

| Andreas Heinemann

Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht: Divergenz oder Konvergenz?

Das Verhältnis von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht bereitet Schwierigkeiten, seit es beide Rechtsgebiete gibt. Während früher die Spannungen zwischen geistigem Eigentum und dem Wettbewerbsgedanken hervorgehoben wurden, steht heute der komplementäre Zusammenhang im Vordergrund. Hilfreich ist das bessere Verständnis der ökonomischen Zusammenhänge: Sowohl die Rechte des geistigen Eigentums als auch das Wettbewerbsrecht sollen die Innovationsanreize stärken. Für die rechtliche Beurteilung von Fällen an der Schnittstelle zwischen den beiden Materien sind hieraus die richtigen Schlussfolgerungen zu ziehen. Da kein genuiner Konflikt besteht, sind Vorrangregeln unangemessen. Die Abgrenzungsregel des „spezifischen Gegenstands“ von Immaterialgüterrechten, die immer noch durch das Europäische Wirtschaftsrecht geistert, sollte deshalb fallengelassen werden. Der Beitrag greift zwei aktuelle Anwendungsfälle des Kartellrechts des geistigen Eigentums auf (nämlich den Einsatz standardessentieller Patente im IT-Sektor und die *pay for delay*-Vereinbarungen in der pharmazeutischen Industrie) und macht deutlich, wie ein angemessener Ausgleich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht gelingen kann.¹⁾

I. Einführung

1. Gang der Darstellung

Das Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht²⁾ wirft Fragen auf, seit es beide Materien gibt.³⁾ Während zunächst die Divergenz zwischen beiden Rechtsgebieten hervorgehoben wurde, steht heute Zielkomplementarität und eine hiermit verbundene Konvergenz im Vordergrund. Nach einer fallbezogenen Einführung soll zunächst die Behandlung der Schnittstellenproblematik im US-amerikanischen Recht skizziert werden, da hier der größte Erfahrungsschatz besteht (II.). Eine Auflistung von Einzelfragen, die sich in den letzten Jahren gestellt haben, veranschaulicht die praktische Relevanz des Themas (III.). Die Entwicklung von Divergenz zur Konvergenz wäre nicht möglich gewesen ohne eine genauere Erkenntnis des Innovationszusammenhangs beider Rechtsgebiete (IV.). Schließlich sollen die zwei meistdiskutierten Anwendungsfälle der Gegenwart in die Gesamtdiskussion eingeordnet werden, nämlich einerseits die wettbewerbsrechtliche Einrahmung standardessentieller Patente (V.) und andererseits die wettbewerbsrechtlichen Grenzen von *pay for delay*-Vereinbarungen (VI.).

2. Standardessentielle Patente

Mit diesen beiden Fallkonstellationen soll auch in die Problematik eingeführt werden. Bei standardessentiellen Patenten handelt es sich um Schutzrechte, die zwangsläufig benutzt werden müssen, wenn Verfahren eingesetzt oder Produkte hergestellt werden, die einem bestimmten technischen Standard entsprechen.⁴⁾ Es besteht die Gefahr opportunistischen Verhaltens in Normenorganisationen: Da der Wert eines Patents durch Aufnahme in einen technischen Standard beträchtlich steigt, ist es vorgekommen, dass Patentinhaber die Existenz ihres Schutzrechts verschwiegen haben, um nach Annahme des Standards hohe Lizenzgebühren zu verlangen (*patent ambush*). Normenorganisationen verlangen von den Beteiligten deshalb in der Regel eine FRAND-Verpflichtung, d.h. eine Zusage, einschlägige Schutzrechte allen Interessenten zu fairen, angemessenen und diskriminierungsfreien Bedingungen zu lizenzieren.⁵⁾ Trotz FRAND-Verpflichtung haben Schutzrechtsinhaber andere Unternehmen wegen Patentverletzung verklagt, obwohl diese bereit waren, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Konditionen abzuschließen. Auf die genauere kartellrechtliche Würdigung eines solchen Verhaltens wird weiter unten eingegangen (s.u. V.). Für die allgemeine Thematik von Divergenz und Konvergenz der beiden Rechtsgebiete sei nur so viel vorangeschickt: Wenn

| Prof. Dr. Andreas Heinemann ist Inhaber des Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich; ständiger Gastprofessor an der Universität Lausanne.

- 1) Der Text basiert auf dem Vortrag, den der Verfasser am 29. September 2014 auf dem IP-Day der Wirtschaftsuniversität Wien gehalten hat.
- 2) Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ wird im Folgenden gemäß dem Sprachgebrauch des EU-Rechts im Sinne von „Kartellrecht“ verwendet. Im Rahmen dieses Beitrags kann in Bezug auf das Immaterialgüterrecht nicht zwischen den einzelnen Schutzrechten unterschieden werden. Die auf Leistungsanreize abstellende Argumentation passt nicht auf die Kennzeichenrechte, so dass die Aussagen insofern einzuschränken sind.
- 3) Die Literatur zum Thema ist unüberschaubar. S. beispielsweise die Bibliographie bei Ullrich/Heinemann in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Teil GRUR B, 5. Aufl. 2012, 1671-1676.
- 4) Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 C 89/3, Rn. 252.
- 5) Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 277 ff.

vollständige Harmonie zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht bestünde, müssten Patentverletzungsklagen trotz FRAND-Erklärung immer kartellrechtskonform sein: Schließlich gehört es zu den Kernbefugnissen eines Patentinhabers, gegen (mutmaßliche) Patentverletzungen auf dem Zivilrechtsweg vorzugehen. Bei uneingeschränkter Konkordanz dürfte eine solche Klage also nicht gegen das Kartellrecht verstoßen.

3. *Pay for delay*-Vereinbarungen

Entsprechendes gilt für das zweite Beispiel. Im Gesundheitssektor kommt es häufig zum Streit zwischen Unternehmen der forschenden Pharmaindustrie und Generikaherstellern. So kann beispielsweise der Bestand von Patenten in Zweifel stehen oder es stellt sich die Frage, ob die Markteinführung von Generika einschlägige Schutzrechte verletzt. Solche Streitigkeiten werden häufig im Wege des Vergleichs beigelegt, wobei der Generikahersteller späteren Markteintritt zugesteht und hierfür vom Originalhersteller eine Geldzahlung erhält. Solche Vereinbarungen werden *pay for delay*-Vergleiche oder *reverse payment settlements* genannt, da das Entgelt nicht – wie üblich – vom Patentnutzer zum Patentinhaber, sondern in umgekehrter Richtung fließt. Für das Zusammenspiel der beiden hier im Vordergrund stehenden Rechtsgebiete lassen sich ähnliche Überlegungen wie im Zusammenhang mit den standardessentiellen Patenten anstellen: Bei vollständiger Eintracht dürfte kein Kartellrechtsverstoß vorliegen, da die Möglichkeit, Rechtsstreitigkeiten durch Vergleich beizulegen, nicht nur auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts anerkannt, sondern allgemeiner Ausdruck der Privatautonomie ist.

4. Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission

Tatsächlich hat die Europäische Kommission aber in beiden Konstellationen das Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes bejaht. In den Smartphone-Patentkriegen⁶⁾ hat die Behörde den Grundsatz aufgestellt, dass eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird, wenn die Inhaberin eines standardessentiellen Patents trotz FRAND-Erklärung eine Unterlassungsklage erhebt, wenn die andere Seite willens zum Abschluss eines Lizenzvertrags ist.⁷⁾ Und in mehreren Entscheidungen zur pharmazeutischen Industrie hat die Europäische Kommission die Einschätzung zugrunde gelegt, dass der Abschluss von Vergleichen mit dem Ziel einer ungerechtfertigten Verzögerung des Marktzutritts von Generika keine normale außergerichtliche Streitbeilegung, sondern ein kartellrechtswidriges Abkaufen von Wettbewerb darstelle.

5. Harmonie oder Konflikt?

Die beiden Beispiele machen deutlich, dass keine ungestörte Harmonie zwischen den beiden Rechtsgebieten besteht. Ist aus diesem Befund auch abzuleiten, dass ein fundamentaler Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht vorliegt? Diese Schlussfolgerung wäre übereilt. Tatsächlich stellt sich das Verhältnis zwischen beiden Rechtsgebieten komplexer dar, als es die bloße Gegenüberstellung schutzrechtlicher Befugnisse und kartellrechtlicher Intervention beschreibt. Nirgends kommt

diese Komplexität besser zum Ausdruck als in der Entwicklung des US-amerikanischen *Intellectual Property Antitrust*, welches das gesamte Spektrum möglicher Verhältnisbestimmungen widerspiegelt.

II. USA: Vom Konflikt zur Komplementarität

1. Überblick

Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts ist nicht nur deshalb von Interesse, weil das Land über das erste prominente Kartellgesetz verfügte⁸⁾ und bis heute hiermit weltweit ausstrahlt,⁹⁾ sondern weil sowohl dem geistigen Eigentum als auch dem Antitrustrecht ein hoher Stellenwert zukommt: Das geistige Eigentum ist in der Verfassung von 1787 verankert.¹⁰⁾ *Thomas Jefferson*, Gründervater, dritter Präsident der Vereinigten Staaten und selbst Erfinder, war Mitverfasser des Patentgesetzes von 1793. Andererseits bestand ein starker Affekt gegen Monopole: Die amerikanische Loslösung von Großbritannien hatte sich gegen die Ausübung politischer und wirtschaftlicher Macht gewendet. Auch Senator *Sherman* begründete das nach ihm benannte Kartellgesetz von 1890 mit der Notwendigkeit, nicht nur politische, sondern auch wirtschaftliche Macht zu begrenzen.¹¹⁾ Die Schutzrechte des geistigen Eigentums wurden als *legal monopolies* gesehen, die ausnahmsweise den Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit durchbrechen. Vor diesem Hintergrund wurde es notwendig, das Verhältnis beider Rechtsmaterien zueinander zu bestimmen.¹²⁾

2. Konfliktthese

In einem ersten Schritt wurde der Konflikt von *legal monopoly* und Wettbewerbsschutz hervorgehoben. Die Aufhebung von These und Antithese in einer Synthese wurde nicht für möglich gehalten. Vielmehr versuchte man, den Konflikt durch Vorrangregeln zu lösen, nämlich durch ein Primat des Immaterialgüterrechts vor dem Wettbewerbsrecht. Dies entsprach der Sichtweise der Schutzrechte als Ausnahme vom Grundsatz des *free enterprise*. Der

6) S. den Überblick von *Wittmann*, MR-Int 2014, 52.

7) Europäische Kommission, 29.04.2014, C (2014) 2892 – *Motorola – Enforcement of GPRS Standard Essential Patents* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

8) Nicht aber über das erste moderne Kartellgesetz überhaupt: Kanada kam mit dem Kartellgesetz von 1889 dem US-amerikanischen Sherman Act um ein Jahr zuvor.

9) S. aber die kritischen Bemerkungen von *Gerber*, *Global Competition – Law, Markets, and Globalization*, 2010, 156 ff.

10) Article I Section 8 Cl. 8 räumt dem Kongress die Befugnis ein, "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."

11) "If we will not endure a king as a political power we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity." (Congressional Record, Volume XXI, Part III, 2457, Sitzung des Senats vom 21.03.1890).

12) S. zum folgenden *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, 41 ff. Für ein aktuelles Resümee des Verhältnisses von geistigem Eigentum und Kartellrecht im US-amerikanischen Recht s. *Abbott*, 2 Journal of Antitrust Enforcement 363 (2014).

US Supreme Court ging zunächst brachial vor: In der *Bement*-Entscheidung stellte er die allgemeine Regel auf, dass „absolute freedom [...] under the patent laws of the United States“ bestehe, die auch Preisabsprachen im Rahmen eines Patentpools umfasse.¹³⁾ Zehn Jahre später nahm der Gerichtshof im *Badewannenfall* diese Aussage insoweit zurück, als der Vorrang des Immaterialgüterrechts sich nur auf Verhaltensweisen beziehe, die sich innerhalb des Schutzbereichs des Patents bewegen.¹⁴⁾ Damit war die *inherency doctrine* geboren, die eine formale Grenzziehung zwischen Ausschlussrecht und Wettbewerb vornimmt: Verhaltensweisen, die sich innerhalb der sachlichen und zeitlichen Grenzen des Schutzrechts bewegen, sind von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen. Auf schutzrechtsübersteigende Beschränkungen ist dieses hingegen voll anwendbar.

Die einflussreichen *Nine No-No's* der *Antitrust Division* des US-Bundesjustizministeriums, die von 1968 bis 1981 galten, griffen diesen Ansatz auf und stellten einen Katalog von Verhaltensweisen auf, die sich außerhalb des Schutzbereichs bewegen und deshalb in der Regel kartellrechtswidrig sind, z.B. Kopplungen und Paketlizenzen, Rückgewährklauseln, Ausschließlichkeitsbindungen und vertikale Preisbindung. International trat die *inherency doctrine* einen Siegeszug an. In Deutschland wurde sie beispielsweise als „Inhaltstheorie“ rezipiert und fand sich bis zum Jahr 2005 ausdrücklich im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im lizenzkartellrechtlichen Zusammenhang.¹⁵⁾ Auch die europäische Lehre vom spezifischen Gegenstand steht in dieser Tradition. Anscheinend besitzt die *inherency doctrine* in ihren verschiedenen Spielarten hohe mentale Attraktivität und erscheint manchen gar als selbstevident: Was schutzrechtlich zugesprochen ist, kann doch kartellrechtlich nicht verwerflich sein. Dabei hat die *inherency doctrine* große Schwächen: Einerseits geht die strenge Anwendung des Kartellrechts außerhalb des Schutzbereichs zu weit. Andererseits greift die Kartellrechtsimmunität für Verhaltensweisen innerhalb des Schutzbereichs zu kurz. Gerade auch schutzrechtsimmanente Befugnisse können zur Beschränkung des Wettbewerbs eingesetzt werden. Ein genaueres Verständnis der Zusammenhänge verdanken wir ausgerechnet der *Chicago School*, die eigentlich mit größter Zurückhaltung bei kartellrechtlichen Eingriffen in Verbindung gebracht wird.

3. Harmoniethese

Die beiden bekanntesten Vertreter der *Chicago School of Antitrust Analysis* sind *Richard Posner* und *Robert Bork*. Ihre berühmten Programmschriften zur Kartellrechtsanalyse unter ausschließlicher Berücksichtigung des Effizienzziels erschienen 1976 und 1978.¹⁶⁾ Weniger bekannt ist, dass das maßgebliche Buch der *Chicago School* zum *Intellectual Property Antitrust* bereits einige Jahre vorher erschienen war.¹⁷⁾ *Ward Bowman* rechnete darin mit der *inherency doctrine* ab, räumte mit der Sichtweise vom genuinen Konflikt zwischen Patent- und Wettbewerbsrecht auf und mahnte ein radikales Umdenken an: Die meisten der durch die *Nine No-No's* geächteten Klauseln in Lizenzverträgen seien effizienzsteigernd. Zwischen den beiden Rechtsgebieten herrsche Harmonie.¹⁸⁾

Die Wirkung dieser Kritik war außerordentlich und ging über das Anliegen von *Bowman* und der *Chicago School* weit hinaus. Zwar wurde der extensiven Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Ausschließlichkeitsrechte Einhalt geboten. Aber gleichzeitig entfiel die Kartellrechtsimmunität für Verhaltensweisen innerhalb des Schutzbereichs von Immaterialgüterrechten. Kennzeichnend für den neuen Ansatz war nämlich die Berücksichtigung des gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs. Eine sehr viel stärker einzelfallbezogene Analyse wurde hierdurch möglich.

4. Aufhebung formaler Grenzziehungen.

Formalen Grenzziehungen nach Art der *inherency doctrine* war damit der Boden entzogen. Die beiden Bundeskartellbehörden zogen in den 1995 verabschiedeten (und heute noch geltenden) *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* die Konsequenzen.¹⁹⁾ Den Leitlinien liegen drei Prinzipien zugrunde: Erstens ist für die Zwecke des Antitrustrechts kein Unterschied zwischen geistigem und Sacheigentum zu machen. Zweitens verschafft ein Immaterialgüterrecht seinem Inhaber nicht notwendigerweise Marktmacht. Und drittens haben Lizenzverträge in der Regel wettbewerbsfördernde Wirkungen. Gleichzeitig verfeinerten die Leitlinien das analytische Instrumentarium, indem die Unterscheidung von Produkt-, Technologie- und Innovationsmärkten eingeführt wurde, welche die Wertschöpfungskette in innovativen Zusammenhängen feiner abbildet und auch heute noch State of the Art ist.²⁰⁾

Die Konsequenz für die Kartellrechtsanwendung besteht darin, dass nicht mehr zu untersuchen ist, ob eine bestimmte Verhaltensweise von schutzrechtlichen Befugnissen

13) 186 U.S. 70, 91 (1902) – *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*

14) 226 U.S. 20 (1912) – *Standard Sanitary Manufacturing Company et. al. v. United States of America.*

15) § 17 Abs. 1 S. 1 GWB lautete (bis zur 7. GWB-Novelle im Jahr 2005): „Verträge über Veräußerung oder Lizenzierung von erteilten oder angemeldeten Patenten oder Gebrauchsmustern, von Topographien oder Sortenschutzrechten sind verboten, soweit sie dem Erwerber oder Lizenznehmer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, die über den Inhalt des gewerblichen Schutzrechts hinausgehen.“ Der Rest der Vorschrift präziserte, welche Beschränkungen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen, und sah gewisse Ausnahmen vor. § 18 GWB erstreckte diese Grundsätze auf andere als die genannten Schutzrechte, auf Know-how und auf Mischverträge. Große praktische Bedeutung hatte die Inhaltstheorie allerdings nicht, da sich die Kautelarpraxis weitgehend am strengeren europäischen Lizenzkartellrecht orientierte.

16) *Posner*, *Antitrust Law*, 1976, und *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 1978.

17) Nämlich *Bowman*, *Patent and Antitrust Law – A Legal and Economic Appraisal*, 1973.

18) *Bowman* (o. Fn. 17), 1: “In terms of the economic goals sought, the supposed opposition between these laws is lacking. Both antitrust law and patent law have a common central economic goal: to maximize wealth by producing what consumers want at the lowest cost.” (Hervorhebung im Original).

19) U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission, 06.04.1995, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*; www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm.

20) S. beispielsweise *Früh*, *Immaterialgüterrechte und der relevante Markt – Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation*, 2012.

sen gedeckt ist, sondern ob nachteilige Wirkungen festzustellen sind, die nicht durch Effizienzvorteile kompensiert werden. Für das Kartellrecht ist also nicht mehr der Schutzbereich des Immaterialgüterrechts relevant, sondern eine Analyse des gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs. Der Vorteil des neuen Ansatzes besteht in einer präziseren Bestimmung der Wettbewerbswirkungen. Der Nachteil besteht in dem größeren Aufwand, der für die Einzelfallanalyse zu betreiben ist, und dem Verlust an Rechtssicherheit, der aus dem Verzicht auf formale Grenzbeziehungen folgt. Insgesamt überzeugt der neue Ansatz: Alle Rechte, auch solche des geistigen Eigentums, können zu wettbewerbswidrigen Zwecken eingesetzt werden. Eine Abschirmung des Schutzrechtsinhalts vor der Kartellrechtsanwendung würde die Wettbewerbsordnung unabsehbaren Gefahren aussetzen. Dem Verlust an Rechtssicherheit ist durch Leitlinien und Rechtsanwendungspraxis entgegenzusteuern. In der Europäischen Union tritt das Instrument der Gruppenfreistellungsverordnung hinzu.

III. EU: Grundsätze und Anwendungsfelder

1. Grundsätze des EU-Rechts

Das EU-Kartellrecht ist kein Klon des US-amerikanischen Antitrustrechts, sondern hat eigenständige Wurzeln und – bei aller Konvergenz – eigene Inhalte.²¹⁾ US Antitrust und europäisches Kartellrecht sind heute die beiden wichtigsten Referenzkartellordnungen der Welt. Gerade auf dem Gebiet des Kartellrechts des geistigen Eigentums wird aber deutlich, wie stark die Einflüsse des US-amerikanischen auf das europäische Recht sind. Der Ausgangspunkt war allerdings zunächst ein anderer: Da europäisches Primärrecht aus Integrationsgründen von Anfang an Kartellrecht, aber kein Recht des geistigen Eigentums enthielt, verblieb die Ausgestaltung des Immaterialgüterrechts auf der Ebene der Mitgliedstaaten.²²⁾ Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts (heute: des Unionsrechts) konnten Grenzen des europäischen Wettbewerbsrechts nicht direkt dem (nationalen) Immaterialgüterrecht entnommen werden. Der Gerichtshof schuf deshalb die Kunstfigur des „spezifischen Gegenstands“ von Immaterialgüterrechten.²³⁾ Dieses Konzept war sichtlich vom formalen Ansatz des früheren US-amerikanischen Antitrustrechts, nämlich der *inherency doctrine* geprägt. Die ursprüngliche Intention bestand darin, Verhaltensweisen, die vom spezifischen Gegenstand eines Schutzrechts gedeckt sind, von der Kartellrechtsanwendung auszunehmen.²⁴⁾ Die strenge Anwendung des europäischen Kartellrechts jenseits des spezifischen Gegenstands wurde unter dem Eindruck der US-amerikanischen Entwicklungen abgemildert. Der *more economic approach* führte zu einer stärkeren Würdigung der Wettbewerbswirkungen und zu einem Bedeutungsverlust formaler Grenzbeziehungen. Die verschiedenen Versionen der Gruppenfreistellungsverordnungen über Technologietransfer-Vereinbarungen nahmen den Grundsatz auf, dass Lizenzverträge in der Regel positiv für den Wettbewerb sind. Die kartellrechtlichen Vorgaben wurden dementsprechend sukzessive gelockert.

2. Anwendungsfelder

Die Bestimmung des Verhältnisses von Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht erschöpft sich nicht in abstrakten Überlegungen. Im Grenzbereich der beiden Rechtsgebiete stellen sich vielmehr zahlreiche Einzelfragen. Einige sind seit langem bekannt, wie z.B. die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen oder in Forschungs- und Entwicklungskooperationen. Andere sind im Lauf der Zeit hinzugetreten. In den letzten zehn Jahren ist geradezu eine Explosion einschlägiger Anwendungsprobleme festzustellen. Häufig besteht ein Bezug zum IT-Sektor, was den sprunghaften Anstieg erklärt. Es stellen sich aber auch neue Fragen in anderen Wirtschaftsbereichen, so z.B. im Pharmasektor. Die folgende Zusammenstellung ordnet die einschlägigen Fragestellungen den drei kartellrechtlichen Säulen zu. Die Zuordnung ist nicht immer eindeutig, berücksichtigt aber den Schwerpunkt der betreffenden Verhaltensweisen. Die Listen sind nicht abschließend. Es ist nicht sonderlich mutig, die Prognose zu wagen, dass die Zukunft großen Ergänzungsbedarf bringen wird.

a) Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

Das klassische Problem im Bereich der ersten Säule des Kartellrechts besteht in der kartellrechtlichen Beurteilung beschränkender Klauseln in Lizenzverträgen. Die bereits erwähnte Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen enthält wichtige Vorgaben. Seit 2004 existieren auch einschlägige Leitlinien, die weitere Präzisierungen für Lizenzverträge innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der Gruppenfreistellungsverordnung enthalten.²⁶⁾ Immer wieder waren die Gerichte mit immaterialgüterrechtlich gestützten Vereinbarungen befasst, welche in Konflikt mit dem Binnenmarktziel, insbesondere der Möglichkeit von Parallelimporten, gerieten. Zahlreiche weitere Probleme existieren, die sich in der folgenden Auflistung finden:

- Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen

21) S. die grundlegende Untersuchung von *Gerber*, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, 1998.

22) Das „gewerbliche und kommerzielle Eigentum“ wurde lediglich als Rechtfertigungsgrund für Durchbrechungen des Grundsatzes des freien Warenverkehrs aufgeführt (heute Art. 36 AEUV). Zu den Hintergründen und Konsequenzen s. *Heinemann* in *Anderman/Ezrachi* (Hrsg.), *Intellectual Property and Competition Law: New Frontiers*, 2011, 303 ff.

23) Der Begriff des spezifischen Gegenstands wurde zunächst für das Verhältnis von freiem Warenverkehr und Immaterialgüterrecht geprägt und sodann auf das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Immaterialgüterrecht übertragen.

24) Zur tatsächlichen Handhabung der Lehre vom spezifischen Gegenstand s. u. IV.

25) Die einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen stammten aus den Jahren 1984, 1988, 1996 und 2004. Der aktuelle Text ist die Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen vom 21. März 2014, ABl. L 93/17.

26) Der aktuelle Text ist die Mitteilung der Europäischen Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014 C 89/3.

- Wettbewerbsbeschränkungen in Forschungs- und Entwicklungsverträgen
- Gebietsschutzabreden im Binnenmarkt
- Lieferquotensysteme
- Strategische Schutzrechtsübertragungen
- Normenvereinbarungen
- Technologiepools
- Verwertungsgesellschaften
- Vergleichsverträge (auch Markenabgrenzungsvereinbarungen)
- *pay for delay*-Vereinbarungen

b) Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Die alte Sichtweise von Immaterialgüterrechten als *legal monopolies* veranlasste zu der Annahme, dass Rechte des geistigen Eigentums, insbesondere Patente, auch eine Monopolstellung im kartellrechtlichen Sinn verschaffen. Erst im Jahr 2006 stellte der U.S. Supreme Court fest, dass aus einem Patent nicht die Vermutung von Marktmacht folge.²⁷⁾ Es ist heute allgemein anerkannt, dass aus der Innehabung eines Ausschließlichkeitsrechts nicht auf den Besitz einer marktbeherrschenden Stellung geschlossen werden kann. Die Bestimmung von Marktbeherrschung erfolgt vielmehr auch im immaterialgüterrechtlichen Zusammenhang nach den allgemeinen Regeln. Die Existenz von Immaterialgüterrechten ist nur einer von vielen Gesichtspunkten, die bei diesem Vorgang eine Rolle spielen. Die Gleichsetzung von Schutz- und Monopolrecht sollte also unterbleiben.

Auch wenn ein Schutzrecht ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung verschafft, ist nach europäischem Kartellrecht nicht die marktbeherrschende Stellung als solche, sondern nur deren Missbrauch verboten (Art. 102 AEUV). In der Praxis ist insbesondere die Fallgruppe der Lizenzverweigerung von Bedeutung geworden. Unter „außergewöhnlichen Umständen“ kann die Abschlussfreiheit des Schutzrechtsinhabers eingeschränkt und er zur Erteilung einer Lizenz zu angemessenen Konditionen verpflichtet sein.²⁸⁾ Auch viele andere schutzrechtlich gestützte Verhaltensweisen im Bereich von Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch sind kartellrechtlich relevant geworden. Dies ergibt folgende Liste:

- Forderung unangemessener Lizenzgebühren
- Lizenzverweigerung
- Direkte Einwendbarkeit des Zwangslizenzeinwands gegen eine Verletzungsklage
- Zurückhaltung von Schnittstelleninformationen
- Produktionseinstellung
- Produktionsankündigungen
- Lieferkontingentierung mit dem Ziel der Marktfragmentierung
- Kopplung/Bündelung
- Schutzrechtserschleichung
- Sperrpatente
- Patenttrolle
- Patenthinterhalt
- Geltendmachung standardessentieller Patente trotz FRAND-Erklärung

c) Fusionskontrolle

Schließlich sind Schutzrechte des geistigen Eigentums im Rahmen der Fusionskontrolle von Bedeutung. So kann bereits der Erwerb eines einzigen Schutzrechts einen kontrollpflichtigen Unternehmenszusammenschluss bedeuten. Dies ist dann der Fall, wenn das Schutzrecht einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz bildet, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann.²⁹⁾ Im Rahmen der materiellen Prüfung eines Zusammenschlusses können Schutzrechte des geistigen Eigentums als ein Faktor unter vielen anderen herangezogen werden, um eine erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs zu belegen. Häufig werden Immaterialgüterrechte in diesem Zusammenhang als Marktzutrittsschranken qualifiziert. Schließlich treten Immaterialgüterrechte häufig im Rahmen von Abhilfemaßnahmen auf den Plan, die einen bedenklichen Zusammenschluss retten können. So kann die Veräußerung eines bestimmten Geschäftsteils mitsamt allen einschlägigen Immaterialgüterrechten die Wettbewerbsbedenken ausräumen.³⁰⁾

IV. Innovationszusammenhang

1. Innovationsanreize

Die klassische ökonomische Begründung für den Immaterialgüterschutz beruht auf der Eigenschaft von geistigen Leistungen als öffentliche Güter. Ohne Ausschließlichkeitsrechte bestünden keine ausreichenden Anreize zur Hervorbringung von Immaterialgütern, zu denen auch (die technischen) Innovationen gehören. Dieser Begründungsansatz ist zwar durch das Forschungsfeld „IP without IP“ (Information Production without Intellectual Property) relativiert worden. Anhand vieler Beispielfälle wurde gezeigt, dass nicht unbedingt Ausschließlichkeitsrechte, sondern andere Mechanismen (wie z.B. intrinsische Motivation, allgemeine Modernisierungszwänge, Anerkennung in der Peergroup, soziale Normen) zu Innovationen führen können. Die einschlägigen Ausnahmen werden aber überwiegend als Bestätigung der Regel interpretiert, wonach in den meisten Zusammenhängen Immaterialgüterrechte erforderlich sind, um Innovationen ausreichend hervorzubringen.³¹⁾

27) 547 U.S. 28 (2006) – *Illinois Tool Works v. Independent Ink*.

28) Grundlegend EuGH 06.04.1995, C-241/91 P – *RTE und ITP/Kommission („Magill“)*, Slg. 1995, I-743, Tz. 50. Der Gerichtshof wies inhaltsbezogene Argumente der Parteien zurück: Die Annahme sei „unrichtig“, dass „das Verhalten eines Unternehmens mit beherrschender Stellung jeder Beurteilung anhand des Artikels 86 des Vertrages [heute Art. 102 AEUV] entzogen ist, sobald es Teil der Ausübung eines Rechts ist, das vom nationalen Recht als ‚Urheberrecht‘ qualifiziert wird.“ (ebenda, Tz. 48).

29) Vgl. Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen, ABl. 2009 C 43/10, Rn. 24.

30) Zur Bedeutung von Immaterialgüterrechten im Rahmen der Fusionskontrolle s. *Ullrich/Heinemann* (s.o. Fn. 3), 1739 ff.

31) S. z.B. *Dreyfuss*, Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm, 31 *Cardozo Law Review* 1437 (2010). Speziell zum Patentschutz s. *Abbott*, 2 *Journal of Antitrust Enforcement* 363, 382 ff. (2014).

2. Statische und dynamische Betrachtung

Der Wettbewerb hat nicht nur statische Funktionen, wie z.B. die optimale Allokation der Produktionsfaktoren, sondern auch dynamische Ziele, nämlich möglichst rasche Anpassung an veränderte Umstände und eben auch die Hervorbringung von Innovationen. Man würde das Wettbewerbsrecht missverstehen, wenn man ihm nur statische Funktionen zuwiese. Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht erweisen sich vor diesem Hintergrund nicht als konträr, sondern als komplementär. Beide Rechtsgebiete zielen, mit unterschiedlichen Mitteln, auf die Hervorbringung von Innovationen.³²⁾

3. Suche nach einem Ausgleich

Diese Aussage gilt allerdings nur bei angemessener Ausgestaltung beider Rechtsgebiete. Was das Wettbewerbsrecht betrifft, so sind die Innovationsanreize sowohl bei übertriebener als auch bei zu zurückhaltender Ausgestaltung gefährdet. Als *Over-Enforcement* wäre beispielsweise ein flächendeckendes Zwangslizenzregime anzusehen, das die Schutzrechtsinhaber allgemein dazu zwingt, ihre Technologie mit anderen zu teilen. Schädlich wäre aber auch *Under-Enforcement*, nämlich wenn beispielsweise einem Monopolisten gestattet würde, durch strategische Maßnahmen selbst langfristigen Substitutionswettbewerb im Keim zu ersticken.³³⁾ Die analoge Problematik besteht bei den Schutzrechten: *Underprotection* bedroht das Anreizsystem: Ohne angemessenen Schutz werden Innovationen möglicherweise nicht in ausreichendem Maß hervorgebracht oder gehandelt. Auf der anderen Seite schränkt *Overprotection* die Innovationsspielräume der anderen Wirtschaftsteilnehmer zu stark ein.³⁴⁾ Es geht also letztlich nicht um einen Antagonismus, sondern um Maß- und Gradfragen. Nur in statischer Hinsicht besteht ein gewisser Konflikt zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerb, da Ausschussrechte Imitationswettbewerb beschränken. In dynamischer Hinsicht besteht hingegen „Symbiose“,³⁵⁾ da beide Rechtsgebiete (auch) auf die Hervorbringung von Innovationen abzielen.

4. Lösungsansatz im EU-Recht

Begreift man das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht als komplementär (und dies entspricht der heute ganz herrschenden Meinung), ist eine Hierarchisierung der beiden Rechtsgebiete unangemessen. Spannungen dürfen also nicht durch schematische Vorrangregeln aufgelöst werden. Dies bedeutet einerseits, dass von einer Kartellrechtsimmunität für immaterialgüterrechtlich gestützte Verhaltensweisen Abstand zu nehmen ist. Andererseits ist in die Kartellrechtsanwendung der Innovationszusammenhang einzubringen.

Eine Bewertung der EU-Praxis im Licht dieser Grundsätze fällt zweischneidig aus. Traditionell zieht der Europäische Gerichtshof zur Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete das Konzept des „spezifischen Gegenstands“ heran.³⁶⁾ Nach dieser Vorstellung sind Verhaltensweisen, die vom spezifischen Gegenstand eines Schutzrechts gedeckt sind, der Kartellrechtsanwendung entzogen. Es handelt sich um eine typische Vorrangregel, die vom Geist der *inherency doctrine*

durchzogen ist, und die dem komplementären Verhältnis von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht nicht gerecht wird. Die Auswertung der gerichtlichen Praxis zeigt aber, dass das Konzept des spezifischen Gegenstands gar nicht in einem schutzrechtsabschirmenden Sinn verwendet wird. Das Konzept wird besonders klar dann angewandt, wenn Verhaltensweisen sich außerhalb des Schutzbereichs bewegen und die Lehre vom spezifischen Gegenstand die Kartellrechtsanwendung unterstützt.³⁷⁾ Bei Praktiken, die dem spezifischen Gegenstand zuzuordnen sind, bevorzugt der Gerichtshof demgegenüber eine Gesamtanalyse des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs.³⁸⁾

Die Diskrepanz zwischen Grundkonzeption und praktischer Anwendung sollte beseitigt werden. Die Unionsorgane sollten das Konzept des spezifischen Gegenstands als Instrument der Abgrenzung von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht fallenlassen.³⁹⁾ So verhielt es sich übrigens auch mit einer anderen Unterscheidung: Der Europäische Gerichtshof hatte in *Consten und Grundig* entschieden, dass das europäische Kartellrecht den *Bestand* der Immaterialgüterrechte unberührt lasse und nur auf deren *Ausübung* anwendbar sei.⁴⁰⁾ Die Unterscheidung von Bestand und Ausübung wurde überwiegend als nichtssagend aufgefasst und vom Gerichtshof vor langer Zeit aufgegeben.⁴¹⁾ Anstelle begrifflicher Abgrenzungen sollte auf den gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang unter Einschluss des Innovationsnexus abgestellt werden. Die zwei wichtigsten Anwendungsbeispiele der Gegenwart sollen diese Forderung veranschaulichen.

32) Eine ökonomische Analyse mit zahlreichen Nachweisen findet sich bei *Schmidtchen* in *Lange/Klippel/Ohly* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 2009, 27 ff.

33) S. näher *Heinemann* in *Drexel* (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, 2008, 54 ff.

34) Vgl. *Möschel* in *Lange/Klippel/Ohly* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 2009, 126 f., der nach aktuellem Rechtszustand „noch einen schwach positiven Beitrag des Patentsystems zur Beförderung von Innovationen“ ausmacht.

35) Begriff von *Ohly* in *Oberender* (Hrsg.), *Wettbewerb und geistiges Eigentum*, 2007, 67.

36) S. bereits oben bei Fn. 23.

37) Genau in diesem Sinn verwendet auch die Europäische Kommission das Konzept des spezifischen Gegenstands in den Technologietransferleitlinien (oben Fn. 26), Rn. 243: Eine Nichtangriffsklausel gehöre nicht zum spezifischen Gegenstand eines Rechts des geistigen Eigentums und könne deshalb gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV verstoßen.

38) S. die Auswertung der Fallpraxis bei *Heinemann*, *Immaterialgüterrecht in der Wettbewerbsordnung*, 2002, 305 ff.

39) Für das Verhältnis zwischen Immaterialgüterrecht und den Grundfreiheiten ist das Konzept vom spezifischen Gegenstand hingegen sinnvoll: Gemäß Art. 36 AEUV setzt das gewerbliche und kommerzielle Eigentum dem Grundsatz des freien Warenverkehrs Schranken. Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts kann hierfür nicht auf die konkrete Ausgestaltung der Schutzrechte im nationalen Recht abgestellt werden, sondern ist eine idealtypische Umschreibung des jeweiligen Schutzrechtsinhalts erforderlich. Diese Aufgabe kann das Konzept des spezifischen Gegenstands bestens erfüllen.

40) EuGH 13.07.1966, Verb. Rs. 56 und 58/64 – *Consten und Grundig/Kommission*, Slg. 1966, 321 (394).

41) S. *Sack*, WRP 1999, 592 (594).

V. Standardessentielle Patente (SEP)

Das kartellrechtliche Grundproblem im Zusammenhang mit standardessentiellen Patenten wurde bereits skizziert.⁴²⁾ Die sich hier stellenden Fragen sind paradigmatisch für das Verhältnis von Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.⁴³⁾

1. Kommissionspraxis

In den Fällen *Samsung* und *Motorola Mobility* ging die Europäische Kommission davon aus, dass ein Unterlassungsbegehren wegen Patentverletzung trotz Abgabe einer FRAND-Erklärung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu werten sei. Im *Samsung*-Fall wurde das Verfahren im Wege der Verpflichtungszusage (Art. 9 VO 1/2003) beendet. Das Unternehmen gestand zu, keine Unterlassungsbegehren auf der Grundlage von standardessentiellen Patenten gegenüber Unternehmen zu erheben, welche zum Abschluss eines Lizenzvertrags auf der Grundlage von FRAND-Konditionen bereit sind.⁴⁴⁾ Im *Motorola*-Fall kam es sogar zu einer formellen Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings verhängte die Europäische Kommission keine Geldbuße: Patentrechtliche Unterlassungsverfügungen auf der Grundlage standardessentieller Patente seien bislang von den EU-Gerichten nicht kartellrechtlich gewürdigt worden. Außerdem sei die Praxis der nationalen Gerichte uneinheitlich.⁴⁵⁾

2. Lehre vom spezifischen Gegenstand

Würdigt man die Fälle vor dem Hintergrund der Lehre vom spezifischen Gegenstand, so fällt Folgendes auf: Zum spezifischen Gegenstand des Patents gehört in ständiger Rechtsprechung das „Recht, sich gegen jede Zuwiderhandlung zur Wehr zu setzen“.⁴⁶⁾ In der *Motorola*-Entscheidung erwähnt die Europäische Kommission diesen Umstand.⁴⁷⁾ Das Konzept des spezifischen Gegenstands wird also weiter verwendet, allerdings nicht in dem Sinne, in dem es entwickelt worden ist. Eigentlich diene diese Denkfigur ja dazu, bestimmte Verhaltensweisen der Kartellrechtsanwendung zu entziehen. Bei den Verletzungsklagen von Inhabern standardessentieller Patente bewegen wir uns eindeutig innerhalb des spezifischen Gegenstands des Schutzrechts. Der Logik des Konzepts entspräche es, deshalb auf die Anwendung des Kartellrechts zu verzichten und dem Immaterialgüterrecht den Vorrang einzuräumen. Zu Recht wendet die Europäische Kommission das Konzept aber nicht in diesem Sinne an. Sie argumentiert vielmehr mit dem gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang. In diesem Zusammenhang fasst sie auch die Grundsätze zur Anwendung von Art. 102 AEUV zusammen. So könne Art. 102 AEUV sehr wohl ein Verhalten verbieten, das nach anderen Rechtsvorschriften legal ist. Der Nachweis eines Missbrauchs setze nicht voraus, dass Verbraucher direkt geschädigt werden; der Missbrauch könne auch mittelbar durch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschehen. Die Liste der Missbrauchsformen in Art. 102 Abs. 2 AEUV sei nicht abschließend zu verstehen.⁴⁸⁾

3. Außergewöhnliche Umstände

Statt einer formalen Argumentation auf der Grundlage der Lehre vom spezifischen Gegenstand zieht die Europäi-

sche Kommission den rechtlichen und tatsächlichen Gesamtzusammenhang heran. Für die Fälle im Grenzbereich von Missbrauchsverbot und Immaterialgüterrecht geschieht dies traditionell über die Formel der „außergewöhnlichen Umstände“.⁴⁹⁾ Diese Denkfigur hat zwar ihre größte praktische Bedeutung beim kartellrechtlichen Lizenzierungszwang erlangt.⁵⁰⁾ Sie ist aber auch auf alle anderen Missbrauchsformen anwendbar, wie in der *Motorola*-Entscheidung wieder deutlich wird. Hier liegen die außergewöhnlichen Umstände darin, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen in einem Standardisierungskontext eine FRAND-Erklärung abgegeben, sich also zur Erteilung von Lizenzen zu angemessenen Bedingungen bereit erklärt hat, ein Nutzer bereit ist, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen abzuschließen, und der Marktbeherrscher dennoch Unterlassungsverfügungen erwirkt oder zu erwirken droht. Durch ein solches Verhalten werde das Ziel der Standardisierung, nämlich Herstellung von Kompatibilität und Interoperabilität unter Einsparung von Kosten verfehlt.⁵¹⁾

Für die Kartellrechtsanwendung ist also zwischen zwei Grundkonstellationen zu unterscheiden, nämlich den Unterlassungsbegehren gegen lizenzunwillige und gegen lizenzwillige Patentnutzer. Wer fremde Schutzrechte nutzt, ohne zum Abschluss eines Lizenzvertrags bereit zu sein, kann auf Patentverletzung in Anspruch genommen werden, ohne dass das Kartellrecht entgegensteht. Anders verhält es sich bei lizenzwilligen Nutzern: Werden sie auf Unterlassung in Anspruch genommen, liegen aufgrund der FRAND-Erklärung „außergewöhnliche Umstände“ vor, welche zur Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots führen.

In der Praxis mag es schwierig sein, zwischen Lizenzwilligkeit und -unwilligkeit zu unterscheiden. Für Lizenzwilligkeit ist es nicht ausreichend, diese nur zu behaupten, das Ziel eines Vertragsabschlusses dann aber nicht ernstlich zu verfolgen. Im *Samsung*-Verfahren hat die Europäische Kommission einen *safe harbour* entwickelt, der den Parteien Anwendungssicherheit verschafft. Danach liegt Lizenzwilligkeit auf jeden Fall dann vor, wenn für die Lizenzverhandlungen ein Zeitraum von maximal zwölf Monaten festgelegt wird und die Parteien für den Fall, dass innerhalb dieses

42) S.o. I.2.

43) S. die beiden grundlegenden Studien von *Appl*, Technische Standardisierung und Geistiges Eigentum, 2012, und *Picht*, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus der Sicht des europäischen Kartellrechts, 2013.

44) Europäische Kommission 29.04.2014, C(2014) 2891 – *Samsung – Enforcement of UMTS Standard Essential Patents* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

45) Europäische Kommission 29.04.2014, C(2014) 2892 – *Motorola – Enforcement of GPRS Standard Essential Patents* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

46) S. z.B. EuGH 18.02.1992, Rs. C-235/89 – *Kommission/Italien*, Slg. 1992, I-777 Tz. 17.

47) Europäische Kommission – *Motorola* (o. Fn. 45), Rn. 29 und 502.

48) Europäische Kommission – *Motorola* (o. Fn. 45), Rn. 273 ff.

49) Grundlegend EuGH 06.04.1995, C-241/91 P – *RTE und ITP/Kommission* („Magill“), Slg. 1995, I-743, Tz. 50.

50) *Heinemann*, GRUR 2008, 949 (951 f.) mwN.

51) Europäische Kommission – *Motorola* (o. Fn. 45), Rn. 281 ff.

Zeitraums keine Einigung – insbesondere über das FRAND-Niveau – zustande kommt, die Festlegung der Konditionen durch ein Gericht akzeptieren, oder auch durch eine Schiedsstelle, wenn beide Seiten damit einverstanden sind.⁵²⁾ In den Verpflichtungszusagen finden sich keine Vorgaben über Vorauszahlungen. Die Europäische Kommission stellt aber klar, dass Gericht oder Schiedsgericht für die Dauer der Verhandlungen Zahlungen auf ein Treuhandkonto anordnen können, wenn dies für eine angemessene Entlohnung des Schutzrechtsinhabers erforderlich ist.⁵³⁾

Rückgewähr- und Nichtangriffsklauseln dürfen nicht verlangt werden. Die Lizenzierung erfolgt also nicht auf der Basis von Reziprozität.⁵⁴⁾ Außerdem können die Nutzer nicht davon abgehalten werden, die Gültigkeit der einschlägigen Schutzrechte anzugreifen. Dies steht im Kontrast zur Haltung des deutschen Bundesgerichtshofs im Fall *Orange Book Standard*.⁵⁵⁾ Hier hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem patentrechtlichen Unterlassungsanspruch zwar der kartellrechtliche Zwangslizenzanspruch direkt entgegengehalten werden könne. Dies setze aber voraus, dass der Nutzer ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags unterbreite und bereits die voraussichtlich anfallenden Lizenzgebühren zahle bzw. hinterlege. Aus dem Erfordernis „unbedingt“ folgt, dass der Bestand des Schutzrechts nicht angegriffen und die Verletzung nicht bestritten werden darf.⁵⁶⁾ Der Fall betrifft zwar keine FRAND-Konstellation, sondern kartellrechtlichen Lizenzierungszwang, strahlt aber auf die FRAND-Problematik aus. Das Landgericht Düsseldorf hat dem Europäischen Gerichtshof deshalb u.a. die Frage vorgelegt, ob ein Missbrauch i.S. von Art. 102 AEUV nur dann vorliegt, wenn der Nutzer eines standardessentiellen Patents keine Gültigkeits- bzw. Verletzungseinwendungen vorbringt.⁵⁷⁾ Der Europäische Gerichtshof wird diese Streitfrage also zu klären haben. Die augenblickliche Unsicherheit in diesen Fragen hat die Europäische Kommission im *Motorola*-Verfahren dazu veranlasst, trotz der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV auf die Verhängung einer Geldbuße zu verzichten.

4. Innovationszusammenhang

Der Innovationszusammenhang spielt eine prominente Rolle in den SEP-Fällen. Kritiker verweisen regelmäßig auf die Gefahr, dass die Kartellrechtsanwendung in diesem Bereich Innovationsanreize dämpfen könnte. Auch im Normierungszusammenhang gilt aber der Grundsatz, dass die Innovationsanreize aller Wirtschaftsteilnehmer in die Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände einzubringen sind. Im Hightech-Sektor ist die Herstellung von Kompatibilität und Interoperabilität von zentraler Bedeutung.⁵⁸⁾ Nutzer des Standards tätigen im Vertrauen auf deren Geltung und auf die Lizenzbereitschaft der Schutzrechtsinhaber hohe Investitionen, die ökonomisch als „versunkene Kosten“ zu qualifizieren sind. Hierdurch entsteht beträchtliche Abhängigkeit, die zu missbräuchlichem Verhalten ausgenutzt werden kann. Dies beeinträchtigt Folgeinnovationen anderer Marktteilnehmer. Es ist deshalb gerade zur Förderung der Innovationen essentiell, opportunistisches Verhalten kartellrechtlich zu kontrollieren. Eine angemessene kartellrechtliche Intervention ist also indiziert, um zu einem richtigen

Ausgleich zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht zu gelangen.

VI. Pay for delay-Vereinbarungen

Die Fallgruppe der *pay for delay*-Vereinbarungen bzw. *reverse payments* wurde bereits beschrieben.⁵⁹⁾ Auch hier stoßen Immaterialgüterrecht und Patentrecht aufeinander, und es muss ein Weg gefunden werden, die Spannungen aufzulösen.⁶⁰⁾

1. Kommissionspraxis

Im Bereich der *pay for delay*-Vereinbarungen hat sich die Europäische Kommission nicht mit Kartellverfahren in Einzelfällen begnügt, sondern das Terrain zunächst durch eine Sektoruntersuchung sondiert.⁶¹⁾ Diese Untersuchung kam zu dem Ergebnis, dass der Wettbewerbsdruck auf Originalmedikamente, der nach Patent- und Schutzzertifikatablauf von der Generikakonzurrenz ausgehen sollte, hinter den Erwartungen zurückbleibt. Die Kommission stellte insbesondere fest, dass sich der Marktzutritt von Generika verzögert, und dass die *pay for delay*-Vereinbarungen eine Ursache hierfür sind. Mittlerweile hat die Europäische Kommission in drei Verfahren Geldbußen für einschlägige Kartellrechtsverstöße verhängt.⁶²⁾ Im *Citalopram*-Fall ging es um Antidepressiva,⁶³⁾ in *Fentanyl* um ein Schmerzmittel⁶⁴⁾ und in *Perindopril* um ein Herz-Kreislauf-Präparat.⁶⁵⁾ Hohe Geldbußen wurden verhängt; der Kern der Vorwürfe war immer derselbe: Generikahersteller verzichteten auf Marktzutritt oder verzögerten ihn und erhielten im Gegenzug substantielle Geldzahlungen. Die Europäische Kommission würdigte dies als gegen Art. 101 AEUV verstoßende wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sind. Es lässt sich hieraus

52) S. Europäische Kommission – *Samsung* (oben Fn. 44), Rn. 78, 83 f.

53) Europäische Kommission – *Samsung* (oben Fn. 44), Rn. 117.

54) Zum Vorbehalt zugunsten von Reziprozität, die innerhalb der jeweiligen Normenorganisation vereinbart ist, s. Europäische Kommission – *Samsung* (oben Fn. 44), Rn. 110.

55) BGH, GRUR 2009, 694 – *Orange Book Standard*.

56) Kritisch hierzu *Ullrich/Heinemann* (oben Rn. 3), Rn. 62 mwN.

57) LG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 196 – *LTE Standard* („Hua-wei/ZTE“).

58) Vgl. Europäische Kommission – *Motorola* (o. Fn. 45), Rn. 415 ff.

59) S.o. I.3.

60) S. eingehend *Fackelmann*, Patentschutz und ergänzende Schutzinstrumente für Arzneimittel im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, 2009, 336 ff.; *Haedicke*, ZGE 2011, 263; *Picht*, ZWeR 2014, 83.

61) European Commission, Report on the Pharmaceutical Sector Inquiry, 2009.

62) Andere Verfahren sind hängig, z.B. in Bezug auf das Schlafmittel *Modafinil*, s. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/511 vom 28.04.2011.

63) Europäische Kommission 19.06.2013, COMP/AT.39226 – *Lundbeck* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

64) Europäische Kommission 10.12.2013, COMP/AT.39685 – *Fentanyl* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

65) Europäische Kommission 09.07.2014, COMP/AT.39612 – *Servier* (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

die Regel ableiten, dass es zu keiner Verzögerung der Markteinführung von Generika gegen Leistung eines Vermögenstransfers kommen darf. Im *Perindopril*-Fall hob die Europäische Kommission zusätzlich den Umstand hervor, dass der Originalhersteller die fortschrittlichste Ersatztechnologie aufkaufte und hierdurch den Abbruch einer Reihe von Generikaprojekten erzwang. Die erworbene Technologie wurde nie eingesetzt, sondern diente allein der Verzögerung der Generikakonzurrenz.⁶⁶⁾ Der *Perindopril*-Fall ist damit nicht auf die Thematik der *pay for delay*-Vereinbarungen beschränkt, sondern gehört auch der (schwierigen) Fallgruppe der Blockade- bzw. Sperrpatente an.⁶⁷⁾

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist hervorzuheben, dass im Bereich der pharmazeutischen Patentvergleiche faktisch eine Notifikationspflicht besteht, die sonst nur aus der Fusionskontrolle bekannt ist. In der Folge der erwähnten Sektoruntersuchung fragt die Europäische Kommission die großen Original- und Generikahersteller regelmäßig an, alle Patentvergleiche samt Anhängen in Kopie vorzulegen. Auf dieser Grundlage legt die Europäische Kommission jährliche Berichte vor.⁶⁸⁾ Aus diesen Berichten folgt, dass einerseits die Zahl der pharmazeutischen Patentvergleiche kontinuierlich steigt, dass aber andererseits der Anteil der kartellrechtlich problematischen Vergleiche, nämlich solcher über eine Begrenzung des Generikamarkteintritts gegen Leistung eines Vermögenstransfers, deutlich gesunken ist. Die Europäische Kommission zieht hieraus die Schlussfolgerung, dass die konsequente Überprüfung der Patentvergleiche das kartellrechtliche Bewusstsein gesteigert hat, ohne dass die vergleichsweise Beilegung von Rechtsstreitigkeiten hierdurch behindert wird.⁶⁹⁾

2. Lehre vom spezifischen Gegenstand

Es ist zum vorliegenden Zeitpunkt nicht möglich, die Konturen der Kommissionspraxis, insbesondere den genauen Gang der Argumentation, zu bestimmen: Keine der genannten Entscheidungen liegt bislang im Volltext oder einer abgekürzten Fassung vor. Infolgedessen kann auch der Stellenwert der Lehre vom spezifischen Gegenstand in den *pay for delay*-Fällen nicht direkt ermittelt werden. Immerhin beruft sich das Unternehmen *Lundbeck* in seiner Klage vor dem Gericht der Europäischen Union⁷⁰⁾ darauf, dass „der ‚Test des Geltungsbereichs des Patents‘ als einschlägiger Maßstab für die wettbewerbsrechtliche Würdigung von Patentvereinbarungen im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV abgelehnt worden sei.“ Auch habe die Kommission es unterlassen, „alle Umstände im Zusammenhang mit den Vereinbarungen zu betrachten und sei fälschlich zu dem Schluss gekommen, dass ihre beabsichtigte Tragweite weiter gehe als die der Patentrechte von *Lundbeck*.“ Hier klingen Argumente in der Tradition des „spezifischen Gegenstands“ an, die darauf hinweisen, dass die Europäische Kommission schutzbereichsbezogenen Argumenten keinen hohen Stellenwert eingeräumt hat. Das Gericht wird sich mit diesem Vorbringen zu befassen haben.

Auch wenn die Argumentation in den einschlägigen Einzelfällen noch nicht zugänglich ist, gibt es jetzt ein Dokument, in dem die Europäische Kommission ihren Standpunkt erstmals offiziell erläutert hat: Die Technologietransferleitlinien enthalten einen Abschnitt über Streitbeile-

gungsvereinbarungen, der gerade auch für die *pay for delay*-Vereinbarungen einschlägig ist.⁷¹⁾ Die Kommission hebt die positiven Aspekte einverständlicher Streitbeilegung hervor, schränkt diese Aussage aber auf „*Bona-fide*-Rechtsstreitigkeiten“ ein und unterstreicht das Bedürfnis nach Beseitigung von Rechten des geistigen Eigentums, welche die Schutzvoraussetzungen nicht erfüllen.⁷²⁾ Vereinbarungen, die einen Lizenznehmer in seiner Freiheit zur Vermarktung eines Produkts beschränken, können unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen. Wenn die Parteien Wettbewerber sind und ein wesentlicher Vermögenstransfer vom Lizenzgeber an den Lizenznehmer erfolgt, werde die Kommission die Gefahr einer Marktanteile oder -aufteilung besonders sorgfältig prüfen.⁷³⁾ Nichtangriffs Klauseln in Streitbeilegungsvereinbarungen fielen in der Regel nicht unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, da ja der Sinn solcher Vereinbarungen gerade in der Konfliktvermeidung liege. Von diesem Grundsatz sei aber eine Ausnahme zu machen, wenn das Schutzrecht auf der Grundlage unrichtiger oder irreführender Auskünfte erwirkt wurde, für die Nichtangriffsabrede ein finanzieller oder sonstiger Anreiz geboten werde, oder wenn die Technologierechte ein notwendiger Input für die Produktion des Lizenznehmers seien.⁷⁴⁾

Wie bereits hervorgehoben,⁷⁵⁾ zieht die Kommission in diesem Zusammenhang auch den Begriff des spezifischen Gegenstands heran. Dies ist aber das einzige Mal in den Technologietransferleitlinien und geschieht außerdem rein negativ: Da eine Nichtangriffs Klausel den spezifischen Gegenstand eines Schutzrechts anerkanntermaßen übersteigt,⁷⁶⁾ steht das Immaterialgüterrecht der Anwendung von Kartellrecht nicht entgegen. Die Kommission zieht also eine kontextbezogene Argumentation vor und macht hierdurch klar, dass den Schutzrechtsgrenzen keine kartellrechtliche Anwendungssperre zu entnehmen ist.

3. Innovationszusammenhang

In seiner Pressemitteilung zum *Perindopril*-Fall hat der Wettbewerbskommissar auf die Gefahren des Abkaufens von Wettbewerb hingewiesen und die nachteiligen Konsequenzen für Patienten, die nationalen Gesundheitssysteme sowie die Steuerzahler hervorgehoben. Er hat hinzugefügt: „*Pharmaunternehmen sollten sich lieber auf Innovation und Wettbewerb konzentrieren, anstatt zu versuchen, zum Scha-*

66) S. die Darstellung in Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/14/799 vom 09.07.2014 – *Servier*, 1 f.

67) S. hierzu *Ullrich/Heinemann* (oben Rn. 3), Rn. 52 f. mwN.

68) S. zuletzt European Commission 09.12.2013, 4th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2012); http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report4_en.pdf.

69) S. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/13/1228 vom 09.12.2013, 1 f.

70) Rs. T-472/13.

71) Technologietransferleitlinien (o. Fn. 4), Abschnitt 4.3.

72) *Ibid.*, Rn. 235.

73) *Ibid.*, Rn. 239.

74) *Ibid.*, Rn. 242 f.

75) S.o. Fn. 37.

76) EuGH 25.02.1986, Rs. 193/83 – *Windsurfing International/Kommission*, Slg. 1986, 611 Tz. 92.

den der Patienten höhere Erträge [zu] generieren.“⁷⁷⁾ Kritiker verweisen demgegenüber auf die effizienzsteigernde Wirkung einverständlicher Streitbeilegung und argumentieren, dass von einer Wettbewerbsbeschränkung allenfalls dann die Rede sein könne, wenn das zugrundeliegende Patent klar anfechtbar sei.⁷⁸⁾ Häufig wird auch auf den Innovationsbeitrag der forschenden Pharmaindustrie verwiesen, von dem die bloße Nachahmung durch Generikahersteller zu unterscheiden sei.⁷⁹⁾

Auf den letzteren Punkt ist zu antworten, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, die Voraussetzungen und die Dauer des Patents festzulegen. Ein Ausgleich zwischen dem Nutzen von Imitations- und Innovationswettbewerb ist anzustreben. Es ist deshalb anerkannt, dass Patentschutz nur für eine bestimmte Frist gewährt wird. Nach Ablauf dieser Frist kann jedermann den Schutzgegenstand nutzen. Ein negatives Werturteil ist hier fehl am Platz: Der Imitationswettbewerb ist – nach Ablauf des Schutzrechts – genauso legitim wie der Innovations- oder Substitutionswettbewerb. Was den Bestand des Schutzrechts betrifft, so besteht allerdings ein grundlegendes Problem. Für die Anwendung des Kartellrechts ist es entscheidend, ob rechtliche Unklarheiten durch eine Vereinbarung ausgeräumt werden sollen oder ob Wettbewerb abgekauft wird. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Kartellrechts lässt es nicht zu, dass eine Vereinbarung bloß deshalb dem Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts entzogen wird, weil sie in das Gewand eines Patentvergleichs gekleidet wird. Allerdings ist es sehr schwierig, in einem Kartellverfahren eine zuverlässige Aussage über die Solidität des Patents zu machen. Häufig dauern die immaterialgüterrechtlichen Verfahren in dieser Frage Jahre. Um das Kartellrecht nicht mit immaterialgüterrechtlichen Fragen zu befrachten, die nur in einem spezialisierten Verfahren abschließend geklärt werden können, wird man nicht umhinkommen, hier mit Vermutungen zu arbeiten. So sollten substantielle Zahlungen vom Original- an einen Generikahersteller als Indiz dafür gewertet werden, dass nicht lediglich Streitigkeiten aus der Welt geschafft, sondern Wettbewerb abgekauft werden soll.⁸⁰⁾

Die praktische Bedeutung der *pay for delay*-Vereinbarungen sollte dadurch verringert werden, dass die Patentqualität verbessert wird. Rechtliche Streitigkeiten werden durch „schwache“ Patente gefördert, durch „starke“ Patent hingegen reduziert. Das Europäische Patentamt leistet hier einen wichtigen Beitrag durch die „*raising the bar*“-Strategie.⁸¹⁾ Weitere Fortschritte sind durch das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung zu erwarten.⁸²⁾ Europaweiter einheitlicher Patentschutz lässt das Erfordernis separater Validierung in den EU-Mitgliedstaaten entfallen und führt zu einheitlichem Bestand bzw. zu einheitlicher Nich-

tigkeit des Einheitspatents in den teilnehmenden Staaten. Allgemein gilt für den Innovationszusammenhang die Aussage von William D. Nordhaus: „*The best way to prevent abuse is to ensure that trivial inventions do not receive patents.*“⁸³⁾ Man sollte also bei der Gewährung von Patentschutz anspruchsvoll sein. Dann wird auch weniger Anlass für kartellrechtliche Intervention bestehen.

VII. Ausblick

Sowohl das Recht des geistigen Eigentums als auch das Kartellrecht zielen auf die Förderung von Innovation. Falsch ist deshalb der bisweilen zu hörende Satz, wonach das Kartellrecht bloß (statischen) Nachahmungswettbewerb zu Lasten (dynamischen) Substitutions- und Innovationswettbewerbs fördere. Auch wenn also Zielkonvergenz festzustellen ist, nämlich wirksamer und dynamischer Wettbewerb angestrebt wird, so folgt hieraus doch keine vollständige Eintracht zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Divergenz besteht nämlich hinsichtlich der eingesetzten Mittel. Das Immaterialgüterrecht stellt Ausschließlichkeit und Handelbarkeit bestimmter öffentlicher Güter her und stärkt hierdurch die Innovationsanreize. Das Wettbewerbsrecht untersagt hingegen bestimmte wettbewerbsbeschränkende Praktiken und möchte hierdurch ein innovationsfreundliches Umfeld schaffen bzw. erhalten. Eine eindeutige Antwort auf die im Titel dieses Beitrags gestellte Frage fällt vor diesem Hintergrund schwer. Da die Gemeinsamkeiten die Unterschiede überwiegen, lässt sich am ehesten eine „divergente Konvergenz“ zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht feststellen.

77) Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/14/799 vom 09.07.2014, 1.

78) S. beispielsweise Jacob, 9 Competition Policy International 15, 18 f. (No. 2, 2013).

79) Id., 20.

80) Haedicke, ZGE 2011, 263 (277 f.), auch mit weiteren Indizien und Argumenten zur Widerlegung der Vermutung. Weitergehend Picht, ZWeR 2014, 83 (96 ff.), der den Patentverletzungseinwand bis auf wenige Ausnahmen (z.B. Vorliegen eines erstinstanzlichen Urteils im Patentverletzungsprozess oder Abwesenheit einer Kompensationszahlung bzw. Beschränkung der Zahlung auf Verfahrenskosten) versagen möchte.

81) Vgl. Haedicke, ZGE 2011, 263 (278 f.).

82) Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes vom 17.12.2012, ABl. L 361/1.

83) Nordhaus, 62 American Economic Review 428, 430 f. (1972).