

CARSTEN F. ALBERT

# Patente in der Fusionskontrolle

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht*

49

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

49





Carsten F. Albert

# Patente in der Fusionskontrolle

Mohr Siebeck

*Carsten F. Albert*, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung in Bayreuth, Paris und Augsburg; Referendariat am OLG Celle.

ISBN 978-3-16-150704-5 / eISBN 978-3-16-162927-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2024  
ISSN 1860-7306 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

*Meinen Eltern*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2010 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Mai 2010 berücksichtigt werden.

Betreut wurde die Arbeit durch meinen verehrten Doktorvater Prof. Dr. Volker Emmerich. Während er mir für die Erstellung der Arbeit volle wissenschaftliche Freiheit ließ, war er jederzeit für Fragen und Diskussionen offen und prägte durch seine wertvollen Anregungen die Arbeit zurückhaltend, aber entscheidend. Hierfür und für die lehrreiche und prägende Zeit als sein Mitarbeiter danke ich ihm herzlich. Prof. Dr. Ansgar Ohly danke ich nicht nur für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die Anregung zu dem Thema der Arbeit. Daneben danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Unterstützung im Rahmen des Graduiertenkollegs „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ an der Universität Bayreuth sowie den Herausgebern dieser Schriftenreihe für die freundliche Aufnahme der Arbeit.

Mein Dank gilt daneben allen, die mich bei der Erstellung dieser Arbeit unterstützt haben. Nennen möchte ich insbesondere Falk Schlotthauer, meinen Freund seit den ersten Studententagen in Augsburg, dem ich für die Korrektur des Manuskriptes danke, Philipp Kienzle, dem ich für die vielen hilfreichen Gespräche und die unvergessliche Zeit in B9/11 danke, sowie Tim Bagger und Philipp Wohler, denen ich für ihre stete Hilfs- und Diskussionsbereitschaft danke.

Besonders und von ganzem Herzen danke ich meiner Freundin Eva, die mich zu jeder Zeit der Promotion uneingeschränkt unterstützte. Sie gab mir den entscheidenden und unverzichtbaren Rückhalt, den das Verfassen einer Arbeit wie der vorliegenden erfordert. Der größte Dank gebührt schließlich meinen Eltern, ohne deren Unterstützung und Förderung ich nicht diese Ausbildung hätte machen und nicht diese Dissertation hätte schreiben können. Ohne Euch wäre ich nicht bis hierher gekommen.

Bayreuth, im Herbst 2010

*Carsten F. Albert*



# 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 „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 Aufgreifschwelle .....	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>I. 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.	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</i> <i>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. Zwischenergebnis zu vertikalen Zusammenschlüssen .....	126
§ 9 <i>Patente in der Bestimmung einer erheblichen Behinderung</i> <i>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
§ 10	<i>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
§ 11	<i>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. Patentespekte 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. Patentespekte in der Prüfung der Kriterien unilateraler Effekte .....	165
 § 12 <i>Nachweis und Berücksichtigung von Art. 102 AEUV</i> .....	165
I. Nachweis der Wahrscheinlichkeit .....	166
II. Berücksichtigung von Art. 102 AEUV .....	166
 § 13 <i>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. Fusionspezifische Vorteile .....	177
IV. Würdigung .....	178
 § 14 <i>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 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

## Abkürzungsverzeichnis

Die in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen werden im Folgenden nur aufgeführt, soweit sie nicht in *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008, verzeichnet oder allgemein üblich sind.

Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Antitr. L. J.	Antitrust Law Journal
BB	Betriebsberater
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
BIAC	Business and Industry Advisory Committee (bei der OECD)
Can. J. Econ. Pol. Sc.	Canadian Journal of Economics and Political Sciences
DoJ	United States Department of Justice
E.C.L.A.	European Competition Law Annual
E.C.L.R.	European Competition Law Review
ECLA	European Classification System
EPA/EPO	Europäisches Patentamt/European Patent Office
Erw.gr.	Erwägungsgrund
FTC	Federal Trade Commission
GA	Generalanwalt
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HG	Hauptgutachten (der Monopolkommission)
HMG	Horizontal Merger Guidelines des DoJ und der FTC
IMA	Innovation Market Analysis /Innovationsmarktanalyse
Int'l. J. Ind. Org.	International Journal of Industrial Organization
J. Econ. Hist.	Journal of Economic History
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Persp.	Journal of Economic Perspectives
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. Ind. Compet. Trade	Journal of Industry, Competition, and Trade
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
JITE	The Journal of Institutional and Theoretical Economics
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
NBER	National Bureau of Economic Research
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
Rand J. Econ.	Rand Journal of Economics
Rev. Econ. Stat.	Review of Economics and Statistics
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarkt- recht

TB	Tätigkeitsbericht (des Bundeskartellamts)
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
USPC	United States Patent Classification
USPTO	United States Patent and Trademark Office
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review

## Einleitung

Die Diskussionen im Bereich des Spannungsverhältnisses von Kartell- und Patentrecht beschränken sich im Wesentlichen auf die Bewertung von Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen nach Art. 101 AEUV und §§ 1 ff. GWB zum einen sowie die intensiv diskutierten kartellrechtlichen Zwangslizenzen bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 ff. GWB zum anderen.<sup>1</sup> Die Möglichkeit, den schon lange bekannten Wettbewerbsgefahren der Patentkonzentration<sup>2</sup> mit Hilfe der Fusionskontrolle zu begegnen, blieb daneben weitgehend unbeachtet. Da das Missbrauchsrecht jedoch nur den Missbrauch und nicht den Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, kann es zwar herangezogen werden, um behindernde Verhaltensweisen zu sanktionieren;<sup>3</sup> außer in Ausnahmefällen<sup>4</sup> ist es aber ungeeignet, die strategische Kombination von Schutzrechten mit dem Ziel des Aufbaus einer marktbeherrschenden Stellung zu kontrollieren.

Die Zurückhaltung in der Literatur mag daran liegen, dass die Bewertung von Patentportfolios und ihrer Auswirkungen auf die Marktstellung von Unternehmen sowie auf den sog. dynamischen Wettbewerb in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist.<sup>5</sup> Wohl auch deshalb haben die Kartellbehörden diese „Büchse der Pandora“ nie geöffnet. Das Problem ist damit jedoch nicht obsolet. Im Gegenteil – die Gefahren wer-

---

<sup>1</sup> Grdl. *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung; s. auch *Gallini/Trebilcock*, in: Anderson/Gallini (Hrsg.), *Competition Policy and IPR in the Knowledge-Based Economy*, S. 17 ff.

<sup>2</sup> *Monopolkommission*, HG II, Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen (1976/77), S. 361; *Jabbusch*, Begrenzung der konzentrationsfördernden Wirkungen des Patentschutzes; *Pietzke*, Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika.

<sup>3</sup> S. die Pressemitteilung der *Kommission* v. 15.6.2005 – *Astra Zeneca*, IP/05/737: “Commission fines Astra Zeneca €60 million for misusing patent system to delay market entry of competing generic drug.”

<sup>4</sup> Etwa in den Fällen des „Strukturmissbrauchs“, vgl. *Kommission* v. 26.7.1988, IV/31.043, ABl. 1988 L 272/27 – *Tetra Pak I* (BTG-Lizenz), dazu unten § 9 II. 4. b).

<sup>5</sup> *Mackernan*, 10 EIPR 461 (2004): “Competition agencies have [...] shied away from detailed and specific discussion of how they intend to treat it [IP] in the particular context of mergers [...]. In part, this may be due to the *sui generis* nature of companies’ IP portfolios and their impact on competition.”

den durch die ständige Erweiterung des Patentsystems auf neue Schutzbereiche, die Absenkung der Schutzvoraussetzungen, die Erweiterung des räumlichen Schutzes und vor allem die immer weiter entwickelten Patentstrategien der Unternehmen noch verstärkt.<sup>6</sup> Die Anknüpfung der kartellrechtlichen Regeln an die *ex post*-Kontrolle des Einsatzes einzelner Patente wird damit den wettbewerblichen Gefahren des Patentsystems häufig nicht gerecht werden können.<sup>7</sup> Mit Hilfe der Fusionskontrolle kann zumindest zu einem gewissen Grad dem Problem der Patentkonzentration begegnet werden, nämlich dann, wenn die Patentkonzentration durch externes Unternehmenswachstum verstärkt wird. Für die Beurteilung einer Patentkonzentration in der präventiven Fusionskontrolle ergeben sich jedoch fundamentale Schwierigkeiten.

Zunächst ist die Wirkung von Patenten als Marktzutrittsschranken schwieriger zu bewerten als diejenige „klassischer“ Schranken wie Transportkosten oder staatlicher Monopole. Ihre (Un-)Überwindbarkeit kann von den Kartellbehörden nur schwer eingeschätzt werden, da Patente keine „absoluten“ Schranken sind, sondern durch vielfältige Strategien mit für den Wettbewerb positiven oder negativen Effekten eingesetzt werden können. Ihre Wirkung als Marktzutrittsschranke hängt damit (auch) vom Verhalten des Patentinhabers ab. Hinzu kommen die Schwierigkeiten, die mit der Instabilität dynamischer Märkte einhergehen. Dynamischer Wettbewerb ist nur schwer mit Mitteln der konventionellen Fusionskontrolle zu erfassen, da dieser in periodischen Wellen mit wechselnden Marktpositionen verläuft, und ein Mangel an gesicherten ökonomischen Erfahrungssätzen besteht. Prognosen über die dynamischen Auswirkungen von Zusammenschlüssen sind daher nur schwer zu erstellen.

Die Folge aus diesen Unsicherheiten über die Bewertung von Patentkombinationen aus statischer Sicht darf aber nicht sein, dass die Fusionskontrolle, wie teilweise gefordert wird, Wettbewerbsbedenken nicht auf die Kombination von Patentportfolios stützen und generell von ihrer Effizienzsteigernden Wirkung ausgehen solle.<sup>8</sup> Da wirksamer Wettbewerb

---

<sup>6</sup> Ullrich, in: Ehlermann/Atanasiu (Hrsg.), E.C.L.A. 2005, xxviii, xxix; zur Patentierbarkeit von Computerprogrammen Kraßer, Patentrecht, S. 150 ff.; Bodenburg, Softwarepatente; zum Patentschutz in der Biotechnologie s. die Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, ABl. 1998 L 213/13; für einen Überblick über die Erweiterung der Rechte des geistigen Eigentums generell s. Cornish, in: Schricker [u.a.] (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 9 ff.; Ullrich, in: Behrens (Hrsg.), Stand und Perspektiven des Schutzes Geistigen Eigentums, S. 9, 14 ff.

<sup>7</sup> Mestmäcker/Schweitzer, § 28 Rn. 34.

<sup>8</sup> Diese Forderungen gehen zurück auf die Schumpeter-Hypothesen sowie die ökonomischen Konzepte der *Chicago School of Antitrust Analysis*. Die ihr zugrunde liegenden Argumente bestehen einerseits darin, dass das Kartellrecht marktbeherrschende Stellungen auf dynamischen Märkten hinnehmen müsse, da daraus Verbund- und Größenvorteile

durch die mit der strategischen Akkumulation von Patenten verbundene Konzentration technischen Wissens bei wenigen großen Unternehmen erheblich behindert werden kann, ist die Analyse von Patenten im Rahmen eines Fusionskontrollprozesses unerlässlich. Es müssen daher Kriterien entwickelt werden, die es den Kartellbehörden erlauben, bestimmte typische Gefahrenlagen zu identifizieren, in denen die Kombination von Patenten oder Patentportfolios zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs oder zu einer Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen kann.

Dies gilt grundsätzlich für alle anderen Rechte des geistigen Eigentums ebenso wie für Patente. Die Probleme insbesondere im Hinblick auf den dynamischen Wettbewerb entstehen jedoch in der Regel im Zusammenhang mit technischen Schutzrechten, was die notwendige Eingrenzung der Arbeit auf Patente rechtfertigt – die Untersuchung aller Schutzrechte würde ihren Umfang sprengen. Die Ansätze sind aber weitgehend auch auf andere Rechte des geistigen Eigentums anwendbar. So betreffen einige zentrale Entscheidungen der deutschen und europäischen Gerichte zur vorliegenden Problematik nicht Patente, sondern Marken- und Urheberrechte; diese werden an den relevanten Stellen berücksichtigt und analysiert.

Die wissenschaftliche Auseinandersetzung dieser ebenso interessanten wie komplexen Materie steckt noch in ihren Anfängen. Endgültige Antworten auf die vielfältigen und umfangreichen Fragen, die sich aus der Betrachtung von Patenten im gesamten Fusionskontrollprozesses ergeben, kann diese Arbeit daher nicht immer liefern. Sie versucht vielmehr Grundlagen zu sammeln, überkommene Denkstrukturen aufzudecken und neue Anstöße für eine Diskussion zu geben, die in der Vergangenheit vernachlässigt worden ist.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Der erste Teil beschäftigt sich mit einer ökonomischen und fusionskontrollrechtlichen Einordnung des Problems der Patentkonzentration und dient damit als Grundlage für die folgende Untersuchung. Der zweite Teil widmet sich Fragen der formellen Fusionskontrolle. Zentral ist dabei die Untersuchung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die isolierte Übertragung eines Patents oder die Gewährung einer Patentlizenz einen Zusammenschluss i.S.d. der FKVO bzw. des GWB darstellen kann. Der dritte Teil beschäftigt sich mit der zentralen Thematik der materiellen Fusionskontrolle, wann ein Zusammenschluss mit dem Wettbewerb vereinbar ist und wann nicht. Hier wird zunächst – bereits im Rahmen des europäischen Rechts – untersucht, auf

---

entstehen, die den technischen Fortschritt fördern, andererseits darin, dass diese Machtpositionen, die auf einem technologischen Vorsprung basieren, ohnehin nur vorübergehender Natur seien und durch den dynamischen Fortschritt immer wieder relativiert würden.

welche Weise Patente als Machtfaktor in der Prüfung der Marktstellung der Unternehmen zu berücksichtigen sind. Hier wird eine Unterscheidung zwischen unerlässlichen Einzelpatenten und strategisch aufgebauten Patentportfolios vorgenommen. Letztere, so wird vertreten, können in ihrer Auswirkung auf den Wettbewerb nur durch einen wirkungsorientierten, verhaltensbasierten Prüfungsansatz beurteilt werden, der dem Ansatz zur Prüfung vertikaler Effekte gleicht. Anschließend wird die Fusionskontrollpraxis der Kommission mit dem Ziel der Identifizierung typischer Gefahrenlagen untersucht. Sodann werden dieser Ansatz auf das deutsche Recht übertragen und die Möglichkeit seiner Umsetzung untersucht. Im vierten Teil werden die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten von Patenten in Zusagen analysiert, wobei insbesondere auf die Unterscheidung zwischen strukturellen und verhaltensbezogenen Zusagen eingegangen wird. Zur Beurteilung der Wirksamkeit patentbasierter Zusagen muss der in der materiellen Prüfung entwickelte Prüfungsmaßstab angesetzt werden. Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit zusammengefasst.

## Teil 1

# Patentkonzentration als fusionskontrollspezifisches Problem – Eine ökonomische und fusionskontrollrechtliche Einordnung

Für die Beurteilung von Patenten in der Fusionskontrolle ist das Verständnis einiger grundlegender ökonomischer Zusammenhänge, namentlich der Wirkung von Patenten im Wettbewerb und des Verhältnisses von Wettbewerbsbeschränkung, Marktmacht und Innovationsförderung, Voraussetzung. Geklärt sind diese komplexen, mit vielen Unbekannten behafteten Zusammenhänge freilich nicht.<sup>1</sup> Aus den zahlreichen Untersuchungen lassen sich jedoch einige grundlegende Erkenntnisse ableiten, die für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Thematik von Bedeutung sind.

## § 1 Das Patentsystem im Wettbewerb

### *I. Die Funktionen des Wettbewerbs*

Das Kartellrecht<sup>2</sup> versucht durch das Verbot bestimmter wettbewerbsbeschränkender Eingriffe durch Unternehmen freien und unverfälschten Wettbewerb zu schützen.<sup>3</sup> Grundlage dafür bildet die Annahme, dass nur wirksamer Wettbewerb als Grundlage zum Treffen wirtschaftlicher Entscheidungen individuelle Freiheit für Aktionen und Reaktionen in der Marktwirtschaft sichert und aufgrund seiner Selektions- und Entmachtungswirkung zu allokativer und produktiver Effizienz sowie zu Innovationen zwingt.<sup>4</sup> Dementsprechend lassen sich die Funktionen des Wettbewerbs in zwei Kategorien einteilen:

Erstens erfüllt der Wettbewerb über den Preismechanismus eine Allokationsfunktion, indem er dafür sorgt, dass der Bestand an Ressourcen in der

---

<sup>1</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, §§ 1 Rn. 13 ff., 6 Rn. 1 ff.

<sup>2</sup> Der Begriff Kartellrecht wird hier als Überbegriff verwendet und umfasst die drei Teilgebiete der Kartellaufsicht, der Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle.

<sup>3</sup> *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 1; *Berg/Cassel/Hartwig*, in: *Vahlens Kompendium*, Bd. 2, S. 238 ff.

<sup>4</sup> Vgl. im Einzelnen zu den Funktionen des Wettbewerbs, insbesondere des dynamischen Wettbewerbs *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.

wirtschaftlich sinnvollsten Weise verteilt ist. Der Zustand allokativer Effizienz ist erreicht, wenn sich kein Marktteilnehmer verbessern kann, ohne dass sich ein anderer verschlechtern würde.<sup>5</sup> In diesem Zustand ist der Preis eines Gutes gleich seinen Grenzkosten.<sup>6</sup> Daneben zwingt der Wettbewerb ein Unternehmen, seinen Output mit dem geringstmöglichen Einsatz von Inputfaktoren zu erzeugen. Diese sog. Produktionseffizienz wird gesteigert, wenn bei gleichen Kosten der Output maximiert bzw. bei gleichem Output Kosten eingespart werden.<sup>7</sup> Die Allokations- und Produktionsfunktion bilden die statische Effizienz des Wettbewerbs, die die kurzfristigen Auswirkungen auf Preise und Mengen identischer Güter unter einem gegebenen Stand des Wissens und der Technik beschreibt. Dies impliziert, dass Wettbewerber im statischen Wettbewerb Güter imitieren können, d.h., dass diese nicht durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind.

Zweitens hat der Wettbewerb eine Innovationsfunktion. Wettbewerbsvorteile werden danach nicht über statische Parameter wie den Preis erlangt, sondern aufgrund von Innovationen.<sup>8</sup> Im dynamischen Wettbewerb unterscheiden sich Produkte durch eine höhere Qualität oder bessere Gebrauchsmerkmale, nicht durch den Preis. Da Innovationen häufig durch Rechte des geistigen Eigentums, insbesondere Patente, vor Imitation geschützt sind, bleibt Konkurrenten nur der substitutive Wettbewerb, d.h. das Hervorbringen eigener Innovationen.<sup>9</sup> Dies führt im Idealfall zu dynamischer Effizienz, d.h. einer optimalen Rate an Innovationen, die in den Markt eingeführt werden. Der Einfluss der dynamischen Effizienz auf die ökonomische Wohlfahrt wird von Ökonomen häufig als erheblich höher eingestuft als der Einfluss statischer Effizienz.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Dieser Zustand wird als Pareto-Optimum bezeichnet, I. Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, S. 5 f.; Schwalbe/Zimmer, Kartellrecht und Ökonomie, S. 18.

<sup>6</sup> Grenzkosten bezeichnen die Kosten der zuletzt erzeugten Einheit.

<sup>7</sup> Z.B. durch Skalenerträge (*economies of scale*) oder Verbundvorteile (*economies of scope*), vgl. Motta, Competition Policy, S. 40, 46.

<sup>8</sup> Meessen, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Einf., Rn. 7-11.

<sup>9</sup> Motta, Competition Policy, S. 39.

<sup>10</sup> *Carrier*, 150 U.Pa.L.Rev. 761, 813 (2002): "The consensus among economists since Schumpeter is that the gains achieved from innovative efficiencies dwarf those derived from maximizing allocative efficiency and that innovation is the most important factor in the growth of the economy."; *Ordo*/Willig, 28 J. L. Econ. 311 f. (1985); *Solow*, 39 Rev. Econ. Stat. 312, 320 (1957), der darlegt, dass das Wirtschaftswachstum in den USA von 1900–1950 überwiegend auf Innovationen beruhte und weniger auf der Zunahme von Kapital und Arbeit; s. auch *Kommission*, Grünbuch zur Innovation, S. 11 f.; *de la Mano*, The competitive effects of efficiencies, S. vi: "[...] in the long run, enhanced product or process innovation are likely to have a more significant effect on welfare than immediate variations in price."

Als wettbewerbspolitisches Leitbild hat sich daher heute eine die dynamischen Funktionen betonende Wettbewerbskonzeption herausgebildet.<sup>11</sup> Wettbewerb findet nach dieser Konzeption auf unterschiedlichen Stufen statt. Zum einen vollzieht er sich als Marktwettbewerb mit seinen unmittelbar am Markt wirkenden Formen des Preis- und Mengenwettbewerbs, der Einführung neuer oder veränderter Produkte und des Qualitätswettbewerbs. Zum anderen findet Wettbewerb auf einer vorgelagerten Stufe als Vorbereitungswettbewerb statt und findet vor allem Ausdruck in der Forschung und Entwicklung („F&E“) neuer Produkte und Verfahren.<sup>12</sup> Ziel dieses Wettbewerbs ist die Entwicklung neuer Technologien, die Produktdifferenzierungen und die Einführung neuer Produkte ermöglichen.<sup>13</sup>

## II. Die Auswirkungen des Patentsystems auf den Wettbewerb

### 1. Dynamische versus statische Effekte

Gem. § 9 S. 1 PatG hat das Patent die Wirkung, dass allein der Patentinhaber befugt ist, die patentierte Erfindung im Rahmen des geltenden Rechts zu benutzen. Dritten ist die Benutzung sowohl von Erzeugnissen als auch Verfahren, die Gegenstand eines Patents sind, verboten, § 9 S. 2 PatG. Aus dem positiven Alleinverwertungsrecht des Patentinhabers folgt das absolute Recht, jeden Dritten von der Benutzung der Erfindung auszuschließen.<sup>14</sup>

#### a) Ausschlusswirkung als dynamischer Innovationsanreiz

Das patentrechtliche Ausschlussrecht soll der Korrektur eines Marktversagens dienen: eine Erfindung stellt ein öffentliches Gut dar, d.h., dass sie weder der Rivalität der Nutzung (die Benutzung des Guts durch eine Person führt nicht zu einer Reduzierung des Nutzens für eine andere Person) noch der Exklusivität (andere Personen können von der Benutzung nicht ausgeschlossen werden) unterliegt und daher nicht übertrag- und verwertbar ist.<sup>15</sup> Ohne rechtlichen Schutz könnte daher jedermann ohne großen Aufwand eine Erfindung nutzen, sobald sie veröffentlicht wurde. Dieses „Trittbrettfahrer“-Problem würde dazu führen, dass ein Erfinder entweder die neue technische Lehre geheim hält oder er bei Veröffentlichung nicht

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu und zur Kritik daran nur *Emmerich*, Kartellrecht, § 1 Rn. 22 ff., insbes. Rn. 25 ff.

<sup>12</sup> Ausführlich zur Einordnung dieser Wettbewerbsstufen *Barth*, Innovationsmärkte, S. 74 ff.

<sup>13</sup> *Jabbusch*, Konzentrationsfördernde Wirkung des Patentschutzes, S. 6 f.

<sup>14</sup> *Scharen*, in: Benkard, PatG, § 9 Rn. 4. Dieses Ausschlussrecht ist gem. § 139 PatG zivilrechtlich durch einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch und strafrechtlich gem. § 142 PatG abgesichert.

<sup>15</sup> *Cooter/Ulen*, Law and Economics, S. 120; *Gordon*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse, S. 328, 329 ff.

den gesamten sozialen Wert seiner Erfindung abschöpfen könnte, was ihn davon abhielte, in neue Erfindungen zu investieren.<sup>16</sup> Die Folge wäre ein suboptimaler Innovationsprozess.<sup>17</sup> Das Patent soll daher dem Erfinder erlauben, seine Erfindung alleine zu verwerten, um so seine vorangegangenen Investitionen in die Entwicklung der Erfindung zu amortisieren und darüber hinaus Gewinne zu erzielen. Die Verleihung des Patents wird daher als Anreiz verstanden, in neue Erfindungen zu investieren.<sup>18</sup>

### b) Ausschlusswirkung und statischer Wettbewerb

Patente stellen Erfindungen, die die Gestaltung von Erzeugnissen, Gegenständen, Vorrichtungen oder Stoffen betreffen,<sup>19</sup> bzw. ein bestimmtes technisches Handeln unter Schutz.<sup>20</sup> Das Verbot der Imitation führt zu einer Produktdifferenzierung, deren Grad von dem jeweiligen Patentgegenstand abhängt. Betrifft das Patent z.B. wesentliche Teile eines Erzeugnisses, bewirkt es eine große Differenzierung, umfasst es lediglich Einzelteile, eine geringe.<sup>21</sup> Jedes Produkt unterscheidet sich in Folge der Differenzierung von anderen und bildet insoweit einen eigenen Teilmarkt. Solange die Produkte aus der Sicht der Abnehmer noch substituierbar sind, bilden diese Teilmärkte einen heterogenen Gesamtmarkt. Aufgrund der Ausschlusswirkung deckt ein Patent seinen jeweiligen Teilmarkt ab.<sup>22</sup> Um Wettbewerb ausschließen zu können, ist jedoch die Beherrschung des Gesamtmarktes notwendig. Dies ist der Fall, wenn Teil- und Gesamtmarkt zusammenfallen, da dann keine Substitute auf anderen Teilmärkten existieren. Fallen sie nicht zusammen, hängt der Grad des patentbasierten Wettbewerbsvorsprungs von der Wahlmöglichkeit der Abnehmer auf dem Gesamtmarkt und der Elastizität hinsichtlich des Preises ab. Je weniger Wahlmöglichkeiten bestehen, desto mehr stimmen Teil- und Gesamtmarkt überein. Fallen die Teilmärkte mit dem Gesamtmarkt zusammen, verfügt der Inhaber der Patente über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gesamtmarkt.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Zum *free riding*-Problem Lemley, 82 Tex. L. Rev. 1031, 1033 (2005); Pretnar, GRUR Int. 2004, 776, 780.

<sup>17</sup> Dam, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse, S. 283 ff.

<sup>18</sup> Zur Anreiztheorie des Patentsystems vgl. *Guellec/v. Pottelsberghe de la Potterie*, Economics of the European Patent System, S. 46 ff.; Ohly, GRUR Int. 2008, 787, 790.

<sup>19</sup> § 9 S. 2 Nr. 1 PatG; *Bacher/Melullis*, in: Benkard, PatG, § 1 Rn. 12 ff.; *Mes*, § 1 Rn. 124.

<sup>20</sup> § 9 S. 2 Nr. 2, 3 PatG; *Bacher/Melullis*, in: Benkard, PatG, § 1 Rn. 27 ff.

<sup>21</sup> *Jabbusch*, Konzentrationsfördernde Wirkung des Patentschutzes, S. 8 f.

<sup>22</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, § 16 Rn. 34; ein Verfahrenspatent bewirkt nicht unbedingt eine Differenzierung hinsichtlich des Erzeugnisses. Es verschließt den Markt nur für das bestimmte Verfahren zur Herstellung des Erzeugnisses. Kann das gleiche Erzeugnis durch ein anderes Verfahren hergestellt werden, kann das Patent im Hinblick auf die Verschließung des (Produkt-)Teilmarktes sogar wirkungslos sein.

<sup>23</sup> *Jabbusch*, Konzentrationsfördernde Wirkung des Patentschutzes, S. 9.

Diesen Effekt kann der Patentinhaber unterstützen, indem er möglichst viele Patente besitzt, die einen eigenen Teilmarkt bilden.

Das Patentsystem führt damit zu einem Zielkonflikt. Die dynamischen Effizienzgewinne werden auf Kosten eines statischen Effizienzverlustes erreicht.<sup>24</sup> Das Verbot der Imitation beschränkt den Wettbewerb für die Schutzdauer des Patents. Wettbewerber sind auf den Substitutionswettbewerb angewiesen, auf das geschützte Wissen selbst können sie nicht zugreifen, wodurch dem Patentinhaber ein reaktionsfreier Zeitraum entsteht, der ihm einen Wettbewerbsvorteil sichert. Dadurch wird eine optimale Allokation des vorhandenen Wissens verhindert, was zu einem Verlust an statischer Effizienz führt. Das Patentsystem muss daher einen Ausgleich zwischen innovationsfördernder Wirkung und statischer Verknappung von Informationen herstellen.<sup>25</sup> Das größte Problem bei der Ausgestaltung dieses Anreizsystems besteht darin, dass der soziale Wert einer Erfindung *ex ante* nicht zu bestimmen ist.<sup>26</sup> Die Frage, ob die derzeitige Ausgestaltung des Patentsystems einen solchen Ausgleich herstellt und insgesamt zu positiven Effekten führt, ist umstritten.<sup>27</sup>

## 2. Patente als Voraussetzung des Technologietransfers

Die Anreizfunktion geht implizit davon aus, dass der Erfinder sein Patent selbst nutzt und in einem eigenen Produkt verwertet. Da dies jedoch häufig nicht der Realität entspricht, wendet sich die *Neue Institutionenökonomik*, die sich mit dem Austausch von Rechten im Allgemeinen befasst, von der Anreizfunktion ab und stellt den Beitrag des Patentrechts für den Transfer

---

<sup>24</sup> Dazu *Heinemann*, Immaterialgüterschutz, S. 27 f.; *Schmidtchen*, in: Oberender (Hrsg.), Effizienz und Wettbewerb, S. 32, bezeichnet die statische Ineffizienz als Preis für die dynamische Effizienz; *ders.*, WuW 2006, 6 ff.

<sup>25</sup> Zur Herstellung dieses Ausgleichs dienen etwa die Beschränkung des Ausschlussrechts auf 20 Jahre, § 16 Abs. 1 S. 1 PatG, die Beschränkung des durch die Patentansprüche bestimmten Schutzzumfangs, § 14 PatG und die Pflicht zur Veröffentlichung der Erfindung mit der Anmeldung, § 32 PatG; *Guellec/van Pottelsberghe*, Economics of European Patent System, S. 74 ff. Zu diesen sog. positiven Externalitäten *Gordon*, in: *Can/Tushnet* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Legal Studies, S. 617 ff., 622 ff.

<sup>26</sup> *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129 ff. (2004).

<sup>27</sup> Die Kritik betrifft v.a. die „ideelle Anreizfunktion“ des Patentssystems. Empirische Untersuchungen sprechen für und wider die These; zustimmend z.B. *Oppenländer*, GRUR 1977, 362 ff.; differenzierend nach einzelnen Branchen *ders.*, Patentschutz und Wettbewerb im Innovationsprozeß, S. 60, 72; neuere Untersuchungen etwa bei *Blind/Edler/Frietsch/Schmoch*, 35 Research Policy 655 ff. (2006); *Cohen/Nelson/Walsh*, Protecting Their Intellectual Assets, S. 2 f.; *Boldrin/Levine*, 92 Am. Econ. Rev. 209 ff. (2002); kritisch *Möschel*, Wettbewerbsbeschränkungen, Rn. 446; *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 566.

von Technologien in den Mittelpunkt.<sup>28</sup> Zentraler Bestandteil ist die Theorie der *property-rights*. Sie kann erklären, warum die Verleihung von Patenten von grundlegender Bedeutung für den Technologietransfer ist (a). Dieser Transfer von Wissen spielt für den innovativen Fortschritt eine zentrale Rolle (b), führt aber zu Transaktionskosten und birgt damit die Gefahr einer *tragedy of the anticommons* (c).

#### *a) Patente als Grundlage des Technologietransfers*

Nach der Theorie der *property rights*<sup>29</sup> verleihen Patente absolute Verfügungsrechte an zuvor frei zugänglichem Wissen.<sup>30</sup> Dadurch reduzieren sie zunächst – wie Eigentumsrechte generell<sup>31</sup> – Transaktionskosten: ohne das Patent wäre die einzige Möglichkeit, das Wissen vor dem Zugriff Dritter zu schützen, dessen Geheimhaltung. Der Austausch von Wissen käme daher nicht oder nur zu prohibitiv hohen Preisen zustande.<sup>32</sup> Die dem Patent zugrunde liegende Erfindung wird durch den Patentschutz den Knappheitsregeln unterworfen und kann dadurch auf einem Markt be- und verwertet werden. Sie wird zu einem handelbaren Gut.<sup>33</sup> Damit besteht der Innovationsanreiz für den Inhaber nicht in der Verleihung des Patents selbst, sondern in der Möglichkeit, das Patent der effizientesten Nutzung zuzuführen.<sup>34</sup> Das Patentsystem etabliert damit die Möglichkeit, dass Technologien ausgetauscht werden und somit Patente immer demjenigen Marktteilnehmer zur Verfügung stehen, der das Patent am effizientesten verwenden, vermarkten oder weiterentwickeln kann.<sup>35</sup> Patente begründen und fördern

---

<sup>28</sup> *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, S. 22 ff., zu den Unterschieden zur neoklassischen Theorie S. 43 ff.; zum Verhältnis zur ökonomischen Analyse des Rechts *Posner*, 149 JITE 73 ff. (1993).

<sup>29</sup> Vgl. grdl. *Alchian/Demsetz*, 33 J. Econ. Hist. 16 ff. (1973); *Furubotn/Pejovich*, 10 J. Econ. Lit. 1137 (1972); aus der neueren Literatur *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129 ff. (2004); aus der deutschen Literatur *Fikentscher*, in: FS Schippel, S. 563 ff.; *Dam*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse, S. 283 ff.; *Kirchner*, ebd., S. 157 ff.; *ders.*, ZHR 1980, 563 ff.

<sup>30</sup> *Fikentscher*, in: FS Schippel, S. 563; *Kirchner*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse, S. 166 f.

<sup>31</sup> *Landes/Posner*, S. 12 f.: “Reducing transaction costs is the very *raison d’être* of property rights”.

<sup>32</sup> Denn es könnte ohne das Ausschlussrecht kaum verhindert werden, dass ein potentieller Käufer eine Technologie nach eventuellen Vertragsverhandlungen, also nachdem ihm das Wissen zugänglich gemacht wurde, ohne dafür zu bezahlen, nutzt und kopiert; zu den Problemen des Verkaufs von Information *Arrow*, in: NBER (Hrsg.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, S. 609, 614 ff.

<sup>33</sup> *Beier*, GRUR Int. 1979, 227, 234; *Scheuer*, Technologietransfer, S. 10.

<sup>34</sup> *Mestmäcker/Schweitzer*, § 28 Rn. 9 ff.; *Léveque/Ménière*, *Economics of Patents*, S. 12; *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555, 561.

<sup>35</sup> *Sog. gains from trade*, grdl. *Coase*, 3 J. L. Econ. 1, 15 ff. (1960).

# Register

*Kursive Stichworte* beziehen sich auf im Text genannte Entscheidungen des BKartA, des BGH, der Europäischen Kommission oder der Europäischen Gerichte.

- Abweichung von Gruppenmitgliedern 161
- ABB Lummus/Engelhard/Equistar/Novolen* 36
- Abschottungseffekte 149, 190, 216, 224
- Aerospitale-Alenia/de Havilland* 106
- Air Liquide/BOC* 136, 161
- Akzo Nobel/Hoechst Roussel VET* 101, 249
- Alcan/Pechiney* 163
- Alcan/Pechiney (II)* 242
- Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio* 239, 250
- Allied Signal/Honeywell* 157, 176, 248
- ASK/Rexnord* 263
- Astra/Zeneca* 236
- AstraZeneca/Novartis* 236
- Axalto/Gemplus* 143, 146, 153, 162, 243
- Bagatellmärkte 51, 186, 203
- Bahnbrechende Innovationen 11, *s.a.* Patente, Pionierpatente
- BASF/Bayer Crop Science* 199 265
- Bayer/Aventis Crop Science* 147
- Bayer HealthCare/Roche (OTC Business)* 234
- Beweisprobleme 151, 165, 170, 208, 217, 274
- Boeing/McDonnell Douglas* 134, 174, 242
- Blokker/Toys'R'Us* 36
- BTR/MCC* 197
- Ciba-Geigy/Sandoz (Novartis)* 109, 149, 241
- Cima/Cephalon* 235
- Cisco/IBM* 58, 198
- ContentGuard/Microsoft/Time Warner* 121
- CVC/Lenzing* 104, 141, 240
- DaimlerChrysler/Deutsche Telekom//JV* 246
- DBRegio/üstra* 256
- Degussa/Elephant Holding* 197
- Delta Air Lines/Pan Am* 36
- Dentsply/Degussa Dental* 258
- Dow Chemical/Union Carbide* 138, 158, 240
- DSM/Roche Vitamins* 233
- Dynamische Analyse 89
- Economies of scale and scope *siehe* Skaleneffekte
- Edelstahlbestecke* 194
- Effizienzgewinne 9, 169 ff., 207, 213, 271, 273
- Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts 73, 169
- Erprobung, klinische *siehe* Zulassungsverfahren
- Essential-facility-Doktrin 77
- Exklusivität
- von Patenten 7, *s.a.* Patente, Ausschließlichkeit
  - Exklusivlizenzen *siehe* Lizenzen, Arten
- Externe Effekte *siehe* Trittbrettfahrer
- F&E-Aufwendungen
- Patendickicht 19
  - zur Marktanteilsbestimmung 89, *s.a.* specialized asstes
- F&E-Markt *siehe* Innovationsmarkt

## F&amp;E

- aktuelle oder potentielle Konkurrenz 78, 97, 128, 188,
- als Input 6, 97
- Anreize zur Wettbewerbsbeschränkung 17, 86, 118, 157, 166
- als Marktzutrittsschranke 18, 78, 89, 128, 191
- Positive Grundhaltung der Kartellbehörden 6
- Problem der Marktanteilsbestimmung 74
- Wettbewerbsgefahren 17

*Federal Mogul/Alcan* 263

Fortschrittskriterium *siehe* Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts

Free-rider-Problem *siehe* Trittbrettfahrer

Gate-keeper 76, 121, 125, 266

*GE/Honeywell* 166, 175, 248

*GE/Instrumentarium* 107, 247

*GE/InVision* 259

*Getinge/Heraeus* 264

Gemeinschaftsunternehmen 36, 39, 42, 53, 59, 133, 138, 161, 172, 200, 204, 208, 233, 238, 239, 246, 266, 270

*Gencor/Kommission* 214, 217

*Glaxo/Wellcome* 98

Größenvorteile *siehe* Skaleneffekte

Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer 221, 251

- Leitlinien 97

*Henkel/Luhns* 200

Herfindahl-Hirschmann-Index 73, 116

*Hexion/Huntsman* 232

*Hoechst/Rhône-Poulenc* 236

*Hoffmann-La Roche/Boehringer Mannheim* 150, 237

Innovation Market Analysis (IMA)

- Funktion 96
- Grenzen 97

Imitation 6, 11, 15, 77, 197

Imitationswettbewerb 18, 91, *s.a.* Substitutionswettbewerb

*IMS Health* 77, 85, 102

## Innovationen

- Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung 6
- Einfluss der Unternehmensgröße auf 25
- Einfluss von Marktmacht 25
- strategischer Einsatz 17, 77, 78

Innovationsintensive Branchen 12, 18, 19, 180

## Innovationsmarkt

- Abgrenzung zum Technologiemarkt 96
- Fehlen des Outputs 97
- geographische Marktabgrenzung 108

Invertiertes U 26

IP-Guidelines *siehe* Licensing Guidelines

Kannibalisierungseffekte 25

*KFZ-Kupplungen* 194

Klinische Phasen *siehe* Zulassungsverfahren

## Know-how

- als Marktzutrittsschranke 28, 47, 78, 154, 176, 197
- Definition 221
- in Zusagen 221, 224, 228

Kollektivgut *siehe* Öffentliches Gut

## Koordinierte Effekte

- als Wettbewerbsbehinderung 71, 159
- Zusagen 232, 249

*Korsnäs/Assidomän Cartonboard* 176

Kreuzlizenzen 266

Licensing Guidelines 97, 171

Lizenzen, Arten von 219

*Lucas/Eaton* 106

*Magill* 76

*Mannesmann/Kienzle* 262

## Marktabgrenzung

- nach europäischem Recht 94
- nach deutschem Recht 185
- SSNIP-Test 24, 99, 220, 186
- Verschiebung der Grenzen 23, 75, 115

Marktanteilsbestimmung 73, 184

- bei Produktmarktansatz 73
- Herfindahl-Hirschmann-Index *siehe* Herfindahl-Hirschmann-Index

- Patenzählungen 87
- Specialized Assets 89
- Marktanteilsschwankungen 23, 75, 115
- Marktbeherrschende Stellung
  - aufgrund von Patenten 77, 197
  - Bestimmung 72, 187
  - Definition 72
- Marktmacht 21
- Marktstufen
  - Innovationsmärkte 94
  - Technologiemarkte 95
  - Produktmärkte 96
- Marktzutrittsschranken
  - allgemeine Kriterien 72, 78, 188,
  - in der Marktabgrenzung 105
  - Patente 77, 128, 179, 197
- Microsoft* 77, 86
- MSG Media Service* 140, 247
- Nachahmungswettbewerb *siehe* Imitationswettbewerb
- National Geographic I* 40, 58, 66
- Netzwerkeffekte 23, 66, 155
- Nokia/Navteq* 125, 177
- Novartis/Hexal* 234
- NZDS-Glasfaserkabel* 198
- Öffentliches Gut 7, 226, 250, 267
- Optimale Wettbewerbsintensität *siehe* Schumpeter-Hypothesen
- Orange-Book-Standard* 85
- Patente
  - als Marktzutrittsschranken 77, 128, 179, 197
  - Ausschließlichkeit 7, 13, 77, 87, 230
  - Marktbedeutung 78
  - Pionierpatente 23, 83
  - unerlässliche 75, 83, 101, 180, 206
- Patentgemeinschaften 12, 20
- Patenttrennen 12
- Pechiney/Samancor* 106
- Phonak/ReSound* 204, 266
- Pionierunternehmer *siehe* Patente, Pionierpatente
- Potentieller Wettbewerb 78, 81, 97, 106, 128, 129, 163
- Portfolio-Effekt 136, 158, 190, 247
- Produktinnovation 5, 201
- Produktmarkt
  - Abgrenzung 94
  - Aussagekraft für vorgelagerte Märkte 78, 139
- Prognoseentscheidung 28, 28, 88, 92, 131, 167, 201
  - Prognosezeitraum 79, 184, 188, 257
- Promatech/Sulzer* 107, 137
- Reaktionsverbundenheit 160
- Safe Harbor 74, 116, 126
- Schumpeter-Hypothesen
  - empirische Untersuchungen 26
  - Mindestgröße 25
  - Neo-Schumpeter-Hypothesen 26
  - Relevanz 27
- Shell/BASF/JV-Projekt* 241
- Shell/Montecatini* 108, 133, 238
- Schering-Plough/Organon Biosciences* 233
- Sirena/Eda* 76
- Skaleneffekte 6, 26, 171
- Smith Group/MedVest Holdings* 259
- Specialized Assets 89, 97, 150
- Sperrwirkung *siehe* Patente, Sperrwirkung
- Springer/ProSiebenSat.1* 196
- SSNIP-Test 24, 99, 110, 186
- Standard, de-facto 85, 139, 150, 238
- Standard-Spundfass* 84
- Substitutionswettbewerb 9, 15, 77, 91, 127, *s.a.* Imitationswettbewerb
- Sunk costs 24, 79, 82
- Sulzer/Kelmix* 186
- Syniverse/BSG* 74, 161, 163
- Synthes/AO-ASIF* 60, 64, 202
- Systemfähigkeit 157, 176, 248
- Technisches Wissen *siehe* Know-how
- Technologiemarkt
  - Abgrenzung 94, 96
  - Definition 95
- Tetra Pak I* 108, 145
- Thomson/Reuters* 244
- Toll Collect *siehe* DaimlerChrysler/Deutsche Telekom//JV
- TomTom/TeleAtlas* 122, 176
- Trade-off 29, 230
- Trittbrettfahrer 7

- Türöffnerfunktion *siehe* Gate keeper
- Unerlässlichkeitskriterium *siehe* Patente, unerlässliche
- Unilaterale Effekte 70, 123, 164
- United Brands* 72
- Unsicherheit, *s.a.* Prognose
- Einfluss auf die Marktabgrenzung 111
  - patent uncertainty 92
- Unternehmensstrategien
- aggressive Strategie 18, 90, 142, 203, 241
  - defensive Strategie 19, 88
  - ring-fencing 18, 87, 189
  - Verdrängungsabsicht 18, 87, 144, 190, 201, 260
- Urheberrechte 35, 39, 86, 102, 121, 244
- Verfahrensinnovation 8, 141, 250
- Versunkene Kosten *siehe* sunk costs
- Vertikale Integration 116, 190
- Warenzeichenerwerb* 56
- Wesentlichkeit
- eines Vermögensteils 34, 56
  - *s. a.* Patente, unerlässliche
- Wettbewerb
- dynamischer 22, 74
  - funktionsfähiger 5, 254
  - statischer 8
  - vorstoßender und nachziehender 17, 23, 83
- Wettbewerbsebenen *siehe* Marktstufen
- Wettbewerbsgefahren durch Patente
- Abschottung 13, 20, 81, 118, 154, 157, 180, 190
  - Abschreckungseffekte 87, 136, 180, 191
  - Kreuzlizenzen 266
  - reduzierte F&E-Anstrengungen 13, 25, 124, 173
  - überhöhte Preise 10, 20
  - Verhaltenskoordination in existierenden Märkten 71, 159
- Wettbewerbsintensität, optimale *siehe* Schumpeter-Hypothesen
- Wettbewerbsprinzip 22
- Zeithorizont *siehe* Prognoseentscheidung
- Zimmer/Fleissner* 203
- Zulassungsverfahren 12, 147, 234
- Zusagen
- Zugangserleichterungen 225, 260
  - Abhilfemaßnahmen anderer Art 224
  - Veräußerungszusagen 222, 258
  - Zulässigkeit 214, 253