

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	1
B. Grundlagen: Immaterialgüter und Immaterialgüterrechte im Verhältnis zum Kartellrecht.....	5
I. Immaterialgüter und Immaterialgüterrechte in der marktwirtschaft- lichen Wettbewerbsordnung.....	5
1. Geistiges Eigentum: Immaterialgüter als Rechtsobjekte der Immaterialgüterrechte	5
2. Motive für den sondergesetzlichen Schutz von ausgewählten Immaterialgütern	9
a) Klassische Begründungsansätze	10
b) Moderne rechtsökonomische Begründungsansätze	10
c) Wettbewerb als eigentlicher Stimulus für Innovation und seine Modifikation durch Immaterialgüterrechte	12
3. Wirkungsweise des Immaterialgüterrechts auf den Wettbewerb.....	14
a) Die dienende Funktion der Immaterialgüterrechte.....	14
b) Eigenverwertungsschutz durch zeitlich befristetes Imitationsverbot....	16
c) Fremdverwertungsschutz durch Konservierung von Ertragsaussichten	17
II. Zum Verhältnis von Kartell- und Immaterialgüterrecht.....	19
1. Antagonistische Interpretationen	19
a) Immunitätsgedanke und die Figur des „reasonable reward“.....	19
b) Konfliktthese	20
aa) Kein Zielkonflikt zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht.....	21
bb) Vorliegen eines Mittelkonflikts	22
c) Die „inherency doctrine“ im Gefolge der Konfliktthese.....	24
aa) Übernahme der Inhaltstheorie in das deutsche Recht.....	25
bb) Kritik an der Inhaltstheorie	29
cc) Die Formel von Bestand und Ausübung und die Lehre vom spezifischen Gegenstand des Schutzrechts in der Rechtsprechung des EuGH.....	30
2. Komplementaritätsthese	36

C. Immaterialgüterrechte und ihre Verkehrsfähigkeit im Recht der USA, der Europäischen Gemeinschaft und Deutschlands.....	41
I. Formen des Transfers von Immaterialgütern und Immaterialgüter- rechten: Übertragung, Überlassung, Lizenzierung	41
1. Übertragung und Überlassung	42
a) Überlassung und Übertragung von Immaterialgütern und -rechten im deutschen Recht.....	43
aa) Vollrechtsübertragungen von Immaterialgüterrechten.....	43
bb) Vollrechtsübertragungen als verdeckte Lizenzverträge	44
cc) Know-how-Überlassungsverträge	44
dd) Übertragung abgeleiteter Rechte (Lizenzen).....	45
b) Überlassung und Übertragung von Immaterialgütern und -rechten im US-amerikanischen Recht	47
aa) Quantitative Abgrenzung von Übertragung und Lizenz.....	47
bb) Übertragung des Patentrechts	49
cc) Übertragung des Copyrights.....	50
dd) Übertragung des Trademarks	50
ee) Know-how-Übertragung.....	51
ff) Übertragbarkeit abgeleiteter Rechte (Lizenzen) im US-amerikanischen Recht	51
2. Lizenzen an Immaterialgütern und -rechten	53
a) Charakteristika der Lizenz	53
aa) Die Lizenz im deutschen Recht.....	54
(1) Schuldrechtliche Natur des Lizenzvertrages.....	55
(2) Inhalt des Lizenzvertrages im weiteren Sinne	56
(3) Dinglichkeit der Lizenz (Lizenzvertrag im engeren Sinne)	57
(4) Unterlizenzvergabe.....	59
bb) Die Lizenz im US-amerikanischen Recht	60
(1) Lizenzen als Assignments	60
(2) Exclusive Licenses.....	61
(3) Nonexclusive Licenses.....	62
(4) Sublicensing	63
b) Die verschiedenen Lizenztypen und ihre Unterscheidungsmerkmale ..	64
aa) Einfache, alleinige und ausschließliche Lizenz	64
bb) Lizenzaustauschverträge und Verwertungslizenzen.....	65
cc) Reine und gemischte Lizenzverträge	65
dd) Herstellungs-, Gebrauchs- und Vertriebslizenz und weitere Beschränkungen.....	66
ee) Paketlizenzen.....	66

ff) Lizenzen über Komplementär- bzw. Substituts- immaterialgüter	67
(1) Komplementärmaterialgüter	67
(2) Substitutsimmaterialgüter	67
(3) Genutzte / ungenutzte Immaterialgüter	68
II. Einzelne Immaterialgüterrechte und ihre Verkehrsfähigkeit im Kurzüberblick	69
1. Patente	69
a) Deutsches Recht	69
b) Gemeinschaftsrecht	69
c) US-amerikanisches Recht	70
2. Gebrauchsmuster	70
3. Halbleiterschutzrechte	71
a) Deutsches Recht	71
b) US-amerikanisches Recht	71
4. Sortenschutzrechte	72
a) Deutsches Recht	72
b) Gemeinschaftsrecht	72
c) US-amerikanisches Recht	72
5. Geschmacksmusterrecht	73
a) Deutsches Recht	73
b) Gemeinschaftsrecht	73
c) US-amerikanisches Recht	74
6. Kennzeichenrechte	74
a) Marken und geschäftliche Bezeichnungen im deutschen Recht	74
b) Gemeinschaftsrecht	77
c) Trademarks nach US-amerikanischem Recht	77
d) Domains im deutschen und US-amerikanischen Recht	80
7. Urheberrechte	81
a) Deutsches Recht	81
b) Das Copyright im US-amerikanischen Recht	81
c) Dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte (Leistungsschutzrechte) im deutschen und US-amerikanischen Recht	82
8. Know-how	83
a) Deutsches Recht	83
b) US-amerikanisches Recht	84
III. Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der Fusionskontrolle	86
1. Die Fusionskontrolle als schutzrechtskonkretisierende Inhaltsbestimmung	86

2. Normative Wertungskonsistenz von Fusionskontroll- und Immaterialgüterrecht	88
a) Keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit von Immaterialgüterrechten	88
b) Keine Beeinträchtigung der Anspornungs- und Belohnungsfunktion von Immaterialgüterrechten	89
c) Keine Erschwerung des immaterialgüterrechtlichen Investitionsschutzes	92
3. Erscheinungsformen von Immaterialgüterrechtsakquisitionen und ihre jeweilige fusionskontrollrechtliche Relevanz	95
a) Der Erwerb von Immaterialgüterrechten als Begleiterscheinung von Unternehmenszusammenschlüssen per Asset oder Share Deal	95
b) Der Erwerb von Immaterialgüterrechten als Hauptgegenstand eines Unternehmenszusammenschlusses per Asset oder Share Deal	97
c) Der isolierte Erwerb von Immaterialgüterrechten per Asset Deal	98
d) Immaterialgüterrechtsakquisitionen bei Gründung von Gemeinschaftsunternehmen	99
e) Immaterialgüterrechtsakquisitionen im Rahmen von Forschungs- und Entwicklungskooperationen	100
f) Immaterialgüterrechtsakquisitionen im Rahmen von Technologiepools	104
g) Immaterialgüterrechtsakquisitionen im Rahmen von Standardisierungsmaßnahmen	107
h) Zusammenfassung	108
4. Die von konzentrativ wirkenden Immaterialgüterrechtsakquisitionen ausgehenden wettbewerblichen Gefahren	108
a) Wettbewerbsbeschränkende Schutzrechteakkumulation	109
aa) Akkumulation durch eigene Forschung und Entwicklung (internes Wachstum)	111
bb) Akkumulation durch Immaterialgüterrechtsakquisitionen (externes Wachstum)	113
b) Technologieunterdrückung	117
c) Blockade komplementärer Technologien	119
d) Perpetuierung von Netzwerkeffekten	121
e) Marktzutrittsschranken aufgrund immaterialgüterrechtlicher Trennschärfe	121
f) Schaffung oligopolistischer Strukturen	122
g) Erhöhung der Markttransparenz zulasten des Geheimwettbewerbs	124
5. Die wettbewerblichen Vorteile von Immaterialgüterrechtsakquisitionen	124

D. Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der US-amerikanischen Fusionskontrolle	127
I. Grundzüge der US-amerikanischen Fusionskontrolle	127
1. Sec. 7 Clayton Act als fusionskontrollrechtlicher Zentraltatbestand ...	127
2. Das Konkurrenzverhältnis von Sec. 7 Clayton Act zu Sec. 1 und 2 Sherman Act in Bezug auf Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	128
II. Aufgreifen von (isolierten) Immaterialgüterrechtsakquisitionen durch die US-amerikanische „formelle“ Fusionskontrolle	131
1. „Assets“ als Transfergegenstände im Sinne des Sec. 7 Clayton Act ...	133
2. Das Tatbestandsmerkmal der „acquisition“ in Sec. 7 Clayton Act	135
a) Allgemeine Auslegung	135
b) Originärerwerb, intra-firm und inter-firm Akquisitionen	136
c) Besonderheiten der „partial acquisition“ im Sinne des Sec. 7 Clayton Act	138
d) Die Akquisition von Immaterialgüterrechten als „partial acquisition“	142
aa) Erfassung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	142
bb) Voraussetzung des „significant transfer of productive potential“ bei Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	143
(1) Vollrechtsübertragung	145
(2) Exklusivlizenz.....	146
(3) Einfache Lizenz	147
(4) Alleinlizenz.....	149
(5) Sonderkonstellation bei „best effort to sublicense“-Klauseln.....	149
(6) Annex: Rechtsübergang beim Merger.....	151
e) Ausgewählte Immaterialgüterrechte im Einzelüberblick	152
aa) Patents	152
bb) Trademarks	154
cc) Copyrights.....	156
3. Zusammenfassung zur US-amerikanischen „formellen“ Fusionskontrolle	158
III. Behandlung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der US-amerikanischen materiellen Fusionskontrolle	159
1. Der SLC-Test als das materiellrechtliche Eingreifkriterium der US-amerikanischen Fusionskontrolle	159
a) Das aus dem Case Law abgeleitete Prüfungsprogramm der Rechtsprechung	160
b) Das Prüfungsprogramm von FTC und DOJ – Merger Guidelines.....	164

aa) Horizontalzusammenschlüsse	165
bb) Vertikale und konglomerate Zusammenschlüsse	167
2. Sec. 7 Clayton Act und die „incipiency doctrine“	168
3. Das Konzept der Innovationsmärkte und seine Bedeutung für die Behandlung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen	170
a) Zwei-Ebenen-Analyse: Innovations- und Produktmarktbetrachtung.....	171
b) Übertragbarkeit des Innovationsmarktkonzepts auf Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	172
c) Berücksichtigung noch nicht existenter Produktmärkte	175
4. Die Anwendung des SLC-Tests auf die Akquisition von Immaterialgüterrechten	177
a) Die Abgrenzung des relevanten sachlichen Marktes in Fällen von Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	178
aa) Kartellbehördlicher Ansatz zur sachlichen Marktabgrenzung.....	178
bb) Die sachliche Marktabgrenzung in der Rechtsprechung.....	179
cc) Stellungnahme.....	180
dd) Geographische Marktabgrenzung.....	181
b) Der SLC-Test im immaterialgüterrechtlichen Kontext	181
aa) Automated Building Components, Inc. v. Trueline Truss Co.	181
bb) Kobe Inc. v. Dempsey Pump Co.	182
cc) U.S. v. United Shoe Mach. Corp.	184
dd) U.S. v. Columbia Pictures Corp.	185
ee) SCM Corp. v. Xerox Corp.....	186
(1) Das tatsächliche und rechtliche Umfeld im Fall SCM Corp. v. Xerox Corp.....	187
(2) Die vermittelnde Rechtsansicht des District Court.....	188
(3) Der Ausschluss jeglicher kartellrechtlichen Verantwortlichkeit durch den Court of Appeals	192
(4) Kritische Würdigung von SCM Corp. v. Xerox Corp.	195
(a) SLC-Test als analytischer Ausgangspunkt.....	195
(b) Anerkennung von fusionskontrollrechtswidrigen Evidenzfällen.....	195
(c) Geltung der Komplementaritätsthese	196
(d) Tatbestandsrelevanz des Akquisitionsvorgangs	196
(e) Sonderproblem zukünftige Produktmärkte.....	197
(f) SCMs Konzept der „foreseeability and reasonableness“	200
(g) Begründbarkeit des richtigen Ergebnisses	202

5. Zusammenfassung zur US-amerikanischen materiellen Fusionskontrolle.....	204
E. Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der EG-Fusionskontrolle	207
I. Aufgreifen von (isolierten) Immaterialgüterrechtsakquisitionen durch die formelle EG-Fusionskontrolle	207
1. Erwerb alleiniger Kontrolle durch Immaterialgüterrechtsakquisitionen	208
a) Vermögenserwerb, Art. 3 Abs. 1 lit. b 2. Alt. FKVO 139/2004	209
aa) Unternehmensteil (Kontrollobjekt).....	209
bb) Vermögenswerte (Kontrollerwerbsmittel)	212
cc) Wesentlichkeit des Vermögenserwerbs	214
dd) Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der formellen EG-Fusionskontrolle	217
(1) Immaterialgüterrechte und Lizenzen als Unternehmensteile ...	217
(2) Immaterialgüterrechtsakquisitionen und Zukunftsmärkte	219
(3) Vollrechte und Lizenzen als taugliche Kontrollerwerbsmittel	221
(a) Ausschließliche Lizenzen als Kontrollerwerbsmittel.....	223
(b) Alleinige und einfache Lizenzen als Kontrollerwerbsmittel	223
b) Kontrollerwerb durch Vertrag, Art. 3 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. b FKVO 139/2004.....	224
c) Kontrollerwerb in sonstiger Weise, Art. 3 Abs. 2 FKVO 139/2004...	227
2. Erwerb gemeinsamer Kontrolle	228
II. Abgrenzung zu Nebenabreden über Immaterialgüterrechte	234
1. Lizenzvereinbarungen im Nebenabredenrecht	235
2. Übertragungs- und Lizenzabreden als integrale Bestandteile des Zusammenschlusses	237
3. Praktische Handhabung durch die Kommission.....	238
III. Das Verhältnis der FKVO zu Art. 101 und 102 AEUV in Bezug auf Immaterialgüterrechtsakquisitionen	240
IV. Zusammenfassung zur formellen EG-Fusionskontrolle	244
V. Behandlung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der materiellen EG-Fusionskontrolle	245
1. Der SIEC-Test als materiellrechtliches Eingreifkriterium der EG-Fusionskontrolle.....	245
2. Anwendung der allgemeinen Kriterien auf Immaterialgüterrechtsakquisitionen	247
a) Marktstellung.....	248

aa) Marktanteils- und Marktkonzentrationsermittlung	248
bb) Marktabgrenzung.....	250
(1) Konstituierte Märkte und immaterialgüterrechtliche Betrachtung	250
(2) Zukunftsmärkte und fusionskontrollrechtlicher 4-Plus-Test ...	253
cc) Weitere für die Marktstellung beachtliche Faktoren im engeren Sinne	258
(1) Behinderung von Wettbewerbern aufgrund künstlichen Ressourcenengpässen	258
(2) Beseitigung von wichtigen Innovationskräften	259
(3) Nachfragemacht.....	260
b) Potentieller Wettbewerb.....	260
c) Marktzutrittschranken	261
3. Zusammenfassung zur materiellen EG-Fusionskontrolle	264
 F. Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der deutschen Fusionskontrolle ..	267
I. Aufgreifen von (isolierten) Immaterialgüterrechtsakquisitionen durch die deutsche formelle Fusionskontrolle	267
1. Einleitung.....	267
2. Der Zusammenschlusstatbestand des Vermögenserwerbs, § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	268
a) Vermögensbegriff des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	269
aa) Allgemeines	269
bb) Immaterialgüterrechtsakquisitionen	270
b) Erwerb des Vermögens ganz oder zu einem wesentlichen Teil – Wesentlichkeitskriterium.....	271
aa) Das Wesentlichkeitskriterium in der Rechtsprechung des BGH	272
(1) Die tradierte Auslegung in „Zementmahnanlage I“ und „Kettenstichnähmaschinen“	272
(2) Die Substrat-Formel im „Warenzeichenerwerb“-Beschluss....	273
bb) Die Kritik des Schrifttums an der Rechtsprechung des BGH	275
cc) Stellungnahme.....	278
(1) Keine bloße Klarstellungsklausel.....	278
(2) Zusammenschlusskontrolle als Mittel gegen Markt- vermachtung.....	279
(3) Auflösung des starren Verständnisses vom Unternehmensbegriff.....	280

(4) Maßgeblichkeit der Marktstellung des Veräußerers.....	282
c) Erwerbsvorgänge im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	284
aa) Umgehung durch Originärerwerb.....	285
bb) Erfassung von (exklusiven) Lizenzen nur über § 37 Abs. 1 Nr. 2 lit. a 2. Alt GWB.....	286
cc) Erwerbsvorgänge im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit – Internes Unternehmenswachstum.....	287
(1) Die Abgrenzungsformel des BGH in „National Geographic I“.....	289
(2) Die Rechtsauffassung des BKartA.....	292
(a) National Geographic.....	292
(b) Synthes/AO-ASIF.....	293
(3) Stellungnahme.....	294
(a) Weiter Marktstellungsbegriff zur Erfassung auch von konkreten Marktchancen.....	295
(b) Offenheit der Zusammenschlusstatbestände für die Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs.....	296
(c) Wahrung der systematischen und teleologischen Kohärenz zum übrigen Fusionskontrollrecht.....	298
(d) Betrachtung nach Vermögensform und Investitionsbedarf.....	299
(aa) Immaterialgüter/-rechte regelmäßige Anlage-, nicht Umlaufvermögen.....	299
(bb) Ausnahme bei notwendigen erheblichen Investitions- vorgängen.....	301
3. Zusammenschluss nach § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB.....	302
4. Zusammenschluss nach § 37 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	303
5. Zusammenfassung zur deutschen formellen Fusionskontrolle.....	304
II. Behandlung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der deutschen materiellen Fusionskontrolle.....	306
1. Die Eingreifkriterien des § 36 Abs. 1 GWB im Kurzüberblick.....	306
2. Immaterialgüterrechtsakquisitionen in der materiellrechtlichen Bewertung.....	308
a) Marktanteilsbetrachtung.....	308
aa) Konzentrierte Marktanteilsaddition.....	308
bb) Subsidiäre Geltung des „4-Plus-Tests“.....	310
b) Ressourcenbetrachtung.....	311
c) Marktzutrittsschranken.....	314
d) Eliminierung des potentiellen und des Substitutionswettbewerbs.....	316
e) Abwägungsklausel, § 36 Abs. 1 Hs. 2 GWB.....	317

3. Zusammenfassung zur deutschen materiellen Fusionskontrolle.....	317
G. Zusammenfassung und konzeptionelle Gedanken zur fusionskontrollrechtlichen Behandlung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen	319
I. Zusammenfassung der qualifizierten Anforderungen an das Aufgreifen von isolierten Akquisitionen von Immaterialgüterrechten	319
1. Überblick über die einschlägigen Zusammenschlusstatbestände	319
a) US-amerikanische Fusionskontrolle	319
b) Europäische Fusionskontrolle.....	320
c) Deutsche Fusionskontrolle.....	320
2. Konkretisierte Anforderung an das Aufgreifen von isolierten Immaterialgüterrechtsakquisitionen.....	321
a) Qualifizierte Anforderungen an den Akquisitionsgegenstand	321
b) Qualifizierte Anforderungen an den Akquisitionsvorgang	324
c) Qualifizierte Anforderungen an den Akquisitionserfolg.....	325
d) Erfüllung der Umsatzschwellen als verstecktes Wesentlichkeitskriterium für Immaterialgüterrechtsakquisitionen (Negativkriterium)	326
II. Materiellrechtliche Beurteilungskriterien für (isolierte) Immaterialgüterrechtsakquisitionen	329
1. Eingangstest: Konkretes Verstärkungs- und Ausschlusspotential als vorrangige immaterialgüterrechtsspezifische Beurteilungskriterien	330
a) Ermittlung des konkreten Verstärkungspotentials.....	332
aa) Geschäftsbezogenheit der Immaterialgüterrechtsakquisition... 332	
bb) Heranziehung der zur monetären Schutzrechtsbewertung entwickelten Kriterien für die Feststellung und Bewertung der Geschäftsbezogenheit bzw. des Verstärkungspotentials.....	335
b) Ermittlung des konkreten Ausschlusspotentials	338
c) Rückschlüsse für die wettbewerbliche Beurteilung von Immaterialgüterrechtsakquisitionen	341
aa) Prima facie Unbedenklichkeit von Akquisitionen ohne Ausschlusspotential.....	341
bb) Grundsätzliche Unbedenklichkeit nicht geschäftsbezogener Akquisitionen mit Ausschlusspotential	342
cc) Bedenklichkeit geschäftsbezogener Akquisitionen mit Ausschlusspotential.....	343
2. Haupttest: Anwendung der konventionellen Beurteilungskriterien bei nach Vorprüfung indizierter Wettbewerbsbedenklichkeit	344

a) Quantitative Betrachtung des Verhaltensspielraums und der ihn begrenzenden Wettbewerbskräfte	344
b) Qualitative Feststellung und Beurteilung der anzunehmenden wettbewerblichen Auswirkungen	346
3. Berücksichtigung von zusammenschlussbedingten Effizienzen.....	349
H. Zusammenfassung der wesentlichen Thesen.....	355
Literaturverzeichnis	361