

AURELIA MERBECKS

Die schuldrechtliche  
Wirkung der  
FRAND-Erklärung

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht*

191

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Axel Metzger,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

191





Aurelia Merbecks

# Die schuldrechtliche Wirkung der FRAND-Erklärung

Technische Standardisierung im Lichte  
des Vertragsrechts

Mohr Siebeck

*Aurelia Merbecks*, geboren 1996; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Münster; 2020 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2023 Promotion (Münster); Referendariat am Kammergericht Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung des Wissenschaftsausschusses der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) e. V.

Zugl. Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2023

D6

ISBN 978-3-16-163346-1 / eISBN 978-3-16-163347-8

DOI 10.1628/978-3-16-163347-8

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft angenommen. Sie entstand während meiner fast dreijährigen Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM). Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Mai 2023, die neuen Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission wurden jedoch noch berücksichtigt.

Meinem Doktorvater *Prof. Dr. Thomas Hoeren* danke ich für die Ermöglichung dieser Arbeit, die vertrauensvolle Zusammenarbeit an seinem Institut und die Unterstützung eines Forschungsaufenthalts an der Université Assas in Paris. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich *Prof. Dr. Adrian Künzler*. Für die Aufnahme in die Schriftenreihe danke ich *Prof. Dr. Peter Heermann*, *Prof. Dr. Axel Metzger*, *Prof. Dr. Ansgar Ohly* und *Prof. Dr. Olaf Sosnitzer*. Daran anschließen soll sich mein Dank an die Kolleginnen und Kollegen des ITM. Während meiner Zeit am ITM konnte ich nicht nur lehrreiche und spannende Erfahrungen sammeln, sondern auch gute Freunde finden. Ich danke für viele schöne Jahre und fachlich anregende Diskussionen, an die ich mich gerne erinnern werde. Besonders bedanken möchte ich mich zudem bei *Dr. Anna Kämpers* und *Prof. Dr. Jutta Richter* für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts. Darüber hinaus bedanke ich mich für den großzügigen Druckkostenzuschuss des Wissenschaftsausschusses der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR).

Der größte Dank gebührt neben meinen Freunden und meiner Familie vor allem meinen Eltern, *Prof. Dr. Ute Merbecks* und *Dr. Andreas Merbecks*, für die bedingungslose Unterstützung und den unschätzbaren Rückhalt nicht nur während meiner gesamten Ausbildung, sondern in sämtlichen Lebenslagen. Hierfür empfinde ich tiefe Dankbarkeit.

Berlin, im Februar 2024

*Aurelia Merbecks*



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Kapitel 1: Einführung in die Thematik .....	1
<i>A. Problemstellung</i> .....	1
<i>B. Untersuchungsgegenstand der Arbeit</i> .....	3
<i>C. Gang der Arbeit</i> .....	4
Kapitel 2: Grundlagen der technischen Standardisierung .....	7
<i>A. Technische Standards</i> .....	7
<i>B. Technisches Standardisierungsverfahren</i> .....	16
Kapitel 3: Bedeutung technischer Standardisierung für Wirtschaft und Wettbewerb .....	21
<i>A. Effekte technischer Standardisierung</i> .....	21
<i>B. Hoheitliche Regulierung zur Förderung der Chancen und Verringerung     der Risiken durch technische Standardisierung</i> .....	27
<i>C. Selbstregulierung zur Förderung der Chancen und Verringerung der     Risiken durch technische Standardisierung</i> .....	44
<i>D. Ergebnis Kapitel 3</i> .....	55
Kapitel 4: Bedeutung der FRAND-Erklärung im Patentverletzungsprozess .....	57
<i>A. Bisheriger Ansatz: Kartellrechtliche Zwangslizenz</i> .....	58
<i>B. Erweiterter Ansatz: Schuldrechtliche Wirkungen der FRAND-     Erklärung</i> .....	70



<i>C. Ergebnis Kapitel 4</i> .....	92
<b>Kapitel 5: Schuldrechtliche Analyse der FRAND-Erklärung</b> ...	95
<i>A. Legitimation zivilrechtlicher Bindung</i> .....	96
<i>B. Rechtliche Verbindlichkeit von Selbstverpflichtungserklärungen</i> .....	108
<i>C. Anwendungsbeispiel: Die ETSI FRAND-Erklärung</i> .....	183
<b>Kapitel 6: Zusammenfassung und Ausblick</b> .....	199
<i>A. Ergebnisse der Arbeit</i> .....	199
<i>B. Ausblick</i> .....	202
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	203
<b>Sachregister</b> .....	215

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Kapitel 1: Einführung in die Thematik .....	1
<i>A. Problemstellung</i> .....	1
<i>B. Untersuchungsgegenstand der Arbeit</i> .....	3
<i>C. Gang der Arbeit</i> .....	4
Kapitel 2: Grundlagen der technischen Standardisierung .....	7
<i>A. Technische Standards</i> .....	7
I. Begriffsbestimmungen .....	7
II. Erscheinungsformen .....	9
1. Offene und proprietäre Standards .....	10
2. Qualitäts- und Kompatibilitätsstandards .....	11
3. De-facto- und formelle Standards .....	12
III. Rechtliche Bedeutung von technischen Standards .....	15
<i>B. Technisches Standardisierungsverfahren</i> .....	16
I. Technische Standardisierungsorganisationen .....	16
II. Aufstellung technischer Standards .....	18
Kapitel 3: Bedeutung technischer Standardisierung für Wirtschaft und Wettbewerb .....	21
<i>A. Effekte technischer Standardisierung</i> .....	21
I. Chancen durch technische Standardisierung .....	22
II. Risiken durch technische Standardisierung .....	24
<i>B. Hoheitliche Regulierung zur Förderung der Chancen und Verringerung         der Risiken durch technische Standardisierung</i> .....	27
I. Technische Standardisierung als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung i.S.v. Art. 101 AEUV .....	28

1. Kollusives Zusammenwirken .....	29
2. Innovationsbehinderung .....	30
3. Zugangsbehinderung .....	31
II. Einseitige Ausgrenzung von Wettbewerbern i.S.v. Art. 102 AEUV im technischen Standardisierungskontext .....	32
1. Markt .....	32
2. Marktbeherrschende Stellung .....	34
3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung .....	36
a) Missbrauch durch Lizenzverweigerung .....	37
b) Missbräuchliche Lizenzforderungen .....	39
c) Missbrauch durch Erhebung negatorischer Unterlassungsklagen .....	42
C. <i>Selbstregulierung zur Förderung der Chancen und Verringerung der Risiken durch technische Standardisierung</i> .....	44
I. Grundsätze zum Umgang mit Schutzrechten .....	45
II. Konkrete Umsetzung der Grundsätze für technische Standardisierungsorganisationen .....	46
1. Gebot zur Offenlegung .....	47
2. FRAND-Erklärung .....	48
a) Zielsetzung .....	49
b) Bedeutung der einzelnen Kriterien .....	49
aa) Fair .....	50
bb) Angemessen („reasonable“) .....	51
cc) Nicht-diskriminierend („non-discriminatory“) .....	52
c) Alternativen .....	53
D. <i>Ergebnis Kapitel 3</i> .....	55
<b>Kapitel 4: Bedeutung der FRAND-Erklärung im Patentverletzungsprozess</b> .....	57
A. <i>Bisheriger Ansatz: Kartellrechtliche Zwangslizenz</i> .....	58
I. Ansatz vor der Huawei/ZTE-Entscheidung .....	59
1. Standard Spundfass-Entscheidung .....	59
2. Orange Book-Entscheidung .....	60
3. Rezeption .....	61
II. Paradigmenwechsel durch die Huawei/ZTE-Entscheidung .....	62
III. Umsetzung der Huawei/ZTE-Entscheidung .....	64
1. Unterschiedliche Interpretationsansätze der Instanzgerichte ....	64
2. Interpretation des BGH in den Sisvel/Haier-Entscheidungen ....	65
3. Kritische Würdigung .....	67
B. <i>Erweiterter Ansatz: Schuldrechtliche Wirkungen der FRAND- Erklärung</i> .....	70

I.	Anwendbares Recht .....	71
1.	Überblick über die kollisionsrechtliche Analyse in Literatur und Rechtsprechung .....	71
2.	Bestimmung des anwendbaren Rechts .....	75
a)	Erster juristischer Lebenssachverhalt: Die Pflicht zur Abgabe einer FRAND-Erklärung .....	76
b)	Zweiter juristischer Lebenssachverhalt: Die abgegebene FRAND-Erklärung .....	77
aa)	Einseitige Erklärungen .....	79
bb)	Vorvertragliche Beziehungen .....	83
c)	Zwischenergebnis .....	85
II.	Überblick über die schuldrechtliche Bewertung der FRAND- Erklärung in Literatur und Rechtsprechung .....	87
1.	Unverbindliche Erklärung .....	87
2.	Lizenzbereitschaftserklärung i.S.v. §23 PatG .....	88
3.	Lizenzangebot ad incertis personas .....	89
4.	Pactum de non petendo .....	90
5.	Vertrag zugunsten Dritter .....	90
C.	<i>Ergebnis Kapitel 4</i> .....	92
<b>Kapitel 5: Schuldrechtliche Analyse der FRAND-Erklärung ...</b>		<b>95</b>
A.	<i>Legitimation zivilrechtlicher Bindung</i> .....	96
I.	Zustimmung .....	97
1.	Wille .....	98
2.	Selbstbestimmung .....	99
II.	Vertrauen .....	100
1.	Ersatz für erlittene Nachteile .....	101
2.	Erfüllungshaftung .....	102
III.	Zwischenergebnis .....	107
B.	<i>Rechtliche Verbindlichkeit von Selbstverpflichtungserklärungen</i> .....	108
I.	Das Vertragsmodell für die Begründung von Verbindlichkeiten .....	109
1.	Historische Ursprünge .....	110
a)	Ausgangspunkt: Römisches Recht und dessen Rezeption ...	110
b)	19. Jahrhundert – der Beginn einer neuen Ära?! .....	112
2.	Kodifizierung des Vertragsprinzips im BGB .....	113
a)	Entstehung .....	114
b)	Kritik .....	115
c)	Mögliche Entscheidungsmotive .....	117
aa)	Aufdrängungsschutz .....	118
bb)	Rechtssicherheit und Gerechtigkeit .....	118
3.	Zwischenergebnis .....	120

II.	Anforderungen an die Annahme durch den Lizenzpetenten	121
1.	Annahmeerklärung	122
2.	Ausnahmen	122
a)	Annahmefiktionen/Schweigen als Willenserklärung	122
b)	Ausgewählte einseitige Leistungszusagen und ihre Bedeutung für die FRAND-Erklärung	124
aa)	Auslobung gem. § 657 BGB	124
bb)	Gewinnzusage gem. § 661a BGB	125
cc)	Konto für Jedermann gem. § 31 ZKG	128
dd)	Bedeutung für die FRAND-Erklärung	130
c)	Annahme für einen Dritten: Vertrag zugunsten Dritter	132
aa)	(Vertragliches) Verhältnis zwischen Patentinhaber und Standardisierungsorganisation	134
(1)	Vereinsatzung oder Gesellschaftsvertrag	135
(2)	Konkretisierende individualrechtliche Vereinbarung	139
bb)	Begründung von Pflichten gegenüber Dritten	139
(1)	Motive für eine Drittbegünstigung	140
(2)	Bestimmbarkeit des Dritten	142
(3)	Umfang einer Drittbegünstigung	143
cc)	Übertragbarkeit der FRAND-Erklärung	148
dd)	Kohärenz der vertragsrechtlichen und kartellrechtlichen Ansprüche	152
3.	Zwischenergebnis	153
III.	Anforderungen an das Versprechen durch den Patentinhaber	157
1.	FRAND-Versprechen als Willenserklärung	157
2.	Erfordernis eines Rechtsbindungswillens	158
a)	Auslegungsmethode	159
b)	Kriterien für die Beurteilung des Rechtsbindungswillens	160
aa)	Wortlaut	160
bb)	Inhaltliche Bestimmbarkeit	163
(1)	Vertragsbedingungen	164
(2)	Vertragspartner	168
cc)	Unverhältnismäßige Haftung	173
dd)	Wirtschaftliche und rechtliche Interessen der Parteien	176
ee)	Zweck der Erklärung	178
ff)	Verkehrssitte	179
gg)	Sanktionsmöglichkeiten	179
hh)	Transparenz	181
3.	Widerrufsmöglichkeiten	182
4.	Zwischenergebnis	183
C.	Anwendungsbeispiel: Die ETSI FRAND-Erklärung	183

I.	Schuldrechtliche Einordnung der ETSI FRAND-Erklärung . . . . .	184
1.	Der „accord de principe“ . . . . .	184
2.	Die „promesse unilatérale“ . . . . .	185
3.	Das „engagement unilatéral de volonté“ . . . . .	186
4.	Die „stipulation pour autrui“ . . . . .	188
a)	Verhältnis zwischen dem Patentinhaber und dem ETSI . . . . .	190
b)	Drittbegünstigung als besondere Voraussetzung . . . . .	192
II.	Umfang der ETSI FRAND-Erklärung . . . . .	192
1.	Angebot auf Abschluss eines FRAND-Lizenzvertrages . . . . .	193
2.	Vertragsverhandlungen gerichtet auf Abschluss eines FRAND- Lizenzvertrages . . . . .	195
III.	Zwischenergebnis . . . . .	196
	<b>Kapitel 6: Zusammenfassung und Ausblick . . . . .</b>	<b>199</b>
A.	<i>Ergebnisse der Arbeit</i> . . . . .	199
B.	<i>Ausblick</i> . . . . .	202
	Literaturverzeichnis . . . . .	203
	Sachregister . . . . .	215



## Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
ABl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ALI	American Law Institute
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater
B. C. L. Rev.	Boston College Law Review
Bd.	Band
BeckOGK	Beck'scher Online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundeswirtschaftsministerium
BPatG	Bundespatentgericht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Cali. L. Rev.	California Law Review
CC	Code Civil
CCE	Communication Commerce Électronique
CEN	Comité Européen de Normalisation
CENELEC	Comité Européen de Normalisation Électrotechnique
CEPT	Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications
Cir.	Circuit
COM	European Commission
CPI	Competition Policy International; Code de la Propriété Intellectuelle
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DIN	Deutsches Institut für Normung
DKE	Deutsche Kommission Elektrotechnik Elektronik Informations- technik
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review



EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EPO	European Patent Office
ERPL	European Review of Private Law
Erwgr.	Erwägungsgrund
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGVÜ	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	Europäische Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA	Court of Appeals (England and Wales)
EWHC	High Court of England and Wales
FRAND	fair, reasonable and non-discriminatory
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
GPRS	General Package Radio Service
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungsreport
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-sammlung
GSM	Global System for Mobile Communication
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
Harvard J. L. & Tech.	Harvard Journal of Law & Technology
Hb.	Handbuch
HTML	Hypertext Markup Language
i.V.m.	in Verbindung mit
IEC	International Electrotechnical Commission
IEEE-SA	Institute of Electrical and Electronics Engineers Standards Association
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Int.	International
IoT	Internet of Things
IPR	Intellectual Property Rights; Internationales Privatrecht
ISO	International Organization for Standardization
IT	Informationstechnologie
ITU-T	International Telecommunication Union – Telecommunication Standardization Sector
J.	Journal
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law and Economics
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
Jb. J. ZivR. Wiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler

JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
L. Rev.	Law Review
LG	Landgericht
Ls.	Leitsatz
LTE	Long Term Evolution
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MitttdtPatA	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht
MPEG	Moving Pictures Expert Group
MüKo	Münchener Kommentar
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
PECL	Principles of European Contract Law
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
SEP	Standardessenzielles Patent
UMTS	Universal Mobile Telecommunication Systems
VCI	Verband der chemischen Industrie e.V.
VITA	VMEbus International Trade Association
VMEbus	Versa Module Eurocard-bus
VO	Verordnung
W3C	Worldwide Web Consortium
WettbR	Wettbewerbsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSC	World Standards Cooperation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
3GPP	Third Generation Partnership
4G	4. Mobilfunkgeneration
5G	5. Mobilfunkgeneration

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. Berlin 2021, verwiesen.



## Kapitel I

# Einführung in die Thematik

## A. Problemstellung

Technische Standardisierung hat weitreichende Auswirkungen auf Wirtschaft und Wettbewerb und spielt insbesondere in der Digitalwirtschaft eine bedeutende Rolle.<sup>1</sup> Technische Standards stellen dort vor allem die im Zuge der digitalen Transformation notwendige Kompatibilität und Interoperabilität sicher. Der neue 5G-Standard bspw. ermöglicht es durch schnellere Datenkommunikation als bei vorherigen Mobilfunkstandards die Digitalwirtschaft weiter voranzutreiben und völlig neue Geschäftsbereiche zu erschließen. Im Zuge dessen wird bspw. der Ausbau des „Internet of Things“ (IoT) von technischer Standardisierung im Informations- und Kommunikationsbereich maßgeblich profitieren.<sup>2</sup>

Trotz der mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Chancen birgt technische Standardisierung erhebliche Risiken durch wettbewerbsschädliches Verhalten auf dem Markt.<sup>3</sup> Schon die Standardisierungsarbeit kann sich durch kollusives Zusammenwirken negativ auf Wirtschaft und Wettbewerb auswirken.<sup>4</sup> Daneben kann auch das einseitige Verhalten einzelner Standardisierungsteilnehmer nach der Erarbeitung eines technischen Standards seine positiven Auswirkungen auf die Wirtschaft gefährden. Das gilt vor allem dann, wenn Teile der Technologie eines technischen Standards durch Patente geschützt sind (sog. standardessenzielle Patente, kurz: SEP). Denn einem Patentinhaber steht für seine Erfindung eine Belohnung zu, bspw. in Form von Lizenzgebühren. Für die rechtmäßige Nutzung eines technischen Standards sind Standardnutzer daher zwingend auf die Lizenzerteilung des SEP-Inhabers angewiesen, wenn sie ein standardkonformes Produkt anbieten möchten.<sup>5</sup> Das gilt besonders für Netzwerkindustrien wie die Telekommunikationsbranche. Dort ist ein Wechsel zu einer Alternativtech-

---

<sup>1</sup> Für eine ökonomische Analyse des gesamtwirtschaftlichen Nutzens der Standardisierung vgl. *Blind/Ramell/Rochell*, 47 J. Tech. Transfer 2022, 979.

<sup>2</sup> Vgl. dazu bspw. die Standardisierungsaktivität des European Telecommunication Standards Institute (ETSI) im IoT-Bereich, Einzelheiten dazu unter <https://www.etsi.org/technologies/internet-of-things> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (C(2023) 3445 final; im Folgenden nur „Horizontalleitlinien 2023“), Rn. 441.

<sup>4</sup> Europäische Kommission, Horizontalleitlinien 2023, Rn. 441.

<sup>5</sup> *Fröhlich*, GRUR 2008, 105 (105).

nologie oft unwirtschaftlich oder mangels Bestehens von Alternativtechnologien gar nicht erst möglich.<sup>6</sup> Wer Zugang zu technischen Standards erhält, obliegt dann der Entscheidungsgewalt und dem entsprechenden Lizenzierungsverhalten des Patentinhabers.<sup>7</sup> Nicht selten kommt es im Zuge der dadurch erlangten Marktmacht zu Lizenzverweigerungen oder Unterlassungsklagen, die die Benutzung der patentgeschützten Technologie unterbinden sollen und Wettbewerbsprozesse dadurch einschränken.<sup>8</sup> Sowohl das kollusive Zusammenwirken als auch das einseitige Ausnutzen der „Gatekeeper“-Rolle der Patentinhaber gilt es zu verhindern, um die Potentiale der technischen Standardisierung auf Wirtschaft und Wettbewerb nicht zu gefährden.<sup>9</sup>

Wegen dieser latent negativen Auswirkungen auf Wirtschaft und Wettbewerb sind Gesetzgebung und Justiz sehr darum bemüht, die genannten Risiken durch Regulierung zu begrenzen.<sup>10</sup> Von der Europäischen Kommission wurde dafür insbesondere vorgeschlagen, den Zugang zu SEP zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden (FRAND) Bedingungen sicherzustellen.<sup>11</sup> „FRAND“ ist ein englisches Akronym für „fair, reasonable and non-discriminatory“. Dieses Konzept wurde von den meisten technischen Standardisierungsorganisationen im Rahmen privater Regelsetzung umgesetzt. Deshalb fordern die meisten Standardisierungsorganisationen ihre Teilnehmer dazu auf, eine Selbstverpflichtungserklärung abzugeben, die das Versprechen beinhaltet, für betroffene SEP Lizenzen zu FRAND-Bedingungen zu vergeben.<sup>12</sup> Diese Erklärung wird auch als sog. FRAND-Erklärung bezeichnet.

Im Umgang mit SEP im Rahmen der technischen Standardisierung hat die FRAND-Erklärung jedoch eine Menge praktische Fragen aufgeworfen, die zu zahlreichen (gerichtlichen) Auseinandersetzungen<sup>13</sup> führten. Die Sachverhalte

<sup>6</sup> Kühnen, Hb. Patentverletzung, Teil E, Rn. 251.

<sup>7</sup> Heyers, WRP 2014, 1253 (1256).

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-170/13, Rn. 53, ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei/ZTE; Europäische Kommission, Horizontalleitlinien 2023, Rn. 444.

<sup>9</sup> Dobler/Sattler, in: FS Canenbley (2012), 139 (147); Körber, S. 33; Nikolic, S. 18; Padilla/Davies/Boutin, Rn. 1.12 ff.; Heyers, WRP 2014, 1253 (1256); Körber, WRP 2013, 734 (736); Ullrich, in: Leistner, S. 76.

<sup>10</sup> Vgl. dazu nur die zahlreichen Regulierungsversuche der Europäischen Kommission, SEPs Expert Group Report 2021; Europäische Kommission, COM 2017, 712 (final); Europäische Kommission, Horizontalleitlinien 2023; im zweiten Quartal 2023 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Verordnungsentwurf zum Umgang mit SEP, vgl. [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13109-Intellectual-property-new-framework-for-standard-essential-patents\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13109-Intellectual-property-new-framework-for-standard-essential-patents_en) (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>11</sup> Europäische Kommission, Horizontalleitlinien 2023, Rn. 455.

<sup>12</sup> Vgl. dafür bspw. die General IPR Licensing Declaration des ETSI (Appendix A.1 ETSI IPR Policy 2022).

<sup>13</sup> U.A. High Court of Justice of England and Wales, Urt. v. 16.03.2023, [2023] EWHC 539 (Pat) – InterDigital/Lenovo; BGH, Urt. v. 24.11.2020, KZR 35/17 = GRUR 2021, 585 – FRAND-Einwand II; UK Supreme Court, Urt. v. 26.08.2020, [2020] UKSC 37 – Unwired Planet/Huawei; BGH, Urt. v. 05.05.2020, KZR 36/17 = GRUR 2020, 961 – FRAND-Ein-

folgen dabei meistens einem bestimmten Schema: Der Lizenzpetent versucht sich im Patentverletzungsprozess gegen die Lizenzverweigerung des SEP-Inhabers mithilfe des sog. kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwands (im Zusammenhang mit technischen Standards auch als sog. FRAND-Einwand bezeichnet) zu wehren.<sup>14</sup> Die hohe Anzahl der Auseinandersetzungen deutet – mit den Worten von *Liu* – auf „massive market failure“<sup>15</sup> hin.

Bei der Bewältigung dieser Auseinandersetzungen liegt der Fokus in Deutschland in der Literatur und Rechtsprechung bisher fast ausschließlich auf einer kartellrechtlichen Bewertung der FRAND-Erklärung. Auch zahlreiche Regulierungsversuche konnten die Anzahl der gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit der FRAND-Lizenzierung im Rahmen der technischen Standardisierung nicht verringern.

Vor dem Hintergrund der Auswirkungen der technischen Standardisierung auf Wirtschaft und Wettbewerb und ihrer zunehmenden Bedeutung für weite Teile der Digitalwirtschaft können neue juristische Betrachtungsweisen Lösungsperspektiven eröffnen.

## B. Untersuchungsgegenstand der Arbeit

In Erweiterung der bisherigen juristischen Betrachtungsweise will die vorliegende Arbeit im Kern folgende Frage klären: Hat die FRAND-Erklärung neben der kartellrechtlichen auch eine schuldrechtliche Wirkung?

Wie bereits einführend dargestellt, ist die FRAND-Erklärung stets vor dem Hintergrund der Auswirkungen auf Wirtschaft und Wettbewerb zu betrachten. Dieser Kontext trägt maßgeblich zur rechtlichen Bewertung der FRAND-Erklärung bei. Bisher wurde die FRAND-Erklärung daher mehrheitlich aus kartellrechtlicher Perspektive bewertet. Dies ist zwar aufgrund der Bedeutung der Standardisierung für Wirtschaft und Wettbewerb naheliegend und nicht falsch, aber eine zu enge Betrachtung. Denn damit wird der vertragliche Charakter der FRAND-Erklärung und der selbstregulierende Kontext verkannt, in dem diese Erklärung abgegeben wird.

---

wand I; Tribunal Judiciaire de Paris, Urt. v. 06.02.2020, No. RG 19/02085 – TCL Communications Ltd./Koninklijke Philips NV; EuGH, Urt. v. 16.07.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477 – Huawei/ZTE; Europäische Kommission, Beschl. v. 09.12.2009, COMP/38.636 – Rambus; Europäische Kommission, Bekanntmachung v. 24.11.2009, MEMO/09/516 – Qualcomm.

<sup>14</sup> Vgl. dazu grundlegend die Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Zwangslizenz einwand EuGH, Urt. v. 29.04.2004, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257 – IMS Health; EuGH, Urt. v. 06.04.1995, C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98 – Magill; EuGH, Urt. v. 5.10.1988, Rs. 283/87, ECLI:EU:C:1988:477 – Volvo/Veng; zu den Grundlagen des Lizenzierungszwanges siehe auch *Kühnen*, in: FS Tilmann (2003), 513 (515 ff.); speziell zu Fällen mit FRAND-Erklärung siehe *Meier-Beck*, in: FS Säcker (2021), 275 (278).

<sup>15</sup> *Liu*, IIC 2021, 673 (675).

Nach wie vor unbeantwortet ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit die FRAND-Erklärung eine privatautonom eingegangene Verpflichtung des Patentinhabers darstellt. Für den Fall, dass eine derartige schuldrechtliche Verpflichtung besteht, könnte der Lizenzpetent dann neben den an besondere Anforderungen geknüpften kartellrechtlichen Ansprüchen auch eigene vertragliche Ansprüche aus der FRAND-Erklärung ableiten.

### C. Gang der Arbeit

Die Arbeit gliedert sich entsprechend der soeben dargestellten Kontextfaktoren neben dieser Einleitung (*Kapitel 1*) und der Zusammenfassung der Ergebnisse und einem Ausblick (*Kapitel 6*) in die folgenden vier Kapitel:

*Kapitel 2* zielt zunächst auf die Darstellung der Grundlagen der technischen Standardisierung. Zuerst wird beschrieben, welche Merkmale technische Standards auszeichnen, und in welche Kategorien sich technische Standards einteilen lassen. Von herausragender Bedeutung für die Analyse der schuldrechtlichen Wirkungen der FRAND-Erklärung sind dabei formelle, proprietäre Standards, da nur für solche die Abgabe einer FRAND-Erklärung notwendig ist. Weiter wird das Verfahren der Standardsetzung in technischen Standardisierungsorganisationen erläutert.

In *Kapitel 3* werden hierauf aufbauend zunächst die Chancen und Risiken der technischen Standardisierung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Wirtschaft und Wettbewerb thematisiert. Die Vereinheitlichung von Produkteigenschaften und Dienstleistungen hat erhebliche positive Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft sowie auf den Einzelnen. Den großen Vorteilen stehen jedoch auch Nachteile gegenüber.

Technische Standardisierung bewirkt, dass der Substitutionswettbewerb behindert wird, und es infolgedessen zu einer verringerten Innovationstätigkeit kommen kann. Dieses Risiko spitzt sich bei proprietären Standards zu: Die Ausschließungsbefugnis von Immaterialgüterrechtsinhabern führt dazu, dass technische Standards, die sich aus immaterialgüterrechtlich geschützten Technologien zusammensetzen, nicht ohne die Zustimmung des Immaterialgüterrechtsinhabers rechtmäßig genutzt werden können.

Um zu verhindern, dass diese Nachteile die Vorteile der technischen Standardisierung übersteigen, ist eine Regulierung erforderlich. Zum einen wird technische Standardisierung deshalb hoheitlich reguliert. Maßgeblich sind dafür in Europa die kartellrechtlichen Vorschriften der Art. 101 ff. AEUV. Analysiert werden folglich zunächst die technische Standardisierung als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung und die nach Standardisierung erfolgende einseitige Ausgrenzung von Wettbewerbern durch missbräuchliches Ausnutzen der Marktmacht, z.B. indem Standardnutzern der Zugang zum technischen Standard verwehrt wird. Zum anderen nehmen auch private Standardisierungsorganisationen die Gefahren der technischen Standardisierung wahr und legen in eigenen Re-

gelwerken fest, wie mit Immaterialgüterrechten im Rahmen der Standardsetzung umgegangen werden sollte. Untersucht wird daher anschließend das in den sog. Intellectual Property Rights Policies der technischen Standardisierungsorganisationen festgelegte Konzept aus der Pflicht zur Offenlegung aller betroffenen Immaterialgüterrechte und der Abgabe einer FRAND-Erklärung.

Trotz der hoheitlichen und privaten Regulierung sind Streitigkeiten im Bereich der technischen Standardisierung keine Seltenheit. Typischerweise geht der Immaterialgüterrechtsinhaber dabei gegen den Standardimplementierer im Zuge einer Patentverletzungsklage vor. Welche Rolle die FRAND-Erklärung in diesen Patentverletzungsprozessen spielt, wird in *Kapitel 4* analysiert. Bisher wird von dem Verletzungsbeklagten der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand geltend gemacht. Die Grundlagen dieser Zwangslizenz werden anhand der wegweisenden BGH-Entscheidungen Standard Spundfass und Orange Book-Standard sowie der Huawei/ZTE-Entscheidung des EuGH dargestellt. Auch auf die Rezeption dieser Rechtsprechung durch die Sisvel/Haier-Entscheidungen des BGH sowie durch die Instanzgerichte wird eingegangen.

Im Anschluss wird dieser kartellrechtliche Ansatz kritisch bewertet und es wird die in der Praxis bisher erfolglose Alternative der Geltendmachung schuldrechtlicher Einwände aus der FRAND-Erklärung dargestellt. In einem ersten Schritt wird dabei auf die Problematik der Bestimmung des anwendbaren Rechts eingegangen. Dies erfordert eine Qualifizierung der FRAND-Erklärung im europäisch-kollisionsrechtlichen Verständnis. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass deutsches Recht für die Beurteilung der FRAND-Erklärung anwendbar ist, sofern keine Rechtswahl getroffen wurde. Anschließend wird ein Überblick über die bisherigen, gescheiterten Versuche, für die FRAND-Erklärung eine schuldrechtliche Wirkung abzuleiten, gegeben.

*Kapitel 5* bildet hierauf aufbauend den Hauptteil der Arbeit. Dort erfolgt eine grundlegende Analyse der schuldrechtlichen Bedeutung der FRAND-Erklärung. Dies gelingt unter Rückgriff auf rechtsvergleichende, rechtshistorische und teleologische Betrachtungen. Dabei wird zunächst auf Zustimmung und Vertrauen als die beiden grundlegenden Konzepte der Legitimation zivilrechtlicher Bindung eingegangen. Sie erlauben die Begründung einer zivilrechtlichen Bindung durch private Regelsetzung. Sodann wird sich der zentralen Frage gewidmet, ob Selbstverpflichtungserklärungen, wie die FRAND-Erklärung, rechtlich verbindlich sind bzw. welche Anforderungen an eine rechtliche Verbindlichkeit zu stellen sind. Aus § 311 Abs. 1 BGB folgt, dass für die Begründung einer Verbindlichkeit grundsätzlich ein Vertrag erforderlich ist, also ein zweiseitiger Akt. Um einseitige Erklärungen wie Selbstverpflichtungserklärungen juristisch besser einordnen zu können, erfolgt vorab eine teleologische Analyse des Vertragsmodells. Dabei wird deutlich, dass es aus Gründen des Aufdrängungsschutzes und der Rechtssicherheit nicht möglich ist, durch einseitige Erklärung ein Rechtsgeschäft abzuschließen. Erforderlich ist insofern stets ein zweiseitiger Akt.

Da ein Versprechen annahmebedürftig ist, um verbindlich zu sein, wird sich im Anschluss daran den Anforderungen an die Annahme eines Versprechens



gewidmet. Auf den ersten Blick bleibt unklar, worin eine Annahme des FRAND-Versprechens liegen soll, sodass geprüft wird, ob hier eine Ausnahme vom Annahmeerfordernis vorliegen könnte. Derartige Ausnahmen bestehen z.B. bei Schweigen als Willenserklärung, einseitigen Leistungszusagen und Verträgen zugunsten Dritter. Insbesondere der Vertrag zugunsten Dritter lässt sich problemlos auf die FRAND-Erklärung übertragen. Danach folgt eine Analyse der Anforderungen an das Versprechen selbst. Maßgeblich ist dabei der Rechtsbindungswille des Versprechenden. Für dessen Vorliegen werden eine Vielzahl von Kriterien herausgearbeitet, anhand derer ein Rechtsbindungswille festgestellt werden kann.

Die gewonnenen Erkenntnisse werden schließlich im Rahmen einer rechtsvergleichenden Analyse auf die für den Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie bedeutsamste Standardisierungsorganisation *European Telecommunication Standards Institute* (ETSI) mit Sitz in Frankreich angewendet.

Zum Schluss werden in *Kapitel 6* die wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit zusammengefasst und ein Ausblick gegeben.

## Kapitel 2

# Grundlagen der technischen Standardisierung

Informations- und Kommunikationstechnologien sind ein entscheidender Wirtschafts- und Wettbewerbsfaktor.<sup>1</sup> Standardisierungsaktivitäten haben in großen Teilen zur Verbreitung dieser Technologien beigetragen. Zu Beginn dieser Arbeit soll der Begriff der technischen Standardisierung erläutert werden (dazu A.). Im Anschluss wird darauf eingegangen, wie technische Standards aufgestellt werden (dazu B.).

## A. Technische Standards

### I. Begriffsbestimmungen

Eine einheitliche Definition für den Begriff des „technischen Standards“ gibt es nicht. Im deutschen Rechtskreis ist neben „technischen Standards“ erschwerend auch oft von „technischen Normen“ die Rede.<sup>2</sup> In der Literatur wurden vielfach dahingehende differenzierende Definitionsansätze<sup>3</sup> unternommen, durchgesetzt haben sich diese allerdings nicht. Vielmehr verwendet die Literatur beide Begriffe inkonsistent und/oder synonym.<sup>4</sup>

Diese Heterogenität der Begrifflichkeiten könnte sich darin begründen, dass auf hoheitlicher Ebene gesetzliche oder höchstrichterliche Legaldefinitionen fehlen.<sup>5</sup> Die Europäische Kommission beispielsweise spricht in ihrem deutschen Entwurf für die Horizontalleitlinien ab 2023 einheitlich von „Normen“.<sup>6</sup> In einer Mitteilung der Europäischen Kommission über den Umgang mit SEP aus dem

---

<sup>1</sup> Vgl. BNetzA zur Standardisierung, abrufbar unter <https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Fachthemen/Telekommunikation/Technik/Standardisierung/start.html> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>2</sup> Nachfolgend wird einheitlich von „Standards“ im Sinne von „technischen Standards“ gesprochen.

<sup>3</sup> *Dorn*, S. 11; *Jakobs*, S. 19; *Marburger*, S. 40 ff.; *Picht*, S. 167 f.; Versuche für eine deutsche Definition bei *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (818).

<sup>4</sup> So auch explizit Deutscher Bundestag, BT-Drs. 12/3031 Rn. 815; *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158 (158 f.).

<sup>5</sup> *Burghartz*, S. 32 f.

<sup>6</sup> Europäische Kommission, (2022/C 164/01) Rn. 462 ff.; kritisch zur Wortwahl der Europäischen Kommission der vorherigen Horizontalleitlinien aus dem Jahr 2011 siehe *Drexll/Friüh/Mackenrodt/Picht/Pulyer/Ullrich*, IIC 2010, 948 (961 f.).

Jahr 2017 sprach sie jedoch (noch) von „Standards“.<sup>7</sup> Auch auf hoheitlicher Ebene scheint damit keine konsistente Begriffsverwendung zu bestehen.

Ein Blick auf die anglo-amerikanischen Rechtskreise, die einheitlich von „standards“<sup>8</sup> sprechen,<sup>9</sup> belegt jedoch, dass kein sachlicher Grund für eine Differenzierung zwischen „Normen“ und „Standards“ besteht.<sup>10</sup> Dafür spricht vor allem, dass es für das deutsche Wort „Norm“ keine andere Übersetzung als „standard“ gibt.<sup>11</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass das englische Wort „standard“ im Sinne des deutschen Wortes „Norm“ in die deutsche Sprache integriert wurde. In der vorliegenden Arbeit wird aufgrund der internationalen Bedeutung der zu untersuchenden Thematik der Begriff „Standard“ verwendet.

Eine mangelnde einheitliche Definition für den Begriff „Standard“ ist auch dem Umstand geschuldet, dass Standards in allen Lebensbereichen relevant sind.<sup>12</sup> Sie reichen von der „genormten“ Steckdose über Papierformate wie DIN A4 bis hin zum Mobilfunk wie dem neuen 5G-Standard. Diese unterschiedlichen Einsatzfelder führen eher zu einer Diversität denn zu einer Einheitlichkeit der Begrifflichkeiten. Allen Standards ist gemein, dass aus einer bestehenden Bandbreite an verschiedenen Spezifikationsmöglichkeiten<sup>13</sup> die für den Kreis der Anwender ideale Möglichkeit ausgewählt wird. Naturgesetze oder andere Tatsachen können daher kein „Standard“ sein.<sup>14</sup> Daraus ergibt sich, dass ein Standard einheitliche Definitionen und Spezifikationen für Produkte, Verfahren oder Prozesse schaffen soll.<sup>15</sup> Ähnlich formuliert dies auch die Europäische Kommission in den Horizontalleitlinien.<sup>16</sup> Unter einem Standard versteht sie „die Festlegung technischer oder qualitätsbezogener Anforderungen an bestehende oder zukünftige Produkte, Produktionsverfahren, Due-Diligence-Prozesse in der Wertschöpfungskette, Dienstleistungen und Methoden“<sup>17</sup>.

Eine andere vielfach übernommene Definition liefert die größte internationale Standardisierungsorganisation *International Organization for Standardization* (ISO):<sup>18</sup>

<sup>7</sup> Europäische Kommission, COM (2017) 712 final.

<sup>8</sup> Auch in der englischen Sprache gibt es keine einheitliche Definition für den Begriff „standard“, vgl. dazu *LealHall*, 16 *Information Economics and Policy* 2004, 67 (69).

<sup>9</sup> *Dorn*, S. 12; *Maaßen*, Rn. 36; *Loest/Bartlik*, *ZWeR* 2008, 41 (43 Fn. 7).

<sup>10</sup> A.A. *Picht*, S. 167; insbesondere ist eine Differenzierung aus kartellrechtlicher Perspektive nicht relevant, vgl. *Wiedemann/Lübbig*, § 9 Rn. 191.

<sup>11</sup> Vgl. „Norm“ in: *Langenscheidt*.

<sup>12</sup> *Fräßdorf*, S. 5; *Zubke-von Thünen*, S. 104.

<sup>13</sup> *Fräßdorf*, S. 5; *Picht*, S. 168.

<sup>14</sup> *Fräßdorf*, S. 5.

<sup>15</sup> *Loest/Bartlik*, *ZWeR* 2008, 41 (43).

<sup>16</sup> Mangels der rechtlichen Verbindlichkeit von Mitteilungen, Stellungnahmen oder Leitlinien der Europäischen Kommission können die dort vorgeschlagenen Definitionen jedoch nicht als allgemeingültig anerkannt werden, vgl. dazu *von Graevenitz*, *EuZW* 2013, 169 (171); *Pampel*, *EuZW* 2005, 11 (12).

<sup>17</sup> Europäische Kommission, *Horizontalleitlinien* 2023, Rn. 436.

<sup>18</sup> *LealHall*, 16 *Information Economics and Policy* 2004, 67 (69).

„Document, established by consensus and approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for activities or their results, aimed at the achievement of the optimum degree of order in a given context. (NOTE Standards should be based on the consolidated results of science, technology and experience, and aimed at the promotion of optimum community benefits.)“<sup>19</sup>

Im Gegensatz zur Definition der Europäischen Kommission verkennt die Definition der ISO jedoch, dass Standards auch auf andere Weise als durch offiziell anerkannte Organisationen entstehen können. Vielmehr können Standards aus Marktprozessen, privaten Vereinbarungen oder hoheitlichem Handeln resultieren (dazu sogleich unter II.).<sup>20</sup> Hinter der (unzulänglichen) Definition der ISO steckt mutmaßlich die Bemühung, den Marktanteil der formellen Standardisierungsarbeit zu sichern.<sup>21</sup> Abgesehen von dieser Beanstandung enthält die Definition der ISO aber die wesentlichen Merkmale, die einen Standard auszeichnen:<sup>22</sup>

- Ein Standard legt technische oder qualitätsbezogene Regeln, Leitlinien oder Merkmale für die allgemeine oder wiederkehrende Anwendung fest.<sup>23</sup>
- Ein Standard soll auf gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung beruhen.<sup>24</sup>
- Ein Standard soll zum Nutzen der Allgemeinheit beitragen und nicht den wirtschaftlichen Vorteil Einzelner ermöglichen.

Anhand dieser Merkmale verwendet diese Arbeit die folgende Definition:

Ein technischer Standard legt auf gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung beruhende technische oder qualitätsbezogene Regeln, Leitlinien oder Merkmale für die allgemeine oder wiederkehrende Anwendung fest und soll nach Möglichkeit dem Nutzen der Allgemeinheit dienen.

Diese Definition ist weit genug, um alle unterschiedlichen Formen von Standards zu umfassen und bietet die notwendige Flexibilität, sich an Entwicklungen anzupassen.

## II. Erscheinungsformen

Standards lassen sich vielfältig kategorisieren.<sup>25</sup> Die Kategorien sind dabei nicht ausschließlich, vielmehr kann ein Standard verschiedenen Kategorien angehören.

<sup>19</sup> Ziff. 3.8 ISO/IEC Guide 59:2019; das *Deutsche Institut für Normung* (DIN) hat diese Definition in DIN EN 45020:2007–03 vollständig in deutscher Sprache übernommen.

<sup>20</sup> *Picht*, S. 169; *LealHall*, 16 *Information Economics and Policy* 2004, 67 (69); *Loestl Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (43 f.).

<sup>21</sup> *LealHall*, 16 *Information Economics and Policy* 2004, 67 (69).

<sup>22</sup> Vgl. *Breulmann*, S. 30 ff.; *LealHall*, 16 *Information Economics and Policy* 2004, 67 (69).

<sup>23</sup> *Dazu Zubke-von Thünen*, S. 116.

<sup>24</sup> *Dazu Zubke-von Thünen*, S. 117.

<sup>25</sup> *Dazu überblicksartig Zubke-von Thünen*, S. 128 ff., 133 ff.

### 1. Offene und proprietäre Standards

Eine Differenzierung ist zunächst zwischen offenen und proprietären Standards möglich. Eine exakte Unterscheidung ist bisher nicht gelungen.<sup>26</sup>

Ein offener Standard beschreibt einerseits den ungehinderten Zugang zu einem transparenten Standardsetzungsprozess, d.h. Unternehmen können an der Standardsetzung ohne Voraussetzung teilnehmen.<sup>27</sup> Andererseits kann unter einem offenen Standard auch der ungehinderte Zugang zum Standard als solchem zu verstehen sein. Das ist dann der Fall, wenn der Standard gut dokumentiert ist und allen Interessierten zur Nutzung zur Verfügung steht. Einer ungehinderten Nutzung können insbesondere bei Standards in der Informations- und Kommunikationsbranche Immaterialgüterrechte entgegenstehen.<sup>28</sup> Die Aufnahme immaterialgüterrechtlich geschützter Technologie in einen Standard hat zur Folge, dass Nutzer mit dem Schutzrechtsinhaber einen Lizenzvertrag abschließen müssen, um ihre standardkonformen Produkte rechtmäßig zu vertreiben. Dieses Erfordernis kann zulasten der Nutzer von den Schutzrechtsinhabern einseitig ausgenutzt werden, indem der Zugang zum Standard bspw. durch Lizenzverweigerung blockiert wird.<sup>29</sup> Um als offener Standard zu gelten, der allen Interessierten zugänglich ist, wird daher mitunter eine lizenzgebührenfreie Benutzung,<sup>30</sup> jedenfalls aber eine Benutzung zu FRAND<sup>31</sup>-Bedingungen verlangt.<sup>32</sup>

Den offenen stehen proprietäre Standards gegenüber. Darunter versteht man Standards, die von Unternehmen nicht öffentlich entwickelt werden und zu denen der Zugang nicht gesichert ist. Solche Unternehmen haben dadurch die volle Kontrolle über die Entwicklung und Verbreitung des Standards.<sup>33</sup> Um ein Aus-

<sup>26</sup> Europäische Kommission, Verordnung (EU) Nr. 1025/2012 vom 25.10.2012, Annex II; *Nikolic*, S. 17 m.w.N.

<sup>27</sup> So etwa die Definition der *ITU*, vgl. <https://www.itu.int/en/ITU-T/ipr/Pages/open.aspx> (zuletzt abgerufen am 22.12.2023); *Dolmans*, 2 International Free and Open Source Software L. Rev. 2010, 115 (122); *Ullrich*, in: *Leistner*, S. 19 f.

<sup>28</sup> Die Patentierungsrate in der Informations- und Kommunikationsbranche ist besonders hoch, vgl. EPO Patent Index 2021, abrufbar unter [https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2021/statistics/patent-applications\\_de.html#tab3](https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2021/statistics/patent-applications_de.html#tab3) (zuletzt abgerufen am 22.12.2023).

<sup>29</sup> *Dolmans*, 2 International Free and Open Source Software L. Rev. 2010, 115 (123).

<sup>30</sup> Das W3C-Konsortium verlangt, dass Lizenzen „may not be conditioned on payment of royalties, fees or other consideration“, vgl. § 5 W3C Patent Policy 2020.

<sup>31</sup> Im US-amerikanischen Raum ist auch häufig nur von „RAND“ die Rede.

<sup>32</sup> Europäische Kommission, Ziff. 4.1.1 COM (1992) 445 final; *Maaßen*, Rn. 31; *Nikolic*, S. 17 f.; *Dolmans*, 2 International Free and Open Source Software L. Rev. 2010, 115 (123). Bspw. setzt die Teilnahme an der internationalen Standardisierungsorganisation W3C das Einverständnis des Schutzrechtsinhabers mit einer gebührenfreien Lizenz voraus, vgl. §§ 3.1, 5 W3C Patent Policy 2020.

<sup>33</sup> *Dobler/Sattler*, in: *FS Canenbley* (2012), 139 (147); *Körber*, S. 33; *Nikolic*, S. 18; *Padilla Davies/Boutin*, Rn. 1.12 ff.; *Heyers*, WRP 2014, 1253 (1256); *Körber*, WRP 2013, 734 (736); *Ullrich*, in: *Leistner*, S. 76; ein bekanntes Beispiel für einen proprietären Standard ist der Lightning-Anschluss zum Aufladen von Apple-Produkten (mit Überarbeitung der Funkan-

## Sachregister

- Accord de principe 184 f.  
Annahmefiktion 122 ff.  
Aufdrängungsschutz 118
- Bedarfsmarktkonzept 32  
Bestimmtheit 142 f., 163 ff.  
Bindungswirkung 121 ff.
- CEN 13  
CENELEC 13 f.
- DIN 14  
Dingliche Wirkung 148 ff.  
Diskriminierungsverbot 52 f.  
Drittbegünstigung 140 ff., 192
- Einseitige Leistungszusage 124 ff.  
Engagement unilatéral de volonté 186 ff.  
Erfüllungshaftung 102 f., 126 f.  
Erschöpfungswirkung 168  
Essential Facilities 145  
ETSI 14, 16
- FRAND  
– ETSI FRAND-Erklärung 71 ff.,  
137 f., 161, 183 ff.  
– FRAND-Einwand *siehe* kartellrechtlicher Zwangslizenz einwand  
– FRAND-Erklärung 14, 48 ff., 76 ff.,  
121 ff., 134 ff., 157 ff.  
Freiwilligkeit 15, 80
- Haftungsrisiko 173 ff.  
Have-made-rights 168 ff.  
Hold-out-Situation 146  
Hold-up-Situation 39  
Huawei/ZTE-Entscheidung 62 ff., 68,  
105 f., 167, 195
- Innovationswettbewerb 27  
Invitatio ad offerendum 87 f., 174 ff.  
IPR Policy 44, 134 f., 161  
ISO 16
- Kartellrechtliche Zwangslizenz 38, 58 f.  
Kartellrechtlicher Zwangslizenz einwand  
44, 58 f.  
Kreuzlizenzierung 53, 85, 144, 155, 165
- Letter of Intent 174, 184  
Lizenzangebot ad incertas personas 89  
Lizenzbereitschaftserklärung 88 f., 135,  
150  
Lizenzvertrag 143 f., 166 f.  
Lizenzverweigerung 37  
Lock-in-Effekt 13, 26, 39, 54, 176
- Magill 37  
Marktabgrenzung 32 ff.  
Marktbeherrschende Stellung 34 ff.,  
62 ff., 152 f.  
Marktzutrittsschranke, Markteintrittsbarriere 27
- Netzwerkeffekt 12  
Norm *siehe* Technischer Standard
- Offener Standard 10  
Offenlegung 47 f., 54, 147  
Orange-Book-Standard 60 f.  
Overdeclaration 47 f.
- Pactum de non petendo 90  
Patenthinterhalt 40  
Patentübertragung 148 ff.  
Patentverwertungsgesellschaften 62, 148,  
173  
Promesse unilatérale 185 f.

- Rambus 40 f.  
 Rechtsbindungswille 89, 158 ff.  
 Rechtssicherheit 118 f.  
 Rechtswahl 71 ff., 81 ff., 183  
 Royalty-stacking 52
- Schutzlandprinzip 73 f., 78  
 Selbstregulierung 44 f.  
 Sisvel/Haier-Entscheidungen 65 f., 148  
 Standard
- De-facto-Standard 12 f.
  - De-iure-Standard 12 f.
  - Formelle Standardisierung 13
  - Kompatibilitätsstandard 11 f.
  - Offener Standard 10
  - Proprietärer Standard 10 f.
  - Qualitätsstandard 11 ff.
  - Standard-Spundfass-Entscheidung 59 f.
  - Standardessentielles Patent 1 ff., 33 ff.
  - Standardisierungsorganisationen 16 f., 135 f., 165
  - Standardisierungsprozess 18 f.
  - Technischer Standard 7 ff.
- Stipulation pour autrui 91, 188 ff.
- Substitutionswettbewerb 25 f., 35
- Technische Norm *siehe* Technischer Standard
- Unterlassungsklagen 42 ff., 181
- Verhandlungsvertrag 145 ff., 196 ff  
 Versprechensmodell 110 ff., 124 f.  
 Vertrag zugunsten Dritter 90 f., 132 ff., 140 ff., 164, 188 ff.  
 Vertragsmodell 109 f., 113 f., 124 f.  
 Vertragsstatut 73 f.  
 Vertrauensschutz 100 f.  
 Vorvertrag zugunsten Dritter *siehe* Vertrag zugunsten Dritter
- Wertschöpfungskette 168 ff.  
 Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung 28 f., 153, 176  
 Widerruf 182  
 Wortlaut 160 ff.
- Zugangsbehinderung 31 f.  
 Zustimmung 97 ff.