

Inhaltsverzeichnis

| | |
|----------------------------|-----|
| Vorwort | VII |
| Abkürzungsverzeichnis..... | XIX |
| Einleitung | 1 |

Teil 1

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 „rechtlche 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 Patenttransaktionen als Zusammenschluss nach § 37 GWB | 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

| | |
|---|----|
| 1. Abschnitt: Patente in der materiellen Fusionskontrolle nach der FKVO..... | 69 |
| § 5 Erhebliche Behinderung wirksamen Wettbewerbs | 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. | Technologiemärkte | 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 Vorstoffs 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. Zwischenergebnis 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> | 154 |
| 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> | 159 |
| 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> | 165 |
| I. Nachweis der Wahrscheinlichkeit | 166 |
| II. Berücksichtigung von Art. 102 AEUV..... | 166 |
| <i>§ 13 Effizienzgewinne</i> | 169 |
| 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> | 179 |
| 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) Marktzutrittsschranken | 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 <i>Zusagen nach dem GWB</i> | 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 |