

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Einleitung	1

Teil I

Patentkonzentration als fusionskontrollspezifisches Problem – Eine ökonomische und fusionskontrollrechtliche Einordnung

§ 1 <i>Das Patentsystem im Wettbewerb</i>	5
I. Die Funktionen des Wettbewerbs	5
II. Die Auswirkungen des Patentsystems auf den Wettbewerb	7
1. Dynamische versus statische Effekte	7
a) Ausschlusswirkung als dynamischer Innovationsanreiz	7
b) Ausschlusswirkung und statischer Wettbewerb	8
2. Patente als Voraussetzung des Technologietransfers	9
a) Patente als Grundlage des Technologietransfers	10
b) Technologietransfer als Innovationsvoraussetzung	11
c) Die <i>tragedy of the anticommons</i>	13
III. Patent- und Kartellrecht: Komplementarität durch die „rechtliche Organisation von Innovation“	14
§ 2 <i>Die Berücksichtigung der Patentkonzentration in der Fusionskontrolle: Erfordernis und Herausforderungen</i>	17
I. Patentkonzentration als Behinderung des Wettbewerbs	17
1. Strategische Patentakkumulationen als Wettbewerbsmittel ..	17
2. Patent-Dickicht	19
II. Patentkonzentration als Herausforderung der Fusionskontrolle	20
1. Patentkonzentration als fusionskontrollrechtliches Problem	20

2. Fusionskontrolle auf dynamischen Märkten	21
a) Grundprinzipien der Fusionskontrolle	21
b) Besonderheiten dynamischen Wettbewerbs	22
c) Zusammenhang zwischen Wettbewerbsintensität und Innovation	25
(1) Die Schumpeter-Hypothesen und ihre Gegenmodelle	25
(2) Bedeutung für die juristische Rezeption	27
III. Zwischenergebnis und Problemstellungen für die weitere Untersuchung	29

Teil 2

Patenttransaktionen als Zusammenschluss

§ 3 <i>Patenttransaktionen als Zusammenschluss nach Art. 3 FKVO</i>	31
I. Vermögenserwerb als Zusammenschluss, Art. 3 Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. a FKVO	31
II. Patenttransaktionen als Vermögenserwerb im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. b FKVO	33
1. Patente als Vermögen	33
2. Patente als Vermögensteile im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. a FKVO	34
a) Wesentlichkeit des Vermögensteils	34
b) Erfordernis der Zuweisung eines Marktumsatzes	35
(1) Kommission	35
(2) Literatur	37
(3) Anwendung auf den Erwerb von Patenten	39
c) Kritik am Erfordernis der Zuweisung eines Marktumsatzes	40
(1) Die Ansicht der Kommission zu Outsourcing-Transaktionen	41
(2) Übertragbarkeit auf sonstige Vermögensteile, insbesondere Patente	42
(3) Umsatzerzielung wegen der Berechnungsregeln im Rahmen der Aufgreifschwellen	43
(4) Umsatzerzielung wegen Sinn und Zweck der Fusionskontrolle	44
d) Auswirkung auf die Marktstellung des Erwerbers als entscheidendes Kriterium	45
(1) Schwierigkeit der Unterscheidung von externem und internem Wachstum	45
(2) Rechtssicherheit	46
(3) Anwendung auf Patente und andere Rechte des geistigen Eigentums	47
3. Kontrollmittel	49

a) Eigentums- und Nutzungsrechte.....	49
b) Dauerhaftigkeit der Nutzungsbefugnis	50
III. Umsatzschwellen des Art. 1 Abs. 2 und 3 FKVO.....	51
IV. Zwischenergebnis.....	52
 § 4 <i>Patenttransaktionen als Zusammenschluss nach § 37 GWB</i>	53
I. Vermögens- und Kontrollerwerb als Zusammenschluss nach dem GWB	53
1. Vermögenserwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB.....	54
2. Kontrollerwerb gem. § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB.....	54
3. Wesentlichkeit des Vermögensteils gem. § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 lit. a GWB.....	56
a) Möglichkeit des Eintritts in die Marktstellung des Erwerbers – Die Warenzeichen-Entscheidung des BGH.....	56
b) Die Einbeziehung ungenutzter Marktpotentiale – Der Fall „National Geographic“	58
(1) Bundeskartellamt.....	58
(2) OLG Düsseldorf.....	61
(3) BGH	61
(4) Literatur	62
(5) Stellungnahme	62
c) Auswirkung auf die Marktstellung des Erwerbers als entscheidendes Kriterium.....	64
II. Patenttransaktionen als Vermögens- oder Kontrollerwerb nach dem GWB	64
1. Erwerbsmittel.....	64
2. Wesentlichkeit eines Patents im Sinne des § 37 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 S. 2 lit. a GWB	65
III. Umsatzschwellen des § 35 GWB.....	66
IV. Zwischenergebnis.....	66

Teil 3

Patente in der materiellen Fusionskontrolle

<i>1. Abschnitt: Patente in der materiellen Fusionskontrolle nach der FKVO</i>	69
 § 5 <i>Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs</i>	69
I. Rechtsgrundlage: Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO	69

II. Auswirkungen auf die Prüfung von Patentkombinationen.....	71
§ 6 <i>Patente als Machtfaktor im Wettbewerb</i>	72
I. Allgemeines	72
1. Marktbeherrschende Stellung	72
2. Kriterien des Art. 2 Abs. 1 FKVO	72
3. Bedeutung des Marktanteils.....	73
4. Relativierung durch die Eigenschaften dynamischen Wettbewerbs	74
II. Kein Automatismus zwischen der Inhaberschaft von Patenten und Marktbeherrschung.....	75
1. Zusammenhang zwischen Patenten und Marktbeherrschung	75
2. Rechtsprechung des EuGH	76
III. Möglichkeit, mit dem Patentinhaber in substitutiven Wettbewerb zu treten	77
IV. Patente als Machtfaktor.....	78
1. Patente als Marktzutrittsschranke	78
a) Contestable markets	78
b) Systematisierung	79
c) Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten	81
d) Kritik.....	81
2. Patente und Marktbeherrschung.....	83
a) Patente in Verbindung mit externen, strukturellen Effekten.....	83
(1) Patentgeschützte Normen	83
(2) Patentgeschützte de-facto-Standards	85
b) Strategisch aufgebaute Patentportfolios	86
(1) Patentakkumulation	86
(2) Bestimmung der Stärke eines Patentportfolios	87
(3) Wirkungsorientierte Bestimmung.....	90
3. Zeitliche Begrenzung.....	91
4. Patent uncertainty	92
V. Zwischenergebnis.....	93
§ 7 <i>Patente in der Marktabgrenzung</i>	94
I. Stufenverhältnis in Betracht kommender Märkte	94
1. Produktmärkte	94
2. Technologiemarkte	95
3. Innovations- und Zukunftsmärkte	96
II. Bekanntmachung zum relevanten Markt	98
III. Patente in der Nachfragesubstituierbarkeit.....	100

1. Grundsatz.....	100
2. Ausnahme: Unerlässliche Patente	101
IV. Patente als Begrenzung der Angebotsumstellungsflexibilität..	105
1. Geringe Umstellungskosten	105
2. Kurzfristige Umstellung	106
3. Entscheidungspraxis	107
V. Räumliche Marktabgrenzung	108
VI. Würdigung	110
1. Kritik	110
2. Berücksichtigung dynamischer Entwicklungen	111
3. Beurteilung	113
VII. Zwischenergebnis zur Marktabgrenzung.....	115
 § 8 <i>Patente in der Bestimmung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in vertikalen Zusammenschlüssen</i>	 116
I. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse	116
1. Allgemeine Herangehensweise	116
2. Patente als notwendige Vorstoffe für die nachgelagerte Marktstufe.....	117
3. Fähigkeit, den nachgelagerten Markt abzuschotten.....	117
4. Anreiz, den nachgelagerten Markt abzuschotten.....	118
5. Nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb.....	119
6. Beurteilung	119
II. Patente in den Entscheidungen der Kommission zu vertikalen Zusammenschlüssen	121
1. ContentGuard/Microsoft/Time Warner	121
2. TomTom/Tele Atlas.....	122
a) Darstellung	122
b) Bewertung	124
3. Nokia/Navteq.....	125
4. Nokia/Trolltech.....	125
III. Zwischenergebnisse zu vertikalen Zusammenschlüssen	126
 § 9 <i>Patente in der Bestimmung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in horizontalen Zusammenschlüssen</i>	 128
I. Horizontalleitlinien	128
1. Patente als Marktzutrittsschranke	128
2. Patente als Möglichkeit, Wettbewerber am Wachstum zu hindern.....	129

3. Beseitigung einer wichtigen (dynamischen) Wettbewerbskraft.....	130
4. Beurteilung	131
II. Entscheidungspraxis der Kommission.....	132
1. Patentanzahl als strukturelle Marktzutrittsschranke.....	132
a) Shell/Montecatini	133
b) Boeing/McDonnell Douglas	134
2. Patentportfolio als Abschreckung der Wettbewerber.....	136
a) Air Liquide/BOC.....	136
b) Promatech/Sulzer	137
3. Patentkombination als Möglichkeit und Anreiz, Wettbewerber am Wachstum zu hindern.....	138
a) DowChemical/Union Carbide	138
b) MSG Media Service	140
c) CVC/Lenzing	141
4. Missbrauch von Patenten	142
a) Lizenzverweigerung – Axalto/Gemplus	143
b) Strukturmissbrauch – Tetra Pak I (BTG-Lizenz).....	145
5. Sonderfall dynamischer Märkte:	
Pharmazeutische Industrie	147
a) Bayer/Aventis Crop Science.....	147
b) Ciba-Geigy/Sandoz (Novartis)	149
c) Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim	150
III. Zwischenergebnis zu horizontalen Zusammenschlüssen	152
 <i>§ 10 Patente in der Bestimmung einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs in konglomeraten Zusammenschlüssen ...</i>	
I. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse	154
II. Entscheidungspraxis.....	155
1. Hebelwirkung	155
a) Sekundärmärkte.....	155
b) Systemintegration.....	157
2. Portfolio-Effekt.....	158
III. Zwischenergebnis zu konglomeraten Zusammenschlüssen	159
 <i>§ 11 Patente in der Bestimmung koordinierter Effekte und unilateraler Behinderungen unterhalb der Marktbeherrschung.....</i>	
I. Patente in der Bestimmung kollektiver Marktbeherrschung	159
1. Kriterien.....	160

2. Patentaspekte in der Prüfung der Kriterien kollektiver Marktbeherrschung	160
a) Markttransparenz.....	160
b) Sanktionsmechanismus.....	162
c) Reaktionen von Außenstehenden.....	163
3. Zwischenergebnis	163
II. Patente in der Bestimmung unilateraler Verhaltensweisen unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung	164
1. Kriterien.....	164
2. Patentaspekte in der Prüfung der Kriterien unilateraler Effekte	165
<i>§ 12 Nachweis und Berücksichtigung von Art. 102 AEUV</i>	<i>165</i>
I. Nachweis der Wahrscheinlichkeit	166
II. Berücksichtigung von Art. 102 AEUV	166
<i>§ 13 Effizienzgewinne</i>	<i>169</i>
I. Allgemeines	169
II. Voraussetzungen	170
1. Horizontalleitlinien.....	170
a) Berücksichtigungsfähigkeit	170
b) Beurteilung	172
2. Übertragbarkeit auf nichthorizontale Zusammenschlüsse ...	173
III. Entscheidungspraxis.....	174
1. Zeitnahe, erhebliche Vorteile für die Verbraucher.....	174
2. Nachweis	176
3. Fusionsspezifische Vorteile	177
IV. Würdigung	178
<i>§ 14 Fazit zur Berücksichtigung von Patenten in der materiellen Fusionskontrolle nach der FKVO</i>	<i>179</i>
I. Patente als Machtfaktor.....	179
II. Fähigkeit und Anreiz zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs	180
III. Nachweis.....	181

2. Abschnitt: Patente in der materiellen Fusionskontrolle nach dem GWB.....	182
§ 15 Rechtsgrundlagen	182
I. Untersagungstatbestand: § 36 Abs. 1 GWB.....	182
II. Marktbeherrschungstatbestand: § 19 Abs. 2 und 3 GWB	183
1. Legaldefinition	183
2. Vermutung	184
3. Prognose	184
§ 16 Patente in der Bestimmung der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.....	185
I. Patente in der Marktabgrenzung.....	185
1. Herangehensweise	185
2. Patente in der Bestimmung des relevanten Marktes.....	186
II. Patente in der Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung	187
1. Kriterien.....	187
a) Einzelmarktbeherrschung	188
(1) Marktanteil	188
(2) Verflechtung	188
(3) Marktzutrittschranken	188
(4) Zugang zu Absatz- und Beschaffungsmärkten.....	190
(5) Ressourcentheorie	191
b) Oligopole.....	192
2. Beurteilung	192
a) Strukturorientierter Ansatz	192
b) Nachweisanforderungen	194
c) Probleme für die Bewertung von Patentportfolios.....	195
d) Kritik aus der Literatur	196
3. Die Berücksichtigung von Patenten in der Entscheidungspraxis	197
a) Einzelmarktbeherrschung	197
b) Oligopol	204
4. Zwischenergebnis	206
III. Verteidigungsmöglichkeiten.....	207
1. Efficiency defense	207
2. Abwägungsklausel und Ministererlaubnis	207
IV. Würdigung der Berücksichtigung von Patenten in der materiellen Fusionskontrolle nach dem GWB	209

Teil 4
Patente in Zusagen

§ 17 Zusagen nach der FKVO.....	213
I. Rechtsgrundlage.....	213
II. Allgemeine Grundsätze.....	214
1. Zulässigkeit.....	214
a) Struktur- und verhaltensbezogene Zusagen.....	214
b) Grenzen der Zulässigkeit.....	215
c) Eignung zur vollständigen und dauerhaften Lösung des Wettbewerbsproblems.....	216
2. Realisierbarkeit.....	217
3. Verhältnismäßigkeit.....	218
4. Zwischenergebnis.....	218
III. Patente im Rechtsverkehr.....	219
1. Übertragung.....	219
2. Lizenzen.....	219
a) Rechtsgehalt.....	219
b) Umfang.....	220
c) Gegenstand.....	221
IV. Patente in den verschiedenen Zusagen-Arten.....	222
1. Patente in strukturellen Zusagen.....	222
a) Veräußerungszusagen.....	222
b) Andere Abhilfemaßnahmen struktureller Art.....	224
(1) Zugangserleichterung.....	225
(2) Änderung langfristiger Ausschließlichkeitsvereinbarungen.....	227
2. Patente in verhaltensbasierten Zusagen.....	228
3. Merger Remedies Study.....	229
V. Patentspezifisches Problem: Trade-off zwischen statischen und dynamischen Effekten.....	230
VI. Entscheidungspraxis der Kommission.....	232
1. Horizontale Bedenken.....	232
a) Veräußerung.....	232
b) Erteilen einer ausschließlichen Lizenz.....	234
c) Aufgabe einer ausschließlichen Lizenz.....	236
d) Erteilen einfacher Lizenzen.....	237
e) Erteilen einer „Negativlizenz“.....	241
2. Vertikale Behinderungen (Abschottung).....	241
a) Erteilen einfacher Lizenzen – Zugang zu Schlüsseltechnologien.....	241
b) Zugang zu patentgeschützten Netzen oder Standards.....	246

3. Konglomerate Behinderungen (Portfolio-Effekt und Hebelwirkung)	247
4. Koordinierte Effekte	249
5. Zwischenergebnis	249
VII. Folgeprobleme	251
1. Art. 101 Abs. 1 AEUV	251
2. Anmeldepflicht zur Fusionskontrolle	252
§ 18 Zusagen nach dem GWB	252
I. Rechtsgrundlage	252
II. Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen	253
1. Allgemeine Grundsätze	253
2. Verbot laufender Verhaltenskontrolle gem. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB	254
III. Patente in Auflagen und Bedingungen	258
1. Arten zulässiger Nebenbestimmungen	258
2. Veräußerungszusagen	258
3. Marktöffnungszusagen	260
a) Zulässigkeit	260
b) Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts	262
IV. Fazit	267
Schlussbetrachtung	269
Literaturverzeichnis	277
Register	293