass die MPEG-2 Technologie durch die Annahme der ISO als internationaler Standard gilt, ist das Interesse an der Entwicklung einer parallelen Technologie äußerst gering; s. Worley, TJLR 2002, 306.

¹⁰⁸³ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 2019, VO 316/2014, Art. 1, Rn. 70. Zusätzlich besteht für die zur Selbsteinschätzung verpflichteten Unternehmen das Risiko der Fehleinschätzung, wenn sich eine Technologie auf verschiedene Produktmärkte auswirken kann.

¹⁰⁸⁴ Es bedarf nicht immer einer „Vermarktung“.

in denen die Technologie bereits theoretisch lizenziert werden könnte¹⁰⁸⁵. Somit sind die Voraussetzungen des Technologemarktes: die Technologie, der Inhaber, der Nachfrager / die potenzielle Nachfrage und die theoretische Möglichkeit der Lizenzierung. Worauf es bei dieser erweiterten Bestimmung ankommt, sind die Technologien¹⁰⁸⁶ und ihr Verhältnis zueinander.

(1) Marktanteilsbestimmung und Marktmacht

Wie bereits vorab beschrieben, richtet sich die Ermittlung des Marktanteils auf dem relevanten Technologemarkt nach den Umsätzen des Patentpools aus den Lizenzgebühren für das Lizenzpaket bzw. nach den Umsätzen der Poolmitglieder aus der Einzellizenzierung, die über einen längeren Zeitraum beobachtet werden müssen¹⁰⁸⁷. Dies bedeutet, dass die Anwendung des Technologemarktprinzips als solches den Zeitraum der Poolgestaltung nicht korrekt abdeckt. Sie geht vom Prinzip aus, dass sämtliche Mitglieder die Technologien bereits lizenziieren. Doch gerade bei F&E-Pools und Pools, welche für Standards gerade geformt werden, ist dies nicht der Fall. Somit ist schon vorab fraglich, wie Unternehmen den eigentlichen Pool gestalten sollen, um wettbewerbskonform zu agieren und nicht zu riskieren, bspw. bei der Gestaltung der Lizenzgebühren dem Vorwurf eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ausgesetzt zu sein.

Die Spezifizierung der Marktanteile, die beim Patentpool für die marktbeherrschende Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV anzulegen ist, um dem Marktbeherrschungsbegriff im Lichte der Rechtsprechungs- und Kommissionspraxis¹⁰⁸⁸ gerecht zu werden und zugleich aber die mit dem Poolkonzept verbundenen Besonderheiten flexibel berücksichtigen zu können, ist äußerst schwierig. Der Marktanteil ist bei der paketierten Lizenzierung von Patenten auf dem Technologemarkt kein verlässliches Kriterium für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Im Unterschied zum Produktmarkt, auf dem Unternehmen ihre Produktion nur mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand stark erhöhen können, kann bei der Lizenzierung von Patenten

¹⁰⁸⁵ Es ist paradox zu behaupten, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, wenn keine Transaktionen stattfinden, die einen Markt überhaupt bestimmen. Ein Beispiel hierfür ist der Inhaber einer standardisierten Technologie, die er nicht lizenziert.

¹⁰⁸⁶ Dazu vorne B.III.1.d).

¹⁰⁸⁷ Wörz, 77; Folz 478 f.

¹⁰⁸⁸ Bei einem Marktanteil unter 40 % ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen, wenn dieser Marktanteil ausreicht, um den Markt gegenüber allen anderen für Wettbewerb zu kapazitätsschwachen Konkurrenten zu dominieren (EuGH vom 14. 2. 1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 – *United Brands/Komm.*, Rn. 108–110). Bei 50 % kann bereits die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens auf dem relevanten Markt angenommen werden, wenn keine außergewöhnlichen Umstände entgegenstehen (EuGH vom 3. 7. 1991, Rs.C-62/86, Slg. 1991, 1–3359 – *AKZO/Komm.*, Rn. 60). Der Marktanteil von 79 % wurde als ohne Weiteres marktbeherrschend erachtet (ABl. 1989 L 33/44, Rn. 81 – *Flachglas*) und der Marktanteil von 90 % taugte als „Beweis“ für das Vorliegen der Marktbeherrschung (EuGH vom 14. 11. 1996, Rs. C-333/34, Slg. 1996, 5951 – *Tetra Pak*, Rn. 119).

der Inhaber theoretisch unbegrenzt Lizenzen an die Nachfrager vergeben, wobei Aufwand und Kosten der Lizenzvergabe beherrschbar sind. Infolgedessen liegt die Besonderheit des Patentpools darin, dass er stets mit seinem, den Technologiemarkt abdeckenden Lizenzpaket, die gesamte Nachfrage befriedigen und seinen Marktanteil ausbauen kann¹⁰⁸⁹. Der Marktanteil taugt also nicht als Kriterium zur Bestimmung der Marktmacht eines Patentpools. Wenn der Patentpool durch schnelle Anpassung seines Angebots seinen Marktanteil ausbaut oder wenn infolge erstmaliger Bereitstellung einer Technologie neue Märkte erschlossen oder bestehende Märkte stark umgestaltet werden, sodass der Patentpool einen Marktanteil von 100 % erlangen kann, ist dessen Nachhaltigkeit kaum kalkulierbar¹⁰⁹⁰. Die Patentkategorie entscheidet somit über den Stellenwert des Marktanteils¹⁰⁹¹. Beim Patentpool ist die Einzelfallbetrachtung, die die Marktstellung der Konkurrenten und den Wettbewerb mit und ohne Patentpool einbezieht, zur Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung daher unentbehrlich und Marktanteilsgrenzen sind nur bedingt aussagekräftig¹⁰⁹².

(2) Verhältnisse der Technologien

Welche Gefahren für den Wettbewerb und welche effizienzsteigernden Potenziale Technologiepools aufweisen, hängt weitgehend von der Beziehung zwischen den zusammengefassten Technologien, bzw. im konkreten Fall der Pools, den Patenten und ihrem Verhältnis zu den Patenten außerhalb des Pools ab¹⁰⁹³. Je nach Kategorie der integrierten Patente kann die Bündelung und Lizenzierung eine Wettbewerbsbeschränkung bedeuten. Hierbei müssen zwei grundlegende Unterscheidungen getroffen werden, nämlich zwischen: a) wesentlichen und nicht wesentlichen Patenten und b) technologischen Ergänzungen und technologischen Substituten¹⁰⁹⁴. Die Differenzierung in der Technologiekategorie bei der kartellrechtlichen Beurteilung nach Wesentlichkeit, Komplementarität und Substituierbarkeit ist aus Art. 101 Abs. 1 AEUV herzuleiten, da Art. 101 Abs. 3 AEUV der Anknüpfungspunkt für die Freistellung von Vereinbarungen über die Lizenzierung von Technologien durch die TT-GVO ist¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁸⁹ Königs, 480; Folz, 254; Andewelt, ALJ 1984, 624 f.

¹⁰⁹⁰ Königs, 480.

¹⁰⁹¹ Bei substituierbarer Pooltechnologie bedeutet auch ein hoher Marktanteil keine nachhaltige marktbeherrschende Stellung, da Wettbewerber den Patentpool stets ohne besonderen Aufwand auf der Anbieterseite ersetzen können. Umgekehrt reicht bei aus wesentlichen Patenten bestehendem Poolportfolio ein geringer Marktanteil für Marktmacht; s. Königs, 481.

¹⁰⁹² Königs, 481.

¹⁰⁹³ Folz, 242.

¹⁰⁹⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 250; Kato, IRLE 2007, 255.

¹⁰⁹⁵ Ullrich, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, 403, 420.

(a) Wesentliche Patente

Besteht ein Pool lediglich aus Patenten, die wesentlich sind und sich somit notwendigerweise ergänzen¹⁰⁹⁶, fällt die Einrichtung eines solchen Pools, unabhängig von der Marktstellung der Parteien¹⁰⁹⁷, im Allgemeinen nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV. Allerdings können die Konditionen für die Lizenzvergabe unter Art. 101 Abs. 1 fallen¹⁰⁹⁸.

Um eine kontinuierliche Überprüfung der Wesentlichkeit der Patente zu ermöglichen, die aus der Natur der Sache¹⁰⁹⁹ angesichts stetiger technischer Entwicklung zur kartellrechtlichen Beurteilung des Poolportfolios geboten sind, sehen die Leitlinien zur TT-GVO eine andauernde Pflicht der Selbstprüfung der Poolpatente vor¹¹⁰⁰. Die praktische Umsetzung der Wesentlichkeitsüberprüfung erlaubt die Schlussfolgerung, dass von der Kontrolle des Poolportfolios in regelmäßigen periodischen Abständen auszugehen ist¹¹⁰¹, um in ihrer Schutzdauer abgelaufene oder infolge des technischen Fortschritts nicht mehr wesentliche Patente auszusortieren und innovative wesentliche Patente integrieren zu können¹¹⁰².

¹⁰⁹⁶ Interessanterweise erörterte das Gericht in *U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179, 1183 (Fed. Cir. 2005) die Prämisse, dass die Einbindung eines Patents mit außerhalb des Pools existenten Substituten, Wettbewerber ausschließen würde. Dies basiert auf der Annahme, dass der Pool nur auf der Verwendung essenzieller Technologien Lizenzgebühren erhebt und die Lizenzierung als Paket nur ein Versprechen des Patentinhabers ist, den Abnehmer hinsichtlich einer Patentverletzung nicht zu verklagen (*U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n*, 424 F.3d 1179, 1190). Das Gericht ging weiter in seiner Erklärung, dass eine solche Absprache denselben Effekt haben würde, als wenn der Patentinhaber dazu verpflichtet wäre, sein Patent nicht durchzusetzen. Wäre der Lizenznehmer nicht verpflichtet, für das Patent zu zahlen, würde er auch nicht dazu gezwungen werden, es zu nutzen. Somit stellt die *Philips*-Entscheidung die Notwendigkeit, rein essenzielle Technologien zu lizenziieren, gewisser Weise in Frage.

¹⁰⁹⁷ Patentpools können Marktmacht erreichen, indem sie die Kontrolle von Patenten, die essenziell zu einer gewissen Technologie gezählt werden, beinhalten.

¹⁰⁹⁸ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 266.

¹⁰⁹⁹ In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, dass der Produktaufwand, der durch den Pool abgedeckt werden soll, sehr eng ist (z. B. nur die Basistechnologie für den MP3 Standard), da ein Pool nur die technisch essenziellen Patente abdecken soll. Diesbezüglich ist der Schutzbereich des Patents entscheidend. Die Bestimmung des Schutzbereichs des Patents dient der Absteckung des technischen Rahmens, innerhalb dessen der Patentinhaber gegenüber Dritten Ausschlussrechte geltend machen kann. Sie dient daher der Bestimmung der Reichweite des Ausschlussrechts und damit des Umfangs des mit dem Patent verbundenen Monopolrechts; s. *Goldstein/Kearsey*, 69; *Osterrieht*, 4. Teil, I. 2., a) Rn. 428.

¹¹⁰⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 263.

¹¹⁰¹ Die nicht in Zeitabständen erfolgende, sondern konstant fortgesetzte Überprüfung der Wesentlichkeit ist in Anbetracht des Kosten- und Zeitaufwands praktisch nicht umsetzbar.

¹¹⁰² *Königs*, 418.

(b) Nicht wesentliche Patente

Werden nicht wesentliche, aber sich ergänzende Patente in den Pool einbezogen, besteht die Gefahr des Ausschlusses fremder Patente. Denn sobald ein Patent Bestandteil eines Pools ist und als Teil eines Pakets in Lizenz vergeben wird, dürfte es für die Lizenznehmer wenig Anreize geben, Lizizenzen für konkurrierende Patente zu erwerben¹¹⁰³, zumal dann, wenn die für das Paket gezahlten Lizenzgebühren bereits ein substituierbares Patent umfassen¹¹⁰⁴. Somit kann auch einer aus rein komplementären Patenten bestehender Pool Marktmacht erreichen¹¹⁰⁵. Jedoch bedeutet dies nicht umgehend ein Verbot der Bündelung der nicht wesentlichen Patente. Bei der konkreten Beurteilung untersucht die Kommission im Rahmen der Abwägung nach Art. 101 Abs. 3 lit. a) AEUV, ob die Integration nicht wesentlicher Patente in das Portfolio des Patentpools für das Erreichen eines zusätzlichen Effizienzgewinns unerlässlich ist oder ob die Begrenzung des Poolportfolios auf wesentliche Patente keinen signifikant geringeren Effizienzgewinn bedeuten würde¹¹⁰⁶. Bei der Beurteilung von Patentpools, die nicht wesentliche Technologien umfassen, muss u. a. berücksichtigt werden, ob¹¹⁰⁷:

- die Einbeziehung der nicht wesentlichen Patente in den Pool wettbewerbsfördernd ist, z. B. aufgrund der Bewertungskosten bzgl. der Essentialität, hinsichtlich der hohen Anzahl an Patenten;
- es den Lizenzgebern freigestellt bleibt, ihre jeweiligen Patente unabhängig voneinander zu vergeben. Umfasst ein Pool eine begrenzte Anzahl von Patenten und gibt es außerhalb des Pools Substitute, so wollen Lizenznehmer unter Umständen ihr eigenes Technologiepaket zusammenstellen, das teilweise aus Patenten des Pools und teilweise aus Rechten Dritter besteht;
- der Pool in Fällen, in denen die zusammengeführten Patente unterschiedliche Anwendungsbereiche abdecken, für die nicht sämtliche Patente des Pools benötigt werden, diese nur als Gesamtpaket oder verschiedene Pakete für spezifische Anwendungen anbietet, die aber nur die für die jeweilige Anwendung relevanten Patente umfassen. Im letzteren Fall werden Patente, die für ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Produktionsprozess nicht essenziell sind, nicht an essenzielle Patente gekoppelt;
- die zusammengeführten Patente nur als Gesamtpaket erhältlich sind oder die Lizenznehmer auch die Möglichkeit haben, gegen entsprechend geringere Gebühren lediglich Teile des Pakets zu erhalten. Diese Möglichkeit kann das Risiko verringern, nicht zum Pool gehörende Rechte Dritter vom Markt auszuschließen,

¹¹⁰³ *Strojwas/Tirole/Lerner*, 2 f. u. 8 f.

¹¹⁰⁴ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 262.

¹¹⁰⁵ *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 543 f.

¹¹⁰⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 177.

¹¹⁰⁷ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 264; *Kato*, IRLE 2004, 259 ff.; *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 559 f.

insbesondere wenn der Lizenznehmer einen entsprechenden Nachlass bei den Lizenzgebühren erhält. Dies setzt voraus, dass den einzelnen im Pool zusammengeführten Patenten jeweils ein bestimmter Anteil an Lizenzgebühren zugeordnet wurde. Wenn die Lizenzvereinbarungen zwischen dem Pool und einzelnen Lizenznehmern relativ lange Geltungsdauern aufweisen und die Pooltechnologie einen *de facto*-Industriestandard stützt, muss berücksichtigt werden, dass der Pool neue Substitut-Technologien vom Markt ausschließen kann. Bei der Beurteilung dieses Ausschlussrisikos ist zu prüfen, ob die Lizenznehmer Teile der Lizenz binnen einer angemessenen Frist kündigen können und anschließend geringere Lizenzgebühren zahlen müssen.

Die genannten vier Kriterien sind nur beispielhaft aufgezählt. Wenn mehrere dieser oder weitere Kriterien bei der Beurteilung von Patentpools, die nicht wesentliche Patente umfassen, vorliegen sollten, wird man wohl davon ausgehen können, dass die Kommission in diesen Fällen diese Pools nicht beanstanden wird, obwohl die Wesentlichkeit der gepoolten Patente nicht gegeben ist¹¹⁰⁸.

(c) Substituierbare Patente

Ein Patentpool kann Marktmacht erreichen, indem er die Kontrolle über substituierbare Patente erhält¹¹⁰⁹, da die Lizenznehmer nicht von dem Wettbewerb zwischen den betreffenden Patenten profitieren können¹¹¹⁰. Die Aufnahme substituierbarer Patente in den Pool schränkt somit sowohl den Intra- als auch Inter-Technologiewettbewerb ein und führt zu kollektiven Kopplungsgeschäften und/oder Preisfestsetzungen¹¹¹¹. Zwar gilt, dass zum Zeitpunkt der Bündelung substituierbarer Patente in einem Pool von diesem keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ausgeht¹¹¹². Erhält er jedoch die Kontrolle über praktisch substituierbare Patente, ist es ihm möglich, die Lizenzgebühren in einer dem Wettbewerbsrahmen nicht entspre-

¹¹⁰⁸ Stumpf/Groß, 482.

¹¹⁰⁹ Eine rein auf ökonomisch basierenden Annahmen bestimmende Möglichkeit zur Festlegung der Substituierbarkeit der Technologien wäre die Durchführung eines hypothetischen Monopoltests. Somit wäre durch eine kleine, aber nicht dauernde Preiserhöhung im Technologiemarktbereich (bspw. bei den Lizzenzen) die Bestimmung substituierbarer Technologien möglich, da potenzielle Lizenznehmer auf eine andere Technologie umsteigen würden. Diese Beurteilung liegt aber weit von der praktischen Machbarkeit entfernt. Zum einen können die potenziellen Lizenznehmer eine kleine Erhöhung im Markt leichter hinnehmen als dies bei einem Umstieg der Technologien wäre (berücksichtigt man die Notwendigkeit, dass dadurch andere Bereiche des Produkts oder andere Technologien betroffen sind, die verlangen, dass beim Umstieg auch andere Bereiche angepasst werden). Zum anderen ergibt es sich aber auch aus der Natur der Technologie, dass sich die Situation, ob man es mit substituierbaren Technologien zu tun hat oder nicht, nicht so eindeutig bestimmen lässt.

¹¹¹⁰ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 253. Diese Konstellation ähnelt der eines monopolistischen Zusammenschlusses zweier Unternehmen, welche substituierbare Produkte erzielen.

¹¹¹¹ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 255; Schulte 1971, 102; a. A. Kato, IRLE 2004, 259 ff.

¹¹¹² Schulte 1971, 112.

chender Weise zu erhöhen, wodurch der Wettbewerb verzerrt würde¹¹¹³. Allgemein besteht also die Gefahr, dass zu einem späteren Zeitpunkt eine wettbewerbsschädigende Wirkung dadurch eintritt, dass den Wettbewerbern aufgrund der ständigen Zusammenarbeit die Gelegenheit gegeben wird, potenziellen oder tatsächlichen Wettbewerb untereinander oder mit Außenseitern zu behindern, einzuschränken oder auszuschließen¹¹¹⁴. Die Annahme eines Verstoßes wird dadurch begründet, dass der Lizenznehmer nicht mehr als die Lizenz für eines der substituierbaren Patente erwerben würde¹¹¹⁵. Deshalb betrachtet die Kommission im Regelfall die Einbeziehung von substituierbaren Patenten in einen Pool als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV¹¹¹⁶. Zur Ausräumung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken ist es nicht ausreichend, den Parteien freizustellen, unabhängig voneinander Lizenzen zu vergeben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Parteien wahrscheinlich wenig Anreiz haben dürften, unabhängig voneinander Lizenzen zu vergeben, weil sie die Lizenzvergabe des Pools, die ihnen die gemeinsame Ausübung von Marktmacht ermöglicht, nicht untergraben wollen¹¹¹⁷.

Trotzdem können durch bestimmte Konstellationen zwischen den Patenten die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt werden. Entscheidend ist, dass für die Vollständigkeit einer Technologie die Integration nicht wesentlicher Patente notwendig sein kann, wenn es zu einem Patent Substitute gibt, eines dieser aber für die berechtigte Nutzung der Technologie benötigt wird¹¹¹⁸. Die Vollständigkeit der Technologie bedeutet gegenüber der auf wesentliche Patente beschränkten, unvollständigen Technologie einen Effizienzgewinn, an dem die Verbraucher dadurch beteiligt werden, dass die Transaktionskosten, die beim *one-stop shop* des Lizenzpakets im Unterschied zur zusätzlichen Nachfrage von Lizenzen für die poolexternen nicht wesentlichen Patente erspart werden, zu einer niedrigeren Lizenzgebühr führen, die sich positiv auf den Preis des Endprodukts auswirkt. Die Integration nicht wesentlicher Patente kann für den Effizienzgewinn, der durch die Bereitstellung einer vollständigen Technologie erreicht wird, unerlässlich sein, ohne dass es eine alternative, wettbewerbsschonendere Möglichkeit des Technologie-transfers gibt¹¹¹⁹.

¹¹¹³ Nelson, Rutgers L. J. 2007, 543; *Andewelt*, ALJ 1984, 613.

¹¹¹⁴ Schulte 1971, 112; Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 253.

¹¹¹⁵ Kato, IRLE 2007, 256; krit. hierzu Groß, der durch Substitutintegration kein Risiko bzgl. der Höhe der Lizenzgebühr sieht, da das primäre Interesse im *one-stop shop* liegt. Die Gefahr, dass kein Technologiezugang für jeden Lizenzinteressenten geschaffen wird, ist angesichts des Patentdickichts in Hochtechnologiebereichen groß; s. Groß, 921 ff.

¹¹¹⁶ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 255.

¹¹¹⁷ Ibid.

¹¹¹⁸ Dazu bereits B.III.1.d)bb)(1).

¹¹¹⁹ Königs, 476 f.

(d) Blockierende Patente

Blockierende Patente können Teil eines Poolportfolios und somit auch für die kartellrechtliche Beurteilung relevant sein. Während die Leitlinien zur TT-GVO diese im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung so nicht dezidiert bestimmen, spricht gerade die Tatsache, dass durch den Pool die Blockade gelöst und somit ein Effizienzgewinn herbeigeführt wird, für die Einbindung dieser in das Portfolio. Ist das blockierende Patent ein Basispatent, an das komplementäre Patente anknüpfen (*one-way blocking*) und die mitunter substituierbar sein können, das selbst aber nicht substituierbar ist, gilt es als wesentlich und daher als unbedenklich gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV. Ist die Blockadeposition wechselseitig (*two-way blocking*) und keines der beiden blockierenden Patente verfügt über ein Substitut, sind beide als wesentliche Patente anzusehen¹¹²⁰. Alle übrigen, von der Blockadeposition betroffenen Poolpatente, die selbst keine blockierende Wirkung entfalten, lassen sich in gewohnter Weise einer Patentkategorie zuordnen und im Wettbewerbsverhältnis rechtlich würdigen¹¹²¹.

(3) Transparenz

Die Analyse des Technologemarktes dient als relevante Quelle für die Identifizierung der marktbeherrschenden Stellung eines Patentpools. Ziel soll es sein, möglichen kartellrechtlich bedenklichen Handlungen beim Aufbau des Pools entgegenzuwirken, in dem das Verhältnis im Markt bestimmt und der Pool diesem angepasst wird. Somit sind weder der Schutz des Immaterialgüterrechts noch die Schaffung eines Standards selbst das Problem, sondern die Kombination dieser beiden, die ein Monopolproblem aufwerfen¹¹²². Dies dient gleichzeitig dem Innovationsaspekt, da eine Konzentration und gleichzeitig ein eingeschränkter Zugang zur Technologie zur Minderung von Innovationen führen würden. Die Identifizierung sämtlicher Patente und Marktteilnehmer im relevanten Technologemarkt bedarf einer genauen Kenntnis der technologischen Zusammenhänge sowie der wirtschaftlichen Bedeutung der betreffenden Patente¹¹²³. Dabei gibt es prinzipiell zwei Probleme: (1) die Identifizierung des relevanten Technologemarktes sowie (2) die Bestimmung der relevanten Patente zueinander¹¹²⁴. Durch die Komplexität der Pa-

¹¹²⁰ Bei Substituierbarkeit des blockierenden Patents auf einer Seite ist dieses jedoch – im Gegensatz zu seinem Gegenüber – nicht wesentlich und verletzt bei Integration zusammen mit seinem Substitut Art. 101 Abs. 1 AEUV; bei Integration ohne das Substitut ist es poolintern als nicht wesentliches Komplement wegen der blockadelösenden Positivwirkung nicht wettbewerbsbeschränkend und wahrt Art. 101 Abs. 1 AEUV.

¹¹²¹ Königs, 438.

¹¹²² Koelman, IIC 2006, 824.

¹¹²³ Wörz, 75.

¹¹²⁴ Ein Blick in die US-amerikanische Praxis zeigt, dass sich die Unternehmen sehr wohl bewusst waren, dies nicht selbst zu schaffen. Ein Beispiel bietet der MPEG-2 Pool, bei dem die Unternehmen zur Beurteilung der Technologien einen Sachverständigen hinzuzogen. Als der Standard größtenteils bestimmt war, wurden Patentinhaber, die durch den Standard ihre Patente

tente und Wahrung der unternehmerischen Interessen ergibt sich die Schwierigkeit eines transparenten Marktes mit genauer Zuordnung. Zwar ist es möglich, über die Patentanmeldungen Informationen über das Patent und den jeweiligen Inhaber zu erhalten, jedoch ist es weitaus problematischer, Hinweise über die Lizenzierungstätigkeit der relevanten Immaterialgüterrechte zu bekommen. Es scheint zweifelhaft, ob die Unternehmen ein solch komplexes Gebilde, wie den Technologiemarkt, gänzlich alleine abgrenzen und sogar eine präzise Kategorisierung der Patente durchführen können, da sie bestimmen müssen, welche zueinander komplementär oder substituierbar sind¹¹²⁵.

Die ökonomische Analyse hat theoretisch klare Kriterien herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen ein Patentpool die erwünschten Wirkungen entfaltet. Die für die Bestimmung eines Standards notwendige Kategorisierung der Schutzrechte in essenzielle, komplementäre und substituierbare, kann in der Praxis zu erheblichen Abgrenzungsproblemen führen¹¹²⁶. So können einzelne Patentansprüche verschiedener Patente zueinander sowohl komplementär als auch substituierbar oder irrelevant sein. Des Weiteren kann ein weit gefasstes Patent als solches in einem Teil durch ein anderes Patent substituierbar sein, während der andere Teil komplementär ist¹¹²⁷.

Bei der relevanten Identifizierung der qualitativen Zuordnung sind die Standardisierungsorganisationen sowie Poolgründer auf die Kooperation mit den Patentinhabern und beurteilenden Sachverständigen angewiesen.

(a) Erkenntnisse zum Technologiemarkt

Der Technologiemarkt ist der Kernmarkt für die Beurteilung von Pools, welchem als Konzept an und für sich nicht zu widersprechen ist. Ziel des Marktes soll die Identifizierung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse im Technologiemarkt, als vorgelagerten Markt zum Produktmarkt und somit eine selbstständige Ermittlung der jeweiligen Marktverhältnisse sein. Besonders in denen von dieser Arbeit umfassten Feldern von Hochtechnologiebereichen ist die Analyse solcher Märkte von im-

verletzt sahen, aufgerufen, sich zu melden. Eine Expertengruppe überprüfte insgesamt 800 Patentschriften von über 100 Unternehmen. Dabei wurde keines der eingereichten Patente abgelehnt und niemand, dessen Patent als „essenziell“ beurteilt wurde, in irgendeiner Weise von den Bemühungen, sich am gemeinsamen Lizenzierungsprogramm zu beteiligen, abgelehnt; s. MPEG Business review Letter, 4 f.

¹¹²⁵ Wie im *Business review letter* zum MPEG-Pool beschrieben, wurde die Expertengruppe durch die Poolmitglieder unterstützt, wobei aber der Vorbehalt besteht, inwieweit eine objektive Beurteilung, die durch eine interessensorientierte Gruppierung gefördert wird, bez. eines derart intransparenten Marktes möglich ist. Die für die Poolgründung notwendige Expertengruppe wurde durch die Gründungsmitglieder des Pools bestimmt und finanziert, jedoch waren die bei diesem Pool beteiligten Unternehmen keine klein- oder mittelständischen Unternehmen, sondern Großunternehmen und Konsortien, von denen man einen anderen Bezug zum Technologiemarkt erwartet; s. MPEG Business review Letter, 4.

¹¹²⁶ Fräßdorf, 326.

¹¹²⁷ Königs, 431.

menser Bedeutung. Jedoch offenbaren sich gerade im Hinblick auf die Ausgestaltung des europäischen Rechts Strukturfehler, welche dem Marktkonzept als auch der Markttransparenz schaden. Zum einen bindet das europäische Recht die Marktanteilsbestimmung an die Verhältnisse im nachgelagerten Produktmarkt und zum anderen fehlen dadurch die konkreten Bezugspunkte zum potenziellen Wettbewerb. Hinzu kommt, dass es für die Beurteilung des Technologemarktes an Transparenz fehlt. Um dies zu bewältigen, bedarf es enormer unternehmerischer Anstrengungen und Ressourcen, welche für kleine und mittelständische Unternehmen nicht machbar sind.

c) Innovationsmarkt

Aufgrund der Tatsache zunehmender Fusionsaktivität, insbesondere in F&E-aktiven Industrien¹¹²⁸, stellte sich die Frage, ob traditionelle Fusionsanalysen noch angemessen sind¹¹²⁹. Unklar ist, ob die konventionelle Analyse in genugtuender Weise die dynamischen Aspekte verfolgt bzw. verfolgen kann. Damit ist gemeint, dass Wettbewerbsbehörden des Öfteren bereit sind, einen Zusammenschluss, Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen oder andere Formen restriktiver Vereinbarungen zu akzeptieren, wenn dies einen neuen Wettbewerber bzw. eine neue Technologie schneller auf den Markt¹¹³⁰ bringt oder ein Gegengewicht zu einem *bis dato* existenten dominierenden Unternehmen darstellt. Solche pragmatischen Kurzzeiteffekte fußen zwar auf bestimmten Ideen, die aktuelle Bedürfnisse zufriedenstellen sollen, bergen aber das Risiko, Langzeiteffekte zu ignorieren¹¹³¹, besonders im Hinblick auf Innovationen und deren Bedeutung für wirtschaftliches Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit¹¹³². Die Innovationsmarktanalyse ist ein Versuch, einen Blick auf die jeweilige Zukunft der Entwicklung bzw. die Folgen bestimmten unternehmerischen Handelns zu werfen¹¹³³. Eine solche Analyse wäre nicht nur wünschenswert, sondern auch notwendig, da sie die Möglichkeit bietet, die Folgen von Zusammenschlüssen, Konzentrationen und marktbeherrschenden Stellungen zu beurteilen, da das wirtschaftliche Risiko, dem sich Unternehmen aussetzen, aufgrund solcher Markt-

¹¹²⁸ Danzon/Epstein/Nicholson, 1, kommen in ihrer Untersuchung zum Ergebnis, dass 1987 im Bereich der Pharma industrie die zehn größten Unternehmen noch 12 % des weltweiten Umsatzes verzeichnet haben, währenddessen 2002 die zehn größten Unternehmen fast die Hälfte ausmachten.

¹¹²⁹ Katz/Shelanski, ALJ 2007, 1.

¹¹³⁰ Zur Entwicklung des Marktkonzepts *Früh*, in: Towfigh et al., 249.

¹¹³¹ Hoerner, ALJ 1992, 758.

¹¹³² Daumann/Oberender, in: Berg, 139.

¹¹³³ In Anbetracht der Tatsache, dass Innovationen ein maßgeblicher Stellenwert im Rahmen der wirtschaftlichen Entwicklung zuzuordnen ist, erscheint es im Allgemeinen nur folgerichtig, diesen Aspekt in der praktischen Wettbewerbspolitik entsprechend zu würdigen; s. Daumann/Oberender, in: Berg, 139, sowie zu Wohlfahrtsverlusten durch F&E-Kooperationen Hansen, 67 ff.

strukturveränderungen sinken würde sowie die Folgen für die Verbraucher sichtbar gemacht werden könnten.

aa) Grundlagen

Zweifelsfrei ist der Motor des modernen wirtschaftlichen Wachstums eines Unternehmens der technologische Wandel, der es möglich macht, aus denselben Inputs neue oder bessere Produkte zu generieren¹¹³⁴. Dieser durch Innovationen erreichte Prozess ist jene Triebkraft, welche die Unternehmen ehrgeizige Langzeitziele setzen lassen¹¹³⁵. Allerdings ist es nicht leicht, eine allgemeingültige Definition des Begriffs „Innovation“ zu finden, da er sowohl aus wirtschaftswissenschaftlicher als auch juristischer Sicht unterschiedlich beschrieben wird. Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht wird die Innovation in einen „traditionellen“¹¹³⁶ dreistufigen Innovationsprozess eingebunden¹¹³⁷, den der Invention, Innovation und der Diffusion¹¹³⁸. Der Innovationsprozess schildert darin den Übergang der Idee hin zur praktischen Bedeutung¹¹³⁹ bzw. wird als Innovation ein neues Produkt bezeichnet, das die erstmalige Einführung dessen¹¹⁴⁰ auf dem Markt oder eines neuen Produktionsprozesses¹¹⁴¹ darstellt¹¹⁴². Mit dem Begriff der Innovation wird hier folglich der gesamte Prozess der Gewinnung technischen Wissens bezeichnet, der im fertigen Prototyp eines neuen Produkts seinen Abschluss findet. Nach Barth muss der kartellrechtliche Innovationsbegriff gerade die Inventionsphase umfassen¹¹⁴³. Danach schließt der Innovationsprozess die Gewinnung von Wissen über grundlegende Zusammenhänge, dessen Anwendung auf ein konkretes Produkt sowie den Prozess der erstmaligen Erstellung einschließlich Erprobung desselben ein. Der Erfolg des Innovationsprozesses hat aber keinen Automatismus zur Folge, der die Weitergabe des innovativen Wissens an den Produktmarkt garantiert. Am besten wird dies von der Pharmaindustrie demonstriert, wo Innovationen nicht nur der Entscheidung des

¹¹³⁴ *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 569; *Brodley*, N.Y.U.L. Rev. 1987, 1025; *Cohen/Burke*, ALJ 1998, 421; *Katz/Shelanski*, ALJ 2007, 1.

¹¹³⁵ Grünbuch der Innovation, 1.

¹¹³⁶ *Jorde/Teece*, JEP 1990, 77.

¹¹³⁷ *Blättel-Mink*, 31; ähnlich *Bessant/Tidd*, 10 f.; *Jones*, 646, der die Innovation noch produktbezogener sieht: „*Innovation – A new product or process (method of production) that has met the test of the marketplace.*“; *Jorde/Teece*, JEP 1990, 75; Grünbuch der Innovation, 1.

¹¹³⁸ Die Diffusionsphase ist eher in den Produktionsprozess integriert, da sie auf die Verbreitung eines neuen Produkts auf dem Markt abzielt; s. *Barth*, 28.

¹¹³⁹ *Shepherd*, 142.

¹¹⁴⁰ Produktinnovationen kreieren ein völlig neues Gut im Markt, ohne irgendwelche Veränderungen im Prozess. *Shepherd*, 142.

¹¹⁴¹ Prozessinnovationen verändern die Kreierung eines existierenden Guts und schaffen dadurch Raum für Preissenkung. *Shepherd*, 142; *Barth*, 71.

¹¹⁴² *Dichtl/Issing*, 994.

¹¹⁴³ *Barth*, 28.

Unternehmens, sondern noch dem Erteilungsprozess¹¹⁴⁴ der jeweiligen Gesundheitsbehörden¹¹⁴⁵ unterliegen¹¹⁴⁶. Daraus kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Gewinnung innovativen Wissens eine Verbesserung des Produktionsprozesses zwar ermöglicht, ihn aber nicht garantiert¹¹⁴⁷.

Somit ist der Begriff des „Innovationsmarktes“ ungenau, verwirrend und unglücklich gewählt und bedeutet grundsätzlich zwei Sachen¹¹⁴⁸:

- Das Wettbewerbsrecht sollte besorgt sein um Vereinbarungen und Transaktionen, die wahrscheinlich zu einer Reduktion von Ressourcen führen, die für F&E gedacht sind oder in der Eliminierung einer oder mehrerer paralleler Forschungsaufgaben, wenn solch eine Reduktion oder Eliminierung dazu führt, dass sich ein nachteiliger Effekt auf Preis oder Wettbewerb in einem Technologie- oder Produktmarkt in gewisser Zukunft auswirkt.
- Die Doktrin des potenziellen Wettbewerbs stellt nur ungenügend die wettbewerbswidrigen Aspekte, von Vereinbarungen und Transaktionen die den Wettbewerb bei Innovationen mindern würden, dar.

Folglich besteht ein Innovationsmarkt aus F&E-Aktivitäten¹¹⁴⁹ hinsichtlich bestimmter neuer oder verbesserter Produkte oder Verfahren und den Substituten dieser F&E-Aktivitäten. Solche Substitute sind wiederum F&E-Tätigkeiten (oder Technologien und Produkte)¹¹⁵⁰, welche die Ausübung von Marktmacht beschränken, bzw. mit bestehenden F&E-Aktivitäten konkurrieren¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁴ Das Erteilungs- bzw. Zulassungsverfahren beschränkt sich nur auf den Verkauf des Produkts, nicht auf die Entwicklung der Wirkstoffkombination. Die erforderliche Technologie kann von spezialisierten Forschungseinrichtungen, z. B. kleinen Biotechnologiefirmen, staatlichen Forschungseinrichtungen, wie Universitäten oder Unternehmen im Ausland erzeugt und an Pharmaunternehmen lizenziert werden.

¹¹⁴⁵ Die Erteilungsphase der FDA bezieht sich auf die klinische Prüfung, die insgesamt drei Phasen umfasst: In Phase I finden erste Versuche am Menschen statt, in Phase II wird vor allem die Dosierung erprobt, während Phase III Erprobung und Wirksamkeitsnachweis an größeren Patientengruppen dient.

¹¹⁴⁶ So werden bspw. 26 % aller Mittel, die in Phase I der FDA eintreten, am Ende auch auf dem Markt erscheinen, in Phase II erhöht sich die Wahrscheinlichkeit auf 33 % und in Phase III sogar auf 57 %; s. Abrantes-Metz/Adams, 3 f.

¹¹⁴⁷ Barth, 73 f.

¹¹⁴⁸ Nach Davis, ALJ 2003, 677 f.

¹¹⁴⁹ F&E gelten somit als ein selbstständiger Faktor des Wettbewerbs, die von den Unternehmen strategisch genutzt werden. Das führt dazu, dass Unternehmen bei der Auslegung und Ausrichtung ihrer F&E-Ziele sowie durch die Beobachtung ihrer Wettbewerber (bspw. durch die Patentanmeldepraxis) schon auf die Aufnahme neuer oder Verstärkung bisheriger F&E-Vorhaben reagieren und sich mit diesen um dasselbe F&E-Potenzial bewerben; Ullrich, 151 f.

¹¹⁵⁰ Anders gesagt, der Innovationsmarkt verfügt über die Besonderheit, dass sein Gegenstand nicht gleichzeitig ein in einem Produkt oder Verfahren bestehender oder verkörperter typischer *Output* des F&E-Prozesses ist. Der eigentliche Gegenstand des Innovationsmarktes liegt stattdessen im Bereich zwischen dem *Input* und dem *Output* des F&E-Prozesses, d. h. in der reinen F&E-Aktivität und damit in einer Zone relativer Ungewissheit; s. Friih, 274 f.

bb) Ökonomische Beurteilung des Innovationsmarktes

F&E sind ein Kernelement der Unternehmen, um im Wettbewerb zu bestehen¹¹⁵². Der Anreiz eines Unternehmens zu Innovationen hängt dabei im Wesentlichen von zwei Faktoren ab: (1) vom Ausmaß der Konkurrenz (*rivalry*) und (2) vom Ausmaß der Gefahr, von den Wettbewerbern überflügelt zu werden (*fear of being left behind*)¹¹⁵³. Beide Determinanten werden im Arrow's-Modell¹¹⁵⁴, das zum Kern der theoretischen Fundierung der Innovationsmärkte zählt, berücksichtigt¹¹⁵⁵. Mithilfe dieses Modells lässt sich nachweisen, dass ein Monopolist unter bestimmten Voraussetzungen durch eine Innovation in einem geringeren Umfang profitiert als ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen. Daher hat der Monopolist einen geringeren Anreiz, Innovationen zu verwirklichen¹¹⁵⁶. ARROWS vergleicht in seinem Modell den innovationsbedingten potenziellen Mehrertrag eines Monopolisten mit dem eines Unternehmens, das mit anderen Unternehmen im Wettbewerb steht¹¹⁵⁷. Ein verminderter Anreiz des Monopolisten ist im Kontext des Modells nur bei Innovationen, in denen der Kannibalisierungseffekt auftritt, zu erwarten. Wird durch die Innovation ein neuer Markt geschaffen, kann der bisherige Monopolist den gleichen Innovationsgewinn wie ein Innovator auf einem wettbewerblichen Markt realisieren, da der Monopolist selbst neu in den durch die Innovation geschaffenen Markt eintritt¹¹⁵⁸. Im Rahmen der Untersuchung ARROW's ist zudem das Konstrukt der unüberwindbaren Marktzutrittsschranken, die den Monopolisten in der Vorinnovationsphase schützen, kritisch zu hinterfragen. Sind diese Marktzutrittsschranken überwindbar, ist der Monopolist dem Risiko ausgesetzt, dass ein potenzieller Anbieter durch eine Innovation in den Markt eintritt und dem Monopolisten aufgrund der unterlassenen Innovationsanstrengungen Opportunitätskosten in Höhe der früheren Monopolgewinne entstehen¹¹⁵⁹. Die Aufgabe der Annahme eines vollkommenen Kapitalmarktes führt dazu, dass der Monopolist bei der Beschaffung der notwendigen finanziellen Mittel (vor allem bei risikoreicheren F&E-Aktivitäten) im Vorteil ist, da bei einer

¹¹⁵¹ IP Guidelines, P. 3.2.3.; Horizontal-Leitlinien, Rn. 120.

¹¹⁵² Rapp, ALJ 1995, 25.

¹¹⁵³ Eiszner, AB 1998, 304.

¹¹⁵⁴ Arrow, in: Nelson, 609 ff.

¹¹⁵⁵ Daumann/Oberender, in: Berg, 143.

¹¹⁵⁶ „An Innovation benefits a monopolist only to the extent that it increases the ability of the monopolist to extract additional profits from consumers. What deters the monopolist from innovating then is the prospect that the innovation will ‚cannibalize‘ the profits from its present monopoly or induce the obsolescence of its existing products. By contrast, a newcomer to the industry or a firm that operates in a perfectly competitive industry, has no stream of profits that would be displaced by an innovation. The incentive of such firms to invest in innovative effort is the ability to receive the entire value of the innovation“, so Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 575.

¹¹⁵⁷ Arrow, in: Nelson, 619 ff.

¹¹⁵⁸ Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 577 f.; Daumann/Oberender, in: Berg, 146.

¹¹⁵⁹ Ibid.

Risikostreuung der Rückfluss dieser Mittel für den Kapitalgeber sicherer ist¹¹⁶⁰. Schließlich ist es auch möglich, dass ein Zusammenschluss Effizienzvorteile bzgl. der Innovationsaspekte mit sich bringt¹¹⁶¹.

Problematisch erweist sich auch die Anwendbarkeit des Wettbewerbsprinzips auf den Innovationsprozess. Der Einfluss der Marktstruktur auf den technologischen Fortschritt wurde stark diskutiert, seitdem Schumpeter¹¹⁶² im Jahre 1949 seine Theorie publizierte, dass Monopolisten und große Unternehmen förderlicher für Innovationen seien¹¹⁶³, als dies der Fall in einem wettbewerbsbeherrschten Markt wäre¹¹⁶⁴. Würde diese Annahme zutreffen, wäre die wettbewerbsrechtliche Untersagung von Unternehmenskooperationen im Bereich von F&E in Frage gestellt und die Wettbewerbspolitik müsste derartige Kooperationen noch wesentlich stärker fördern als bisher. Die Anwendung des Kartellrechts würde sich auf Maß- und Gradfragen, die nach der optimalen Unternehmensgröße und Marktstruktur suchen, fokussieren. Demnach müsste bei der Beurteilung der Eingriffsvoraussetzungen ein großzügigerer Maßstab angelegt werden¹¹⁶⁵.

Die Neo-Schumpeter-Hypothesen haben bis heute eine doppelte Funktion. Nach der Neo-Schumpeter-Hypothese I wird ein positiver Zusammenhang zwischen Unternehmensgröße und Innovationskraft behauptet¹¹⁶⁶. Im Wesentlichen wird dieser Zusammenhang mit den folgenden Argumenten begründet: Die Entwicklung der technischen Voraussetzungen der Innovation weist Skaleneffekte auf, die daraus resultieren, dass die F&E-*assets* besser genutzt werden können und eine stärkere Spezialisierung des Forschungspersonals möglich ist¹¹⁶⁷. Zudem werden durch eine vertikale Integration des Forschungsweges, die mit zunehmender Größe der Unternehmung leichter darstellbar wird, hohe Transaktionskosten vermieden, die sich bei einer Fremdbeschaffung von Forschungsergebnissen aufgrund des Problems zwangsläufig in der Natur der Sache liegender unvollständiger Vertragsinhalte und der damit verbundenen Gefahr opportunistischen Verhaltens des Lieferanten ergeben¹¹⁶⁸. Darüber hinaus wird in der Diskussion immer wieder auf die hohen Kosten

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 578 f.

¹¹⁶² *Schumpeter*, 1 ff.; *Hanusch/Pyka*, 1 ff.

¹¹⁶³ *Schumpeter* argumentierte, dass Unternehmen einen besonderen Anreiz für die Durchführung eines F&E-Projekts brauchen, da der Ausgang unsicher sei und dass eine potentielle Monopolstellung im künftigen Produktmarkt zu Innovationsbemühungen anrege; s. *Schumpeter*, 146 f.

¹¹⁶⁴ *Glader*, 29 ff.; *Barth*, 62 ff.; *Schumpeter* schreibt zwar über große Unternehmen, doch geht sein Wettbewerbsmodell davon aus, dass sie Marktmacht ausüben; s. *Katz/Shelanski*, ALJ 2007, 17; *Peritz*, in: *FS Ullrich*, 627 ff.

¹¹⁶⁵ *Barth*, 62 f.

¹¹⁶⁶ *Schmidt*, 109; *Folz*, 32 ff.

¹¹⁶⁷ *Daumann/Oberender*, in: *Berg*, 160; *Schmidt*, 109; *Barth*, 63.

¹¹⁶⁸ *Hansen*, 44; *Daumann/Oberender*, in: *Berg*, 160; *Folz*, 37 ff.

verschiedener Branchen im Bereich F&E verwiesen, die oft auch die Finanzierungsmöglichkeiten der Großunternehmen übersteigen¹¹⁶⁹.

Hingegen beschreibt die Neo-Schumpeter-Hypothese II, dass Marktmacht die Innovationsneigung fördert, da es mit ihrer Hilfe möglich sei, eine Innovation vor schneller Imitation zu schützen und somit positive externe Effekte für die Wettbewerber des innovativen Unternehmens zu internalisieren. Dagegen lohnten sich bei vollständigem Wettbewerb innovatorische Aktivitäten eines Unternehmens nicht, da innovatorische Marktvorsprünge wegen der sofortigen Imitierbarkeit gleich verloren gingen¹¹⁷⁰.

Diesen vermeintlichen Vorteilen größerer Unternehmen im Innovationsprozess werden jedoch in der Literatur einige Nachteile gegenübergestellt, die vor allem aus den trägeren Organisations- und Entscheidungsstrukturen großer Unternehmen und deren negativen Auswirkungen auf die Motivation des Forschungspersonals resultieren. So wird bei großen Unternehmen die Managerkontrolle von F&E-Projekten sowie ein Motivationsverlust beim F&E-Personal bemängelt, da durch ein großes Unternehmen die persönliche Anerkennung verloren geht¹¹⁷¹. Dazu kommt eine Art Lähmung, begründet durch den fehlenden Wettbewerb¹¹⁷².

Neben dieser theoretischen Kritik gibt es viele empirische Untersuchungen, die bemüht sind, die Schumpeter-Hypothesen zu bestätigen oder abzuweisen, ohne ein schlüssiges Endresultat hervorzubringen¹¹⁷³. Die Schumpeter-Hypothesen postu-

¹¹⁶⁹ Schmidt, 109.

¹¹⁷⁰ Schmidt, 111; Hansen, 78 ff.

¹¹⁷¹ Cohen/Levin, in: Schmalensee/Willig, 1067; Barth, 64.

¹¹⁷² Barth, 64.

¹¹⁷³ Die empirischen Untersuchungen, welche die Verbindung zwischen Innovation und Unternehmensgröße darlegen wollen, versuchen immer, Innovationsaktivitäten der einzelnen Unternehmen in Verbindung mit ihrer Größe darzustellen. In frühen Arbeiten konnten zunächst keine bzw. nur sehr geringe Zusammenhänge zwischen Firmengröße und Innovationsleistung festgestellt werden, so Syneonidis, OECD Economic Studies 1996, 37. Scherer entdeckte in seinen Studien eine invertierte „U“-Verbindung. Diese bezog sich auf Unternehmensgröße und F&E-Aufwendungen, F&E-Personal bzw. das Verhältnis der Patente zur Unternehmensgröße; s. Scherer, CJEPS 1965, 256 ff.; Scherer, AER 1965, 1097 ff. Erste Untersuchungen stimmten den theoretischen Grundlagen zwar für bestimmte Industriebereiche zu, hingegen waren die Ergebnisse in anderen Industriebereichen völlig unterschiedlich; s. Kamien/Schwartz, JEL 1975, 1 ff.; Mansfield, JPE 1964, 319 ff.; Cohen/Levin/Mowery, JIE 1987, 543 ff. In neueren Untersuchungen finden sich hingegen weniger Beweise für die Schumpeter-Theorien. So zeigten die Studien von Acs und Audretsch, dass kleinere Unternehmen (unter 500 Angestellte) mehr Innovationen pro Angestellten schaffen, als dies große Unternehmen (mehr als 500 Angestellte) tun; s. Acs/Audretsch, RES 1987, 567 ff.; Acs/Audretsch, EJ 1988, 19 ff.; sowie Acs/Audretsch, AER 1988, 678 ff.; eine noch diversifiziertere Darstellung zeigt Pavit, Pavit/Robson/Townsend, JIE 1987, 297 ff.; Pavit, RP 1987, 343 ff. Als Destillat lässt sich aus diesen Studien ziehen, dass die Aufwendungen für F&E mehr oder weniger proportional mit der Firmengröße steigen, sobald ein gewisser Schwellenwert überschritten ist, dies gelte aber wiederum nur für industriespezifische Bereiche, Barth, 65; Syneonidis, OECD Economic Studies 1996, 41 ff.; Tsai/Wang, RP 2005, 966 ff.; Klette/Griliches, EJ 2000, 371 f. Auch die

lieren die Einschränkung des Wettbewerbsprinzips in einem Teilbereich und versuchen, dieses im Bereich der Innovationstätigkeit zu widerlegen. Sie müssten also die Ungültigkeit des Wettbewerbsprinzips nachweisen. Diese Falsifikation des übergreifenden Prinzips ist aber angesichts der theoretischen und empirischen Ergebnisse nicht gelungen, ebenso wenig wie die Falsifikation der Schumpeter-Hypothesen selbst. Die Konsequenz daraus ist, dass das Wettbewerbsprinzip seine Gültigkeit behält. Dies muss auch die Kartellrechtsanwendung bei Innovationsprozessen leiten¹¹⁷⁴.

cc) Entwicklung des Innovationsmarkt-Konzepts

Schon in den 1980er-Jahren entwickelte sich die Idee der Einführung von Innovationsmärkten¹¹⁷⁵, begründet durch die Diskussion um die Behandlung von F&E-Kooperationen, die wichtige technologische Durchbrüche erzielten¹¹⁷⁶. Der Erlass des *National Cooperative Research Act* (NCRA) von 1984 äußerte die Bedenken, dass durch eine Bindung der kooperativen F&E der Wettbewerb im „Forschungs-, Entwicklungs-, Produkte-, Prozess- und Dienstleistungsmarkt“¹¹⁷⁷ nachlassen würde¹¹⁷⁸. Der NCRA schrieb vor, nach den Regeln der *rule of reason* vorzugehen, um Untersuchungen im Bereich des F&E-Wettbewerbs zu überprüfen¹¹⁷⁹. Es folgten die *International Guidelines* von 1988 in den USA¹¹⁸⁰. Durch den Erlass der IP Guidelines wurde neben der Untersuchung des Produktmarktes auch der Innovationsprozess als eigenständiger Innovationsmarkt eingeführt, was als Einmischung der

Neo-Schumpeter-Hypothese II, die einen Zusammenhang zwischen Marktmacht und Innovationstätigkeit postuliert, wurde in zahlreichen empirischen Untersuchungen zu ergründen versucht. Es wurde mehrfach sowohl ein negativer als auch ein positiver Zusammenhang zwischen Konzentration und F&E-Aufwendungen nachgewiesen. So fanden Horowitz, SEJ 1962, 298 ff.; Hamberg, CJEPS 1964, 62 ff., einen positiven Zusammenhang. Hingegen liefern Mukhopadhyaya, SEJ 1985, 141 ff.; Geroski, OEP 1990, 586 ff. den negativen Gegenbeweis. Die zu ziehenden Folgerungen aus empirischen Untersuchungen zur Neo-Schumpeter-Hypothese II sind völlig offen. Die bisherigen Ergebnisse lassen wenig Unterstützung für Schumpeters Annahme erkennen, dass Marktmacht einen wichtigen Einfluss auf Innovationstätigkeit sowie Innovationen eines Unternehmens hat, so Syreneidis, OECD Economic Studies 1996, 41 ff. 41 ff. Die Ergebnisse einzelner Studien müssen dabei mit großer Vorsicht interpretiert werden, da die Untersuchungen mit einer Reihe methodischer Probleme zu kämpfen haben, die verzerrte Ergebnisse befürchten lassen, so Cohen/Levin, in: Schmalensee/Willig, 1062 ff.

¹¹⁷⁴ Barth, 68.

¹¹⁷⁵ Baxter, ALJ 1984, 717.

¹¹⁷⁶ Baxter, ALJ 1984, 718.

¹¹⁷⁷ *Effects on competition in properly defined, relevant research and development markets.*

¹¹⁷⁸ In Europa war es die GVO für F&E (VO 418/85), die auf eine Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der jeweiligen Volkswirtschaften abzielte.

¹¹⁷⁹ Zum F&E-Wettbewerb; s. Hansen, 67 ff. u. 195 ff.

¹¹⁸⁰ Seit der Reagan-Administration erfolgt eine Konkretisierung der Behandlung von Zusammenschlüssen mittels *Guidelines*, an denen sich das Vorgehen der Antitrust-Behörden, also der FTC und des DoJ, orientiert; s. Daumann/Oberender, in: Berg, 140.

IP Guidelines in Fusionsangelegenheiten empfunden wurde¹¹⁸¹. Dieser neuartige Ansatz war darauf gerichtet, die Bedenken einer dynamischen Effizienz in die Durchführung von Zusammenschlüssen zu integrieren¹¹⁸², und Innovationen als Form des Nichtpreiswettbewerbs und Quelle der Wohlfahrtssteigerung anzuerennen¹¹⁸³, um somit Zusammenschlüsse¹¹⁸⁴, die den Wettbewerbsdruck bei Innovationen mindern würden¹¹⁸⁵, zu verhindern¹¹⁸⁶.

dd) Marktabgrenzungsvorgang

Ob F&E ein für das Kartellrecht Relevanz besitzender Vorgang ist, stellt eine normative Fragestellung dar, die nur im Hinblick auf das jeweilige Land beantwortet werden kann¹¹⁸⁷. Spätestens seit der Einführung des NCRA in den USA und der VO

¹¹⁸¹ Hoerner, ALJ 1995, 49.

¹¹⁸² Die konventionelle Methode der Produktmarktanalyse kann die Zusammenschlüsse in diesen Industrien nur unzureichend erfassen. Die traditionelle Fusionsanalyse konzentrierte sich generell auf die statische Analyse, also auf Preise und Produkte; s. Hay, ALJ 1995, 8; Rapp, ALJ 1995, 26; Klein, 6.

¹¹⁸³ Die Problematik des nichtpreisbezogenen Wettbewerbs liegt darin, dass nicht in allen Fällen eindeutig absehbar ist, ob intensiver Wettbewerb die Wohlfahrt einer Volkswirtschaft tatsächlich erhöht. Das Beispiel, das bei *Gilbert* und *Sunshine* diesbezüglich genannt wird, ist der Werbungswettbewerb: Es ist unklar, ob die Konsumenten von einer Werbung profitieren. Einige streiten darüber, dass die Werbung nur die Präferenzen des Konsumenten verzerrt und die Wettbewerbskosten lediglich weitergeleitet werden. Andere befürworten wiederum den Informationsnutzen. Bei Innovationen hingegen gestaltet sich die Situation anders. Im Vergleich zu anderen, nichtpreisbezogenen Formen des Wettbewerbs, ist es leichter den Nachweis zu erbringen, dass die Verbraucher durch die Intensivierung von Innovationen größeren Nutzen haben. Innovationen generieren neue Produkte für die Verbraucher oder reduzieren den Preis für bisherige. *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 572 ff.

¹¹⁸⁴ Fälle, in denen die Analyse des Innovationsmarktes zur Anwendung kam, können in drei Kategorien eingeteilt werden: (1) in denen sich die Wettbewerber bereits im relevanten Markt befinden, sich aber mit der Weiterentwicklung der Produkte beschäftigen und es deswegen Bedenken gibt; (2) in denen einer der Wettbewerber aufgrund seiner F&E-Aktivität die Rolle eines potenziellen Wettbewerbers im jeweiligen Produktmarkt innehat; (3) in denen noch keine Produkte vorhanden sind und die einzige Aktivität im F&E-Bereich stattfindet. Diese Fälle sind von besonderer Bedeutung, da sie gerade durch die konventionelle Betrachtung nicht analysiert werden können; s. Rapp, ALJ 1995, 43: „*This third category of cases in which no product yet exists, represents the avantgarde application of merger enforcement under Section 7 of Clayton Act and the only setting where the innovation market approach is necessary – conventional merger analysis does not cover such situations.*“

¹¹⁸⁵ Rapp, ALJ 1995, 20; Orth, WuW 2000, 473 f.

¹¹⁸⁶ Orth, WuW 2000, 473 f.

¹¹⁸⁷ Speziell in Deutschland sah die Situation anders aus, denn lange Zeit herrschte die Meinung der Verneinung kartellrechtlicher Relevanz von F&E, da es sich nur um einen vorwettbewerblichen, innerbetrieblichen Vorgang handelte, der dem Wettbewerb so weit vorgelagert war, dass es nicht möglich schien, die Marktverhältnisse aufgrund mangelnder „Marktnähe“ zu beeinflussen. Von diesem Standpunkt ist man allgemein abgewichen; s. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB 2019, § 1, Rn. 259; Blaurock, in: FS Caemmerer, 479; Kleim, 123; Benisch 1973, 191; Ullrich, 20 ff.

418/85 in der EU sind F&E zweifelsfrei als Marktobjekt, durch welches der relevante Markt bestimmt wird, anzusehen. In den USA sind die IP Guidelines die einzige Rechtsquelle des positiven Rechts¹¹⁸⁸. In der EU gibt es in den Leitlinien zur TT-GVO nur einen Hinweis zum Innovationsmarkt¹¹⁸⁹. Neben diesen enthalten auch die Horizontal-Leitlinien Ausführungen zum Innovationsmarkt¹¹⁹⁰, wobei aber eine Verwendung der Begriffe „Markt“ bzw. „Innovationsmarkt“ nicht zur Anwendung kommt. Sowohl die Leitlinien zur TT-GVO als auch die Horizontal-Leitlinien gestehen dem Innovationsmarktkonzept einen Anwendungsbereich zu, tun dies aber nicht voraussetzungslös¹¹⁹¹, da sie auslegungsbedürftig sind und den Behörden¹¹⁹² dabei ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt¹¹⁹³.

Da es Unterschiede in der Ausgestaltung des Innovationsmarktkonzepts in den USA und in der EU gibt, wird der genaue Marktabgrenzungsvorgang im Weiteren separat behandelt.

¹¹⁸⁸ IP Guidelines, P. 3.2.3.

¹¹⁸⁹ Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass es in einigen Fällen zweckmäßig und notwendig sein kann, die Auswirkungen auf den Innovationswettbewerb separat zu untersuchen. Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 26.

¹¹⁹⁰ Horizontal-Leitlinien, Rn. 119 ff.

¹¹⁹¹ Beide wollen Innovationsmärkte nur dann abgrenzen, wenn der Innovationsprozess so strukturiert ist, dass in einem frühen Stadium F&E-Pole ausgemacht werden können. Diese Voraussetzung schränkt den Anwendungsbereich der Innovationsmarktabgrenzung ein; wo in einem frühen Stadium keine F&E-Pole ausgemacht werden können, hat sich die Kommission auf eine Bewertung der relevanten tatsächlichen und potenziellen Produkt- und Technologiemärkte zu beschränken; s. Früh, 301 f. Bei der Umschreibung der Voraussetzungen einer Innovationsmarktabgrenzung unterscheiden sich die beiden Leitlinien in ihrem Wortlaut: Die Leitlinien zur TT-GVO stellen lediglich fest, in manchen Fällen könne es zweckmäßig und notwendig sein, Innovationsmärkte zu definieren, insbesondere wenn sich die Vereinbarung auf die Entwicklung neuer Erzeugnisse richte und F&E-Pole in einer frühen Phase ausgemacht werden können (Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 26). Die Horizontal-Leitlinien wollen Innovationsmärkte dann abgrenzen, wenn erhebliche Auswirkungen der Innovation auf den Wettbewerb durch die Analyse des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs auf Produkt- und Technologiemärkten nicht hinreichend gewürdigt werden können (Horizontal-Leitlinien, Rn. 119).

¹¹⁹² Fälle, in denen die Behörden eine Analyse des Innovationsmarktes vollzogen haben, sind:

USA: FTC, *Roche Holding Ltd. Complaint with Decision and Order*, 113 F.T.C 1086 (1990); FTC, *Upjohn Company, et al., Complaint with Decision and Order*, 121 F.T.C. 44 (1996); FTC, *Glaxo plc., Complaint with Decision*, 119 F.T.C. 815 (1995); FTC, *Ciba-Geigy Ltd., et al., Complaint with Decision*, 123 F.T.C. 842 (1997); FTC, *Glaxo Wellcome plc, et.al, Complaint with Decision (Consent Order)*, 131 F.T.C. 56 (2001); FTC, *Montedison S.p.A., et al., Proposed Consent Agreement With Anlysis To Aid Public Comment*, 60 Federal Reporter, 5414 (1995);

EU: Komm., 28. 9. 1995, ABI. C 294/9 (*Upjohn/Pharmacia*); Komm., 28. 2. 1995, IV/M.555 (*Glaxo/Wellcome*); Komm., 17. 7. 1996, ABI. L 201/1 (*Ciba-Geigy/Sandoz*); Komm., 8. 5. 2000, ABI. C 170/6, (*Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*); Komm., 8. 6. 1994, ABI. L 332/48 (*Shell/Montecatini*); Komm., 29. 3. 2000, M.1751, (*Project Nicole*); Komm., 6. 10. 1994, ABI. L 309/1 (*Pasteur-Merieux/Merck*); Komm., 6. 10. 1994, ABI. L 309/1 (*Pasteur-Merieux/Merck*); EuG vom 25. 10. 2002, Rs. T 5/02, Slg. 2002, II-4519 (*Tetra Laval/Kommission*).

¹¹⁹³ Früh, 301.

(1) Vorgehen in den USA

Der US-amerikanische Ansatz zeigt, dass der Innovationsmarkt ein durch F&E geprägter Markt ist¹¹⁹⁴. In Anbetracht dessen wird F&E als Input¹¹⁹⁵ in den Produktionsprozess zur Herstellung fertiger Güter und Dienstleistungen verstanden¹¹⁹⁶. Die Bestimmung eines Innovationsmarktes beginnt somit aufgrund der Identifizierung des Satzes der überlappenden F&E-Aktivitäten¹¹⁹⁷. Nachdem die F&E-Aktivität, deren Marktstärke es zu untersuchen gilt, identifiziert ist, wird im eigentlichen Test nach jenen F&E-Aktivitäten gefragt, unter deren Einbezug ein hypothetischer Monopolist eine kleine, aber signifikante und nicht nur vorübergehende Reduktion der F&E-Aktivitäten durchsetzen bzw. verlangsamen oder behindern könnte¹¹⁹⁸. Der Zweck dieses Schrittes liegt in der Identifizierung, welche F&E-Aktivitäten die annehmbaren Substitute¹¹⁹⁹ für die Aktivitäten der fusionierenden Unternehmen sind¹²⁰⁰. Eine Abschätzung von F&E-Alternativen ähnelt jener, die für den Verbraucher in der Darstellung von *downstream* Produktmärkten verfügbar sind. Um solche Alternativen richtig zu evaluieren, dürfen in einer Marktanalyse nicht nur die bisherigen Besitzer von *specialized assets*¹²⁰¹ von F&E berücksichtigt werden, sondern auch Unternehmen¹²⁰², die derartige assets in naher Zukunft, mit Erwiderung auf eine *small but significant and nontransitory reduction in R&D* erlangen könnten¹²⁰³.

¹¹⁹⁴ Hoerner, ALJ 1995, 50.

¹¹⁹⁵ Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 581.

¹¹⁹⁶ Barth stellt das überzeugend am Beispiel einer Lizenznahme dar. Durch die Lizenz eines patentierten Wissens wird vom Lizenznehmer Wissen aus jenem, dem Produktionsprozess vorgelagerten Markt, Technologiemarkt beschafft und als Input in den Produktionsprozess integriert. Dass das notwendige Wissen extern erworben, statt intern kreiert wurde, stellt dabei keinen Unterschied dar. Barth, 73.

¹¹⁹⁷ Solche Aktivitäten sind ökonomisch nur dann relevant, wenn sie zu besseren Produkten oder Prozessen führen. Also muss die Voraussetzung gegeben sein, dass das Ergebnis der F&E-Aktivität in einem relevanten Innovationsmarkt einen signifikanten Einfluss in einen oder mehrere zukünftige Produktmärkte hat. Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 595.

¹¹⁹⁸ Früh, 292.

¹¹⁹⁹ Der wahrheitgetreueste Beweis der wettbewerblichen Substituierbarkeit nach der jetzigen Methode sind auffindbare Dokumente der bspw. fusionierenden Unternehmen, Aussagen und Dokumente von Käufern und Verkäufern in den relevanten Märkten, bezogen auf die bereits vorhandenen Produkte. Dahdouh/Mongoven, ALJ 1996, 420.

¹²⁰⁰ Dies entspricht der Bewertung der Nachfragesubstitution. Merger Guidelines, 4.0 f.

¹²⁰¹ IP Guidelines, P. 3.2.3.

¹²⁰² Bei Innovationen liegt das Augenmerk auf den zielgerichteten F&E hin zu neuen Produkten oder Prozessen, die wissenschaftliches Können und Ausrüstung beinhalten. Weil dies, anstelle nur eines Produktes oder einer Dienstleistung, ein Set von Aktivitäten ist, ist es sowohl analytisch als auch praktisch einfacher, die Unternehmen zu identifizieren, die diese Aktivitäten leisten können anstatt jedes dieser zu kategorisieren; s. Gilbert/Sunshine, ALJ 1995-I, 595.

¹²⁰³ Fraglich ist, ob das neue Unternehmen wesentlich, d.h. praxisgemäß F&E um mindestens 5 % auf dem Markt reduzieren kann; s. Brechbühl, SZW 1998, 175.

Sobald der relevante Innovationsmarkt identifiziert wurde, ist zu bemessen, ob der Anteil der F&E des Marktteilnehmers eine Beeinträchtigung auf die gesamte F&E im Markt ausüben kann. Der Marktanteil wird als unbedenklich eingeschätzt, wenn mehr als vier unabhängige Wettbewerber neben den zu untersuchenden Unternehmen im Innovationsmarkt tätig sind¹²⁰⁴. Sollte dies nicht der Fall sein, wird eine Bemessung der Anteile am relevanten F&E-Aufwand, unter Berücksichtigung besonderer Umstände¹²⁰⁵, vorgenommen. So können zur Ermittlung der Marktanteile Aufwendungen für F&E benutzt werden, wenn diese bestimmt sind und zu einem neuen oder verbesserten Produkt führen sollen. Falls nicht, werden des Weiteren das Produktionslevel oder die Entwicklungen vorheriger Produktionslevel bzw. die Lernkurve des einzelnen Unternehmens, Innovationen einzuführen, berücksichtigt¹²⁰⁶. Ähnlich wie beim Technologemarkt geht man von einem globalen Markt aus¹²⁰⁷.

Die FTC analysierte in Fällen von Zusammenschlüssen auch das Portfolio an Patenten, das die relevanten Unternehmen erwerben würden¹²⁰⁸. In diesen befürchtete die FTC, dass durch die Transaktion das neu gegründete Unternehmen ein so breites Portfolio besitzen würde, dass dadurch andere Unternehmen gehindert wären, in den relevanten Markt einzutreten und eine Monopolisierung der zukünftigen Märkte möglich wäre¹²⁰⁹.

(2) Vorgehen in der EU

Das europäische Recht versucht direkt am Transaktionsgegenstand des Innovationsmarktes – der F&E-Aktivität anzusetzen. Ausgehend davon wird der Begriff des F&E-Pols definiert, wobei die F&E-Aktivität mit einschränkenden Kriterien versehen wird¹²¹⁰. Sind auf diese Weise F&E-Pole identifiziert worden, ist damit der Innovationsmarkt bereits abgegrenzt¹²¹¹.

Eine eigentliche Marktanteilsberechnung gibt es auf Innovationsmärkten nach europäischem Recht nicht. Sie wird durch das Zählen von F&E-Polen ersetzt. Je mehr F&E-Pole vorhanden sind, desto geringer fällt die Marktmacht der einzelnen

¹²⁰⁴ Diese Regel ist nur subsidiär zur Regel, dass die fusionierenden Unternehmen einen höheren Marktanteil als 20 % haben müssen. Die 5-Wettbewerber-Regel greift immer dann, wenn andere nicht oder nur ungenügend bestimmt werden können.

¹²⁰⁵ Dies kann sich z.B. durch die Ziele der Fusion bestimmen. So werden die Interessen, den F&E-Aufwand zu mildern, möglicherweise in den Dokumenten über die strategische Planung der Unternehmen wiedergegeben.

¹²⁰⁶ *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 597.

¹²⁰⁷ *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 595.

¹²⁰⁸ FTC, *Ciba-Geigy Ltd., et al.*, *Complaint with Decision*, 123 F.T.C. 842 (1997).

¹²⁰⁹ *Landman*, BTLJ 1998, IV., A. 2.

¹²¹⁰ Zu diesen zählen die Ausrichtung der F&E-Aktivität auf ein neues Produkt, eine neue Technologie oder Substitute dieses Produkts oder dieser Technologie sowie das Erfordernis, dass dafür jeweils ähnliche Ressourcen und ein ähnlicher Zeitplan bestehen; s. *Früh*, 303.

¹²¹¹ *Früh*, 304.

Unternehmen aus. Eine Gewichtung der F&E-Pole hinsichtlich der Marktmacht wird nicht vorgenommen¹²¹².

In geographischer Hinsicht wird beim Innovationsmarkt von einem globalen Markt ausgegangen¹²¹³.

ee) Würdigung des Innovationsmarktes für Pools

Das Poolkonzept stärkt durch die Kooperation von Unternehmen, die Inhaber komplementärer Patente sind, den Anreiz zu F&E zugunsten der für den Patentpool vorgesehenen Technologien, schwächt aber den Anreiz zur Innovation eigenständiger alternativer Technologien¹²¹⁴. Gerade dieser Teil kann aufgrund des jetzigen Fokus der Kommission nicht adäquat berücksichtigt werden, da er sich im Regelfall lediglich auf die Technologie- und Produktmärkte begrenzt, ohne darüber hinaus die Betrachtung der Innovationsmärkte in die Beurteilung der Wettbewerbsverträglichkeit von Patentpools einzubeziehen¹²¹⁵. Die Untersuchung ist daher um eine wesentliche Facette ärmer, da der beurteilte Patentpool nicht in den gesamten wettbewerbsbeschränkenden und -fördernden Wirkungen begutachtet wird. Zur Abwägung aller Wirkungen im Rahmen von Art. 101 AEUV wären jedoch gerade die Innovationsmärkte unter dem Einfluss des Patentpools zu untersuchen. So kann der Patentpool als Forum für kooperative F&E der Poolmitglieder die dynamische Effizienz fördern und die Schöpfung von Innovation ermöglichen, die außerhalb der Kooperation erst später oder gar nicht erreicht worden wäre. Gleichzeitig kann er aber Innovationen hemmen, wenn Mitgliedern oder Lizenznehmern F&E-Tätigkeit von Alternativtechnologien untersagt wird. Dies kann passieren, wenn durch die erfolgreiche Durchsetzung der Pooltechnologien der Anreiz zur Entwicklung von Alternativtechnologien entfällt. Der Wettbewerb auf dem Innovationsmarkt kann in solchen Fällen wegen des Pools negativ beeinflusst werden¹²¹⁶.

Die Schwierigkeit der Anwendung des Innovationsmarktkonzepts auf Pools ist jedoch weniger ein poolspezifisches als eher ein konzeptuelles Problem des Innovationsmarktes. Dabei ist nicht die in der Literatur bestehende Kritik des Innovationsmarktes als eigenständiger Markt gemeint¹²¹⁷, sondern die Unklarheiten und Unsicherheiten bei der Identifizierung des relevanten Marktobjekts (d. h. F&E) und bei der Umsetzung der Marktanteilsbestimmung.

¹²¹² *Früh*, 305.

¹²¹³ Komm., 8.5.2000, ABI. C 170/6 (*Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*), Rn. 75.

¹²¹⁴ *Ullrich*, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer, 403.

¹²¹⁵ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 26.

¹²¹⁶ *Königs*, 462 f.

¹²¹⁷ Zum Problem der normativen Grundlage nach *Sec 7. Clayton Act Hoerner*, ALJ 1995, 50; sowie zum Problem des Transaktionserfordernisses *Hoerner*, ALJ 1995, 50; *Eiszner*, AB 1998, 338 f.; *Fuchs*, 294 f. u. 513.

(1) Identifizierung relevanter F&E

Die Identifizierung von F&E ist eine der schwierigsten Aufgaben in der praktischen Umsetzung der Innovationsmarktanalyse¹²¹⁸. Problematisch ist nämlich die Rolle von F&E, die auf diesem Markt eine Doppelrolle haben kann. Sie bildet den jeweiligen Input¹²¹⁹, also die Basis, auf der alles aufgebaut wird, ist gleichzeitig aber auch Output¹²²⁰ des jeweiligen Marktes¹²²¹. Schaut man sich die gesamte Zielstellung der Innovationsmarktanalyse an, wird der Anschein erweckt, als würden sie sich auf den Input anstatt auf den Output fokussieren und demnach mehr Input im Sinne mehrerer paralleler Linien von F&E bestimmen und somit den F&E-Wettbewerb sichern¹²²². Ein wesentlicher Nachteil dieses Ansatzes zur Erfassung des Innovationswettbewerbs besteht darin, dass nur Prozesse erfasst werden können, die ein definiertes Ziel haben¹²²³. Diese Art der Marktabgrenzung ist nur dann möglich, wenn sich erkennen lässt, welche Substitute in Frage kommen. Somit gilt es, die Minimalanforderung, um einen solchen Markt in seinen Umrissen deutlich abzeichnen zu können, zu erfüllen, d.h. der Gegenstand späterer Transaktionen und seine Substitute müssen bestimmbar sein. Die FTC soll des Öfteren solide Beweise in den behandelten Fällen¹²²⁴ gefunden haben, welche die Abgrenzung eines bestimmten Innovationsmarktes und somit eine Gewichtung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse im Markt möglich machen. Doch waren dies eher Fälle, in denen zwar von einem Innovationsmarkt gesprochen wurde, tatsächlich fanden aber Analysen des jeweiligen Produktmarktes unter Berücksichtigung des jeweiligen

¹²¹⁸ Carlton, Antitrust Policy Toward Mergers When Firms Innovate: „I would think rare, though not inconceivable, for the analyst to be able to identify today with a fair degree of confidence the firms who are likely to be pursuing R&D that will lead to competing products several years in the future.“

¹²¹⁹ Bei einem Produktmarkt sind die jeweiligen Inputs bspw. Kapital und Rohstoffe. Varian, 326.

¹²²⁰ In der Literatur wird auch der Versuch unternommen, lizenzierbare Technologien als Output des F&E-Marktes zu betrachten. Dabei überschneidet sich aber der F&E-Markt mit dem des Technologemarktes. Das führt dazu, dass es aufgrund der Mittelstellung des Technologemarktes zwischen F&E-Markt und Produktmarkt zu einer ungenauen Abgrenzung der Märkte kommt; s. Gilbert/Sunshine, ALJ 1995- I, 599.

¹²²¹ IP Guidelines, P. 3.2.3.

¹²²² Davis, ALJ 2003, 680 f.

¹²²³ Dabei wird die Grundlagenforschung komplett ignoriert, da es sich gerade bei Grundlagenforschungsprojekten *qua* Definition um Arbeiten ohne konkrete wirtschaftliche Anwendungsmöglichkeit handelt.

¹²²⁴ FTC, *Roche Holding Ltd. Complaint with Decision and Order*, 113 F.T.C 1086 (1990); FTC, *Upjohn Company, et al., Complaint with Decision and Order*, 121 F.T.C. 44 (1996); FTC, *Glaxo plc., Complaint with Decision*, 119 F.T.C. 815 (1995); FTC, *Ciba-Geigy Ltd., et al., Complaint with Decision*, 123 F.T.C. 842 (1997); FTC, *Glaxo Wellcome plc, et.al., Complaint with Decision (Consent Order)*, 131 F.T.C. 56 (2001); FTC, *Montedison S.p.A., et al., Proposed Consent Agreement With Analysis To Aid Public Comment*, 60 Federal Reporter, 5414 (1995)

potenziellen Wettbewerbs¹²²⁵ statt. Daraus ist ersichtlich, dass es für die Wettbewerbsbehörden schwierig ist, die jeweiligen F&E-Vorhaben und dadurch den relevanten Innovationsmarkt korrekt zu bestimmen. Insofern also Wettbewerbsbehörden mit ihren Ermittlungsbefugnissen und der Möglichkeit, relevante Informationen von Wettbewerbern einzufordern, Probleme bei der Marktbestimmung haben, so ist dies für Marktteilnehmer erst recht problematisch alleine durchzuführen, wenn nicht gar unmöglich¹²²⁶.

(2) Marktmacht und Marktanteilsbestimmung

Geht man davon aus, dass die jeweiligen F&E-Vorhaben bestimmt werden können, ist eine genaue Betrachtung der Marktanteile notwendig, um die Wettbewerbsverhältnisse konkret festlegen zu können. Dieses Prinzip schließt die Möglichkeit eines Tests ein¹²²⁷, welcher zu einem (numerischen) Ergebnis führt¹²²⁸. Da der traditionelle analytische Rahmen¹²²⁹ nicht zur Anwendung auf Innovationsmärkte kommen kann, wird versucht, Elemente des Produkt- bzw. Technologiemarktes zu übernehmen. Zuerst wurde dementsprechend die *Safe Harbour*¹²³⁰ Regel bestimmt¹²³¹. Wird diese nicht erfüllt, müssen der Marktanteil der Unternehmen und

¹²²⁵ Zur jeweiligen Kritik der Innovationsmarktbeurteilung der einzelnen FTC Fälle *Barth*, 154 ff.; *Landman*, ECLR 1998, 27 f.; *Hoerner*, ALJ 1995, 57; *Muris*, 5 ff.; *Katz/Shelanski*, ALJ 2007, 84 f.

¹²²⁶ In der Literatur findet man zwar einige Ansätze, die diesem entgegenstehen und eine Möglichkeit der Bestimmung der relevanten F&E als durchaus mögliches Vorhaben sehen. So wird argumentiert, dass Informationen bzgl. bestimmter Schutzrechte (wie z. B. Patentschriften) öffentlich zugänglich und Wettbewerber sich dieser Tatsache bewusst sind. Diese Schriften sollen Aufschlüsse über den eingeschlagenen F&E-Weg geben. Zudem geben Unternehmen ihre F&E-Arbeit manchmal freiwillig an die Öffentlichkeit weiter, um dadurch auf dem Markt Interesse zu generieren, so z. B. um Fördergelder oder Sponsoren zu gewinnen. F&E-Projekte können ebenso aus praktischen Gründen nicht immer geheim sein, denn Wissenschaftler wechseln oft ihre Arbeit oder Arbeitsorte, wodurch sie gleichfalls wichtige Informationen transportieren. Diese Argumente überzeugen jedoch nicht, dass dadurch F&E-Vorhaben als Marktobjekte korrekt identifiziert werden können; s. *Varney*, Antitrust 1995, 17; *Dahdouh/Mongoven*, ALJ 1996, 421.

¹²²⁷ Interessant wären Beurteilungen, dass das Unternehmen A einen Anteil von X% im F&E-Markt hat, vor allem in Bezug darauf, welche Daten dafür benutzt wurden.

¹²²⁸ *Brodley*, JEP 1990, 106; *Eiszner*, AB 1998, 316 f.; ähnlich auch *Lang*, Fordham Int'l L.J. 1996, 763.

¹²²⁹ *Kattan*, ALJ 1993, 951.

¹²³⁰ Wenn Unternehmen im Markt agieren, muss zuerst eine Mindestebene bestimmt werden, unter welcher es als irrelevant erscheint, mögliche Wettbewerbsverzerrungen durchzuführen, damit Unternehmen in der Lage sind, ihre Vorhaben besser einzuschätzen, was insbesondere für kleine Unternehmen wichtig ist. *Brodley*, JEP 1990, 106.

¹²³¹ In den USA wurde im Punkt 4.3. der IP Guidelines die *Safe Harbour* Regel bestimmt. Auf dem Innovationsmarkt greifen demnach die Behörden dann nicht ein, wenn die Vereinbarung nicht offensichtlich wettbewerbswidrig ist und neben den Vertragsparteien mindestens vier unabhängige Marktteilnehmer existieren, welche über Mittel verfügen, die die relevante F&E-Aktivität substituieren können. Die europäische Regelung sieht keine bestimmte Zahl von

jener der Wettbewerber festgelegt werden. Sowohl in den IP Guidelines als auch in der Literatur werden mögliche Ansätze, wie die Marktanteile auf den Innovationsmärkten definiert werden sollen, erwähnt, ohne dass aber diese Aufzählung endgültig ist. Hierbei schließen sich die einzelnen Bestimmungsmethoden keineswegs gegenseitig aus, vielmehr ergänzen sie sich.

(a) Anteil an den Ausgaben für F&E

Zuerst wird die Möglichkeit der Anteilsbestimmung anhand der F&E-Ausgaben vollzogen. Letztere soll einen zuverlässigen Maßstab für den Marktanteil am Innovationsmarkt darstellen, wenn die Ausgaben in F&E einem bestimmten Produkt oder verbesserten Verfahren zugeordnet werden können¹²³². Dabei werden die Inputs wie Personal-, Material- und Gerätekosten bemessen, die dann die Innovationsneigung eines Unternehmens widerspiegeln sollen. Eines der ersten in Erscheinung tretenden Probleme ist, dass sich die F&E-Ausgaben nicht korrekt bestimmen lassen und schon gar nicht jene, die auf die Entwicklung eines bestimmten Produkts oder einer verbesserten Methode gerichtet sind¹²³³. Daneben wird auch kritisiert, dass die F&E-Ausgaben von Jahr zu Jahr variieren und die Differenzen daraus vor allem Ausdruck des unterschiedlichen Ausgangspunkts seien. So muss eine weniger weit fortgeschrittene Unternehmung mehr in F&E investieren, um zu den fortgeschrittenen Unternehmungen aufschließen zu können¹²³⁴.

Der grundlegende Einwand gegen diese Art der Marktanteilsbestimmung bezieht sich aber auf die fehlende oder zumindest unsichere Beziehung zwischen F&E-Ausgaben und einem möglichen Innovationserfolg¹²³⁵. Dies ist nicht nur ein Einwand gegen die konkrete Bestimmung der Marktanteile, sondern zugleich ein fundamentaler Kritikpunkt am gesamten Innovationsmarkt¹²³⁶. Zwar scheint der Gedanke, mehr Input gleich mehr Output, plausibel zu sein, doch belegen Untersuchungen¹²³⁷, dass dies nicht zutrifft. Allein die Beobachtung, ob einige Unternehmen ihre F&E-Aufwände erhöhen, lässt nicht darauf schließen, ob die gesamte F&E-Aktivität in

Teilnehmern vor. Stattdessen wird in Rn. 26 der Leitlinien zur TT-GVO nur auf eine ausreichende Anzahl konkurrierender F&E-Pole hingewiesen.

¹²³² So *Gilbert/Sunshine*, ALJ 1995-I, 597; a. A. *Ullrich*, 159.

¹²³³ *Orth*, WuW 2000, 479.

¹²³⁴ *Kattan*, ALJ 1993, 952, Fn. 72.

¹²³⁵ Nicht alle F&E-Aufwendungen führen zu einem Ergebnis, dessen Gewicht proportional mit dem dafür benötigten Aufwand ist. *Ullrich*, 159; *Lang*, Fordham Int'l L.J.1996, 763.

¹²³⁶ *Rapp*, ALJ 1995, 20 „...an error or a leap in faith. The error would be to suppose that innovation and R&D are the same thing. The leap in faith is to believe that there is a positive functional relationship between the rate of R&D expenditure and the quantum of innovation produced by a firm.“

¹²³⁷ *Cohen/Levin*, in: Schmalensee/Willig, 1060 ff.

dem jeweiligen Markt erhöht wird oder Innovationen ansteigen oder als Folge sogar gemindert werden¹²³⁸.

(b) Prozentualer Anteil an den specialized assets

Ein weiterer Indikator für den Marktanteil am Innovationsmarkt ist der prozentuale Anteil an den *specialized assets*. Wegen der Ähnlichkeit mit dem F&E-Ausgabenindikator ist die dort geäußerte Kritik weitgehend übertragbar. So lassen sich auch hier die *specialized assets* nicht eindeutig einem einzelnen Produkt zuordnen. Des Weiteren krankt dieser Indikator auch an der fehlenden Beziehung zwischen F&E-Ausgaben und Innovationserfolg, denn ebenso setzt diese Methode voraus, dass die *specialized assets* verschiedener Unternehmungen mit gleicher Effizienz eingesetzt werden, sie versagt jedoch vollkommen in den Fällen, in denen sich die *specialized assets* nicht quantifizieren lassen¹²³⁹.

(c) Marktanteil am *downstream*-Produktmarkt

Als zusätzlicher Indikator für den Marktanteil im Innovationsmarkt wird der Marktanteil am *downstream*-Produktmarkt erwähnt¹²⁴⁰. Diese Methode, der sich das DoJ auch im *GM/ZF*-Fall¹²⁴¹ bedient hat, setzt voraus, dass es bereits einen *downstream*-Produktmarkt gibt, d. h. sie kann dort keine Aussage treffen, wo die F&E-Tätigkeit der Marktteilnehmer auf ein völlig neuartiges Produkt und nicht nur auf eine Verbesserung eines bereits gehandelten Produkts gerichtet ist¹²⁴².

(d) Anzahl der Patente

Neben den in den IP Guidelines aufgezählten Verfahren zur Bestimmung des Marktanteils werden noch weitere Indikatoren diskutiert. So wurde z. B. vorgeschlagen, die Anzahl der Patente, die jedes Unternehmen im Innovationsmarkt be-

¹²³⁸ So die verwendeten finanziellen Mittel vollkommen unnütz ausgegeben worden sein. In seiner Messung der Produktivität von F&E und Kapitalausgaben großer US-amerikanischer Unternehmen in den 1980er-Jahren fand Jensen heraus, dass mehrere Milliarden Dollar verschwendet wurden. Die Untersuchung umfasste 432 Unternehmen, die in der Zeit von 1979 bis 1990 beobachtet wurden. Stark wurde die Investierung in F&E von GM kritisiert (Gesamtsumme 67,2 Milliarden Dollar), wobei aber der *end equity value* 26,2 Milliarden betrug, so Jensen, Jof 1993, 858. Eine Studie von Wyman ergab, dass 40% aller getätigten Aufwendungen in F&E der Automobilbranche Fehlinvestitionen waren; s. Wyman, Car Innovation 2015, 4.

¹²³⁹ Orth, WuW 2000, 480.

¹²⁴⁰ Allerdings bleibt unklar, wie der *downstream*-Produktmarkt im Einzelfall zu bestimmen ist.

¹²⁴¹ So wird dort ausgeführt: „...market shares in innovation market can be approximated by the number of units produced world wide by each manufacturer of medium and heavy automatic transmissions for commercial and military vehicles“. U.S. vs. General Motors Corp., Civ. No. 93–530, 6 Trade Reg. Rep (CCH) 40 (D. Del. 1993), entnommen aus Glader, 94.

¹²⁴² Das Fehlen eines *downstream*-Produktmarktes ist aber insbesondere in den bisher entschiedenen Pharmafällen häufig anzutreffen.

reits erworben hat, zu zählen¹²⁴³. Dabei werden einschlägige Patente gezählt, um Auskunft über die Innovationsfähigkeit eines Unternehmens zu gewinnen. Das bedeutet, dass nur auf historische Daten zurückgegriffen wird, wobei die Aussagekraft dieser Methode fraglich ist, da die Patentierungsintensität industrie- und unternehmensbedingt schwankt¹²⁴⁴. Zusätzlich wird übersehen, dass die Patente in ihrer Bedeutung für den Innovationsmarkt von durchaus unterschiedlichem Gewicht¹²⁴⁵ und eher für den Technologemarkt von Bedeutung sind.

(e) *Core competencies*

Zur Bestimmung der Marktanteile im Innovationsmarkt wird vorgeschlagen, auf das Konzept der *core competencies*¹²⁴⁶ zurückzugreifen¹²⁴⁷, wobei versucht wird, die Innovationsfähigkeit eines Unternehmens direkt zu ermitteln. Das Problem bei diesem Verfahren liegt darin, dass sich Kernkompetenzen schwer abgrenzen und noch schwerer quantifizieren lassen. Zudem sind sie breit gefasst und reichen regelmäßig über ein einzelnes F&E-Projekt hinaus, was dazu führt, dass das Konzept übermäßig breite Märkte bestimmt und somit keinen sinnvollen Maßstab darstellt. Weiterhin ist unklar, wie die *core competencies* der Wettbewerber gegeneinander abzuwegen sind, wodurch sich diese Methode zur Bestimmung der Marktmacht in einem Innovationsmarkt als untauglich erweist¹²⁴⁸.

(f) Grundannahme der gleichen Marktanteile

Punkt 3.2.3 der IP Guidelines führt u. a. aus, dass den Wettbewerbern gleiche Marktanteile zuzurechnen sind, wenn ihre *specialized assets* und ihr Antrieb, F&E zu tätigen, vergleichbar sind. Damit wird zugleich eine Grundhaltung, auch aus der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden erkennbar, zum Ausdruck gebracht, dass die Wettbewerber regelmäßig gleiche Marktmacht im Innovationsmarkt haben. Dieser Ansatz stellte offensichtlich eine einkalkulierte Kapitulation vor den Schwierigkeiten der Marktanteilsbestimmung dar¹²⁴⁹.

¹²⁴³ *Griliches*, JEL 1990, 1702.

¹²⁴⁴ *Cohen/Levin*, in: Schmalensee/Willig, 1063.

¹²⁴⁵ Ein Patent kann divergierend viele Ansprüche enthalten, woraus sich Unterschiede in der Bedeutung ergeben. Dies wird insbesondere bei weltweiten Innovationsmärkten relevant, da es z. B. in den USA üblich ist, mehrere Ansprüche zu einem Patent zu bündeln, während in Japan für jeden Anspruch separat ein Patent angemeldet wird. *Griliches*, JEL 1990, 1669.

¹²⁴⁶ Dabei reflektiert die *core competence* das kollektive Lernen in der Organisation, insbesondere wie diverse Produktionsfähigkeiten zu koordinieren und unterschiedliche Technologiestränge zu integrieren sind und fokussiert sich dadurch auf die historischen Entwicklungslinien eines Unternehmens. *Yao/DeSanti*, ALJ 1993, 510 f.

¹²⁴⁷ *Yao/DeSanti*, ALJ 1993, 510.

¹²⁴⁸ *Orth*, WuW 2000, 198.

¹²⁴⁹ *Daumann/Oberender*, in: Berg, 168.

(g) Zusammenfassung der Marktanteilsbestimmung

Die aufgezählten Mittel zur Bestimmung von Marktmacht bzw. Marktanteilen zeigen, dass es einen nicht vernachlässigbaren Grad an Unsicherheiten gibt, der somit Risiko für den Wettbewerb als auch für die Unternehmen bedeutet. Es gibt Autoren, die die Kritikpunkte, dass auch im Produktmarkt mit Variablen, die nicht immer auf quantitative Größen zurückzuführen sind, gearbeitet wird, aufgreifen¹²⁵⁰. Während für produktmarktbezogene Ergebnisse die Tatsache, dass eine stärkere Konzentration zu erhöhten Preisen führen würde, bewiesen wurde, sind die Verfechter des Innovationsmarktkonzepts einen solchen Beweis schuldig geblieben¹²⁵¹.

Selbst bei der Durchführung der Marktanteilsbestimmung wird in den IP Guidelines ausdrücklich auch auf Einschätzungen der Marktanteile durch Abnehmer und andere Marktteilnehmer¹²⁵² hingewiesen¹²⁵³. Diesen käme Bedeutung zu, wenn Marktanteilsdaten nicht vorliegen oder sie die Bedeutung der Unternehmen nicht angemessen widerspiegeln würden¹²⁵⁴. Solche Ansätze zeigen, dass selbst Wettbewerbsbehörden gezwungen sind, eine Reihe subjektiver Einschätzungen heranzuziehen, die naturgemäß beeinträchtigt sind und von möglichen Eigeninteressen beeinflusst sein können¹²⁵⁵, das bedeutet, dass sie einer genauen Evaluierung des Marktes nicht dienen.

Die oben angeführten Messgrößen besitzen unterschiedliche Stärken und Schwächen¹²⁵⁶, und keines der Kriterien weist solche Merkmale auf, die es für einen

¹²⁵⁰ Barth, 199.

¹²⁵¹ Dazu hinten C.III.2.c)ee).

¹²⁵² Die Einschätzungen Dritter dürften ein hilfreiches Instrument zur qualitativen Kontrolle anderweitig ermittelter Marktanteile sein. Vertreter der Wettbewerbsbehörden bewerten diesen Informationskanal aus ihrer Praxis heraus als sehr ergiebig, da sich die Abnehmer, gerade in Branchen, in denen Innovationen durch Nachfrage induziert werden (*demand pull*), als sehr gut informiert erwiesen. Varney, Antitrust 1995, 17.

¹²⁵³ IP Guidelines, P. 3.2.3.

¹²⁵⁴ Die Wettbewerbsbehörden erhoffen sich aus den Aussagen der Wettbewerber Erkenntnisse, die eine Kontrolle der auf anderem Wege ermittelten Marktanteile erlauben und notfalls sogar dazu taugen, die Wettbewerbsposition eines Unternehmens insgesamt zu bestimmen, doch kann Letztere nur gelten, wenn keine anderen Daten verfügbar sind.

¹²⁵⁵ So können fusionierende Partner versucht sein, ihre Bedeutung herunterzuspielen, um kartellrechtlichen Eingriffen in das Fusionsvorhaben zu entgehen. Ebenso können Wettbewerber über Anreize verfügen, ihre eigene Bedeutung geringer und die der fusionierenden Partner größer als in der Realität darzustellen, sei es, um selbst eine günstigere Ausgangsposition bei eigenen Übernahmeverhüssen zu erlangen, sei es, um aus strategischen Überlegungen den geplanten Zusammenschluss zu verhindern. Daraus ergeben sich erhebliche Bedenken für die Verlässlichkeit der jeweiligen Kriterien. Barth, 196 f.; Yao/DeSanti, ALJ 1993, 512.

¹²⁵⁶ Dabei sollen vor allem F&E-Ausgaben Auskunft über die Absichten zur Durchführung eines F&E-Projekts geben. *Specialized assets*, Patentzählungen und ähnliche Verfahren erlauben Aussagen über die Fähigkeit zur Durchführung von F&E. Die Einschätzung Dritter liefert Informationen sowohl über Fähigkeit als auch vermutete Absicht zur Durchführung eines Projekts, ähnlich beim Rückgriff auf einen verwandten Produktmarkt. Welche Faktoren einzubeziehen und wie sie zu gewichten sind, kann nicht generell beantwortet werden. Hier kommt

universellen Einsatz prädestinieren. Ob das Zusammenlegen mehrerer Messgrößen eine Verbesserung der Marktanteilsbestimmung bringen würde, ist demnach auch zweifelhaft. Zwar gilt, dass generell eine Beurteilung leichter fällt, wenn ein Prozess weniger weit von der Herstellung des Endproduktes entfernt ist¹²⁵⁷, somit gilt im Umkehrschluss aber auch, dass die Beurteilung eines Vorschungsvorhabens, über welches noch wenig Wissen vorhanden ist, schwieriger ist, da höhere Unsicherheit und Ergebnisoffenheit existieren.

ff) Erkenntnisse zum Innovationsmarkt

Die Innovationsmarktanalyse soll die Fusionskontrolle ergänzen; sie bezieht sich auf die Wirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses auf dem sog. Innovationsmarkt. Dabei macht sie sich die folgenden theoretischen und empirischen Erkenntnisse zu Nutze: Innovationen kommen in der wirtschaftlichen Entwicklung ein maßgeblicher Stellenwert zu. Diese sind zum großen Teil das Ergebnis unternehmerischer F&E-Aktivitäten, die durch Konzentration vermindert werden können, aber nicht zwingend vermindert werden müssen. Der Innovationsmarkt-Ansatz stellt eine *ex-ante*-Analyse eines Zusammenschlussvorhabens dar, die sich ausschließlich auf die Betrachtung von F&E-Aktivitäten, die auf ein bestimmtes neues oder verbessertes Produkt bzw. auf einen derartigen Prozess gerichtet sind, beschränkt. Das dem Innovationsmarktansatz zugrunde liegende theoretische Fundament besteht im Wesentlichen aus zwei Hypothesen:

- Durch eine fusionsbedingte Monopolisierung auf dem Innovationsmarkt wird eine Verschlechterung des Ergebnisses des Innovationsprozesses möglich.
- Diese Verschlechterung lässt sich am Einzelfall identifizieren.

Der Innovationsmarkt wird nun aus Praktikabilitätsgründen anhand offenkundiger F&E-*assets* abgegrenzt. Anhand dieser *assets* oder anderer vergleichbarer unternehmensspezifischer Determinanten des Innovationserfolgs bestimmen hiernach die Wettbewerbsbehörden das Potenzial des fusionierten Unternehmens, eine Veränderung seiner F&E-Aktivitäten durchzusetzen.

Je nach Situation auf dem Innovationsmarkt wird anschließend geprüft, ob durch den Zusammenschluss ein Anreiz besteht, unilaterale oder koordinierte Maßnahmen zur Begrenzung der F&E-Aktivitäten vorzunehmen. Ergibt die Analyse potenzieller Effizienzsteigerungen, die im Bereich der F&E grundsätzlich als kaum mit ausreichender Sicherheit prognostizierbar angesehen werden, dass diese nicht ausreichen, den potentiellen wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekt des Zusammenschlusses zu kompensieren, können die Wettbewerbsbehörden auf verschiedene Instrumente zurückgreifen, um den Wettbewerb auf dem Innovationsmarkt zu sichern bzw. zu

der Verfügbarkeit von Daten und Besonderheiten der konkreteren Konstellation große Bedeutung zu.

¹²⁵⁷ Ullrich, 161.

beleben. Maßgebliches Kennzeichen des Innovationsmarktansatzes ist also, dass fusionsbedingte negative Auswirkungen auf die Hervorbringung von Innovationen als möglich angesehen und dass diese mittels des Innovationsmarkt-Ansatzes erkannt und verhindert werden können¹²⁵⁸. Wie sich bisher zeigte, erweist sich besonders die Abgrenzung des relevanten Marktes sowie die Bestimmung der Marktmacht bzw. der Marktanteile der Unternehmen auf dem Innovationsmarkt als schwierig. Als unzulänglich dürfen darüber hinaus, im Bereich der Evaluierung des Anreizes zur Durchführung unilateraler und kollusiver wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen, sich aus dem Marktmachtpotenzial ergebende Verdachtsmomente angesehen werden, die nicht durch stichhaltige Beweise fundiert sind. Da zudem die US-amerikanischen IP Guidelines weitgehend offenlassen, wann der Innovationsmarkt-Ansatz anzuwenden ist und welche Marktabgrenzungsmethode im Einzelfall zur Anwendung kommen wird¹²⁵⁹ und sie es schließlich auch versäumen, operationale Kriterien für die Bestimmung der Marktmacht darzulegen, fällt der Ermessensspielraum der Wettbewerbsbehörden sehr breit aus¹²⁶⁰. Ein derartiger Handlungsspielraum führt zu einem Rechtssicherheitsproblem mit der Folge, dass es den Unternehmen schwer fällt, die Reaktion der Wettbewerbsbehörden zu antizipieren bzw. die Zulässigkeit eines Zusammenschlussvorhabens adäquat einzuschätzen¹²⁶¹. Da die mit der Innovationsmarktanalyse verbundenen Problemkreise tatsächlich als inhärent und nicht beseitigbar anzusehen sind und zudem die Gefahr besteht, Vereinbarungen zu verhindern, deren Gesamtwirkung als positiv einzuschätzen ist¹²⁶², werden in der Literatur auch die Überlegungen angestellt¹²⁶³, die Fusionskontrolle auf die Betrachtung der Produktmärkte zu beschränken und die Innovationsmarktanalyse aufzugeben. Dem ist insoweit zu widersprechen, dass die alleinige Betrachtung des Produktmarktes keine genugtuende Analyse von Hochtechnologieindustrien wie z. B. Kommunikation, Medizin, Biotechnologie etc. ist, da er aufgrund seiner Ausrichtung dynamische Wettbewerbselemente nicht umfassen kann.

3. Erkenntnisse zur Analyse des relevanten Marktes

Die Beurteilung und Analyse des relevanten Marktes hat den Sinn und Zweck, die jeweiligen Marktverhältnisse und mögliche Marktmacht zu bestimmen. Sobald nämlich ein Unternehmen Marktmacht erreicht, erwartet man, dass dieses seine Handlungen dementsprechend anpasst, um dem Missbrauch seiner Position entgegenzuwirken.

¹²⁵⁸ *Daumann/Oberrender*, in: Frank, 158.

¹²⁵⁹ *Eiszner*, AB 1998, 344 f.

¹²⁶⁰ *Daumann/Oberrender*, in: Frank, 170.

¹²⁶¹ *Daumann/Oberrender*, in: Frank, 170 f.

¹²⁶² *Rapp*, ALJ 1995, 47.

¹²⁶³ *Daumann/Oberrender*, in: Frank, 172.

Die Ausführungen zu den einzelnen drei Marktebenen zeigt aber aus unternehmerischer Sicht einige Probleme, welche sowohl normativer, konzeptioneller als auch praktischer Natur sind. Aus normativer Sicht gilt es zwar zu begrüßen, dass die Kommission versucht, einen Wettbewerb auf allen drei Niveaus zu erhalten, jedoch ist die Umsetzung problematisch. Die Rückführungen auf den Produktmarkt und die Verbindungen des Produktmarktes mit den anderen beiden Märkten sind so nicht immer korrekt, da bspw. der Technologiemarkt, nach der jetzigen Formulierung nur bestehen kann, wenn eine lizenzbasierte Verbindung zum Produktmarkt besteht. Deswegen müssten, sofern tatsächlich alle drei beurteilt werden, jeder für sich einzeln bestimmt werden. Das gesamte wettbewerbsrechtliche Verhalten eines Unternehmens kann dann sowohl auf den einzelnen Ebenen als auch im Zusammenspiel aller drei Ebenen im Gesamtkontext beurteilt werden. Doch zeigt sich auch hinsichtlich der konzeptionellen Ausgestaltung dieser Märkte die Problematik, dass die ökonomischen Untersuchungen keine ausreichenden Ansatzpunkte geben, um eine Marktstruktur, die ein Innovationsoptimum ermöglicht, rechtlich zu definieren. Anders gesagt fehlen Beweise, anhand welcher die einzelnen Marktschwellen im Innovationsmarkt bestimmt werden können. Für Unternehmen stellt dies alles ein großes Problem dar, da die Identifizierung der genauen Marktverhältnisse im Technologie- als auch Innovationsmarkt kompliziert ist.

IV. Fazit zur Analyse der Rechtslage

Die Tatsache, dass Pools durch das materielle Recht in nicht genugtuender Weise berücksichtigt werden, fordert besonders die Poolgründer, jegliche wettbewerbsrechtlich bedenklichen Aspekte zu berücksichtigen und Maßnahmen zu ergreifen, die eine Wettbewerbsverzerrung verursachen könnten. Die Art und Weise, wie ein Patentpool gegründet, organisiert und verwaltet wird, kann einerseits das Risiko verringern, dass er eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt, und andererseits Sicherheiten bieten, dass die Poolvereinbarung dem Wettbewerb förderlich ist. Das Ziel einer Wettbewerbsanalyse der Pools besteht darin, mögliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen und Maßnahmen zu ergreifen, die diesen entgegenwirken. Dementsprechend muss das Wettbewerbsrecht der EU ein Konstrukt bilden, welches entweder durch das materielle Recht, den Verwaltungsvollzug, bzw. durch die Märkte selbst Rechtssicherheit bzgl. der Gestaltung eines Pools schafft.

Um somit den Freistellungsvoraussetzungen nach Art. 101 AEUV gerecht zu werden, sollen die GVO den Unternehmen dabei behilflich sein, die eigenen Risiken zu identifizieren und zu determinieren, ob der Pool die wettbewerbsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt. Dabei zeigt sich jedoch, dass aufgrund des Anwendungsbereiches, besonders bei der TT-GVO, Pools von diesen ausgenommen sind. Statt dessen werden Pools nur in den Leitlinien zur TT-GVO normativ geregelt, wobei diese weder von ihrer Rechtsstellung her noch vom Inhalt den Poolmitgliedern eine

Grundlage geben, auf welcher ein Pool mit einer großen Wahrscheinlichkeit an Rechtssicherheit gebildet werden kann.

Die Anwendung des Art. 102 ist bei Pools gegeben, welcher aber im Gegensatz zu Sec. 2 *Sherman Act* nicht den Erwerb einer marktbeherrschenden Stellung verbietet. Somit darf ein Pool, der als marktmächtiges Unternehmen fungiert, diese Position nicht missbrauchen, was sowohl über die „Außenlizenz“ als auch durch die Bündelung der Patente möglich ist. Allerdings kann Art. 102 nicht als eine Marktstrukturkontrolle dienen, da seine wesentliche Bedeutung in der generalpräventiven Wirkung liegt. Sollte aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Position ein Eingriff notwendig werden, bedeutet dies eine Überprüfung der Lizenzbedingungen bzw. sogar eine neue Evaluierung der relevanten Patente, und kann als Folge eine Korrektur dieser mit sich bringen bzw. im äußersten Fall sogar die Auflösung des Pools bedeuten. Derartige Eingriffe haben immer Folgen für den Pool und die an dem Pool interessierten Lizenznehmer. Bei einer Poolauflösung wäre der Zugang zu den einzelnen Patenten mit Kosten und Aufwänden sowohl bzgl. der einzelnen Verhandlungen als auch der Evaluierung der Patente verbunden. Gemeint ist, dass sich Lizenznehmer¹²⁶⁴ darauf verlassen, dass die im Pool eingegliederten Rechte für die Produktion relevant sind. Hätte eine Untersuchung ergeben, dass die Patente nicht relevant sind, würde dies die Notwendigkeit einer Neubeurteilung der Patente bedeuten. Eine solche Beurteilung wäre nur schwer vom einzelnen Lizenznehmer selbst zu stämmen. Es bedarf deshalb einer sehr genauen Selbstbeurteilung durch die Poolgründer, die oberhalb der Marktanteilsschwellen fungieren.

Gemäß der Durchführungsverordnung 1/2003 liegt die Verantwortung bei den Poolgründern, einen wettbewerbskonformen Pool zu schaffen. Von den Unternehmen wird somit erwartet, nicht nur aktuelle und potenzielle Wettbewerber, sondern auch noch die Technologien, die mit ihren eigenen substituierbar sind, zu identifizieren und zusätzlich auf Innovationsaspekte zu achten, um das Funktionieren des Wettbewerbs sicherzustellen.

Dabei zeigt sich aber, dass das Selbstregulierungsprinzip des Marktes bei Immaterialgüterrechten mit rechtssicherheitsgefährdenden Unsicherheiten verbunden ist, da von den Unternehmen, sowohl den Rechtsinhabern als auch den Lizenznehmern, eine Analyse der komplexen und unüberschaubaren Märkte verlangt wird. Obwohl bei Produktmärkten die normativen Bestimmungen strukturiert und inhaltlich klar den Markt bestimmen und es durch die Kommission auch vorgeschlagene Mittel für eine Analyse dieser gibt, sieht dies bei den Technologie- und Innovationsmärkten anders aus. Die rechtliche Ausgestaltung des relevanten Marktes des Technologie- und Innovationsmarktes ist zur praktischen Anwendung aus Unternehmenssicht nicht realisierbar. Zu offen sind die Möglichkeiten, die Marktobjekte und deren Verhältnisse zum Marktsubjekt fälschlich zu bestimmen. Berücksichtigt man, dass durch die Struktur des Technologemarktes eine komplett ob-

¹²⁶⁴ Insbesondere derartige, die in die Kategorie der kleinen und mittelständischen Unternehmen fallen.

jektive Analyse bzgl. Substituierbarkeit und Relevanz für einen Standard oder ein Produkt nur durchführbar ist, wenn die jeweiligen Sachverständigen, zur Bestimmung der Verhältnisse der Patente, identifiziert sind und ihre Arbeit organisiert wird, ist es, unter Beachtung der finanziellen Aspekte, selbst für große Unternehmen äußerst schwierig, solche Analysen im Alleingang durchzuführen. Zwar kann von einem marktmächtigen Unternehmen keine „Marktstrukturverantwortung“ erwartet werden, die zum Zweck der Einhaltung oder sogar der Verbesserung von Wettbewerbsbedingungen, zur Preisgabe von Wettbewerbsvorteilen zugunsten von Konkurrenten und einer vorprogrammierten Beteiligung von Außenseitern an Forschungsergebnissen zwänge¹²⁶⁵, jedoch muss bei einem Pool, welcher sich des Risikos eines missbräuchlichen Verhaltens bewusst ist und Maßnahmen zur Verhinderung dieser ergreift, eine „Marktbewusstseinsverantwortung“ vorausgesetzt werden. Diese wird aber durch die normativen Fehlstellungen in der Rechtskonstruktion des relevanten Marktes auf Technologie- als auch Innovationsebene erschwert. Aufgrund der aufgeführten Fehlstellungen kann nicht vorausgesetzt werden, dass die momentane Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts poolfördernd ist.

¹²⁶⁵ Wörz, 211.

D. Perspektiven für ein Genehmigungsverfahren

I. Begründung

Wahllos geschaffene Pools ohne Kontrolle und ohne genügende Absicherung der Technologierelevanz könnten dazu führen, dass Pools nicht für die ursprünglichen Zwecke eingesetzt, sondern missbraucht werden oder zu weiteren, weitreichenden Negativeffekten auf den Märkten führen. Die Notwendigkeit, das derzeitige System der Legalausnahme hin zu einer Marktstrukturkontrolle zu ändern, ergibt sich daraus, dass nur so Transparenz und Rechtssicherheitsaspekte gewährleistet werden können.

1. Transparenz

Das Ziel eines Genehmigungsverfahrens für Pools soll sowohl die Transparenz bei der Poolgründung als auch im Hinblick auf den Technologiemarkt, d.h. bei der Identifizierung der relevanten Patente, erhöhen. Bei der Schaffung von Pools und den darauf basierenden Standards wurde bereits auf das Problem der ungenügenden Transparenz im Gestaltungsprozess hingewiesen¹. Gerade Informationen über die Inhaberschaft, aber besonders über das Verhältnis der einzelnen Patente zueinander, sind von zentraler Bedeutung für einen funktionierenden Wettbewerbsprozess im Technologiemarkt, denn sie versetzen die einzelnen Markakteure in die Lage, Entscheidungen über den Einsatz ihrer Mittel mit dem Ziel zu treffen, dass sie der Maximierung ihres individuellen Nutzens dienen. Dies wäre somit eine Annäherung an das und im Einklang mit dem idealtypischen Modell des vollkommenen Wettbewerbs, welcher voraussetzt, dass sämtlichen Marktteilnehmern alle Informationen offenstehen, wobei vom so genannten Marktvollkommenheitsfaktor gesprochen wird². Unvollständige Informationen, welche gerade bei unklaren Marktkonstella-

¹ Dazu vorne B.I.3.c)bb)(6).

² *Aberle*, Ökonomische Bewertung von Transparenz oder Geheimhaltung der Marktdaten als Wettbewerbsparameter, in: FIW, Bewertung und Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1 f.; *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, S. 133; *Bennett/Collins*, ECJ 2010, 311, 325; *Capobianco*, CMLR 2004, 1247, 1257. Vgl. *Wagner-von Papp*, Marktinformationsverfahren, 49 f. *Wagner-von Papp* weist zutreffend darauf hin, dass aus dem Umstand, dass vollständige Markttransparenz beim Modell der vollständigen Konkurrenz ein Marktvollkommenheitsfaktor ist, nicht geschlussfolgert werden kann, dass Informationen und ihr Austausch nicht auch negativ bewertet werden können. Denn ist ein Markt aus anderen Gründen bereits unvollkommen, so kann sich eine künstliche Verstärkung der Markttransparenz zusätzlich wohlfahrtsmindernd auswirken. Nichtsdestoweniger verdeutlicht der Umstand, dass

tionen entstehen, wie bei der momentan konzipierten Poolbildung, können den Wettbewerb störend beeinflussen. Sie wirken sich vor allem dann negativ aus, wenn andere Marktteilnehmer bereits über umfassendere Informationen verfügen. Dies führt zu Informationsasymmetrien, welche als mögliche Ursache für ein Marktversagen anerkannt sind³. Gerade Strukturveränderungen im Technologemarkt sind äußerst unübersichtlich und lassen sich nicht wie im Produktmarkt durch Markttransparenz identifizieren⁴. So können Unternehmen, die weder Mitglieder einer Standardisierungsorganisation sind oder Einfluss auf die Poolbildung haben, von diesen negativ beeinflusst werden. Informationsaustauschvorgänge, die einzelnen Akteuren umfassendere Informationen verschaffen und die Markttransparenz erhöhen, wirken sich daher in vielen Fällen positiv auf den Wettbewerbsprozess und die Wohlfahrt aus⁵.

Auf horizontaler Ebene kann der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern dazu beitragen, die allokativen Effizienz zu steigern⁶. Die Erhöhung der Markttransparenz kann wettbewerbsfördernd sein, wenn hierdurch Unternehmen der Marktzutritt erleichtert wird. Gerade bei der schwierigen Abschätzung verschiedener Technologien wäre dies von großem Vorteil. Unvollständige Informationen über die Angebots- und Nachfragebedingungen auf einem Markt können sich hingegen als schwerwiegende Marktzutrittsschranke erweisen⁷.

Die Schaffung vertikaler Transparenz zugunsten von Lizenznehmern kann insbesondere durch die Verringerung der Suchkosten effizienzsteigernd sein⁸. Lizenznehmer brauchen Zugang zu möglichst detaillierten Informationen über die angebotenen Patente und Standards, um entscheiden zu können, welche mit ihren individuellen Bedürfnissen kompatibel sind und wie sie in ihre Prozesse integriert werden können⁹.

Informationen ein Marktvollkommenheitsfaktor sind, dass sich Informationen positiv auf den Wettbewerbsprozess auswirken können.

³ *Bennett/Collins*, ECJ 2010, 311.

⁴ Zum Problem der Transparenz bez. Patente für Medizin *Etten*, BT LJ 2007, 694 f.

⁵ *Bennett/Collins*, ECJ 2010, 311, 314 ff.; *Capobianco*, CMLR 2004, 1247, 1257; *Nitsche/von Hinten-Reed*, Competitive Impacts of Information Exchange, 10 ff.; *Wagner-von Papp*, Information Exchange Agreements, 3 ff.

⁶ Einzelne Anbieter verfügen in der Regel über unvollständige Informationen über den Markt; s. *Rudowicz*, 264.

⁷ Markttransparenz kann es neu auf einen Markt eintretenden Unternehmen hingegen ermöglichen, ihren Marktzutritt erfolgreicher zu gestalten und in einen intensiveren Wettbewerb zu den etablierten Anbietern zu treten; s. *Bennett/Collins*, ECJ 2010, 318 f.; *Rudowicz*, 265.

⁸ *Rudowicz*, 268.

⁹ *Bennett/Collins*, ECJ 2010, 311, 315; *Karenfort*, WuW 2008, 1154, 1156.

2. Rechtssicherheit

Bei der Beurteilung kartellrechtlicher Verhaltensvorgaben muss berücksichtigt werden, welche Auswirkungen die Rechtsunsicherheit über deren Reichweite auf das Marktergebnis haben kann. Rechtsunsicherheit darf dabei nicht mit der notwendigen Pauschalisierung verwechselt werden, die einem auf Selbstveranlagung setzenden Steuerungskonzept notwendigerweise immanent ist. Auch liegt dann kein Fall der Rechtsunsicherheit vor, wenn die Selbstveranlagung für die Normadressaten zwar mit erheblichem Aufwand verbunden (wie bspw. durch Marktanteilsbestimmungen), nicht aber unmöglich ist¹⁰. Vielmehr ist Rechtsunsicherheit nur dann anzunehmen und nicht hinzunehmen, sofern den Normadressaten die Selbstveranlagung im Hinblick auf bestimmte Verhaltensweisen tatsächlich unmöglich ist¹¹. Die Analyse der relevanten Märkte hat gezeigt, wie äußerst schwierig dieser Prozess ist und welche Risiken bzgl. Poolbildung damit verbunden sind. Zusätzlich bietet auch das materielle Recht keinen ausreichend bestimmten Rechtsrahmen, um Rechtssicherheit bzgl. Pools zu gewährleisten. Auch wenn Mitglieder eines Pools den *Safe Harbour* Regeln der Leitlinien zur TT-GVO folgen, bleibt ein nicht minderes Risiko bzgl. der Wettbewerbskonformität bestehen. Es versteht sich von selbst, dass sich Rechtsunsicherheit insgesamt negativ auf die Wohlfahrt auswirkt, da sie dazu führen kann, dass im unsicheren Graubereich effiziente Verhaltensweisen unterbleiben und es (dennoch) zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen kommt¹². Ökonomische Untersuchungen bestätigen diese Vermutung und zeigen, dass sich Rechtsunsicherheit bis zu einem gewissen Grad zwar auch positiv auf die Wohlfahrt auswirken kann¹³, bei großer Rechtsunsicherheit, wie bei Pools, in der Summe jedoch die negativen Auswirkungen auf die Wohlfahrt überwiegen¹⁴. Rechtssicherheit ist aber sowohl für Pools, welche auf Standards basieren, als auch für Pools, welche durch die Einbindung in F&E-Projekte wesentliche Innovationssprünge hervorbringen sollen, von ausschlaggebender Bedeutung.

Weil die technologisch-spezifischen Aspekte der Poolgründung äußerst kompliziert sind, es zugleich aber kein formelles Genehmigungsverfahren gibt und die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die wettbewerblichen Aspekte von Pools sehr ungenau sind, ist eine Änderung des Systems der Legalausnahme notwendig. Nur so kann den Unternehmen dzbgl. Rechtssicherheit gewährleistet und das Risiko missbräuchlicher Fälle der Marktbeherrschung minimiert werden.

¹⁰ In diesem Fall verursachen die Normen lediglich hohe Eigenkosten der beteiligten Unternehmen.

¹¹ *Katsoulacos/Ulph*, 2 ff.

¹² *Buccirossi et al.*, 7.

¹³ *Lang*, 1 f.

¹⁴ *Katsoulacos/Ulph*, 7; *Lang*, 16.

II. Ausgestaltung

Mit der Änderung des Systems der Legalausnahme hin zu einem Genehmigungsverfahren für Pools wird es diesen ermöglicht, den eigentlich an sie gestellten Anforderungen, nämlich der Lösung von Patent-Dickichten und der Sicherstellung von Investitionen, gerecht zu werden¹⁵. Eine *ex-ante*-Kontrolle kann hier die Situation für Wettbewerb, Lizenznehmer und Lizenzgeber korrigieren. Ziel soll nicht eine Dekartellisierung und eine Wiedergutmachung eines bereits entstandenen Marktproblems sein, sondern eine frühzeitige Sicherstellung, dass der Markt funktionsfähig bleibt¹⁶. Diesbezüglich gilt es zu berücksichtigen, dass es primär für die Patent- als auch Standardisierungsbehörden nützlich ist, dass durch eine weitere verwaltungstechnische Kontrolle die Kernelemente nicht nur für den Markt untersucht werden, sondern auch der Standardisierungsprozess selbst überprüft wird. Ferner lässt sich das Problem, dass durch Pools möglicherweise F&E-Anreize im Markt gesenkt werden können, kaum durch angemessene Regelungen innerhalb von Pools lösen. Poolmitglieder werden die Tatsache, dass ihre Technologien Teil eines Standards sind, nutzen und stattdessen in F&E-Projekte investieren, die ihre Position im Standard/Pool sichert, als nach alternativen Lösungen zu diesen zu suchen¹⁷.

Das anzustrebende Ziel ist die Einführung einer Marktstrukturkontrolle mit Vollzugsverbot, um die unabhängigen Marktteilnehmer von möglichen wettbewerbsbeschränkenden Änderungen des Marktes abzuhalten, bis eine Beurteilung seitens der Kommission erfolgt ist. Es wäre möglich, ein zur Fusionskontrolle ähnliches System zu übernehmen und auf Pools anzupassen¹⁸. Die Poolgründung würde aus der Sphäre der Legalausnahme entlassen und in eine spezifische Kontrolle überführt, welche durch eine administrative Gebühr der Poolmitglieder finanziert wird. Da Pools kein Instrument der Massen sind (wie bspw. Lizenzen oder Fusionen), würde ihre Untersuchung auch nicht zu einer Überbelastung der Kommission führen, welche anderweitig negative Auswirkungen hätte.

Trotzdem müssten Kriterien definiert werden, wann ein Eingriff der Kommission notwendig ist. Um eine Abgrenzung zum gegenseitigen Lizenzvertrag zu erwirken, müssten neben der Anzahl von mindestens zwei gegenseitigen Lizenzgebern/Lizenznehmern und einem weiteren Lizenznehmer, materielle Aufgreifkriterien bestimmt werden. Nur so wäre es möglich, Pools mit tatsächlicher Marktrelevanz von solchen, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, abzugrenzen. Denkbar wäre

¹⁵ Schickedanz, GRUR Int. 2009, 902 ff.

¹⁶ „A more productive type of intervention is, however, when the Commission follows the adage that ‚prevention is better than cure‘. In other words, it is a lot better if we can prevent abuses of standard setting processes from occurring in the first place rather than have individual problem cases coming onto our radar screen.“ Kroes, European Single Market Still Intact.

¹⁷ Fräßdorf, 326.

¹⁸ Hier sei auf den bereits bestehenden Vergleich zwischen einem Pool und einer Fusion in der Literatur verwiesen, s. Bejcek, IIC 2005, 835 ff.

die Bestimmung verschiedener Auffangtatbestände, welche sich (1) nach dem Umsatz der Mitglieder und dem zu erwartenden Umsatz des Pools, (2) dem Marktanteil im Technologiemarkt, als auch (3) je nach Grundlage des Poolaufbaus definieren lassen:

- Das Prinzip der Orientierung nach dem Umsatz der Poolmitglieder und dem zu erwartenden Umsatz des Pools wäre das erste Aufgreifkriterium. Es würde sich aus dem ursprünglichen Sinn und Zweck der Fusionskontrolle ergeben, in dem es die Definition der Abgrenzung zwischen externem und internem Wachstum ermöglicht. Tatsache ist, dass durch eine Poolung der Rechte Effizienzvorteile entstehen, welche durch ein internes Wachstum unmöglich wären. Dementsprechend ähnelt die Zusammenlegung von Rechten, welche der Marktumsetzung von Technologien dienen, vom Grundsatz her dem externen Wachstum, welches durch Vermögenserwerb entsteht, wodurch den Unternehmen bisher nicht vorhandene Möglichkeiten eingeräumt werden. Das Wegfallen dieser Barrieren und die Effizienzsteigerung des Technologiezugangs versetzen gerade umsatzstarke Unternehmen in die Lage, aufgrund ihrer finanziellen Mittel Marktänderungen, wie bspw. Einführung neuer Produkte und dadurch Eröffnung neuer Märkte, herbeizuführen. Zusätzlich würde der antizipierte Poolumsatz als korrigierendes Aufgreifkriterium dienen. Unabhängig von der Unternehmensgröße könnte der erwartete Umsatzerlös durch die Lizenzentnahmen bzw. den potenziell neu geschaffenen Markt als Auffangbecken dienen. So soll ein Merkmal zur Beurteilung, ob es sich um einen Markt von erheblicher potenzieller Bedeutung handelt, bestimmt werden. Die zu erwartenden Umsatzerlöse des Pools sollen sicherstellen, dass es kein nicht signifikanter Markt ist, welcher aufgrund seiner geringen Größe unter eine Art *de minimis* Regelung fallen und seine Beurteilung nur eine administrative Belastung für die Kommission darstellen würde. Demnach soll das Genehmigungsverfahren auf einen neu zu entstehenden Markt angewendet werden, bei welchem die Gefahr besteht, zu Beginn durch die Poolmitglieder dominiert zu werden. Somit soll eine Prüfung dieses Pools sicherstellen, dass sich genügend Wettbewerbspotenzial auf dem neu geschaffenen Markt bilden kann. Rückschlüsse und Grundlage zur Berechnung dieser Umsatzschwelle können aus den Kalkulationsgrundlagen bzw. Marktanalysen bei der Lizenzgestaltung der Poolbildung geführt werden.
- Das zweite Aufgreifkriterium würde sich nach dem Markt bzw. nach den Marktänderungen im Technologiemarkt richten. Dabei sollte eine Anmeldung des Pools erfolgen, wenn der Pool, ungeachtet möglicher Umsatzschwellen, mehr als ein Drittel sämtlicher wesentlicher Patente für eine Technologie im Portfolio beinhalten würde. Es gilt anzunehmen, dass ein Pool ab einer solchen Größe als marktmächtige Einheit auf dem Technologiemarkt anzusehen ist. Ein so gestaltetes Paketportfolio stellt auch einen Anreiz für Lizenznehmer dar, dieses umfangreiche Patentbündel als Grundlage für die Technologie als Kern anzusehen und nicht nach alternativen Patenten zu suchen. Zusätzlich bildet es die Basis, sämtliche komplementäre Patente diesem Kern anzupassen.

- Während sich die ersten beiden Aufgreifkriterien nach den wirtschaftlichen Prinzipien der Poolgründung orientieren, würde sich das dritte nach dem Urheber des Pools richten. Es müsste eine Verpflichtung der Standardisierungsorganisation eingeführt werden, welche ihr vorschreibt, Patentpools (in jeglicher Form) den Wettbewerbsbehörden zur Genehmigung vorzulegen, bevor diese operativ werden. Sollte sich demnach im Standardisierungsprozess der Bedarf und das Interesse nach einem Pool zeigen, müsste die Standardisierungsorganisation dies der Kommission melden, und zwar in jener Phase, in der die Grundelemente bereits durch die technischen Gremien bestimmt, jedoch die einzelnen Technologien bzw. relevanten Patente noch nicht entgültig ermittelt wurden. Der Kommission würde in dieser Rolle eine Doppelfunktion zukommen, nämlich (1) jene, welche über eine Art öffentlichen Aufruf bzw. die Veröffentlichung der Information bzgl. der Poolbildung es weiteren Nichtmitgliedern der Standardisierungsorganisation ermöglicht, effektiv am Standard teilzunehmen, um somit sowohl den Standard als auch den diesbezüglichen Markt transparent und zugänglich zu machen und (2) jene des Organs, welches sicherstellt, dass ein standardbezogener Pool, nachdem der Aufruf stattfand und relevante Patente in den Pool eingebracht wurden, über diesen das Genehmigungsverfahren ausübt.

Ein von der Kommission durchgeführtes Verfahren bzgl. Patentpools müsste folgende Phasen umfassen: (1) Bestimmung der relevanten Märkte, (2) Analyse der Wettbewerbseffekte (3) Effizienzanalyse, (4) Bestimmung möglicher Abhilfemaßnahmen zur Sicherung des funktionsfähigen Wettbewerbs, ohne Verlust der Effizienzen eines Pools.

1. Bestimmung der relevanten Märkte

Aufgrund der Komplexität der Situationen, sowohl im Hinblick auf die rechtliche Ausgestaltung des Pools, der Beurteilung der einzelnen Märkte und Anwendungsbereiche der Technologien, müsste die Analyse sämtliche Märkte umfassen, die von einem Pool beeinträchtigt werden können. Demnach müssten alle drei Märkte (Produkt-, Technologie- und Innovationsmarkt) untersucht werden¹⁹, aber jeweils in unterschiedlichen Nuancierungen.

Erstens müssen die Wirkungen der Poolvereinbarung und der Lizenzierung durch den Patentpool auf den Wettbewerb auf dem von der Pooltechnologie betroffenen Technologiemarkt zwischen substituierbaren und ergänzenden Patenten der Technologien und zwischen den Patentinhabern ermittelt werden. Dabei werden sämtliche substituierbare Patente innerhalb und außerhalb des Patentpools einbezogen. Zweitens wird der Produktmarkt im Hinblick auf die für die Nutzung der Pooltechnologie erzeugten Produkte untersucht, um die Wirkungen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen. Drittens soll auf den Innovationsmärkten, die im Zusammenhang mit der Pooltechnologie stehen, die F&E-Tätigkeit der Pool-

¹⁹ Dazu vorne C.III.2.

mitglieder und Dritter ermittelt werden. Es gilt es zu beachten, dass hierbei nicht alleine die quantitativen Kriterien zu beurteilen sind, also die Anteile an den relevanten Märkten, sondern insbesondere die qualitativen Aspekte in den jeweiligen Märkten.

2. Analyse der Wettbewerbseffekte

Bevor die Beurteilung der einzelnen Wettbewerbseffekte durchgeführt werden kann, muss bestimmt werden, welche Organe welche Rolle übernehmen. Um solch umfangreiche Analysen der relevanten Märkte zu realisieren, müssten Anpassungen über den jetzigen Bereich des Wettbewerbsrechts hinaus vollzogen werden. Auch wenn die Kommission schlussendlich die Entscheidung über die Genehmigung des Pools und der damit gepoolten Patente trifft, kann es nicht Aufgabe der Kommission sein, die Technologien, und damit die Patente, zu bewerten. Das dafür benötigte Wissen sowie die Ressourcen liegen nicht im Bereich der Kommission und stehen auch nicht mit ihren Kernaufgaben in Verbindung. Dies wäre nur in Kooperation der Standardisierungsorganisation bzw. beteiligten Unternehmen mit der Kommission möglich. Die Identifizierung und Evaluierung sollte weiterhin den beteiligten Sachverständigen überlassen bleiben, die von der Kommission selbst bestimmt werden und von den Standardisierungsorganisationen oder Unternehmen vorgegeben sind. Dabei müssen die Prinzipien der Unabhängigkeit der Sachverständigen, auch im Hinblick auf ihre Entlohnung, bewahrt werden²⁰.

Um Effizienz und Transparenz zu gewährleisten, müsste die Kommission, ähnlich wie bei der Fusionskontrolle, frühzeitig die Intention der Standardisierungsorganisationen oder der Unternehmen zu einer Poolbildung veröffentlichen. Durch die Rolle der Kommission innerhalb der EU bzw. darüber hinaus hat sie einen anderen Wahrnehmungsbereich. Unternehmen, die keine Mitglieder von Standardisierungsorganisationen sind sowie andere interessierte Parteien und mögliche Abnehmer von Technologien auf vertikaler Ebene, welche wesentliche oder einander ergänzende Patente, die innerhalb des Pools nicht substituierbar sind, besitzen, können so auf die Poolgestaltung aufmerksam gemacht werden und ihren Input bzw. ihre Patente auch in das Verfahren einbringen. Die Kommission erhält aufgrund einer solchen Überprüfung nicht nur relevante Informationen seitens der Unternehmen und Dritter, sondern kann auch das Verfahren eröffnen und Gegenargumente der Poolgegner berücksichtigen. Zudem wird so die Pooloffenheit geschützt und eine frühzeitige Offenlegung²¹ der Patente sichergestellt²².

²⁰ Eine Entlohnung wäre nach dem Prinzip der real aufgewendeten Zeit möglich und nicht am Ergebnis der Beurteilung messbar.

²¹ Um die Transparenz in den jeweiligen Märkten und vor allem im Technologiemarkt zu erhöhen, wäre die Schaffung eines Anreizsystems im Registerrecht nötig, um mögliche Lizenzverhältnisse schnell und klar zu identifizieren. Somit wäre es möglich, durch die Gestaltung von bspw. Steuervorteilen, Unternehmen zur Offenlegung von Lizenzverhältnissen zu bringen. Diese würden in den Registern der jeweiligen Patentämter eingetragen. Bei den Pa-

Nach der inhaltlichen Bestimmung der Technologien würde es der Kommission dann obliegen, die Wettbewerbseffekte des Pools zu analysieren. Dies würde sowohl den Poolvertrag, samt Wettbewerbsprüfung der Patente, als auch die Außenlizenzen umfassen.

a) Beurteilung des Poolvertrags

Die Kommission sollte bei der Beurteilung des Pools mehrere Aspekte prüfen, welche eine negative Wirkung auf den Wettbewerb haben könnten. Beginnend mit den internen Wahl- und Leitungsrechten des Pools muss sichergestellt werden, dass sämtlichen Poolmitgliedern das Recht zugesprochen wird, sich an den Unternehmensgeschehnissen angemessen²³ beteiligen zu können. Interne Regelwerke, die einzelne Mitglieder hindern, ihr jeweiliges Gesellschaftsrecht auszuüben, könnten auch als wettbewerbsbeschränkende Absprachen angesehen werden.

Um den Austausch sensibler Informationen und der daraus resultierenden Risiken für den Wettbewerb entgegenzuwirken, müssen sowohl der Pool als auch die Mitglieder Mechanismen ergreifen, die den Informationsaustausch verhindern²⁴. Diesbezüglich würde die Kommission beurteilen, welche Informationen ausgetauscht werden und was für einen möglichen Einfluss²⁵ sie haben könnten. Es empfiehlt sich gerade deswegen, immer ein Modell mit einem unabhängigen Poolverwalter zu benutzen. Sollte dies nicht der Fall sein, müssten die Mitglieder sicherstellen, dass zwischen den einzelnen Informationsquellen angemessene Schutzmaßnahmen eingerichtet und entsprechend durchgesetzt werden.

Eines der Mittel, mit denen Pools in der Vergangenheit versucht haben, ihre Wettbewerber auszuschalten und dadurch den Markt unter ihre Kontrolle zu bekommen, ist die wettbewerbswidrige Verfolgung von Patentverletzungen²⁶. Existiert ein systematisches Vorgehen gegen Patentverletzer, die in der Regel auch Wettbe-

tentätern wäre durch ein einheitliches Regelwerk bzw. Patentregister und der damit verbundenen Daten ein erster Schritt in erhöhte Transparenz bzgl. der erteilten Patente und möglichen erteilten Lizensen gegeben. Des Weiteren könnten durch geregeltes *Patent-mapping* (bspw. durch die Patentämter) die jeweiligen Kernbereiche, bzw. die relevanten Technologiebereiche identifiziert werden. Solch eine Darstellung bietet Informationen in einem speziellen technologischen Feld, bspw. wenn durch *Patent-mapping* nicht nur der Fluss des technologischen Fortschreitens, sondern auch angrenzende relevante Bereiche identifiziert werden. Das bedeutet, dass angrenzende Bereiche, die relevant sind bzw. relevant sein können, erkannt werden. JPO, Guide Book, 3 ff.; Schaafsma, JPTOS 1995, 953 ff.

²² Dies ist notwendig, damit es nicht zu ähnlichen Situationen wie im *Dell*-Fall kommt, *In re Dell Computer Corp.* 121 F.T.C. 616 (1996); *Cary/Hayes*, Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1246 ff.; *Nelson*, Rutgers L. J. 2007, 546.

²³ Das Kriterium der Angemessenheit könnte durch den jeweiligen Anteil an angebrachten Patenten bestimmt werden.

²⁴ Dazu bereits unter B.III.1.a).

²⁵ Problematisch wären bspw. Informationen über Preise, Absatzmengen, Umsätze etc.

²⁶ Dazu vorne B.III.1.b)dd).

werber der Mitglieder sind, auf einer Vereinbarung bzw. dem Poolvertrag selbst, so muss sorgfältig überprüft werden, ob nicht der eigentliche Zweck dieses Vorgehens im Ausschluss der beklagten Wettbewerber vom Markt liegt. Zusätzlich sind Verhalten als wettbewerbskritisch anzusehen, welche Patentverletzungsklagen als Druckmittel nutzen, um den Beklagten zur Annahme einer Lizenz zu bewegen, oder nur angedroht werden, um den angeblichen Verletzer zum Einlenken zu veranlassen²⁷. Die unlautere Ausschaltung von Wettbewerb braucht nicht im Verhältnis zu Dritten zu erfolgen, auch die Androhung von Patentrechtsstreitigkeiten bei Verlassen des Patentpools oder bei der Vereinbarung einer Zusammenarbeit mit Dritten kann ein unzulässiges Wettbewerbsverbot darstellen. Deswegen müssen Pools eine klare Prozessstrategie bestimmen, welcher von Anfang an nachzugehen ist. Bei einer solchen Strategie müsste für die Kommission zweifelsfrei erkennbar sein, dass das Ziel der möglich angedachten Verfahren bzw. der verfolgten Patentverletzer nur dem allgemeinen Interesse des Pools und den jeweils zu schützenden Patenten dient. Entsprechendes gilt auch für die *litigation funds*, deren Zweck und Wirkung in den Fällen, in denen sie vorkommen, genau untersucht werden muss, da sie ein Indiz für wettbewerbswidrige Prozesspolitik von Pools sein können.

b) Beurteilung der Patente

Unter dem heutigen Regime ist es unwahrscheinlich, dass ein Pool freigestellt wird, wenn er in erheblichem Umfang substituierbare Patente enthält²⁸. Gäbe es keinen Pool, würden die Lizenznehmer nicht gleichzeitig beide Patente nachfragen. Lizenzgeber und Lizenznehmer müssen die Freiheit haben, im Wettbewerb stehende Produkte und Standards zu entwickeln und Lizenzen auch außerhalb des Pools zu vergeben oder zu erwerben. Diese Kontrahierungsfreiheit der Poolmitglieder ist eine notwendige Voraussetzung, um das Risiko des Ausschlusses fremder Technologien zu begrenzen und sicherzustellen, dass der Pool Innovationen nicht behindert und im Wettbewerb stehende technologische Lösungen nicht ausgrenzt²⁹. Die Kommission muss deswegen prüfen, ob (1) der Wettbewerb durch die Integration der nicht wesentlichen Patente in den Patentpool dennoch gefördert wird, (2) die Poolmitglieder berechtigt bleiben, Einzellizenzen³⁰ an Dritte zu erteilen³¹, (3) bei einem Lizenz-

²⁷ So bspw. *Kobe, Inc. vs. Dempsey Pump Co.*, 198 F.2d 416 (10th Cir. 1952); *U.S. vs. Vehicular Parking Ltd.*, 54 F.Supp. 828 (D.Del. 1944); *U.S. vs. General Instrument Corp.*, 87 F.Supp. 157 (D. N. J. 1949).

²⁸ Da es sich bei diesen Technologien um Alternativen handelt, ergeben sich aus der Aufnahme beider Arten von Technologien in den Pool keine Einsparungen bei den Transaktionskosten; s. dazu vorne C.III.2.b)cc)(2)(c).

²⁹ S. anschauliches Beispiel von drei Unternehmen, die sich bei der Entwicklung hinderten in *Zain, JMIRPL 2006, 549 ff.*

³⁰ *Buffalo Broadcasting Co., Inc. vs. American Soc. of Composers, Authors and Publishers*, 744 F.2d 917, 925 (1984).

³¹ Umfasst ein Pool eine begrenzte Anzahl von Technologien und gibt es außerhalb des Pools Substitut-Technologien, so wollen Lizenznehmer unter Umständen ihr eigenes Tech-

paket, das verschiedene Anwendungsbereiche abdeckt, nur das eine Lizenzpaket oder unterschiedliche Pakete je Anwendungsbereich erteilt werden³² und (4) die zusammengeführten Patente nur als Gesamtpaket erhältlich sind oder die Lizenznehmer auch die Möglichkeit haben, gegen entsprechend geringere Gebühren lediglich Teile des Pakets³³ zu erwerben.

Die Kommission muss in ihrer Analyse auch ermitteln, wie der Pool die kontinuierliche Kontrolle der Wesentlichkeit bzw. Komplementarität der Patente sicherstellen will. Aus diesem Grund sollte der Pool von sich aus in regelmäßigen Abständen die Patente durch unabhängige Sachverständige prüfen lassen. Diese werden nach denselben Prinzipien wie bei der Poolgründung selbst bestimmt. Zusätzlich muss der Pool ein System entwickeln, welches Lizenznehmern das Recht einräumt, die lizenzierten Rechte prüfen zu lassen, sofern Zweifel an deren Berechtigung im Pool bestehen.

c) Beurteilung der Außenlizenz

Die Außenlizenz würde zuerst im Hinblick auf mögliche Kernbeschränkungen analysiert werden. Das Vorhandensein einer solchen Kernbeschränkung würde zur Folge haben, dass bei einer negativen Beurteilung innerhalb der Effizienzanalyse die Kommission unter den Abhilfemaßnahmen eine Änderung bzw. Löschung der Abrede beanstanden könnte, um den Pool dennoch zu genehmigen.

Bei bestimmten Nebenabreden³⁴, wie bspw. Kopplungsabsprachen oder Rücklizenzierungspflichten wäre es möglich, dass diese durch die Effizienzanalyse genehmigt wären. Dabei würden bspw. Rücklizenzierungspflichten genehmigt werden, sofern diese sich auf wesentliche Patente oder aber auch nichtwesentliche Patente im

nologiekopf zusammenstellen, das teilweise aus Technologien des Pools und teilweise aus Technologien Dritter besteht. Auf diese Weise wird die Marktteilnahme des Lizenznehmers gefördert, der sich sein individuelles Lizenzpaket anlegen kann. Kehrseite sind höhere Lizenzgebühren für Einzellizenzen, die sich zu einer höheren Gesamtgebühr kumulieren werden sowie die höheren Transaktionskosten.

³² Im letzteren Fall werden Technologien, die für ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Produktionsprozess nicht essenziell sind, nicht an essenzielle Technologien gekoppelt.

³³ Diese Möglichkeit kann das Risiko verringern, dass nicht zum Pool gehörende Technologien Dritter vom Markt ausgeschlossen werden, insbesondere wenn der Lizenznehmer einen entsprechenden Nachlass bei den Lizenzgebühren erhält. Dies setzt voraus, dass den einzelnen im Pool zusammengeführten Technologien jeweils ein bestimmter Anteil an den Lizenzgebühren zugeordnet wurde. Wenn die Lizenzvereinbarungen zwischen dem Pool und einzelnen Lizenznehmern relativ lange Geltungsdauern aufweisen und die Pooltechnologie einen *de facto*-Industriestandard stützt, ist die Tatsache, dass der Pool neue Substitut-Technologien vom Markt ausschließen kann, ebenfalls zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung dieses Ausschlussrisikos ist zu prüfen, ob die Lizenznehmer Teile der Lizenz in einer angemessenen Kündigungsfrist kündigen können und anschließend geringere Lizenzgebühren zahlen müssen.

³⁴ S. zu Nebenabreden C.I.3.d)ee)(3).

Rahmen freiwilliger Rücklizenzierung beziehen, soweit poolintern dadurch keine Substituierbarkeit von Technologien entsteht.

3. Effizienzanalyse

Für die Beurteilung, ob die Gründung eines Pools wettbewerbskonform ist, muss man sich der potenziellen negativen Effekte bewusst werden und sie gegenüber den möglichen positiven abwägen³⁵. Es gilt für die Kommission zu beurteilen, ob es eine „verständliche Grundlage“ für die Schaffung von Pools in der vorgeschlagenen Form gibt. Hierbei ist besonders zu beachten, in welchem Umfang tatsächlich *Anticommons*-Probleme³⁶ bzw. Probleme mehrfacher Monopolrenten entstehen³⁷ und Situationen mit sich blockierenden Patenten gelöst werden³⁸.

Angesichts der wettbewerbsrechtlichen Risiken, die mit Pools verbunden sein können, wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass aus kartellrechtlicher Perspektive die Zulässigkeit von Pools nicht allein davon abhängen kann, ob sie durch interne Regelungen die Kollusionsmöglichkeiten, soweit es geht, reduziert haben, sondern ob sie im Vergleich zu anderen Regelungsmöglichkeiten die den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigende Lösung darstellen³⁹. Führt bereits die Gründungsvereinbarung zu einer marktbeherrschenden Stellung des Pools, kommt es für die Zulässigkeit maßgeblich auf die Gründe der Zusammenarbeit an. Nur wenn wirtschaftliche Notwendigkeit, die den wettbewerbsbeschränkenden Einfluss aufwiegen kann, dargelegt wird, kann eine solche Monopolstellung geduldet werden⁴⁰. Somit ist die Reduzierung von Transaktionskosten ein wichtiger Aspekt, der als wettbewerbsförderndes Kriterium gilt. Die Möglichkeit, dass eine einzelne Stelle alle Patente für einen Industriestandard verteilt, räumt den Lizenznehmern ein, diese zu deutlich verminderten Kosten zu bekommen. Lassen sich ein Standard oder F&E-Projekte nur etablieren, wenn die Möglichkeit zuverlässiger und kostengünstiger Lizenznahme besteht, die allein mithilfe von Pools geschaffen werden kann, dann ist diese ein effizientes Instrument.

Die potenziellen negativen Effekte von Pools können den Wettbewerb deutlich mindern. Besonders eklatant sind Fälle, in denen der Pool erschaffen wurde, um

³⁵ Zur wirtschaftlichen Analyse dieses Themas *Lerner/Tirole*, AER 2004, 695.

³⁶ S. dazu vorne B.I.3.c)aa).

³⁷ Die Untersuchung von *Geradin, Layne-Farrar* und *Padilla* erweckt zumindest Zweifel daran, dass allein die Existenz zahlreicher, komplementärer Schutzrechte einer Reihe von Schutzrechtsinhabern ausreicht, um anzunehmen, dass *Anticommons*-Probleme und Probleme mehrfacher Monopolrenten in so großem Umfang bestehen, dass sie allein mithilfe von Pools gelöst werden können; s. *Geradin/Layne-Farrar/Padilla*, JSTL 2008, 144 ff.

³⁸ Dies belegen gerade die historischen Beispiele des Flugzeugindustrie-Pools aus den frühen 1900er-Jahren.

³⁹ *Ullrich*, in: Ehlermann/Atanasiu, 28.

⁴⁰ *Wörz*, 117.

Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder fernzuhalten⁴¹. Weiterhin könnte der Pool den Wettbewerb zwischen Unternehmen hindern, die in *downstream*-Produktmärkten im Wettbewerb stehen⁴². Klar ist: Je stärker die Marktstellung eines Pools, desto größer ist die Gefahr wettbewerbsschädigender Wirkungen⁴³. Die Gefahr, dass durch Patentpools ein *collusive behavior* entsteht, ist bereits bei den frühen Poolfällen erkennbar, so gesehen in der *Hartford Empire*-Entscheidung, nach der Patente kombiniert wurden, was zur Reduzierung des Wettbewerbs unter den Patentinhabern führte⁴⁴. Derartige Bedenken dominieren nach wie vor die Ausgangslage der Wettbewerbsbehörden. So werden diese, im Falle einer kollektiven Preis- oder Outputbeschränkung bei Poolvereinbarungen, als rechtswidrig bestimmt, wenn diesen keine positiven, wettbewerbsfördernden, effizienzsteigernden Effekte gegenüberstehen⁴⁵. Es ist Aufgabe der Poolmitglieder nachzuweisen, dass durch den Pool Innovationen gefördert und beschleunigt werden, bspw. indem der Zugang zu komplementären Technologien ermöglicht und die Entwicklung und Verbreitung dieser begünstigt wird⁴⁶. Derartige Innovationen sollen sich positiv auf die Verbraucher bzw. auf die Stückzahlen und Endpreise der daraus resultierenden Produkte auswirken. Mit der Generierung eines umfangreichen Patentbündels soll der F&E-Prozess unterstützt werden, da die Diffusion der Rechte die Erschließung eines Marktes schneller vorantreibt⁴⁷. Deswegen gilt es, neben den rein wettbewerbs-schädigenden auch die wettbewerbsfördernden Aspekte zu identifizieren und zu prüfen. Die Kommission müsste demnach eine *efficiency analysis* von Patentpools durchführen⁴⁸.

Gerade diesen Ansatz muss die Kommission bei der Analyse des relevanten Technologie- und Innovationsmarktes aufgreifen⁴⁹. Es gilt, die Effizienz des Technologietransfers mit und ohne Patentpool zu vergleichen, um wettbewerbsfördernde und -beschränkende Wirkungen gegeneinander abzuwägen und einen Effizienzgewinn oder -verlust feststellen zu können. Ebenso wird die konkrete Untersuchung des

⁴¹ Bspw. kann ein Pool die substituierbaren Technologien zweier Wettbewerber beinhalten, oder in monopolistischer Weise die Lizenzgebühren erhöhen, bzw. sich weigern, die Lizizen an Dritte zu vergeben.

⁴² Clark et al., 7; *Andewelt*, ALJ 1984, 629.

⁴³ Leitlinien zur TT-GVO, Rn. 267 lit. a).

⁴⁴ *Hartford-Empire Co. vs. U.S.*, 323 U.S. 386, 406 ff. (1945).

⁴⁵ IP Guidelines, P. 5.5.

⁴⁶ Dieser Effekt wird durch die geringen Verhandlungskosten und niedrigen Lizenzgebühren erzielt.

⁴⁷ Solche Ansätze sind bspw. gerade in der Pharmaindustrie wünschenswert.

⁴⁸ Für das Beispiel des MPEG-2 Pools würde sich als erstes die Integrierung der essenziellen und komplementären Technologien in ein Gesamtpaket als vorteilhaft darstellen. In der Offferierung einer Paketlizenz gewinnt der Lizenznehmer den Vorteil, dass nicht für jede Technologie einzelne Lizizen bezogen werden müssen und diese Kostensparnis an den Verbraucher weitergeleitet werden kann; s. *Broadcast Music Inc. vs. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1, 23 (1979).

⁴⁹ S. dazu bereits unter C.III.2.b) u. C.III.2.c).

Innovationsmarktes durch Vergleich der F&E-Tätigkeit mit und ohne Patentpool im Hinblick der Wirkungen des Patentpools auf den Innovationsanreiz der Poolmitglieder und Dritter einbezogen.

Ob Pools schlussendlich ihre wettbewerbsrechtliche Genehmigung erteilt bekommen, hängt von vier Komponenten ab: (1) wie viele Schutzrechte bestehen, deren Nutzung zur Anwendung eines technischen Standards notwendig sind, (2) ob und wie viele Alternativen für diese Schutzrechte bestehen oder entwickelt werden können, (3) wie die F&E-Landschaft ausgestaltet ist und schließlich (4) wie die Marktstruktur in Bezug auf die geschützten Informationen aussieht.

4. Abhilfemaßnahmen

Wie bei einem Zusammenschluss können im Fall einer Nichtfreigabe Abhilfemaßnahmen erwirkt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die vorgelegte Poolvereinbarung nicht mit den hier beschriebenen Wettbewerbsaspekten im Einklang steht⁵⁰, jedoch Eingriffe in die jeweilige Poolstruktur vorgenommen werden können, um die Wettbewerbskonformität sicherzustellen. Es muss gewährleistet werden, dass der marktmächtige Pool im Technologiemarkt so aufgebaut wird, dass seine Rolle einer zentralen Stelle für Technologien gerecht wird, ohne dabei in die wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen einzugreifen⁵¹. Eingriffsmöglichkeiten wären hierbei: (1) die weiterführenden Bindungen zwischen den Unternehmen zu zerstören⁵², (2) Absicherung, dass Patente relevant sind sowie (3) die notwendige Anpassung der Außenlizenz an die FRAND-Bestimmungen⁵³. Die Kommission teilt ihre wettbewerbsrechtlichen Bedenken demnach den beteiligten Unternehmen mit, damit diese entsprechende Vorschläge für geeignete Abhilfemaßnahmen formulieren können. Die Kommission könnte durch Informationen aus eigenen Erhebungen bzw. durch Beurteilung von Experten die Problembereiche identifizieren, um so den Unternehmen die Möglichkeit für Änderungsvorschläge einzuräumen. Werden keine

⁵⁰ Nach der Fusionskontrollverordnung muss die Kommission nachweisen, dass der Wettbewerb durch den Zusammenschluss erheblich behindert würde. Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. C 267/1, (nachfolgend: Mitteilung über Abhilfemaßnahmen), Rn. 6.

⁵¹ Im Unterschied zu einer Fusion können Teile des fusionierten Unternehmens nicht selbstständig ausgegliedert oder verkauft werden.

⁵² Ähnlich der Abhilfemaßnahme beschrieben in Mitteilung über Abhilfemaßnahmen, Rn. 58. Das Risiko, das Unternehmen durch ihre Beteiligung am Pool eingehen, um dadurch ihre Marktstärke zu festigen, ist nicht von der Hand zu weisen. Weiterführende Vereinbarungen außerhalb der Poolvereinigung könnten Unternehmen vom Markt abschrecken.

⁵³ Gibt es auf dem betreffenden Markt keine eindeutig bestimmten Bedingungen für die Lizenzerteilung, sollten die Bedingungen, einschließlich der Preisgestaltung, klar aus den Verpflichtungen ersichtlich sein (z.B. in Form von Preisformeln). Würde die Kommission unangemessene Lizenzgebühren feststellen, könnten Abhilfemaßnahmen eingeleitet werden. Eine Alternativlösung könnten demnach gebührenfreie Lizensen sein.

Änderungen vorgenommen, müsste die Kommission den Pool als wettbewerbswidrig ansehen und dementsprechend seine Gründung in der vorgeschlagenen Form untersagen.

Abhilfemaßnahmen könnten aber auch weitreichende fördernde Aspekte bei der Poolbildung zeigen. Gerade in Fällen, in denen das Fernbleiben eines Akteurs von einem Pool⁵⁴ oder ein Widerruf seiner FRAND-Verpflichtung innerhalb des Standardisierungsprozesses zu erheblichen Problemen bei der Pool- bzw. Standardbildung führen kann, bzw. sogar Fälle der Lizenzverweigerung darstellen, könnte die Kommission durch ihre Erkenntnisse⁵⁵ ein Zwangslizenzerfahren eröffnen⁵⁶. Dabei dürfen solche Verfahren aber nicht als strategisches Mittel zur Erreichung eines Standards missbraucht werden. Angemessen erscheint eine Zwangslizenzierung deshalb nur dann, wenn ein Bedürfnis nach Poolbildung aufgrund der damit verbundenen Auswirkungen besteht, das Portfolio jedoch nicht vollständig ist, um die gewünschten Effizienzen zu erzielen und nicht mithilfe alternativer Technologien erreicht werden kann, dem negativen Vertragsinteresse des Schutzrechtsinhabers aber kein wichtiges rechtliches sowie wirtschaftliches Argument zur Verfügung steht. Zwangslizenzen sollten aus diesem Grund allenfalls als *ultima ratio* angewendet werden.

III. Erkenntnisse zum Genehmigungsverfahren für Pools

Ausgehend von der Tatsache, dass die Transparenz bei der Schaffung von Pools, durch welche es zu einer gesamten Marktstrukturänderung auf den Technologie-, Produkt- als auch Innovationsmärkten kommen kann, nicht vorhanden ist, zeigt sich darin der Bedarf einer Anpassung der jetzigen Beurteilungsweise von Pools. Hinzukommt, dass weder Poolmitglieder noch sonstige Marktteilnehmer auf ein Rechtskonstrukt blicken, welches die wettbewerbsrechtliche Rechtssicherheit bieten würde. Deswegen bedarf es einer Marktstrukturkontrolle innerhalb eines Genehmigungsverfahrens der Kommission für Pools.

Sobald bestimmte Aufgreifkriterien erfüllt werden, muss sich der Pool der Beurteilung durch die Kommission aussetzen. Wie bei der Analyse eines Zusammenschlusses ist die Bestimmung des relevanten Marktes der erste Schritt innerhalb des Genehmigungsverfahrens. Da Patente das zentrale Element eines Pools sind, kann und muss der Technologiemarkt als relevante Marktstufe dienen. Allerdings zeichnet sich hier schnell ein Problem ab, dass die klassische Marktbestimmung für einen Technologiemarkt zu eng angelegt ist. Da Patente in einem sehr variablen

⁵⁴ Bspw. weil er sich für seinen Beitrag nicht angemessen vergütet fühlt.

⁵⁵ Durch die Aufdeckung von asymmetrischen Informationen innerhalb der Offenbarungspflicht des Standardisierungsprozesses könnte die Kommission erkennen, dass das Verhalten eines Unternehmens nur auf das Ziel ausgerichtet war, die Verhandlungen zu erschweren bzw. sie schlussendlich zum Scheitern zu bringen.

⁵⁶ Siehe zur Problematik der Zwangslizenz bereits vorne C.I.4.c)cc)(3)(b).

Verhältnis zueinanderstehen, kann nicht von dem reinen Bedarfsmarktkonzept ausgegangen werden, sondern die Eigenschaften der Patente sind mitzuberücksichtigen. Eine strikte Trennung in substituierbar und nicht substituierbar reicht nicht aus. Zur genaueren Definierung der Verhältnisse muss die Beurteilung weiter gefasst werden und das konkrete Verhältnis der Patente untereinander der Zielsetzung des Pools entsprechen, wodurch die Schaffung eines innovationsfördernden Portfolios sichergestellt werden kann. Um dies umzusetzen und der Wettbewerbsbehörde eine Beurteilung der Verhältnisse zu ermöglichen, müssen sowohl Sachverständige, Patentämter, als auch Standardisierungsorganisationen kooperieren.

Wurden die Marktverhältnisse bestimmt, ist es notwendig, sich über die Auswirkungen dieser Technologie-Konzentration bewusst zu werden und zu beurteilen, welche Effekte Letztere für den Wettbewerb hat. Es ist bekannt, dass Pools sowohl negative als auch positive Folgen haben können. Die Poolmitglieder müssen verdeutlichen, welche Effekte des Pools wettbewerbsfördernd wären und wie diese zu ermitteln sind. Im Falle negativer Effekte eines Pools greifen die Abhilfemaßnahmen, um die negativen Auswirkungen zu eliminieren. Die Poolmitglieder müssten sich hiernach den Anforderungen der Kommission beugen und diese Abhilfemaßnahmen auch entsprechend umsetzen.

Wird durch die Untersuchung der Kommission verdeutlicht, dass ein Pool nicht gerechtfertigt ist bzw. seine wettbewerbsfördernden Folgen die wettbewerbsmindernden nicht dominieren, darf ein Pool nicht genehmigt werden.

E. Schlussfolgerungen

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass Unternehmen heutzutage interagieren müssen, um wettbewerbsfähig zu bleiben, vor allem aber auch, um die Bedürfnisse nach neuen Produkten/Innovationen erfüllen zu können.

Patentpools ermöglichen es den Unternehmen, eine Optimierung der Verwertung zu erzielen, Wettbewerb aufrecht zu erhalten und/oder ihn sogar zu fördern; dennoch führen sie zu einer Reihe von Wettbewerbsproblemen. Auch wenn die Beweggründe zur Schaffung eines Pools unterschiedlich sind, besteht das primäre Ziel in der Bündelung relevanter Patente. Gerade in Standardisierungsfällen nimmt die Bedeutung von Pools stark zu. Dabei spiegeln sich die organisatorischen Schwierigkeiten der Standardsetzung bei der Poolgestaltung wider, wodurch vermeidbare Ineffizienzen auftreten. Standardisierungsorganisationen arbeiten konsensbasiert, während Unternehmen versuchen, ihre eigenen Interessen zu schützen oder durchzusetzen. Dadurch wird das Standardisierungsverfahren verlangsamt oder verkompliziert.

Gerade aus historischer Perspektive werden die Vor- und Nachteile ersichtlich. Einige der industrieumspannenden Pools haben (im Nachhinein betrachtet) einen wahren Entwicklungsschub gebracht, andere hingegen die wirtschaftliche Entwicklung als Kartell eingeschränkt. Die Frage, ob sich die Industrien ohne Pools gleich entwickelt hätten, bleibt aufgrund mangelnder Vergleiche unbeantwortet. Bei genauerer Betrachtung lassen sich aber die wettbewerbsfördernden Aspekte und der dazu notwendige Rechtsrahmen von Pools erkennen. Transparenz, Offenheit und faire Lizenzgebühren sind die Grundlage eines jeden solchen wettbewerbsfördernden Pools und bilden daher die Basis der wettbewerbsrechtlichen Betrachtung heutiger Pools.

Die Wettbewerbsregeln der EU sind prinzipiell auf Pools anwendbar. Auch wenn Pools Vereinbarungen sind, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen können, wie in AEUV 101 Abs. 1 beschrieben ist, ist bei der Erfüllung wettbewerbsfördernder Aspekte eine Genehmigung möglich. Bei Betrachtung der Genehmigungsvoraussetzungen ist eindeutig, dass Pools diese sehr schnell erfüllen können, da sie, wie auch bei einem Zusammenschluss, gewisse Vorteile bringen. Doch unterscheiden sich Pools gerade durch die Marktmacht im Technologemarkt von den marktmächtigen Unternehmen im Produktmarkt. Es erscheint, als ob gerade die Strukturveränderungen, die durch einen Pool entstehen, vernachlässigt werden, da die zur Poolformung benötigte relevante Marktabgrenzung nicht konkret durchgeführt wird. Indem Pools zur Realisierung von Standards geschaffen werden, umfassen sie auch den gesamten Markt hierfür. Das wirtschaftliche Risiko, das die

Unternehmen tragen (sowohl die Lizenznehmer als auch die Lizenzgeber), bedarf einer präventiven Kontrolle, um jegliches missbräuchliche Verhalten des Pools zu unterbinden. Die Wettbewerbsregeln bieten momentan ein erhöhtes Maß an Flexibilität für die Unternehmen. Die einzelnen Gruppenfreistellungsvoraussetzungen und die dazugehörigen Leitlinien geben den Unternehmen nur eine minimale Hilfestellung in der grundlegenden Beurteilung. Doch ist dies nach der in dieser Arbeit vertretenen Meinung unzulänglich. Die Verhältnisse im Technologemarkt sind so komplex, dass die meisten Unternehmen keinen vollständigen Überblick über diesen haben können. Werden die Marktschwellen überschritten, müssen die nationalen Wettbewerbsbehörden eine Beurteilung durchführen. Doch es ist stark anzuzweifeln, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden in der Lage sind, derart schwierige Beurteilungen schnell und effizient vorzunehmen¹. Darunter fällt nicht nur die Beurteilung, ob die Außenlizenz des Pools wettbewerbskonform ist, sondern auch die relevante Frage, ob die gebündelten Patente den Anforderungen der technischen Essentialität dienen. Betrachtet man alleine die geltenden Normen in der EU, erkennt man, dass der Technologemarkt Erwähnung findet, eine praktische Untersuchung aber nicht, bzw. erst bei möglichen Marktmissbrauchsverfahren stattfindet. Insgesamt gilt festzustellen, dass der Aspekt der Technologien, welcher heutzutage nicht nur bei Lizenzierungen, sondern gerade bei F&E-Kooperationen und Zusammenschlüssen eine bedeutende Rolle spielt, in der Beurteilung ungenügend beachtet wird.

Innerhalb des geltenden Rechtsrahmens bedeutet dies zwar für die Unternehmen nicht, dass eine Poolgestaltung nicht realisierbar ist. Sie ist jedoch an höhere Voraussetzungen geknüpft und mit einer gewissen Unsicherheit belastet. Grundlegend können Unternehmen, wenn die Anforderungen an Offenheit, Transparenz und Kooperation gegeben sind, einen wettbewerbskonformen Pool schaffen. Die Offenheit bezieht sich nicht nur auf die Außenlizenz des Pools, sondern auch auf die Teilnehmer am Pool. All jenen Unternehmen, deren Rechte als relevant eingestuft werden, muss der Zutritt zum Pool gewährt sein. Die Teilnahme am Pool kann nicht durch die wirtschaftlichen Interessen anderer eingeschränkt werden. Das Ziel einer Poolgestaltung ist primär die Auflösung von Schutzhindernissen. Dafür ist es notwendig, in der Aufbauphase ein transparentes System zu schaffen, welches sicherstellen soll, dass kein wettbewerbswidriges Verhalten entsteht. Gerade in der Aufbauphase ist die frühzeitige Bestimmung des organisatorischen Rahmens wichtig. Es muss entschieden werden, wie der Pool strukturiert wird, vor allem aber, wie die Evaluierung der Patente und die Lizenzgebühren berechnet und verteilt werden. Der organisatorische Aufbau soll sicherstellen, dass sämtliche Interessen der Unternehmen auch berücksichtigt werden können, solange sie im Einklang mit denen anderer Unternehmen stehen und sie den Zielen des Pools nicht entgegen stehen. Bei der Evaluierung der Patente muss gewährleistet werden, dass die Evaluatoren zu dem Pool und der am Pool beteiligten Unternehmen in einem neutralen Verhältnis stehen.

¹ Fine, ELR 2004, 766 f.

Dies beinhaltet sowohl persönliche, berufliche Kontakte als auch das System der finanziellen Erstattung gegenüber den Evaluatoren. Bzgl. der Kooperation ist es notwendig, dass nicht nur die Poolgründer zusammenarbeiten, sondern dass auch die Lizenznehmer mit dem Pool kooperieren, um so nicht nur die Lizenzgebühren zu bestimmen, sondern auch die Gründer (und Patentinhaber) über mögliche technologische Weiterentwicklungen und Patentverletzungen zu informieren.

Die Schwierigkeit besteht in der Erfüllung dieser Anforderungen. Eine Kontrolle durch die Kommission scheint notwendig zu sein, da es im Technologiemarkt durch die Schaffung von Standards zu gravierenden Strukturveränderungen kommt. Eine *ex-ante*-Kontrolle könnte sicherstellen, dass so der Wettbewerb bzgl. des Standards und der durch ihn geschaffenen standardisierten Produkte gewährleistet bleibt. Es ist gewiss nicht das Ziel, dass sich eine Wettbewerbsbehörde in die wirtschaftlichen Angelegenheiten eines Unternehmens einmischt, jedoch soll abgesichert sein, dass die wettbewerbsrelevante Ausgangslage mit den Wettbewerbsregeln konform ist. Um dies zu erreichen wird hier vorgeschlagen, ein Prüfungsverfahren, ähnlich dem einer Fusionskontrolle, einzurichten. Somit sollte sich das Verfahren zuerst der Frage nach dem relevanten Markt widmen. Wie dargelegt wurde, ist das Ziel, durch eine Analyse des Innovationsmarktes die Folgen und Risiken für zukünftige Innovationen abzuschätzen, nicht realisierbar. Die obige Analyse zeigt, dass die Abschätzungen ungenau, ohne sichere wirtschaftliche Grundlagen und dadurch vor allem spekulativ sind. Daraus resultiert, dass die Analyse eines solchen Innovationsmarktes aufgrund fehlender Rechtfertigung keinen Sinn ergibt. Stattdessen ist es erforderlich, den Technologiemarkt zu analysieren. Vor allem in Fällen von Zusammenschlüssen zeigt sich, welchen größeren Nutzen eine Analyse des Technologiemarktes mit sich bringt. Umstände, die auf dem Produktmarkt noch nicht offenkundig sind, können dort identifiziert und beurteilt werden. Bei einer Poolbeurteilung kommt es nun darauf an, dass die relevanten Patente zusammengefasst werden. Da im Unterschied zu den Produkten Patente in verschiedenen Konstellationen zueinander stehen können, ist es notwendig, diese präzise zu kategorisieren, um so die essenziellen und komplementären Patente in einem Pool zusammenzufassen. Damit ein effizientes System geschaffen wird, müssen sowohl Poolgründer, Patentämter, Standardisierungsorganisationen und Wettbewerbskommissionen zusammenarbeiten, um den Informationsaustausch über einzelne Technologieverhältnisse zu ermöglichen. Die dadurch gewonnenen Informationen bilden die Grundlage, die Technologieverhältnisse genau zu identifizieren und verhindern, dass untereinander substituierbare Patente in den Pool gelangen. Durch die Analyse des Marktes kann die Kommission die Auswirkungen auf den Wettbewerb beurteilen. Diese sind zumal dann relevant, wenn aus unterschiedlichen Gründen die vorher genannten Anforderungen an einen Pool nicht erfüllt sind. Dass solche Situationen auftreten und trotzdem „grünes Licht“ gegeben werden kann, zeigen die TT-GVO Leitlinien, indem sie die Möglichkeit vorsehen, dass trotz der Einbeziehung nicht wesentlicher Patente diese den Wettbewerb fördern können. Vor allem durch die Marktanalyse und Wettbewerbseffektanalyse werden Fälle von Wettbewerbswidrigkeiten identifiziert. Als nächster

Schritt folgt die Effizienzanalyse. Diese soll belegen, dass erst durch das gebündelte Lizenzieren der Patente Vorteile entstehen, die den Pool rechtfertigen. So werden unter diesem Punkt die Kosten zur Identifizierung der Patente, der einzelnen Vertragsbeziehungen und der Lizenzgebühren der einzelnen Patente denen des Pools mit seinen Risiken gegenübergestellt.

Einzig ein so aufgebautes System kann sicherstellen, dass die notwendige Gestaltung von Pools auch wettbewerbskonform ist. Nur durch die gemeinsame Interaktion zwischen den Patentinhabern in kooperativen Formen (wie in Pools) können wirtschaftliche Interessen realisiert werden, was jedoch für die Verbraucher bzw. Wettbewerber nicht zum Nachteil werden darf. Die primären Ziele eines Pools und anderer Kooperationsformen für die einzelnen Beteiligten dürfen nicht vergessen werden. Aus Sicht der Unternehmen ist dies die Gewinnerzielung, für die Wettbewerbsbehörden geht es um die Förderung des Wettbewerbs und die Verbraucher sind an innovativen Produkten interessiert.

Literaturverzeichnis

- Abrantes-Metz, Rosa M./Adams, Christopher M./Metz, Albert D., Empirical Facts and Innovation Markets: Analysis of the Pharmaceutical Industry, The Antitrust Source 2005, http://www.abanet.org/antitrust/at-source/05/03/06-mar05-abrametz_323.pdf (abgerufen am 23.10.2019)*
- Acs, Zoltan J./Audretsch, David B., Innovation in large and small firms: An empirical analysis, 78 AER 1988, 678–690*
- Acs, Zoltan J./Audretsch, David B., Innovation, market structure and firm size, 69 RES 1987, 567–575*
- Acs, Zoltan J./Audretsch, David B., Testing the Schumpeterian Hypothesis, 14 EEJ 1988, 129–140*
- Albrechtskirchinger, Georg, Die Gruppenfreistellung – Patenlizenzverträge, GRUR 1984, 565–572*
- Altin-Sieber, Inci, Joint Ventures, Technologietransfer und -schutz, Heidelberg 1996*
- Anderson, Nate, FTC defends Ethernet, forces patent troll back under bridge, 23 Januar, 2008, <http://arstechnica.com/old/content/2008/01/ftc-defends-ethernet-forces-patent-troll-back-under-bridge.ars> (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: Anderson, FTC defends Ethernet)*
- Andewelt, Roger B., Analysis of Patentpools under the Antitrust Laws, 53 ALJ 1984, 611–639*
- Anton, James J./Yao, Dennis A., Standard-Setting Consortia, Antitrust, and High-Technology Industries, 64 ALJ 1995, 247–265*
- Aoki, Reiko/Nagaoka, Sadao, Coalition Formation for a Consortium Standard Through a Standard Body and a Patentpool: Theory and Evidence from MPEG2, DVD and 3G, IIR Working Paper 05–01, Institute of Innovation Research, Hitotsubashi University, 2005, <http://www.iir.hit-u.ac.jp/iir-w3/file/WP05-01aoki,%20nagaoka.pdf> (abgerufen am 23.10.2019)*
- Aoki, Reiko/Schiff, Aaron, Promoting Access to Intellectual Property: Patentpools, Copyright Collectives and Clearinghouses, <http://ssrn.com/abstract=976852> (abgerufen am 23.10.2019)*
- Areeda, Philip E./Hovenkamp, Herbert/Solow, John L., Antitrust Law. An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, New York 2007*
- Arrow, Kenneth J., Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in: Nelson, Richard R., The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, Princeton 1962, 609–625*
- Axster, Oliver, Das „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ der EG Gruppenfreistellungsverordnungen, WuW 1994, 615–622*

- Axster, Oliver, Offene Fragen unter der EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Patentlizenzverträge, GRUR 1985, 581–596
- Baer, William J., Antitrust Enforcement and High Technology Markets, Remarks before the American Bar Association Sections of Business Law, Litigation, and Tort and Insurance Practice, <http://www.ftc.gov/speeches/other/ipat6.shtm> (abgerufen am 23.10.2019)
- Balto, David A., Standard Setting in the 21st Century Network Economy, 18 CILW 2001, 5–19
- Baron, Justus/*Delcamp*, Henry, Strategic Inputs into Patent pools, CERNA Mines Paris Tech Working Paper No. 2010:05, <https://ssrn.com/abstract=1641265> (abgerufen am 23.10.2019)
- Barona, Alfredo, Soft law in practice – assessing technology pools according to American and European antitrust law, Baden-Baden 2007
- Bartenbach, Kurt, Patentlizenz- und Know-How-Vertrag, 6. Aufl., Köln 2007
- Barth, Uli, Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle, eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht, Baden-Baden, 2004
- Basedow, Jürgen/Jung, Christian, Strategische Allianzen, Die Vernetzung der Weltwirtschaft durch projektbezogene Kooperationen im deutschen und europäischen Wettbewerb, München 1993
- Battis, Ulrich, Europäische Raumentwicklung, EuR 2009, 3–23
- Baumgartner, Gerhard/*Grabenwarter*, Christoph/*Griller*, Stefan/*Holoubek*, Michael/*Lienbacher*, Georg/*Potacs*, Michael, Europäisches und öffentliches Wirtschaftsrecht, Wien 2010
- Baumol, William J., Some Subtel Issues in Railroad Deregulation, 10 Int. J. Trans. Econ. 1983, 341–355
- Baxter, William F., The Definition and Measurement of Market Power in Industries Characterized by Rapidly Developing and Changing Technologies, 53 ALJ 1984, 717–732
- Bechtold, Rainer, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen – eine Zwischenbilanz, EWS 2001, 49–55
- Bechtold, Rainer/*Bosch*, Wolfgang/*Brinker*, Ingo/*Hirsbrunner*, Simon, EG-Kartellrecht, 1. Aufl., München 2005
- Becker, Helmut, Auf Crashkurs, Automobilindustrie im globalen Verdrängungswettbewerb, Berlin 2007
- Beckerath, Herbert von, Der moderne Industrialismus, Jena 1930
- Bejcek, Josef, Mergers and New Technologies – Contents, 7 IIC 2005, 809–835
- Bekkers, Rudi/*Iversen*, Eric/*Blind*, Knut, Patentpools and non-assertion agreements: coordination mechanisms for multi-party IPR holders in standardization, Paper for the EASST 2006 Conference, Lausanne, Switzerland, August 23–26 2006, http://home.tue.nl/rbekkers/Bekkers_Iversen_Bind_EASST06_full_paper.pdf (abgerufen am 23.10.2010)
- Bellamy, Christopher/*Child*, Graham, European Community Law of Competition, Fifth Edition, Oxford 2001
- Benisch, Werner, Kooperationsfibel, Bundesrepublik und EWG, 3. Aufl., Bergisch Gladbach 1969 (zit.: Benisch 1969)

- Benisch*, Werner, Kooperationsfibel, Bundesrepublik und EWG, 4. Aufl., Bergisch Gladbach, 1973 (zit.: *Benisch* 1973)
- Benkard*, Georg, Patentgesetz, 10. Aufl., München 2006
- Bessant*, John/*Tidd*, Joe, Innovation and Entrepreneurship, West Sussex 2007
- Bittingmayer*, George, Property Rights, Progress, and the Aircraft Patent Agreement, 31 JLE 1988, 227–248
- Blättel-Mink*, Birgit, Kompendium der Innovationsforschung, Wiesbaden 2006
- Blaurock*, Uwe, Forschungskooperationen und Wettbewerb, in: Ficker, Hans C./König, Detlef/ u. a. (Hrsg.), FS Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, 477–497
- Blind*, Knut, Patentpools – A Solution to Patent Conflicts in Standardisation and an Instrument of Technology Transfer: The MP3 Case, in: Egyedi, Tinke M. (Hrsg.) The 3rd Conference on Standardization and Innovation in Information Technology, Delft 2003, 27–35
- Blind*, Knut, The Economics of Standards, Theory, Evidence, Policy, Cheltenham 2004
- Bodewig*, Theo, Neue Guidelines für Lizenzverträge in den USA, GRUR Int. 1997, 958–971
- Bollig*, Hans G., Patentgemeinschaften im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Köln 1967
- Bork*, Robert H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978
- Bornkamm*, Joachim/*Becker*, Mirko, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts, ZWeR 2005, 213–236
- Bowman*, Ward S., Tying Arrangements and the Leverage Problem, 67 YLJ 1957, 19–36
- Brandi-Dohrn*, Matthias, Der zu weite Patentanspruch, GRUR Int. 1995, 541–546
- Brechbühl*, Beat A., Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, SZW 1998, 173–182
- Brei*, Gerald, Begräbnis erster Klasse für die Fusionskontrolle konglomerater Zusammenschlüsse, WuW 2003, 585–598
- Broder*, Douglas F., A Guide to US Antitrust Law, London 2005
- Brodley*, Joseph F., Antitrust Law and Innovation Cooperation, 4 JEP 1990, 97–112
- Brodley*, Joseph F., The Economist Goals of Antitrust, Efficiency Consumer Welfare, and Technological Progress, 62 N.Y.U.L. Rev. 1987, 1020–1053
- Brosinger*, Maximilian/*Fischer*, Oliver/*Früh*, Alfred/*Jaeger*, Thomas/*Postl*, Manuela, Der Reformvertrag von Lissabon, Immaterialgüterrechtliche, wettbewerbsrechtliche Aspekte, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1340861&rec=1&srcabs=1358922 (abgerufen am 23.10.2019)
- Buccirossig*, Paolo/*Ciari*, Lorenzo/*Duso*, Tomaso/*Spagnolo*, Giancarlo/*Vitale*, Cristiana, Deterrance in Competition Law, Gesy Discussion Paper No. 285, Oktober 2009, abrufbar unter <http://epub.ub.uni-muenchen.de/13269/1/285.pdf> (abgerufen am 23.20.2019)
- Buck*, Tobias/*Benoit*, Bertrand, Removal of competition clause causes dismay, Financial Times, 23 Juni 2007, <http://www.ft.com/cms/s/0/a3b129e2-2127-11dc-8d50-000b5df10621.html?>

- nclick_check=1 (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: *Buck/Benoit*, Removal of competition clause causes dismay)
- Buckenleib*, Iris, Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 – Probleme, erste Erfahrungen und Einordnung des europäischen Kartellverfahrensrechts in das Gesamtsystem des Europarechts, insbesondere des gemeinschaftlichen Wirtschaftsrechts, Augsburg 2006
- Böhler*, Stefan/Jaeger, Franz, Einführung in die Industrieökonomik, Berlin 2002
- Bunte*, Herman-Josef/Sauter, Herbert, EG-Gruppenfreistellungsverordnungen, Kommentar, München 1988
- Burchfiel*, Kenneth J., Patent Misuse and Antitrust Reform: „Blessed be the Tie?“, 4 JOLT 1991, 1 – 108
- Cabanellas*, Guillermo/Massaguer, José, Know-how Agreements and EEC Competition Law, IIC Studies, Studies in Industrial Property and Copyright Law, Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, München 1991
- Callies*, Christian/Ruffert, Mathias, EUV/EGV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Grundrechtscharta, 3. Aufl., München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV)
- Canellos*, Peter C./Silber, Horst S., Concentration in the Common Market, 7 CMLR 1970, 5 – 35.
- Cargil*, Carl F., Information Technology Standardization, Theory, Process and Organizations, Massachusetts 1989
- Carlson*, Steven, Patentpools and the Antitrust Dilemma, 16 Yale J. Regul. 1999, 359 – 399
- Carlton*, Dennis W., Antitrust Policy Toward Mergers When Firms Innovate: Should Antitrust Recognize the Doctrine of Innovation Markets, Testimony before the Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-based Competition, 1995, <https://faculty.chicagobooth.edu/dennis.carlton/research/pdfs/AntitrustPolicyTowardMergersWhenFirmsInnovate.pdf> (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: *Carlton*, Antitrust Policy Toward Mergers)
- Cary*, George S./Hayes, Paul S., Antitrust Implications of Abuse of Standard-Setting, 15 Geo. Maso. L. Rev. 2008, 1241 – 1263
- Caspari*, Manfred, EWG-Wettbewerbsrecht – Praxis der Kommission, WuW 1989, 14 – 33
- Chen*, Hsinhun/Roco, Mihail C., Mapping Nanotechnology Innovations and Knowledge, Global and Longitudinal Patent and Literature Analysis, New York 2009
- Choi*, Jay Pil, Patentpools and Cross-Licensing in the Shadow of Patent Litigation, 51 IER 2010, 441 – 460
- Christiansen*, Arndt, Der „more economic approach“ in der EU Fusionskontrolle, Entwicklung, konzeptionelle Grundlagen und kritische Analyse, Frankfurt a. M. 2010
- Christiansen*, Arndt, Die „Ökonomisierung“ der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, WuW 2005, 285 – 293
- Clark*, Jeanne/Piccolo, Joe/Stanton, Brian/Tyson, Karin/Critharis, Mary/Kunin, Stephen, Patentpools: A solution to the problem of access to biotechnology patents?, <http://www.consultstanton.com/wp-content/uploads/2015/02/PATENT-POOL-WHITE-PAPER.pdf> (abgerufen am 23.10.2019)

- Cohen, Joel M./Burke, Arthur J.*, An Overview of the Antitrust Analysis of Supression of Technology, 66 ALJ 1998, 421–439
- Cohen, Wesley M./Levin, Richard C.*, Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: Schmalensee, Richard/Willig, Robert B., Handbook of Industrial Organization, Amsterdam 1989, 1059–1107
- Cohen, Wesley M./Levin, Richard, C./Mowery, David C.*, Firm Size and R&D Intensity: A Re-Examination, 35 JIE 1987, 543–565
- Contractor, Farok J.*, Licensing in International Strategy, A Guide for Planning and Negotiations, Connecticut 1985
- Contreras, Jorge L.*, Standards Development Patent Policy Manual, American Bar Association, Committee on Technical Standardization, Section of Science & Technology Law, Chicago 2007
- Cowie, Michale G./Lavelle, Jospeh P.*, Patents covering industry standards: the risks to enforceability due to conduct before standard-setting organizations, 30 AIPLA Quarterly Journal 2002, 95–151
- Craig, Paul M.*, Die Anwendung des U.S.-Antitrustrechts auf gewerbliche Schutzrechte – Moderne Entwicklungen und ihre internationale Bedeutung, GRUR 1971, 8–16
- Dahdouh, Thomas N./Mongoven, James F.*, The Shape of Things to Come: Innovation Market Analysis in Merger Cases, 64 ALJ 1996, 405–441
- Danzon, Patricia M./Epstein, Andrew/Nicholson, Sean*, Mergers and Acquisitions in the Pharmaceutical and Biotech Industries, 2003, Working Paper, <https://www.nber.org/papers/w10536> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Daumann, Frank/Oberender, Peter*, Die Innovation Market Analysis – ein neuer Ansatz in der Wettbewerbspolitik, in: Berg, Hartmut (Hrsg.), Theorie der Wirtschaftspolitik: Erfahrung – Probleme – Perspektiven, Berlin 2001, 139–175
- Dauses, Manfred A.*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2008
- Davis, Ronald W.*, Innovation Markets and Merger Enforcement: Current Practice in Perspective, 71 ALJ 2003, 677–703
- De Jong, H. W.*, Concentration in the Common Market, A Comment on a Memorandum of the E.E.C. Commission, CMLR 1966–67, 166–179
- Dequiedt, Vianney/Versaevel, Bruno P. A.*, Patentpools and the Dynamic Incentives to R&D, Documents De Travail Working Paper No. 07–03, 2006, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916245 (abgerufen am 23. 10. 2012)
- Dichtl, Erwin/Issing, Otmar*, Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, München 1993
- Dolmans, Maurits*, Standards for Standards, 26 Fordham Int'l L.J. 2002, 163–208
- Drauz, Götz/Jones, Christopher*, EU Competition Law, Vollume II, Mergers and Acquisitions, Deventer 2006
- Drexel, Josef*, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, GRUR Int. 2004, 716–727

- Drexl*, Josef, Intellectual Property Rights and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC 2004, 788–808
- Drexl*, Josef, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy, Armin von/Blast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Dordrecht 2009, 905–958 (zit.: *Drexl*, in: von Bogdandy/Blast)
- Drexl*, Josef/*Hilty*, Reto M./*Boy*, Laurence/*Godt*, Christine/*Remiche*, Bernard (Hrsg.) Technology and Competition/Technologie et concurrence – Contribution in honour of/Mélanges en l'honneur de Hanns Ullrich, Brüssel 2009 (zit.: *Bearbeiter*, FS Ullrich)
- Drexl*, Josef/*Kerber*, Wolfgang/*Podszun*, Rupprecht, Competition Policy and the more Economic Approach, Foundations and Limitations, Cheltenham 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Drexl/Kerber/Podszun*)
- D'Silva*, Joel, Pools, Thickets and Open Source Nanotechnology, 31 EIPR 2009, 300–306
- Duxbury*, Patrick/*Page*, Lisa, Patentpools in the pharmaceutical industry – sink or swim?, <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=40802> (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: *Duxbury/Page*, Patentpools in the pharmaceutical industry – sink or swim?)
- Ebenroth*, Carsten T./*Boujong*, Karlheinz/*Joost*, Detlev/*Strohn*, Lutz, Handelsgesetzbuch, München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Ebenroth* et al.)
- Ebert*, Lawrence B., Patent Thickets and the Wright Brothers, <http://ipbiz.blogspot.com/2006/07/patent-thickets-and-wright-brothers.html> (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: *Ebert*, Patent Thickets and the Wright Brothers)
- Economides*, Nicholas/*White*, Larence J., Access and interconnection pricing: How efficient is the „efficient component pricing rule“, AB Fall 1995, 557–579
- Ehrhardt*, Marcus Netzwerkeffekte, Standardisierung und Wettbewerbsstrategie, Wiesbaden 2001
- Eiszner*, James R., Innovation Markets and Automatic Transmission: A Shift in the Wrong Direction?, 43 AB 1998, 297–349
- Eklund*, Maria, Exercise of Patent Rights in a Standardisation Context, Conflicts and Interactions Between European Standardisation, Patent Law and Article 82 EC, Umea 2001
- Emmerich*, Volker/*Habersack*, Mathias, Aktien- und GMBH Konzernrecht, 5. Aufl., München 2008
- Eppinger*, Elisabeth, Patentpools: Eigenschaften, Motive und Implikationen, Wiesbaden 2015
- Ertel*, Erich, Internationale Kartelle und Konzerne der Industrie, Stuttgart 1930
- ETSI Directives, Version 39, https://portal.etsi.org/directives/39_directives_oct_2018.pdf (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: *ETSI Directives*)
- ETSI Guide on Intellectual Property Rights, <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-guide-on-ipr.pdf> (abgerufen am 23.10.2019), (zit.: *ETSI Guide on IPR's*)
- ETSI IPR Policy, <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf> (abgerufen am 23.10.2012), (zit.: *ETSI IPR Policy*)
- Etten*, David W. van, Everyone in the Patentpool: Philips Corp. v. International Trade Commission, 22 BTLJ 2007, 241–258

- Ewing*, Tom, Patentpools, http://www.juridicum.su.se/jurweb/utbildning/master/_master_of_european_intellectual_property_law/Material%202009/Module%202b/Competition/Patent%20Pools%20%28Ewing%29%28Handouts%29%2822%2005%2009%29.pdf (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: *Ewing*, Patentpools)
- Farbmann*, Kyrill, Die Geschichte der Fusionskontrollverordnung als ein Beispiel der Europäischen Normsetzung, EuR 2004, 478–487
- Farell*, Joseph, Standardization and Intellectual Property, 30 Jurimetrics Journal 1989, 35–50
- Faull*, Jonathan/*Nikpay*, Ali, The EC Law of Competition, Second Edition, Oxford 2007
- Feddersen*, Christoph, Gericht Erster Instanz erklärt Tetra Laval/Sidel Entscheidung für nichtig, WuW 2003, 15–20
- Federico*, Pasquale J., Das Interferenz-Verfahren im Patentamt der Vereinigten Staaten – I. Teil, GRUR Int. 1972, 99–107
- Federico*, Pasquale J., Das Interferenz-Verfahren im Patentamt der Vereinigten Staaten – II. Teil, GRUR Int. 1972, 150–158
- Federico*, Pasquale J., Patent Interferences in the United States Patent Office, IIC 1971, 21–55
- Feil*, Markus, Lizenzkartellrecht, US-amerikanische und europäische Entwicklungen, Köln 2009
- Feil*, Markus, The New Block Exemption Regulation on Technology Transfer Agreements in the Light of the U.S. Antitrust Regime on the Licensing of Intellectual Property, IIC 2005, 31–62
- Feldenkirchen*, Wilfried, Die deutsche Wirtschaft im 20. Jahrhundert, Enzyklopädie deutsche Geschichte, Band 47, München 1998
- Fercher*, Harald, Glaxo SmithKline probieren es noch einmal, Österreichisches Wirtschaftsblatt, 15.1.2000, <http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/136821/index.do> (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: *Fercher*, Glaxo SmithKline probieren es nochmal)
- Fikentscher*, Wolfgang, Wirtschaftsrecht, München 1983
- Fine*, Frank, Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC, London 1989
- Fine*, Frank, The EU's New Antitrust Rules for Technology Licensing: A Turbulent Harbour for Licensors, 29 ELR 2004, 766–787
- Finnegan*, Marcus B./*Zotter*, Marcus B., Das amerikanische Kartellrecht der Patentlizenzverträge, Vergleichende Betrachtung zu den Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR Int. 1979, 321–332
- Fischer*, Ernst, Verwertungsrechte bei Patentgemeinschaften, GRUR 1977, 313–318
- Fischer*, Oliver/*Früh*, Alfred/*Jaeger*, Thomas/*Kordić*, Robert/*Postl*, Manuela, Lektionen aus „Lissabon“: Potential, Bedarf und Fallstricke einer Primärrechtsreform am Beispiel des Immaterialgüterrechts, TELF 2009, 90–108
- Folz*, Christian H., Technologiegemeinschaften und Gruppenfreistellung, München 2000
- Franziger*, Michael R., Latent Dangers in a Patentpool: The European Commission's Approval of the 3G Wireless Technology Licensing Agreements, 91 Cal. Law Rev. 2003, 1693–1727

- Fräßdorf*, Henning, Rechtsfragen des Zusammentreffens gewerblicher Schutzrechte, technischer Standards und technischer Standardisierung, Wiesbaden 2009
- Frenz*, Walter, Handbuch Europarecht, Europäisches Kartellrecht, Berlin 2006
- Fröhlich*, Michael, Standards und Patente – Die ETSI IPR Policy, GRUR 2008, 205–218
- Früh*, Alfred, Die Entwicklung des wettbewerbsrechtlichen Marktkonzepts, Ein Beitrag zur Marktabgrenzung; in fünf Thesen, in: Towfigh, Emanuel V./Schmolke, Klaus U./Petersen, Niels/Lutz-Bachmann, Sebastian/Lange, Anne-Kathrin/Grefrath, Holger (Hrsg.), Recht und Markt, Wechselbeziehungen zweier Ordnungen. 49. Assistententagung Öffentliches Recht, Tagung der wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Baden-Baden 2009, 249–268
- Fuchs*, Andreas, Kartellrechtliche Grenzen der Forschungscooperation, Eine vergleichende Untersuchung nach US-amerikanischem, europäischem und deutschem Recht, Baden-Baden 1989
- Fuentes*, Jose Massaguer, Zur Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach EG-Recht, GRUR 1987, 217–229
- Gassmann*, Oliver/*Bader*, Martin A., Patent-Management, Innovationen erfolgreich nutzen und schützen, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2007
- Geiger*, Andreas, Das Weißbuch der EG-Kommission zu Art. 81, 82 EG – eine Reform, besser als ihr Ruf, EuZW 2000, 165–169
- Geradin*, Damien, Pricing Abused by Essential Patent Holders in a Standard-Setting Context: A View from Europe, 76 ALJ 2009, 329–357
- Geradin*, Damien/*Layne-Farrar*, Anne, The Logic and Limits of Ex Ante Competition in a Standard-Setting Environment, 3 CPI 2007, 79–106
- Geradin*, Damien/*Layne-Farrar*, Anne/*Padilla*, Jorge A., The Complements Problem within Standard Setting: Assessing the Evidence on Royalty Stacking, 14 JSTL 2008, 144–176
- Geroski*, Paul A., Innovation, Technological Opportunity, and Market Structure, 42 OEP 1990, 586–602
- Gilbert*, Richard J., Antitrust for Patentpools: A Century of Policy Evolution, 3 Stanford Technology Law Review 2004, https://www.academia.edu/33662305/Antitrust_for_Patent_Pools_A_Century_of_Policy_Evolution (abgerufen am 24.10.2019)
- Gilbert*, Richard J., The Essentiality Test for Patentpools, in: Dreyfuss, Rochelle C./Zimmerman, Diane L./First, Harry (Hrsg.), Working Within the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy For The Knowledge Society, Oxford 2010, 325–367
- Gilbert*, Richard J./*Sunshine*, Steven C., Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets, 63 ALJ 1995, 569–601
- Gilbert*, Richard J./*Sunshine*, Steven C., The Use of Innovation Markets: A Reply to Hay, Rapp, and Hoerner, 64 ALJ 1995, 75–82
- Gilbert*, Richard J./*Willard*, Tom, Is Innovation King at the Antitrust Agencies?, 69 ALJ 2001, 43–86
- Glader*, Marcus, Innovation Markets and Competition Analysis, EU Competition Law and US Antitrust Law, Cheltenham 2006

- Gleiss, Alfred/Deringer, Areved*, Patentpools nach geltendem und kommendem Kartellrecht, WuW 1952, 612–623
- Goldstein, Larry M./Kearsey, Brian N.*, Technology Patent Licensing, An International Reference on 21st Century Patent Licensing, Patentpools and Patent Platforms, Boston 2004
- Götz, Georg*, Strategische Allianzen, Die Beurteilung einer modernen Form der Unternehmenskooperation nach deutschem und europäischem Kartellrecht, Baden-Baden 1996
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EU)
- Grandstrand, Ove*, The Economics and Management of Intellectual Property, Brookfield 1999
- Green, Nicholas/Robertson, Aidan*, Commercial Agreements and Competition Law, Practice and Procedure in the UK and EC, Second Edition, London 1997
- Gregory, Thomas W.*, Manufacturers Aircraft Association – Antitrust Laws, 31 Opinions of The Attorney General 1918, 166–172
- Griliches, Zvi*, Patent Statistics as Economic Indicators: A Survey, 24 JEL 1990, 1661–1707
- Grimes, Warren S.*, Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: Understanding the Role of Market Imperfections, 62 ALJ 1994, 263–320
- Grimpe, Christophe/Hussinger, Katrin*, Building and Blocking: The Two Faces of Technology Acquisition, Zentrum für Europäische Wirtschaftsordnung, <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp08042.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Grimpe, Christophe/Hussinger, Katrin*, Inventions under Siege? The Impact of Technology Competition on Licensing, Zentrum für Europäische Wirtschaftsordnung, <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp09039.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV)
- Groß, Michael*, Der Lizenzvertrag, Frankfurt am Main 2011
- Gummert, Hans/Rieger, Bodo/Weipert, Lutz*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2. Auflage, München 2004
- Haggeneck, Markus*, Marktanteilsprognosen in der Europäischen Fusionskontrolle, Einflüsse der Wettbewerbstheorie und der europäischen Wettbewerbspolitik auf prognostische Bewertung im Rahmen der EG-Fusionskontrolle, Frankfurt am Main 2005
- Hahn, Andreas*, Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle, Berlin 2003
- Hahn, Helmut von*, Die kartellrechtlichen Probleme bei Rücklizenzen, Lizenzaustauschverträgen und Patentgemeinschaften, GRUR 1968, 406–413
- Hamberg, Daniel*, Size of Firm, Oligopoly, and Research: The Evidence, 30 CJEPS, 1964, 62–75
- Hamilton, Clovia*, Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets, 7 Comp. L. Rev. & Tech. J. 2002, 23–44

- Hansen*, Hendrik, Die wettbewerbspolitische Beurteilung horizontaler Forschungs- und Entwicklungskooperationen, Berlin 1999
- Hanusch*, Horst/*Pyka*, Andreas, Elgar Companions to Neo-Schumpeterian Economics, Cheltenham 2007
- Hatje*, Armin, Die Kompetenz zur Gestaltung des Binnenmarktes in der Verfassung für die Europäische Union, in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, Baden-Baden 2004, 189–200
- Hauck*, Ronny, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen in der EU und den USA, Eine vergleichende Darstellung der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 und der Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Köln 2008
- Hauser*, Martin, Der Patentlizenzvertrag im französischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht, München 1984
- Hawk*, Barry E., United States, Common Market and International Antitrust: A Comparative Guide, New York 1979
- Hay*, George A., Innovations in Antitrust Enforcement, 64 ALJ 1995, 7–19
- Hayslett*, Thomas L., 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property: Harmonizing the Commercial Use of litig Monopolies with the Prohibitions of Antitrust Law, 3 JIPL 1996, 375–405
- Hefermehl*, Wolfgang, Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, GRUR 1966, 651–660
- Heinemann*, Andreas, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Tübingen 2002
- Heller*, Michael A., The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harv. Law Rev. 1998, 621–688
- Heller*, Michael A./*Eisenberg*, Rebecca S., Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, 280 Science 2008, 698–701
- Henn*, Günter, Patent- und Know-How-Lizenzvertrag, Handbuch für die Praxis, 5. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2003
- Hildebrand*, Doris, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2005, 513–520
- Hillel*, Jonathan, Legal Turbulence after Leegin: New Possibilities for Patent Licensing at Research Institutions, 7 NJTIP 2008, 84–101
- Hilty*, Reto M., Individual, Multiple and Collective Ownership – What Impact on Competition?, in: Rosén, Jan (Hrsg.), Individualism and Collectivization in Intellectual Property Law, Cheltenham 2012, 3–44
- Hilty*, Reto M., Lizenzvertragsrecht, Bern 2001
- Hilty*, Reto M., Open Approaches, in: Sethe, Rolf/Heinemann Andreas/Hilty, Reto M./Nobel Peter/Zäch, Roger (Hrsg.), Kommunikation – FS für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 83–108

- Hirsch, Günther/Montag, Frank/Säcker, Jürgen F.*, Competition Law: European Community Practice and Procedure, London 2008
- Hirsch, Martin/Burkert, Thomas O. J.*, Kommentar zum EG-Kartellrecht, Heidelberg 1993
- Hoerner, Robert J.*, Innovation Marktes: New Wine in Old Bottles?, 63 ALJ 1995, 49–73
- Hoerner, Robert J.*, The Antitrust Significance of a Patent's Exclusionary Power, 60 ALJ 1992, 867–887
- Hoerner, Robert J.*, The Decline (and Fall?) of the Patent Misuse Doctrine in the Federal Circuit, 69 ALJ 2001, 669–685
- Homiller, Daniel P.*, Patent Misuse in Patentpool Licensing: From National Harrow to „The Nine No-No's“ to Not Likely, 7 Duke L. & Tech. Rev. 2006, 3–18
- Horowitz, Ira*, Firm Size and Research Activity, 28 SEJ 1962, 298–301
- Huebner, Stefan R.*, Gemeinschaftliche Innovationen und Patentpools, in: Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang, Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, 183–186
- Immenga, Ulrich/Fuchs, Andreas*, Art. 85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligungen?, NJW 1988, 3052–3059
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 1. Aufl., München 1997 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 1997).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1. EG, 4. Aufl., München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 2. GWB, 4. Aufl., München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht GWB).
- Isay, Hermann*, Die Patentgemeinschaften im Dienst des Kartellgedankens, Mannheim 1923
- Jansen, Stephan A.*, Mergers & Acquisitions, Unternehmensacquisitionen und -kooperationen. Eine strategische, organisatorische und kapitalmarkttheoretische Einführung, Wiesbaden 2008
- Jensen, Michael C.*, Modern Industrial Revolution, Exit and the Failure of Internal Control, 48 JoF 1993, 831–880
- Jones, Alison/Sufrin, Brenda*, EC Competition Law, Text, Cases and Material, Oxford 2001
- Jones, Derek C.*, New Economy Handbook, Amsterdam 2003
- Jones, Eliot*, The Trust Problem in the United States, New York 1922
- Jorde, Thomas M./Teece, David J.*, Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, 4 JEP 1990, 75–96
- Jorde, Thomas M./Teece, David J.*, Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements Designed to Advance Innovation and Commercialize Technology, 61 ALJ 1993, 579–620
- Kamien, Morton I./Schwartz, Nancy L.*, Market Structure and Innovation: A Survey, 13 JEL 1975, 1–37

- Kantzenbach, Erhard/Kruse, Jörn*, Kollektive Marktbeherrschung, Göttingen 1989
- Kato, Atsushi*, Patent pools Enhances Market Competition, 24 IRLE 2004, 255–267
- Katsoulacos, Yannis/Ulph, David*, The Welfare Effects of Legal Uncertainty and its Implications for Competition Policy Enforcement Procedures, CRESSE Working Paper, Januar 2010, <http://www.cresse.info/uploadfiles/Legal%20Uncertainty%20and%20Optimal%20Enforcement%20Procedures%20May%202010.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Kattan, Joseph*, Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency in the Rewards of Innovation, 61 ALJ 1993, 937–973
- Katz, Michael L./Shelanski, Howard A.*, Mergers and Innovation, 74 ALJ 2007, 1–85
- Kaufer, Erich*, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, Bad Homburg 1970
- Kerber, Wolfgang*, Die Europäische Fusionskontrollpraxis und die Wettbewerbskonzeption der EG, Zwei Analysen zur Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts, Bayreuth 1994
- Kerse, Christopher S.*, The EC Antitrust Procedure, London 2005
- Khan, Fazal*, The Human Factor: Globalizing Ethical Standards in Drug Trials Through Market Exclusion, 57 DePaul L. Rev. 2008, 877–915
- Kim, Dong-Jae/Kogut, Bruce*, Technological Platforms and Diversification, 7 Organization Science 1996, 283–301
- Kim, Junghoon*, Technical standard-setting, Patentpooling, and competition policy, Institute of Intellectual Property, Tokyo 2004
- Kisch, Wilhelm*, Die Patentgemeinschaft, GRUR 1952, 267–271
- Klein, Hans H.*, Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1966
- Klein, Joel I.*, Assistant Attorney General, antitrust Division of the U.S. Department of Justice, Statement Before the Antitrust, Business Rights and Competition Subcommittee, Committee on the Judiciary, U.S. Senate, 22. März 2000, <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/4381.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Klette, Jacob/Griliches, Zvi*, Empirical Patterns of Firm Growth and R&D Investment: A Quality Ladder Model Interpretation, 110 EJ 2000, 363–387
- Knauss, Pamela*, Die räumliche Marktabgrenzung in der Fusionskontrolle und Missbrauchs-aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen im deutschen und europäischen Recht, Tübingen 2003
- Koberstein, Günther*, Unternehmungszusammenschlüsse, Essen 1955
- Koelman, Kamiel J.*, An Exception Standardis: Do we need an IP Exemption for Standards, IIC 2006, 823–843
- Koenigs, Folkmar*, Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten als Abgrenzungskriterium zwischen dem EWG-Kartellrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in: Gamm, Otto F. von/Raisch, Peter/Tiedemann, Klaus (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, FS Gerd Pfeiffer, Köln 1988, 569–587 (zit.: Koenigs, in: FS Pfeiffer)

- Königs*, Martin, Patentpools, Ökonomische und kartellrechtliche Untersuchung von Vertragsklauseln, Baden-Baden 2014
- Korah*, Valentine, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, Oxford 2006 (zit.: *Korah* 2006)
- Korah*, Valentine, Technology Transfer agreements and the EC Competition Rules, Oxford 1996 (zit.: *Korah* 1996)
- Kretschmer*, Friedrich, Anhörung der EG-Kommission zu dem Entwurf einer Gruppenfreistellungsverordnung für Patentlizenzverträge vom 9.–11. Oktober 1979 in Brüssel, GRUR 1979, 762–765
- Kroes*, Neelie, European Single Market Still Intact, Adress at Harvard Club of Belgium „De Warande“, Brüssel 15.10.2009, http://thegovmonitor.com/world_news/europe/european-single-market-still-intact-competition-policy-10608.html (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: *Kroes*, European Single Market Still Intact)
- Kuhn*, Tilman, Kooperative Aspekte von Gemeinschaftsunternehmen im Europäischen Kartellrecht, Köln 2006
- Kurz*, Stefan, Das Verhältnis der EG-Fusionskontrollverordnung zu Art. 85 und 86 des EWG-Vertrags, Frankfurt a. M. 1993
- Kwoka*, John, Some Thoughts on Concentration, Market Shares, and Merger Enforcement Policy, Presented at the FTC/DOJ Workshop on Merger Enforcement, 2004, <https://www.justice.gov/atr/some-thoughts-concentration-market-shares-and-merger-enforcement-policy> (abgerufen am 23.10.2019)
- Lampe*, Ryan/Moser, Petra, Do Patentpools Encourage Innovation? Evidence from the 19th-Century Sewing Machine Industry, SSRN, Working Paper, 22.9.2009, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1308997 (abgerufen am 23.10.2019)
- Landman*, Lawrence B., Did Congress Actually Create Innovation Markets?, 13 BT LJ 1998, 721–806
- Landman*, Lawrence B., Innovation Markets in Europe, 1 ECLR 1998, 21–31
- Lang*, Hendrik, Der Zulieferer als Systemintegrator aus der Sicht der Automobilhersteller, in: *Ebel*, Bernahrdf/Hofer, Markus B./Al-Sibai, Jumana, Automotive Management, Strategie und Marketing in der Automobilwirtschaft, Berlin 2004, 313–323
- Lang*, John T., European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries, 20 Fordham Int'l L.J. 1996–1997, 717–818
- Lang*, Matthias, Legal Uncertainty – an Effective Deterrent in Competition Law?, April 2012, http://www.uni-bonn.de/~malang/files/Legal_Uncertainty.pdf (abgerufen am 23.10.2019)
- Langen*, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht)
- Larson*, Alexander C., Antitrust Tie-In Analysis after Kodak: A Comment, 63 ALJ 1994, 239–266
- Layne-Farrar*, Anne/Lerner, Josh, To Join or not to join: Examining Patentpool Participation and Rent sharing Rules, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=945189 (abgerufen am 23.10.2019)

- Layne-Farrar, Anne/Padilla, Jorge/Schmalensee, Richard*, Pricing Patents for Licensing in Standard Setting Organizations: Making Sense of FRAND Commitments, 74 ALJ 2007, 671–706
- Lejeune, Mathias*, Die neue europäische Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie-transfer-Vereinbarungen. Ein Überblick zu ihrer Bedeutung und Tragweite für die Vertragsgestaltung, Computer & Recht 2004, 467–475
- Lemaire, Christophe/Welbroeck, Michel/Petite, Michel*, Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence? Regards juridiques, 1 Concurrences 2008, 87–93
- Lemley, Mark A.*, Intellectual Property Rights and Standard-Setting Organizations, 90 Cal. Law Rev. 2002, 1889–1980
- Lenz, Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.), Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung – Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., Köln 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Lenz/Borchardt, EU- u. EG-Vertrag).
- Lerner, Josh/Tirole, Jean*, Efficient Patentpools, 94 AER 2004, 691–711
- Lévêque, François/Ménieré, Yann*, Early Commitments Help Patentpool Formation, 6 July, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1121256> (abgerufen am 23.10.2019)
- Liebscher, Christoph/Flohr, Eckhard/Petsche, Alexander*, Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen, München 2003 (zit: *Bearbeiter*, in: Liebscher/Flohr/Petsche)
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander* (Hrsg.), Kartellrecht, Europäisches und Deutsches Recht, München, 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Messen/Riesenkampff, Kartellrecht 2009)
- Lorenz, Moritz*, Die EG-kartellrechtliche Selbsteinschätzung bezüglich Patentlizenzvereinbarungen, Frankfurt a. M. 2006
- Love, James*, Measures to Enhance Access to Medical Technologies, and New Methods of Stimulating Medical R&D, 40 U.C. Davis Law Review 2007, 679–715
- Lübbig, Thomas*, „...et donna ferentes“: Anmerkung zur neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers, GRUR 2004, 483–489
- Lugard, Paul/Hancher, Leigh*, On the merits, Current issues in competition law and policy, Antwerpen 2005
- Lutz, Eva/Achleitner, Ann-Kristin/Schraml, Stephanie*, Quantitative Valuation of Platform Technology Based Entrepreneurial Ventures, 1 IJEV 2010, 352–366
- Maaßen, Stefan*, Normung, Standardisierung und Immaterialgüterrechte, Köln 2006
- Macdonald, David R.*, Know-how Licensing and the Antitrust Laws, 62 MLR 1964, 351–380
- Mackey, Thomas M.*, Nanobiotechnology, Synthetic Biology, and RNAi: Patent Portfolios for Maximal Near Term Commercialization and Commons for Maximal Long-Term Medical Gain, 13 MIPLR 2009, 123–205
- Mansfield, Edwin*, Industrial Research and Development Expenditures: Determinants, Prospects, and Relation to Size of Firm and Inventive Output, 72 JPE 1964, 319–340
- Maren, Franz*, F&E Kooperationen aus wettbewerbspolitischer Sicht, Baden-Baden 1995

- Merges*, Robert P., Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organisations, 84 Cal. Law Rev. 1996, 1293–1386
- Merges*, Robert P., Institutions for Intellectual Property transactions: The Case of Patentpools, 1999, https://www.researchgate.net/publication/246482548_Institutions_for_Intellectual_Property_Transactions_The_Case_of_Patent_Pools (abgerufen am 23.10.2019)
- Merges*, Robert P., Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools, in: Dreyfuss, Rochelle C./Zimmerman, Diane L./First, Harry, Working Within the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy For The Knowledge Society, Oxford, 2010, 123–166
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim, Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU – Zum Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.), EuZW 1999, 523–529
- Mestmäcker*, Ernst-Joachim/*Schweitzer*, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004
- Meyer*, Andreas, Die EG-Gruppenfreistellungsverordnungen zum Technologietransfer, GRUR Int. 1997, 498–508
- Meyer*, Marc H., Revitalize Your Product Lines Through Continuous Platform Renewal, 40 RTM 1997, 17–28
- Michelman*, Frank I., Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law, 80 Harv. Law Rev. 1968, 1165–1258
- Miller*, Joseph S., Standard Setting, Patents, and Access Lock-In: RAND Licensing and the Theory of the Firm, 40 Ind. L. Rev. 2006, 351–394
- Millstein*, Ina M./*Lloyd*, Constantine/*Favretto*, Richard J./*Flexner*, Donald L./*Grimes*, Warren S./*Kauper*, Thomas E./*Leddy*, Mark/*MacAvoy*, Paul W./*McGrath*, Paul/*Reeves*, Barbara A./*Shenefield*, John H./*Sims*, Joe/*Susman*, Stephen D./*White*, Lawrence J./*Wood*, Diane P., Report of the American Bar Association Section Task Force on the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice, 58 ALJ 1989, 735–776
- Molina*, Herman, The US revalues its electronic patents, 1 New Scientis 1986, 40–44
- Möller*, Wolf-Peter, Der Erfolg von Unternehmenszusammenschlüssen, Eine empirische Untersuchung, München 1983
- Montgomery*, William, The Presumption of Economic Power for Patented and Copyrighted Products in Tying Arrangements, 85 Colum. Law Rev. 1985, 1140–1156
- Moriarty*, Rowland T./*Kosnik*, Thomas J., High-Tech Marketing: Concepts, Continuity and Change, 30 MIT SMR 1989, 7–17
- Mukhopadhyaya*, Arun K., Technological Progress and Change in Market Concentration in the U.S., 52 SEJ 1985, 141–150
- Müller-Henneberg*, Hans/*Schwartz*, Gustav, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 3. Aufl., Köln 1978 (zit.: *Bearbeiter*, in: Müller-Hennberg/Schwartz).
- Muris*, Timothy J., Statement in the matter of Genzyme Corporation/Novazyme Pharmaceuticals, Inc., <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/press-releases/ftc-closes-its-investi>

- gation-genzyme-corporations-2001-acquisition-novazyme-pharmaceuticals-inc./murisgenzy
mestmt.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Murray, John E.*, The Wright Brothers, Patents and Technological Innovation, in: Hall, Joshua (Hrsg.), Toward a Free and Prosperous Ohio: A Decade of Public Policy Solutions by The Buckeye Institute, Columbus 2004, 98–100
- Nakamura, Osamu/Kerr, Christopher M.*, Current Status of Platform WCDMA and its Joint Patent Licensing, 10 NTT DOCOMO Technical Journal 2008, 64–68
- Nelson, Philip B.*, Patentpools: An Economic Assessment of Current Law and Policy, 38 Rutgers L. J. 2007, 539–572
- Neumeyer, Friedrich*, Patentgemeinschaften und deren Aufbau bei den amerikanischen Industrieverbänden, Marburg 1932
- Newberg, Joshua A.*, The Emergence of Technology Markets in Antitrust Analysis, 14 Antitrust ABA 1999, 13–19
- Nicklisch, Fritz*, Forschungs- und Entwicklungsverträge in Wissenschaft und Technik, Typische Vertragsstrukturen, Intellectual Property Rights und konkrete F&E Projekte, München 2004
- Niemeyer, Hans-Jörg*, Die europäische Fusionskontrollverordnung, Heidelberg 1991
- Ntouvas, Ioannis*, Unterlassungsanspruch bei Patentverletzung: neue Erkenntnisse des US Supreme Court, GRUR Int. 2006, 889–893
- O'Toole, Edward/Hochstetler Douglass*, Antitrust and patent exploitation in the US, MIP 1997, 10–13
- Oesterle, Dale A.*, Mergers and Acquisitions in a Nutshell, Second Edition, St. Paul 2001
- Ohana, Gil/Hansen, Marc/Shah, Omar*, Disclosure and Negotiation of Licensing Terms Prior to Adoption of Industry Standards: Preventing Another Patent Ambush?, 24 ECLR 2003, 644–656
- Ohly, Ansgar*, „Patentrolle“ oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt? – Aktuelle Entwicklungen im US-Patentrecht und ihre Bedeutung für das deutsche und europäische Patentsystem, GRUR Int. 2008, 787–798
- Ondrejka, Peter*, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des „more economic approach“, Wien 2011
- Ørstavik, Inger B.*, Technology Transfer Agreements: Grant-Backs and No-Challange Clauses in the New EC Technology Transfer Regulation, 1 IIC 2005, 83–112
- Orth, Mark E.*, Die Innovationsmarktanalyse im US-Fusionsrecht, WuW 2000, 473–488
- Osterrieht, Christian*, Patentrecht, München 2007
- Pampel, Gunnar*, Europäisches Wettbewerbsrecht – Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11–13
- Parisi, Francesco/Depoorter, Ben/Schulz, Norbert*, Duality in Property: Commons and Anti-commons. International Review of Law and Economics, Vol. 25, No. 4, 2005; George Mason Law & Economics Research Paper No. 00–32; Univ. of Virginia Law & Econ Research Paper No. 00–16, <https://ssrn.com/abstract=224844> (abgerufen am 23. 10. 2019)

- Pathak*, Anand S., The EC Commission's Approach to Joint Ventures: A Policy of Contradictions, 5 ECLR 1991, 171–183
- Paulweber*, Michael/*Weinand*, Armin, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, 232–241
- Pavitt*, Keith, Sectoral patterns of technical Change: Towards a Taxonomy and a theory, 13 RP 1984, 343–373
- Pavitt*, Keith/*Robson*, Michael/*Townsend*, Joe, The size distribution of innovating firms in the UK: 1945–1983, 35 JIE 1987, 297–316
- Pecotić*, Jasmina, Zajednički pothvat (joint venture), u pravu tržišnog natjecanja, Zagreb 2005
- Pera*, Alberto, Changing Views of Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law, 4 ECLR 2008, 127–168
- Picht*, Peter, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts, Heidelberg 2013
- Podell*, David L./*Kirsh*, Benjamin S., Patentpools and the Anti-Trust Laws, 13 ABA Journal, 1927, 430–434
- Pohlmann*, Petra, Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission, 10 WuW 2005, 1005–1009
- Posner*, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U.Pa.L.Rev. 1979, 925–948
- Priemayer*, Bernhard, Strategische Allianzen im europäischen Wettbewerbsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Luftfahrtindustrie nach „Open Skies“, Wien 2005
- Radicati di Brozolo*, Luca G./*Gustafsson*, Magnus, Full-function joint Ventures Under the Merger Regulation: The Need for Clarification, 11 ECLR 2003, 574–579
- Rapp*, Richard T., The Misapplication of the Innovation Market Approach to Merger Analysis, 64 ALJ 1995, 19–47
- Regibeau*, Pierre/*Rockett*, Katherine, Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection, November 2011, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/study_ipr_en.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Riley*, Alan, The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law, 12 ECLR 2007, 703–707
- Riordan*, Teresa, Contest over BlackBerry Patent, 7 Juni 2004, <http://www.nytimes.com/2004/06/07/technology/07patent.html?ex=1402027200&en=5831810075d0c0fe&ei=5007&partner=USERLAND> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: *Riordan*, Contest over BlackBerry Patent)
- Rosch*, Thomas J., Patent Trolls: Broad Brush Definitions and Law Enforcement Ideas, Federal Trade Commission, Before the Newport Summit on Antitrust and Economics, 31 Mai, 2008, <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/080531roschlecg.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: *Rosch*, Patent Trolls)

- Rudowicz, Jan-Christoph, Gun-Jumping. Verstöße gegen Art. 7 FKVO und Art.101 durch den vorzeitigen Vollzug anmeldpflichtiger Zusammenschlüsse, Berlin, 2016*
- Sallinger, Michael, Four Questions About Horizontal Merger Enforcement, FTC Bureau of Economics, Presentation to ABA Section of Antitrust Law Economics Comitee Brown Bag, 2005, <http://www.ftc.gov/speeches/salinger/050914ababrownbag.pdf> (abgerufen am 23.10. 2019)*
- Sammons, Peter A., The outsourcing R&D toolkit, Hampshire 2000*
- Sander, Freimut, Die einfache Patentgemeinschaft im GWB, WuW 1959, 499–512*
- Saunders, Kurt M., The Role of Intellectual Property Rights in Negotiating and Planing a Research Joint Venture, 7 MIPLR 2003, 75–97*
- Schaafsma, Paul E., Patent Mapping: A Graphical Model of Patent Rights, 77 JPTOS 1995, 953–971*
- Schäfer-Kunz, Jan, Strategische Allianzen im deutschen und europäischen Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1995*
- Schamberger, Ullrich, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften in kartellrechtlicher Sicht, Heidelberg 1969*
- Scherer, Frederic M., Firm Size, Market Structure, Opportunity, and the Output of Patented Inventions, 55 AER 1965, 1097–1125*
- Scherer, Frederic M., Size of Firm, Oligopoly, and Research: A Comment, 31 CJEPS 1965, 256–266*
- Schickedanz, Willi, Patentverletzung durch Einsatz von geschützten Bauteilen in komplexen Vorrichtungen und die Rolle der Patent-Trolle, GRUR Int. 2009, 901–907*
- Schlieder, Willy C., Wettbewerbsregeln für den Technologietransfer, GRUR 1980, 451–456*
- Schmidt, Ingo, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005*
- Schmidt, Karsten, Umdenken im Kartellverfahrensrecht, Gedanken zur Europäischen VO Nr. 1/ 2003, BB 2003, 1237–1244*
- Schmidtchen, Dieter, Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, WuW 2006, 6–17*
- Schmieder, Klaus, Die kartellrechtliche Beurteilung von Forschungskooperationen, GRUR 1981, 241–252*
- Schmitz-Morkramer, Patrick W., Internationale strategische Allianzen in der Telekommunikation, Eine Untersuchung der Entscheidungspraxis der europäischen und US-amerikanischen Aufsichtsbehörden sowie der sektorspezifischen Regulierung internationaler Telekommunikationsdienste, Heidelberg 1999*
- Schödermeier, Martin, Auf dem Weg zur europäischen Fusionskontrolle, Anmerkungen zum Tabakurteil des EuGH, WuW 1988, 185–194*
- Schöler, Florian, Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Frankfurt am Main 2004*

- Schröter*, Helmuth, Das Wettbewerbskonzept des Verfassungsentwurfs, in: Schwarze, Jürgen, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, Baden-Baden 2004, 233–244
- Schröter*, Helmuth/*Jacob*, Thinam/*Mederer*, Wolfgang, Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schröter/Jacob/Mederer, EU Wettbewerbsrecht)
- Schubert*, Werner/*Küting*, Karlheinz, Unternehmungszusammenschlüsse, München 1981
- Schulte*, Hans-Jürgen, Lizenzaustauschverträge und Patentgemeinschaften im amerikanischen und im deutschen Recht, München 1971 (zit.: *Schulte* 1971)
- Schulte*, Josef L., Handbuch Fusionskontrolle, Köln 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulte 2005)
- Schulte*, Rainer, Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen, 8. Aufl., Köln 2008 (zit.: *Schulte* 2008)
- Schultheiß*, Kerstin, Europäische Telekommunikationsstandardisierung. Eine normative Be- trachtung, Münster 2004
- Schultze*, Jörg-Martin/*Pautke*, Stephanie/*Wagner*, Dominique S., Die Gruppenfreistellungs- verordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen, Frankfurt am Main 2005
- Schumpeter*, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy, Routledge 1942
- Schweda*, Marc, Die Bindungswirkung von Bekanntmachung und Leitlinien der Europäischen Kommission, WuW 2004, 1133–1144
- Scotchmer*, Suzanne, Innovation and Incentives, Massachusetts 2005
- Serafino*, David, Survey of Patent pools Demonstrates Variety of Purposes and Management Structures, Knowledge Ecology International (KEI –Research Note), Juni 2007, http://www.keionline.org/index.php?option=com_content&task=view&id=69 (abgerufen am 23.10. 2019)
- Setznik*, Ulrike, Mergers & Acquisitions auf dem deutschen Versicherungsmarkt, Eine empi- rische Analyse, Magdeburg 2006
- Shapiro*, Carl, Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patentpools and Standard Setting, in: Jaffe, Adam B./Lerner, Josh/Stern, Scott, Innovation Policy and The Economy, Cam- bridge 2001, 119–150
- Shapiro*, Carl, Setting Compatibility Standards: Cooperation or Collusion?, in: Dreyfuss, Rochelle C./Zimmerman, Diane L./First, Harry (Hrsg.), Expanding the Boundaries of Intellectual Property, Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford 2004, 81–101
- Shepherd*, William G., The Economics of Industrial Organisation, New Jersey 1990
- Slobod*, Jack D., Benefits and Risks of Joining Patentpools Covering Industry Standards, April 2009 http://www.aipla.org/Content/Microsites106/Electronic_and_Computer_Law2/Committee_Documents8/200910/2009_Slobod-Paper.pdf (abgerufen am 13. 5. 2010)
- Stevens*, Dallal, The „Comfort Letter“: Old Problems, New Developments, 2 ECLR 1994, 81– 88.
- Strojwas*, Marcin/*Tirole*, Jean/*Lerner*, Josh, Cooperative Marketing Agreements Between Competitors: Evidence from Patentpools/Harvard NOM Working Paper No. 03–25, <http://www.nber.org/papers/w9680.pdf> (abgerufen am 23.10.2019)

- Stumpf*, Herbert, Der Know-How-Vertrag, 3. Aufl., Heidelberg 1977
- Stumpf*, Herbert/*Groß*, Michael, Der Lizenzvertrag, 8. Aufl., Heidelberg 2005
- Sullivan*, Lawrence A., *Grimes Warren S.*, The Law of Antitrust: An Integrated Handbook, St. Paul 2006
- Sullivan*, Lawrence A., Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World, 63 ALJ 1995, 669–681
- Surowiecki*, James, The Permission Problem, 11 August 2008, http://www.newyorker.com/talk/financial/2008/08/11/080811ta_talk_surowiecki (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: *Surowiecki*, The Permission Problem)
- Susanek*, Alexander, Lieferbeziehungen, Lizenzvereinbarungen und Kaufoptionen als Instrumente zur Gestaltung effizienter Investitionsanreize in Joint Ventures, Berlin 2007
- Swann*, Peter G. M., Ökonomie der Normung, Abschlussbericht für die Direktion Normen und technische Vorschriften, Department of Trade and Industry, Manchester 2000
- Syrneonidis*, George, Innovation. Firm Size and Market Structure: Schumpeterian Hypotheses and some new Themes, OECD Economic Studies, No. 27, 1996, 35–70
- Teece*, David J., The Competitive Challenge, Strategies for Industrial Innovation and Renewal, Cambridge 1987
- Theune*, Ulrich, Die Beurteilung ausschließlicher Patentlizenzverträge nach Art. 85 EWG – Zweiter Teil, GRUR Int. 1977, 111–121
- Tiefel*, Thomas/*Dirschka*, Felix, FuE-, Innovations- und Patentmanagement – Eine Schnittstellenbestimmung, in: Tiefel, Thomas (Hrsg.), Gewerbliche Schutzrechte im Innovationsprozess, Wiesbaden 2007
- Triantafyllakis*, Georgios, Die Abgrenzung zwischen Kooperation und Kartell, Bern 1985
- Tsai*, Kuen-Hung/*Wang*, Jiann-Chyuan, Does R&D performance decline with firm size? – A re-examination in terms of elasticity, 34 RP 2005, 966–976
- Turner*, Donald F., The Validity of Tying Arrangements Under the Antitrust Laws, 72 Harv. Law Rev. 1958, 50–75
- Tyson*, Nicole, Joint Venture Regulation under European Competition Laws: An Update, 13 ELJ 2007, 408–423
- Ullrich*, Hanns, Kooperative Forschung und Kartellrecht, Eine Kritik der Wettbewerbsaufsicht über F&E Gemeinschaften in den USA, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1988
- Ullrich*, Hanns, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int. 1996, 555–568
- Ullrich*, Hanns, Patente, Wettbewerb und technische Normen: Rechts- und ordnungspolitische Fragestellungen, GRUR 2007, 817–830
- Ullrich*, Hanns, Patentgemeinschaften, in: Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, FS Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, 403–431

- Ullrich*, Hanns, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law – An Overview, in: Ehlermann, Claus-Dieter/Atanasiu, E. (Hrsg.), *The Interaction between Competition Law and Intellectual Property*, Oxford 2007, XXVIII–LXXV
- Varian*, Hal R., *Grundzüge der Mikroökonomik*, 6. Aufl., München 2004
- Varney*, Christine A., Antitrust and the Drive to Innovate: Innovation Markets in Merger Review Analysis, 9 *Antitrust* 1995, 16–19
- Vaughan*, Floyd L., *Economics of Our Patent System*, New York 1925 (zit.: *Vaughan* 1925)
- Vaughan*, Floyd L., *The United States Patent System, Legal and Economic Conflicts in American Patent History*, Oklahoma 1956 (zit.: *Vaughan* 1956)
- Verbeure*, Birgit/Zimmeren, Esther van/*Matthijs*, Gert/*Overwalle*, Geertrui van, Patentpools and diagnostic testing, 24 *TiBTECH* 2006, 115–120
- Verbruggen*, Johan P./*Lörincz*, Anna, Patents and technical standards, 33 *IIC* 2002, 125–154
- Weismann*, Dennis L., The Efficient Component Pricing Rule: Friend or Foe?, <https://pdfs.semanticscholar.org/29c9/460c5bd57b3939266ea239e6458cd8663e3e.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Weitbrecht*, Andreas, Das neue EG-Kartellverfahrensrecht, *EuZW* 2003, 69–73
- Werle*, Raymund, Institutional aspects of standardization – jurisdictional conflicts and the choice of standardization organizations, 8 *JEPP* 2001, 392–410
- Werle*, Raymund, Standards and Standards Organisations in the International Free Trade Regime, 14 *Knowl. Tech. Pol.* 2001, 127–140
- West*, Joel, The economic realities of open standards: black, white and many shades of grey, in: *Greenstein*, Shane/Stango, Victor (Hrsg.), *Standards and Public Policy*, Cambridge 2007, 87–122
- Weston*, Glen E., Neue Entwicklungen im U.S. Antitrustrecht und die kartellrechtliche Beurteilung von Beschränkungen in Patentlizenzerträgen, *GRUR Int.* 1984, 125–136
- Wicker*, Kimberly R., International Construction Joint Ventures: Practical Issues and Concerns, 8 *WA & MR* 1997, 296–311
- Wiedemann*, Gerhard, Erste Erfahrungen mit den EWG-Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere für Patentlizenz- und Know-How-Vereinbarungen, *GRUR Int.* 1990, 807–817
- Wiedemann*, Gerhard, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, Heidelberg 1981
- Wiedemann*, Gerhard, *Handbuch des Kartellrechts*, München 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Wiedemann*, *Kartellrecht*)
- Winzer*, Wolfgang, Die Freistellungsverordnung der Kommission über Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen vom 1. Januar 2001, *GRUR Int.* 2000, 413–420
- Winzer*, Wolfgang, *Forschungs- und Entwicklungsverträge*, München, 2006
- Wissel*, Holger/*Eickhoff*, Jörn, Die neu EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologie-transfer-Vereinbarungen, *WuW* 2004, 1244–1255
- Wodianka*, Volker, Rechtliche Aspekte des Roaming in 2G/3G Mobilfunksystemen, Die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Flächendeckungskonzepten im digitalen, zellularen Mobilfunk, Köln 2008

- Wodz*, Borys, Comfort Letters and other Informal Letters in the E.C. Competition Proceedings – Why ist the Story not over, 21 ECLR 2000, 159–169
- Wolf*, Ernst, Die amerikanische Antitrust – Gesetzgebung und ihre internationalen Auswirkungen, GRUR Int. 1951, 241–251
- Wolf*, Ronald C., Effective international Joint Venture Management: Practical Legal Insights for Successful Organization and Implementation, New York 2000
- Worley*, Regis C., The MPEG LA Patentpool: A Rule of Reason Analysis and Suggestion to Improve Procompetitiveness, 24 TJLR 2002, 299–318
- Wörz*, Ingeborg, Die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzaustauschvereinbarungen und Patentgemeinschaften im Europäischen Recht, Eine Untersuchung unter Einbeziehung des US-amerikanischen Antitrustrechts, Konstanz 1993
- Yao*, Dennis A./*DeSanti*, Susan S., Innovation Issues under the 1992 Merger Guidelines, 61 ALJ 1993, 505–521
- Zäch*, Roger, Freedom to Compete and the More Economic Approach, IIC 2009, 623–626
- Zahorka*, Hans-Jürgen, Gründung und Betrieb einer EWIV, www.libertas-institut.com/de/PDF/BasicScript.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Zain*, Sami, Suppression of Innovation or Collaborative Efficiencies?: An Antitrust Analysis of a Research & Development Collaboration That Led to the Shelving of a Promising Drug, 5 JMRIPL 2006, 348–381
- Ziegler*, Jens, Die Zulässigkeit der Forschungskooperation im Kartellrecht der EG und der USA, Eine Untersuchung besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnung für Forschung und Entwicklung und des National Cooperative Research Act, Köln 1991
- Zöttl*, Johannes, Das neue EG-Kartellrecht für Technologietransferverträge, Erste Erfahrungen aus der Anwendungspraxis, WRP 2005, 33–47

Quellenverzeichnis

Bestimmungen u. Mitteilungen der EU:

Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 85 des EWG-Vertrags, ABl. C 43/2, vom 16.2.1993

Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/54, vom 27.4.2004

Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56/24, vom 5.3.2005

Bekanntmachung der Kommission über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Art. 81 und 82 des Vertrags, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben), ABl. C 101/78, vom 27.4.2004

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Gemeinschaft fallen, ABl. C 372/13, vom 9.12.1997 (zit.: De-minimis-Bekanntmachung 1997)

Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl. C 368/13, vom 22.12.2001 (zit.: De-minimis-Bekanntmachung 2001)

Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. C 372/5, vom 19.12.1997

Bekanntmachung über Patentlizenzverträge, ABl. 139/2922, vom 24.12.1962 (zit.: Bekanntmachung über Patentlizenzverträge)

Bekanntmachung über Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit betreffen, ABl. C 75/3, vom 29.7.1968

Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Art. 101 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), OJ C 291, 30.8.2014, 1 ff. (zit.: De-minimis-Bekanntmachung 2014)

Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des EG-Vertrags auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarung, ABl. C 235/11, vom 1.10.2003

Entwurf einer Verordnung (EWG) der Kommission über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. EG Nr. C 58/18, vom 3.3.1979

- Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 3/2, vom 6.1.2001
- Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130/1, vom 19.5.2010 (zit.: Leitlinien VO 330/2010)
- Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 248/1, vom 30.6.2022 (zit.: Leitlinien VO 2022/720)
- Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Art. 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101/81, vom 27.4.2001
- Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11/1, vom 14.1.2011 (zit.: Horizontal-Leitlinien)
- Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 101/2, vom 27.4.2004 (zit.: 2004 Leitlinien zur TT-GVO)
- Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. C 89/3, vom 28.3.2014 (zit.: Leitlinien zur TT-GVO)
- Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 31/5, vom 5.2.2004 (zit.: Leitlinien horizontaler Zusammenschlüsse)
- Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265/6, vom 18.10.2008
- Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften betreffend die Aktualisierung der Bekanntmachung von 1986 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, ABl. C 368/20, vom 23.12.1994
- Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/1, vom 2.3.1998
- Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 66/5, vom 2.3.1998
- Mitteilung der Kommission über nach der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission zulässige Abhilfemaßnahmen, ABl. C 267/1, vom 22.10.2008 (zit.: Mitteilung über Abhilfemaßnahmen)
- Mitteilung der Kommission über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen, ABl. C 203/5, vom 14.8.1990
- Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294/22, vom 10.11.2001
- Verordnung (EG) Nr. 70/95 der Kommission vom 17. Januar 1995 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2348/84 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzzvereinbarungen, ABl. L 12/13, vom 18.1.1995

- Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004, über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1, vom 29.1.2004 (zit.: FKVO)
- Verordnung (EG) Nr. 240/96 der Kommission zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen vom 31. Januar 1996, ABl. L 31/2, vom 9.2.1996 (zit.: VO 240/96)
- Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 180/1, vom 9.7.1990
- Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 203/30, vom 1.8.2002
- Verordnung (EG) Nr. 2131/95 der Kommission vom 7. September 1995 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzzvereinbarungen, ABl. L 214/6, vom 8.9.1995.
- Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1, vom 10.11.2001
- Verordnung (EG) Nr. 2236/97 der Kommission vom 10. November 1997 zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 417/85 und (EWG) Nr. 418/85 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen und von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. 1997 L 306/12, vom 11.11.1997
- Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 304/7, vom 5.12.2000 (zit.: VO 2659/2000)
- Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102/1, vom 23.4.2010 (zit.: VO 330/2010)
- Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur europäischen Normung, zur Änderung der Richtlinien 89/686/EWG und 93/15/EWG des Rates sowie der Richtlinien 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG und 2009/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung des Beschlusses 87/95/EWG des Rates und des Beschlusses Nr. 1673/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 316/12, vom 14.11.2012 (zit.: VO 1025/12)
- Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 335/36, vom 18.12.2010 (zit.: VO 1217/2010)
- Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 335/43, vom 18.12.2010 (zit.: VO 1218/2010)

Verordnung (EU) Nr. 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 134/4, vom 11.5. 2022 (zit.: VO 2022/720)

Verordnung (EWG) Nr. 151/93 der Kommission vom 23. Dezember 1992 zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 417/85, (EWG) Nr. 418/85, (EWG) Nr. 2349/84 und (EWG) Nr. 556/89 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, von Patentlizenzvereinbarungen und von Know-how-Vereinbarungen, ABl. L 21/8, vom 29. 1. 1993

Verordnung (EWG) Nr. 417/85 der Kommission vom 19. Dezember 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl. L 53/1, vom 22. 2. 1985

Verordnung (EWG) Nr. 418/85 der Kommission vom 19. Dezember 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl. L 53/5 vom 22. 2. 1985 (zit.: VO 418/85)

Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der Kommission vom 30. November 1988 zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Know-how-Vereinbarungen, ABl. L 61/1, vom 4. 3. 1989 (zit.: Know-How GVO)

Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. L 199/1, vom 31.7.1985

Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 der Kommission vom 23. Juli 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen, ABl. L 219/15, vom 16. 8. 1984 (zit.: VO 2349/84)

Verordnung (EWG) Nr. 2821/71 des Rates vom 20. Dezember 1971 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 285/46, vom 29.12.1971

Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21.12.1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 395/1, vom 30.12.1989 (zit.: VO 4064/89)

Verordnung 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/1, vom 4.1.2003 (zit.: VO 1/2003)

Verordnung 3385/94 (EWG) der Kommission vom 21. Dezember 1994 über die Form, den Inhalt und die anderen Einzelheiten der Anträge und Anmeldungen nach der Verordnung Nr. 17 des Rates, ABl. L 377/28, vom 31.12.1994

Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrags, ABl. (EWG) 13/204, vom 21.2.1962 (zit.: VO 17/62)

Verordnung Nr. 19/65 des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Art. 85 Abs. (3) des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ABl. P 36/533, vom 6.3.1965

Verordnung Nr. 67/67/EWG der Kommission vom 22. März 1967 über die Anwendung von Art. 85 Abs. (3) des Vertrags auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. 57/849, vom 25.3.1967

Bestimmungen u. Mitteilungen der US-amerikanischen Behörden:

Antitrust Division business review procedure 28 C.F.R. § 50. 6

Department of Justice, Response to Trustees of Columbia University, Fujitsu Limited, General Instrument Corp., Lucent Technologies Inc., Matsushita Electric, <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/215742.pdf> (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: MPEG Business review Letter)

FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001 Acquisition of Novazyme Pharmaceuticals, Inc. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2004/01/ftc-closes-its-investigation-genzyme-corporations-2001> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: FTC Closes its Investigation of Genzyme Corporation's 2001)

FTC, In the Matter of Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation, Docket No. 9286, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/summit-technology-inc-visx-inc-matter> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: FTC, In the Matter of Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation)

FTC/U.S. Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors, April 2000, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: FTC/DoJ, Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors)

General Procedures FTC16 C.F.R. 1.1

In re Negotiated Data Solutions LLC, (Fed. Trade Comm'n 2008) (No. C-4234)

U.S. Department of Justice – Antitrust Division, Response to 3G Patent Platform Partnership's Request vor Business Review Letter, <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/200455.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: DoJ, Response to 3G)

U.S. Department of Justice, Antitrust Division Manual, <http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit: DoJ, Antitrust Division Manual)

U.S. Department of Justice, Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, 53 Fed. Reg. 21,584 (1988)

U.S. Department of Justice, Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 12. 1. 2017, <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: IP Guidelines)

U.S. Department of Justice/FTC, Horizontal Guidelines 1984, <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11249.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)

U.S. Department of Justice/FTC, Horizontal Merger Guidelines 1997, http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Merger Guidelines 1997).

U.S. Department of Justice/FTC, Horizontal Merger Guidelines 2010, <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Merger Guidelines 2010).

Entscheidungen des BGH:

BGH vom 13. 7. 2004 – KZR 40/02 (Standard-Spundfass)

Entscheidungen des EuG:

- EuG vom 3.10.1985, Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261 (Centre Belge d'etudes de marche-Telemarketing SA vs. Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA & Information publicite Benelux SA)
- EuG vom 10.7.1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309 (Tetra Pak/Kommission)
- EuG vom 10.7.1991, Rs. T-70/89, Slg. 1991, II-538 (BBC/Kommission)
- EuG vom 10.3.1992, Rs. T-14/92, Slg. 1992, II/1155 (Montedipe)
- EuG vom 18.9.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223 (Automec II)
- EuG vom 6.10.1994, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755 (Tetra Pak/Kommission)
- EuG 12.1.1995, Rs. T-102/92, Slg. 1995, II-17 (Viho/Kommission)
- EuG vom 6.4.1995, Rs. T-148/89, Slg. 1995, II/1063 (Tréfilunion)
- EuG vom 25.10.2002, Rs. T 5/02, Slg. 2002, II-4519 (Tetra Laval/Kommission)
- EuG vom 23.10.2003, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4662 (van den Bergh Foods)

Entscheidungen des EuGH:

- EuGH vom 19.3.1964, Rs. 67/63, Slg. 1964, 321 (Sorema)
- EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 (Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm)
- EuGH vom 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, 543 (De Haecht)
- EuGH vom 9.7.1969, Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 (Völk/Vervaecke)
- EuGH vom 4.7.1972, Slg. 1972, 619 (ICI/Kommission)
- EuGH vom 14.7.1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619 (ICI)
- EuGH vom 6.2.1973, Rs. 48/72, Slg. 1977, 89 (Brasserie de Haecht II)
- EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 (Europemballage und Continental Can/Kommission)
- EuGH vom 14.3.1974, Rs 6/73, Slg. 1974, 223 (ICI/Commercial Solvents)
- EuGH vom 15.5.1975, Rs. 71/74, Slg. 1975, 563 (Frubo)
- EuGH vom 15.5.1975, Rs. 71/74, Slg. 1975, 563 (Fruiten Groentenimporthandel und Frubo J./Kommission)
- EuGH vom 16.12.1975, Rs. 40/73, Slg. 1975, 1663 (Suiker Unie and others/Kommission)
- EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875 (Metro/Kommission)
- EuGH vom 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207 (United Brands/Kommission)
- EuGH vom 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 (Hoffmann/La Roche)
- EuGH vom 29.10.1980, Rs. 209–215 u. 218/78, Slg. 1980, 3125 (van Landewyck)
- EuGH vom 11.12.1980, Rs. 31/80 Slg. 1980, 3775 (L'Oréal)
- EuGH vom 16.6.1981, Rs. 126/80, Slg. 1981, 1563 (Salomia)
- EuGH vom 8.6.1982, Rs. 258/78, Slg. 1982, 2015 (Maissaatgut)

- EuGH vom 6.10.1982, Rs. 262/81, Slg. 1982, 3381 (Coditel/Ciné VOg Films)
- EuGH vom 8.11.1983, Rs. 96/82, Slg., 1983, 3369 (IAZ/Navewa-Anseau)
- EuGH vom 9.11.1983, Rs. 31/80, Slg. 1983, 3461 (NBI Michelin/Kommission)
- EuGH vom 17.9.1985, Rs. 25/84, Slg. 1985, 2725 (Ford II)
- EuGH vom 28.1.1986, Rs. 161/84, Slg. 1986, 353 (Pronuptia)
- EuGH vom 25.2.1986, Rs. 193/83, Slg. 1986, 643 (Windsurfing International/Kommission)
- EuGH vom 27.1.1987, Rs. 45/85, Slg. 1987, 405 (Verband der Sachversicherer/Kommission)
- EuGH vom 16.6.1987, Rs. 118/85, Slg. 1987, 2599 (Komm./Italien)
- EuGH vom 17.11.1987, Rs. 142/84, Slg. 1987, 4566 (Philip Morris)
- EuGH vom 5.10.1988, Rs. 53/87, Slg. 1988, 6039 (CICRA u.a./Renault)
- EuGH vom 5.10.1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211 (Volvo/Veng)
- EuGH vom 5.10.1988, Rs. 247/86, Slg. 1988, 5987 (Alsatel/Novasam)
- EuGH vom 28.2.1991, C-234/89 Slg. 1991, I-935 (Delimitis)
- EuGH vom 23.4.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, 1–1979 (Höfner/Macrotron)
- EuGH vom 14.7.1994, Rs. 66/93, Slg. 1994, 11–531 (Herlitz AG/Kommission)
- EuGH vom 24.10.1995, Rs. C-266/93, Slg. 1995, I-3477 (VW-Herstellerleasing)
- EuGH vom 18.3.1997, Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547 (Diego Calì & Figli Srl/Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG))
- EuGH vom 18.6.1998, Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3886 (Komm./Italien)
- EuGH vom 15.9.1998, Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 u. T-388/94, Slg. 1998 II-3141 (European Night Services/Kommission)
- EuGH vom 8.7.1999, Rs. C-235/92, Slg. 1999, I-4539 (Montecatini)
- EuGH vom 3.10.2000, Rs. C-9/99, Slg. 2000, I-8207 (Échirrolles)
- EuGH vom 20.9.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 (Courage/Crehan)
- EuGH vom 4.6.2009, Rs. C-8/08, Slg. 2009, I-4529 (T-Mobile Netherlands BV u.a./Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit)
- EuGH vom 13.12.2012, C-226/11 Slg. 2012, I-0000 (Expedia)

Entscheidungen der Europäischen Kommission:

- Komm., 24.7.1969, ABI. L 195/11 vom 7.8.1969, 15 (Farbstoffe)
- Komm., 9.12.1971, ABI. L 7/25, vom 8.1.1972 (Continental Can)
- Komm., 9.6.1972, ABI. L 143/31, vom 23.6.1972 (Davidson-Rubber)
- Komm., 9.6.1972, ABI. L 143/39, vom 23.6.1972 (Raymond/Nagoya)
- Komm., 14.12.1972, ABI. L 299/51, vom 31.12.1972, 56 f. (Zoja). Komm., Rücknahme einer Anmeldung eines Zusammenschlusses (Sache Nr. IV/M.852 – BASF/Shell), ABI. C 320/2, vom 21.10.1997
- Komm., 24.7.1974, ABI. L 237/12, vom 29.8.1974 (Advocaat Zwarte Kip)

- Komm., 20.12.1974, ABI. L 29/20, vom 3.2.1975 (Rank/Sopelem)
- Komm., 23.12.1974, ABI. L 14/14, vom 18.1.1972 (Henkel/Colgate)
- Komm., 18.7.1975, ABI. L 222/34, vom 22.8.1975 (Kabelmetall)
- Komm., 25.7.1977, ABI. L 215/11, vom 23.8.1977 (De Laval/Stork)
- Komm., 23.11.1977, ABI. L 327/26, vom 20.12.1977 (GEC/Weir)
- Komm., 10.1.1979, ABI. L 19/32, vom 26.1.1979 (Vaessen/Moris)
- Komm., 25.11.1980, ABI. L 377/16, vom 31.12.1980, 26 (Johnson)
- Komm., 29.10.1981, ABI. L 370/49, vom 28.12.1981 (GVL)
- Komm., 13.7.1983, ABI. L 224/19, vom 17.8.1983 (Rockwell/Iveco)
- Komm., 11.7.1983, ABI. L 229/1, vom 20.8.1983 (Windsurfing International)
- Komm., 5.12.1983, ABI. L 376/11, vom 31.12.1983 (VW/MAN)
- Komm., 8.12.1983, ABI. L 276/17, vom 31.12.1983 (Carbon Gas Technologie)
- Komm., 8.12.1983, ABI. L 376/17, vom 31.12.1983 (Carbon Gas)
- Komm., 16.5.1984, ABI. L 136/9, vom 23.5.1984 (Polistil/Arbois)
- Komm., 7.12.1984, ABI. L 35/35, vom 7.2.1985 (Milchförderungsfonds)
- Komm., 18.12.1985, ABI. L 376/29, vom 31.12.1985 (Siemens/Fanuc)
- Komm., 14.7.1986, ABI. L 236/30, vom 22.8.1986 (Lichtwellenleiter)
- Komm., 4.12.1986, ABI. L 5/13, vom 7.1.1987 (ENI/Montedison)
- Komm., 15.12.1986, ABI. L 50/30, vom 19.2.1987 (Boussois/Interpane)
- Komm., 22.12.1987, ABI. L 52/51, vom 26.2.1988 (Olivetti/Canon)
- Komm., 26.7.1988, ABI. L 272/27 vom 4.10.1988 (Tetra Pak I)
- Komm., 11.10.1988, ABI. L 301/68, vom 4.11.1988 (BBC Brown Boveri)
- Komm., 13.10.1988, ABI. L 309/34, vom 15.11.1988 (Delta Chemie-DDD)
- Komm., 21.12.1988, ABI. L 43/27, vom 15.2.1989 (Decca Navigator System)
- Komm., 13.12.1989, ABI. L 21/71, vom 26.1.1990 (Bayo-n-ox)
- Komm., 23.3.1990, ABI. L 100/32, vom 20.4.1990 (Moosehead/Whitbread)
- Komm., 12.4.1991, ABI. L 122/48, vom 17.5.1991 (Alcatel/Telettra)
- Komm., 12.11.1992, ABI. L 114/34, vom 8.5.1993 (Mannesmann/Hoesch)
- Komm., 8.6.1994, ABI. L 332/48, vom 22.12.1994 (Shell/Montecatini)
- Komm., 21.6.1994, ABI. L 354/32, vom 31.12.1994 (Procter & Gamble/VP Schickedanz)
- Komm., 6.10.1994, ABI. L 309/1, vom 2.12.1994 (Pasteur-Merieux/Merck)
- Komm., 2.12.1994, ABI. C 65/, vom 16.3.1995 (Thomson CSF/Deutsche Aerospace)
- Komm., 21.12.1994, ABI. L 378/37, vom 31.12.1994 (Phillips/Osram)
- Komm., 28.2.1995, ABI. C 65/3, vom 16.3.1995 (Glaxo/Wellcome)

- Komm., 28.9.1995, ABl. C 294/9, vom 9.11.1995 (Upjohn/Pharmacia)
- Komm., 17.7.1996, ABl. L 201/1, vom 29.7.1997 (Ciba-Geigy/Sandoz).
- Komm., Vorherige Anmeldung eines Zusammenschlusses (Sache Nr. IV/M.1007 – Shell/Montell), ABl. C 300/9, vom 1.10.1997
- Komm., 29.3.2000, Keine Einwände gegen einen angemeldeten Zusammenschluß (Sache COMP/M.1751 – Shell/BASF/JV – Project Nicole), ABl. C 142/35, vom 20.5.2000, Volltext http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1751_en.pdf (abgerufen am 14.3.2012) (zit.: Komm., 29.3.2000, M.1751 (Project Nicole))
- Komm., 8.5.2000, ABl. C 170/6, vom 20.6.2000 (Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham)
- Komm., 8.5.2001, ABl. L 302/51, vom 17.11.2001 (Glaxo Wellcome)
- Komm., 30.1.2002, ABl. L 38/1, vom 10.2.2004 (Tetra Laval/Sidel)
- Komm., Keine Einwände gegen einen angemeldeten Zusammenschluß (Sache Nr. IV/M.1041 – BASF/Shell (II)), ABl. C 81/5, vom 17.3.1998

Entscheidungen der US-amerikanischen Gerichte:

- American Securit Co. vs. Shatterprooff Glass Corp., 268 F.2d 769 (3rd Cir. 1964)
- Arizona vs. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982)
- Automatic Radio Co. vs. Hazeltine Research, Inc., 339 U.S. 827 (1950)
- Barr Rubber Products Co. vs. Sun Rubber Co., 277 F.Supp. 484 (S.D.N.Y. 1967)
- B.B. Chemical Co. vs. Ellis, 314 U.S. 495 (1942)
- Becton, Dickinson & Co. vs. Eisele & Co., 86 F.2d 267 (6th Cir. 1936)
- Bement vs. National Harrow Co., 186 U.S. 70 (1902)
- Besser Mfg. Co. vs. U.S., 96 F.Supp. 304 (E.D.Mich. 1947), aff'd 343 U.S., 444
- Binks Mfg. Co. vs. Ransburg Electro-Coating Corp., 281 F.2d 252 (7th Cir. 1960)
- Blount Mfg. Co. vs. Yale & Town Mfg. Co., 166 Fed. 555 (C.C. Mass., 1909)
- Board of Trade of the City of Chicago vs. U.S., 246 U.S. 231 (1918)
- Broadcast Music Inc. vs. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979)
- Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp., U.S. 125 L Ed 2 d 168 (1993)
- U.S. Philips Corp. vs. Princo Corp., 173 Fed. Appx 832 (Fed. Cir. 2006)
- Brownell vs. Ketcham Wire & Mfg. Co., 211 F.2d 121 (9th Cir. 1954)
- Buffalo Broadcasting Co., Inc. vs. American Soc. of Composers, Authors and Publishers, 744 F.2d 917 (1984)
- Carbice Corp. of America vs. American Patents Development Corp., 283 U.S. 27 (1931)
- Cummer-Graham Co. V Straight Side Basket Corp., 142 F.2D 646 (5. Cir. 1944)
- Dawson Chemical Co. vs. Rohm & Haas Co., 448 U.S. 176 (1980)
- Deering-Milliken vs. Tem-Resisto Corp., 160 F.Supp 463 (S.D.N.Y. 1958)
- Eastman Kodak vs. Images Technical Services, 112 U.S. 2072 (1992)

- Ethyl Gasoline Corp. vs. U.S., 309 U.S.436 (1940)
- Fashion Originators Guild of America vs. FTC, 312 US, 457 (1941)
- Federal Trade Commission vs. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U. S. 433 (1990)
- Fortner Enterprises, Inc. vs. U.S. Steel Corp., 494 U.S. 495 (1969)
- FTC vs. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967)
- General Talking Pictures Corp. vs. Western Electric Co., Inc., 304 U.S. 175, affirmed, 305 U.S. 124 (1938)
- Goldfarb vs. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)
- Hartford-Empire Co. vs. U.S., 323 U.S. 386 (1945)
- Henry vs. A. B. Dick Co., 224 U.S. 1 (1912)
- Illinois Tool Works, Inc. vs. Independent Ink, Inc, 547 U.S. 28 (2006)
- In re Ciba-Geigy, Ltd., Analysis to Aid Public Comment, 62 Fed. Reg. 409 (1997)
- In re Dell Computer Corp. 121 F.T.C. 616 (1996)
- In re Princo Corporation and Princo America Corporations 478 F.3d 1345 (Fed. Cir. 2007)
- International Business Machines Corp. vs. U.S., 298 U.S. 131 (1936)
- International Nickel Co. vs. Ford Motor Co., 166 F.Supp. 551 (S.D.N.Y. 1958)
- Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde, 446 U.S. 2 (1984)
- Kobe, Inc. vs. Dempsey Pump Co., 198 F.2d 416 (10th Cir. 1952)
- Kramer vs. Comissioner, 27 B.T.A. 1043 (1933)
- Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc., 127 S.Ct. 2705 (2007)
- Leitch Mfg. Co., Inc. vs. Barbor Co., Inc., 302 U.S. 458 (1938)
- Lightwave Technologies, Inc. vs. Corning Glass Works, 1991 WL 4737, 19 U.S.P.Q.2d 1838 (S.D.N.Y. 1991)
- Mallinckrodt, Inc. vs. Medipart, Inc., 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1992)
- Mandeville Island Farms, Inc. vs. American Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219 (1948)
- Manufacturers Aircraft Association, Inc. vs. U.S., 77 Ct.Cl. 481 (1933)
- Matsushita Elec. Indus. Co. vs. Zenith, 475 U.S. 574 (1986)
- McCullough Tool CO. vs. Well-Surveys, Inc., 343 F.2d 381 (10th Cir. 1965)
- Mercoid Corp. vs. Mid-Contintnet Investment Co., 320 U.S. 661, denied, 321 U.S. 802 (1944)
- Mercoid Corp. vs. Minneapolis-Honeywell Regulator, 320 U.S. 680 (1944)
- Modern Art Printing Co. vs. Skeels, 123 F.Supp. 426 (D.N.J. 1954)
- Monsanto Co. vs. Spray-Rite Service Corp. 465 U.S. 752 (1984)
- Morton Salt Co. vs. G. S. Suppiger Co., 314 U.S. 488 (1942)
- Motion Picture Patents Co. vs. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917)
- National Harrow Co. vs. Hench, 76 Fed. 667 (E.D.Pa. 1896)

- National Harrow Co. vs. Quick, 67 Fed. 130 (D.Ind. 1895)
- National Society of Professional Engineers vs. U.S., 435 U. S. 679 (1978)
- Newburgh Moire Co. vs. Superior Moire Co., 237 F.2d 283 (3d Cir. 1956)
- Northern Pacific Railway Co. vs. US, 302 U.S. 1 (1958)
- Northwest Wholesale Stationers, Inc. vs. Pacific Stationery and Printng Co., 472 U.S. 284 (1988)
- Old Dominion Box Co. vs. Continental Can Co., 273 F.Supp. 550 (S.D.N.Y. 1967)
- Orson, Inc. T/a Roxy Screening Rooms vs. Miramax Film Corp.orson, Inc., D/b/a/ Roxy Screening Rooms, Appellant 79 F.3d 1358 (1996)
- Palmer vs. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46, 48 f. (1990)
- Rambus Inc. vs. Infineon Technologies AG, 318 F.3d 1081 (Fed. Cir. 2003)
- Robintech, Inc. vs. Chemidus Wavin Ltd., 450 F.Supp. 817 (D.D.C. 1978)
- Rubber Co. v. Goodyear, 9 Wall. 788, 19 L.Ed. 566 (U.S.S.Ct. 1869)
- Rubber Tire Wheel Co. vs. Milwaukee Rubber Works Co., 154 F. 358 (7th Cir. 1907)
- San Marino Electronic Corp. vs. George J. Meyer Mfg. Co., 155 U.S.P.Q. 617 (C.D. Cal. 1967)
- Santa Fe-Pomeroy, Inc v. P & Z Co., 569 F.2d 1084 (9th Cir. 1978)
- Senza-Gel Corp. vs. Seiffhart, 803 F.2d 661 (Fed. Cir. 1986)
- Spectrum Sports, Inc. vs. McQuillian, 506 U.S. 447 (1993)
- Standard Oil Co. (Ind.) vs. U.S., 283 U.S. 163 (1931)
- Standard Oil Co. of California vs. U.S., 337 U.S. 293 (1949)
- Standard Oil Co. of New Jersey vs. U.S., 221 U.S. 1 (1911)
- Standard Sanitary MfG. Co. vs. U.S., 226 U.S. 20 (1912)
- Suni-Citrus Products Co. vs. Vincent et. al., 170 F.2d 850 (5th Cir. 1948)
- Technograph Printed Circuits, Ltd., vs. Bendix Aviation Corp., 218 F.Supp. 1 (D.Md. 1963)
- Texas Instruments, Inc. vs. Hyundai Electronics Indus. Co., 49 F.Supp.2d 893 (E.D. Texas 1999)
- The U.S. of America vs. Brown University in Providence in the State of Rhode Island, and Providence Plantations; the Trustees of Columbia University in the City of New York; Cornell University; the Trustees of Dartmouth College; President and Fellows of Harvard College, Massachusetts; Massachusetts Institute of technology; the Trustees of Princeton University; the Trustees of the University of Pennsylvania; Yale University, Massachusetts Institute of Technology, Appellant, (17.9.1993), 5 F.3d 658 (3d Cir.1993)
- Times-Picayune Publishing Co. vs. U.S., 345 U.S. 594 (1953)
- Transparent-Wrap Mach. Corp. vs. Stokes & Smith Co., 329 U.S. 637 (1947)
- U.S. vs. A. Schrader's Son, Inc. 252 U.S. 85 (1920)
- U.S. vs. Addyton Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898)
- U.S. vs. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416. (C.A. 2, 1945)

- U.S. vs. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, 179 (1911)
- U.S. vs. AMR Corp., American Airlines, 335 F.3d 1109 (10th Cir. (Kann.) 2003)
- U.S. vs. Broadcast Music Inc., 316 F.3d 189 (2003)
- U.S. vs. Crown Zellerbach Corp., 141 F.Supp. 118, 126 ff. (N.D.Ill.1956)
- U.S. vs. E. I. Du Pont de Nemours & Co., 118 F.Supp. 41 (D. Del. 1953)
- U.S. vs. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)
- U.S. vs. E.I. Du Pont de Nemours & Co., 353 U.S. 586 (1957)
- U.S. vs. Falstaff Brewing Corp., 410 U.S. 526 (1973)
- U.S. vs. General Electric Co. (Carboloy), 80 F.Supp 989 (S.D.N.Y. 1948)
- U.S. vs. General Electric Co. 272 U.S. 476 (1926)
- U.S. vs. General Instrument Corp., 87 F.Supp. 157 (D. N. J. 1949)
- U.S. vs. General Motors Corp., Civ. No. 93–530, 6 Trade Reg. Rep (CCH) 40 (D. Del. 1993)
- U.S. vs. Huck Mfg. Co., 227 F.Supp. 791 (D. Mich. 1964), affirmed, 382 U.S. 197 (1965)
- U.S. vs. IBM 1956 Trade Cas. (CCH) § 68.245 (S.D.N.Y. 1956), amended 1963 Trade Cas. (CCH) § 70.628 u. 1971 Trade Cas. § 73,453
- U.S. vs. Imperial Chemical Industries, 100 F.Supp. 504 (S.D.N.Y. 1951), 105 F.Supp 215 (S.D.N.Y. 1952)
- U.S. vs. Jerrold Electronics Corp., 187 F.Supp. 545 (E.D. Pa. 1960) affirmed 365 U.S. 567 (1961)
- U.S. vs. Line Material Co., 333 U.S. 287 (1948)
- U.S. vs. Loew's, Inc., 371 U.S. 38 (1962)
- U.S. vs. Microsoft, 231 F.Supp. 2 d 144 (D.D. C. 2002)
- U.S. vs. Microsoft, 253 F.3 d 34 (D.C. Cir. 2002)
- U.S. vs. Minnesota Mining & Mfg. Co., 92 F.Supp 947 (D.C. Mass 1950) amended, 96 F.Supp. 356 (D.Mass 1951)
- U.S. vs. Motion Picture Patents Co., 225 F. 800, (E.D. Pa. 1915) app. dismissed, 247 US 524 (1918)
- U.S. vs. National Lead Co., 332 U.S. 319 (1947)
- U.S. vs. National Lead Co., 63 F.Supp. 513 (S.D.N.Y. 1945), aff'd, 332 U.S. 319 (1947)
- U.S. vs. New Wrinkle, Inc., 342 U.S. 371 (1952)
- U.S. vs. Singer Manufacturing Co., 374 U.S. 174 (1963)
- U.S. vs. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)
- U.S. vs. Studiengesellschaft Kohle m.b.H., 670 F.2d 1122, 1128 (D.C. Cir. 1981)
- U.S. vs. Timken Roller Bearing, Co., 83 F.Supp. 284 (N.D. Ohio 1949), affirmed, 341 U.S. 593 (1951)
- U.S. vs. Trans-Missouri Freigt Assn., 166 U.S. 290, 17 S.Ct. 540 (1897)

- U.S. vs. Trenton Polterios, Co., 273 U.S. 392 (1927)
- U.S. vs. United Shoe Machinery Corp., 109 F.Supp. 295 (D. Mass., 1953)
- U.S. vs. United Shoe Machinery Corp., 347 U.S. 521 (1954)
- U.S. vs. Univis Lens, 316 U.S. 241 (1942)
- U.S. vs. Vehicular Parking Ltd., (DC Del 1933), Commerce Clearing House, Trade Regulation Reporter (CCH), 1270, 240
- U.S. vs. Vehicular Parking Ltd., 54 F.Supp. 828 (D. Del. 1944)
- U.S. Philips Corp. vs. Int'l Trade Comm'n, 424 F.3d 1179 (Fed. Cir. 2005) cert. denien, 126 S.Ct. 2899 (2006)
- U.S. Philips Corp. vs. Princo Corp., 173 Fed. Appx 832 (Fed. Cir. 2006)
- United Shoe Machinery Corp. vs. U.S., 258 U.S. 451 (1922)
- United States Supreme Court, U.S. vs. American Bldg. Maintenance Industries, 422 U.S. 271 (1975)
- Well Surveys, Inc. vs. McCullough Tool Co., 199 F.Supp. 374 (N.D. Okla. 1961)
- White Motor Co. vs. U.S., 372 U.S. 253 (1963)
- Zajicek vs. Koolvent Metal Awning Corp. of Am., 283 F.2d 127 (9th Cir. 1960)
- Zenith Radio Corp. vs. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969)

Entscheidungen der US-amerikanischen Wettbewerbsbehörde:

- FTC, B.A.T. Industries, Ltd., Complaint with Decision, 104 F.T.C. 852 (1984)
- FTC, Ciba-Geigy Ltd., et al., Complaint with Decision, 123 F.T.C. 842 (1997)
- FTC, Glaxo plc., Complaint with Decision 119 F.T.C. 815 (1995)
- FTC, Glaxo Wellcome plc, et.al, Complaint with Decision (Consent Order), 131 F.T.C. 56 (2001)
- FTC, In the Matter of Glaxo Wellcome, plc., and Smith Kline Beecham, plc. – Analysis to Aid Public Comment, 65 Federal Register 82374 (2000)
- FTC, Montedison S.p.A., et al., Proposed Consent Agreement With Anlysis To Aid Public Comment, 60 Federal Reporter, 5414 (1995)
- FTC, Roche Holding Ltd. Complaint with Decision and Order, 113 F.T.C 1086 (1990)

Sonstiges:

- Anmeldung einer Lizenzvereinbarung, Sache Nr. IV/C-3/37.506, Lizenzierung von DVD-Patenten, ABI. C 242/5, vom 27.8.1999
- ANSI Essential Requirements: Due process requirements for American National Standards (2019 edition), https://share.ansi.org/Shared%20Documents/Standards%20Activities/American%20National%20Standards/Procedures,%20Guides,%20and%20Forms/2019_ANSI_Essential_Requirements.pdf (abgerufen am 23.10.2019) (zit.: 2019 ANSI Essential Requirements)

- Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte, KOM (2000) 399 endg., 28. 6. 2000
- Beschluss des Bundeskartellamtes B3 578/06 im Fall der Fusion Phonak mit GN ReSound A/S, Ballerup, GN ReSound GmbH Hörtechnologie und GN US Holdings Inc.
- Charles River Associates, Report on Multiparty Licensing, 22. 4. 2003, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/multiparty_licensing.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Report on Multiparty Licensing)
- DVD, Lizenznehmer, <http://www.dvd6cla.com/licensee.html> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Evaluierungsbericht der Kommission über die Gruppenfreistellungsverordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer Vereinbarungen, KOM (2001) 786
- FTC, Resolving Competition Concerns, FTC Agreement Clears \$182 Billion Merger of SmithKline Beecham and Glaxo Wellcome, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2000/12/resolving-competitive-concerns-ftc-agreement-clears-182-billion> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: FTC, Resolving Competition Concerns)
- Fusionskontrolle der Gemeinschaft: Grünbuch über die Revision der Fusionskontrollverordnung, KOM(96) 19, Januar 1996, http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_19_de.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Grünbuch über die Revision der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, KOM (2001) 745 endg., 11. 12. 2001, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0745> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Grünbuch zur Innovation: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com95_688_de.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Grünbuch der Innovation)
- High Tech Aid, How does ISO Work, http://www.hightechaid.com/standards/how_does_iso_work.htm (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: High Tech Aid, How does ISO Work)
- IEEE Standards Association Board of Governors, IEEE-SA Standards Board Bylaws, March 2019, <https://standards.ieee.org/about/policies/bylaws/index.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: IEEE-SA Standards Board Bylaws)
- ISO, How are ISO standards developed?, <https://www.iso.org/developing-standards.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: ISO, How are ISO standards developed?)
- ISO, Stages of development of International Standards, <https://www.iso.org/stages-and-resources-for-standards-development.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: ISO, Stages of development of International Standards)
- Japan Patent Office, Guide Book for Practical Use of „Patent Map for each Technology Field“, 2000, <http://doc.mbalib.com/view/9b6a75121a13e11afc41e1eaef36b6.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: JPO, Guide Book)
- Knowledge@Wharton, Battle over BlackBerry: Is the U.S. Patent System out of Whack?, 16. März 2006, <http://knowledge.wharton.upenn.edu/article.cfm?articleid=1400> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Knowledge@Wharton, Battle over BlackBerry)
- Komm., Anwendung von Art. 85 und 86 EWG-Vertrag auf Vereinbarungen über den Warenvertrieb und auf gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte – Auszug aus dem 11. Bericht der EG-Kommission über die Wettbewerbspolitik, GRUR Int, Heft 8–9, 1982, 522–529

- Komm., Bericht über die Wettbewerbspolitik 2004, Teil 1, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/2004/de.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Komm., Elfter Bericht über die Wettbewerbspolitik (1981), Brüssel, 1982
- Komm., EU-Kommission genehmigt CD-Lizenzprogramm von Philips und Sony, Mitteilung vom 7.8.2003, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1152&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=en> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Komm., EU-Kommission genehmigt CD-Lizenzprogramm von Philips und Sony)
- Komm., Evaluierungsbericht der Kommission, Gruppenfreistellungsverordnung (EG) 240/96 für Technologietransfervereinbarungen (GFTT), KOM (2001) 786 endgültig, 20.12.2001
- Komm., Kartellrecht: Kommission erlässt überarbeitetes Regelwerk für Technologietransfer-Vereinbarungen, vom 21.3.2014, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-299_de.htm (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit. Komm., Kartellrecht: Kommission erlässt überarbeitetes Regelwerk für Technologietransfer-Vereinbarungen)
- Komm., Kommission stellt Verfahren nach Änderung der CD-R-Patentlizenzverträge von Philips ein, Mitteilung vom 9.2.2006, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/139&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Kommission stellt Verfahren nach Änderung der CD-R-Patentlizenzverträge von Philips ein)
- Komm., Memorandum on the Problem of Industrial Concentration in the Common Market, Competition Series No. 3, Brüssel, 1966
- Komm., Sechster Bericht über die Wettbewerbspolitik (1976), Brüssel 1977
- Komm., Zehn Jahre Forschungsförderung im Dienste der Wettbewerbsfähigkeit, EGKS-EG-EAG, Brüssel Luxemburg 1997 (zit. Komm., Zehn Jahre Forschungsförderung im Dienste der Wettbewerbsfähigkeit)
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Harmonisierte Normen: Verbesserte Transparenz und Rechtssicherheit für einen uneingeschränkt funktionierenden Binnenmarkt, Brüssel 22.11.2018, KOM (2018) 764 final, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0764:FIN:DE:PDF> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Bericht über das Funktionieren der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, KOM(2009) 2006 end., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0206:FIN:DE:PDF> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- Monopolkommission, Sondergutachten 17, Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle, 1989 (zit.: Monopolkommission, Sondergutachten 17)
- MP3, Lizenznehmer, <http://mp3licensing.com/licensees/index.asp> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- MPEG-2, License Agreement, <http://www.mpegl.com/main/programs/M2/Pages/Agreement.aspx> (abgerufen am 23. 10. 2019)
- MSNBC News, Supreme Court rejects BlackBerry Patent Appeal, 23. Januar 2006, <http://www.msnbc.msn.com/id/10989832/> (abgerufen am 13.5.2010) (zit.: MSNBC News, Supreme Court rejects BlackBerry Patent Appeal)

National Cooperative Research and Production Act, Publ. L. No. 98–462, 98 Stat. 1815 (1984), ergänzt durch den National Cooperative Research and Production Act 1993, Publ. L. No. 103–42, 107 Stat. 17 (1993)

New Drug Development a Science, Business, Regulatory, and Intellectual Property Issues Cited as Hampering Drug Development Efforts, <http://www.gao.gov/new.items/d0749.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)

Notifizierung einer Lizenzvereinbarung, Sache Nr. IV/C-3/36.849 (Lizenzerteilung für das MPEG-2-Projekt), ABl. C 229/19, vom 22. 7. 1998.

Oliver Wyman, Car Innovation 2015, Innovationsmanagement in der Automobilindustrie, <https://www.oliverwyman.de/our-expertise/insights/2007/nov/car-innovation-2015.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: Wyman, Car Innovation 2015)

Patentgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Dezember 1980 (BGBl. 1981 I S. 1), zuletzt durch Art. 13 des Gesetzes vom 24. November 2011 (BGBl. I S. 2302) geändert.

Research in Motion, Press Release, 3 März, 2006, <http://press.rim.com/release.jsp?id=981> (abgerufen am 13. 5. 2010) (zit.: Research in Motion, Pressemitteilung).

Royalty Rates under DVD6C Licensing Program, <http://www.dvd6cla.com/royaltyrate.html> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: DVD6C Lizenzgebühren)

Royalty Rates under MP3 Technology, <http://mp3licensing.com/royalty/> (abgerufen am 23. 10. 2019)

UMTS Intellectual Property Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems, Definition, Function, Structure, Operation, Governance, 7.9. 1999, <http://www.atis.org/gsc/gsc-5/ipr-03.pdf> (abgerufen am 12. 3. 2012) (zit. UMTS IP Association, 3G Patent Platform for Third Generation Mobile Communication Systems)

U.S. Congress, Temporary National Economic Commission on Public Resolution 113, Investigation of Concentration of Economic Power: Hearings, 75th-76th Congress, Washington, U.S. Government Printing Office, 1938–1940. (zit.: Temporary National Economic Commission on Public Resolution)

U.S. Department of Justice – Antitrust Division, Response to G3 Patent Platform Partnership's Request for Business Review Letter, <http://www.usdoj.gov/atr/public/busreview/200455.htm> (abgerufen am 23. 10. 2019) (zit.: DOJ; Response to G3)

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000, <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf> (abgerufen am 23. 10. 2019)

Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027 KOM (1999) 101, April 1999, http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com99_101_fr.pdf (abgerufen am 23. 10. 2019)

WIPO, Joint Inventive Activity Guide: A guide to the regulation of legal questions arising from joint inventive activity between partners from different countries, Genf, 1984 (zit.: WIPO, Joint Inventive Activity Guide)

Stichwortverzeichnis

- Allokationsmechanismus 238
ancillary restraints 214
Angebotssubstituierbarkeit 245, 247
Angemessenheitsmaßstab 98 f., 214
Auffangfunktion 145
Auffangatbestand 112
Aufgreifkriterien 244, 291, 293, 301
Ausbeutungsmissbrauch 175
Ausgangspreis 252
Ausschließlichkeit-
 - Ausschließlichkeitsabreden 212
 - Ausschließlichkeitsbestimmung 157
 - Ausschließlichkeitsbindung 139, 143, 157, 212, 227
 - Ausschließlichkeitscharakter 91, 106
 - Ausschließlichkeitsrecht 157, 174Außenlizenz 86, 96, 101, 220, 286, 297

Bagatell-Bekanntmachung 117
Bedarfsmarktkonzept 127, 248, 302
Behinderungsmissbrauch 176, 182
Beratungsschreiben 236 f.
Binnenmarkt 107, 111, 120, 133, 146, 170, 190, 198 f., 229, 244
Blockadeverhältnis 94, 263
Blocking position *siehe* Patent, Sperrposition
Board of directors 85

Call for IPR 53, 89
Chicago School 210, 219
Claim Charts 71

Direkthandel 159
Direktverkaufsbeschränkung 214
Doppelgesellschaft 80
Dualistisches System 74

economics of scale *siehe* Skaleneffekte
Efficient Competent Pricing Rule 78

Effizienz-
 - Effizienzgewinn 65, 123, 142, 260, 262 f.
 - Effizienzkriterien 213Einzelfreistellung 123, 170, 224, 230
Erstvertrieb 159
essential facilities 181, 226
ETSI 45, 53
Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung 81 f.
Evaluation Service Provider 86, 90
Exklusivrecht 215

Fallallokation 228
F&E-Aktivitäten 274
FRAND 53, 55, 96 f., 101, 105, 154, 182, 300
 - Fair 97 f.
 - FRAND-Lizenzierungserklärung 53
 - Non-Discriminatory 100
 - reasonable *siehe* Angemessenheitsmaßstabfree rider Problem 103
Fusionskontrolle 172, 184 f., 188, 189, 206, 213, 227 ff., 238

Gebietsbeschränkung 146, 156 f., 161
Gemeinschaftsunternehmen 28 f., 33, 74, 79 f., 114, 193 ff., 201 f.
 - Hochtechnologiegemeinschaftsunternehmen 195
 - konzentratives 196, 199, 200
 - kooperatives 196, 199, 200
 - Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen 141, 195 f., 200 f.
 - Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen 196 f., 199, 200 f., 265grantback 167, 221 f.
graue Liste 145

- Hold up** 55, 94, 102
Humankapital 243
- Interferenzstreit** 221
Interoperabilität 65, 89, 91
IPR Policy 53 f.
- Joint Venture** *siehe* Gemeinschaftsunternehmen
- Kartelltatbestand** 115
Kartellverfahrensrecht 123, 232
Kernbeschränkung 114, 130, 163, 297
Know-how 26, 27, 28, 69, 96, 131, 136, 254
Konsortialabspalte 194
Kontrahierungszwang 179, 226
Kopplungsgeschäft 121, 183, 261
Kopplungsvereinbarung 163 f., 218 f.
Kurzzeiteffekte 265
- Langzeiteffekte** 265
letter of intent 70
Letztentscheidungsrecht 202
litigation funds 76 f.
Lizenz
 - Exklusivlizenz 156, 158, 168
 - Lizenzgebühr 73, 87, 93, 98 ff., 104
 - Lizenzgebührenkontrolle 99
 - Lizenzierungspflicht 101, 297
 - Lizenzvereinbarung 24, 107, 142, 146, 155 ff., 160, 162, 175, 216
 - Lizenzverweigerung 91, 177, 179 f., 181, 204, 226
 - Zwangslizenz 179, 225, 243**Lock-in-Effekt** 39
- Markt**
 - Innovationsmarkt 265, 267, 271, 274 ff., 278 f., 280, 283 f., 293
 - Marktanteilsberechnung 252, 275
 - Marktanteilsbestimmung 239, 255 f., 276, 278 f., 282
 - Marktanteilsschwelle 141, 158, 161, 163
 - Marktaufteilungsvereinbarung 130, 162
 - Marktobjekt 247, 273
 - Marktstruktur 112, 127, 173, 176, 238, 269
 - Marktstrukturmissbrauch 175, 176, 182
 - Marktsubjekt 247
 - Markttransparenz 265, 288 f.
 - Marktverhalten 112, 127, 173, 238
 - Marktversagen 152, 184, 289
 - Marktvolkommenheitsfaktor 288 f.
 - Marktzutrittsschranken 127, 268
 - Produktmarkt 141
 - relevanter 114, 115, 118, 128, 141, 171, 213, 220, 227, 239
 - Technologiemarkt 245, 252, 253 ff., 256 ff., 263, 293
 - vorgelagert 184, 252, 264**memorandum of understanding** 70
Missbrauchsauflage 108, 170 f.
misuse of patents 62
Monistisches System 74
Monopolrente 298
Monopoltest 248, 252, 261
- Nachfrageelastizität** 173
Nachfragesubstituierbarkeit 245
Nebenabreden 155 ff., 213 ff.
Nichtangriffsklausel 165 f., 220 f.
Nichtanwendbarkeitsentscheidung 236
Nichtigkeit 121, 230
Nine No No's 62 f.
Normen *siehe* Standards
numerische Proportionalität 77 f.
Nutzungsbeschränkung 161 ff.
- Offenlegungspflicht** 53 f.
Oligopol 71, 112, 124, 172, 176, 188
one-stop-shop Prinzip 29
one-tier system *siehe* monistisches System 74
Opportunitätskosten 268
Outputbeschränkungen 299
- Patent**
 - Basispatent 94, 263
 - -evaluierung 28, 69, 84 ff., 88 ff., 90, 175, 282
 - komplementäres 34, 91, 94, 95, 260, 299, 305
 - nicht-wesentliches 169, 258, 260, 296

- Patentdickdicht 32, 35 f.
- Patentmapping 295
- Patentpriorität 221
- Patentregister 295
- relevante 19, 49, 54, 60, 69, 83, 84, 92, 96, 101, 118, 305
- Sperrposition 263
- substituierbares 154, 169, 175, 240, 247, 248, 253, 263 f., 302
- wesentliches 52, 53, 55, 65, 79, 91, 144, 169, 258
- per se-Verbot 62, 156, 207, 208, 210, 211, 216, 217, 219
- Poolauflösung 286
- Poolvereinbarung 30, 58, 99, 104, 113, 223
 - Administratorenregelung 24, 68, 73, 76, 79, 82 ff., 105
 - Außenlizenzierung 68, 86, 96, 101, 103, 220, 286, 297
 - Beurteilungsphase 68, 88, 89 ff., 93, 298 ff., 304
 - durchgeführte 23, 30
 - einfache 30
 - Gründungsphase 68
 - Lizenzaustausch 27, 65
 - Megapools 32, 33
 - Patentaustausch 66, 225
 - Plattformen 24, 27 ff., 31
- Preisbindung 62, 163, 216 ff.
- Preiselastizität 227
- Preiswettbewerb 125, 216, 218, 228, 252
- preliminary agreement 69

- RAND-Bedingungen** *siehe* FRAND-Bedingungen
- Richtgrößen 252
- Risikostreuung 269
- Rücklizenz-Verpflichtung 166 ff., 221 f., 297

- Schutzrechtsüberlassung 107
- Selbstregulierung 246
- Shapley Value Approach 78
- Skaleneffekte 38, 269
- Spezialisierungsvereinbarung 133 f.
- SSNIP-Test 248

- Standardisierungsorganisation 41 f., 45, 47 f., 92, 294
- Standard 37, 39, 51
 - de facto 43
 - de iure 40
 - geschlossener 44
 - offener 49
- Streitbeilegungsmechanismus 75
- Strukturfehler 265
- Strukturkontrolle 172, 175, 185, 186
- Surrogatcharakter 255

- tragedy of the anticommons** 34
- Transparenz 288
- two-tier system *siehe* dualistisches System
- tying clause *siehe* Kopplungsvereinbarung

- Umsatzschwelle 239, 292
- Unerlässlichkeit 126, 182
- upstream market *siehe* Markt, vorgelagert

- Verhaltensabstimmung 188
- Verhaltenskontrolle 152, 188, 238
- Verhaltensspielraum 242, 250
- Vertrag
 - Know-how-Vertrag 28, 69, 131, 140, 144 f.
 - Lizenzvertrag 25, 26 ff., 32, 69, 76, 100, 153, 165, 245
- Verwaltungskontrolle 229
- Verwaltungsrichtlinie 223

- Weißbuch 230
- Weitervertrieb 159
- Wesentlichkeitsdoktrin 91
- Wettbewerb 106, 127, 206, 241, 245, 249
 - Wettbewerbsparameter 113, 163, 288
 - Wettbewerbsfälschung 101, 106, 113, 115
 - wettbewerbswidrig 120, 154, 156, 160, 164, 207, 278, 301
- wirtschaftliche Gemeinschaft 79 f.
- wirtschaftliche Tätigkeit 110
- Wohlfahrtsgewinn 126

- Zusammenschlusstatbestand 186, 202