

WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht

Daniel Antonius Hötte

Daniel Antonius Hötte

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen

Wilhelms-Universität zu Münster

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Thomas Hoeren

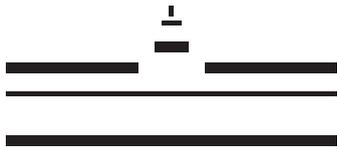
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Peter Mes

Dekan: Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang

Tag der mündlichen Prüfung: 30.11.2010

Daniel Antonius Hötte

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht



WESTFÄLISCHE
WILHELMS-UNIVERSITÄT
MÜNSTER

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 5

Daniel Antonius Hötte

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Daniel Antonius Hötte

„Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 5

© 2011 der vorliegenden Ausgabe:

Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Verlagshaus Monsenstein und Vannerdat OHG Münster

www.mv-wissenschaft.com

ISBN 978-3-8405-0035-0 (Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-85439672046 (elektronische Version)

© 2011 Daniel Antonius Hötte

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Pamela Lampel, Großalmerode

Umschlag: MV-Verlag

Druck und Bindung: MV-Verlag

- *Meinen Eltern* -

Inhaltsübersicht

Teil I	Einleitung	21
Teil II	Grundlagen	30
	A. Zwangslizenz als Instrument der Konfliktlösung im Spannungsverhältnis zwischen Patent- und Kartellrecht	30
	B. Anspruchsgrundlagen für eine kartellrechtliche Zwangslizenz	38
Teil III	Voraussetzungen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	50
	A. Generelle Lizenzverweigerung	52
	B. Missbräuchliche Lizenzierungspraxis	96
	C. Abbruch einer Lizenzierung	138
	D. FRAND-Lizenzierungserklärung	141
	E. Verhältnis der Missbrauchsarten	143
Teil IV	Rechtsfolgen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	148
Teil V	Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand	175
	A. Der Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess	175
	I. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands	175
	II. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands.....	183
	III. Rechtsfolgen des Zwangslizenzeinwands.....	205
	B. Bewertung des Zwangslizenzeinwands als Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung	226
	I. Nutzungsmöglichkeit ohne gerichtliche Prüfung.....	227
	II. Prozessökonomische Erwägungen	231

Teil VI Aktive Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs als Alternative zum Einwand im Patentverletzungs- prozess	237
A. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Anspruchs auf Zwangslizenz	238
I. Darlegungs- und Beweislast.....	239
II. Bestimmung der angemessenen Lizenzbedingungen.....	293
B. Durchsetzung des Anspruchs im Einzelnen.....	298
I. Hauptsacheverfahren.....	298
II. Einstweiliger Rechtsschutz	321
Teil VII Zusammenfassung der Ergebnisse.....	340

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	19
Teil I Einleitung	21
A. Problemaufriss	21
B. Ziel der Arbeit	26
C. Themenabgrenzung	26
D. Gang der Untersuchung	28
Teil II Grundlagen	30
A. Zwangslizenz als Instrument der Konfliktlösung im Spannungsverhältnis zwischen Patent- und Kartellrecht	30
I. Funktionsweise und Zielsetzung des Patentrechts	30
II. Funktionsweise und Zielsetzung des Kartellrechts	33
III. Spannungsverhältnis zwischen Patent- und Kartellrecht	35
B. Anspruchsgrundlagen für eine kartellrechtliche Zwangslizenz	38
I. Art. 102 AEUV	38
II. §§ 19, 20 GWB	40
1. Zwangslizenz als mögliche Rechtsfolge nach GWB	40
2. Differenzierung nach Missbrauchsarten	43
III. § 33 GWB	44
1. Normative Anknüpfung eines Lizenzierungsanspruchs	44
2. Voraussetzungen des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs	47
Teil III Voraussetzungen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	50
A. Generelle Lizenzverweigerung	52
I. Voraussetzungen der Zwangslizenz im Falle der generellen Lizenzverweigerung	52
1. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden	53

a) Europäische Entscheidungen	53
b) Deutsche Entscheidungen	58
2. Die Voraussetzungen im Einzelnen	59
a) Marktbeherrschende Stellung	59
aa) Relevanter Markt.....	61
(1) Technologie- und Produktmarkt.....	63
(2) Sachlicher Umfang	65
(3) Fehlende Substituierbarkeit.....	67
(a) Geschützte Informationen und Formgebung.....	67
(b) Standards und Normen	68
(aa) de jure-Standards.....	69
(bb) de facto-Standards	73
bb) Beherrschende Stellung.....	74
(1) Technologiemarkt.....	74
(2) Produktmarkt	76
(3) Verbindung von Technologie- und Produktmarkt	78
b) Missbräuchliche Verweigerung	79
aa) Unerlässlichkeit des Schutzgutes	80
bb) Verhinderung eines neuen Produkts für das eine Nachfrage besteht	83
(1) Erforderlichkeit eines neuen Produktes.....	83
(2) Anforderungen an das Anbieten eines neuen Produktes	85
(3) Angebot des Marktbeherrschers und Herstellungsabsicht des Lizenzinteressenten	87
(4) Potenzielle Nachfrage nach dem neuen Produkt	88
cc) Verhinderung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt..	88
dd) Rechtfertigung der Lizenzverweigerung aus sachlichen Gründen	90
(1) Funktion des Immaterialgüterrechts und Wirkung der Zwangslizenz	91
(2) Belohnungsreichweite	93
(a) Investitionen	93
(b) Technologische Überlegenheit.....	94
II. Ergebnis.....	95

B. Missbräuchliche Lizenzierungspraxis	96
I. Voraussetzungen der Zwangslizenz im Fall der missbräuchlichen Lizenzierungspraxis	97
1. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden	97
a) Europäische Entscheidungen	98
b) Deutsche Entscheidungen	100
2. Voraussetzungen im Einzelnen.....	102
a) Marktbeherrschende Stellung.....	102
b) Missbräuchliche Verhaltensweisen	103
aa) Diskriminierung.....	103
(1) Geschäftsverkehr gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich.....	104
(a) Lizenzerteilung an Dritte und Aufnahme in Schutzrechtsgemeinschaften	105
(b) Konzerninterne Lizenzerteilung.....	105
(2) Ungleichbehandlung.....	106
(a) Selektive Lizenzierung.....	106
(b) Diskriminierende Vertragsgestaltung	108
(c) Selektive Durchsetzung von Schutzansprüchen und Duldung von Underreporting	109
(3) Sachliche Rechtfertigung	111
(a) Weiter Spielraum des Patentinhabers.....	112
(b) Strengere Anforderungen	113
(aa) Zusätzliche Umstände	113
(bb) Inhalt der strengeren Anforderungen	115
bb) Ausbeutungsmissbrauch	117
(1) Feststellung unangemessener Entgelte und Bedingungen ..	119
(a) Vergleichsmarktkonzept	119
(b) Gewinnbegrenzungskonzept.....	121
(2) Besonderheiten im Zusammenhang mit Standardisierung und Normung	122
(a) Strategischer Wert und Normungslohn	123
(b) Technologiepools	126
(c) Patent Ambush.....	129

(aa) Einbeziehung des Verhaltens im Standardisierungsverfahren.....	131
(bb) Keine Einbeziehung des Verhaltens im Standardisierungsverfahren.....	132
(cc) Stellungnahme	132
(d) Royalty Stacking	134
(aa) Pflicht zur Gebührenbegrenzung.....	134
(bb) Keine Pflicht zur Gebührenbegrenzung	135
(cc) Stellungnahme	135
II. Ergebnis.....	136
C. Abbruch einer Lizenzierung.....	138
I. Entscheidungspraxis	138
II. Voraussetzungen im Einzelnen	139
D. FRAND-Lizenzierungserklärung	141
E. Verhältnis der Missbrauchsarten	143
I. Unterschiedliche Voraussetzungen für eine Zwangslizenz	143
II. Begründung für die unterschiedlichen Voraussetzungen.....	144
III. Abgrenzung der Missbrauchsarten.....	145
F. Ergebnis	146
Teil IV Rechtsfolgen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	148
A. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden.....	148
B. Die Rechtsfolgen im Einzelnen	151
I. Rechtsnatur der kartellrechtlichen Zwangslizenz	151
II. Inhalt des Kontrahierungszwangs.....	152
1. Pflicht zum Vertragsschluss.....	152
a) Kein Anspruch auf unmittelbare Nutzungsmöglichkeit	152
b) Anspruch auf Annahme eines Lizenzangebotes.....	153

2. Inhalt des kartellrechtlich gebotenen Lizenzvertrages	155
a) Lizenzerteilung	156
aa) Einfache Lizenz	156
bb) Beschränkung der Lizenz	157
(1) Räumlich	158
(2) Zeitlich	160
(3) Sachlich	160
b) Angemessene Bedingungen	162
aa) Anzuwendender Maßstab	162
(1) Immaterialgüterrechtlicher Ansatz	162
(2) Regulatorischer Ansatz	164
(3) Kartellrechtlicher Ansatz	165
(4) Stellungnahme	167
bb) Bestimmung im Einzelnen	170
(1) Anderweitige Lizenzierung	171
(2) Fehlende Lizenzierung	171
c) Synallagmatische Verknüpfung	172

C. Ergebnis	173
--------------------------	------------

Teil V Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand

A. Der Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess	175
---	------------

I. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands	175
1. Zwangslizenzeinwand unzulässig	176
2. Zwangslizenzeinwand zulässig	177
3. Stellungnahme	179
II. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands	183
1. Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs	183
2. Rechtsmissbrauch	184
a) Unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages	185
aa) Unbedingtheit des Angebots	185
(1) Nichtverletzung	185

(2) Rechtsbestand oder fehlende Schutzfähigkeit.....	188
(3) Territoriale Begrenzung des Lizenzangebots	188
bb) Angemessenheit des Angebots.....	189
(1) Keine Pflicht zu Vertragsverhandlungen.....	190
(2) Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB.....	192
(3) Keine gerichtliche Überprüfung der Billigkeit gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB	195
b) Einhaltung der vorgreiflichen Pflichten	199
3. Beginn der vorgreiflichen Pflichten und prozessuale Geltendmachung..	202
III. Rechtsfolgen des Zwangslizenzeinwands.....	205
1. Rechtswidrigkeit der Patentbenutzung.....	205
2. Auswirkungen des Zwangslizenzeinwands auf die einzelnen Verletzungsansprüche	206
a) Unterlassungsanspruch	206
b) Schadensersatzanspruch.....	207
aa) Dreifache Schadensberechnung	207
bb) Beschränkung auf angemessene Lizenzgebühr.....	208
(1) Mitverschulden des Patentinhabers gemäß § 254 Abs. 1 BGB	209
(2) Rechtsgedanke des § 162 BGB	210
(3) Schadensersatzanspruch des Lizenzinteressenten	211
cc) Voraussetzungen für eine Anspruchsbegrenzung.....	215
c) Anspruch aus Bereicherungsrecht	216
d) Vernichtungsanspruch	217
e) Informationsansprüche.....	219
3. Berücksichtigung des Einwands im einstweiligen Rechtsschutz.....	220
IV. Ergebnis.....	224

B. Bewertung des Zwangslizenz Einwands als Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung	226
I. Nutzungsmöglichkeit ohne gerichtliche Prüfung.....	227
II. Prozessökonomische Erwägungen	231
III. Ergebnis.....	235

Teil VI Aktive Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs als Alternative zum Einwand im Patentverletzungsprozess

237

A. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Anspruchs auf Zwangslizenz	238
I. Darlegungs- und Beweislast	239
1. Darlegungs- und Beweislastverteilung in Bezug auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruch	240
a) Beweisbedürftige Tatsachen bei der Durchsetzung eines Zwangslizenzanspruchs.....	242
b) Auswirkungen der Beweislastverteilung auf die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs.....	243
2. Möglichkeiten des Lizenzinteressenten zum Abbau der Informationsasymmetrie.....	245
a) Beweiserleichterungen	245
aa) Sekundäre Darlegungslast.....	246
bb) Beweislastumkehr	247
cc) Anscheinsbeweis gemäß § 20 Abs. 5 GWB.....	248
dd) Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB.....	250
ee) Ergebnis	250
b) Prozessuale Ansprüche.....	251
aa) Vorlegung von Urkunden	251
(1) Vorlegung nach Antrag gemäß §§ 422 ff. ZPO.....	252
(2) Vorlegung von Amts wegen gemäß § 142 ZPO	253
(a) Regelung des § 142 ZPO	253

(aa) Bezugnahme einer Partei	254
(bb) Ausforschungsverbot als Grenze einer Vorlageanordnung gemäß § 142 ZPO	254
(cc) Schlüssiger und substantiiertes Vortrag	255
(b) Möglichkeit für Lizenzinteressenten	256
bb) Vorlegung von Handels- und Tagebüchern	258
cc) Vorlegung von Augenscheinsobjekten	259
dd) Parteivernehmung	259
ee) Zugang zu Informationen der Kartellbehörden	260
(1) Einholung amtlicher Auskünfte und Urkunden	261
(2) Amicus curiae	264
ff) Ergebnis	265
c) Materiell-rechtliche Ansprüche	266
aa) Anspruch auf Akteneinsicht gegen Kartellbehörden	266
(1) Anspruch gegen die Kommission	267
(2) Anspruch gegen das Bundeskartellamt	270
bb) Ansprüche auf Vorlegung von Sachen	272
(1) Anspruch auf die Besichtigung von Sachen gemäß § 809 BGB	273
(2) Anspruch auf Einsicht in Urkunden gemäß § 810 BGB	274
cc) Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB	275
(1) Subsidiarität	275
(2) Voraussetzungen	276
(a) Sonderrechtsbeziehung	276
(b) Entschuldbare Ungewissheit	277
(c) Zumutbarkeit des Arbeitsaufwandes	278
(3) Auskunftsanspruch im Falle eines Zwangslizenzanspruchs	278
(a) Subsidiarität	278
(b) Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs	278
(aa) Entschuldbare Ungewissheit beim Lizenzsucher und Zumutbarkeit des Arbeitsaufwandes seitens des Patentinhabers	279
(bb) Kartellrechtlicher Anspruch auf Zwangslizenz als rechtliche Sonderverbindung	279

(cc) Wahrscheinlicher Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz.....	281
(c) Inhalt des Auskunftsanspruchs	287
(aa) Ergebnis einer Interessenabwägung.....	288
(bb) Wirtschaftsprüfervorbehalt	290
dd) Ergebnis	292
II. Bestimmung der angemessenen Lizenzbedingungen.....	293
1. Volle richterliche Überzeugung gemäß § 286 ZPO.....	294
2. Schätzung gemäß § 287 ZPO.....	295
III. Ergebnis.....	297
B. Durchsetzung des Anspruchs im Einzelnen.....	298
I. Hauptsacheverfahren.....	298
1. Rechtsweg und Zuständigkeit.....	298
a) Sachliche Zuständigkeit.....	299
b) Örtliche Zuständigkeit	300
aa) Internationale Zuständigkeit.....	301
bb) Nationale Zuständigkeit	304
2. Klageantrag	305
a) Ausformuliertes Vertragsangebot	305
b) Unbezifferter Klageantrag.....	308
aa) Gerichtliche Leistungsbestimmung gemäß §§ 315 ff. BGB	309
bb) Schätzung nach § 287 ZPO	310
c) Ergebnis	312
3. Stufenklage	313
4. Widerklage	315
5. Ergebnis	320
II. Einstweiliger Rechtsschutz	321
1. Lizenzierung durch Leistungsverfügung	322
a) Anwendbarkeit auf Fälle der kartellrechtlichen Zwangslizenz.....	323
b) Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung.....	325

aa) Verfügungsanspruch	325
bb) Verfügungsgrund	326
cc) Glaubhaftmachung	329
c) Verfügungsinhalt	331
aa) Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im einstweiligen Rechtsschutz	331
bb) Abgabe einer Willenserklärung oder unmittelbare Leistungserbringung	333
d) Verfahren	335
2. Leistungsverfügung auf Auskunft	336
3. Ergebnis	337

Teil VII Zusammenfassung der Ergebnisse..... 340

A. Voraussetzungen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	340
B. Rechtsfolgen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	342
C. Durchsetzung des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz	343

Abkürzungsverzeichnis..... 349

Literaturverzeichnis

A. Kommentare	350
B. Lehrbücher, Monographien	354
C. Aufsätze	359
D. Verzeichnis der Internetquellen	375

Informationen zum Autor..... 379

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2010/2011 von der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität als Dissertation angenommen. Sie wurde mit einem Promotionsstipendium der Konrad-Adenauer-Stiftung gefördert und mit dem Dissertationspreis des Vereins zur Förderung der Forschungsstelle für Gewerblichen Rechtsschutz Münster ausgezeichnet.

Aus dem Kreis derer, die mich bei der Entstehung dieser Arbeit in vielfältiger Weise unterstützt haben, danke ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Hoeren, für die interessante und schöne Zeit am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht und für seine Unterstützung bei der Entstehung der Dissertation. Bei Herrn Prof. Dr. Peter Mes möchte ich mich für die wertvollen Hinweise und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Zu Dank verpflichtet bin ich außerdem Herrn Dr. Wolfgang Kellenter, auf dessen thematische Anregung hin diese Arbeit entstanden ist.

Des Weiteren bedanke ich mich herzlich bei Frau Dr. Lena Gräwe und Herrn Dr. Enno Ahlenstiel für die Durchsicht des Manuskripts und ihre konstruktiven Anmerkungen. Mein ganz besonderer Dank gebührt allerdings Melanie, die mich durch alle Höhen und Tiefen in der Entstehungszeit der Dissertation begleitet hat und mir immer Mut zugesprochen hat, wenn es nötig war. Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern, Theodor und Antonia Hötte, die mich in der Phase der Promotion wie zu jeder Zeit nach Kräften unterstützt haben.

Köln, Februar 2011

Daniel Antonius Hötte

Teil I

Einleitung

A. Problemaufriss

Der Inhaber eines Patents hat das Recht, die geschützte Erfindung selbst zu nutzen und andere von ihrem Gebrauch auszuschließen. Diese Möglichkeit der exklusiven Verwertung soll dauerhaft Anreize zu Innovation schaffen und dadurch mittelbar dem Gemeinwohl dienen.¹ Vor diesem Hintergrund wird in Kauf genommen, dass in Bezug auf die jeweils geschützte Lehre kein imitierender, sondern nur ein substituierender Wettbewerb möglich ist.² Dadurch gerät das Patentrecht in ein Spannungsverhältnis zu dem Ziel des Kartellrechts, nämlich dem Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs. Funktionierender Wettbewerb ist dann bedroht, wenn eine marktbeherrschende Stellung besteht, d.h. ein Unternehmen eine solche wirtschaftliche Macht hat, dass es auf einem Markt agieren kann, ohne dabei auf die Reaktion der Wettbewerber, der Zwischenabnehmer oder der Endverbraucher Rücksicht nehmen zu müssen.³ Zum Schutz des Wettbewerbs ist es marktbeherrschenden Unternehmen verboten, ihre Macht zu missbrauchen, Art. 102 Abs. 1 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB.

Das Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers allein begründet grundsätzlich keine marktbeherrschende Stellung, weil es regelmäßig geschützte oder ungeschützte Alternativtechnologien (Substitute) gibt, die mit der jeweiligen Erfindung konkurrieren.⁴ Das ist ausnahmsweise dann nicht der Fall, wenn die Nutzung des Patents für die Tätigkeit auf einem bestimmten Produktmarkt unerlässlich ist, weil es für Erzeugnisse, die andere technische Lösungen nutzen, keine Nachfrage gibt. Da

¹ *Kraßer*, § 1 I. ff. m.w.N.

² Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann, § 1 Rn. 204; *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al.; FS Sacker, 97.

³ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 65 f. – *United Brands*, Urt. v. 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Rn. 90 – *Hilti*; Urt. v. 15.12.1994, C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Rn. 47 – *DLG*; *Emmerich*, § 9 Rn. 21.

⁴ So auch Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 246.

in einer solchen Konstellation der Substitutionswettbewerb zum Erliegen kommt, beherrscht der Patentinhaber den Technologiemarkt und kontrolliert zugleich den Zugang zum nachgelagerten Produktmarkt, indem er gegenüber Interessenten die Vergabe von Lizenzen an dem unerlässlichen Patent verweigern kann oder nur zu Bedingungen nach seinen Vorstellungen erteilt. Daher spricht man in diesem Zusammenhang auch von „Schlüsselpatenten“ oder „Schlüsselerfindungen“.⁵

Bei Vorliegen außergewöhnlicher Umständen kann es missbräuchlich sein, wenn der Schutzrechtsinhaber eine Lizenzierung dieser Patente generell verweigert.⁶ Darüber hinaus kann es gegen Kartellrecht verstoßen, wenn eine Lizenzvergabe zwar nicht schlechthin abgelehnt wird, aber Nutzungsrechte nur selektiv vergeben oder überhöhte Lizenzgebühren verlangt werden.⁷ Des Weiteren kann auch der ungerechtfertigte Abbruch einer Lizenzierung Anknüpfungspunkt für einen Missbrauch sein. Als Rechtsfolge dieses Missbrauchs kommt ein Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz zur Nutzung der geschützten Lehre zu angemessenen Bedingungen in Betracht.⁸

Unter welchen Voraussetzungen und zu welchen Bedingungen eine solche kartellrechtliche Zwangslizenz eingeräumt werden muss, ist für den Patentinhaber wie auch den jeweiligen Lizenzinteressenten von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Handelt es sich bei der geschützten Lehre um eine Schlüsseltechnologie für einen bestimmten Produktmarkt, hängt das gesamte geschäftliche Engagement des Interessenten davon ab, dass er eine Lizenz bekommt. Ohne Nutzung des Patents bleibt ihm der Zugang zu dem Markt versperrt. Wegen der Abhängigkeit des Lizenzinteressenten von der begehrten Lizenz ist auch die Frage des Zugangszeitpunkts von entscheidender Bedeutung. Jede Verzögerung der Lizenzerteilung führt zu einem

⁵ Zweites Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes und anderer Gesetze (2. PatGÄndG) vom 16.7.1998, BIPMZ 1998, 382 (400); *Busche*, CIPReport 2009, 104; *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (180).

⁶ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 48 ff. – *Magill*; EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 37 ff. – *IMS Health*.

⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

⁸ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*; EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 ff. – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72ff.) – *Standard-Spundfass*.

Aufschub eines möglicherweise erfolgreichen Markteintritts. Aus Sicht des Lizenzinteressenten besteht daher ein großes Interesse daran, schnell ein Nutzungsrecht zu bekommen und einen darauf gerichteten kartellrechtlichen Anspruch gegebenenfalls auch mit gerichtlicher Hilfe durchzusetzen.

Die Interessen des Patentinhabers gehen in die entgegengesetzte Richtung. Aus seiner Perspektive greift eine kartellrechtliche Lizenz in das Recht ein, über die Verwertung des Schutzrechts in Form der Selbstnutzung oder Lizenzvergabe uneingeschränkt zu entscheiden. Soweit sich eine Lizenzierungspflicht aus Kartellrecht nicht vermeiden lässt, soll ihr nur gegen Zahlung einer hohen Lizenzgebühr nachzukommen sein. Zum Schutz der eigenen Position sowie derjenigen von etwaigen Lizenznehmern muss außerdem verhindert werden, dass ein Lizenzsucher auf der Grundlage eines behaupteten Anspruchs die geschützte Lehre eigenmächtig nutzt, ohne einen wirksamen Lizenzvertrag in Händen zu halten. Zu diesem Zweck können patentrechtliche Verletzungsansprüche geltend gemacht werden.⁹

Die neuere Rechtsprechung zu Zwangslizenzen beschäftigt sich ausnahmslos mit Patenten.¹⁰ Das liegt nicht daran, dass Zwangslizenzen außerhalb des Patentrechtes nicht möglich wären.¹¹ Die besondere Bedeutung im Bereich des Patentrechtes beruht vielmehr auf einer sich verstärkenden Tendenz zu Standardisierung und Normung.¹² Die große Mehrzahl an Produkten, die sich gegenwärtig auf dem

⁹ *Obly*, GRURInt 2008, 787 (793).

¹⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 37 – *IMS Health*; *Meinberg*, S. 1 ff.

¹² *WIPO*, Standards and Patents 2009, S. 2; die Begriffe Standardisierung und Normung werden im Rahmen dieser Untersuchung synonym verwendet, vgl. *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (43).

Markt befinden, folgt einem oder mehreren Standards.¹³ Diese entstehen durch die Tätigkeit so genannter Standardisierungsorganisationen (beispielsweise durch das Deutsche Institut für Normung, kurz DIN), durch Vereinbarung von Unternehmen oder durch tatsächliche Übung.¹⁴ Die mit der Normung verfolgten Ziele können dabei höchst unterschiedlich sein. Sie reichen von Produktsicherheit bis hin zur Gewährleistung von Kompatibilität und Interoperabilität verschiedener Produkte untereinander.¹⁵ Häufig wird dazu eine bestimmte Technologie als Referenzwert für eine anknüpfende Technologie gewählt wie z.B. bei CD- oder DVD-Standards für Gerätehersteller und Anbieter von Inhalten.¹⁶ Zugleich sollen auf der Basis von Standards für Unternehmen gleiche Ausgangsbedingungen geschaffen werden. Dies führt im Idealfall zu einer Vielzahl neuer, konkurrierender Produkte, wodurch für den Endverbraucher die Auswahl steigt und die Preise sinken.¹⁷

Standardisierung birgt aber auch Gefahren für den Wettbewerb. Probleme können auftreten, wenn Normen oder Standards geschützte technische Lösungen enthalten und so genannte standardessentielle Schutzrechte entstehen.¹⁸ Das bedeutet, dass ein Standard nicht ohne Nutzung der betroffenen Schutzrechte verwendet werden kann und damit auch keine Produkte produziert werden können, die standardkonform sind.¹⁹ Standardessentielle Patente können dann zu den bereits angesprochenen Schlüsselpatenten werden, wenn sie für die Tätigkeit auf einem Produktmarkt erforderlich sind.²⁰ Die Aufnahme in eine Norm allein berechtigt allerdings nicht dazu, das Schutzrecht ohne Zustimmung des Patentinhabers zu benutzen, wie bereits frühzeitig durch das Reichsgericht klargestellt wurde.²¹ Vielmehr kann der Inhaber über die Vergabe von Nutzungsrechten und damit über den

¹³ WIPO, Standards and Patents 2009, S. 2.

¹⁴ Loest/Bartlik, ZWeR 2008, 41 (44).

¹⁵ WIPO, Standards and Patents 2009, S. 2.

¹⁶ Loest/Bartlik, ZWeR 2008, 41 (44).

¹⁷ EU-Kommission, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 3; WIPO, Standards and Patents 2009, S. 2.

¹⁸ WIPO, Standards and Patents 2009, S. 2.

¹⁹ WIPO, Standards and Patents 2009, S. 40.

²⁰ Ullrich, GRUR 2007, 817 (820).

²¹ RG, Urt. v. 7.7.1939, I 152/38, GRUR 1939, 911 (913).

Zugang zum nachgelagerten Markt zunächst frei entscheiden. Die Standardisierung fördert auf diese Weise das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung und eröffnet zugleich die Möglichkeit dieselbe zu missbrauchen.

Der Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz ist in der Literatur nicht ohne Beachtung geblieben. Nachdem sich der EuGH in einigen Entscheidungen zum Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht geäußert hatte, gab es eine Fülle von Veröffentlichungen, die sich mit der Frage beschäftigten, unter welchen Umständen ein Zwangslizenzanspruch besteht, wenn sich der Inhaber generell weigert, Dritten die Nutzung zu erlauben.²² Der Blick auf die höchstrichterliche und instanzgerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre zeigt allerdings, dass diese Konstellation in der Praxis eine eher untergeordnete Rolle spielt. Zwar hat die Bedeutung des Zwangslizenzanspruchs insgesamt zugenommen – einige Stimmen im Schrifttum sprechen daher von einem „Dauerbrenner“, „Boom“ oder einem „ungeahnten Aufschwung“ der kartellrechtlichen Zwangslizenz²³ – Gegenstand der Verfahren war allerdings nicht eine generelle Lizenzverweigerung, sondern insbesondere der Vorwurf einer selektiven Vergabe von Lizenzen sowie der Forderung unangemessener Vertragsbedingungen durch den Patentinhaber im Umfeld eines bestehenden Standards.²⁴ Die Voraussetzungen einer solchen missbräuchlichen Lizenzierungspraxis sind bislang weitgehend ungeklärt und in der Literatur noch nicht ausführ-

²² Beckmerhagen, S. 309 ff.; Meinberg, S. 79 ff. Tränkle S. 55 ff.; Casper, ZHR 166 (2002), 685; Drexler, IIC 2004, 788 ff.; Heidinger, Medien und Recht 2006, 221 ff.; Heinemann, IIC 2005, 63 ff.; Höppner, EuZW 2004, 748; Leistner, ZWeR 2005, 138 ff.; Leupold/Pautke, EWS 2005, 108 ff.; Merdzo, ZEuS 2005, 135 ff.; Spindler/Apel, JZ 2005, 133 ff.; Thyri, in: Halfmeier, et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 145 ff.

²³ Gärtner/Vormann, Mitt. 2009, 440; Rombach, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (322); Wilhelmi, WRP 2009, 1431.

²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734.

lich behandelt worden.²⁵ Dies gilt auch im Hinblick auf die genauen Rechtsfolgen eines Anspruchs auf Zwangslizenz. Dabei taucht insbesondere das Problem auf, nach welchen Kriterien die zwischen den Parteien regelmäßig umstrittene Höhe der Lizenzgebühr zu bestimmen ist.

Im Übrigen nützt dem Lizenzinteressenten das bloße Bestehen seines Anspruchs wenig, wenn es keine effektive Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung gibt. Bislang entspricht es der gängigen Praxis, einen Anspruch auf Zwangslizenz lediglich passiv als Einwand im Patentverletzungsverfahren geltend zu machen. Diese Vorgehensweise ist nicht frei von Bedenken und erscheint für die Erreichung des Rechtsschutzziels einer Lizenzerteilung wenig zielführend. Daher soll im Rahmen dieser Arbeit gezeigt werden, dass auch eine aktive Durchsetzung des Anspruchs im Wege der Klage und des einstweiligen Rechtsschutzes als Alternative in Betracht kommt und dabei auftretende Schwierigkeiten mit den bestehenden prozessualen und materiell-rechtlichen Instrumenten gelöst werden können.

B. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, den kartellrechtlichen Anspruch auf Zwangslizenz im Patentrecht umfassend darzustellen. Dabei gilt es zu klären, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht besteht, welche Rechtsfolgen daran geknüpft sind und welche Möglichkeiten der Gläubiger hat, seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen.

C. Themenabgrenzung

Der patentrechtliche Anspruch auf Erteilung einer Zwangslizenz aus § 24 PatG ist nicht Gegenstand der Untersuchung. Dessen Voraussetzungen, insbesondere das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an einer Zwangslizenz, liegen auf Seiten des Lizenzinteressenten kaum jemals vor. Zur begrifflichen Abgrenzung von patent-

²⁵ *Maume*, Rn. 174; *Busche*, CIPReport 2009, 104 (105); siehe aber *Kühnen/Geschke*, Rn. 542 ff.; *Heinemann*, S. 174 f.; *Wielsch*, S. 188; *Geradin*, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 ff.; *Leupold/Pautke* EWS 2005, 108 (111); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683.

rechtlichem und kartellrechtlichem Anspruch wird in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend von einer kartellrechtlichen Zwangslizenz gesprochen.²⁶

Die Möglichkeiten des Lizenzinteressenten, Hilfe durch die Kartellbehörden zu erlangen, bleiben in dieser Arbeit außen vor, da sie für die Durchsetzung eines Zwangslizenzanspruchs nicht zielführend sind. Als Kartellbehörden sind die Kommission²⁷ nach Art. 105 AEUV und Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 und das Bundeskartellamt nach § 48 Abs. 1 GWB i.V.m. §§ 32 ff. GWB dafür zuständig, Zuwiderhandlungen gegen Kartellrecht – auch im Wege einstweiliger Maßnahmen – abzustellen. Betroffenen steht es frei, eine Beschwerde einzureichen und das kartellrechtswidrige Verhalten Dritter zu rügen.²⁸ Einen Anspruch auf behördliches Einschreiten gibt es aber weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene.²⁹ Steht einem Beschwerdeführer der Zivilrechtsweg offen, so wird die Kartellbehörde ein Einschreiten regelmäßig ablehnen.³⁰ Die Durchsetzung subjektiver Rechte aus Kartellrecht – und damit auch eines Anspruchs auf Zwangslizenz – ist primär Aufgabe der nationalen Gerichte.³¹ Selbst wenn ein behördliches Verfahren eingeleitet wird, kann ein Lizenzinteressent von den weitgehenden Ermittlungsbefugnissen der Kartellbehörden kaum profitieren. Zwar ordnet § 33 Abs. 4 GWB an, dass das erkennende Gericht in einem Prozess, der einem Kartellverfahren nachfolgt (Fol-

²⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 102; Böck, S. 74; Hartmann, S. 21 ff.; Heinemann, S. 499; Meinberg S. 79 ff.; Schmidt, S. 1 ff.; Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683; a.A.: Jestaedt, GRUR 2009, 801 (802) der von einem kartellrechtlichen Lizenzerteilungsanspruch spricht und den Begriff „Zwangslizenz“ im vorliegenden Zusammenhang ablehnt.

²⁷ Die Bezeichnung Kommission meint die Europäische Kommission (EU-Kommission) soweit nicht anders vermerkt.

²⁸ Wiedemann-Klose, § 51 Rn. 9; Klees, § 5 Rn. 8.

²⁹ EuGH, Urt. v. 18.10.1979, 125-78, Slg. 1979, 3173, Rn. 18 – *GEMA*; Urt. v. 24.10.1996, C-91/95 P, Slg. 1996, I-5547, Rn. 29 – *Tremblay*; Urt. v. 4.3.1999, C-119/97 P, Slg. 1999, I-1341, Rn. 87 – *Ufex*; Urt. v. 17.5.2001, C-449/98, Slg. 2001, I-3875, Rn. 57 – *IECC*; BGH, Beschl. v. 14.11.1968, KVR 1/68, BGHZ 51, 61 (67) – *Taxiflug*; Beschl. v. 6.3.2001, KVZ 20/00, ZIP 2001, 807 – *Herzlinik*; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, § 54 Rn. 7 f.; Wiedemann-Klose, § 51 Rn. 9.

³⁰ Wiedemann-Klose, § 59 Rn. 9.

³¹ EuG, Urt. v. 18.9.1992, T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Rn. 85 – *Automec*; Jüntgen, S. 144.

low-on-Verfahren), an dessen tatbestandliche Feststellungen gebunden ist. Diese Erleichterung ist allerdings auf Schadensersatzansprüche beschränkt und hilft bei einem Anspruch auf Zwangslizenz nicht weiter. Es erscheint vor diesem Hintergrund allenfalls zweckmäßig, das kartellrechtswidrige Verhalten mittels einer Beschwerde bei den zuständigen Wettbewerbsbehörden zu rügen. Ein der gerichtlichen Durchsetzung vorgeschaltetes behördliches Verfahren ist hingegen wenig sinnvoll und kostet wertvolle Zeit.³²

Die Untersuchung geht außerdem nicht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen ein erteiltes Patent durch Einspruch nach § 59 PatG und im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens nach §§ 81 ff. PatG, Art. 138 Abs. 1 EPÜ angegriffen werden kann und ein Lizenzinteressent die Erfindung im Erfolgsfall frei nutzen darf. Es ergeben sich diesbezüglich keine Besonderheiten, sodass auf eine nähere Darstellung verzichtet werden kann.

Schließlich wird nicht untersucht, welche ökonomischen Auswirkungen kartellrechtliche Zwangslizenzen entfalten und ob deren Gewährung vor diesem Hintergrund wünschenswert erscheint.³³

D. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt mit einer Darstellung der für das Verständnis erforderlichen Grundlagen im zweiten Teil. Es wird dargestellt, unter welchen Umständen Patent- und Kartellrecht in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen und die kartellrechtliche Zwangslizenz als Instrument der Konfliktlösung dienen kann. Danach wird erörtert, welche Normen als Anspruchsgrundlage für die Gewährung einer solchen Nutzungserlaubnis in Betracht kommen.

Im dritten Teil werden die Voraussetzungen für einen Zwangslizenzanspruch auf der Grundlage der europäischen und nationalen Entscheidungspraxis herausgear-

³² *Kellenter*, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (204).

³³ Vgl. dazu *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, S. 74 ff.; ders., GRURInt 2008, 484 (486) m.w.N.; *Fox*, in: Ehlermann/Atanasiu, European Competition Law Annual 2005, 633 ff.; *Gilbert/Shapiro*, Proc. Natl. Acad. Sci. 93, 12749; *Fox*, in: Ehlermann/Atanasiu, European Competition Law Annual 2005, 633 ff.

beitet. Der Aufbau orientiert sich an Verhaltensweisen des Patentinhabers, die als Anknüpfungspunkt für einen Missbrauch in Betracht kommen: Generelle Lizenzverweigerung, missbräuchliche Lizenzierungspraxis, Abbruch einer Lizenzierung und Missachtung einer FRAND-Lizenzierungserklärung.

Gegenstand des vierten Teils sind die Rechtsfolgen, die sich aus dem Anspruch auf Zwangslizenz ergeben. Im Mittelpunkt steht dabei die inhaltliche Ausgestaltung der erzwungenen Nutzungserlaubnis sowie die Bestimmung der jeweils angemessenen Lizenzbedingungen insbesondere der Gebührenhöhe.

Der fünfte Teil beschäftigt sich mit der Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands gegenüber gerichtlich geltend gemachten patentrechtlichen Verletzungsansprüchen unter besonderer Berücksichtigung der BGH-Entscheidung *Orange-Book-Standard* aus dem Jahre 2009.³⁴ An die Darstellung der sich daraus für die Rechtspraxis ergebenden Folgen schließt sich eine kritische Bewertung des Einwands als Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung an.

Der sechste Teil stellt als Alternative zum Zwangslizenzeinwand die aktive Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs vor. Es werden die dabei auftretenden Schwierigkeiten des Lizenzinteressenten herausgearbeitet und Lösungswege unter Ausschöpfung prozessualer wie materiellrechtlicher Möglichkeiten aufgezeigt. Im Anschluss wird die Geltendmachung des Anspruchs im Hauptsacheverfahren sowie im einstweiligen Rechtsschutz erörtert.

Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse im siebten Teil.

³⁴ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*.

Teil II

Grundlagen

Zum besseren Verständnis der weiteren Untersuchung werden zunächst die Zielsetzung und die Funktionsweise von Patent- und Kartellrecht erläutert sowie das Instrument der kartellrechtlichen Zwangslizenz vorgestellt. Des Weiteren wird erörtert, welche Vorschriften des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts als Anspruchsgrundlage für eine Zwangslizenz in Betracht kommen.

A. Zwangslizenz als Instrument der Konfliktlösung im Spannungsverhältnis zwischen Patent- und Kartellrecht

Bei erster Betrachtung scheinen Patent- und Kartellrecht einen unversöhnlichen Gegensatz zu bilden. Während das Patent dem Inhaber die alleinige Nutzungsmöglichkeit seiner Erfindung garantiert und auf diese Weise ein „Monopol“, also den Ausschluss jeglichen Wettbewerbs, begründet, hat sich das Kartellrecht gerade dem Schutz des Wettbewerbs verschrieben. In dem nachfolgenden Abschnitt wird dargestellt, dass die Rechtsgebiete tatsächlich einen gemeinsamen Zweck verfolgen, und sich lediglich in der Art der Mittel unterscheiden. Nur in Ausnahmefällen kommt es zwischen den Rechtsgebieten zu einem Konflikt, der mittels einer kartellrechtlichen Zwangslizenz aufzulösen ist.

I. Funktionsweise und Zielsetzung des Patentrechts

Die maßgeblichen Regelungen zum Patentrecht finden sich auf nationaler Ebene im Patentgesetz (PatG) sowie auf internationaler Ebene im Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (EPÜ). Der Patentschutz folgt dem Territorialitätsprinzip, d.h. dass die Wirkung eines Schutzrechts immer auf ein bestimmtes Hoheitsgebiet beschränkt ist.³⁵ Das europäische Patent ermöglicht durch Anmeldung beim Europäischen Patentamt in München, Art. 6 EPÜ, ein Patentbündel zu

³⁵ *Osterrieth*, § 15 Rn. 44.

erhalten, das, abhängig vom Inhalt der Anmeldung, gleichzeitig in mehreren Vertragsstaaten wirksam ist, Art. 64 EPÜ. Die Rechte aus diesem Patent, insbesondere bei einer Verletzung, richten sich allerdings nach den jeweiligen einzelstaatlichen Regelungen, Art. 64 Abs. 1, 3 EPÜ, sodass auch für das europäische Patent die nationalen Regelungen des PatG maßgeblich sind. Ein Gemeinschaftspatent, das in der gesamten Europäischen Union wirksam ist und auf einer gemeinsamen rechtlichen Grundlage beruht, gibt es bislang nicht. Nach den Regelungen zur Gemeinschaftsmarke und dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster wird allerdings eine weitere Harmonisierung gewerblicher Schutzrechte angestrebt.³⁶ Zuletzt einigte sich der EU-Ministerrat am 4.12.2009 auf wesentliche Elemente eines EU-Patents. Mit dem Inkrafttreten einer entsprechenden Regelung kann allerdings erst in einigen Jahren gerechnet werden.³⁷

Patente werden für Erfindungen erteilt, die neu und gewerblich anwendbar sind und auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen, § 1 Abs. 1 PatG. Unter einer Erfindung versteht man eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur unmittelbaren Erreichung eines kausal übersehbaren technischen Erfolges.³⁸ Neu ist diese, wenn sie nicht zum Stand der Technik gehört, § 3 Abs. 1 S. 1 PatG. Das Merkmal einer erfinderischen Tätigkeit verlangt, dass die Erfindung über das hinausgeht, was sich für einen Fachmann in naheliegender Weise aus dem Stand der Technik ergibt, § 4 S. 1 PatG. Nur eine solche geistig-schöpferische Leistung soll schutzfähig sein, während eine bloß routinemäßige Weiterentwicklung patentfrei bleibt.³⁹ Die Erteilung des Patents gemäß § 49 Abs. 1 PatG setzt des Weiteren eine formgerechte Patentanmeldung voraus, die in §§ 34 ff. PatG geregelt ist, und insbesondere verlangt, die Erfindung so deutlich zu offenbaren, dass ein Durchschnittsfachmann sie auf dieser Grundlage selbstständig

³⁶ Vgl. die Verordnung (EG) 40/94 über die Gemeinschaftsmarke sowie die Verordnung (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.

³⁷ *Haberl/Schallmoser*, GRUR-Prax 2010, 23.

³⁸ BGH, Beschl. v. 27.3.1969, X ZB 15/67, BGHZ 52, 74 (79) – *Rote Taube*; Beschl. v. 22.6.1976, X ZB 23/74, BGHZ 67, 22 (32) – *Dispositionsprogramm*; Beschl. v. 1.7.1976, X ZB 10/74, GRUR 1977, 152 – *Kennungscheibe*; Benkard-Bacher/Melullis, § 1 Rn. 43; Mes, § 1 Rn. 9.

³⁹ BGH, Urt. v. 25.9.1953, I ZR 73/52, GRUR 1954, 107 (110) – *Mehrfachschelle*; EPA, Ent. v. 25.2.1985, T 106/84, GRURInt 1985, 580 (582); Benkard-Asendorff/Schmidt, § 4 Rn. 1.

ausführen kann, § 34 Abs. 4 PatG. Das Patent gewährt, nach Veröffentlichung seiner Erteilung, § 58 Abs. 1 S. 3 PatG, für regelmäßig 20 Jahre ab Anmeldedatum eine ausschließliche Rechtsposition, § 16 Abs. 1 S. 1 PatG. Allein der Inhaber ist befugt, die Erfindung im Rahmen des geltenden Rechts zu benutzen, § 9 Abs. 1 S. 1 PatG, und kann gegen jede Verletzung seines Patents mit der Geltendmachung von Schutzansprüchen reagieren, insbesondere Unterlassung und Schadensersatz verlangen, §§ 139 ff. PatG. Über die wirtschaftliche Verwertung seiner Erfindung kann der Inhaber frei entscheiden und neben oder anstelle einer Eigennutzung auch Lizenzen an Dritte vergeben, § 15 Abs. 2 PatG.⁴⁰

Die privilegierte Rechtsstellung des Patentinhabers ist seit den Anfängen des Patentschutzes einem erheblichen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt.⁴¹ In diesem Zusammenhang werden verschiedene sich gegenseitig ergänzende Ansätze diskutiert. So soll mit der Gewährung des Patentschutzes insbesondere die erfinderische Tätigkeit belohnt und die Offenbarung neuer Erkenntnisse gefördert werden. Die Aussicht auf ein Patent sei außerdem ein Ansporn für weitere Erfindungen.⁴² Besonders unter dem Einfluss von rechtsökonomischen Betrachtungen hat sich in der jüngeren Vergangenheit der Schwerpunkt auf Anspornungs- und Anreizgesichtspunkte verlagert.⁴³ Die Ausschließlichkeitsposition soll den Inhaber in die Lage versetzen, einen suprakompetitiven Gewinn zu erzielen.⁴⁴ Dieser entsteht, abgesehen von einer Lizenzerteilung, regelmäßig dadurch, dass das Patent Eingang in eine Ware oder Dienstleistung (Produkt) findet, und anschließend vermarktet wird.⁴⁵ Wegen der Produktverbesserung kann auf dem Markt ein Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern erzielt und auf diese Weise ein Lohn für die Bemühungen kassiert werden.⁴⁶

⁴⁰ Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 56; Osterrieth, Rn. 310.

⁴¹ Ann, GRURInt 2004, 597; Heinz, Mitt. 1994, 1 (2 ff.); Kunczik, GRUR 2003, 845 (846); Säger, GRUR 1991, 267; Schulte, GRUR 1985, 772; Osterrieth, Rn. 1 ff.

⁴² Benkard-Rogge, Einleitung Rn. 1; Machlup, S. 21 ff.; Meinberg, S. 8 ff.; Beier, GRUR 1977, 282 (283).

⁴³ Bechtold, GRURInt 2008, 484 (485) m.w.N.

⁴⁴ EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235; Bartmann, S. 341; Beier, GRUR 1998, 185 (187 f.); Mackenrodt, in: Drexl, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 80 (85) Weck, NJOZ 2009, 1177 (1180).

⁴⁵ MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 421.

⁴⁶ MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 421; Busche, CIPReport 2009, 104 (105).

Die Aussicht auf diesen „monopolistic reward“⁴⁷ ist es, die den Schutzrechtsinhaber und seine Wettbewerber zu weiteren Innovationen antreibt und die dabei häufig anfallenden erheblichen Anfangsinvestitionen für Forschung und Entwicklung in Kauf zu nehmen hilft.⁴⁸ Eine weitere innovationsfördernde Wirkung ergibt sich unmittelbar aus der Funktionsweise des Patentschutzes. Diese schützt den jeweiligen Inhaber vor so genanntem Imitationswettbewerb, d.h. vor Produkten, die die geschützte technische Lösung schlicht kopieren.⁴⁹ Konkurrenten sind gezwungen, alternative Technologien zu entwickeln und mit diesen Substituten in Wettbewerb zum Patentinhaber zu treten. Auf diese Weise verhindert das Patentrecht einen statischen Wettbewerb und führt zu zusätzlicher Innovationstätigkeit im Rahmen eines dynamischen Wettbewerbsgeschehens.⁵⁰

II. Funktionsweise und Zielsetzung des Kartellrechts

Das Kartellrecht ist in Deutschland im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Daneben sind die europäischen Wettbewerbsregeln unmittelbar anwendbar.⁵¹ Die entsprechenden Rechtsgrundlagen finden sich seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 in den Artt. 101 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die kartellrechtlichen Vorschriften sind unverändert aus dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) übernommen worden, sodass auf Rechtsprechung und Literatur zu den Vorgängervorschriften Artt. 85 ff. EGV (bis 1997) und Artt. 81 ff. EGV uneingeschränkt zurückgegriffen werden kann.

⁴⁷ *Beier*, IIC 1999, 251 (256)

⁴⁸ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235; *Demaret*, S. 3 ff.; *Beier*, GRUR-Int 1979, 227 (234); *ders.*, IIC 1999, 251 (255f.); *Deller*, GRURInt 1967, 317 (327); *Mackenrodt*, in: Drexl, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 80 (84).

⁴⁹ *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97.

⁵⁰ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann*, § 1 Rn. 203; *Busche*, in: Kaiser, Jahrbuch der Heinrich Heine Universität Düsseldorf 2001, 345; *Conde Gallego*, in: Drexl, Research Handbook on Intellectual Property, 215 (235); *Mackenrodt*, in: Drexl, Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 80 (84).

⁵¹ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, C-234/89; 1991, I-935, Rn. 10 – *Delimitis*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Einleitung Rn. 11; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Rn. 1; *Kling/Thomas*, § 2 Rn. 1.

Das GWB und die Artt. 101 ff. AEUV verfolgen dasselbe Ziel, nämlich den Schutz eines funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerbs vor unternehmerisch veranlassten Beschränkungen oder Verfälschungen.⁵² Beschränkungen des Wettbewerbs können sich, abgesehen von staatlichen Maßnahmen, in erster Linie durch (Preis-)Absprachen, durch abgestimmte Verhaltensweisen aber auch durch einseitige Handlungen von Unternehmen ergeben.⁵³ Das Kartellrecht sieht für diese Fälle zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und bußgeldrechtliche Sanktionen vor.⁵⁴

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB, das es Unternehmen untersagt, eine marktbeherrschende Stellung in missbräuchlicher Art und Weise auszunutzen. Die Regelungen schützen sowohl die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse als auch die auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen und Verbraucher vor den einseitig schädigenden Verhaltensweisen des Marktbeherrschers.⁵⁵ Dieser Schutz ist erforderlich, da von beherrschenden Unternehmen eine besondere Gefahr für den Wettbewerb ausgeht, weil sie durch ihre Stellung die Möglichkeit haben, sich in gewissem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Kunden zu verhalten. In diesem Fall greift die dem Wettbewerb innewohnende Kontrolle nicht oder nur unzureichend.⁵⁶ Vor dem Hintergrund der erweiterten Handlungsoptionen wird marktbeherrschenden Unternehmen eine besondere Verantwortung auferlegt, durch ihr Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen.⁵⁷ Ihnen kann unter Umständen untersagt sein, was markt-

⁵² Regierungsentwurf der 2. GWB-Novelle, BT-Drucks. 6/2520, S. 34; *Lange*, Rn. 1; *Bunte*, S. 4; *Wiedemann*, § 1 Rn. 1.

⁵³ *Wiedemann*, § 1 Rn. 1.

⁵⁴ *Wiedemann*, § 1 Rn. 4.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 125 – *Hoffmann-La Roche*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 30; *Kling/Thomas*, § 5 Rn. 4.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 15.12.1994, C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Rn. 47 – *DLG*; Urt. v. 9.11.1983, 322/81, Slg. 1983, 3461, Rn. 30 – *Michelin*; *Schröter/Jakob/Mederer*, Art. 82 Rn. 72; *Bunte*, S. 276.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 9.11.1983, 322/81, Slg. 1983, 3461, Rn. 57 – *Michelin*; EuG, Slg. 1990, II-309, Rn. 23 – *Tetra Pak*; KG, Beschl. v. 12.11.1980, Kart 32/79, WuW/E OLG 2403 (2405) – *Fertigfutter*; *Kling/Thomas*, § 5 Rn. 5.

schwächere Unternehmen praktizieren dürfen.⁵⁸ Zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Missbrauchs haben sich unterschiedliche Fallgruppen herausgebildet, die in Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB nur unvollständig kodifiziert sind.⁵⁹ Allgemein durchgesetzt hat sich die Differenzierung zwischen Behinderungsmissbrauch (z.B. die Marktabschottung gegenüber Konkurrenten) und Ausbeutungsmissbrauch (z.B. das Fordern überhöhter Preise).⁶⁰ Die unterschiedliche Behandlung von Dritten ohne sachlichen Grund (Diskriminierung) kann als besonderer Fall einer Behinderung angesehen werden.⁶¹

Der Schutz des Wettbewerbs als Ziel des Kartellrechts rechtfertigt sich mit dessen allgemein anerkannten positiven Wirkungen im Hinblick auf eine bestmögliche Ressourcenallokation und die volkswirtschaftlich kostengünstigste Bereitstellung von Gütern und Leistungen.⁶² Der Wettbewerb erfüllt zugleich mehrere Funktionen: Er steuert auf der Grundlage des freien Spiels von Angebot und Nachfrage den Wirtschaftsablauf (Steuerungsfunktion) und sondert ineffiziente Unternehmen aus (Auslesefunktion); außerdem unterliegt das Verhalten des einzelnen Unternehmens seiner Kontrolle (Kontrollfunktion). Schließlich treibt wirksamer Wettbewerb Unternehmen zur ständigen Leistungsverbesserung an, wodurch innovative Produkte entwickelt oder vorhandene durch Effizienzsteigerungen zu niedrigeren Preisen angeboten werden können (Antriebssfunktion).⁶³

III. Spannungsverhältnis zwischen Patent- und Kartellrecht

Die heute vorherrschende Auffassung zum Verhältnis von Patent- und Kartellrecht geht davon aus, dass beide Rechtsgebiete sich insoweit ergänzen als sie mit unterschiedlichen Mitteln dasselbe Ziel verfolgen: die Förderung von Innovation

⁵⁸ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 25; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 1; *Wiedemann*, § 23 Rn. 1.

⁵⁹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 32; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 132 ff.

⁶⁰ *Wiedemann*, § 23 Rn. 32; *Bunte*, S. 172; *Kling/Thomas*, § 18 Rn. 213.

⁶¹ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 255; *Wiedemann*, § 23 Rn. 32.

⁶² *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 2.

⁶³ *Bechtold*, Einführung Rn. 49 f.; *Bunte*, S. 7; *Lange*, Rn. 1; *Wiedemann*, § 1 Rn. 2.

und Wettbewerb.⁶⁴ Die ausschließliche Rechtsstellung eines Patents wird nicht zum Schutz vor dem Wettbewerb erteilt, sondern gerade zur Verwirklichung desselben, indem sie dem Erfinder eine Monopolrente in Aussicht stellt und Konkurrenten zur Entwicklung von Alternativen zwingt.⁶⁵ Das Kartellrecht sorgt durch den Schutz des Wettbewerbs und seiner Teilnehmer dafür, dass sich dessen Antriebsfunktion entfalten kann und für Innovation und Effizienzsteigerungen sorgt.⁶⁶

Trotz dieses Komplementaritätsverhältnisses sind Konstellationen möglich, in denen das Ausschließlichkeitsrecht des Patentrechts mit den Regelungen des Wettbewerbsrechts in Konflikt gerät.⁶⁷ Die bloße Inhaberschaft eines Patents allein ist zwar kartellrechtlich nicht zu beanstanden.⁶⁸ Sie vermag für sich betrachtet keine marktbeherrschende Stellung zu begründen, denn über deren Entstehen entscheidet der jeweilige Markt, auf dem sich das Schutzgut regelmäßig gegenüber Konkurrenzlösungen behaupten muss.⁶⁹ Ein Patent kann aber ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung vermitteln, wenn es zu der geschützten Lehre keinen Ersatz gibt und kein wirksamer Substitutionswettbewerb stattfindet.⁷⁰ Ein solches Schlüsselpatent versetzt dessen Inhaber in die Lage, den Zugang zu denjenigen Produktmärkten zu kontrollieren, auf denen die Nutzung des Patents erforderlich

⁶⁴ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004/C 101/02, Rn. 7; *EU-Kommission*, An Industrial Property Rights Strategy for Europe 2008, S. 3; *WIPO*, Standards and Patents 2009, S. 20; Immenga/Mestmäcker-Ullrich, EG/Teil 2, GRUR A Rn. 3; *Heinemann*, S. 24 ff.; *Kallay*, S. 26; *von Bechtolsheim/Bruder*, WRP 2002, 55 (61); *Drexel*, IIC 2004, 788 (792); *ders.*, in: Ehlermann/Atanasiu, European Competition Law Annual 2005, 647 f.; *Ohly*, GRURInt 2008, 787 (793); *ders.*, in: Oberender, Wettbewerb und geistiges Eigentum, 47 (48 f.); *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (178).

⁶⁵ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann, § 1 Rn. 203; *Kraßer*, § 3 V 2; *Drexel*, IIC 2004, 788 (792).

⁶⁶ *Höppner*, GRURInt 2005, 457 (460).

⁶⁷ *Drexel*, in: Govaere/Ullrich, Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, 13 (24).

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 29.2.1968, 24/67, Slg. 1968, 55 – *Parke, Davis & Co.*; Urt. v. 11.2.1971, 40/70, Slg. 1971, 69 – *Sirena*; Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 46 – *Magill*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 246; *Heinemann*, S. 167; *ders.*, GRUR 2006, 705 (706); *Busche*, CIPReport 2009, 104 (105).

⁶⁹ *Ullrich*, GRURInt 1996, 555 (566).

⁷⁰ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 47.

ist.⁷¹ Mit dieser Kontrolle geht die Möglichkeit einer einseitigen Einflussnahme auf das Wettbewerbsgeschehen einher. Der Patentinhaber kann den Zugang zu einem nachgelagerten Markt verhindern und damit Lizenzinteressenten behindern, er kann unangemessene Gebührenforderungen oder andere Bedingungen diktieren und Lizenzinteressenten willkürlich unterschiedlich behandeln. Allein in diesen besonders gelagerten Fällen erscheint es gerechtfertigt, von einem Spannungsverhältnis zwischen den Rechtsgebieten zu sprechen.⁷²

Lange Zeit war umstritten, wie ein solches Spannungsverhältnis aufzulösen sei. Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stand die Frage, ob immaterialgüterrechtlich geprägte Fallgestaltungen überhaupt anhand kartellrechtlicher Regelungen überprüft werden können. Vor dem Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidung, Immaterialgüterrechte und damit „gesetzliche Monopole“ zu schaffen, wurde das Kartellrecht in diesem Bereich teilweise für generell unanwendbar gehalten.⁷³ Auf europäischer Ebene konnte in diesem Zusammenhang auf Art. 295 EGV (nun Art. 345 AEUV) verwiesen werden, der bestimmt, dass der EG-Vertrag die mitgliedstaatlichen Eigentumsordnungen unberührt lässt. Aufgrund dieser Vorschrift wurde argumentiert, dass Immaterialgüterrechte, als geistiges Eigentum, jedenfalls nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen seien.⁷⁴ Heute ist allgemein anerkannt, dass die Rechtsgebiete gleichberechtigt nebeneinander stehen.⁷⁵ Die Verwertung eines Immaterialgüterrechts ist an kartellrechtlichen Vorschriften zu messen und kann insbesondere den Vorwurf eines Missbrauchs begründen.⁷⁶ In Rechtsprechung und Literatur ist mittlerweile ebenso anerkannt, dass sich als

⁷¹ *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (180).

⁷² *Immenga/Mestmäcker-Ullrich*, EG/Teil 2, GRUR A Rn. 2; *Osterrieth*, Rn. 327; *Schmidt*, S. 3; *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97; *Stirnimann/Weber*, sic 2007, 85.

⁷³ *Beier*, in: Westermann/Rosener, FS Quack, 15ff.; *Miller*, E.I.P.R. 1994, 10, 415 (417 ff.).

⁷⁴ *Miller*, E.I.P.R. 1994, 10, 415 (416); *Myrick*, E.I.P.R. 1992, 14 (9), 298 (300).

⁷⁵ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann*, § 1 Rn. 204; *Wielsch*, S. 173; *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 (648); *Jung*, ZWeR 2004, 379 (383).

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 ff. – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72 ff.) – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (314 ff.) – *Orange-Book-Standard*; *Osterrieth*, Rn. 327.

Rechtsfolge in einem solchen Fall ein Anspruch auf Zwangslizenz ergeben kann.⁷⁷ Das Instrument der Zwangslizenz erscheint für wettbewerbsrechtlich gebotene Einschränkungen des Immaterialgüterschutzes im Einzelfall und damit als „Ventil für die durch das Ausschließlichkeitsrecht hervorgerufenen Spannungen als besonders geeignet“.⁷⁸

B. Anspruchsgrundlagen für eine kartellrechtliche Zwangslizenz

Als Anspruchsgrundlagen für eine kartellrechtliche Zwangslizenz kommen die Missbrauchstatbestände im europäischen und deutschen Recht sowie die Vorschrift des § 33 GWB in Betracht, die die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot regelt.

I. Art. 102 AEUV

Das europäische Missbrauchsverbot ist in Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) normiert. Es entfaltet zwischen Privaten unmittelbare Wirkung und gewährt im Falle eines Verstoßes subjektive Rechte.⁷⁹ Das bedeutet, dass sich jedes betroffene Unternehmen vor nationalen Gerichten auf ein vermeintlich missbräuchliches Verhalten berufen kann.⁸⁰ Nach Art. 102 Abs. 1 AEUV ist allgemein die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Diese Generalklausel wird in Abs. 2 durch nicht abschließende Regelbeispiele ergänzt.⁸¹ Insbesondere ist es gemäß Art. 102

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 ff. – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72 ff.) – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (314 ff.) – *Orange-Book-Standard*; Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 56 ff.; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (688).

⁷⁸ *Jung*, ZWeR 2004, 379 (383).

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 30.1.1974, 127/73, Slg. 1974, 51, Rn. 16 – *BRT/SABAM*; Urt. v. 18.3.1997, C-282/95 P, Slg. 1997, I-1503, Rn. 39 – *Guérin automobiles*; Urt. v. 20.9.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-06297 Rn. 23 – *Courage/Crehan*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 1.

⁸⁰ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 4.

⁸¹ EuGH, 21.2.1973, 6-72, Slg. 1973, 215 – *Continental Can*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 130.

Abs. 2 lit. a) AEUV untersagt, unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen (Ausbeutungsmissbrauch), Abs. 2 lit. b) verbietet dem marktbeherrschenden Unternehmen die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher und Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV wendet sich gegen die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Handelspartnern (Diskriminierungsverbot). Insbesondere in Fällen des Behinderungsmissbrauchs, also bei ungerechtfertigter Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit anderer Unternehmen durch den Normadressaten, wird auf die Generalklausel zurückgegriffen und werden die Regelbeispiele nur noch zur Auslegung herangezogen.⁸²

Diese Vorgehensweise setzt sich in Bezug auf den Anspruch auf Zwangslizenz fort. Insbesondere in Fällen einer generellen Lizenzverweigerung als Unterfall einer Behinderung sowie dem Abbruch einer bestehenden Lizenzierung greift unmittelbar Art. 102 Abs. 1 AEUV.⁸³ Die Regelbeispiele sind allerdings dann heranzuziehen, wenn ein Ausbeutungsmissbrauch beispielsweise durch die Forderung überhöhter Lizenzgebühren in Betracht kommt, Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV, oder eine Diskriminierung von Lizenznehmern vorliegt, Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV.

Die Anwendung des Art. 102 AEUV insgesamt setzt voraus, dass ein Verhalten vorliegt, das geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel).⁸⁴ Zu der Frage, wann ein zwischenstaatlicher Sachverhalt im Einzelfall vorliegt, hat sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelt;⁸⁵ daneben hat die Kommission entsprechende Leitlinien erlassen.⁸⁶ Danach gelangt europäisches Wettbewerbsrecht jedenfalls dann zur Anwendung, wenn ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens unmittelbar mehrere Mitgliedsstaaten

⁸² Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 130.

⁸³ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*; EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft*.

⁸⁴ EuGH, Urt. v. 31.5.1979, 22/78, Slg. 1979, 1869, Rn. 17 – *Hugin*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 60; *Lettl*, § 7 Rn. 1.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 13.7.1966, 56/64, Slg. 1966, 322 (389) – *Consten/Grundig*; Urt. v. 5.10.1988, 247/86, Slg. 1988, 5987, Rn. 11 – *Asatel*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 60 ff. m.w.N.

⁸⁶ *EU-Kommission*, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004, Nr. C 101/81.

berührt.⁸⁷ In einem solchen Fall sind europäisches- und deutsches Kartellrecht von Gerichten und Wettbewerbsbehörden nebeneinander anzuwenden, Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 (EG) und § 22 Abs. 1 und 3 GWB (System der dezentralen und parallelen Entscheidungskompetenz).⁸⁸ Ist das Kriterium der Zwischenstaatlichkeit nicht erfüllt gelten nur die nationalen Vorschriften.⁸⁹

In Bezug auf eine Lizenzverweigerung ist zu unterscheiden. Wird eine Lizenz für eine Erfindung verweigert, die in mehreren Mitgliedsländern patentrechtlichen Schutz genießt und damit auch der Zugang zu mehreren nationalen Märkten versperrt, ist das Verhalten in der Regel geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Es sind aber auch Sachverhaltskonstellationen denkbar, in denen die Nutzung eines nur in Deutschland wirkenden Schutzrechts verhindert wird, und sich dieses Verhalten ausschließlich innerhalb des Bundesgebietes auswirkt, weil nur dort ein bestimmtes geschütztes Produkt nachgefragt wird. In einem solchen Fall gelangt allein nationales Kartellrecht zur Anwendung.⁹⁰

II. §§ 19, 20 GWB

Das Missbrauchsverbot ist im deutschen Recht in den §§ 19, 20 GWB geregelt. Im Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht ist allerdings nicht ganz unproblematisch, ob sich aus dem Verstoß gegen die genannten Vorschriften überhaupt ein Anspruch auf Zwangslizenz ableiten lässt.

1. Zwangslizenz als mögliche Rechtsfolge nach GWB

Entsprechende Bedenken könnten sich zunächst daraus ergeben, dass das Patentrecht in § 24 PatG bereits eine ausdrückliche Regelung zu einer Zwangslizenz

⁸⁷ *EU-Kommission*, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004, Nr. C 101/81, Rn. 75.

⁸⁸ *Immenga/Mestmäcker-Rehbinder*, GWB, § 22 Rn. 4; *Kling/Thomas*, § 3 Rn. 1 ff.

⁸⁹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Einl. Rn. 25 f.; *Immenga/Mestmäcker*, EG/Teil 1, Einl. 21 ff.

⁹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*, in dem das in Streit stehende Patent erforderlich war, um den Spezifikationen des deutschen Verbandes der chemischen Industrie für ein Industriefass zu genügen, siehe auch nachfolgend unter 3. Teil B. I. 1. b), S. 80.

enthält. Vor diesem Hintergrund wird vertreten, dass neben dieser Spezialvorschrift kein Raum für eine erzwungene Lizenz auf anderer Grundlage sei.⁹¹ Dieser Ansicht ist der BGH in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur zu Recht entgegengetreten.⁹² Eine verdrängende Spezialität gegenüber einer anderen Norm liegt vor, wenn die speziellere Vorschrift alle Tatbestandsmerkmale der allgemeinen enthält und diese um weitere Voraussetzungen ergänzt, oder zum Ausdruck gebracht wird, dass es sich um eine abschließende Regelung handelt, die Sperrwirkung für andere Fälle entfalten soll.⁹³

Beide Alternativen liegen in Bezug auf die Regelung des § 24 PatG nicht vor. Weder lässt die Formulierung der Vorschrift den Schluss zu, dass wettbewerbsrechtliche Zwangslizenzen ausgeschlossen sein sollen, noch enthält § 24 PatG die Tatbestandsvoraussetzungen einer kartellrechtlichen Zwangslizenz. Eine patentrechtliche Zwangslizenz kann erteilt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, wobei technische, wirtschaftliche oder sozialpolitische Erwägungen eine Rolle spielen können, § 24 Abs. 1 Nr. 2 PatG.⁹⁴ Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als Voraussetzung einer kartellrechtlichen Zwangslizenz ist dazu weder erforderlich noch hinreichend. Dies findet seine Bestätigung in der Spezialvorschrift des § 24 Abs. 4 PatG, die nur ausnahmsweise für den Fall einer patentrechtlichen Zwangslizenz auf dem Gebiet der Halbleitertechnik verlangt, dass zuvor ein wettbewerbsrechtlich zu beanstandendes Verhalten festgestellt wurde.⁹⁵

Es stellt sich im Anschluss die Frage, welche Regelungen innerhalb des nationalen Missbrauchsverbots nach §§ 19, 20 GWB als Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen. Eine Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als Spezialregelung für den

⁹¹ Gemeinschaftskommentar-*Knöpfle/Leo*, § 19 Rn. 2466.

⁹² BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; Benkard-Rogge, § 24 Rn. 19 (anders noch Vorauflage); *Mes*, § 24 Rn. 42; Schulte-Kühnen, § 24 Rn. 45; *Kraßer*, § 34 IV a); *Maume*, Rn. 19 f.; *Bartenbach/Jung/Fock*, Mitt. 2006, 165 (168); *Busche*, in: Kaiser, Jahrbuch der Heinrich Heine Universität Düsseldorf 2001, 345 (352); *Götting*, LMK 2004, 226 (227); *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (201).

⁹³ *Schmalz*, Rn. 78 f.; *Zippelius*, S. 35 f.

⁹⁴ Benkard-Rogge, § 24 Rn. 14 ff.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; Benkard-Rogge, § 24 Rn. 26.

Zugang zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen scheidet nach zutreffender Auffassung aus.⁹⁶ Zunächst werden Immaterialgüterrechte vom Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich nicht erfasst, da diese nicht als Infrastruktureinrichtungen angesehen werden können.⁹⁷ Darüber hinaus streitet gegen die Anwendung ein historisches Argument. Im Gesetzgebungsverfahren ist auf Initiative des Bundesrates der Begriff „wesentliche Einrichtung“ durch „andere Infrastruktureinrichtungen“ ersetzt worden. Der Tatbestand sollte gerade keinen Anspruch auf die Gewährung fremder Immaterialgüterrechte einräumen.⁹⁸ In Anbetracht der bewussten gesetzgeberischen Entscheidung bleibt auch kein Raum für eine analoge Anwendung der Vorschrift, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.

Aus der Entscheidung des Gesetzgebers in Bezug auf den Spezialtatbestand in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB lässt sich allerdings kein generelles Verbot einer Zwangslizenz entnehmen.⁹⁹ Ein Rückgriff auf die übrigen Missbrauchsvorschriften der §§ 19, 20 GWB bleibt möglich, da Abs. 4 lediglich Regelbeispiele normiert und keinen abschließenden Katalog bildet.¹⁰⁰ Dies entspricht sowohl der Entscheidungspraxis der Gerichte als auch der Literaturauffassung, die europäische und nationale Vorschriften nebeneinander heranziehen und – abgesehen von der Frage der Anwendbarkeit europäischen Wettbewerbsrechts – von identischen Voraussetzungen ausgehen.¹⁰¹

⁹⁶ *Bechtold*, § 19 Rn. 97; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 90; *Immenga-Mestmäcker-Möschel*, § 19 Rn. 219; *Busche*, in: Keller et al., FS Tilmann, 645 (653); *Kübel*, S. 256; *Kühnen/Geschke*, Rn. 540; *Busche*, CIPReport 2009, 104 (106); *Hartmann-Rüppel*, World Intellectual Property Report 2007, 35 (37); *Müller/Rodenhausen*, E.C.L.R. 2008, 29 (5), 310 (329); *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (317); a.A. *Maaßen*, Rn. 568 ff., *von Bechtolsheim/Bruder*, WRP 2002, 55 (59).

⁹⁷ *Jung*, ZWeR 2004, 379 (390).

⁹⁸ BT-Drucks. 13/9720, S. 79.

⁹⁹ *Hartmann-Rüppel*, World Intellectual Property Report 2007, 35 (37); *Jung*, ZWeR 2004, 379 (390); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (691).

¹⁰⁰ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, § 19 Rn. 219; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 90.

¹⁰¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O508/05, InstGE 7, 70 (74) – *Videosignal-Codierung I*; *Kraßer*, § 42 B; *Heinemann*, S. 171; *Meinberg*, S. 80; *von Bechtolsheim/Bruder*, WRP 2002, 55 (62); *Böttger*, GRURInt 2008, 881 (888); *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (318); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (691) a.A. *Busche*, CIPReport 2009, 104 (106); *Busche*, in: Keller et al., FS Tilmann, 645 (654 f.).

2. Differenzierung nach Missbrauchsarten

Die Regelung des deutschen Missbrauchsverbots weist nicht nur in inhaltlicher Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die Normstruktur gewisse Ähnlichkeiten zu seinem europäischen Pendant auf. So verbietet § 19 Abs. 1 GWB wie Art. 102 Abs. 1 AEUV als Generalklausel den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine Aufzählung von Regelbeispielen findet sich in § 19 Abs. 4 GWB. Danach ist es einem Normadressaten insbesondere untersagt, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlichen Grund zu beeinträchtigen, § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (Behinderungsmissbrauch) und Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen zu fordern, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten, § 19 Abs. 4 Nr. 2 (Ausbeutungsmissbrauch). Daneben verbietet § 20 Abs. 1 GWB die Diskriminierung anderer Unternehmen.

In Fällen der generellen Lizenzverweigerung erscheint zunächst die Anwendung des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB als Kodifizierung des Behinderungsmissbrauchs naheliegend. Denn durch die Verweigerungshaltung ist eine Nutzung des Patents unmöglich und werden die Wettbewerbsmöglichkeiten des Lizenzinteressenten jedenfalls eingeschränkt. Liegen die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift vor, also eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs in erheblicher Weise ohne sachliche Rechtfertigung, so könnte ein Missbrauch unmittelbar bejaht werden. Die genannten Tatbestandsmerkmale reichen jedoch nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtssprechung nicht aus, um im Fall einer generellen Lizenzverweigerung einen Missbrauch zu begründen. Vielmehr müssen dazu „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, deren Gestalt von den Gemeinschaftsgerichten näher präzisiert wurde und die sich in § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB nicht wiederfinden.¹⁰² Die Heranziehung des Regelbeispiels trägt daher in diesem Fall nichts zur Präzisierung des Missbrauchstatbestands bei. Vielmehr ist auf die Generalklausel des § 19 Abs. 1 GWB unter Berücksichtigung der genannten Rechtssprechung, zurückzugreifen.¹⁰³ Gleiches

¹⁰² Siehe nachfolgend unter 3. Teil A., S. 32 ff.

¹⁰³ Immenga/Mestmäcker-Möschel, GWB, § 19 Rn. 219; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting, § 19 Rn. 90; Meinberg, S. 80; Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683 (691); kritisch Busche CIPReport 2009; 104 (106).

gilt für den Fall eines Lizenzierungsabbruchs.¹⁰⁴ Anders gestaltet sich die Situation, wenn eine ungerechtfertigte Diskriminierung oder Ausbeutung seitens des Patentinhabers in Betracht kommt. Insoweit kann auf die spezielleren Tatbestände in § 20 Abs. 1 2. Alt. GWB und § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB rekuriert werden.¹⁰⁵

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es in Bezug auf die normative Anknüpfung für eine Zwangslizenz zu einem Gleichlauf von europäischem wie deutschem Kartellrecht kommt. Im Falle einer generellen Lizenzverweigerung sowie eines Lizenzabbruches ist auf die Generalklausel in Art. 102 Abs. 1 AEUV bzw. § 19 Abs. 1 GWB abzustellen, während im Übrigen auf die jeweiligen Regelbeispiele zurückgegriffen werden kann.

III. § 33 GWB

Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB können für sich allein noch keine Anspruchsgrundlage für eine Zwangslizenz darstellen, da sie zwar das Missbrauchsverbot enthalten, es aber an einer darüber hinausgehenden Rechtsfolgenanordnung fehlt. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das GWB sowie gegen Artt. 81 und 82 EGV (nun Art. 101, 102 AEUV) ergeben sich seit der 7. GWB-Novelle im Jahre 2005 einheitlich aus § 33 GWB.¹⁰⁶ Nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB kann jeder, der durch einen Wettbewerbsverstoß betroffen ist, Beseitigung und Unterlassung der Beeinträchtigung verlangen. Zudem besteht im Falle eines schuldhaften Verstoßes eine Schadensersatzpflicht, § 33 Abs. 3 S. 1 GWB.

1. Normative Anknüpfung eines Lizenzierungsanspruchs

Es stellt sich die Frage, welcher der genannten Ansprüche als Grundlage für eine Zwangslizenz in Betracht kommt. Die Pflicht zur Erteilung einer Lizenz ist eine besondere Form des Kontrahierungszwangs, also einer Verpflichtung zum Vertrags-

¹⁰⁴ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 20 Rn. 91.

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O508/05, InstGE 7, 70 (74) – *Videosignal-Codierung I*; Immenga/*Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20 Rn. 171; *Kübel*, S. 259; *Kühnen/Geschke*, Rn. 541.

¹⁰⁶ *Bechtold*, § 33 Rn. 2; Immenga/*Mestmäcker-Emmerich*, GWB, § 33 Rn. 20.

schluss.¹⁰⁷ Der BGH hat in einer Reihe von kartellrechtlichen Entscheidungen angenommen, dass sich eine solche Rechtsfolge aus einem verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB ergeben kann.¹⁰⁸ Es finden sich allerdings auch höchstrichterliche und instanzgerichtliche Urteile, die in dieser Frage auf einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch zurückgreifen.¹⁰⁹ In diese Rechtsprechung fügt sich die Entscheidung des BGH in der Sache *Orange-Book-Standard* ein, die einen möglichen Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz ausdrücklich auf § 33 Abs. 1 GWB gründet.¹¹⁰ Das Schrifttum tendiert ebenfalls ganz überwiegend zu einem auf Vertragsschluss gerichteten Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch.¹¹¹

Letztgenannter Auffassung ist zuzustimmen. Gegen die Einordnung als Schadensersatzanspruch spricht zunächst, dass dadurch in der Vergangenheit erlittene Vermögensnachteile ausgeglichen werden sollen (Kompensationszweck).¹¹² Darauf kommt es demjenigen, der einen Vertragsschluss begehrt, allerdings nicht an. Vielmehr stellt eine rechtswidrige Verweigerung eines Vertragsschlusses eine andauernde Beeinträchtigung der gesetzlich ausgeformten Wettbewerbsfreiheit dar, die für die Zukunft unterbunden werden soll.¹¹³ Dies entspricht einem Anspruch auf Un-

¹⁰⁷ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 102; siehe nachfolgend unter 4. Teil B., S. 133 ff.

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 26.10.1961, KZR 1/61, GRUR 1962, 263 (267) – *Gummistrümpfe*; Urt. v. 9.11.1967, KZR 7/66, NJW 1968, 400 – *Jägermeister*; Urt. v. 26.10.1972, KZR 54/71, NJW 1973, 280 (282) – *Registrierkassen*; Urt. v. 20.11.1975, KZR 1/75, NJW 1976, 801 (804) – *Rossignol*; Urt. v. 12.5.1998, KZR 23-96, NJW-RR 1998, 189 (190) – *Depotkosmetik*.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 25.2.1959, KZR 2/58, GRUR 1959, 340 (342) – *Sanifa*; Urt. v. 13.11.1990, KZR 25/89, WuW/E BGH 2683 (2687) – *Zuckerrübenanlieferungsrecht*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.9.1985, U (Kart) 1/82, WuW/E OLG 3708 (3713) – *Taxizentrale Essen*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 8.11.1978, 6 U 192/77 Kart, WuW/E OLG 2085 (2091) – *Multiplex*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.3.1980, 6 U 223/77 (Kart), WuW/E OLG 2217 (2223) – *Allkauf-SABA*.

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (315) – *Orange-Book-Standard*.

¹¹¹ *Bechtold*, § 33 Rn. 15; Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 102; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder, § 33 Rn. 44; Palandt-*Ellenberger*, Einf v § 145 Rn. 9; *Staudinger-Bork*, Vorbem. zu §§ 145-156, Rn. 20; *Böck*, S. 147; *Busche*, S. 396 ff.; *Vjkydal*, S. 216 ff.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (13); *Kilian*, AcP 180 (180), 47 (82); a.A. MüKoBGB-Kramer, Vor § 145 Rn. 15; *Belke*, S. 426; *Nipperdey*, S. 98 f.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (13), die einen verschuldensunabhängigen „positiven Handlungsanspruch auf Naturalprästation“ vertreten.

¹¹² MüKoBGB-*Grundmann*, § 276 Rn. 7.

¹¹³ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder, § 33 Rn. 44; *Belke*, S. 423; *Busche*, S. 398.

terlassung und Beseitigung, der auf die Verhinderung künftiger Beeinträchtigungen gerichtet ist.¹¹⁴

Durch die Annahme eines Kontrahierungszwangs wird auch nicht die Grenze dessen überschritten, was im Rahmen einer Beseitigung verlangt werden kann. Der Umfang eines Beseitigungsanspruchs ist zwar in seinen Einzelheiten umstritten.¹¹⁵ Allerdings kann von dem Schuldner eines solchen Anspruchs jedenfalls der *actus contrarius* seines rechtswidrigen Verhaltens verlangt werden, d.h., dass er den Erfolg seiner Tätigkeit rückgängig machen und den Eintritt weiterer Beeinträchtigungen für die Zukunft verhindern muss.¹¹⁶ Im Fall einer Lizenzverweigerung kann dies nur dergestalt geschehen, dass der Rechtsinhaber seine Verweigerungshaltung aufgibt und darüber hinaus einen entsprechenden Vertrag abschließt. Einer Differenzierung zwischen Unterlassung und Beseitigung bedarf es insoweit nicht. Im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs ist nicht nur bloße Untätigkeit geschuldet, sondern auch ein Verhalten, das den Eintritt der drohenden Beeinträchtigung verhindert.¹¹⁷ Die Ansprüche decken sich inhaltlich, wenn die Nichtbeseitigung – hier die fortbestehende Weigerung eines Vertragsschlusses – gleichbedeutend ist mit der Fortsetzung der Beeinträchtigungshandlung.¹¹⁸

Für die Begründung einer Kontrahierungspflicht aus einem Beseitigungsanspruch spricht schließlich das Fehlen eines Verschuldenserfordernisses. Anknüpfungspunkt für die hier in Rede stehende Haftung ist ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften, der für die Zukunft durch die Anordnung eines Vertrages abgestellt werden soll. Die Feststellung eines Wettbewerbsverstößes geschieht allerdings ausschließlich anhand objektiver Kriterien.¹¹⁹ Maßgeblich sind die Auswirkungen auf

¹¹⁴ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, *GWB*, § 33 Rn. 100; *MüKoBGB-Baldus*, § 1004 Rn. 103.

¹¹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 1.12.1995, V ZR 9/94, NJW 1996, 845; *Jauernig*, § 1004 Rn. 7; *MüKoBGB-Baldus*, § 1004 Rn. 104 m.w.N.

¹¹⁶ *Jauernig*, § 1004 Rn. 7; *MüKoBGB-Baldus*, § 1004 Rn. 106; *Busche*, S. 398.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 12.12.2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035 (1037); *Palandt-Bassenge*, § 1004 Rn. 33.

¹¹⁸ *Palandt-Bassenge*, § 1004 Rn. 33.

¹¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85-76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 31; Immenga/Mestmäcker-Möschel, *EG/Teil 1*, Art. 82 Rn. 126; *Jung*, *ZWeR* 2004, 379 (392).

das Marktgeschehen und nicht die persönliche Vorwerfbarkeit auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens.¹²⁰ Subjektive Elemente der Zuwiderhandlung haben allenfalls indikative aber keine konstitutive Bedeutung.¹²¹ Die Beseitigung des objektiv rechtswidrigen Zustands kann daher nicht davon abhängen, ob sich der Schuldner schuldhaft verhält, da andernfalls – bei fehlendem Verschulden – ein Anspruch ausscheiden und der wettbewerbswidrige Zustand fortbestehen würde.¹²² Eine effektive Beseitigung eingetretener Wettbewerbsbehinderungen wäre dann nicht möglich.¹²³

2. Voraussetzungen des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs

Im Anschluss an die normative Einordnung des Anspruchs stellt sich die Frage nach den tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB.

Erforderlich ist zunächst ein objektiv rechtswidriger Kartellrechtsverstoß, der eine fortdauernde rechtswidrige Beeinträchtigung begründet.¹²⁴ Ein solcher Verstoß kann in der wettbewerbswidrigen Weigerung bestehen, einen Lizenzvertrag abzuschließen. Unter welchen Umständen das genau der Fall ist, wird im Anschluss ausführlich dargestellt.¹²⁵ Der Verstoß dauert in einer solchen Konstellation solange an, wie der kartellrechtlich gebotene Vertragsabschluss verweigert wird.

Schuldner des Anspruchs, der bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen auch als Störer bezeichnet wird, ist der Träger des Unternehmens (§ 14 BGB), innerhalb dessen der Verstoß begangen wurde.¹²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang ist

¹²⁰ Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 126; von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 161.

¹²¹ Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Art. 82 Rn. 31; von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 161.

¹²² Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.9.1985, U (Kart) 1/82, WuW/E OLG 3708 (3713) – *Taxizentrale Essen*.

¹²³ Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 231.

¹²⁴ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 100.

¹²⁵ Siehe nachfolgend unter 3. Teil, S. 30 ff.

¹²⁶ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 42; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder, § 33 Rn. 43.

das der jeweilige Patentinhaber oder der Inhaber einer ausschließlichen Lizenz.¹²⁷ Anspruchsberechtigt ist nach dem Wortlaut der Vorschrift jeder Betroffene der wettbewerbswidrigen Handlung. Betroffen ist nach § 33 Abs. 1 S. 3 GWB, wer als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt ist. Diese Legaldefinition ist weit auszulegen und erfasst alle Unternehmen im Einflussbereich eines Wettbewerbsverstoßes.¹²⁸ In Bezug auf das Missbrauchsverbot sind dies jedenfalls Wettbewerber des Normadressaten, Akteure auf Drittmärkten und Abnehmer, deren Marktchancen durch das missbräuchliche Verhalten beeinträchtigt wird.¹²⁹ Der Lizenzinteressent ist entweder (potenzieller) Wettbewerber des Patentinhabers oder auf einem anderen Markt tätig. Jedenfalls werden seine Möglichkeiten im Wettbewerb dadurch beeinträchtigt, dass er das begehrte Schutzrecht nicht nutzen kann. Er ist mithin anspruchsberechtigt.

Schließlich darf zur Beseitigung des kartellrechtswidrigen Zustands keine weniger einschneidende gleich wirksame Maßnahme als ein Kontrahierungszwang zur Verfügung stehen.¹³⁰ Im Rahmen von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen ist allgemein anerkannt, dass der Störer das Recht hat, zwischen verschiedenen geeigneten Abhilfemaßnahmen zu wählen.¹³¹ Darin kommt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck: Die Rechte des Störers sollen nicht weiter eingeschränkt werden, als dies zum Schutz des Berechtigten vor Beeinträchtigung seiner Interessen erforderlich ist.¹³² Eine Auswahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Maßnahmen steht dem Störer allerdings dann nicht zu, wenn nur eine bestimmte Handlungsalternative geeignet ist, den Nichteintritt weiterer Beeinträchtigungen zu verhin-

¹²⁷ Siehe nachfolgend unter 3. Teil A. I. 2. a) bb), S. 54 ff.

¹²⁸ *Bechtold*, § 33 Rn. 10; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, GWB, § 33 Rn. 26; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder*, § 33 Rn. 9.

¹²⁹ *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, GWB, § 33 Rn. 32; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder*, § 33 Rn. 24.

¹³⁰ *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, GWB, § 33 Rn. 100.

¹³¹ BGH, Urt. v. 17.12.1982, V ZR 55/82, NJW 1983, 751 (752); Urt. 11.11.1983, V ZR 231/82, NJW 1984, 1242 (1243); Urt. v. 23.3.1990, V ZR 58/89, NJW 1990, 2465; Urt. v. 20.11.1992, V ZR 82/91, NJW 1993, 925 (926).

¹³² BGH, Urt. v. 22.10.1976, V ZR 36/75, NJW 1977, 146; Urt. v. 12.12.2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035 (1037).

dern.¹³³ Ein solcher Fall liegt bei missbräuchlicher Lizenzverweigerung vor. Das zu missbilligende Verhalten besteht in der Weigerung, zu kartellrechtlich unbedenklichen Bedingungen eine Lizenz zu erteilen. Ausschließlich die Gewährung einer solchen als spiegelbildliches Verhalten vermag den Wettbewerbsverstoß zu beheben und einen kartellrechtskonformen Zustand herzustellen.

¹³³ BGH, Urt. v. 22.10.1976, V ZR 36/75, NJW 1977, 146; Urt. 11.11.1983, V ZR 231/82, NJW 1984, 1242 (1243); Urt. v. 12.12.2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035 (1037).

Teil III

Voraussetzungen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz, der darauf gerichtet ist, die Nutzungsmöglichkeit gegen den Willen des Patentinhabers zu erzwingen, kommt nur in Betracht, wenn die Nutzung des Schutzrechts nicht freiwillig erlaubt, sondern dessen Lizenzierung verweigert wird. Eine Verweigerung kann allerdings nicht nur dann vorliegen, wenn die Einräumung von Nutzungsrechten generell, also gegenüber jedermann, oder gegenüber einigen Interessenten versagt wird, sondern auch, wenn der Patentinhaber es ablehnt, zu bestimmten Bedingungen zu lizenzieren oder der Fortsetzung einer bestehenden Lizenzierung nicht zustimmt.

Die Entscheidung, den Abschluss eines Vertragsschlusses zu unterlassen, ist grundsätzlich zulässig. Denn die Vertragsfreiheit als wesentliches Element der Privatautonomie gewährt jedermann – und damit auch einem Patentinhaber – das Recht, darüber zu entscheiden, ob, mit wem und zu welchen Bedingungen Verträge abgeschlossen werden.¹³⁴ Davon erfasst ist auch die negative Abschlussfreiheit, also das Recht, von der Möglichkeit eines Vertragsschlusses gerade keinen Gebrauch zu machen.¹³⁵ Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Schutzrechtsinhaber ausnahmsweise zur Lizenzerteilung verpflichtet ist.¹³⁶ Denn ein Unterlassen ist nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen rechtswidrig, wenn es eine entgegenstehende Pflicht zum Handeln gibt.¹³⁷ Diese Pflicht kann sich nach ständiger Rechtsprechung

¹³⁴ BVerfG, Urt. v. 16.5.1961, 2 BvF 1/60, BVerfGE 12, 347; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 48; Palandt-*Ellenberger*, Einf v § 145; *Flume*, S. 136; *Merdzo*, ZEuS 2005, 135 (151); zum grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit siehe *Cornils*, NJW 2001, 3758 ff.

¹³⁵ *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 145-156, Rn. 14.

¹³⁶ *Merdzo*, ZEuS 2005, 135 (153).

¹³⁷ *Grabitz/Hilf-Booß*, Art. 232 EGV Rn. 16 ff.; *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 31; siehe die ausdrückliche Regelung in § 13 Abs. 1 StGB.

und einhelliger Auffassung in der Literatur aus dem wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsverbot ergeben.¹³⁸

Im Folgenden ist daher zu erörtern, unter welchen Umständen das Kartellrecht dem Patentinhaber eine Pflicht zur Lizenzerteilung auferlegt und – spiegelbildlich dazu – einem Lizenzinteressenten ein dahingehender Anspruch zusteht. Da dessen Tatbestandsmerkmale nicht kodifiziert sind, müssen sie anhand der Entscheidungspraxis von Gerichten und Wettbewerbsbehörden herausgearbeitet werden.¹³⁹ Im Anschluss an die Bestimmung der maßgeblichen Anspruchsgrundlagen aus europäischem und deutschem Recht wird nach den unterschiedlichen denkbaren Verhaltensweisen eines Patentinhabers differenziert. Neben einer generellen Verweigerung, Lizenzen zu erteilen, ist eine missbräuchliche Lizenzierungspraxis denkbar, indem insbesondere nur in diskriminierender Weise Lizenzen erteilt oder überhöhte Lizenzgebühren verlangt werden. Außerdem wird untersucht, wie der Abbruch einer bestehenden Lizenzierung zu bewerten ist. Schließlich soll die Frage behandelt werden, ob sich aus der Nichteinhaltung einer Selbstverpflichtung gegenüber einer Normungsorganisation zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen Lizenzen zu erteilen (so genannte FRAND-Erklärung), ein Anspruch auf Zwangslizenz ergeben kann.

Auf eine getrennte Darstellung von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht kann dabei verzichtet werden. Dies ist möglich, weil beide Regelungsbereiche weitgehend harmonisiert worden sind und das nationale Kartellrecht durch die 7. GWB-Novelle an das Gemeinschaftsrecht angeglichen wurde.¹⁴⁰ § 19 GWB ist

¹³⁸ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*; EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; Immengal Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 237, 246, 252; MüKoEu-Eilmannsberger, Art. 82 Rn. 344; Schulte-Kühnen, § 24 Rn. 47; Stollhoff, S. 251; Deichfuß, jurisPR-WettbR 8/2007 Anm. 6; Jaecks/Dörmer, in: FS Säcker, 97 (100); Rombach, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (314); Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683 (684); Kühnen, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (515).

¹³⁹ Im Verfahren *Magill* rügt eine Partei, dass die Voraussetzungen einer Zwangslizenz keiner ausdrücklichen Gesetzgebung entnommen werden könnten; der EuGH äußert sich in seinen Entscheidungsgründen nicht dazu, vgl. EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 77 ff. – *Magill*; Rauda, GRUR 2007, 1022.

¹⁴⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 15/3640, S. 21; Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner, Einleitung Rn. 25.

daher im Sinne der zu Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) entwickelten Grundsätze über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auszulegen.¹⁴¹ § 20 GWB enthält zwar in seinen Absätzen 2 und 4, nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003 (EG) zulässige Regelungen, die über das europäische Missbrauchsverbot hinausgehen. Genannte Sondervorschriften spielen jedoch für diese Untersuchung keine Rolle. Im Übrigen ergeben sich keine Wertungsunterschiede zum Gemeinschaftsrecht.¹⁴²

A. Generelle Lizenzverweigerung

Nachfolgend wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen die generelle Weigerung eines Patentinhabers Lizenzen zu erteilen, gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt und damit Grundlage für einen Anspruch auf Zwangslizenz sein kann.

I. Voraussetzungen der Zwangslizenz im Falle der generellen Lizenzverweigerung

Ein großer Teil der Literatur ordnet die generelle Lizenzverweigerung als einen Fall der so genannten essential-facilities-Doktrin ein, die im US-amerikanischen Rechtsraum entwickelt wurde.¹⁴³ Der Begriff beschreibt die wettbewerbsrechtliche Position, dass ein Monopolist Zugang zu seinen Einrichtungen, insbesondere Infrastruktureinrichtungen und Netzwerken, gewähren muss, um auf einem voroder nachgelagerten Markt Wettbewerb zu ermöglichen.¹⁴⁴ In Fällen der Lizenzverweigerung soll das begehrte Immaterialgüterrecht der Einrichtung entsprechen, zu der mittels einer Lizenz Zugang zu gewähren ist.¹⁴⁵ Für die Untersuchung der Voraussetzungen einer Zwangslizenz erbringt diese Einordnung jedoch keinen Er-

¹⁴¹ MüKoGWB-Säcker/Gosse/Wolf, § 19 Rn. 62.

¹⁴² MüKoGWB-Säcker/Gosse/Wolf, § 19 Rn. 62; Wiedemann, § 23 Rn. 93.

¹⁴³ Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 239 ff.; MüKoEu-Eilmannsberger, Art. 82 Rn. 332 ff.; Beckmerhagen, S. 25 ff.; Hohmann, S. 42 ff.; Tränkle, S. 5 ff.; Ensthaler/Bock, GRUR 2009, 1 ff.; Heidinger, Medien und Recht 2006, 221 ff.; Höppner, EuZW 2004, 748 ff.; Venit, in: Ehlermann/Atanasiu European Competition Law Annual 2005, 609 ff.

¹⁴⁴ Müller/Rodenhausen, E.C.L.R. 2008, 29 (5), 310.

¹⁴⁵ Ensthaler/Bock GRUR 2009, 1 (2).

kenntnisgewinn. Der Grund dafür ist, dass weder in den USA noch in Europa Einigkeit über den genauen Tatbestand einer essential-facilities-Doktrin herrscht.¹⁴⁶ Vielmehr dient der Begriff in der Literatur eher als Schlagwort für eine bestimmte Fallgruppe.¹⁴⁷ Die Gemeinschaftsgerichte erwähnen die Doktrin in den einschlägigen Entscheidungen nicht.¹⁴⁸ Unabhängig davon, ob die so genannte essential-facilities-Doktrin im Bereich der Immaterialgüterrechte überhaupt Anwendung finden kann, wird daher im Folgenden auf die Behandlung der essential-facilities-Doktrin als solche verzichtet. Vielmehr werden die Voraussetzungen eines Missbrauchs auf Grundlage von Art. 102 EGV und § 19 GWB anhand der Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden ermittelt.

1. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden

Das Schwergewicht der Entscheidungen zur Konstellation einer generellen Lizenzverweigerung liegt auf europäischer Ebene, während sie in der deutschen Entscheidungspraxis bislang kaum eine Rolle gespielt hat.

a) Europäische Entscheidungen

Die Gemeinschaftsgerichte und die Kommission haben sich bereits mehrfach mit einer kartellrechtlichen Zwangslizenz beschäftigt.¹⁴⁹ Zwar befasst sich keine der nachfolgend dargestellten Verfahren mit dem Bereich des Patentrechts. Allerdings können die enthaltenen Kriterien ohne Änderung übertragen werden. Die Gemeinschaftsgerichte gehen von einer einheitlichen wettbewerbsrechtlichen Behandlung der Immaterialgüterrechte aus und differenzieren nicht zwischen den unterschiedlichen Arten von Schutzrechten.¹⁵⁰ Ausgangspunkt für die einschlägige Entscheidungspraxis bildet allerdings ein Urteil, das gar keinen Bezug zum Immaterialgüterrecht aufweist. In der Rechtssache *Commercial Solvents* ging es um den Fall einer

¹⁴⁶ MüKoEu-*Eilmannsberger*, Art. 82 Rn. 360, 373; *Doherty*, 38 Common Market Law Review 2001, 397 (435).

¹⁴⁷ *Doherty*, 38 Common Market Law Review 2001, 397 (435); *Müller/Rodenhausen*, E.C.L.R. 2008, 29 (5), 310 (320).

¹⁴⁸ *Lampert*, NJW 1999, 2235 (2236).

¹⁴⁹ Vgl. *Schmidt*, S. 11 ff.

¹⁵⁰ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft*.

Lieferverweigerung. Der alleinige Hersteller des Rohstoffs Aminobutanol, das für die Produktion eines Tuberkuloseheilmittels erforderlich war, beschloss, seine bisherigen Abnehmer nicht mehr zu beliefern, sondern das Medikament in Zukunft selbst zu produzieren und zu vertreiben.¹⁵¹ Der EuGH betrachtete dieses Verhalten als missbräuchlich und leitete aus dem Missbrauchsverbot erstmalig die Pflicht zu einer Belieferung ab.¹⁵² Die Entscheidung ist von besonderer Bedeutung, weil diese Rechtsfolge im Anschluss auf Fälle mit immaterialgüterrechtlichem Bezug übertragen wurde. An die Stelle einer Belieferungspflicht trat dann eine Pflicht zur Lizenzerteilung. Mit einem solchen Lizenzierungszwang beschäftigte sich der EuGH in den Entscheidungen Renault und Volvo zum ersten Mal. Die Verfahren betrafen den Handel mit geschmacksmusterrechtlich geschützten KFZ-Ersatzteilen.¹⁵³ Im Mittelpunkt stand dabei die Frage, ob sich die beiden Autohersteller missbräuchlich verhielten, indem sie sich weigerten, entsprechende Lizenzen gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr zu erteilen. Das Gericht lehnte dies mit der Begründung ab, dass die Befugnis, Dritte an der Herstellung, Einfuhr und dem Verkauf geschützter Güter zu hindern, die Substanz des ausschließlichen Schutzrechts ausmache, und daher die bloße Weigerung einer Erlaubnis durch Lizenz nicht missbräuchlich sein könne.¹⁵⁴ Der Gerichtshof hielt es allerdings für möglich, dass die Ausübung eines Schutzrechts bei Vorliegen weiterer Umstände den Vorwurf eines Missbrauchs begründen könnte.¹⁵⁵ Ein solches Verhalten könne beispielsweise in einer willkürlichen Weigerung bestehen, Werkstätten nicht mehr zu beliefern, unangemessene Preise zu fordern oder keine Ersatzteile mehr herzustellen, obwohl noch eine Nachfrage danach bestehe.¹⁵⁶ Da sich die beiden Entscheidungen stark an den tatsächlichen Gegebenheiten des Ersatzteilmarktes orientieren, lassen sich hieraus keine allgemeinen Voraussetzungen für eine Zwangslizenz entnehmen.

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 6.3.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*.

¹⁵² EuGH, Urt. v. 6.3.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223, Rn. 25 – *Commercial Solvents*.

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, C-53/87, Slg. 1988, 6093 – *CICRA/Renault*; Urt. v. 5.10.1988, C-238/87, Slg. 1988, 6211 – *Volvo/Veng*.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, C-238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 8 – *Volvo/Veng*.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, C-53/87, Slg. 1988, 6093, Rn. 18 – *CICRA/Renault*; Urt. v. 5.10.1988, C-238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 9 – *Volvo/Veng*.

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, C-53/87, Slg. 1988, 6093, Rn. 18 – *CICRA/Renault*; Urt. v. 5.10.1988, C-238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 9 – *Volvo/Veng*.

In dieser Hinsicht ergiebiger ist das Urteil in der Rechtssache *Magill*, bei dem es um die Veröffentlichung von TV-Programmübersichten ging.¹⁵⁷ Die einzelnen Fernsehanstalten ITP, RTE und BBC gaben Übersichten mit dem jeweils eigenen Programm heraus. Die Veröffentlichung der nach irischem Urheberrecht geschützten Programmübersichten in Zeitungen und Zeitschriften gestatteten die Sender nur bei Einhaltung strenger Lizenzbedingungen. Insbesondere durfte, abgesehen von so genannten „Programmhöhepunkten“, nur das Programm des jeweiligen Tages und an Feiertagen auch das des Folgetages veröffentlicht werden. Um diese Praxis fortsetzen zu können, verweigerten die Fernsehsender eine darüber hinausgehende Lizenzierung und verhinderten mittels einstweiliger Verfügungen, dass die *Magill TV Guide Ltd.* eine Zeitschrift herausgeben konnte, die das Programm aller Sender für eine ganze Woche enthielt. Auf die Beschwerde von *Magill* bei der Kommission ordnete diese an, dass die Fernsehsender die Programmübersichten, gegebenenfalls gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr, zur Verfügung stellen müssen.¹⁵⁸ Nachdem das EuG diese Entscheidung bestätigt hatte, befasste sich der EuGH mit der Sache.¹⁵⁹

Das Gericht bewertete das Verhalten der Sendeanstalten als missbräuchlich im Sinne des Art. 86 EGV (nun Art. 102 AEUV). Die marktbeherrschende Stellung ergebe sich dabei nicht allein aus der Eigenschaft als Inhaber eines Immaterialgutes, sondern aus dem Umstand, dass die Sender an den Programminformationen ein faktisches Monopol hätten und es ihnen deshalb möglich sei, wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für Fernsehwochenzeitschriften zu verhindern. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung *Volvo/Veng* führte der EuGH aus, dass die Ausübung eines Immaterialgüterrechts nur unter außergewöhnlichen Umständen einen Missbrauch darstellen könne, und stellte dazu erstmalig konkrete Voraussetzungen auf: Durch die Verweigerung des Rechtsinhabers wird die Entstehung eines neuen Produktes verhindert, das nicht vom Rechtsinhaber selbst angeboten wird und nach dem eine

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*.

¹⁵⁸ KomE v. 21.12.1988, IV/31.851, ABl. EG 1989 Nr. L 78/43 Rn. 27 – *Magill*.

¹⁵⁹ EuG, Urt. v. 10.7.1991, T-76/89, Slg. 1991, II-00575 – *Magill*.

potentielle Verbrauchernachfrage besteht, die Weigerung ist nicht gerechtfertigt und der Rechtsinhaber behält sich auf diese Weise einen abgeleiteten Markt vor.¹⁶⁰

In dem Verfahren *IMS Health* hatte der EuGH über die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Datenbankwerkes zu befinden und präziserte dabei die in *Magill* entwickelten Kriterien.¹⁶¹ Schutzgegenstand war eine Bausteinstruktur, die von der *IMS Health GmbH & Co. OHG* entwickelt wurde und die das Unternehmen dazu nutzte, für Pharmahersteller anhand der Bausteinstruktur formatierte Berichte über den regionalen Absatz von Arzneimitteln und Gesundheitserzeugnissen in Deutschland zu erstellen. Jeder Baustein entsprach dabei einem bestimmten geographisch festgelegten Gebiet. Zur optimalen Bestimmung der Bausteine hatte *IMS* einen Arbeitskreis unter Beteiligung der pharmazeutischen Industrie gebildet, der Verbesserungen erarbeiten sollte. Diese Praxis trug dazu bei, dass sich die Struktur zu einem allgemein gebräuchlichen und akzeptierten Standard entwickelte. Das Konkurrenzunternehmen *NDS* hatte mit einem Alternativprodukt keinen Erfolg. Nachdem *IMS* eine Lizenz verweigert hatte, nutzte *NDS* ohne Erlaubnis der *IMS* deren Bausteinstruktur.

Der EuGH hatte darüber zu entscheiden, ob die Lizenzverweigerung der *IMS* gegen Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) verstieß. Zunächst stellte das Gericht fest, dass in Fällen einer Zugangsverweigerung allgemein zwischen einem vorgelagerten Markt für Erzeugnisse sowie einem nachgelagerten Markt, auf dem die jeweiligen Erzeugnisse für die Herstellung eines anderen Erzeugnisses benötigt werden, zu unterscheiden sei.¹⁶² Für die Annahme eines vorgelagerten Marktes reiche es aus, wenn ein potenzieller oder hypothetischer Markt festgestellt werden könne. Das sei immer dann der Fall, wenn die Erzeugnisse für die Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt unerlässlich seien und eine entsprechende Nachfrage danach bestehe.¹⁶³ Unerlässlich sei ein Erzeugnis, wenn es keine Alternativlösung gebe oder die Entwicklung von Alternativen aus technischen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 52 ff. – *Magill*.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*.

¹⁶² EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 42 – *IMS Health*.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 44 – *IMS Health*.

unmöglich oder unzumutbar sei.¹⁶⁴ Im Übrigen stellte das Gericht klar, dass eine Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich sei, wenn die bereits in der Entscheidung *Magill* genannten außergewöhnlichen Umstände kumulativ vorlägen.¹⁶⁵

Erwähnenswert ist schließlich das Urteil des EuG in Sachen *Microsoft*. Das Gericht überprüfte dabei eine Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 2004, in der ein Bußgeld in Höhe von 497 Mio. € gegen den Softwarehersteller verhängt wurde.¹⁶⁶ Die Kommission hatte *Microsoft* vorgeworfen, seine beherrschende Stellung auf dem Markt für Personalcomputerbetriebssysteme – das Betriebssystem Windows erreichte im Zeitpunkt der Entscheidung einen Marktanteil von 90% – missbraucht zu haben. Der Vorwurf gründete auf zweierlei: zum einen auf der Kopplung der Anwendung Media Player an das Betriebssystem und zum anderen auf der Weigerung *Microsofts*, Schnittstelleninformationen herauszugeben, die es Unternehmen, die auf dem Markt für Serverbetriebssysteme tätig waren, ermöglicht hätte, mit Windows kompatible Produkte herzustellen.¹⁶⁷ Für diese Untersuchung ist nur das letztgenannte Verhalten von Bedeutung. Um diesen Missbrauchstatbestand abzustellen, wurde *Microsoft* verpflichtet, die relevanten Informationen offenzulegen. Das EuG bestätigte diese Entscheidung. Bemerkenswert ist, dass das Gericht dabei nicht klargestellt hat, ob die Offenlegungsverpflichtung gleichzeitig die Anordnung einer Zwangslizenz enthielt. Eine Lizenz wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn die Informationen, wie von *Microsoft* behauptet, patent- oder urheberrechtlichen Schutz genossen hätten. Diese Einordnung ließ das Gericht zwar ausdrücklich offen, stellte jedoch fest, dass auch die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz in Anlehnung an die bereits dargestellten Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* jedenfalls vorlägen.¹⁶⁸ Es ergeben sich dabei allerdings einige nicht unerhebliche Abweichungen zu den genannten Urteilen des EuGH. Nach Auffassung des EuG ist es nicht erforderlich, dass jeglicher Wettbewerb auf dem nachgelagerten

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 28 – *IMS Health*.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*.

¹⁶⁶ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23 – *Microsoft*.

¹⁶⁷ KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23 – *Microsoft*.

¹⁶⁸ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 283 – *Microsoft*.

Markt ausgeschlossen werde, sondern es sei ausreichend, wenn die Gefahr bestehe, dass wirksamer Wettbewerb verhindert werde. Die Existenz von Konkurrenten in „Marktnischen“ reiche für einen wirksamen Wettbewerb nicht aus.¹⁶⁹ Außerdem rückt das EuG von dem starren Erfordernis eines neuen Produktes ab. Im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV (ex-Art. 82 EGV), die ein Verhalten verbiete, das in „der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ bestehe, könne das Vorliegen eines neuen Produktes nicht die einzige Maßgabe sein.¹⁷⁰ Die technische Entwicklung könne auch schon beeinträchtigt sein, wenn dem Verbraucher Produkte mit „innovativen Merkmalen“ vorenthalten bleiben.¹⁷¹ Im Rahmen einer möglichen Rechtfertigung geht das Gericht schließlich darauf ein, ob sich die Offenlegungsverpflichtung nachteilig auf die Bereitschaft von *Microsoft* auswirken könne, zukünftig in die Entwicklung neuer Technologien zu investieren.¹⁷²

b) Deutsche Entscheidungen

Auf nationaler Ebene liegen bislang keine Entscheidungen zu einer generellen Lizenzverweigerung vor. Zwar hat sich der BGH in den Rechtssachen *Standard-Spundfass* und *Orange-Book-Standard* mit der kartellrechtlichen Zwangslizenz befasst, allerdings verweigerte der Rechtsinhaber in beiden Verfahren eine Lizenzierung nicht gegenüber jedermann, sondern hatte anderen Interessenten bereits Nutzungsrechte eingeräumt.¹⁷³ Für das Gericht bestand daher keine Veranlassung, sich mit der genannten Konstellation auseinanderzusetzen. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung ist insoweit ergebnislos. Das LG Düsseldorf hat in einer Reihe von Entscheidungen zwischen einer generellen Lizenzverweigerung und einer Ungleichbehandlung beziehungsweise einem Ausbeutungsmisbrauch durch den Patentin-

¹⁶⁹ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 560 – *Microsoft*.

¹⁷⁰ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 647 – *Microsoft*.

¹⁷¹ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 653 – *Microsoft*.

¹⁷² EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 666 – *Microsoft*.

¹⁷³ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*.

haber unterschieden.¹⁷⁴ Obwohl, wie auch in den soeben zitierten Entscheidungen des BGH, in sämtlichen Fällen keine generelle Lizenzverweigerung vorlag, äußerte sich das Gericht doch zu den Voraussetzungen eines solchen Missbrauchs. In Ermangelung nationaler Entscheidungen greift es dabei ausdrücklich auf die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte und dabei insbesondere auf die Entscheidung *IMS Health* zurück.¹⁷⁵

2. Die Voraussetzungen im Einzelnen

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass die generelle Weigerung eines Schutzrechtsinhabers, Lizenzen zu erteilen, gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot aus Art. 102 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 82 EGV) bzw. § 19 Abs. 1 GWB verstoßen und einen Anspruch auf Zwangslizenz begründen kann. Im Folgenden wird herausgearbeitet, welche Voraussetzungen im Einzelnen für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen müssen.

a) Marktbeherrschende Stellung

Normadressaten des Missbrauchsverbots sind ausschließlich marktbeherrschende Unternehmen.¹⁷⁶ Sowohl das europäische wie das deutsche Wettbewerbsrecht gehen dabei von einem weiten funktionalen Unternehmensbegriff aus.¹⁷⁷ Erfasst ist jede Einrichtung oder Person, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Art der Finanzierung.¹⁷⁸ In der Praxis der kartellrecht-

¹⁷⁴ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (92) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 17.4.2007, 4b O 287/06, BeckRS 2007, 15905; sowie unveröffentlichte Entscheidungen LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07, S. 22; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07, S. 19.

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (92) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 17.4.2007, 4b O 287/06, BeckRS 2007, 15905; sowie unveröffentlichte Entscheidungen LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07, S. 22; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07, S. 19.

¹⁷⁶ *Bechtold*, § 19 Rn. 1; *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82 Rn. 53; *Wiedemann*, § 23 Rn. 6 ff.

¹⁷⁷ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Einführung Rn. 17.

¹⁷⁸ *FK-Wessely*, Band 2, Art. 82 Rn. 8; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, EG/Teil 1, Art. 81 Rn. 12; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 3; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Nordemann*, § 1 Rn. 19; *Kling/Thomas*, § 5 Rn. 8.

lichen Zwangslizenz spielt die Prüfung der Unternehmenseigenschaft keine Rolle. Der Inhaber von Schutzrechten betätigt sich regelmäßig wirtschaftlich und erfüllt damit die genannten Voraussetzungen.

Wesentlich größere Bedeutung hat das Erfordernis der marktbeherrschenden Stellung. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist im AEUV nicht geregelt. Die Gemeinschaftsgerichte und die Kommission definieren eine marktbeherrschende Stellung als eine wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.¹⁷⁹ Das GWB bestimmt in § 19 Abs. 2 Nr. 1, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Aus dieser Regelung ergeben sich keine inhaltlichen Abweichungen zu der oben zitierten Definition.¹⁸⁰

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist in zwei Schritten zu ermitteln.¹⁸¹ Zunächst wird der relevante Markt bestimmt und im Anschluss daran untersucht, ob das fragliche Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehat.¹⁸²

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 14.2.1976, Slg. 1978, 207, Rn. 63 – *United Brands*; Urt. v. 13.2.1979, 85-76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*; EuG, Urt. v. 10.7.1991, II-535, 561 – *BBC*; Urt. v. 12.12.1991, Slg. 1991, II-1439, 1480, Rn. 90 – *Hilti*; Urt. v. 15.12.1994, C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Rn. 47 – *DLG*; KomE v. 14.12.1985, IV/30.698, Rn. 67 – *ECS/AKZO II*; 19.12.1990, 91/301, Rn. 41 – *Soda-ICI*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 20 ff.; *Emmerich*, § 9 Rn. 21.

¹⁸⁰ *Kling/Thomas*, § 18 Rn. 37 ff.

¹⁸¹ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 28; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 38; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, § 19 Rn. 18; *Lange-Hübschle*, Rn. 845.

¹⁸² *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 3; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 38; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 9; *Wiedemann-de Bronnett*, § 22 Rn. 12.

aa) Relevanter Markt

Auch im Umfeld von Immaterialgüterrechten gelten die allgemeinen Regeln über die Definition des relevanten Marktes.¹⁸³ Dieser ist entsprechend in zeitlicher, räumlicher und sachlicher Hinsicht zu bestimmen.¹⁸⁴

Bei erstgenanntem Kriterium geht es um die Frage, welcher Zeitraum für die Untersuchung der Wettbewerbsverhältnisse zugrundezulegen ist.¹⁸⁵ Vermittelt ein Patent eine marktbeherrschende Stellung, endet dieselbe mit dem Wegfall des Rechts (Vernichtung, Zeitablauf etc.). Für die Bestimmung des Marktes kommt es mithin allein darauf an, dass im Zeitpunkt der vermeintlichen Missbrauchshandlung noch immaterialgüterrechtlicher Schutz besteht.

In räumlicher Hinsicht ist ein Gebiet zu bestimmen, das in sich homogen ist und sich von anderen Märkten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.¹⁸⁶ Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen können sich aus dem Umstand ergeben, dass Erzeugnisse nur in einem bestimmten Gebiet nachgefragt werden.¹⁸⁷ In der Rechtssache *Magill* gab es eine Nachfrage nach nationalen Programmübersichten nur in Irland ebenso wie nur in Deutschland tätige Pharmaunternehmen Interesse an den von IMS Health bereitgestellten Marktdaten hatten.¹⁸⁸ Der räumlich relevante Markt ist dann auf dieses Gebiet beschränkt. Werden auf einem solchen Markt geschützte Produkte angeboten, so kommt es lediglich darauf an, dass sich der räumliche Schutzbereich mit dem geographisch umgrenzten Markt deckt. Der Schutz bzw. die Schutzfähigkeit der geistigen Leistung außerhalb dieses Gebietes sind nicht von Belang. Unabhängig davon werden bedeutende Technolo-

¹⁸³ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 45.

¹⁸⁴ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 10.

¹⁸⁵ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 58; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 24.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 10 – *United Brands*; Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5 Rn. 8; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Bergmann*, Art. 82 Rn. 83; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 22

¹⁸⁷ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 55 ff.; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 23.

¹⁸⁸ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 1. a), S. 35 ff.

gien häufig weltweit oder jedenfalls auf allen wesentlichen Märkten geschützt. Eine räumliche Marktabgrenzung anhand des territorialen Schutzbereichs kommt dann nicht in Betracht, sondern es kann von einem Weltmarkt ausgegangen werden.¹⁸⁹

In sachlicher Hinsicht liegt ein gesonderter Markt vor, wenn ein Erzeugnis durch besondere Merkmale gekennzeichnet ist, durch die es sich von anderen Erzeugnissen so unterscheidet, dass es mit Ihnen nicht oder nur in geringem Maß austauschbar und damit dem Wettbewerb nicht oder nur in wenig spürbarer Form ausgesetzt ist. Für die Beurteilung, ob Erzeugnisse untereinander austauschbar sind, kommt es entscheidend auf die Sicht der Nachfrageseite an (Bedarfsmarktkonzept).¹⁹⁰ Den oben dargestellten Entscheidungen kann entnommen werden, dass die Rechtsprechung in Fällen einer Liefer- oder Lizenzverweigerung stets von zwei unterschiedlichen Märkten ausgeht, nämlich einem Rohstoff- oder Lizenzmarkt und einem Produktmarkt.¹⁹¹ Der Lizenzmarkt, der im Bereich des Patentrechts auch als Technologiemarkt bezeichnet wird,¹⁹² bezieht sich auf den Schutzgegenstand selbst (die geschützte Erfindung), der durch Lizenzerteilung vermarktet werden kann.¹⁹³ Demgegenüber erfasst der Produktmarkt Erzeugnisse, die unter Verwendung dieser Schutzrechte hergestellt werden können.¹⁹⁴ Aufgrund dieser Verknüpfung wird auch von vor- und nachgelagerten Märkten gesprochen.¹⁹⁵

¹⁸⁹ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 774 – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 427 – *Microsoft*.

¹⁹⁰ EuGH, Urt. v. 9.11.1983, 322/81, Slg. 1983, 3461, Rn. 37 – *Michelin*; Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rn. 13 – *Tetra Pak*; EuG, Urt. v. 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007, II-107, Rn. 78 – *France Télécom*; BGH, Beschl. v. 24.10.1995, KVR 17/94, BGHZ 131, 107 (110) – *Backofenmarkt*; Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 – *Pay-TV-Durchleitung*; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting, § 19 Rn. 12; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 7 ff.; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 44; *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 12.

¹⁹¹ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 1., S. 33 ff.

¹⁹² *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46; *Régibeau*, in: Ehlermann/Maquis, European Competition Law Annual 2007, 651 (654).

¹⁹³ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46.

¹⁹⁴ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 212; *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46.

¹⁹⁵ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 212 f.

(1) Technologie- und Produktmarkt

Die Rechtsprechung verfährt bei der Annahme von zwei Märkten insoweit großzügig, als das jeweilige Schutzrecht auf dem vorgelagerten Markt nicht tatsächlich angeboten werden muss. Es soll vielmehr ausreichen, wenn es sich um einen potenziellen oder hypothetischen Markt handelt.¹⁹⁶ So stand in der Rechtssache IMS Health der Umstand, dass das genannte Unternehmen die von ihm entwickelte Baueinstruktur bislang gar nicht lizenziert hatte, der Annahme eines vorgelagerten Marktes nicht entgegen.¹⁹⁷ Voraussetzung ist allerdings, dass das Erzeugnis unerlässlich für die Tätigkeit auf einem anderen Markt ist und seitens der Unternehmen, die auf dem Markt tätig werden wollen, eine tatsächliche Nachfrage besteht.¹⁹⁸

In der Literatur wird diese Vorgehensweise zum Teil mit dem Argument abgelehnt, dass die Annahme eines hypothetischen Marktes ein „Kunstgriff“ sei, um zwei Märkte zu kreieren, wo eigentlich nur ein einziger bestehe.¹⁹⁹ Denn ein eigener Lizenzmarkt könne nur dann vorliegen, wenn auch tatsächlich Nutzungsrechte vergeben werden.²⁰⁰

Die zustimmungswürdige Gegenauffassung bewertet die Rechtsprechung hingegen positiv.²⁰¹ Der Missbrauchsvorwurf bei einer Lieferverweigerung wie bei einer Lizenzverweigerung besteht in erster Linie darin, dass auf diese Weise ein beherrschendes Unternehmen die Abhängigkeit eines anderen Marktes ausnutzt, um sei-

¹⁹⁶ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 44 – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*.

¹⁹⁷ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 43 – *IMS Health*.

¹⁹⁸ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 44 – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*.

¹⁹⁹ *Frenz*, Band 2, Rn. 1287; *Höppner*, EuZW 2004, 748 (749); *Leopold/Pautke*, EWS 2005, 108; *Wielsch*, EuZW 2005, 391 (393).

²⁰⁰ *Höppner*, EuZW 2004, 748 (749); *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1070); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (689).

²⁰¹ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46; *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 361; *Conde Gallego*, in: Drexler, Research handbook on intellectual property, 215 (229); *Ensthaler/Bock* GRUR 2009, 1 (3); *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (201); *Hilty*, GRUR 2009, 633 (639); *Jung*, ZWeR 2004, 378 (398); *Kanter*, E.C.L.R. 2006, 27 (7), 351 (354); *Leistner*, ZWeR 2005, 138 (149 ff.); *Spindler/Apel*, JZ 2005, 133 (135); *Thyri*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2006, 145 (151); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1436).

ne Machtstellung auf diesen auszudehnen (so genannter Marktmachttransfer oder Hebelmissbrauch).²⁰² Dem liegt die Annahme zugrunde, dass es auch dominanten Unternehmen nicht verboten ist, ihre Marktstellung durch überlegene Leistung zu verteidigen oder auszubauen.²⁰³ Erlaubt ist also insbesondere, Wettbewerber durch verbesserte Produkt- und Servicequalität oder niedrigere Preise zu überflügeln.²⁰⁴ Die Grenze zum Missbrauch wird allerdings dann überschritten, wenn sich das Unternehmen Praktiken bedient, die nicht mehr einem Leistungswettbewerb zugeordnet werden können.²⁰⁵ Als ein leistungsfremdes Mittel ist es anzusehen, wenn ein Unternehmen seine Marktstellung auf einem Markt ausnutzt, um den Zugang zu einem anderen Markt zu kontrollieren. Ist das marktbeherrschende Unternehmen gleichzeitig auch auf dem nachgelagerten Markt tätig (vertikal integriert), so erscheint dieses Verhalten besonders attraktiv, da auf diese Weise Konkurrenten ausgesperrt werden können und wirksamer Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt verhindert wird.²⁰⁶ Da ein Hebelmissbrauch nur bei der Existenz von zwei unterschiedlichen Märkten vorliegen kann, andernfalls ist ein Transfer von Marktmacht nicht möglich, erscheint es konsequent, zwischen vorgelagertem Technologiemarkt und nachgelagertem Produktmarkt zu unterscheiden.²⁰⁷

Zustimmung verdient auch der Ansatz, das Vorliegen eines hypothetischen vorgelagerten Marktes als ausreichend anzusehen. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass für den jeweiligen Inhaber die Möglichkeit besteht, Schutzrechte durch Lizenzvergabe zu vermarkten.²⁰⁸ Das tatsächliche Angebot kann für die Annahme eines Marktes nicht konstituierend sein. Denn ein Schutzrecht, das für die Tätigkeit auf einem (anderen) Markt erforderlich ist, ermöglicht unabhängig davon, ob Lizenzen erteilt werden oder nicht, den Zugang zu demselben zu kont-

²⁰² Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46; MüKoEu-Eilmannsberger, Art. 82 Rn. 361; Wielsch, S. 142; Thyri, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2006, 145 (151).

²⁰³ Wielsch, S. 143.

²⁰⁴ Loewenheim/Meessen/Riesenkampf-Götting, § 19 Rn. 66.

²⁰⁵ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76, Slg. 1979, 461 Rn. 91 – Hoffmann-La Roche.

²⁰⁶ Wielsch, S. 143.

²⁰⁷ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46; Heinemann, ZWeR 2005, 198 (201).

²⁰⁸ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 46.

rollieren. Das Erfordernis einer vorherigen Lizenzerteilung würde dazu führen, dass es der Schutzrechtsinhaber selbst in der Hand hätte, durch sein Verhalten den Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots zu bestimmen.²⁰⁹ Im Falle einer Nichtlizenzierung gäbe es keinen Markt und damit auch keine Möglichkeit einer Zwangslizenz. Dass es aber auch in Fällen der generellen Lizenzverweigerung, in denen sich der jeweilige Inhaber dazu entschlossen hat, sein Schutzrecht für sich zu behalten, ein Bedürfnis nach wettbewerbsrechtlicher Korrektur gibt, zeigen die dargestellten Verfahren Magill, IMS Health und Microsoft.²¹⁰

(2) Sachlicher Umfang

Der sachliche Umfang des jeweiligen Marktes wird anhand des Bedarfsmarktkonzepts bestimmt, d.h. maßgeblich ist die Austauschbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite.²¹¹ Die Abgrenzung von Technologie- und Produktmarkt untereinander kann dabei anhand der unterschiedlichen Nachfragergruppen geschehen.²¹² Die Nachfrage nach einer geschützten Technologie geht von Unternehmen aus, die geschützte Produkte herzustellen beabsichtigen, während die Produkte an weitere Unternehmen im Rahmen einer Verarbeitungskette, Händler oder Endabnehmer abgesetzt werden können.²¹³

Der Umfang des Produktmarktes kann entsprechend danach abgegrenzt werden, inwieweit aus Sicht der Zwischenhändler und Endabnehmer austauschbare Produkte angeboten werden. So bestand der Markt im Verfahren Magill aus Fernsehzeitschriften, während in der Rechtssache IMS Health Marktinformationssysteme zu Pharmaprodukten den Produktmarkt bildeten.²¹⁴

²⁰⁹ *Leopold/Pautke*, EWS 2005, 108.

²¹⁰ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 1. a), S. 33 ff.

²¹¹ *Dauses-Emmerich*, H. I. Rn. 323; *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 47; *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (277).

²¹² *Maafsen*, Rn. 529.

²¹³ *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (279).

²¹⁴ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 1. a), S. 35 ff.

Auch über die Abgrenzung des Technologiemarktes entscheidet die jeweilige Nachfrage. Diese wird von Unternehmen gebildet, die auf einem nachgelagerten Produktmarkt als Anbieter tätig sein wollen. Dazu ist die Patentlage zu analysieren, d.h., es ist zu prüfen inwieweit die Nutzung geschützter Technologien wirtschaftlich sinnvoll oder aus anderen Gründen zwingend erforderlich ist.²¹⁵ Die Nachfrage ist dann auf die Lizenzierung dieser Technologien gerichtet. Regelmäßig gibt es für ein technisches Problem mehrere Lösungsmöglichkeiten (Substitute), die auf dem Lizenzmarkt angeboten werden. Der Technologiemarkt ist dann nicht auf eine technische Lösung beschränkt, sondern umfasst miteinander konkurrierende Alternativen.²¹⁶ Dies entspricht der Funktionsweise des Patentrechts, das zwar ein Verbot des Wettbewerbs durch Imitation der geschützten Lehre vorsieht, aber den so genannten Substitutionswettbewerb erlaubt, um die Entwicklung von Alternativen zu bestehenden Technologien zu fördern.²¹⁷ Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive verhindern Substitute, dass ein einzelner Schutzrechtsinhaber den Technologiemarkt kontrollieren kann.

Zwischen einem Technologie- und Produktmarkt kann allerdings eine Wechselbeziehung bestehen, die zu einer Beschränkung des Technologiemarktes auf eine patentierte Erfindung führt.²¹⁸ Die Austauschbarkeit der angebotenen Lösungen bestimmt sich dabei nicht danach, inwieweit ein bestimmtes technisches Ergebnis erzielt werden kann. Aus Sicht des Herstellers kommt es maßgeblich darauf an, ob und inwieweit die Nutzung eines Schutzrechts es ermöglicht, Produkte herzustellen und anzubieten, die auf dem nachgelagerten Markt erfolgreich abgesetzt werden können. Das hängt wiederum von der dortigen Nachfragesituation ab. Besteht lediglich eine Nachfrage nach Erzeugnissen, die unter Verwendung einer patentierten Erfindung hergestellt wurden, hat sich mit anderen Worten der Produktmarkt auf geschützte Waren und Dienstleistungen verengt, so ergibt eine Lizenz an einem

²¹⁵ *Osterrieth*, Rn. 315.

²¹⁶ *Geradin*, Fortcoming *Antitrust Law Journal* 2009, 1 (6); *Makoski*, in: Halfmeier et al., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, 263 (277).

²¹⁷ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, *EG/Teil 2, GRUR B Rn. 42*; siehe oben unter 2. Teil A. I., S. 12 f.

²¹⁸ *Makoski*, in: Halfmeier et al., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, 263 (280).

anderen Schutzrecht oder die Nutzung einer freien Technologie aus Sicht der Hersteller keinen Sinn. Auf dem Technologiemarkt besteht dann ausschließlich eine Nachfrage nach Lizenzen an dem jeweils benötigten Patent. Die Verengung der Nachfrage auf geschützte Produkte führt mithin dazu, dass auf dem Technologiemarkt nur noch das jeweils erforderliche Schutzrecht nachgefragt wird.

(3) Fehlende Substituierbarkeit

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Umständen die Nachfrage auf einem nachgelagerten Markt auf geschützte Produkte beschränkt ist und daher auf dem jeweiligen Technologiemarkt kein Substitutionswettbewerb mehr stattfindet.

(a) Geschützte Informationen und Formgebung

Eine solche Situation kann sich ergeben, wenn es bei einem Produkt gerade darauf ankommt, dass geschützte Inhalte enthalten sind, wie die Rechtssache *Magill* verdeutlicht. Von einer Fernsehzeitschrift wird erwartet, dass sie aktuelle Programmübersichten enthält. Handelt es sich dabei, aufgrund sehr weitgehender urheberrechtlicher Vorschriften, um geschütztes Material, so verfügen die Sendeanstalten als Rechtsinhaber über ein „faktisches Monopol“.²¹⁹ Eine vergleichbare Konstellation kann bei wissenschaftlichen Informationen bestehen, denn gerade im Bereich von Grundlagenforschung sind häufig bestimmte Informationen (Ergebnisse von Untersuchungen, Experimenten und Studien) für eine wissenschaftliche Folgetätigkeit unersetzlich.²²⁰ Ganz ähnlich gelagert sind Fälle, in denen die Formgebung eines Ersatzteiles aufgrund technischer („must fit“) oder ästhetischer („must match“) Vorgaben exakt einzuhalten ist.²²¹ Abweichende Produkte werden in diesen Fällen nicht nachgefragt.²²² Für das Patentrecht spielen die genannten Konstellationen allerdings keine Rolle, da nach § 1 Abs. 1 PatG nur Erfindungen Schutz genießen

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 47 – *Magill*.

²²⁰ *Hilty*, GRUR 2009, 633 (639).

²²¹ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, 53/87, Slg. 1988, 6039, Rn. 15 f. – *CICRA/Renault*; Urt. v. 5.10.1988, 238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 8 f. – *Volvo/Veng*; *Heinemann*, S. 530 ff.; *Wielsch*, S. 132.

²²² *Conde Gallego* GRURInt 2006, 16 (23).

können und nicht bestimmte Inhalte oder Formgebungen, die keine technische Lehre darstellen.

(b) Standards und Normen

Standards und Normen können die Nachfrage dahingehend beeinflussen, dass nur noch Produkte nachgefragt werden, die dem jeweiligen Standard oder der jeweiligen Norm genügen oder mit anderen Worten standard- oder normkonform sind.²²³ Ein Standard bzw. eine Norm ist eine Regel, die einheitliche Definitionen und Spezifikationen für Produkte, Verfahren und Prozesse vorsieht.²²⁴ Die Begriffe „Standard“ und „Norm“ werden synonym gebraucht. Im deutschen Rechtskreis wird bei der Vereinheitlichung technischer Sachverhalte üblicherweise von „Normen“ gesprochen, während in anderen Rechtskreisen die Bezeichnung „Standard“ gebräuchlich ist.²²⁵ Die Festlegung von Standards wird allgemein als innovationsfördernd betrachtet, da auf diese Weise gleiche Ausgangsbedingungen für Marktteilnehmer geschaffen werden und das Vertrauen der Endabnehmer in Sicherheit und Qualität von Erzeugnissen gestärkt wird.²²⁶ Eine besondere Rolle spielen Standards auf Märkten, in denen die Kompatibilität und Interoperabilität mit anderen Produkten oder Systemen unerlässlich sind und daher einheitliche technische Regeln festgelegt werden müssen (z.B. der GSM- oder UMTS-Standard für mobile Telephonie, CD- und DVD-Standards für Gerätehersteller und Anbieter von Inhalten).²²⁷ Standards können mit Blick auf ihr Zustandekommen nach formellen *de jure*-Standards und *de facto*-Standards unterschieden werden.²²⁸

²²³ *Wielsch*, S. 134; *Dolmans*, Fordham International Law Journal 2002, 163 (174); *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (189), *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (280).

²²⁴ *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (43).

²²⁵ *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (43).

²²⁶ *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 3; *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (44).

²²⁷ *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 3; *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (43).

²²⁸ *Bekkers/Liotard*, E.I.P.R. 1999, 110 (113); *Dolmans*, Fordham International Law Journal 2002, 163 (164); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (44); *Ulrich*, GRUR 2007, 817 (818).

(aa) de jure-Standards

De jure-Standards entstehen durch eine freiwillige Zusammenarbeit von Industrie, Verbrauchern, Behörden und anderen betroffenen Kreisen, durch die auf einvernehmliche Weise technische Spezifikationen entwickelt werden sollen.²²⁹ Den institutionellen Rahmen für diese Zusammenarbeit bilden Standardisierungsorganisationen (engl.: Standard-Setting-Organization, SSO).²³⁰

Bei der Festlegung von Standards oder Normen sollen nach Möglichkeit keine geschützten Technologien aufgenommen werden, sondern so genannte offene Standards entstehen.²³¹ Hintergrund dafür ist, dass Normen, um die genannten positiven Wirkungen zu entfalten, allgemein zugänglich und umsetzbar sein sollen.²³² Zu dieser Zielbestimmung steht die Ausschließlichkeitsstellung des Immaterialgüterrechts im Widerspruch, da diese dem jeweiligen Inhaber die Möglichkeit eröffnet, seine individuellen Verwertungsinteressen zu verfolgen und Dritte an einer Nutzung zu hindern.²³³ Besonders innovative Technikbereiche zeichnen sich allerdings durch eine so hohe Schutzrechtsdichte aus, dass bei der Erstellung eines Standards in vielen Fällen nicht auf die Nutzung geschützter Technologien verzichtet werden kann.²³⁴ Beispielsweise enthält der MPEG-2 Standard²³⁵, der bei der DVD-Her-

²²⁹ *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 3.

²³⁰ In Deutschland ist dies zuvorderst das Deutsche Institut für Normung (DIN) und in Europa das Europäische Komitee für Normung (CEN). Daneben gibt es für bestimmte Bereiche eigenen Institutionen wie das Europäische Komitee für elektronische Normung (Cenelec) für den Bereich Elektrotechnik und für den Bereich Telekommunikation schließlich das Europäische Institut für Telekommunikationsnormen (ETSI). Auf internationaler Ebene gibt es zudem die International Electrotechnical Commission (IEC) im Bereich Elektrotechnik, die International Telecommunication Union (ITU) für das Fernmeldewesen und die International Organization for Standardization (ISO) für die meisten anderen Branchen.

²³¹ *Gröhn*, S. 29; *Conde Gallego*, GRURInt 2006, 16 (22); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (821).

²³² *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 11.

²³³ *Bekkers/Liotard*, E.I.P.R.1999, 110 (115); *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (206); *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (149); *Klees*, EWS 2008, 449 (450); *Verbruggen/Lorincz*, GRURInt 2002, 815 (820).

²³⁴ *Kübel*, S. 64; *Conde Gallego*, GRURInt 2006, 16 (22); *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (214); *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (161); *Klees*, EWS 2008, 449 (450); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (821).

²³⁵ ISO/IEC 13818.

stellung für die Codierung von Videosignalen verwendet wird, 818 verschiedene Patente.²³⁶ Die Telefoniestandards GSM und UMTS bestehen sogar aus über 5.000 bzw. 10.000 Patenten.²³⁷ Durch die Aufnahme von Schutzrechten entstehen so genannte proprietäre oder unfreie Standards.²³⁸ Die Anwendung dieser Standards ist nur unter gleichzeitiger Nutzung der umfassten Schutzrechte möglich, die daher als standardessentiell bezeichnet werden.²³⁹ Kommt es in einem solchen Fall zu einer Verengung der Nachfrage auf normkonforme Produkte hat dies zur Folge, dass nur noch patentrechtlich geschützte Produkte nachgefragt werden.²⁴⁰

Die Festlegung eines Standards allein führt jedoch nicht zu einer Eingrenzung der Nachfrage.²⁴¹ Vielmehr kann es auch vorkommen, dass Normen von der jeweiligen Zielgruppe überhaupt nicht angenommen werden.²⁴² Die Marktteilnehmer dürften zwar in der Regel normkonforme Produkte bevorzugen.²⁴³ Für eine Begrenzung des Marktes auf letztgenannte Produkte ist jedoch erforderlich, dass andere Angebote als nicht mehr austauschbar erscheinen. Die Austauschbarkeit bestimmt sich danach, inwieweit Produkte hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und dem vorgesehenen Verwendungszweck als substituierbar angesehen werden.²⁴⁴ Das ist dann nicht der Fall, wenn es sich bei einer Alternative um ein Normprodukt handelt und gesetzliche Vorschriften die Einhaltung dieser Norm anordnen. Die Marktgegenseite wird dann bestrebt sein, sich gesetzeskonform zu verhalten, da sich

²³⁶ Eine Liste aller Patente, die vom MPEG-2-Standard verwendet werden, findet sich auf der Internetseite der *MPEG LA*.

²³⁷ *Chappatte*, 5 *European Competition Journal* (2009), 319 (323).

²³⁸ *Beth*, S. 39; *Gröhn*, S. 29; *Maaßen*, Rn. 31; *Bekkers/Liotard*, E.I.P.R.1999, 110 (114); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (45); *von Westernhagen*, S. 73 f.

²³⁹ *WIPO*, Standards and Patents 2009, S. 2.

²⁴⁰ *Makoski*, in: Halfmeier et al., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, 263 (280).

²⁴¹ *Makoski*, in: Halfmeier et al., *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, 263 (280).

²⁴² *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 3.

²⁴³ *Maaßen*, Rn. 528.

²⁴⁴ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rn. 13 – *Tetra Pak*; EuG, Urt. v. 30.1.2007, T-340/03, Slg. 2007, II-107, Rn. 78 – *France Télécom*; BGH, Beschl. v. 24.10.1995, KVR 17/94, BGHZ 131, 107 (110) – *Backofenmarkt*; Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 – *Pay-TV-Durchleitung*; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting, § 19 Rn. 12; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 7 ff.; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 44; *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 12.

andernfalls Nachteile ergeben können.²⁴⁵ Ein Beispiel dafür ist die Vorschrift des § 35 h StVZO, die unter Verweis auf eine DIN-Norm anordnet, welche Anforderungen ein Erste-Hilfe-Kasten erfüllen muss, der in einem KFZ mitzuführen ist.²⁴⁶ Ein Verstoß gegen diese Vorgaben ist eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit, § 69a Abs. 3 Nr. 7c StVZO, § 24 StVO, Nr. 206 BKat.

Die Nichteinhaltung von Standards kann darüber hinaus auch zu einem Haftungsrisiko führen.²⁴⁷ Durch die Aufnahme von Normen in Leistungsverzeichnisse öffentlicher Aufträge kann deren Nichteinhaltung Gewährleistungsansprüche auslösen.²⁴⁸ Im Übrigen bestimmt § 276 Abs. 2 BGB für verschuldensabhängige Ansprüche, dass derjenige fahrlässig und damit schuldhaft handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Zur Bestimmung der im jeweiligen Einzelfall einzuhaltenden Sorgfaltspflichten ist es anerkannt, auf DIN-Normen zurückzugreifen.²⁴⁹

Abgesehen von der gesetzlichen Anordnung von de jure-Standards kann auch die Marktentwicklung eine die Nachfrage beeinflussende Bindungswirkung entfalten.²⁵⁰ Nach Festlegung eines Standards werden häufig Investitionen getätigt, um standardkonforme Produkte herzustellen und abzusetzen. Dadurch kann es bereits zu einer gewissen Marktdurchdringung des zu diesem Zeitpunkt noch offenen Marktes kommen. Dies reicht aber regelmäßig nicht allein aus, um die Nachfrage auf normkonforme Produkte zu beschränken, sondern dafür müssen so genannte Netzwerkeffekte hinzutreten. Als Netzwerkeffekt bezeichnet man eine Situation in der sich der Nutzen eines Gutes mit der Anzahl weiterer Nutzer des betreffenden Gutes erhöht.²⁵¹ Dieser Zusammenhang tritt in physischen Netzen auf, deren

²⁴⁵ *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (280).

²⁴⁶ Normblatt DIN 13 164, Ausgabe Januar 1998, § 35 h StVZO.

²⁴⁷ *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (818).

²⁴⁸ *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 5; *Montag*, EuZW 1997, 71 (77); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (818).

²⁴⁹ BGH, Urt. v. 1.3.1988, VI ZR 190/87, BGHZ, 103, 341; Urt. v. 14.5.1998, VII ZR 184/97, BGHZ 139, 17; Urt. v. 3.11.2004, VIII ZR 344/03, NJW-RR 2005, 386; *Palandt-Heinrichs*, § 276 Rn. 18.

²⁵⁰ *Thum*, S. 13; *Wielsch*, S. 135.

²⁵¹ *Gröhn*, S. 25; *Thum*, S. 5; *Wielsch*, S. 136; *Dreher*, ZWeR 2009, 149 (152).

Mehrwert gerade in der Kommunikation oder Verbindung zu anderen Nutzern besteht. So steigert beispielsweise jeder zusätzliche Telefonanschluss die Kommunikationsmöglichkeiten aller bereits vorhandenen Nutzer.²⁵² Abgesehen von dem dargestellten, als direkten Netzwerkeffekt bezeichneten Zusammenhang, können auch Nutzensteigerungen im Rahmen von virtuellen Netzen auftreten, in denen keine tatsächliche Verbindung der Nutzer untereinander besteht.²⁵³ Diese indirekten Netzwerkeffekte bestehen darin, dass durch die starke Verbreitung eines Primärgutes die Verfügbarkeit von komplementären Gütern gesteigert wird. Beispielsweise werden mit Blick auf die besseren Absatzmöglichkeiten für ein PC-Betriebssystem mit hohem Marktanteil mehr Anwendungsprogramme geschrieben als für weniger erfolgreiche Systeme.²⁵⁴ Erreicht ein Produkt eine kritische Anzahl von Kunden, so verstärkt die Wechselwirkung zwischen Nachfrage und Nutzen die Nachfrage nach dem Produkt bis zur Marktsättigung, weil jeder neu hinzukommende Nutzer das Produkt für den jeweils nächsten attraktiver macht („bandwagon effect“).²⁵⁵ Der Standard hat sich dann so weit durchgesetzt, dass auf dem jeweiligen Markt keine abweichenden Produkte mehr nachgefragt werden. Handelt es sich um einen proprietären Standard, fällt der Markt für normkonforme Produkte zudem mit dem Produktmarkt für geschützte Produkte zusammen.²⁵⁶

Diese Konstellation lag auch den meisten Verfahren zugrunde, in denen ein Anspruch auf Zwangslizenz geltend gemacht wurde. Die Entscheidungen betrafen den bereits erwähnten GSM-Standard im Bereich Mobiltelefonie,²⁵⁷ den MPEG 2-Standard für die Codierung von Videosignalen auf DVD-Datenträgern²⁵⁸ sowie den

²⁵² Gröhn, S. 25; Wielsch, S. 136.

²⁵³ Immenga/Mestmäcker-Möschel, *GWB*, § 19 Rn. 184; Gröhn, S. 28; Wielsch, S. 136; Katz/Shapiro, *American Economic Review* 1985, 75 (3), 425 ff.

²⁵⁴ Thum, S. 9; von Westernhagen, S. 64; Wielsch, S. 137.

²⁵⁵ Wielsch, S. 137.

²⁵⁶ Makoski, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2007, 263 (280).

²⁵⁷ LG Düsseldorf, *Urt. v. 13.2.2007*, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*.

²⁵⁸ LG Düsseldorf, *Urt. v. 11.9.2008*, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen *Urt. v. 11.9.2008*, 4b O 76/07; *Urt. v. 11.9.2008*, 4b O 107/07; *Urt. v. 11.9.2008*, 4b O 195/07; *Urt. v. 11.9.2008*, 4b O 196/07.

Orange-Book-Standard für mehrfach beschreibbare CD-Medien.²⁵⁹ Die Gerichte stellten in den jeweiligen Verfahren fest, dass die technischen Spezifikationen auf den betroffenen Produktmärkten einen so hohen Verbreitungsgrad erreicht haben, dass nicht standardkompatible Erzeugnisse von den Endabnehmern nicht nachgefragt werden und nahezu unverkäuflich sind.

(bb) de facto-Standards

De facto-Standards entstehen im Gegensatz zu de jure-Standards nicht auf der Grundlage eines förmlichen Festlegungsakts als Abschluss eines Normungsverfahrens, sondern sie beruhen auf dem Verhalten eines einzelnen oder mehrerer Marktteilnehmer und werden daher auch als Industriestandards bezeichnet (Beispiele sind die Industriekonsortien DVB, Bluetooth, FlexRay und BluRay Disc Association).²⁶⁰ De facto-Standards entfalten anders als de jure-Standards keine gesetzliche Bindungswirkung. Allerdings können oben dargestellte direkte- oder indirekte Netzwerkeffekte in gleicher Form wirken. Häufig spielen dabei nichtinstitutionelle Zusammenschlüsse von Unternehmen oder die Einbeziehung potenzieller Abnehmer eine entscheidende Rolle für die spätere Entwicklung zu einem de facto-Standard. Als Beispiel mag die Bauelementstruktur in der Rechtssache IMS Health dienen, bei deren Entwicklung ein Arbeitskreis der pharmazeutischen Industrie mitgewirkt hat.²⁶¹ In dem Verfahren Standard-Spundfass wählte der Verband der chemischen Industrie in Deutschland (VCI) eine bestimmte Konstruktionsart für Chemiefässer aus und erhob sie zum Standard.²⁶² In beiden Fällen erreichten die Produkte eine so starke Verbreitung, dass andere Erzeugnisse auf dem jeweiligen Markt nicht abgesetzt werden konnten.²⁶³

²⁵⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*.

²⁶⁰ *Bekkers/Liotard*, E.I.P.R. 1999, 110 (113); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (44); *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 15 (159).

²⁶¹ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 1. a), S. 36 f.

²⁶² BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

²⁶³ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 47 – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*.

bb) Beherrschende Stellung

Bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers ist zwischen dem Technologiemarkt und einem nachgelagerten Produktmarkt zu unterscheiden.

(1) Technologiemarkt

Nach allgemeiner Ansicht begründet die Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts als solche keine beherrschende Stellung.²⁶⁴ Dies gilt insbesondere für den Bereich des Patentrechts, wo regelmäßig geschützte oder freie Substitute für das geschützte Gut existieren, die auf dem Technologiemarkt miteinander im Wettbewerb stehen.²⁶⁵ Der Inhaber kann die Marktbedingungen daher nicht unabhängig von seinen Konkurrenten bestimmen.

Die Ausschließlichkeitsstellung vermittelt jedoch ausnahmsweise dann eine marktbeherrschende Stellung, wenn Schutzgegenstand und sachlich relevanter Markt zusammenfallen.²⁶⁶ Das ist dann der Fall, wenn ein Substitutionswettbewerb unmöglich ist, weil auf dem nachgelagerten Markt ausschließlich schutzgegenständliche Erzeugnisse oder Leistungen der Nachfrage entsprechen.²⁶⁷ Die geschützte Lehre verschließt dann den Zugang zum nachgelagerten Markt – es handelt sich

²⁶⁴ EuGH, Urt. v. 29.2.1968, 24/67, Slg. 1968, 85 – *Parke, Davis & Co.*; Urt. v. 11.2.1971, 40/70, Slg. 1971, 69 – *Sirena*; Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 46 – *Magill*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 246; *Kraßer*, § 34 IV a); *Heinemann*, S. 167; *Busche*, CIP-Report 2009, 104 (105); *Heinemann*, GRUR 2006, 705 (706).

²⁶⁵ *Wielsch*, S. 132; *Busche*, CIPReport 2009, 104 (106); *Geradin/Rato*, S. 38 f.

²⁶⁶ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/*Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B, Rn. 49; *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (280).

²⁶⁷ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/*Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B, Rn. 49; *Koelman*, IIC 2006, 823 (825).

um eine „Schlüsselerfindung“.²⁶⁸ Der Patentinhaber ist auf dem Technologiemarkt ohne Wettbewerber; er kann als einziger Anbieter auftreten und Lizenzen erteilen und beherrscht damit diesen Markt.²⁶⁹ Ist für den Zugang zum nachgelagerten Markt die Nutzung mehrerer Patente erforderlich, beispielsweise weil sie Teil eines Standards geworden sind, reicht die Inhaberschaft an einem einzigen standardessentiellen Schutzrecht aus, um eine marktbeherrschende Stellung zu begründen. Denn der Lizenzinteressent ist auf die Nutzung jedes Patents angewiesen.²⁷⁰

Hat der Patentinhaber ein ausschließliches Nutzungsrecht an seinen Schlüsseltechnologien erteilt, erlangt der Lizenznehmer eine marktbeherrschende Stellung. Denn durch die Lizenzerteilung hat sich der Inhaber der Möglichkeit begeben, Dritten weitere Nutzungsrechte einzuräumen. Vielmehr ist nur der Lizenznehmer zur weiteren Lizenzierung berechtigt und insoweit an die Stelle des Inhabers getreten.²⁷¹ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die Tätigkeit so genannter Patentverwertungsgesellschaften. Dabei handelt es sich um Unternehmen, die weder produzierend noch im Bereich von Forschung und Entwicklung tätig sind, und deren einziger Zweck darin besteht Patente zu erwerben, um sie durch Lizenzerteilung an Dritte gewinnbringend zu verwerten.²⁷² Diese Gesellschaften werden in der Literatur und in der Öffentlichkeit zum Teil als „Patenthaie“ oder „Patentrol-

²⁶⁸ Zweites Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes und anderer Gesetze (2. PatGÄndG) vom 16.7.1998, BIPMZ 1998, 382 (400); *Busche*, CIPReport 2009, 104; *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (180); siehe oben unter 1. Teil A., S. 2.

²⁶⁹ BGH, Urt. v. 30.1.1970, KZR 3/69, GRUR 1970, 200 (201) – *Tonbandgeräte-Importeur*; Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (73) – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, *GWB*, § 19 Rn. 45; *Caspar*, *ZHR* 166 (2002), 685 (698); *Spindler/Apel*, *JZ* 2005, 133 (136).

²⁷⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/09, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard*; *Chapatte*, 5 *European Competition Journal* (2009), 319 (340).

²⁷¹ BGH, Urt. v. 26.11.1954, I ZR 244/52, GRUR 1955, 338 (340); Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 92; *Osterrieth*, Rn. 346.

²⁷² *Ohly*, *GRURInt* 2008, 787; *Osterrieth*, *GRUR* 2009, 540 (542); zum Geschäftsmodell von Patentverwertungsgesellschaften siehe *PricewaterhouseCoopers*, 2009 Patent Litigation Study.

le“ bezeichnet.²⁷³ Der Hintergrund dafür ist, dass häufig gezielt standardessentielle Schutzrechte aufgekauft werden, um danach von Herstellern, die den bestehenden Standard bereits benutzen, hohe Lizenzgebühren zu fordern.²⁷⁴ Soweit die gekauften Schutzrechte eine marktbeherrschende Stellung vermitteln, ist diese Lizenzierungspraxis an kartellrechtlichen Maßstäben zu messen.²⁷⁵ Eine Einschränkung der Rechte als Lizenznehmer ergibt sich aus der Stellung als Patentverwertungsgesellschaft nicht, weil es dazu nach deutschem Recht an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.²⁷⁶ Nach Erteilung einer Lizenz nach § 15 PatG kann der Lizenznehmer anerkanntermaßen die Ansprüche nach §§ 139 ff. PatG geltend machen.²⁷⁷ Beschränkungen für bestimmte Arten von Unternehmen ergeben sich dabei nicht.²⁷⁸

(2) Produktmarkt

Beherrscht ein Patentinhaber wie dargestellt einen bestimmten Technologiemarkt, beeinflusst die Erteilung von Lizenzen oder deren Verweigerung unmittelbar die Wettbewerbssituation auf dem nachgelagerten Markt, denn nur über die Nutzung der Schlüsseltechnologien können Dritte auf diesem Produktmarkt tätig werden. Das bedeutet allerdings auch, dass der Markt, auf dem das maßgebliche Verhalten stattfindet und der Markt, auf dem es sich auswirkt, auseinanderfallen. Diese

²⁷³ *Ntouvas*, GRUR 2006, 889; *Ohly*, GRURInt, 2008, 787; *Osterrieth*, GRUR 2009, 540; *Hildebrand*, Raubzug der Patentahe, Weltonline v. 23.2.2009; *Schultz*, Finanzhaie zerfressen das Patentrecht, Spiegelonline v. 5.2.2008.

²⁷⁴ Beispielhaft zu nennen ist die Vorgehensweise der Patentverwertungsgesellschaft IPCom, die essentielle Patente für die Mobilfunkstandards GSM und UMTS erwarb und von dem Hersteller NOKIA eine Lizenzgebühr von insgesamt 12 Mrd. Euro forderte: *ssu/dpa*, Patentverwerter startet Milliardenklage gegen Nokia, Spiegelonline v. 31.1.2008.

²⁷⁵ *Schickedanz*, GRURInt 2009, 901 (902).

²⁷⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2009, 6 U 38/09, InstGE 11, 124 (127) – *UMTS-Standard*; *Ohly*, GRURInt 2008, 787 (796); zur Rechtslage in den USA siehe Supreme Court, Mitt. 2006, 319 – *Ebay Inc. v. MercExchange, LLC*; *Ntouvas*, GRUR 2006, 889; *Ohly*, GRURInt, 2008, 787 jeweils m.w.N.

²⁷⁷ BGH, Urt. v. 11.12.1997, I ZR 134/95, GRUR 1998, 379 (381) – *Lunette*; Urt. v. 11.7.1995, X ZR 99/92, GRUR 1996, 109 (111) – *Klinische Versuche I*; *Mes*, § 139 Rn. 32 ff.

²⁷⁸ Zu Besonderheiten im Rahmen des Vollstreckungsschutzes siehe OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2009, 6 U 38/09, InstGE 11, 124 (127) – *UMTS-Standard*; *Osterrieth*, GRUR 2009, 540 (544) sowie unter 5. Teil A. III. 3., S. 209.

Konstellation wird mit dem Begriff Marktdivergenz beschrieben.²⁷⁹ Es schließt sich die Frage an, ob in Fällen der Marktdivergenz der Missbrauch einer beherrschenden Stellung nur möglich ist, wenn dieselbe auf beiden Märkten besteht, also in Fällen der Lizenzverweigerung neben dem Technologiemarkt auch der jeweilige Produktmarkt beherrscht wird.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist dies zu bejahen, denn eine besondere kartellrechtliche Verantwortung für den Wettbewerb treffe ein Unternehmen nur bezogen auf einen beherrschten Markt. Auswirkungen außerhalb beherrschter Märkte seien daher nicht geeignet, einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot zu begründen.²⁸⁰ Nach der Gegenauffassung, die sowohl von Rechtsprechung, Kommission und überwiegender Literatur vertreten wird, kann ein Missbrauch von Marktmacht auch vorliegen, wenn sich das jeweilige Verhalten nur auf einem nicht beherrschten Markt auswirkt.²⁸¹ Die Entscheidungen in Fällen einer Lizenzverweigerung folgen dieser Linie. Demnach reicht es aus, wenn der Schutzrechtsinhaber den vorgelagerten Lizenzmarkt beherrscht, ohne dass es auf die Marktverhältnisse des nachgelagerten Produktmarktes ankommt.²⁸²

Letztgenannte Ansicht verdient Zustimmung, weil die beherrschende Stellung auf einem Markt unter Umständen die Möglichkeit eröffnet, im Wege des Markt-

²⁷⁹ Ahlenstiel, S. 325 ff.

²⁸⁰ Stollhoff, S. 165; Doherty, 38 Common Market Law Review 2001, 397 (409); Dreher, DB 1999, 833 (835); Klinisch/Lange, WuW 1998, 15 (23); Koenig/Loetz, EWS 2000, 377 (381); von Wallenberg, K&R 1999, 152 (155).

²⁸¹ EuGH, Urt. v. 3.10.1985, 311/84, Slg. 1985, 3261, Rn. 26 – *Télémarketing*; Urt. v. 6.4.1995, C-310/93, P, Slg. 1995, I-865, Rn. 11 – *BPB-British Gypsum*; Urt. v. 14.11.1996, C-333/94, Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 – *Tetra Pak II*; EuG, Urt. v. 17.12.2003, T-219/99, Slg. 2003 II-5917, Rn. 127 – *British Airways*; BGH, Urt. v. 4.11.2003, KZR 16/02, GRUR 2004, 255 (256) – *Strom und Telefon I*; Urt. v. 30.3.2004, KZR 1/03, GRUR 2004, 706 – *Der Oberhammer*; Urt. v. 21.7.2005, I ZR 170/02, GRUR 2005, 960 (962) – *Friedhofsruhe*; KomE v. 18.7.1988, 88/518/EWG, ABl. 1988, L 284/41, Rn. 50 ff. – *Napier Brown*; KomE v. 24.7.1991, ABl. 1992, Nr. L 72/1 – *Tetra Pak II*, KomE v. 24.3.2004, COMP/37.792, Rn. 544 – *Microsoft*; EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 17 und 184; Bechtold, § 19 Rn. 65; Immengal Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 104; von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 129; Beth, S. 127; Kling/Thomas, § 5 Rn. 64.

²⁸² EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 ff. – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72ff.)– *Standard-Spundfass*.

machttransfers weitere Märkte zu kontrollieren und dieses Verhalten nicht ohne kartellrechtliche Kontrolle bleiben darf. Zwar ist zuzugestehen, dass sich die besondere Verantwortung eines marktbeherrschenden Unternehmens in erster Linie auf die Marktstruktur des beherrschten Marktes bezieht.²⁸³ Denn dort ist der Wettbewerb bereits geschwächt und mithin besonders schutzbedürftig.²⁸⁴ Sie muss aber in gleichem Maße darüber hinausgehen, wie die marktbeherrschende Stellung die Möglichkeit der Einflussnahme vermittelt.²⁸⁵ Ein Missbrauch ist daher auch dann möglich, wenn der Patentinhaber lediglich den Technologiemarkt beherrscht.

(3) Verbindung von Technologie- und Produktmarkt

Bei fehlender Kongruenz zwischen beherrschtem und vom Missbrauch betroffenen Markt verlangen die Gemeinschaftsorgane in Übereinstimmung mit dem Schrifttum allerdings eine hinreichend enge Verbindung zwischen den Märkten, welche eine Anwendung des Missbrauchsverbots gerechtfertigt erscheinen lässt.²⁸⁶ Andernfalls stünde zu befürchten, dass der Anwendungsbereich des Missbrauchsverbots überdehnt würde.²⁸⁷ So wäre ein Unternehmen, das auf einem einzigen Markt beherrschend wäre, auf jedem anderen Markt, auf dem es darüber hinaus tätig ist, einer kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle unterworfen. Weder Rechtsprechung noch Literatur liefern allerdings allgemeine Kriterien, nach denen sich eine Nähebeziehung bestimmen ließe.²⁸⁸ Vielmehr hängt die Anwendung des Missbrauchs-

²⁸³ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85/76 Slg. 1979, 461 Rn. 80 ff. – *Hoffmann-La Roche*; EuG, Urt. v. 6.10.1994, T-83/91, Slg. 1994 II 755, Rn. 114 – *Tetra Pak*.

²⁸⁴ *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 100.

²⁸⁵ *Wielsch*, S. 142.

²⁸⁶ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rn. 27 – *Tetra Pak II*; EuG, Urt. v. 17.12.2003, T-219/99, Slg. 2003, II-5917, Rn. 127 – *British Airways*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 101; KG, Beschl. v. 9.11.1983, Kart. 35/82, WuW/E OLG 3124 (3129) – *Milchaustauschfuttermittel*; *Dauses-Emmerich*, H I Rn. 366; *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82 Rn. 124; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 102 ff.; *Langen/Bunte-Bulst*, Art. 82 Rn. 136; *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 102; *Kling/Thomas*, § 5 Rn. 64; *Lettl*, § 5 Rn. 22; *Niels/Jenkins*, E.C.L.R. 2005, 26 (11), 605 (608).

²⁸⁷ *Stoll*, S. 268 f.

²⁸⁸ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 102; *Schröter/Jacob/Mederer*, Art. 82 Rn. 167.

verbots von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.²⁸⁹ Die Entscheidungspraxis zeigt allerdings, dass eine entsprechende Verbindung regelmäßig angenommen werden kann, wenn ein Unternehmen auf einem vorgelagerten Markt beherrschend ist und sich das Verhalten auf einem nachgelagerten Markt auswirkt.²⁹⁰ Die Ursache dafür liegt in der strukturellen Abhängigkeit des nachgelagerten Marktes von den Erzeugnissen des beherrschten Marktes.²⁹¹ So war in der Entscheidung *Commercial Solvents* der Hersteller eines Tuberkuloseheilmittels zwingend auf die Belieferung mit dem Rohstoff Aminobutanol angewiesen, genauso wie *Magill* auf die Bereitstellung der Programmanschauen zur Erstellung seiner TV-Zeitschrift.²⁹² In Fällen, in denen ein Patent nicht substituierbar und daher erforderlich ist, um die Tätigkeit auf einem anderen Markt aufzunehmen oder fortzusetzen, kann mithin von einer hinreichend engen Verbindung zwischen den Märkten und damit der Anwendbarkeit des Missbrauchsverbots ausgegangen werden.

b) Missbräuchliche Verweigerung

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Umständen die generelle Weigerung eines marktbeherrschenden Patentinhabers, Lizenzen zu erteilen, als missbräuchlich anzusehen ist.

Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV (ex-Art. 82 EGV) und § 19 Abs. 1 GWB liegt vor, wenn Wettbewerb oder dessen Entwicklung durch Mittel behindert wird, die außerhalb des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs liegen.²⁹³ Ob eine Verhaltensweise die Grenze des er-

²⁸⁹ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 103; *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 100.

²⁹⁰ EuGH, Urt. v. 6.3.1974, 6/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*; Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 ff. – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72ff.) – *Standard-Spundfass*; *Ahlenstiel*, S. 357 ff.

²⁹¹ *Wielsch*, S. 142.

²⁹² EuGH, Urt. v. 6.3.1974, 6/73, Slg. 1974, 223 – *Commercial Solvents*; Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 50 ff. – *Magill*.

²⁹³ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, 85-76, Slg. 1979, 461, Rn. 91 – *Hoffmann-La Roche*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 57; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 119; *Wiedemann-de Bronett*, § 22 Rn. 35.

laubten Leistungswettbewerbs verlässt und einen Missbrauch darstellt, muss durch umfassende Abwägung ermittelt werden.²⁹⁴ Für den Fall einer Lizenzverweigerung nennt der EuGH in *IMS Health* ausdrücklich die dabei zu berücksichtigenden Interessen, nämlich das Interesse am Schutz des Immaterialgüterrechts und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen und das Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite.²⁹⁵ Die bloße Inhaberschaft eines Immaterialgüterrechts und die Weigerung einer Lizenzerteilung begründen nach ständiger Rechtsprechung für sich gesehen keinen Missbrauchsvorwurf.²⁹⁶ Das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb kann allerdings überwiegen, wenn außergewöhnliche Umstände hinzutreten. In den Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* hat der EuGH den Begriff der außergewöhnlichen Umstände präzisiert, indem er konkrete Voraussetzungen formulierte, deren kumulatives Vorliegen einen Missbrauch zu begründen vermag.²⁹⁷

aa) Unerlässlichkeit des Schutzgutes

Die erste Voraussetzung ist, dass das jeweilige Schutzrecht „unentbehrlich“ oder „unerlässlich“ für die Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt ist.²⁹⁸ In der Entscheidung *IMS Health* beruft sich der EuGH zur Erläuterung dieses Merkmals auf die Maßgaben, die in der Rechtssache *Bronner* zu einer Fallgestaltung außerhalb des Immaterialgüterrechts entwickelt wurden.²⁹⁹ Im letztgenannten Fall begehrte ein Verleger von Tageszeitungen, das einzige landesweite Hauszustellungssystem seines Konkurrenten mitbenutzen zu dürfen. Der Gerichtshof lehnte dies unter anderem

²⁹⁴ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 120; *Heinemann*, S. 446.

²⁹⁵ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 48 – *IMS Health*.

²⁹⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, C-53/87, Slg. 1988, 6093, Rn. 18 – *CICRA/Renault*; Urt. v. 5.10.1988, C-238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 9 – *Volvo/Veng*; Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 52 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 35 – *IMS Health*.

²⁹⁷ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 38 – *IMS Health*; *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 57 f.

²⁹⁸ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 56 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 30 – *IMS Health*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 228.

²⁹⁹ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 43 – *Bronner*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 28 – *IMS Health*.

mit der Begründung ab, dass die erstrebte Mitbenutzung für die Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt nicht unerlässlich sei. Unerlässlichkeit liege nur vor, wenn es keinerlei bestehende Alternativen gebe und der Entwicklung von Alternativen tatsächliche, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse entgegenstünden, die eine solche unmöglich oder unzumutbar machen würden.³⁰⁰ Für Tageszeitungen gebe es aber zum einen andere Vertriebskanäle wie die Postzustellung und zum anderen könne auch ein eigenes Zustellsystem aufgebaut werden.³⁰¹

Übertragen auf den Fall eines marktbeherrschenden Patentinhabers bedeutet das, dass eine Zwangslizenz bei einer bestehenden Alternativtechnologie ausgeschlossen wäre. Im immaterialgüterrechtlichen Bereich wird es solche Lösungen allerdings regelmäßig nicht geben. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung wurde bereits erörtert, dass sich aus der Ausschließlichkeitsstellung des Patentinhabers ausnahmsweise eine marktbeherrschende Stellung ergeben kann, wenn sich die Nachfrage auf dem Produktmarkt auf geschützte Produkte beschränkt und daher auch die Nachfrage auf dem Lizenzmarkt entsprechend begrenzt ist. Gibt es hingegen für potenzielle Abnehmer die Möglichkeit, auf andere Technologien auszuweichen, wird es bereits an einer marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers fehlen.

Des Weiteren muss die Entwicklung von Alternativtechnologien, ein „invent around“³⁰², aufgrund tatsächlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Hindernisse unmöglich oder unzumutbar erscheinen. Ein rechtliches Hindernis kann sich zunächst aus dem Immaterialgüterrecht selbst ergeben.³⁰³ Während das Gericht in der Rechtssache Bronner auf die Möglichkeit eines eigenen Hauszustellungssystems verweisen konnte, wäre eine solche Vorgehensweise bei bestehendem Patentschutz ausgeschlossen, da es sich dann um eine verbotene Nachahmung handeln würde.

Im Bereich von Standards und Normen ist zu unterscheiden: Entfallen de jure-Standards eine gesetzliche Bindungswirkung, so scheiden nicht normkonforme Substitute als Ersatz aus. Ist die Nachfrage aus anderen Gründen auf geschützte

³⁰⁰ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 41– *Bronner*.

³⁰¹ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Rn. 43 ff. – *Bronner*.

³⁰² *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 230.

³⁰³ MüKoEu-*Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 358.

Produkte beschränkt, so gibt es zwar aktuell keinen Substitutionswettbewerb. Die Neuentwicklung von Produkten und deren Vertrieb ist aber theoretisch denkbar. Denn nach innovativen Produkten, die gegenüber einem bestehenden Standard „revolutionäre Verbesserung“ bieten, kann sich eine eigene Nachfrage bilden.³⁰⁴ Dieser Möglichkeit können jedoch unter Umständen wirtschaftliche Hindernisse entgegenstehen. So kommt es bei Nutzern eines Standards häufig zu einem Lock-in-Effekt. Von einem solchen Effekt spricht man, wenn zur Nutzung eines Erzeugnisses Aufwendungen getätigt wurden, die bei einem Produktwechsel erneut anfallen würden, und daher einen solchen unattraktiv erscheinen lassen.³⁰⁵ Der Wechsel zu einer anderen Technologie kann es beispielsweise erforderlich machen, Mitarbeiter umzuschulen oder neues Zubehör zu erwerben.³⁰⁶ Der Nutzer ist im Hinblick auf das jeweilige Produkt „eingeschlossen“.³⁰⁷ Anbieter, die in einem solchen Fall dennoch auf dem betroffenen Markt tätig werden wollen, müssen die Wechselkosten auf Nachfrageseite ausgleichen. Dies führt häufig dazu, dass sie ihr Produkt zu unrentablen Konditionen anbieten müssen. Vor diesem Hintergrund können die Entwicklung und das Anbieten von Alternativprodukten im Einzelfall wirtschaftlich unzumutbar erscheinen.³⁰⁸

Durch das Erfordernis eines unerlässlichen Schutzrechts bleibt der Anspruch auf Zwangslizenz als „ultima ratio“ auf Fälle beschränkt, in denen es keine andere Möglichkeit auf den Zugang zum nachgelagerten Markt gibt.³⁰⁹ Während im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung bereits betrachtet wird, ob es bestehende Substitute zum Schutzrecht gibt, steht bei der Prüfung der Unerlässlichkeit im Vordergrund, ob deren Entwicklung unmöglich oder unzumutbar ist. Dabei handelt es sich um eine Frage des Tatsächlichen, die im Einzelfall kaum ohne Marktstrukturanalysen und schwierige Vorhersagen zu beantworten sein wird.³¹⁰

³⁰⁴ *Wielsch*, S. 184; *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (151).

³⁰⁵ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (325); *Conde Gallego*, GRURInt 2006, 16 (22); *Wielsch*, S. 136.

³⁰⁶ *Fleischer*, RIW 2000, 22 (27).

³⁰⁷ *Wielsch*, S. 136; *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (325).

³⁰⁸ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 29 – *IMS Health*.

³⁰⁹ *Hoeren*, MMR 2004, 456 (459).

³¹⁰ *Conde Gallego*, in: Drexler, Research Handbook on Intellectual Property, 215 (237).

bb) Verhinderung eines neuen Produkts für das eine Nachfrage besteht

In den Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* hat der EuGH festgestellt, dass eine Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich sein kann, wenn dadurch das Angebot eines neuen Produkts verhindert wird, für das eine potenzielle Nachfrage besteht.³¹¹ Diese Auffassung wird auch von der Kommission geteilt, die ausführt, dass es sich dabei um eine zusätzliche Voraussetzung gegenüber einer allgemeinen Geschäftsverweigerung handele, die ausschließlich im Bereich von Immaterialgüterrechten erforderlich sei.³¹²

(1) Erforderlichkeit eines neuen Produktes

In der Literatur ist das Kriterium eines neuen Produktes als Besonderheit für Fälle der Lizenzverweigerung umstritten. Im Mittelpunkt der Kritik steht dabei die Frage, ob das Immaterialgüterrecht im Verhältnis zum Sacheigentum eine Sonderstellung aufweist, die es gerechtfertigt erscheinen lässt, den Missbrauchstatbestand von der zusätzlichen Voraussetzung eines neuen Produktes abhängig zu machen. Die ablehnenden Stimmen betonen, dass der Missbrauchsvorwurf der Lizenzverweigerung sich in einem Hebelmissbrauch oder Marktmachttransfer erschöpfe.³¹³ Dieses Verhalten sei auch missbräuchlich, wenn dadurch kein neues Produkt verhindert werde.³¹⁴ Eine Sonderbehandlung des Immaterialgüterrechts gegenüber dem Sacheigentum sei daher weder notwendig noch sinnvoll.³¹⁵

³¹¹ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 52 ff. – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 48 – *IMS Health*.

³¹² *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 237.

³¹³ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 59; *MüKoEu-Eilmannsberger*, Art. 82 Rn. 378; *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, S. 68; *Heinemann*, S. 494; *Casper*, ZHR 166 (2002), 685 (691); *Conde Gallego*, in: Drexler, Research Handbook on Intellectual Property, 215 (234); *Heinemann*, IIC 2005, 63 (72 ff.); *ders.*, GRUR 2006, 705 (712); *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 (646); *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (316); *Stopper*, ZWeR 2005, 87 (102); *Thyri*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, 145 (151 ff.); siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa) (1), S. 43 f.

³¹⁴ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 59; *Hartmann-Rüppel*, World Intellectual Property Report 2007, 35 (38).

³¹⁵ *Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann*, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 59; *MüKoEu-Eilmannsberger*, Art. 82 Rn. 375, 390; *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, S. 68; *Heinemann*, IIC 2005, 63 (75).

Nach der zustimmungswürdigen Gegenauffassung ist in Übereinstimmung mit dem EuGH das Anbieten eines neuen Produktes erforderlich.³¹⁶ Immaterialgüterrechte im Allgemeinen und das Patentrecht im Besonderen schützen vor Nachahmung und verweisen Konkurrenten auf den Substitutionswettbewerb. Daraus resultiert sowohl ein Anreiz zu Innovation im Hinblick auf die Belohnung durch das Patent als auch zur Entwicklung von Alternativtechnologien,³¹⁷ um auf dem Substitutionswettbewerb tätig zu werden und mit dem Schutzrechtsinhaber in Konkurrenz zu treten.³¹⁸ Wenn auf dem Produktmarkt nur noch geschützte Technologien nachgefragt werden, kommt es zu der unerwünschten Situation, dass neben dem Imitationswettbewerb ausnahmsweise auch der Substitutionswettbewerb ausgeschlossen wird. Weil der Absatz von Alternativprodukten aussichtslos erscheint, kommen auch die Bemühungen um neue, innovative Produkte zum Erliegen, was sich negativ auf die Marktentwicklung auswirkt. Nur in einem solchen Fall erscheint es gerechtfertigt, einem Patentinhaber, der seine geschützte Erfindung für sich behalten will, eine Lizenzpflicht aufzuerlegen. Die Zwangslizenz ermöglicht dann, dass innerhalb einer Abhängigkeit vom jeweiligen Patent, eine eingeschränkte „Marktevolution“ möglich wird.³¹⁹ Lizenznehmer können unter Nutzung des Schutzrechts Verbesserungen und Neuerungen in den Markt einführen. Das Merkmal eines neuen Produktes dient dabei als Indiz für die erwünschte Innovation.³²⁰

Gleichzeitig verhindert das genannte Kriterium, dass Konkurrenten den Schutzrechtsinhaber einem Imitations- und Preiswettbewerb aussetzen, indem sie sein Angebot schlicht kopieren. Die Zulassung des Imitationswettbewerbs ist mit Blick auf die Ermöglichung von Innovation jedoch nicht erforderlich, da bloße Plagiate gerade keine Weiterentwicklung der bestehenden Produkte darstellen können.³²¹

³¹⁶ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 55; *Caspar*, ZHR 166 (2002), 685 (697); *Ensthaler/Bock* GRUR 2009, 1 (2); *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (166); *Merdzo*, ZEuS 2005, 135 (169); *Wielsch*, EuZW 2005, 391 (394); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1438 ff.).

³¹⁷ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 230.

³¹⁸ Siehe oben unter 2. Teil A. I., S. 12 f.

³¹⁹ *Wielsch*, S. 183.

³²⁰ *Wielsch*, S. 184.

³²¹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 55.

(2) Anforderungen an das Anbieten eines neuen Produktes

Fraglich ist allerdings, unter welchen Umständen ein Produkt als „neu“ anzusehen ist. In *IMS Health* führte der EuGH aus, dass das lizenzsuchende Unternehmen sich nicht im Wesentlichen darauf beschränken dürfe, Erzeugnisse anzubieten, die auf dem abgeleiteten Markt bereits angeboten werden.³²² Es wird also nicht ein völlig neuartiges Produkt verlangt, sondern lediglich, dass das Erzeugnis nicht in der Hauptsache eine Kopie darstellt. Noch geringere Anforderungen an ein neues Produkt stellen EuG und Kommission, die in diesem Zusammenhang auf Art. 82 Abs. 2 lit. b) EGV (nun Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV) verweisen. Demnach darf ein marktbeherrschendes Unternehmen die Marktentwicklung nicht zum Schaden von Verbrauchern einschränken. Nach dem Wortlaut der Vorschrift könne ein solcher Schaden nicht nur bei einer Beschränkung von Erzeugung und Absatz eintreten, sondern auch dann, wenn die technische Entwicklung gehemmt werde.³²³ Dazu reiche es aus, wenn Produkte mit innovativen Merkmalen („innovative features“) oder einem Zusatzwert („additional value“) verhindert würden.³²⁴ Einige Stimmen in der Literatur haben dem EuG vorgeworfen, auf diese Weise das Neuheitskriterium stillschweigend fallengelassen zu haben.³²⁵ Der Tatbestand für eine Zwangslizenz werde dadurch übermäßig erweitert und entspreche nicht mehr dem Maßstab von „außergewöhnlichen Umständen“. ³²⁶ Überwiegend wird hingegen vertreten, dass nach den jüngeren Entscheidungen nur noch geringe Anforderungen an den Innovationsgrad gestellt werden können. Das Merkmal wird negativ definiert, indem es lediglich dann an der Neuheit fehlen soll, wenn der Lizenzinteressent lediglich ein Plagiat bereits vorhandener Produkte anbieten will.³²⁷

³²² EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 Rn. 49 – *IMS Health*.

³²³ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 647 – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 693 ff. – *Microsoft*.

³²⁴ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 653 – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 694 – *Microsoft*.

³²⁵ *Weitbrecht/Mühle*, EuZW 2008, 551 (555).

³²⁶ *Hausmann*, MMR 2008, 381 (383); *Leupold/Pautke*, EWS 2005, 108 (114); *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1443).

³²⁷ *Bartosch*, RIW 2007, 908 (914); *Dietrich*, MR-Int 2007, 201 (204); *Ensthaler/Bock* GRUR 2009, 1 (4); *Schweitzer*, in: Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law, 29 (51); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (690).

Letztgenannte Ansicht verdient Zustimmung. Wie bereits erwähnt, soll eine Zwangslizenz im Falle einer generellen Weigerung gewährleisten, dass auf einem Markt ohne Imitations- und Substitutionswettbewerb Innovation und Marktentwicklung möglich sind.³²⁸ Die Entwicklung eines Marktes kann allerdings auch durch kleine technische Schritte und Folgeerfindungen vorangetrieben werden, ohne dass dazu ein neues Produkt im engeren Sinne erforderlich wäre.³²⁹ Werden auf einem Markt ausschließlich geschützte Produkte nachgefragt, besteht zudem kaum eine andere Möglichkeit für Innovation. Der prägende schutzgegenständliche Bestandteil eines Erzeugnisses muss jeweils identisch bleiben, da es andernfalls von der Nachfrageseite nicht als Alternative angesehen wird.³³⁰ Dieser Umstand spielt insbesondere bei standardimmanenten Schutzrechten eine Rolle, wie der Fall *IMS Health* zeigt.³³¹ Den (potenziellen) Kunden kam es gerade darauf an, dass die geschützte Baueinstruktur auch bei einem Konkurrenzprodukt unverändert vorhanden ist, da dieses andernfalls unattraktiv geworden wäre.³³² Um solchen Fallkonstellationen begegnen zu können, dürfen keine zu hohen Anforderungen an die Neuheit eines Produktes gestellt werden.³³³

Ein Produkt, das ohne das jeweilige Schutzrecht auskommt – also unter Umständen einen etablierten Standard überwindet – wird hingegen nur Erfolg haben, wenn es einen besonders großen Innovationssprung enthält, der einen Technologiewechsel für die Abnehmer lohnenswert erscheinen lässt.³³⁴ In einem solchen Fall wäre der Erfinder allerdings nicht auf die Nutzung des Schutzrechts und damit eine Zwangslizenz angewiesen.³³⁵

³²⁸ Siehe oben unter 3. Teil A. 2. b) bb), S. 63 ff.

³²⁹ *Conde Gallego*, GRURInt 2006, 16 (21).

³³⁰ MüKoEu-*Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 396; *Wielsch*, S. 184.

³³¹ *Fine*, S. 147 f.

³³² EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 47 – *IMS Health*.

³³³ *Wielsch*, EuZW 2005, 391 (396).

³³⁴ *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (152).

³³⁵ *Wielsch*, S. 184.

(3) Angebot des Marktbeherrschers und Herstellungsabsicht des Lizenzinteressenten

Vergleichsmaßstab für die Neuheit eines Produktes ist das Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens.³³⁶ Da auf dem Produktmarkt nur eine Nachfrage nach geschützten Erzeugnissen besteht und der Patentinhaber keine Lizenzen erteilt, kommen andere (rechtmäßige) Produkte nicht in Betracht. Gegebenenfalls innovative Erzeugnisse, die unter Verletzung des Schutzrechts hergestellt und vertrieben werden, können nicht zum Markt gerechnet werden. Denn das Anbieten und Inverkehrbringen dieser Erzeugnisse durch den jeweiligen Hersteller oder etwaige Zwischenhändler kann jederzeit durch Geltendmachung der Verletzungsansprüche aus §§ 139 ff. PatG beendet werden. Zum Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens können zudem nur diejenigen Produkte gerechnet werden, die tatsächlich erhältlich sind.³³⁷ Deren bloße Ankündigung kann nicht ausreichen, da das marktbeherrschende Unternehmen andernfalls mit eigenen Produktvorschlägen auf die in Aussicht gestellten innovativen Produkte des Lizenzinteressenten reagieren könnte, um diesen ihren Neuheitscharakter zu nehmen. Auf Seiten des Lizenzinteressenten lässt der EuGH die erkennbare Absicht ausreichen, neue Erzeugnisse anzubieten.³³⁸

Entgegen der Auffassung der Kommission, die nicht einmal eindeutig identifizierbare neue Produkte verlangt, dürfen die Anforderungen an die Herstellungsabsicht allerdings nicht zu niedrig angesetzt werden.³³⁹ Der Lizenzinteressent muss zunächst klar umrissene Produkte vorstellen, denn nur so ist ein Vergleich mit dem Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens überhaupt möglich. Im Übrigen erfüllt die Zwangslizenz nur dann ihren Zweck, wenn das innovative Produkt tatsächlich in den Handel gelangt und gegebenenfalls in Konkurrenz zu denjenigen

³³⁶ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 56 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 49 – *IMS Health*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 239.

³³⁷ *Hoeren*, MMR 2004, 456 (460).

³³⁸ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 49 – *IMS Health*.

³³⁹ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 240.

des Marktbeherrschers tritt. Der Lizenzinteressent muss daher die Möglichkeit von Herstellung und Vertrieb der neuen Produkte konkret darlegen können.

(4) Potenzielle Nachfrage nach dem neuen Produkt

Schließlich verlangt die Rechtsprechung, dass eine potenzielle Nachfrage nach dem neuen Produkt besteht, ohne dazu nähere Ausführungen zu machen.³⁴⁰ Da das neue Erzeugnis noch nicht angeboten wird, kann deren Ermittlung nur im Wege einer Prognose (z.B. durch Befragung potenzieller Kunden) geschehen.³⁴¹ Die Absicht, neue Produkte anbieten zu wollen nebst dargelegter Herstellungs- und Vertriebsmöglichkeit begründet allerdings eine gewisse Vermutung für eine Nachfrage am Markt. Denn ohne eine zu erwartende Absatzmöglichkeit ergeben die Entwicklung und auch das Bemühen um das erforderliche Schutzrecht aus betriebswirtschaftlicher Sicht keinen Sinn.

cc) Verhinderung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt

In den Leitentscheidungen *Magill* und *IMS Health* verlangte der EuGH, dass die „Weigerung (...) eine Lizenz (...) zu erteilen, geeignet ist, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt (...) auszuschließen.“³⁴² Damit sind die Anforderungen denkbar streng, denn der Wortlaut legt nahe, dass es in Folge der Verweigerung überhaupt keinen Wettbewerb geben darf.³⁴³ In der *Microsoft*-Entscheidung rückte das EuG von der absoluten Forderung des EuGH ab. Es komme nicht auf die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs an, sondern auf die Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs. Von einem wirksamen Wettbewerb könne dann nicht mehr gesprochen werden, wenn sich einige Konkurrenten in „Marktnischen“ halten und in marginaler Weise am Marktgeschehen teilhaben.³⁴⁴ Mit dieser Modifizierung hat sich die Rechtsprechung der Auffassung der Kommission angenähert, die in ihrem Diskussionspapier zur

³⁴⁰ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 56 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 49 – *IMS Health*.

³⁴¹ *Höppner*, GRURInt 2005, 457 (463).

³⁴² EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743, Rn. 56 – *Magill*; Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039, Rn. 47 – *IMS Health*.

³⁴³ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1438).

³⁴⁴ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 563 – *Microsoft*.

Anwendung von Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) darlegte, dass nicht die vollständige Verhinderung jeglichen Wettbewerbs verlangt werde.³⁴⁵ Die abweichende Auffassung von EuG und Kommission wird im Hinblick auf die Sondersituation in der Rechtssache Microsoft verständlich. Im Gegensatz zu der Fallgestaltung in Magill und IMS Health, die jeweils eine für Dritte unzugängliche Ressource betrafen, hatte das Softwareunternehmen früher Schnittstelleninformationen offengelegt und verweigerte nun die Herausgabe der neuen technischen Spezifikationen.³⁴⁶ Auf dieser Grundlage hatten sich bereits Konkurrenzangebote entwickeln können, die auch ohne aktuelle Schnittstelleninformationen, jedenfalls für einen gewissen Zeitraum, am Markt existieren konnten.

Die Erweiterung des Tatbestandes steht allerdings in einem Widerspruch zum Erfordernis eines unerlässlichen Immaterialgüterrechts. Ist ein Schutzrecht erforderlich, um auf dem nachgelagerten Markt tätig zu werden, bedeutet die fehlende Nutzungsmöglichkeit zwangsläufig, dass außer dem Inhaber kein Konkurrent erfolgreich auf dem Markt agieren kann.³⁴⁷ Wenn Wettbewerb ohne das begehrte Schutzrecht dauerhaft möglich bleibt, ist dieses nicht unerlässlich, sondern allenfalls vorteilhaft. Im Ergebnis ist daher dem EuGH zuzustimmen, der den Ausschluss jeglichen Wettbewerbs verlangt. Hat sich, wie im Fall Microsoft, Wettbewerb entwickelt, muss dessen vollständiges Verschwinden allerdings nicht abgewartet werden. Das Missbrauchsverbot besitzt präventiven Charakter und greift bereits dann, wenn auf dem nachgelagerten Markt noch Wettbewerbsstrukturen vorhanden sind.³⁴⁸ In einem solchen Fall wird allerdings zu fordern sein, dass diese Strukturen wahrscheinlich in absehbarer Zukunft verschwinden werden.³⁴⁹ Für die dafür im Einzelfall vorzunehmende Prognose müssen belastbare Anschlussstatsachen vorliegen.³⁵⁰

³⁴⁵ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 231.

³⁴⁶ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft*; *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (166).

³⁴⁷ *Wielsch*, S. 161; *Wilhelmi*, WRP 2009, 1431 (1438).

³⁴⁸ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 565 – *Microsoft*; *Hausmann*, MMR 2008, 381 (384).

³⁴⁹ *Hausmann*, MMR 2008, 381 (384).

³⁵⁰ *Stopper*, ZWeR 2005, 87 (103).

Auch dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit, im Hinblick auf die Rechtsfolge der Zwangslizenz, keine zu geringen Anforderungen gestellt werden.³⁵¹

dd) Rechtfertigung der Lizenzverweigerung aus sachlichen Gründen

In den einschlägigen Entscheidungen geht der EuGH davon aus, dass eine generelle Lizenzverweigerung nur dann missbräuchlich sein kann, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist.³⁵² Allerdings hat sich das Gericht bislang weder mit möglichen Rechtfertigungsgründen näher befasst noch eine Rechtfertigung bejaht.³⁵³

Das bereits erwähnte Diskussionspapier der Kommission ist in dieser Hinsicht deutlich ausführlicher. Die Wettbewerbsbehörde benennt darin eine Reihe von möglichen Rechtfertigungsgründen. Bemerkenswert ist, dass im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten Besonderheiten gelten sollen. So könne die Weigerung, Lizenzen zu erteilen, insbesondere damit gerechtfertigt werden, dass es für die Kosten, die bei der Entwicklung des Schutzrechts angefallen sind, einen adäquaten Ausgleich geben müsse. Andernfalls nehme die Bereitschaft ab, auch in Zukunft in Forschung und Entwicklung zu investieren.³⁵⁴

Durch das Urteil in Sachen Microsoft im Anschluss an die Entscheidung der Kommission haben diese Erwägungen auch Eingang in die Rechtsprechung gefunden.³⁵⁵ Das EuG erkannte die Möglichkeit an, dass eine Lizenzverweigerung mit Blick auf die Anreiz- und Belohnungsfunktion des Immaterialgüterrechts gerechtfertigt sein könnte und ließ eine Rechtfertigung im konkreten Fall lediglich daran scheitern, dass Microsoft nicht hinreichend dargelegt habe, welche negativen Folgen sich für die Innovationsanreize ergeben würden.³⁵⁶ Vor diesem Hintergrund ist für zukünftige Entscheidungen davon auszugehen, dass sich marktbeherrschende Schutzrechtsinhaber verstärkt auf eine sachliche Rechtfertigung ihrer Lizenzverwei-

³⁵¹ *Leupold/Pautke*, EWS 2005, 108 (111).

³⁵² *Beckmerhagen*, S. 280.

³⁵³ *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 371.

³⁵⁴ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235.

³⁵⁵ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 696 ff. – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 709 ff. – *Microsoft*.

³⁵⁶ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 697 – *Microsoft*.

gerung berufen und damit bei Kommission und Gerichten wahrscheinlich auch Gehör finden werden. Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche Umstände in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen können.

Zunächst kommen allgemeine Rechtfertigungsgründe in Betracht. Eine Lizenzerteilung kann zu Recht verweigert werden, wenn die Zahlung der Lizenzgebühr nicht gesichert ist oder sich der Lizenznehmer weigert, überhaupt ein Entgelt zu entrichten.³⁵⁷ Denkbar wäre zudem eine Rechtfertigung wegen steigender Kosten durch Drittnutzung oder wegen begrenzter Kapazitäten.³⁵⁸ Im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten spielen letztgenannte Aspekte allerdings keine Rolle. Die Nutzung eines Schutzrechts verursacht weder zusätzliche Kosten noch ist seine Verfügbarkeit begrenzt.

Darüber hinaus kann sich die Rechtfertigung einer Lizenzverweigerung auch aus immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten ergeben. Zwar rechtfertigt der bloße Bestand eines Schutzrechts eine Lizenzverweigerung nicht; andernfalls wäre eine kartellrechtliche Zwangslizenz niemals möglich.³⁵⁹ Allerdings kann sich eine Rechtfertigung mit Blick auf die Funktion von Immaterialgüterrechten ergeben.

(1) Funktion des Immaterialgüterrechts und Wirkung der Zwangslizenz

Das Immaterialgüterrecht im Allgemeinen und das Patentrecht im Besonderen entfalten eine innovationsfördernde Wirkung, indem sie bei erfolgreicher Erfindung eine Monopolrente in Aussicht stellen und Konkurrenten zur Entwicklung von Alternativen zwingt.³⁶⁰ Das Patentrecht schützt im Interesse der Technologieförderung auch das in einer Erfindung verkörperte Potenzial, die formale Ausschließlichkeits-

³⁵⁷ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235; von der Groeben/Schwarze/Schröter, Art. 82 Rn. 264; MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 371 f.; de Bronett, WuW 2009, 899 (904).

³⁵⁸ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235.

³⁵⁹ EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 690 – *Microsoft*.

³⁶⁰ Siehe oben unter 2. Teil A. I., S. 12 f.

stellung auf dem Markt zu einem wirtschaftlichen Monopol ausbauen zu können.³⁶¹ Diese temporäre Marktmacht bildet einen wesentlichen Leistungsanreiz.³⁶²

Dieser Anreiz wird durch die Rechtsfolge einer Zwangslizenz in seiner Wirkung beeinträchtigt, indem potenziellen Konkurrenten die Verwendung der geschützten Lehre für ihre eigenen Produkte gestattet wird. Eine exklusive Nutzung des Schutzrechts für Produkte auf einem nachgelagerten Markt ist damit ausgeschlossen. Auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens kann dies dazu führen, dass dessen Investitionen nicht durch die Verwertung des Schutzrechts ausgeglichen werden können und in der Zukunft die Bereitschaft abnehmen wird, Ausgaben für Forschung und Entwicklung zu tätigen.³⁶³ Angesichts der Gefahr einer Zwangslizenz, kann es aus Sicht des Unternehmens attraktiver erscheinen statt teurer eigener Entwicklungstätigkeit darauf zu vertrauen, selbst in den Genuss einer erzwungenen Nutzungserlaubnis zu kommen.

Um einen Rückgang der Ausgaben für Forschung und Entwicklung zu verhindern, ist es daher unter Umständen erforderlich, die Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs auf einem nachgelagerten Produktmarkt zeitweilig in Kauf zu nehmen.³⁶⁴ Aus diesem Grund kann die Verweigerung einer Lizenz sachlich gerechtfertigt sein. Durch die begrenzte Schutzdauer im Patentrecht kann es dadurch ohnehin nur zu einer befristeten Wettbewerbsbeschränkung kommen, denn mit Erlöschen des Patentschutzes entfällt auch die beherrschende Stellung auf dem Technologiemarkt.³⁶⁵

³⁶¹ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*; *Busche*, in: Keller et al., FS Tillmann, 645 (649); *Conde Gallego*, GRURInt 2006, 16 (26); *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (204).

³⁶² *Jung*, ZWeR 2004, 379 (396); *Thyri*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 145 (161).

³⁶³ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235; *Kanter*, E.C.L.R. 2006, 27 (7), 351 (363); *Kühnen*, in: Keller, et al., FS Tillmann, S. 513 (522).

³⁶⁴ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*; *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235; MüKoEu-*Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 421; *Beckmerhagen*, S. 296 f.; *von Westernhagen*, S. 217; *Beier*, GRUR 1998, 185 (190); *Caspar*, ZHR 166 (2002), 685 (697); *Dietrich*, MR-Int 2007, 201 (202); in diese Richtung auch: EuGH, Urt. v. 16.9.2008, C-468/06, Slg. 2008, I-07139 Rn. 64 – *Sot. Lelos kai Sia EE*.

³⁶⁵ Siehe oben unter 3. Teil A I. 2. a) bb), S. 54 ff.

(2) Belohnungsreichweite

Zur Ermittlung, welche nachgelagerten Märkte sich ein marktbeherrschender Schutzrechtsinhaber durch seine Lizenzverweigerung vorbehalten darf, kann auf die Belohnungsreichweite des jeweiligen Schutzrechts zurückgegriffen werden.³⁶⁶ Die Belohnungsreichweite beschreibt, inwieweit dem Inhaber eines Schutzrechts die Früchte seiner Anstrengung zustehen.³⁶⁷ Dies lässt sich nicht schematisch bestimmen, sondern ist im Rahmen einer Einzelfallanalyse zu ermitteln.³⁶⁸ Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob die Entstehung des Patents und die Erlangung der marktbeherrschenden Stellung auf einer schutzwürdigen unternehmerischen Leistung beruhen.³⁶⁹

(a) Investitionen

Bei der Bestimmung der Belohnungsreichweite können die getätigten Investitionen eine Rolle spielen.³⁷⁰ Die Entstehung von Schutzrechten erfordert regelmäßig bedeutende Ausgaben in Forschung und Entwicklung.³⁷¹ Zugleich besteht das nicht unerhebliche Risiko, dass die Innovationsbemühungen erfolglos bleiben, weil Forschungsprojekte scheitern oder Konkurrenzunternehmen einer Patentanmeldung zuvorkommen.³⁷² Vor diesem Hintergrund, muss die Möglichkeit bestehen, genannte Kosten und Risiken durch wenige erfolgreiche Projekte und sich daraus ergebende Schutzrechte zu kompensieren.³⁷³ Je höher die Ausgaben, die im Hinblick auf ein Schutzrecht getätigt wurden, desto eher muss es dem Schutzrechtsinhaber gestattet

³⁶⁶ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 61; Fuchs, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (169); Heinemann, ZWeR 2005, 198 (204); Weck, NJOZ 2009, 1177 (1180); Kühnen in: Keller et al., FS Tilmann, 513 (522).

³⁶⁷ Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 61.

³⁶⁸ EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235; Immenga/Mestmäcker-Ullrich/Heinemann, EG/Teil 2, GRUR B Rn. 61; MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 418 ff.

³⁶⁹ MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 422; Thyri, WuW 2005, 388 (398).

³⁷⁰ EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235; von Westernhagen, S. 218; Caspar, ZHR 166 (2002), 685 (702); Wilhelmi, WRP 2009, 1431 (1445); a.A.: Hartmann-Rüppel, World Intellectual Property Report 2007, 35 (39).

³⁷¹ EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235.

³⁷² EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235.

³⁷³ EU-Kommission, Discussion Paper 2005, Rn. 235; Deselaers, EuZW 1995, 563 (565 ff.).

sein, einen nachgelagerten Markt exklusiv mit geschützten Produkten zu versorgen. Liegt der Entstehung des Schutzrechts ausnahmsweise keine nennenswerte unternehmerische Leistungsanstrengung auf Seiten des Schutzrechtsinhabers zugrunde, kommt eine Rechtfertigung aus diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht.³⁷⁴

(b) Technologische Überlegenheit

Für die Bestimmung der Belohnungsreichweite kann es außerdem von Bedeutung sein, ob sich die marktbeherrschende Stellung des Schutzrechtsinhabers allein im Rahmen des Leistungswettbewerbs entwickelt hat.³⁷⁵ Dies wird allerdings nur ausnahmsweise der Fall sein. Regelmäßig kommt der Substitutionswettbewerb nicht allein aufgrund hervorstechender Technik zum Erliegen, sondern weil andere Faktoren diese Entwicklung bewirken oder wenigstens begünstigen. Im Falle eines de jure-Standards hat das Schutzrecht Eingang in einen Standard oder eine Norm gefunden.³⁷⁶ Die marktbeherrschende Stellung beruht im Wesentlichen auf dieser Normsetzung und nicht auf einer überlegenen Technologie, da die Nachfrager für die Nutzung des Standards auf das jeweilige Schutzrecht angewiesen sind.³⁷⁷ Die Belohnungsreichweite rechtfertigt in diesem Fall nicht die Verweigerung einer Lizenz. Gleiches gilt regelmäßig auch für Fälle von de facto-Standards, bei denen Netzwerk- und Lock-in-Effekte einen funktionierenden Wettbewerb verhindern.³⁷⁸ Die Etablierung einer schutzrechtlich geschützten Lösung als Standard beruht auch dann nicht allein auf deren technischer Überlegenheit.

Hat eine Technologie tatsächlich allein wegen ihrer Überlegenheit alle konkurrierenden Lösungen verdrängt, so vermag dies mit Blick auf die Belohnungsreichweite eine Lizenzverweigerung zu rechtfertigen. Eine Zwangslizenz würde andernfalls

³⁷⁴ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 235; *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 423; *Kühnen*, in: Keller, et al., FS Tillmann, 513 (522).

³⁷⁵ *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 422.

³⁷⁶ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa) (3) (b) (aa), S. 49 ff.

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*; *Kühnen/Geschke*, Rn. 544; *Buhrow/Nordemann*, GRURInt 2005, 407 (417); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1180).

³⁷⁸ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa) (3) (b) (bb), S. 53 f.

gerade die Unternehmen treffen, die aufgrund ihrer Innovationsstärke am Markt besonders erfolgreich sind.³⁷⁹

II. Ergebnis

Zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers ist zwischen einem vorgelagerten Technologie- oder Lizenzmarkt und einem nachgelagerten Produktmarkt zu unterscheiden. Der Technologiemarkt ist in sachlicher Hinsicht auf den Schutzgegenstand begrenzt, wenn es auf dem Produktmarkt keinen Substitutionswettbewerb mehr gibt und ausschließlich geschützte Produkte nachgefragt werden. Das kann insbesondere unter dem Einfluss von de jure- und de facto-Standards der Fall sein. Der Patentschutz muss im Zeitpunkt der Verweigerung bestehen und den räumlichen Bereich des Produktmarkts erfassen.

Ist der Technologiemarkt auf den Schutzgegenstand begrenzt, beherrscht der Patentinhaber diesen als einziger Anbieter. Eine gleichzeitige Beherrschung des Produktmarktes ist nicht erforderlich, denn das Schlüsselpatent stellt die zwischen den Märkten erforderliche Verknüpfung her.

Eine generelle Lizenzverweigerung ist nur dann missbräuchlich, wenn folgende außergewöhnliche Umstände kumulativ vorliegen: Das Schutzgut ist unerlässlich für die Tätigkeit auf dem Produktmarkt, d.h. es gibt weder bestehende Alternativtechnologien noch die Möglichkeit solche zu entwickeln. Bestehende Alternativlösungen scheiden im Hinblick auf den fehlenden Substitutionswettbewerb aus. Die Entwicklung von Alternativen ist auch bei de jure-Standards ausgeschlossen. Bei de facto-Standards ist eine Entwicklung abweichender technischer Lösungen möglich, wenn dies nicht wegen Lock-in-Effekten unzumutbar ist.

Der Lizenzinteressent beabsichtigt, neue Produkte anzubieten, für die eine Verbrauchernachfrage besteht. Das neue Produkt muss dabei klar umrissen sein und im Vergleich zum bestehenden Angebot des marktbeherrschenden Patentinhabers wenigstens zusätzliche innovative Merkmale aufweisen. Über die Absicht hinaus

³⁷⁹ *Wilhelmi*, WRP 2009, 1439 (1443).

muss der Lizenzinteressent die Möglichkeit von Herstellung und Vertrieb darlegen. Die erforderliche Nachfrage wird dann vermutet.

Die Lizenzverweigerung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf dem Produktmarkt auszuschließen. Sind Wettbewerbsstrukturen vorhanden, müssen Tatsachen vorliegen, die deren Verschwinden aufgrund der Lizenzverweigerung wahrscheinlich erscheinen lassen.

Schließlich darf die Lizenzverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung kann sich daraus ergeben, dass der Lizenzinteressent nicht in der Lage oder gewillt ist, eine Lizenzgebühr zu entrichten oder daraus, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen die alleinige Verwertung auf dem Produktmarkt im Interesse der Technologieförderung ermöglicht werden muss. Ob das der Fall ist, kann anhand der Belohnungsreichweite im Einzelfall ermittelt werden. Dabei sind zum einen die getätigten Investitionen bei der Entwicklung des Schutzrechts von Bedeutung. Zum anderen kommt es darauf an, ob sich die geschützte Lehre aufgrund ihrer technischen oder wirtschaftlichen Überlegenheit durchgesetzt hat oder andere Faktoren, insbesondere die Etablierung von Standards und Normen, eine Rolle gespielt haben.

B. Missbräuchliche Lizenzierungspraxis

Ein Anspruch auf Zwangslizenz kommt auch dann in Betracht, wenn der marktbeherrschende Patentinhaber zwar prinzipiell zur Erteilung von Nutzungserlaubnissen bereit ist, die geforderten Bedingungen aber den Vorwurf eines missbräuchlichen Verhaltens begründen. Denn durch dieses Verhalten wird gleichzeitig der Marktzugang zu kartellrechtlich nicht zu beanstandenden Bedingungen verweigert. Die beachtliche Anzahl an Gerichtsentscheidungen in der jüngeren Vergangenheit macht deutlich, dass diese Konstellation in der Rechtspraxis eine größere Rolle spielt

als die generelle Lizenzverweigerung.³⁸⁰ Das hat seine Ursache darin, dass die marktbeherrschende Stellung in sämtlichen Fällen auf der Inhaberschaft eines standardessentiellen Schutzrechts beruht. Im Umfeld von Standards, die nach ihrer Zweckrichtung auf Verbreitung angelegt sind, wird eine Lizenzerteilung regelmäßig nicht generell verweigert, sondern der Inhaber versucht, möglichst hohe Lizenzgebühren zu realisieren oder behandelt die Lizenzinteressenten unterschiedlich. Im Folgenden soll daher untersucht werden, unter welchen Umständen die Lizenzierungspraxis eines Patentinhabers als missbräuchlich zu bewerten ist und einen Anspruch auf Zwangslizenz begründen kann.

I. Voraussetzungen der Zwangslizenz im Fall der missbräuchlichen Lizenzierungspraxis

Die Vorschriften des Art. 102 Abs. 1, Abs. 2 lit. a) und c) AEUV sowie § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und § 20 Abs. 1 2. Alt. GWB verbieten es dem Normadressaten, unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen (Ausbeutungsmissbrauch) sowie andere Unternehmen in sachlich nicht gerechtfertigter Weise ungleich zu behandeln (Diskriminierung).

1. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden

Diese auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe sind mit Blick auf die Entscheidungen auf europäischer wie nationaler Ebene zu präzisieren.

³⁸⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734.

a) Europäische Entscheidungen

Die Gemeinschaftsorgane haben bislang keine Zwangslizenz auf der Grundlage einer Diskriminierung oder eines Ausbeutungsmissbrauchs zugesprochen, sich aber bereits mehrfach mit dieser Art Fallgestaltungen beschäftigt.

In dem Verfahren *Tiercé Ladbroke* beehrte ein Unternehmen, das Wettannahmestellen betrieb, die Übertragungsrechte für Pferderennen aus Frankreich, um die Rennen in seinen belgischen Wettbüros zeigen zu können.³⁸¹ Die Rechtsinhaber hatten die Übertragungsrechte zwar an einen Dritten für das Gebiet von Deutschland und Österreich lizenziert, verweigerten aber Ladbroke, wie auch anderen Interessenten, eine Lizenz für Belgien. Das EuG lehnte eine missbräuchliche Diskriminierung und damit eine Zwangslizenz ab, weil die Voraussetzungen im Tatsächlichen nicht vorlägen. Das Gericht war der Ansicht, dass es sich beim deutschen und belgischen Wettmarkt, und damit auch dem jeweils verknüpften Rechtemarkt, um räumlich verschiedene Märkte handele. Da niemand das Übertragungsrecht für Belgien bekommen habe, fehle es an der missbrauchsbegründenden Ungleichbehandlung.³⁸²

Zu der Frage, unter welchen Umständen im Zusammenhang mit der Lizenzierung von Patenten ein Ausbeutungsmissbrauch angenommen werden kann, ist die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte wenig ergiebig. In der Entscheidung *Parke, Davies & Co. Probel* stellte der EuGH lediglich fest, dass ein Missbrauch vorliegen könne, wenn die „Verwertung des Patents zu einer missbräuchlichen Ausnutzung des Schutzes ausartet.“³⁸³ Von einem solchen Missbrauch könne allerdings nicht notwendigerweise dann ausgegangen werden, wenn für ein patentiertes Erzeugnis ein höherer Preis verlangt werde als für ein ungeschütztes Produkt.³⁸⁴ Diese Einschätzung bestätigt das Gericht in den Entscheidungen *CICRA/Renault* und *Volvo/Veng*.³⁸⁵ Der EuGH erkennt damit einen wettbewerbsrechtlich zu akzeptierenden „Aufschlag“ als Patent- oder Erfinderlohn für die Entwicklung des

³⁸¹ EuG, Urt. v. 12.6.1997, T-504/93, Slg. 1997, II-923 – *Tiercé Ladbroke*.

³⁸² EuG, Urt. v. 12.6.1997, T-504/93, Slg. 1997, II-923, Rn. 124 – *Tiercé Ladbroke*.

³⁸³ EuGH, Urt. v. 29.2.1968, 24/67, Slg. 1968, 55 – *Parke, Davis & Co.*

³⁸⁴ EuGH, Urt. v. 29.2.1968, 24/67, Slg. 1968, 55 (72) – *Parke, Davis & Co.*

³⁸⁵ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, 53/87, Slg. 1988, 6039, Rn. 17 – *CICRA/Renault*; Urt v. 5.10.1988, 238/87, Slg. 1988, 6211, Rn. 5 – *Volvo/Veng*.

Schutzrechts an.³⁸⁶ In der Rechtssache Hilti sah das EuG die Grenze eines insoweit zulässigen Betrages als überschritten an, weil der Schutzrechtsinhaber eine Gebühr verlangte, die den später in einem patentrechtlichen Zwangslizenzverfahren zugesprochenen Betrag um das Sechsfache überstieg.³⁸⁷

Die Kommission hat sich, ohne konkreten Fallbezug, in zwei ihrer Veröffentlichungen allgemein dafür ausgesprochen, dass auch die Forderung von unangemessenen Bedingungen und Preisen eine Zwangslizenzpflicht nach sich ziehen könne.³⁸⁸ Eine Entscheidung in einem Fall des Ausbeutungsmisbrauchs steht allerdings bislang aus, obwohl sich in der jüngeren Vergangenheit zwei Mal die Gelegenheit dazu ergeben hatte. Im Jahre 2007 leitete die Kommission ein Verfahren gegen den US-amerikanischen Chiphersteller Qualcomm wegen Verstoßes gegen Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) ein. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, entgegen der Selbstverpflichtungserklärung im Standardisierungsverfahren (FRAND-Erklärung) nur zu unangemessenen Bedingungen Lizenzen an seinen standardessentiellen Schutzrechten zu vergeben.³⁸⁹ Das Verfahren wurde jedoch im November 2009 ohne nähere Begründung eingestellt.³⁹⁰ Ein ähnliches Ende fand die Untersuchung gegen Rambus. Die Kommission warf dem Unternehmen im Jahre 2007 vor, seine marktbeherrschende Stellung zu missbrauchen, indem es zu hohe Lizenzgebühren für DRAM-Patente erhebe, die Eingang in einen von der US-Normungsorganisation JEDEC festgelegten Standard gefunden hätten.³⁹¹ Das Bestehen der Schutzrechte habe Rambus während des Standardisierungsverfahrens verschwiegen und damit ein Verhalten gezeigt, das als „Patent Ambush“ (engl.: „Patenthinterhalt“) zu

³⁸⁶ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Axter/Schütze, GRUR Rn. 119.

³⁸⁷ EuG, Urt. v. 12.12.1991, T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Rn. 99 – *Hilti*.

³⁸⁸ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 209; *EU-Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009, C 45/7, Rn. 23 ff.

³⁸⁹ *EU-Kommission*, MEMO/07/389.

³⁹⁰ *EU-Kommission*, MEMO/09/516.

³⁹¹ *EU-Kommission*, MEMO/07/330; DRAM-Chips sind elektronische Speicher, die vorrangig in Computersystemen aber auch in anderen Geräten wie Servern, Workstations, Druckern, Organizern und Kameras zum Einsatz kommen. DRAM ist die Abkürzung für Dynamic Random Access Memory (dynamische Schreib-Lesespeicher mit dynamischem Zugriff).

qualifizieren sei.³⁹² Auf die Bedeutung eines solchen Verhaltens für die Missbrauchsprüfung wird noch an anderer Stelle einzugehen sein.³⁹³ Der Kommissionsentscheidung kam Rambus jedoch zuvor, indem sich das Unternehmen verpflichtete, Lizenzen zu angemessenen Bedingungen zu vergeben und diese Erklärung im Dezember 2009, nach Konsultation der betroffenen Lizenznehmer,³⁹⁴ gemäß Art. 9 VO (EG) Nr. 1/2003 für rechtsverbindlich erklärt wurde.³⁹⁵

Obwohl auf Gemeinschaftsebene bislang keine Zwangslizenz nach missbräuchlicher Lizenzierungspraxis zugesprochen wurde, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass eine solche nach europäischem Recht nicht in Betracht käme. Wie die Entscheidung *Tiercé Ladbroke* deutlich macht, kann nicht nur eine generelle Lizenzverweigerung, sondern auch die Art und Weise einer Lizenzerteilung gegen das Missbrauchsverbot verstoßen. Schließlich zeigen sowohl die Veröffentlichungen als auch die beiden genannten Verfahren der Kommission, dass ein Ausbeutungsmissbrauch nach europäischem Recht Anknüpfungspunkt für eine Zwangslizenz sein kann.

b) Deutsche Entscheidungen

Im Gegensatz zur europäischen Ebene hat es in den letzten Jahren eine nicht unerhebliche Anzahl von Entscheidungen deutscher Gerichte zur Zwangslizenz nach missbräuchlicher Lizenzierungspraxis gegeben. Gedanklicher Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Prüfung war die im deutschen Wettbewerbsrecht seit langem anerkannte Rechtsfolge der Belieferungspflicht in Diskriminierungsfällen. Nach herrschender Meinung besteht ein Anspruch auf Lieferung von Waren zu den allgemeinen Bedingungen und Preisen des marktbeherrschenden Lieferanten, wenn dieser zuvor die Belieferung in sachlich nicht gerechtfertigter Weise verweigert hat.³⁹⁶

³⁹² Bekanntmachung v. 12.6.2009, COMP/C-3/38636, Abl. 2009/C 133/13 – *Rambus*

³⁹³ Siehe nachfolgend unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (c), S. 111 ff.

³⁹⁴ Bekanntmachung v. 12.6.2009, COMP/C-3/38636, Abl. 2009/C 133/13 – *Rambus*

³⁹⁵ *EU-Kommission*, MEMO/09/273; *EU-Kommission*, IP/09/1897.

³⁹⁶ BGH, Urt. v. 16.10.1972, KZR 54/71, GRUR 1973, 277 – *Registrierkassen*; Urt. v. 17.1.1979, KZR 1/78, GRUR 1979, 560 – *Nordmende*; Urt. v. 12.5.1998, KZR 23-96; NJW-RR 1999, 189 (190); Urt. v. 27.4.1999, KZR 35/97, GRUR 2000, 95 – *Feuerwehrgeräte*; Immenga/Mestmäcker-Emmerich, § 33 Rn. 102; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder, § 33 Rn. 52.

Im Jahre 2004 hat der BGH in der bereits erwähnten Entscheidung Standard-Spundfass diesen Belieferungsanspruch auf das Patentrecht übertragen und eine Lizenzierungspflicht anerkannt.³⁹⁷ In dem Verfahren ging es um ein Industriefass, das, um den speziellen Anforderungen des Verbandes der chemischen Industrie e.V. (VDI) zu entsprechen, die Nutzung des Klagepatents voraussetzte.³⁹⁸ Fässer eines anderen Typs waren wegen der Vorgaben des VDI unverkäuflich. Der Patentinhaber hatte einigen Herstellern von Spundfässern eine Lizenz zum Nachbau erteilt, sie aber dem Beklagten verweigert. Das Gericht erkannte darin einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 2. Alt. GWB, da der Lizenzinteressent im Verhältnis zu einigen Wettbewerbern in ungerechtfertigter Weise ungleich behandelt worden sei.³⁹⁹ Hinsichtlich der Frage der sachlichen Marktabgrenzung zeigen sich deutliche Parallelen zur europäischen Rechtsprechung. So ergebe sich die marktbeherrschende Stellung im konkreten Fall nicht aus der Ausschließlichkeitsstellung des Patents, sondern aus dem Umstand, dass eine Lizenz für die Herstellung eines „Normfasses“ unersetzlich sei. Die Vergabe von Rechten bilde in einem solchen Fall regelmäßig einen eigenen dem Produktmarkt vorgelagerten Lizenzmarkt.⁴⁰⁰ Bei der Missbrauchsprüfung stellte das Gericht fest, dass Patentinhaber grundsätzlich einen weiten Spielraum bei der Ungleichbehandlung von Lizenznehmern zuzugestehen sei. Strengere Anforderungen an eine mögliche Rechtfertigung seien aber zu stellen, wenn „zusätzliche Umstände“ hinzuträten angesichts derer die Freiheit des Wettbewerbs gefährdet erscheine. Das Vorliegen solcher Umstände nahm der BGH für den zu entscheidenden Fall an, da sich die marktbeherrschende Stellung nicht auf Grund überragender technischer oder wirtschaftlicher Vorteile der erfindungsgemäßen Lehre entwickelt habe, sondern jedenfalls auch ihren Grund in den normähnlichen einheitlichen Vorgaben habe, die den Zugang zu dem nachgelagerten Produktmarkt von der Befolgung der patentgemäßen Lehre abhängig mache.⁴⁰¹

³⁹⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*.

³⁹⁸ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*.

³⁹⁹ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁰⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁰¹ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

Im Nachgang der Entscheidung Standard-Spundfass gab es eine Reihe instanzgerichtlicher Urteile zur kartellrechtlichen Zwangslizenz, die eine behauptete missbräuchliche Lizenzierungspraxis zum Gegenstand hatten.⁴⁰² Dabei wurde regelmäßig geltend gemacht, dass die Bedingungen, zu denen der Inhaber eines standardessentiellen Patents zur Erteilung einer Nutzungserlaubnis bereit sei, sowohl den Vorwurf einer Diskriminierung als auch eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen. Auf Einzelheiten ist bei der Behandlung der einzelnen Missbrauchstatbestände näher einzugehen.⁴⁰³ Erwähnenswert ist allerdings, dass das LG Düsseldorf als bislang einziges Gericht in der Entscheidung GSM-Standard einen Zwangslizenzanspruch als Rechtsfolge eines Ausbeutungsmisbrauchs zugesprochen hat.⁴⁰⁴

2. Voraussetzungen im Einzelnen

Im Folgenden wird untersucht, welche Verhaltensweisen eines Patentinhabers, der allgemein zur Erteilung von Nutzungsrechten bereit ist, als missbräuchlich anzusehen sind und daher die Grundlage für eine kartellrechtliche Lizenzierungspflicht sein können.

a) Marktbeherrschende Stellung

Eine solche Pflicht kann zunächst nur einen marktbeherrschenden Patentinhaber als Adressaten des Missbrauchsverbots treffen. Für die Fallgruppe der generellen Lizenzverweigerung wurde herausgearbeitet, dass es ausreicht, wenn ein Patentinhaber einen vorgelagerten Technologiemarkt beherrscht und auf diese Weise den Zugang zu einem nachgelagerten Produktmarkt kontrollieren kann. Diese Wertung gilt auch für Fälle der missbräuchlichen Lizenzierungspraxis, wie die einschlägigen Entscheidungen zeigen. So hat das EuG in der Rechtssache Tiercé Ladbroke

⁴⁰² OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 17.4.2007, 4b O 287/06, BeckRS 2007, 15905 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07.

⁴⁰³ Siehe nachfolgend unter 3. Teil B. I. 2.b), S. 83 ff.

⁴⁰⁴ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*.

zwischen dem Markt für Übertragungsrechte und einem Markt für Pferdewetten differenziert.⁴⁰⁵ In die gleiche Richtung geht auch das Urteil des BGH in Sachen Standard-Spundfass, wo zwischen dem Markt für Lizenzen und dem Produktmarkt für „Normfässer“ differenziert wird.⁴⁰⁶ Zu Einzelheiten der Marktabgrenzung kann daher uneingeschränkt auf obige Ausführungen verwiesen werden.⁴⁰⁷

b) Missbräuchliche Verhaltensweisen

Im Rahmen einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis kann dem Patentinhaber nicht vorgeworfen werden, dass er entgegen einer kartellrechtlichen Pflicht keine Lizenzen erteilt. Vielmehr besteht das missbilligte Verhalten darin, dass er seine Marktmacht dazu ausnutzt, bei der Lizenzvergabe die Interessenten und Lizenznehmer ungerechtfertigt unterschiedlich zu behandeln oder unangemessene Vertragsbedingungen zu erzwingen. Die möglichen missbräuchlichen Verhaltensweisen können nach ungerechtfertigter Diskriminierung und Ausbeutungsmisbrauch unterschieden werden.

aa) Diskriminierung

Marktbeherrschenden Unternehmen ist es verboten, Handelspartner ohne sachliche Rechtfertigung ungleich zu behandeln, Art. 102 Abs. 2 lit. c) AEUV und § 20 Abs. 1, 2. Alt. GWB. Das Diskriminierungsverbot oder auch Gleichbehandlungsgebot soll insbesondere Chancengleichheit auf nachgelagerten Märkten sicherstellen und die dortigen Akteure vor einseitigem Verhalten des Normadressaten schützen.⁴⁰⁸ Zudem sollen nachgelagerte Märkte für neue Konkurrenten (newcomer) offengehalten und die Marktstruktur nicht durch die Einflussnahme des beherrschenden Unternehmens verändert werden können.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ EuG, Urt. v. 12.6.1997, T-504/93, Slg. 1997, II-923, Rn. 130 – *Tiercé Ladbroke*.

⁴⁰⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁰⁷ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa), S. 41 ff.

⁴⁰⁸ Immenga/Mestmäcker-*Markert*, GWB, § 20 Rn. 121; MüKoEu-*Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 272; MüKoGWB-K. *Westermann*, § 20 Rn. 3.

⁴⁰⁹ BGH, Urt. v. 9.11.1967, KZR 7/66, GRUR 1967, 267 (270) – *Jägermeister*; Urt. v. 20.11.1975, KZR 1/75, NJW 1976, 801 (802) – *Rossignol*; Immenga/Mestmäcker-*Markert*, GWB, § 20 Rn. 17; Wiedemann-*Lübbert*, § 24 Rn. 1; *Busche*, S. 315.

Die Möglichkeit einer solchen Einflussnahme besitzt auch ein marktbeherrschender Patentinhaber, dessen (potenzielle) Lizenznehmer dringend auf die Nutzung des Schutzrechts angewiesen sind. Die Wettbewerbsstruktur auf dem nachgelagerten Produktmarkt kann dadurch beeinträchtigt werden, dass Lizenzgebühren in unterschiedlicher Höhe verlangt werden oder einigen Unternehmen eine Lizenz versagt wird.⁴¹⁰ Die Gefahr einer diskriminierenden Lizenzierungspraxis besteht insbesondere bei vertikal integrierten Patentinhabern, die entweder selbst oder mittelbar durch abhängige Unternehmen auf dem Produktmarkt tätig sind.⁴¹¹ Denn auf diese Weise kann unliebsame Konkurrenz entweder ganz vom Markt ferngehalten oder mittels höherer Lizenzgebühren können bei anderen Unternehmen Kostensteigerungen verursacht werden, sodass diese nicht mehr in der Lage sind, ihre Produkte zu marktüblichen Konditionen anzubieten.⁴¹²

(1) Geschäftsverkehr gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich

Zur Feststellung einer Ungleichbehandlung ist es erforderlich, einen Vergleichsmaßstab festzulegen. Nach § 20 Abs. 1 GWB ist daher Voraussetzung für eine Diskriminierung, dass es sich um einen Geschäftsverkehr handelt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. Das genannte Merkmal dient als grober Filter dazu, Sachverhalte auszuschneiden, in denen es um völlig ungleiche Unternehmen geht oder um einen Verkehr mit Waren oder Dienstleistungen, der für Dritte unzugänglich ist. In diesen Fällen ist eine Diskriminierung von vornherein nicht zu beanstanden.⁴¹³

Die Voraussetzung eines gleichartigen Unternehmens verlangt lediglich, dass eine vergleichbare wirtschaftliche Funktion erfüllt wird.⁴¹⁴ Das ist insbesondere der Fall, wenn Unternehmen auf derselben Wirtschaftsstufe (etwa Einzelhandel, Großhan-

⁴¹⁰ Hartmann, S. 123.

⁴¹¹ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (10).

⁴¹² Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (10).

⁴¹³ MüKoGWB-K. Westermann, § 20 Rn. 59; Wiedemann-Lübbert, § 26 Rn. 1.

⁴¹⁴ BGH, Urt. v. 21.2.1995, KVR 10/94, GRUR 1995, 618 – *Importarzneimittel*; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 99 ff.; MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 272; MüKoGWB-K. Westermann, § 20 Rn. 61.

del oder Produktion) stehen.⁴¹⁵ Bei Lizenzinteressenten wird es sich regelmäßig um gleichartige Unternehmen handeln, die das Patent zur Herstellung eines Produktes für den nachgelagerten Markt benötigen.

(a) Lizenzerteilung an Dritte und Aufnahme in Schutzrechtsgemeinschaften

Von einem zugänglichen Geschäftsverkehr kann allgemein ausgegangen werden, wenn der Normadressat bereits einige entsprechende Geschäftsbeziehungen unterhält und das betreffende Gut nicht für sich behalten will.⁴¹⁶ Für den Fall einer Lizenzierung ist anerkannt, dass es sich jedenfalls dann um einen zugänglichen Geschäftsverkehr handelt, wenn der Inhaber bereits Nutzungsrechte eingeräumt hat.⁴¹⁷ Einer Lizenzerteilung gleichzustellen ist die Aufnahme des Schutzrechts in einen Technologiepool (Patentpool), ohne dass es einer Lizenzerteilung durch das marktbeherrschende Unternehmen bedarf.⁴¹⁸ Denn der Zweck einer solchen Schutzrechtsgemeinschaft besteht gerade darin, Dritten auf Anfrage gebündelte Lizenzen anzubieten, sodass von einem allgemein zugänglichen Schutzrecht ausgegangen werden kann.⁴¹⁹

(b) Konzerninterne Lizenzerteilung

Bei Konzernunternehmen ist es gängige Praxis, dass vorhandene Schutzrechte bei der Konzernmutter liegen und je nach Bedarf an abhängige Unternehmen kostenlos oder gegen geringe Gebühr lizenziert werden. In einem solchen Fall kann, wenn keine weiteren Lizenzen an Dritte vergeben werden, weder von einem zugänglichen Geschäftsverkehr ausgegangen noch können die Konditionen als Vergleichsmaß-

⁴¹⁵ MüKoGWB-K. Westermann, § 20 Rn. 61.

⁴¹⁶ BGH, Urt. v. 3.3.1969, KVR 6/68, NJW 1969, 1716 (1717) – *Sportartikelmesse*; Urt. v. 27.4.1999, KZR 35/97, GRUR 2000, 95 (96) – *Feuerwehrgeräte*; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 109; MüKoGWB-K. Westermann, § 20 Rn. 65.

⁴¹⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (74) – *Standard-Spundfass*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange-Book-Standard*; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 113.

⁴¹⁸ Fuchs, S. 483; Jung, ZWeR 2004, 379 (400).

⁴¹⁹ Siehe nachfolgend unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (b), S. 108 ff.

stab einer Ungleichbehandlung herangezogen werden.⁴²⁰ Der Grund dafür besteht darin, dass aus kartellrechtlicher Sicht ein Konzern als ein einheitliches Unternehmen zu betrachten ist, wie § 36 Abs. 2 GWB für den Bereich der Zusammenschlusskontrolle ausdrücklich anordnet. Diese Wertung gilt auch im Hinblick auf das Kartellverbot. Jede Vereinbarung zwischen konzernabhängigen Unternehmen müsste prinzipiell den Anforderungen des Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV) und des § 1 GWB entsprechen, obwohl es sich lediglich um interne Absprachen handelt. Um dies zu vermeiden, werden Konzernunternehmen als ein einziges Unternehmen betrachtet (Konzernprivileg).⁴²¹ Konzerninterne Verträge können daher allgemein nicht als Vergleichsmaßstab für eine Ungleichbehandlung herangezogen werden.⁴²²

Art. 102 AEUV enthält im Gegensatz zu § 20 Abs. 1 GWB kein Erfordernis eines zugänglichen Marktes und gleichartiger Unternehmen. Dieser Umstand führt allerdings nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen. Hat der Normadressat keine Lizenzen erteilt, scheidet auch nach europäischem Wettbewerbsrecht eine Diskriminierung wegen fehlender Ungleichbehandlung aus. Die Diskriminierung von verschiedenartigen Unternehmen wird regelmäßig sachlich gerechtfertigt sein.

(2) Ungleichbehandlung

Im Zusammenhang mit der Vergabe von Lizenzen gibt es verschiedene Möglichkeiten der Ungleichbehandlung. In Betracht kommen neben einer selektiven Lizenzvergabe unterschiedliche Vertragskonditionen sowie die selektive Durchsetzung von Schutzansprüchen und die Duldung von so genanntem Underreporting.

(a) Selektive Lizenzierung

Als besonders deutliche Form der Ungleichbehandlung ist eine selektive Lizenzvergabe als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung denkbar. Dabei erteilt der Schutzrechtsinhaber Lizenzen, verweigert dies jedoch einem oder mehreren Lizenz-

⁴²⁰ A.A. *Wielsch*, S. 188.

⁴²¹ EuGH, Urt. v. 25.11.1971, 22-71, Slg. 1971, 949 – *Béguelin*; Urt. v. 24.10.1996, C-73/95 P, Slg. 1996, I-5457, Rn. 47 – *Voho*; *Langen/Bunte*, Art. 81 Rn. 12.

⁴²² *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20 Rn. 126; *MüKoGWB-K. Westermann*, § 20 Rn. 73; *Kling/Thomas*, § 18 Rn. 103.

interessenten. Es stellt sich diesbezüglich die Frage, ob ein solches Verhalten als Diskriminierung oder eher als ein Fall einer Lizenzverweigerung, d.h. als Unterfall einer Geschäftsverweigerung einzuordnen ist, mit der Folge, dass eine Zwangslizenz nur beim Vorliegen der bereits dargestellten außergewöhnlichen Umstände möglich wäre.⁴²³

Die Abgrenzung zwischen Diskriminierung und Geschäftsverweigerung allgemein ist umstritten. Nach einer Auffassung setzt eine Diskriminierung eine bestehende geschäftliche Beziehung voraus. Gegenüber lediglich potenziellen Geschäftspartnern komme nur eine missbräuchliche Geschäftsverweigerung in Betracht.⁴²⁴ Die genannte Konstellation wäre dann nach den Maßgaben für eine generelle Lizenzverweigerung zu beurteilen. Nach überzeugender Gegenauffassung von Rechtsprechung und Teilen der Literatur ist eine Diskriminierung auch gegenüber potenziellen Geschäftspartnern möglich, ohne dass es einer bestehenden Geschäftsbeziehung bedarf.⁴²⁵

Der erstgenannten Auffassung ist zwar zuzugestehen, dass bei isolierter Betrachtung des Verhältnisses zwischen Normadressaten und Handelspartner die Einordnung als Geschäftsverweigerung zunächst naheliegt. Der Zielsetzung des Diskriminierungsverbots, nachgelagerte Märkte auch für neue Wettbewerber offen zu halten, würde aber eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf bereits bestehende Geschäftsbeziehungen widersprechen.⁴²⁶ So geht auch der BGH in der Entscheidung *Standard Spundfass*, der tatbestandlich eine selektive Lizenzvergabe zugrundelag, von einer Diskriminierung aus und begründet seine Entscheidung damit, dass der

⁴²³ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2., S. 39 ff.

⁴²⁴ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 243; *Langen/Bunte-Bulst*, Art. 82 Rn. 214; *von der Groeben/Schwarze-Schröter*, Art. 82 Rn. 224; *Schröter/Jacob/Mederer*, Art. 82 Rn. 225.

⁴²⁵ EuGH, Urt. v. 2.3.1983, Slg. 1983, 483 – *GVL*; KomE v. 29.10.1981, ABl. 1981, Nr. L 370/49 Rn. 55 – *GVL*; BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (75) – *Standard-Spundfass*; *Calliess/Ruffert-Weiß*, Art. 82 Rn. 55; *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20 Rn. 58; *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 273; *MüKoGWB-K. Westermann*, § 20 Rn. 66; *Bunte*, S. 181.

⁴²⁶ BGH, Urt. v. 17.1.1979, KZR 1/78, WuW/E BGH 1567 (1569) – *Nordmende*; *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20 Rn. 58.

Normadressat den Zugang für weitere Unternehmen zum Produktmarkt nicht kartellrechtswidrig beschränken dürfe.⁴²⁷

(b) Diskriminierende Vertragsgestaltung

Die in der instanzgerichtlichen Entscheidungspraxis am häufigsten gerügte Form der Ungleichbehandlung ist diejenige einer behaupteten diskriminierenden Vertragsgestaltung. Das bedeutet, dass der Patentinhaber nur zu unterschiedlichen Bedingungen Lizenzen vergibt oder vergeben will.⁴²⁸

Im Gegensatz zur Nutzungsgewährung selbst, die regelmäßig in der Einräumung einer zeitlich befristeten einfachen Lizenz besteht, unterscheidet sich die Ausgestaltung der Gegenleistung bei individuell ausgehandelten Lizenzverträgen oft erheblich. Üblich ist die Bemessung der Gebühr in Abhängigkeit vom erzielten Umsatz oder der verkauften Stückzahlen des mit der geschützten Lehre hergestellten Produkts. Darüber hinaus kommt es bei Verträgen zwischen Technologieunternehmen häufig zu Kreuzlizenzierungen (cross licensing), bei denen sich Unternehmen wechselseitig Lizenzen an ihren Schutzrechten einräumen.⁴²⁹ Es können auch Abnahmeverpflichtungen sowie Freilizenzen nach Einbringung eigener Schutzrechte in einen Patentpool vereinbart sein. Die Vielgestaltigkeit setzt sich naturgemäß im Hinblick auf den übrigen Vertragsinhalt fort, da regelmäßig jede Partei ihre eigenen Positionen zu Fragen wie Gewährleistung und Gerichtsstand durchsetzen will. Mehrere individuell ausgehandelte Lizenzverträge unterscheiden sich daher immer voneinander und erfüllen das Merkmal der Ungleichbehandlung. Inwieweit die Unterschiede kartellrechtlich zulässig sind, ist dann eine Frage der sachlichen Rechtfertigung.

Dem Vorwurf einer Ungleichbehandlung kann der Patentinhaber allerdings dadurch entgehen, dass er gegenüber allen Lizenznehmern einen identischen Stan-

⁴²⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (77) – *Standard-Spundfass*.

⁴²⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 17.4.2007, 4b O 287/06, BeckRS 2007, 15905 – *LED*; Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*; Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07 – NJOZ 2009, 930 (949) – *MPEG 2-Standard*.

⁴²⁹ *Osterrieth*, Rn. 318.

standardlizenzvertrag verwendet, also ein vorgefertigtes Vertragsdokument benutzt, das dem anderen Teil zum Abschluss vorgelegt wird.⁴³⁰ Diese Praxis ist insbesondere bei Technologie- oder Patentpools üblich, die zugleich eine Vielzahl von Rechten verwalten und Verträge abschließen. Häufig wird allerdings innerhalb des Standardlizenzvertrages – bei gleichbleibenden übrigen Konditionen – die Höhe der Lizenzgebühr variiert, sodass auch in diesen Fällen eine Ungleichbehandlung vorliegt.

(c) Selektive Durchsetzung von Schutzansprüchen und Duldung von Underreporting

Neben einer selektiven Lizenzvergabe und diskriminierender Vertragsgestaltung sind noch weitere Verhaltensweisen denkbar, die im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung führen können. Dabei handelt es sich um die selektive Durchsetzung patentrechtlicher Verletzungsansprüche sowie um das Nichteinschreiten gegen ein so genanntes Underreporting.

Eine selektive Durchsetzung von Schutzansprüchen liegt dann vor, wenn ein Patentinhaber im Falle von Patentverletzungen nicht gegen alle Verletzer des jeweiligen Schutzrechts seine Abwehransprüche durchsetzt oder eine Lizenzierung gegen Zahlung von Gebühren einfordert. Auf diese Weise kommen diejenigen, die sich keinen Ansprüchen ausgesetzt sehen, im Ergebnis in den Genuss einer Freilizenz, während diejenigen, die einen Lizenzvertrag abgeschlossen haben, lediglich eine entgeltliche Nutzungserlaubnis erhalten.⁴³¹ Von einem Underreporting spricht man, wenn bei vereinbarter Umsatz- oder Stücklizenzgebühr die Verkaufszahlen vom Lizenznehmer wahrheitswidrig zu niedrig angegeben werden und sich die tatsächlich gezahlte Lizenzgebühr bezogen auf Umsatz oder Stückzahl vermindert. Trotz identischer Vertragskonditionen, die beispielsweise im Rahmen eines Standardlizenzvertrages vereinbart wurden, kann es faktisch zu einer Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen Lizenznehmern kommen, die kein Underreporting vornehmen und daher eine relativ höhere Gebühr zu entrichten haben.⁴³²

⁴³⁰ Siehe beispielsweise das MPEG-2 License Agreement der *MPEG LA*.

⁴³¹ Schulte-Kühnen, § 24 Rn. 57; Kühnen/Geschke, Rn. 545.

⁴³² OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange-Book-Standard*.

Es stellt sich die Frage, ob die beschriebenen Verhaltensweisen als Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbots anzusehen sind. Eine „Behandlung“ im Sinne eines aktiven Tuns liegt nicht vor. Es ist vielmehr als Unterlassen zu qualifizieren, wenn der Patentinhaber seine Verletzungsansprüche nicht durchsetzt, respektive im Fall eines Underreporting sein Recht auf Rechnungslegung gemäß § 259 BGB gegenüber dem Lizenznehmer nicht wahrnimmt.⁴³³ Ein Unterlassen kann nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen nur dann einem aktiven Tun gleichgestellt werden, wenn eine Rechtspflicht zur Vornahme der konkreten Handlung besteht.⁴³⁴ Den Schutzrechtsinhaber müsste also eine Pflicht treffen, eine rechtswidrige Nutzung des Patents zu verfolgen bzw. ein Underreporting durch Dritte zu verhindern. Zwar kann ein Patentinhaber grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er seine Ausschließlichkeitsstellung mittels Klage durchsetzt oder schuldrechtliche Ansprüche geltend macht. Allerdings wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bisweilen vertreten, dass einen marktbeherrschenden Patentinhaber ausnahmsweise eine entsprechende Pflicht zum Handeln treffen kann.⁴³⁵ Als Begründung kommt die besondere Verantwortung in Betracht, die ein marktbeherrschendes Unternehmen für die Wettbewerbssituation trägt und die durch das Gleichbehandlungsgebot konkretisiert wird.⁴³⁶ Dieses Gebot enthält nicht nur die Regelung, eine unterschiedliche Behandlung von Handelspartnern zu unterlassen, sondern verlangt auch aktives Tun, wenn nur auf diese Weise eine Gleichbehandlung herbeizuführen ist, wie Belieferungs- oder Lizenzierungspflichten zeigen.⁴³⁷ Je größer die Marktstärke, desto strenger ist die Verhaltensbindung und desto geringer ist der Gestaltungsspielraum des Normadressaten.⁴³⁸

⁴³³ Vgl. *Osterrieth*, Rn. 388.

⁴³⁴ *Grabitz/Hilf-Booß*, Art. 232 EGV Rn. 16 ff.; *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 31; vgl. die ausdrückliche Regelung in § 13 Abs. 1 StGB.

⁴³⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (109) – *Videosignal-Codierung I*.

⁴³⁶ *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 269; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 259.

⁴³⁷ BGH, Urt. v. 16.12.1965, KZR 1/65, GRUR 1966, 399; *Immenga/Mestmäcker-Emmerich*, *GWB*, § 33 Rn. 48; *MüKoEu-Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 268.

⁴³⁸ BGH, Urt. v. 30.3.2004, KZR 1/03, WuW/E DE-R 1283, 1286 – *Der Oberhammer*; *Wiedemann-Lübbert*, § 24 Rn. 1.

Übertragen auf einen marktbeherrschenden Patentinhaber erscheint es durchaus vertretbar, aus der genannten Marktstrukturverantwortung eine Pflicht zum Einschreiten gegen eine rechtswidrige Nutzung des Schutzrechts und eine in unzulässiger Weise verringerte Gebührenzahlung abzuleiten. Der Schutzrechtsinhaber als alleiniger Anbieter auf dem Lizenzmarkt kontrolliert den Zugang zu einem nachgelagerten Markt. Ihn trifft mithin ein besonders hohes Maß an Verantwortung zur Gleichbehandlung der Lizenznehmer, da auf anderem Weg keine Chancengleichheit zwischen den Wettbewerbern zu erreichen ist. Die dargestellten Verhaltensweisen führen zu einer faktischen Ungleichbehandlung, verzerren das Geschehen auf dem nachgelagerten Markt und stehen dadurch in ihrer Wirkung einer Diskriminierung durch unterschiedliche Vertragsbedingungen gleich. Mithin ist auch in diesen Fällen von einer Ungleichbehandlung im Sinne des Missbrauchsverbots auszugehen.

Nicht überzeugen kann hingegen die Auffassung des LG Düsseldorf, das das Vorliegen einer Ungleichbehandlung davon abhängig machen will, ob dem Patentinhaber ein Einschreiten gegen die genannten Verhaltensweisen unter Berücksichtigung aller Umstände zugemutet werden kann.⁴³⁹ Zum einen ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung rein objektiv zu bestimmen und kann nicht von der individuellen Situation des Normadressaten abhängig gemacht werden.⁴⁴⁰ Zum anderen ändern Umstände, wie die vom Gericht beispielhaft genannte fehlende Rechtsschutzmöglichkeit im Verfolgungsland, nichts an der bestehenden Ungleichbehandlung, sondern sind im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung zu berücksichtigen.⁴⁴¹

(3) Sachliche Rechtfertigung

Eine Ungleichbehandlung ist dann nicht missbräuchlich, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist.⁴⁴² Das Vorliegen einer Rechtfertigung ist im Rahmen einer umfas-

⁴³⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (109) – *Videosignal-Codierung I*.

⁴⁴⁰ Siehe oben unter 2. Teil B. III. 1., S. 27.

⁴⁴¹ Vgl. Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (109) – *Videosignal-Codierung I*

⁴⁴² *Bechtold*, § 20 Rn. 52; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 56; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 260.

senden Abwägung zwischen dem unternehmerischen Freiraum des Normadressaten und den Zielen des Wettbewerbsrechts zu prüfen.⁴⁴³ Dabei spielen Umstände des Einzelfalls eine entscheidende Rolle, sodass es eine abschließende Bestimmung von Rechtfertigungsgründen nicht geben kann.

Im Zusammenhang mit einer diskriminierenden Lizenzierungspraxis lassen sich allerdings allgemeine Aussagen aus dem Urteil *Standard-Spundfass* entnehmen, das nach seiner Rezeption in Rechtsprechung und Literatur insoweit als Leitentscheidung anzusehen ist.⁴⁴⁴ Der BGH setzt sich in den Entscheidungsgründen mit dem Verhältnis von Patentrecht und Kartellrecht auseinander und lässt Maßgaben für eine Rechtfertigungsprüfung erkennen. Entsprechend ist danach zu differenzieren, ob dem Patentinhaber ein „weiter Spielraum“ im Hinblick auf eine Ungleichbehandlung zusteht oder „strengere Anforderungen“ an eine sachliche Rechtfertigung zu stellen sind.⁴⁴⁵

(a) Weiter Spielraum des Patentinhabers

Der Senat stellt fest, dass einem marktbeherrschenden Patentinhaber prinzipiell ein weiter Spielraum bei der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Lizenzinteressenten zustehe. Das Patentrecht schütze zum Zwecke der Technologieförderung gerade auch das im Schutzrecht verkörperte Potenzial, die „formale Ausschließlichkeitsstellung auf dem Markt zu einem wirtschaftlichen Monopol ausbauen zu können“, also das Schutzrecht für sich zu behalten und auf diese Weise Konkurrenzprodukte vom Markt zu verdrängen. Daher könne ein Patentinhaber

⁴⁴³ *Bechtold*, § 20 Rn. 52; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 56; *Dauses-Emmerich*, H. I. Rn. 406; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 260; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Lübbig*, Art. 82 Rn. 166.

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.10.2008, VI-U (Kart) 42/06 CIPR 2009, 29 – *Tintendruckerpatrone*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (93) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734; *Kühnen/Geschke*, Rn. 542 ff.; *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1066).

⁴⁴⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

auch frei darüber entscheiden, ob er anstelle oder neben einer Eigennutzung einzelnen oder allen Bewerbern eine Lizenz erteilt und zu welchen Bedingungen dies geschehen soll.⁴⁴⁶

Die Ausführungen machen deutlich, dass der BGH bei der Rechtfertigungsprüfung die Ziele und Funktionsweise des Patents als Immaterialgüterrecht berücksichtigt und aus der zu diesem Zweck gewährten Ausschließlichkeitsstellung einen besonderen Prüfungsmaßstab für Patentinhaber ableitet. Was allerdings unter diesem „weiten Spielraum“ des Schutzrechtsinhabers zu verstehen ist, lässt das Gericht in der Entscheidung offen. Der Formulierung lässt sich entnehmen, dass damit nicht jede Art von Diskriminierung erlaubt sein soll, denn auch ein weiter Spielraum hat seine Grenzen bei deren Überschreiten eine Rechtfertigung ausscheidet. Dies wird aber wohl erst dann angenommen werden können, wenn das Verhalten des Patentinhabers im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Ziele geradezu unerträglich erscheint.

(b) Strengere Anforderungen

Strengere Anforderungen an die Rechtfertigung müssen allerdings dann erfüllt werden, wenn zu der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers „zusätzliche Umstände“ hinzutreten.⁴⁴⁷

(aa) Zusätzliche Umstände

Das Gericht führte aus, dass sich diese Umstände nicht für alle denkbaren Fallgruppen abschließend bestimmen lassen. Für die Entscheidung des konkreten Falles reichte die Feststellung aus, dass zusätzliche Umstände jedenfalls vorlägen, wenn sich die marktbeherrschende Stellung nicht allein aus der der Erfindung zugrunde liegenden Leistung ergebe. Das sei dann der Fall, wenn nicht die Überlegenheit der technischen Lehre gegenüber Alternativlösungen, sondern (zumindest auch) die Entstehung einer Norm oder eines Standards zur Verwendung des Patents zwingt.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁴⁷ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

Obwohl das Urteil insoweit nur die tragenden Erwägungen für das zu entscheidende Verfahren liefert, lassen sich einige verallgemeinerungsfähige Aussagen entnehmen. Zunächst kann festgehalten werden, dass „zusätzliche Umstände“, trotz ähnlicher Formulierung, nicht mit den „außergewöhnlichen Umständen“ gleichzusetzen sind, die die Gemeinschaftsgerichte für die Fallgruppe einer generellen Lizenzverweigerung entwickelt haben.⁴⁴⁹ Die entsprechenden Voraussetzungen, insbesondere das Anbieten eines neuen Produktes und die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt als Folge der Verweigerung, prüft der BGH nicht.

Maßgeblich soll vielmehr sein, ob durch die Ungleichbehandlung allgemein „die Freiheit des Wettbewerbs als Ziel des Kartellrechts gefährdet wird“.⁴⁵⁰ Diese Wortwahl wirkt im Hinblick auf die nachfolgende Prüfung etwas zu weitgehend. Das Gericht betont nämlich selbst, dass das Erstarken einer patentrechtlichen Position zu einem Monopol unter Umständen hingenommen werden muss.⁴⁵¹ Ein Monopol, d.h. ein Zustand in dem keinerlei Wettbewerb gegeben ist, gefährdet aber in jedem Fall die Freiheit desselben. Es kommt daher präziser darauf an, welches Verhalten – auch wenn es die Freiheit des Wettbewerbs gefährdet – im Hinblick auf die Ziele und Funktionsweise des Patentrechts zu tolerieren ist, also der Patentinhaber mit anderen Worten eine kartellrechtliche Sonderbehandlung durch Einräumung eines „weiten Spielraums“ erfahren soll.

Zur Beantwortung dieser Frage prüft der BGH, ob sich die marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers „(allein) aus der der Erfindung zugrundeliegenden Leistung ergibt“ oder andere Einflussfaktoren dabei eine Rolle gespielt haben.⁴⁵² Das Gericht bestimmt mit anderen Worten die bereits im Rahmen der generellen Lizenzverweigerung erwähnte Belohnungsreichweite des Schutzrechts, d.h., inwieweit dem Inhaber die Früchte seiner Anstrengungen uneingeschränkt zustehen sollen, weil sie allein auf einer unternehmerischen Leistung beruhen.⁴⁵³ In dem

⁴⁴⁹ Siehe oben unter 2. Teil B. III. 1., S. 26.

⁴⁵⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁵¹ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁵² BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (77) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁵³ Siehe oben unter 3. Teil A I. 2. b) dd) (2), S. 73 ff.

Verfahren *Standard-Spundfass* war Letzteres nicht der Fall, da die Marktmacht des Patentinhabers wie in den meisten Fällen jedenfalls auch damit zusammenhing, dass die geschützte Lehre Eingang in eine Norm gefunden und sich dadurch der Lizenzmarkt auf das Streitpatent verengt hatte.⁴⁵⁴

Auch wenn der BGH diese Möglichkeit nicht ausdrücklich erwähnt hat, erscheint es darüber hinaus vertretbar, auch die Investitionstätigkeit des Patentinhabers bei der Entwicklung des Schutzrechts zu berücksichtigen. Denn die getätigten Aufwendungen für Forschung und Entwicklung sind bei der Belohnungsreichweite des Schutzrechts zu berücksichtigen und können als Teil der erfinderischen Leistung im weiteren Sinne angesehen werden, die im Interesse der Technologieförderung zu schützen ist. Sind solche Investitionen nicht in nennenswertem Umfang getätigt worden, erscheint es nicht erforderlich, dass das Kartellrecht an den Patentinhaber geringere Anforderungen stellt als an andere marktbeherrschenden Unternehmen. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen im Rahmen der Rechtfertigung einer generellen Lizenzverweigerung verwiesen werden.⁴⁵⁵

(bb) Inhalt der strengeren Anforderungen

Liegen zusätzliche Umstände vor, beruht also die marktbeherrschende Stellung nicht allein auf der Leistung des Patentinhabers, sind an eine Rechtfertigung strengere Anforderungen zu stellen. Die Verwendung des Komparativs durch den BGH ist lediglich in Relation zum besonderen Maßstab bei marktbeherrschenden Patentinhabern zu verstehen und bedeutet keine gesteigerten Anforderungen im Verhältnis zu anderen Fällen der Ungleichbehandlung. Es gilt vielmehr der allgemeine Prüfungsrahmen, der auch außerhalb patentrechtlich geprägter Fallgestaltungen zur Anwendung gelangt.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (77) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁵⁵ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. b) dd), S. 70.

⁴⁵⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (76) – *Standard-Spundfass*.

Wie bereits erwähnt, wird dabei im Rahmen einer umfassenden Abwägung festgestellt, ob ein Umstand eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.⁴⁵⁷ Denn auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ist es zuzugestehen, nach dem größtmöglichen Vorteil zu streben⁴⁵⁸ „und zu nehmen, was der Markt hergibt“.⁴⁵⁹ Aus dem Gleichbehandlungsgebot ergibt sich auch keine Rechtspflicht zu einer schematischen Gleichbehandlung aller Handelspartner.⁴⁶⁰ Unterschiede müssen jedoch vor dem Hintergrund der besonderen Marktverantwortung des Normadressaten sachlich begründet sein, um zu verhindern, dass durch das Geschäftsgebaren des Unternehmens in marktbeherrschender Stellung der Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt verzerrt wird. Die (potenziellen) Vertragspartner dieses Unternehmens dürfen im Wettbewerb untereinander nicht bevorzugt oder benachteiligt werden.⁴⁶¹

Bei einer Lizenzierungspraxis scheiden als Rechtfertigungsgründe alle Faktoren aus, die mit der Belieferung von Waren zu tun haben, wie unterschiedliche Produktions-, Rohstoff-, Transport- und Arbeitskosten sowie Zölle.⁴⁶² Denn ein Schutzrecht kann wegen seines immateriellen Charakters unbeschränkt weitergegeben werden. Abgesehen von den Aufwendungen für die jeweilige Lizenzierung fallen dabei keine weiteren Kosten an.⁴⁶³ Als Rechtfertigungsgrund kommt allerdings die Erteilung von Lizenzen für unterschiedliche Produktkategorien in Betracht. So kann ein Patent bei verschiedenen Produktarten Anwendung finden (beispielsweise ein Komprimierungsstandard für Musik bei Abspielgeräten und Software).

⁴⁵⁷ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 227 – *United Brands*; Immenga/Mestmäcker-*Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 255; Immenga/Mestmäcker-*Markert*, GWB, § 20 Rn. 129 ff.; MüKoEu-*Eilmansberger*, Art. 82 Rn. 277 ff.

⁴⁵⁸ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (78) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁵⁹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 227 – *United Brands*.

⁴⁶⁰ Immenga/Mestmäcker-*Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 259; von der Groeben/Schwarze-*Schröter*, Art. 82 Rn. 225.

⁴⁶¹ EuGH, Urt. v. 15.3.2007, C-95/04 P, Slg. 2007, I-02331, Rn. 143 – *British Airways*; BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*; Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (79) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁶² Vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207, Rn. 227 – *United Brands*; EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94, Slg. 1997, II-01689, Rn. 87 – *Deutsche Bahn*; Immenga/Mestmäcker-*Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 260.

⁴⁶³ *Geradin*, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (21).

Fraglich ist, inwieweit gegenüber den Herstellern bei der Lizenzierung desselben Schutzrechts auch unterschiedliche Konditionen zulässig sind. Das Diskriminierungsverbot soll, wie bereits erwähnt, den nachgelagerten Markt vor Verzerrungen schützen. Zu einer solchen Verzerrung kommt es, wenn die durch die Ungleichbehandlung betroffenen Unternehmen in ihrer Wettbewerbsfähigkeit untereinander beeinträchtigt werden.⁴⁶⁴ Die Rechtsprechung differenziert daher in vergleichbaren Konstellationen danach, inwieweit die Handelspartner des Marktbeherrschers miteinander im Wettbewerb stehen.⁴⁶⁵ So hat der BGH in seiner Entscheidung *Pay-TV-Durchleitung* ein Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf PayTV- und FreeTV-Anbieter verneint, da sich die Angebote durch die Art der Bezahlung und Programmstruktur zu sehr voneinander unterscheiden sollen.⁴⁶⁶ Um allgemeine Kriterien zu erhalten, bietet sich eine Orientierung an den Prinzipien zur Marktabgrenzung an.⁴⁶⁷ Agieren die Lizenznehmer auf einem in sachlicher, räumlicher wie zeitlicher Hinsicht gemeinsamen Markt, so stehen sie regelmäßig miteinander im Wettbewerb; bei fehlender Marktkongruenz ist das eher nicht der Fall.⁴⁶⁸ Eine Ungleichbehandlung kann mithin kartellrechtlich unbedenklich sein, wenn unterschiedliche Märkte betroffen sind und die betroffenen Lizenznehmer nicht miteinander konkurrieren.

bb) Ausbeutungsmisbrauch

Es verstößt gegen Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV (ex-Art. 82 EGV) und § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung dazu ausnutzt, von Vertragspartnern unangemessene Entgelte zu fordern oder eben solche Geschäftsbedingungen zu erzwingen. Entsprechend ist es auch einem marktbeherrschenden Patentinhaber untersagt, überhöhte Gebühren zu verlangen oder

⁴⁶⁴ BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*.

⁴⁶⁵ EuGH, Urt. v. 11.12.2008, C-52/07, BeckRS 2008, 71312 – *STIM*; BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*; Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (73) – *Standard-Spundfass*.

⁴⁶⁶ BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*.

⁴⁶⁷ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa), S. 40 ff.

⁴⁶⁸ *Geradin*, in: Ehlermann/Marquis, European Competition Law Annual 2007, 671 (701 f.).

sonst unangemessene Bedingungen in die Lizenzverträge aufzunehmen.⁴⁶⁹ Bei der Feststellung eines Missbrauchs ist dabei auf allgemeine Kriterien zurückzugreifen.⁴⁷⁰

Preise und Bedingungen werden als unangemessen betrachtet, wenn sie in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Ware oder Dienstleistung stehen.⁴⁷¹ Die besondere Schwierigkeit des Ausbeutungstatbestandes bildet die Feststellung einer solchen Diskrepanz.⁴⁷² Denn während der Preis für ein Produkt im Normalfall durch das freie Spiel von Angebot und Nachfrage entsteht, fehlt es in Fällen der Marktbeherrschung gerade an einem funktionierenden Wettbewerb als Voraussetzung für eine unbeeinflusste Preisbildung.⁴⁷³ Es muss daher auf anderem Wege ermittelt werden, welche Entgelte und Bedingungen sich bei einem funktionierenden Wettbewerb ergeben hätten. Wegen dieser Schwierigkeiten besteht Einigkeit darüber, dass der Ausbeutungstatbestand mit einer gewissen Vorsicht angewandt werden muss.⁴⁷⁴ Bei der Überprüfung der Entgelthöhe wird daher verlangt, dass der Preis des Normadressaten erheblich über dem objektiven wirtschaftlichen Wert der Leistung liegen muss.⁴⁷⁵ Eine Überschreitung von 10 Prozent soll dafür jedenfalls nicht ausreichen.⁴⁷⁶ Andere Geschäftsbedingungen als Entgelte können unangemessen sein, wenn sie offensichtlich unbillig sind und einem angemessenen Ausgleich der

⁴⁶⁹ Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 158; Schulte-Kühnen, § 24 Rn. 59; Fine, S. 124; Klees, EWS 2008, 449 (454); Weck, NJOZ 2009, 1177 (1182).

⁴⁷⁰ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Axter/Schütze, GRUR Rn. 119; Fuchs, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (170 f.).

⁴⁷¹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1979, 207, Rn. 197, 235 – *United Brands*; Urt. v. 13.11.1975, 26/75, Slg. 1975, 1367, Rn. 11 – *General Motors*.

⁴⁷² Immenga/Mestmäcker-Möschel, Art. 82 Rn. 140.

⁴⁷³ Wiedemann-de Bronett, § 22 Rn. 38.

⁴⁷⁴ Wiedemann-de Bronett, § 22 Rn. 51.

⁴⁷⁵ EuGH, Urt. v. 13.11.1975, 26/75, Slg. 1975, 1367, Rn. 11 – *General Motors*; Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1979, 207, Rn. 197, 235 – *United Brands*; Urt. v. 13.7.1989, 395/87, Slg. 1989, 2521 (2581) – *Tounier*; BGH, Beschl. v. 16.12.1976, KVR 2/76, GRUR 1977, 269 (276) – *Valium*; Beschl. v. 22.7.1999, KVR 12/98, NZV 2000, 326 (329); OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 148; Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 170; Wiedemann-de Bronett, § 22 Rn. 51.

⁴⁷⁶ Wiedemann-de Bronett, § 22 Rn. 51.

jeweiligen Parteiinteressen nicht entsprechen.⁴⁷⁷ Beispielsweise kann die Ausschreibung eines Entwicklungsauftrages durch ein marktbeherrschendes Unternehmen unangemessen sein, wenn der Zuschlag nur unter der Bedingung erteilt wird, dass ein unbeschränktes Nutzungsrecht an allen Zeichnungen, Patenten und anderen Schutzrechten eingeräumt wird.⁴⁷⁸

(1) Feststellung unangemessener Entgelte und Bedingungen

Als Messmethoden zur Feststellung unangemessener Bedingungen kommen das Vergleichsmarkt- und das Gewinnbegrenzungskonzept in Betracht.

(a) Vergleichsmarktkonzept

Das Vergleichsmarktkonzept, das seinen Niederschlag in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gefunden hat, untersucht, welche Vertragskonditionen sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben hätten. Im Einzelnen ist zwischen dem sachlichen, räumlichen und zeitlichen Vergleichsmarkt zu unterscheiden.⁴⁷⁹ Der erstgenannte Ansatz ermittelt die Preise für Waren und Dienstleistungen, die denjenigen des Marktbeherrschers ähnlich sind und auf demselben räumlichen Markt von Dritten angeboten werden (competitors benchmark). Die räumliche Vergleichsmarktmethode untersucht die Konditionen auf einem geographisch verschiedenen Markt, der einen wirksamen Wettbewerb aufweist (geographic benchmark). Die dritte Methode betrachtet schließlich das Preisniveau auf demselben Markt zu einem früheren Zeitpunkt. Dabei wird in der Regel das Verhalten des jetzigen Marktbeherrschers zugrunde gelegt (Sockeltheorie oder historical costs benchmark).⁴⁸⁰

Im Fall einer Patentlizenzierung wird ein *sachlicher Vergleichsmarkt* nur schwer zu finden sein.⁴⁸¹ Der Lizenzmarkt beschränkt sich gerade deshalb auf das jeweilige

⁴⁷⁷ EuGH, Urt. v. 27.3.1974, 127-73, Slg. 1974, 313, Rn. 6/8 – *BRT/SABAN*; Wiedemann-*de Bronnett*, § 22 Rn. 56.

⁴⁷⁸ Wiedemann-*de Bronnett*, § 22 Rn. 56.

⁴⁷⁹ Langen/*Bunte-Bulst*, Art. 82 Rn. 171; von der Groeben/*Schwarze-Schröter*, Art. 82 Rn. 187.

⁴⁸⁰ EuGH, Urt. v. 11.11.1986, 226/84, Slg. 1986, 3263, Rn. 27 – *British Leyland*; von der Groeben/*Schwarze-Schröter*, Art. 82 Rn. 188.

⁴⁸¹ *Bartmann*, S. 343; *Beckmerhagen*, S. 360; *Geradin*, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (19)

Schutzrecht, weil es aus Sicht der Nachfrageseite keine Alternativen dazu gibt.⁴⁸² Das bedeutet zugleich, dass andere technische Lösungen in der Regel so erheblich von dem betroffenen Schutzrecht abweichen, dass sie wegen ihrer Verschiedenartigkeit nicht als Grundlage für den Vergleich des Preisniveaus herangezogen werden können.⁴⁸³

Weiterführend ist die Betrachtung unterschiedlicher *räumlicher Märkte*, weil in diesem Fall die Lizenzierung desselben und damit tatsächlich vergleichbaren Schutzrechts betrachtet wird. So ist es denkbar, dass für eine technische Lehre in verschiedenen Ländern Patentschutz gewährt wurde und es sogar verschiedene Rechtsinhaber gibt, die zu unterschiedlichen Konditionen Lizenzen erteilen. In der Praxis ist dies jedoch der Ausnahmefall. Insbesondere im Bereich von standardessentiellen Schutzrechten ist es üblich, dass der Inhaber Schutzrechte in allen wesentlichen Ländern auf sich vereinigt, um im Anschluss Lizenzen für eine weltweite Nutzung zu vergeben.⁴⁸⁴ In diesen Fällen scheidet ein Vergleich in geographischer Hinsicht aus.

Besondere Bedeutung kommt schließlich dem *zeitlichen Vergleichsmarkt* zu. Scheiden andere Vergleichsmöglichkeiten aus, bildet das Verhalten des Patentinhabers selbst den einzigen Anknüpfungspunkt für eine Bewertung. Dabei können insbesondere steigende Lizenzgebühren ein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten sein. Denn es entspricht dem Charakter eines Immaterialgüterrechts, dass durch die Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten, abgesehen von den jeweiligen Transaktions- oder Vertragskosten durch die Lizenzerteilung selbst, keine weiteren Kosten entstehen. Ein höheres Preisniveau kann daher nicht mit gestiegenen Kosten gerechtfertigt werden, sondern erhöht im Zweifel ausschließlich die Gewinnspanne des Patentinhabers.⁴⁸⁵

⁴⁸² Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) aa) (3), S. 46 ff.

⁴⁸³ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (19).

⁴⁸⁴ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (19).

⁴⁸⁵ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (21).

(b) Gewinnbegrenzungskonzept

Nach dem Konzept der Gewinnbegrenzung soll ein missbräuchliches Verhalten durch einen Vergleich zwischen dem geforderten Preis und einem angemessenen Produktpreis festgestellt werden.⁴⁸⁶ Ein angemessener Produktpreis wird auf der Basis der jeweiligen Gestehungskosten und einer Verzinsung des eingesetzten Kapitals ermittelt.⁴⁸⁷ Die Ermittlung der Gestehungskosten folgt dabei dem betriebswirtschaftlichen Ansatz der Vollkostenrechnung.⁴⁸⁸ Das bedeutet, dass sowohl produkt- und leistungsspezifische Kosten (Einzelkosten) sowie der Anteil an allgemeinen Betriebskosten (Gemeinkosten), welcher der Bedeutung des Produkts im Rahmen des gesamten Betriebes entspricht, zu berücksichtigen sind.⁴⁸⁹

Das Gewinnbegrenzungskonzept wird von weiten Teilen der Literatur sehr kritisch betrachtet, da die Bestimmung anhand angemessener Kosten und einer Verzinsung letztlich zu einem „iustum pretium“ (lat.: gerechter Preis) führe, der mit der bestehenden Wettbewerbsordnung unvereinbar sei.⁴⁹⁰ In Bezug auf die Bewertung von Lizenzgebühren setzt sich diese Kritik fort.⁴⁹¹ Trotz der dargestellten Schwierigkeiten und der durchaus beachtenswerten Argumente hat das Gewinnbegrenzungskonzept allerdings seine Berechtigung, wenn das bereits dargestellte Vergleichsmarktkonzept nicht zur Anwendung gelangen kann. Denn die Durchsetzung kartellrechtlicher Vorschriften kann in solchen Fällen nicht daran scheitern, dass eine präzisere Methode zur Feststellung eines Missbrauchs nicht zur Verfügung steht.⁴⁹²

⁴⁸⁶ *Schröter/Jacob/Mederer*, Art. 82 Rn. 183.

⁴⁸⁷ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1979, 207, Rn. 197, 235 – *United Brands*; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, § 19 Rn. 158; *Schröter/Jacob/Mederer*, Art. 82 Rn. 183; *Kuhn*, WuW 2006, 578 (582).

⁴⁸⁸ Zu Einzelheiten siehe *Coenenberg/Fischer/Günther*, S. 61, 124 ff.

⁴⁸⁹ KomE v. 19.12.1974, IV/28.851, ABl. 1975, Nr. L 29/14 (16) – *General Motors Continental*; *Schröter/Jacob/Mederer*, Art. 82 Rn. 184.

⁴⁹⁰ *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, § 19 Rn. 158; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Götting*, § 19 Rn. 80.

⁴⁹¹ *Geradin*, *Fortcoming Antitrust Law Journal* 2009, 1 (16 ff.); *Klees*, EWS 2008, 445 (454); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1182).

⁴⁹² In diese Richtung auch *Fuchs*, in: *Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 147 (171).

Bei der Einräumung von Nutzungsrechten an einem Patent entspricht der Produktpreis den Kosten für eine Lizenzerteilung. Diese bestehen nur zu einem geringen Teil aus variablen Kosten, nämlich den bereits erwähnten Transaktionskosten. Den weitaus größten Teil bilden Fixkosten, die bei der Entwicklung des Schutzrechts entstanden sind.⁴⁹³ Diese Ausgaben müssen bei der Wertermittlung eines Patents Berücksichtigung finden. Die Feststellung letztgenannter Aufwendungen ist allerdings mit praktischen Schwierigkeiten verbunden.⁴⁹⁴ Forschungsbemühungen innerhalb eines Unternehmens – und damit die dabei angefallenen Kosten – lassen sich nicht ohne Weiteres einem einzelnen Schutzrecht zuordnen. Außerdem führen erfahrungsgemäß nicht alle Forschungsanstrengungen zum Erfolg; daher ist es erforderlich, Kosten für Grundlagenforschung und fehlgeschlagene Projekte durch die Lizenzierung einzelner erfolgreicher Patente auszugleichen.⁴⁹⁵ Eine sinnvolle Aufschlüsselung der genannten Positionen und Zuordnung zu bestimmten Schutzrechten ist mithin nur unter Zuhilfenahme der internen Kostenrechnung des Inhabers möglich.

(2) Besonderheiten im Zusammenhang mit Standardisierung und Normung

Im Zusammenhang mit Standardisierung und Normung spielt der Vorwurf eines Ausbeutungsmissbrauchs eine besondere Rolle, wie die jüngere instanzgerichtliche Rechtsprechung belegt.⁴⁹⁶ Die Ursache dafür ist, dass die durch standardessentielle Schutzrechte vermittelte marktbeherrschende Stellung in besonderem Maße dazu genutzt werden kann, überhöhte Lizenzgebühren zu verlangen. Im Folgenden wird daher untersucht, unter welchen Umständen ein Nutzungsentgelt im Umfeld von Standardisierung und Normung als kartellrechtlich unangemessen zu bewerten ist.

⁴⁹³ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (18).

⁴⁹⁴ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (18).

⁴⁹⁵ Geradin, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (19); Treacy/Lawrance, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2007 1 (3).

⁴⁹⁶ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (103 ff.) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732, S. 13 ff. – *GSM-Standard*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07, NJOZ 2009, 930 (941 ff.) – *MPEG 2-Standard*.

(a) Strategischer Wert und Normungslohn

Besonders in innovativen Branchen kann es zwischen verschiedenen technischen Lösungen zu einem so genannten Normungswettlauf kommen.⁴⁹⁷ Die Schutzrechtsinhaber forcieren zunächst die Verbreitung ihrer jeweiligen Technik, indem sie nur geringe Gebühren erheben oder sogar Freilizenzen gewähren. Werden auf diese Weise, gegebenenfalls unterstützt von Netzwerkeffekten, Konkurrenzsubstitute verdrängt, kann die Technik zu einem de facto-Standard erstarken oder Eingang in eine Norm finden.⁴⁹⁸ In der Folge wird das Schutzrecht unerlässlich für den Marktzutritt und es erhöht sich die Zahlungsbereitschaft der Lizenzinteressenten.⁴⁹⁹ Nicht der Wettbewerbswert der Technologie (Patentlohn) allein, sondern der Zusatzwert als Norm oder Standard (strategischer Wert oder Normungslohn) bestimmt dann die Gebührenhöhe.⁵⁰⁰ Es stellt sich die Frage, ob dieser Zusatzwert dem Schutzrechtsinhaber zusteht.

Manche Autoren bejahen diese Frage uneingeschränkt.⁵⁰¹ So schütze das Kartellrecht im immaterialgüterrechtlichen Bereich allein Innovationsanreize und nicht Wettbewerber vor höheren Preisen.⁵⁰² Wenn der Markt die geschützte Lehre wegen der Aufnahme in eine Norm höher bewerte, so sei ein entsprechend erhöhter Preis angemessen.⁵⁰³ Außerdem sei es eine legitime Praxis, die Verbreitung der Technologie durch niedrige Anfangspreise zu erleichtern und später höhere Gebühren zu verlangen.⁵⁰⁴ Nach anderer Ansicht darf der Inhaber weder bei de jure- noch bei

⁴⁹⁷ *Ulrich*, GRUR 2007, 817 (820).

⁴⁹⁸ *Ulrich*, GRUR 2007, 817 (820).

⁴⁹⁹ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (326); *Farrell/Hayes/Shapiro/Sullivan*, 74 Antitrust Law Journal No. 3 (2007), 603 (616 ff.); *Klees*, EWS 2008, 449 (454); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1188); a.A. *Geradin*, in: Ehlermann/Marquis, European Competition Law Annual 2007, 671 (691 ff.).

⁵⁰⁰ *Ulrich*, GRUR 2007, 817 (822).

⁵⁰¹ *Geradin*, in: Ehlermann/Marquis, European Competition Law Annual 2007, 671 (692 f.); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1182).

⁵⁰² *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1182).

⁵⁰³ *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1187).

⁵⁰⁴ *Geradin*, in: Ehlermann/Marquis, European Competition Law Annual 2007, 671 (691 f.).

de facto-Standards den strategischen Wert seines Schutzrechts realisieren.⁵⁰⁵ Diese Wertkomponente stehe ihm nicht zu, weil sie nicht auf der erfinderischen Leistung, sondern auf der Etablierung als Standard und der damit verbundenen Bindung der Abnehmer beruhe.⁵⁰⁶

Die letztgenannte Auffassung verdient Zustimmung. Ausgangspunkt der Überlegung muss sein, dass dem Patentinhaber das Recht zusteht, sein Schutzrecht zu Marktbedingungen zu verwerten. Der Preis wird regelmäßig dadurch gebildet, dass ein Schutzrecht mit anderen substituierenden Lösungen im Wettbewerb steht. Handelt es sich allerdings ausnahmsweise um ein unerlässliches Patent, so fehlt dieses Regulativ.⁵⁰⁷ Nicht allein der Wert der Technologie, sondern der Zusatzwert als Standard bestimmt den Preis, der als echter „Monopollohn“ allein vom Schutzrechtsinhaber bestimmt werden kann.⁵⁰⁸ Auf diesen Lohn besteht von Seiten des Inhabers allerdings kein Anspruch. Bereits im Rahmen der Rechtfertigung einer Lizenzverweigerung wurde auf die Bedeutung der Belohnungsreichweite für die Bestimmung kartellrechtlich unbedenklichen Handels hingewiesen.⁵⁰⁹ Diese Erwägungen können auch in diesem Zusammenhang fruchtbar gemacht werden. Danach kann dem Patentinhaber zum Zwecke der Technologieförderung auch ein Monopollohn zustehen. Das gilt allerdings dann nicht, wenn dieser nicht von der Belohnungsreichweite des Schutzrechts umfasst ist, sich also nicht als Ergebnis der unternehmerischen oder erfinderischen Tätigkeit darstellt.⁵¹⁰ So liegt der Fall hier. Denn der Normungslohn beruht eben nicht allein auf der technischen Überlegenheit der geschützten Lehre, sondern auf so genannten externen Einflüssen in Form von Normierung, Netzwerk- und Lock-in-Effekten, die zu der Sonderstellung des Rechts geführt haben.⁵¹¹ Diese Auffassung wird durch die Rechtsprechung gestützt.

⁵⁰⁵ *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (172); *Klees*, EWS 2008, 449 (454); *Treacy/Lawrance*, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2007, 1 (3).

⁵⁰⁶ *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (171 f.); *Klees*, EWS 2008, 449 (454).

⁵⁰⁷ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2.a) aa) (3), S. 46 ff.

⁵⁰⁸ *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (822).

⁵⁰⁹ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. b) dd), S. 73 ff.

⁵¹⁰ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. b) dd) (2), S. 73 ff.

⁵¹¹ *Klees*, EWS 2008, 445 (454).

Die Gemeinschaftsgerichte sprechen dem jeweiligen Inhaber einen Patentlohn zu, der nicht kartellrechtlich zu beanstanden ist.⁵¹² In der Entscheidung *CICRA/Renault* nennt das Gericht als Begründung dafür ausdrücklich die getätigten Investitionen des Schutzrechtsinhabers, die einen höheren Preis rechtfertigen.⁵¹³ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Forderung eines strategischen Wertes, der seinen Ursprung gerade nicht in der Tätigkeit des Inhabers hat, sondern durch andere Faktoren bedingt ist, die Grenze der Zulässigkeit überschreitet.

Für die Wettbewerbssituation auf dem nachgelagerten Markt hätte die Durchsetzung des strategischen Patentwertes außerdem erhebliche Nachteile. Newcomer sind auf eine Lizenzierung angewiesen, die sie nach der Standardisierung nur gegen Entrichtung einer hohen Lizenzgebühr bekommen werden.⁵¹⁴ Dies kann zu einem faktischen Ausschluss der Wettbewerber führen, wenn deren Tätigkeit auf dem betroffenen Markt in Anbetracht der zu leistenden Gebühr unattraktiv erscheint. Nachdem sich die technische Lösung als Standard etabliert hat, gibt es aus Sicht des Schutzrechtsinhabers auch keine Veranlassung für ein Entgegenkommen, da für eine ausreichende Verbreitung der geschützten Technik und damit eine Festigung der marktbeherrschenden Stellung bereits gesorgt ist.⁵¹⁵

Es bleibt festzuhalten, dass die Realisierung eines Normungslohns als missbräuchlich anzusehen ist. Zur Feststellung des Missbrauchs bietet sich die zeitliche Vergleichsmarktmethode an. Vergleichsmaßstab ist der Preis, der vor der Standardisierung in Kenntnis aller Umstände ausgehandelt wurde.⁵¹⁶ Übersteigen die Lizenzforderungen nach Standardisierung („ex post-rate“) die zuvor verlangten Beträge („ex-ante rate“), so kann davon ausgegangen werden, dass die Differenz allein aufgrund des gestiegenen strategischen Wertes verlangt werden kann.⁵¹⁷ Handelt es sich um einen erheblichen Preisanstieg und sind keine anderen Gründe für die-

⁵¹² Siehe oben unter 3. Teil B. I. 1. a), S. 78 f.

⁵¹³ EuGH, Urt. v. 5.10.1988, 53/87, Slg. 1988, 6039, Rn. 17 – *CICRA/Renault*.

⁵¹⁴ KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 1008 – *Microsoft*.

⁵¹⁵ *Ulrich*, GRUR 2007, 817 (822).

⁵¹⁶ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (336); *Farrell/Hayes/Shapiro/Sullivan*, 74 Antitrust Law Journal No. 3 (2007), 603 (624).

⁵¹⁷ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (336).

sen erkennbar, so kann von einem Ausbeutungsmisbrauch ausgegangen werden. Ein gleichbleibendes Preisniveau indiziert hingegen, dass der Patentinhaber seine Marktstellung nicht missbraucht hat.

Das hat zur Folge, dass sich der Schutzrechtsinhaber zwischen zwei Handlungsmöglichkeiten entscheiden muss. Er kann mittels niedriger Gebühren eine starke Verbreitung des Patents fördern und darauf hoffen, dass sich die geschützte Lehre als (de facto-) Standard durchsetzt. Tritt diese Entwicklung ein, wird sich eine große Nachfrage nach den entsprechenden Lizenzen entwickeln. Als Alternative dazu kann er von Beginn an ein kostendeckendes (höheres) Entgelt für die Nutzung des Schutzrechts verlangen. Damit sinkt aber zugleich die Wahrscheinlichkeit einer Standardisierung, sodass unter Umständen auch die Anzahl der Lizenznehmer geringer bleibt. Ein marktbeherrschender Patentinhaber muss sich jedenfalls an seinem früheren Lizenzverhalten festhalten lassen und kann eine zwischenzeitlich erfolgte Normung nicht zu unangemessenen Gebührensteigerungen ausnutzen.

(b) Technologiepools

Als Technologiepools (Patentpools) werden Schutzrechtsgemeinschaften bezeichnet, bei denen zwei oder mehr Patentinhaber ein Technologiepaket zusammenstellen, das an Dritte in Lizenz vergeben wird.⁵¹⁸ Technologiepools spielen bei der Entstehung von Standards keine Rolle und sind daher streng von standardsetzenden Institutionen zu unterscheiden. Allerdings werden die Schutzrechtsgemeinschaften häufig gebildet, nachdem sich ein proprietärer Standard etabliert und eine Nachfrage nach Lizenzen entwickelt hat.⁵¹⁹ Technologiepools ermöglichen es dann Patentinteressenten alle standardessentiellen Schutzrechte aus einer Hand (one-stop-

⁵¹⁸ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 210; *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (216); *Ulrich*, in: Drexler, Research handbook on intellectual property and competition law, 139.

⁵¹⁹ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 211; *Kühnen/Geschke*, Rn. 550.

shop)⁵²⁰ zu erwerben und damit Transaktionskosten zu senken.⁵²¹ An einem solchen gebündeltem Angebot ist zunächst nichts Kartellrechtswidriges.⁵²² Es besteht aber die Gefahr, dass Patentszusammenschlüsse gegen das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV) bzw. § 1 GWB verstoßen, indem der Innovations- und Preiswettbewerb der Beteiligten untereinander beeinträchtigt wird.⁵²³ Die einschlägigen Leitlinien der Kommission sehen daher vor, dass nur so genannte „wesentliche Schutzrechte“ in den Patenpool aufgenommen werden dürfen.⁵²⁴ Dabei handelt es sich um Patente, für die es keinen Ersatz gibt, also auch kein Technologiewettbewerb durch deren Aufnahme verhindert wird, die aber zugleich erforderlich sind, das standardisierte Produkt herzustellen oder Verfahren ablaufen zu lassen.⁵²⁵ Schutzrechte, die die soeben dargestellten Voraussetzungen nicht erfüllen (so genannte Substitute), darf ein Technologiepool nicht enthalten.⁵²⁶

Der Vorwurf eines Ausbeutungsmissbrauchs kommt in Betracht, wenn entgegen der dargestellten Maßgaben Schutzrechte Teil des Lizenzangebotes geworden sind. Da sich die Höhe der jeweiligen Lizenzgebühr nicht zuletzt an der Anzahl der in Rede stehenden Schutzrechte orientiert, ist die Aufnahme von substituierbaren oder sogar ungültigen Schutzrechten geeignet, die Lizenzgebühr in unzulässiger Weise ansteigen zu lassen.⁵²⁷

⁵²⁰ *Melamed/Lerch*, in: Ehlermann/Anastasiu, European Competition Law Annual 2005, 273 (288).

⁵²¹ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 214; *Kühnen/Geschke*, Rn. 550; *Melamed/Lerch*, in: Ehlermann/Anastasiu, European Competition Law Annual 2005, 273 (277).

⁵²² LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07, NJOZ 2009, 930 (949) – *MPEG2-Standard; Kühnen/Geschke*, Rn. 550.

⁵²³ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 213; zu dem Verhältnis von Standardisierung und Kartellverbot siehe *Koenig/Neumann*, WuW 2009, 382 ff.; *Walther/Baumgartner*, WuW 2008, 158 ff.

⁵²⁴ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 219.

⁵²⁵ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 216.

⁵²⁶ *EU-Kommission*, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfervereinbarungen, ABl. 2004, C 101/02, Rn. 213.

⁵²⁷ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O508/05, InstGE 7, 70 (95) – *Videosignal-Codierung I*.

Anknüpfungspunkt für die unzulässige Aufnahme von Schutzrechten kann bereits die Festlegung des Standards durch die Normungsorganisation selbst sein, wenn trotz zur Verfügung stehender patentfreier Lösungen patentierte Techniken in den Standard aufgenommen oder sogar eigentlich schutzunfähige Erfindungen integriert wurden.⁵²⁸ Daneben könnte es missbräuchlich sein, wenn das spätere Lizenzangebot Schutzrechte enthält, die durch den Standard gar nicht vorgegeben sind.⁵²⁹ In beiden Fällen soll der Lizenzinteressent auch für Schutzrechte bezahlen, die zur Nutzung des Standards eigentlich nicht erforderlich sind und lediglich künstlich die Lizenzgebühr erhöhen.

Soweit sich Rechtsprechung und Literatur der Frage angenommen haben, unter welchen Voraussetzungen in einem solchen Fall ein Ausbeutungsmissbrauch vorliegen kann, wird verlangt, dass ein systematisches, im Zweifel mehrere Schutzrechte betreffendes Vorgehen des Schutzrechtsinhabers vorliegt, welches den Zweck erkennen lässt, die Lizenzgebühren durch die Aufnahme möglichst vieler Patente zu steigern.⁵³⁰ Dabei sei eine Einflussnahme auf das Standardsetzungsverfahren selbst ebenso denkbar wie die Einbeziehung von Schutzrechten bei der Zusammenstellung des Pools in Kenntnis und Billigung ihrer mangelnden Rechtsbeständigkeit.⁵³¹ Ein Missbrauch sei allerdings äußerst fraglich, wenn Standard und Technologiepool dem Inhaber zwar objektiv zugute kommen, er aber keinen Einfluss auf deren Zusammensetzung genommen habe.⁵³²

Die dargestellten Kriterien vermögen indes nicht zu überzeugen, weil das Erfordernis eines zweckgerichteten, systematischen Vorgehens dem anerkannten objektiven Konzept der Missbrauchsfeststellung widerspricht, wonach ausschließlich die

⁵²⁸ *Kühnen/Geschke*, Rn. 551; *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (210); *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (185).

⁵²⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (95) – *Videosignal-Codierung I*; *Kühnen/Geschke*, Rn. 552.

⁵³⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (95) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067; *Kühnen/Geschke*, Rn. 551 f.

⁵³¹ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (96) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 30.11.2006, 4b O 346/05, BeckRS 2007, 06067.

⁵³² LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (95) – *Videosignal-Codierung I*; *Kühnen/Geschke*, Rn. 551.

Auswirkungen des Verhaltens auf den Wettbewerb maßgeblich sind.⁵³³ Die Absicht des Patentinhabers kann für die Feststellung eines Missbrauchs daher keine Rolle spielen. Es kommt lediglich darauf an, ob von dem Lizenzsucher höhere Gebühren verlangt werden, die darauf basieren, dass der Pool unnötige oder ungültige Schutzrechte enthält. Der Missbrauch besteht darin, dass der Lizenzinteressent, weil er auf die Lizenzierung der standardessentiellen Schutzrechte angewiesen ist, weitere Lizenzen erwerben soll, die er nicht benötigt. Auch der Forderung, es müssten regelmäßig mehrere unnötige Schutzrechte enthalten sein, ist nicht zuzustimmen. Hintergrund dieses Erfordernisses mag es sein, dass es bei einer Vielzahl von Schutzrechten trotz sorgfältiger Prüfung im Normungsverfahren möglich ist, patentfreie Lösungen zu übersehen oder die Rechtsbeständigkeit eines Patents falsch einzuschätzen. Solche Bagatellfälle können aber nach allgemeinen Maßgaben gelöst werden. Ein Ausbeutungsmissbrauch kommt nur in Betracht, wenn die Lizenzgebühr eindeutig überhöht ist.⁵³⁴ Ist das nicht der Fall, weil die Aufnahme der in Rede stehenden Schutzrechte nur zu einem unwesentlichen Preisanstieg geführt hat, begründet dies noch keinen Missbrauch.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass eine Poollizenz missbräuchlich ist, wenn objektiv feststeht, dass sie unnötige oder ungültige Schutzrechte enthält und dadurch der Preis eindeutig überhöht ist.

(c) Patent Ambush

Wie bereits erörtert, gibt es zwischen der patentrechtlich vermittelten Ausschließlichkeitsstellung und einer Standardisierung einen Konflikt, weil zum einen das Untersagungsrecht des Schutzrechtsinhabers die ungehinderte Verbreitung des Standards verhindert und zum anderen die Gefahr besteht, dass der Patentinhaber die Situation nach Etablierung eines Standards dazu ausnutzt, um von den Anwendern exzessive Gebühren zu verlangen.⁵³⁵

⁵³³ Siehe oben unter 2. Teil B III. 1., S. 27.

⁵³⁴ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb), S. 99 f.

⁵³⁵ *Farrell/Hayes/Shapiro/Sullivan*, 74 *Antitrust Law Journal* No. 3 (2007), 603 (610); *Weck*, *NJOZ* 2009, 1177 (1185); siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (a), S. 104 ff.

Vor diesem Hintergrund soll bei der Festlegung eines Standards möglichst auf geschützte Techniken verzichtet werden oder, soweit ein Verzicht auf das jeweilige Patent nicht in Betracht kommt, der Zugang zu den essentiellen Schutzrechten sichergestellt und eine spätere Gebührenforderungen des Patentinhabers auf ein angemessenes Maß begrenzt werden.⁵³⁶ Um dies zu gewährleisten, sehen die internen Regelungen der Standardisierungseinrichtungen⁵³⁷ ein zweistufiges Verfahren vor: Zunächst sind alle Mitglieder verpflichtet, relevante Schutzrechte oder laufende Anmeldeverfahren frühzeitig offenzulegen, damit die Teilnehmer des Standardisierungsverfahrens in Kenntnis dieses Umstandes über die Aufnahme der geschützten Lehre in den Standard entscheiden können (so genannter „Call for IPRs“).⁵³⁸ Fällt diese Entscheidung positiv aus, so muss sich der Schutzrechtsinhaber dazu bereiterklären, das wesentliche Patent an künftige Anwender des Standards zu fairen („Fair“), angemessenen („Reasonable“) und nicht diskriminierenden („and Non-Discriminatory“) Bedingungen (so genannte „FRAND-Bedingungen“) zu lizenzieren.⁵³⁹

Bei einem so genannten „Patent Ambush“ (engl.: „Patenthinterhalt“) hält ein Unternehmen, das an einem Standardisierungsverfahren teilnimmt, eigene Patente geheim, sodass die geschützte Technik ohne Bedenken in den Standard aufgenommen werden kann. Nach Etablierung des Standards wird von denjenigen, die standardgemäße Produkte herstellen, die Zahlung (überhöhter) Lizenzgebühren verlangt und bei einer Weigerung die Durchsetzung patentrechtlicher Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche angedroht.⁵⁴⁰ Der Verstoß gegen die Offenlegungspflicht in der

⁵³⁶ *EU-Kommission*, Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa 2008, S. 11; *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (207); *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (161).

⁵³⁷ *ETSI*, Intellectual Property Rights Policy 2009, Rn. 4, 6, 8; *ITU*, Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC.

⁵³⁸ *Klees*, EWS 2008, 449 (450); *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pymont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (182).

⁵³⁹ Einige Standardisierungseinrichtungen verzichten auf das Merkmal „fair“ und verwenden so genannte „RAND-Bedingungen“, ohne dass sich daraus ein inhaltlicher Unterschied ergeben würde. Eine Übersicht findet sich bei *Välimäki*, E.C.L.R. 2008, 29 (12), 686 ff.

⁵⁴⁰ *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (186); *Klees*, EWS 2008, 449 (450); *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (271); *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pymont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (183).

Absicht zu einem späteren Zeitpunkt überhöhte Gebühren zu fordern, könnte den Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs erfüllen. Entscheidungen auf europäischer wie nationaler Ebene liegen zu dieser Frage bislang nicht vor und scheiden als Orientierung aus.⁵⁴¹ Grundlage der Prüfung kann daher ausschließlich der Tatbestand des Ausbeutungsmissbrauchs selbst sein.

Demnach ist zunächst eine marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers erforderlich. Im Zeitpunkt der unterlassenen Offenlegung wird eine solche allerdings regelmäßig noch nicht bestanden haben, weil sich der jeweilige Technologiemarkt erst nach Standardsetzung auf standardessentielle Schutzrechte beschränkt.⁵⁴²

(aa) Einbeziehung des Verhaltens im Standardisierungsverfahren

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll dennoch die fehlende Offenlegung von Schutzrechten und damit ein Verhalten vor Erlangung der Marktherrschaft bei der Prüfung eines Missbrauchs berücksichtigt werden.⁵⁴³ Begründet wird dies zum einen damit, dass ein Unternehmen, das aktiv an der Festlegung eines Standards mitgewirkt habe, schon vor Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung eine „Garantenpflicht“ für das Bestehen eines unverfälschten Wettbewerbs treffe.⁵⁴⁴ Zum anderen seien die Nichtoffenlegung und die spätere Gebührenforderung nach dem Konzept der Kommission als eine einheitliche „komplexe und fortgesetzte Zuwiderhandlung“ zu bewerten, wenn sie von einem Gesamtplan getragen seien und auf ein einheitliches Unwertziel abstellten.⁵⁴⁵ Das beschriebene Verhalten

⁵⁴¹ *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pymont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (193).

⁵⁴² *Drexler*, in: Prinz zu Waldeck und Pymont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 137 (151); *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (192); *Klees*, EWS 2008, 449 (453); *Schweitzer*, in Baudenbacher, Current Developments in European and International Competition Law, 29 (55); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (825); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1187).

⁵⁴³ *Dolmans*, 26 Fordham Int'l L.J. 2002, 163 (189); *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (192); *Makoski*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, 263 (287); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (51).

⁵⁴⁴ *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (51).

⁵⁴⁵ *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (192); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (51).

könne daher als missbräuchlich bewertet werden und als Rechtsfolge eine kartellrechtliche Zwangslizenz nach sich ziehen.⁵⁴⁶

Im Ergebnis scheint auch die Kommission dieser Auffassung zu sein. In dem bereits erwähnten Verfahren *Rambus* vertritt sie den Standpunkt, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit der im konkreten Fall verlangten Lizenzgebühren das Verhalten während der Standardsetzung zu berücksichtigen sei. *Rambus* habe in vorsätzlicher, betrügerischer Weise eine Norm erlangt, die eigene patentgeschützte Technologien enthalte. Ohne diesen Hinterhalt sei das Unternehmen nicht in der Lage gewesen, Lizenzgebühren in der geforderten Höhe zu erheben.⁵⁴⁷

(bb) Keine Einbeziehung des Verhaltens im Standardisierungsverfahren

Nach anderer Auffassung kann das Verhalten des späteren Marktbeherrschers bei der Missbrauchsprüfung keine Rolle spielen. Aus diesem Grund muss die fehlende Offenlegung von wesentlichen Schutzrechten in einem Standardisierungsverfahren auch dann außer Acht bleiben, wenn sie entgegen der einschlägigen internen Vorschriften der Normungsorganisationen und in der Absicht geschehen, später überhöhte Gebühren zu fordern.⁵⁴⁸

(cc) Stellungnahme

Erstgenannte Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Eine „Garantenpflicht“ bzw. eine besondere Verantwortung für das Marktgeschehen ergibt sich nach allgemeiner Ansicht nur aus der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens als Normadressat des Missbrauchsverbots.⁵⁴⁹ Die Pflicht zur Offenlegung beruht auf dem Innenrecht der jeweiligen Standardisierungsorganisation und hat lediglich schuldrechtlichen Charakter. Sie ist nicht geeignet, sich auf die Anwendung des Kartellrechts auszuwirken. Auch setzt die Missbrauchsprüfung erst ab dem Zeitpunkt der Marktbeherrschung an. Ein Verhalten im Vorfeld ist für die wettbewerbsrechtli-

⁵⁴⁶ *Fischmann*, GRURInt 2010, 185 (194).

⁵⁴⁷ Bekanntmachung v. 12.6.2009, COMP/C-3/38636, ABl. 2009/C 133/13, Rn. 7 – *Rambus*.

⁵⁴⁸ *Drexel*, IIC 2009, 782 (816); *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (173); kritisch auch *Immenga*, GRUR 2007, 302 (303).

⁵⁴⁹ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a), S. 39.

che Bewertung daher unerheblich.⁵⁵⁰ Denn im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht wendet sich europäisches wie deutsches Kartellrecht nicht gegen Monopolisierungsbestrebungen von Unternehmen, sondern unterwirft sie erst dann einer Kontrolle, wenn eine marktbeherrschende Stellung eingenommen wird.⁵⁵¹

Die Anwendung des Konzepts einer komplexen und fortgesetzten Zuwiderhandlung würde im Ergebnis allerdings auf die latente Einführung eines Monopolisierungsverbots hinauslaufen.⁵⁵² Im Übrigen hat sich die Kommission dieser Konstruktion bislang ausnahmslos in Fällen von Art. 101 AEUV (ex-Art. 81 EGV) bedient.⁵⁵³ Eine Übertragung auf das Missbrauchsverbot erscheint daher fraglich und lässt sich auch den Ausführungen der Kommission zur Sache *Rambus* nicht entnehmen, in denen keine Begründung für die Einbeziehung des beschriebenen Verhaltens in die Missbrauchsprüfung genannt wird.⁵⁵⁴

Mithin muss die fehlende Offenlegung relevanter Schutzrechte als ein Verhalten vor Marktbeherrschung bei der Missbrauchsprüfung außer Betracht bleiben. Die rechtliche Behandlung in Fällen des so genannten Patenthinterhalts richtet sich nach allgemeinen Regeln.

Anknüpfungspunkt kann damit allein die Forderung der Lizenzgebühr im Anschluss an die Standardisierung sein, da der Patentinhaber zu diesem Zeitpunkt marktbeherrschend sein wird.⁵⁵⁵ Wie bei der Durchsetzung eines Normungslohns kann zur Feststellung einer missbräuchlichen Gebührenhöhe das zeitliche Vergleichsmarktkonzept zur Anwendung gelangen. Zum Vergleich kann insbesondere

⁵⁵⁰ EuGH, Urt. v. 9.11.1983, 322/81, Slg. 1983, 3461, Rn. 57 – *Michelin*; MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 8.

⁵⁵¹ *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 1; *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (173); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (825).

⁵⁵² *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (173).

⁵⁵³ EuGH, Urt. v. 8.7.1999, C-235/92 P, Slg. 1999, I-4125, Rn. 79 – *Montecatini*; Urt. v. 7.1.2004, C-204/00 P, Slg. 2004, I-123, Rn. 260 – *Aalborg Portland*; Urt. v. 21.9.2006, C-113/04, Slg. 2006, I-8831, Rn. 169 – *Technische Unie BV*; *Dreher*, ZWeR 2007, 276 ff.; *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (173).

⁵⁵⁴ Bekanntmachung v. 12.6.2009, COMP/C-3/38636, ABl. 2009, C 133/13 – *Rambus*

⁵⁵⁵ *Chronopoulos*, IIC 2009, 782 (815); *Klees*, EWS 2008, 449 (453); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (825); *Weck*, NJOZ 2009, 1177 (1187).

der Preis herangezogen werden, zu dem der Patentinhaber vor Standardisierung lizenziert hat, da ein zu diesem Zeitpunkt ausgehandelter Wert regelmäßig eine angemessene Vergütung für die geschützte Lehre darstellen wird.⁵⁵⁶ Übersteigt die spätere Gebührenforderung diesen Betrag erheblich, kann vermutet werden, dass dies allein auf der Aufnahme des Schutzrechts in den Standard und der sich anschließenden marktbeherrschenden Stellung beruht.

(d) Royalty Stacking

Bei der Herstellung eines standardkonformen Produktes wird häufig eine Vielzahl von Schutzrechten berührt und es sind daher ebenso viele Lizenzen erforderlich. Liegen die Schutzrechte bei verschiedenen Inhabern, so können die jeweils vereinbarten Lizenzgebühren, deren Höhe isoliert betrachtet unproblematisch ist, in ihrer Summe unangemessen erscheinen oder sogar die Herstellung von Produkten für einen nachgelagerten Markt insgesamt unwirtschaftlich werden lassen.⁵⁵⁷ Im Folgenden soll untersucht werden, ob ein solches Royalty Stacking (engl.: Aufstapeln von Lizenzgebühren) den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen kann.

(aa) Pflicht zur Gebührenbegrenzung

Als bislang einziges Gericht hat sich das LG Düsseldorf mit dieser Konstellation beschäftigt. In der Entscheidung *GSM-Standard* hielt es das Lizenzangebot eines Patentinhabers unter anderem deshalb für unangemessen, weil es keine Regelung vorsah, um eine theoretische Gesamtbelastung des Lizenznehmers durch Gebührenforderungen zu begrenzen.⁵⁵⁸ Als Möglichkeit für eine solche Regelung schlug das Landgericht vor, die Gebührenhöhe nachträglich zu reduzieren, wenn der Lizenznehmer von Dritten nachweislich in Anspruch genommen werde und die „Lizenzgebührenlast“ eine maximale Höhe überschreite. Alternativ könne sich die Gebühr von vornherein an dem Anteil der wesentlichen Patente orientieren,

⁵⁵⁶ *Farrell/Hayes/Shapiro/Sullivan*, 74 Antitrust Law Journal No. 3 (2007), 603 (624).

⁵⁵⁷ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (326); *Lemley/Shapiro*, 85 Texas Law Review 2007, 1991; *Geradin/Rato*, S. 23.

⁵⁵⁸ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*.

die vom Lizenzgeber gehalten werden. Maßgeblich solle dafür das Verhältnis der eigenen Patente zur Gesamtzahl der essentiellen Patente sein.⁵⁵⁹ Die andere Patentkammer des LG Düsseldorf hat diese Rechtsprechung rund ein halbes Jahr später in der Entscheidung *MPEG 2-Standard* bestätigt.⁵⁶⁰ Das Gericht wies allerdings zugleich darauf hin, dass die Gefahr einer unzumutbaren Gesamtbelastung dann geringer sei, wenn sich die Inhaber standardwesentlicher Patente in Schutzrechtsgemeinschaften organisiert haben, und daher weniger Lizenzverträge für die Nutzung des Standards erforderlich seien. Das Fehlen einer vertraglichen „Kappungsgrenze“ führe dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung.⁵⁶¹

(bb) Keine Pflicht zur Gebührenbegrenzung

In der Literatur wurde diese Rechtsprechung als wenig praktikabel kritisiert. Eine Gebühr, die sich schematisch an der Anzahl der lizenzierten Patente orientiere, lasse den unterschiedlichen Wert der einzelnen Schutzrechte zu Unrecht außer Acht.⁵⁶² Zudem könne sich die Gebühr kaum an der Gesamtzahl der wesentlichen Schutzrechte orientieren, da im Zeitpunkt der Lizenzerteilung häufig gar nicht feststehe, welche Patente tatsächlich wesentlich und wirksam seien.⁵⁶³

(cc) Stellungnahme

Die geäußerten praktischen Bedenken überzeugen. Maßgeblich ist jedoch, dass es für die Annahme eines Missbrauchs wegen zu hoher Gesamtbelastung keine Grundlage im europäischen und nationalen Wettbewerbsrecht gibt. Denn nach Auffassung des LG Düsseldorf ergibt sich der Missbrauch nicht aus dem Verhalten eines einzelnen Patentinhabers, sondern erst durch die Kombination verschiedener Gebührenforderungen. Das Handeln mehrerer Unternehmen und deren Auswirkung spielt bei der Missbrauchsprüfung aber nur bei einer kollektiven Marktherrschaft eine Rolle, also in Fällen, in denen mehrere Unternehmen gemeinsam

⁵⁵⁹ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*.

⁵⁶⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07, NJOZ 2009, 930 (949) – *MPEG 2-Standard*.

⁵⁶¹ LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07, NJOZ 2009, 930 (949) – *MPEG 2-Standard*.

⁵⁶² *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., *Patents and technological progress in a globalized world*, 177 (191).

⁵⁶³ *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (214).

eine marktbeherrschende Stellung innehaben.⁵⁶⁴ Ergänzend wird dann vorausgesetzt, dass die beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt ein einheitliches Verhalten zeigen und eine gemeinsame Geschäftspolitik ausüben.⁵⁶⁵

Dies ist in der vorliegenden Konstellation ersichtlich nicht der Fall. Es fehlt zunächst an der kollektiven Marktbeherrschung, da bereits jeder einzelne Inhaber eines standardessentiellen Schutzrechts marktbeherrschend ist.⁵⁶⁶ Außerdem agieren die Rechtsinhaber regelmäßig unabhängig voneinander und nicht auf der Grundlage einer gemeinsamen Geschäftspolitik in Bezug auf die Lizenzerteilung. Die Forderung einer Gebührenbegrenzung im Hinblick auf andere Patentinhaber ist daher abzulehnen und deren Fehlen macht ein Lizenzangebot nicht unangemessen.

II. Ergebnis

Eine Lizenzierungspraxis ist missbräuchlich und damit zugleich Grundlage für einen Zwangslizenzanspruch, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

Der Patentinhaber muss marktbeherrschend sein. Bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ergeben sich keine Abweichungen zu einer generellen Lizenzverweigerung.

Im Falle einer *Diskriminierung* muss der Geschäftsverkehr gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich sein. Er ist zugänglich, wenn bereits Lizenzen erteilt wurden oder das Schutzrecht in einem Technologiepool aufgenommen wurde. Wenn Lizenzinteressenten das Schutzrecht für ihre Tätigkeit auf dem nachgelagerten Produktmarkt benötigen, handelt es sich regelmäßig um gleichartige Unternehmen.

Die erforderliche Ungleichbehandlung kann darin bestehen, dass der Patentinhaber Lizenzen erteilt und die Vergabe anderen Interessenten gegenüber verweigert. Darüber hinaus kann eine Ungleichbehandlung in der unterschiedlichen Ausgestal-

⁵⁶⁴ EuGH, Urt. v. 16.3.2000, C-395/96 P, Slg. 2000 I-1365, Rn. 38 – *Compagnie Maritime Belge Transports*.

⁵⁶⁵ EuGH, Urt. v. 16.3.2000, C-395/96 P, Slg. 2000 I-1365, Rn. 39 – *Compagnie Maritime Belge Transports*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 111.

⁵⁶⁶ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) bb), S. 54 ff.

tung der Lizenzverträge bestehen, insbesondere im Hinblick auf eine unterschiedlich hohe Lizenzgebühr. Schließlich kann sich eine Ungleichbehandlung auch daraus ergeben, dass der Patentinhaber Schutzrechtsverletzungen oder Underreporting duldet und von anderen Nutzern die Zahlung von Lizenzgebühren in voller Höhe verlangt.

Im Hinblick auf die Rechtfertigung einer Diskriminierung ist zu unterscheiden: Der Patentinhaber hat in Bezug auf eine Ungleichbehandlung zunächst einen weiten Spielraum. Treten allerdings zu seiner marktbeherrschenden Stellung „zusätzliche Umstände“ hinzu, so ist, ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer patentrechtlichen Ausschließlichkeitsstellung, im Rahmen einer Abwägung nach allgemeinen Kriterien über die Rechtfertigung zu entscheiden. Zusätzliche Umstände liegen vor, wenn die marktbeherrschende Stellung nicht allein auf der Leistung des Patentinhabers beruht also insbesondere eine bestehende Norm zur Benutzung des Schutzrechts zwingt. Neben allgemeinen Rechtfertigungsgründen können unterschiedliche Produktkategorien eine Ungleichbehandlung legitimieren, wenn die Produkte nicht zu einem gemeinsamen Markt im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts gehören.

Zur Feststellung eines *Ausbeutungsmisbrauchs* sind Vergleichsmarkt- und Gewinnbegrenzungskonzept heranzuziehen. Während bei Lizenzierung in mehreren Ländern ein geographischer Vergleichsmarkt vorliegen kann, dient insbesondere in Fällen der Standardisierung das Verhalten des Patentinhabers selbst als Vergleichsmaßstab. Fehlt es an einem tauglichen Vergleichsmarkt ist auf das Gewinnbegrenzungskonzept zurückzugreifen und ein angemessener Preis anhand der internen Kostenrechnung des Schutzrechtsinhabers zu ermitteln.

Im Anschluss an eine Standardisierung oder Normung ergeben sich besondere Missbrauchskonstellationen. So ist die Forderung eines so genannten Normungslohns ebenso unangemessen wie das Angebot einer Poollizenz, wenn unnötige oder unwirksame Schutzrechte enthalten sind und der Preis dadurch eindeutig überhöht ist. Das Verschweigen von Schutzrechten während eines Standardisierungsverfahrens (Patent Ambush) hat bei der Prüfung eines Missbrauchs außer Betracht zu bleiben, wenn zu diesem Zeitpunkt noch keine marktbeherrschende Stellung vorlag; ein Missbrauch kann sich aber nach allgemeinen Kriterien ergeben, wenn nach der

Standardisierung ein Normungslohn realisiert werden soll. Hingegen ist der einzelne Inhaber standardessentieller Schutzrechte nicht verpflichtet, seine Lizenzgebühr im Hinblick auf die Forderung Dritter zu begrenzen. Entsprechend macht eine fehlende Kappungsgrenze ein Lizenzangebot nicht missbräuchlich.

C. Abbruch einer Lizenzierung

Neben den bereits dargestellten Verhaltensweisen eines Patentinhabers kann es zu einem Abbruch einer bestehenden Lizenzierung kommen, indem der Inhaber wirksam kündigt oder sich nach Ablauf der Lizenzdauer weigert, einen neuen Vertrag zu schließen. Ein solches Verhalten kann Grundlage für eine Zwangslizenz sein, wenn es sich im Lichte des Kartellrechts als missbräuchlich darstellt.

I. Entscheidungspraxis

Entscheidungen zu dieser Frage liegen weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene vor. Allerdings haben sich Gerichte und Wettbewerbsbehörde in mehreren Verfahren damit beschäftigt, ob sich ein marktbeherrschendes Unternehmen missbräuchlich verhält, wenn es eine bestehende Geschäfts- oder Lieferverbindung abbricht.⁵⁶⁷ Der Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen wird dabei durchweg strenger beurteilt als das bloße Unterlassen der Aufnahme einer neuen Geschäftsverbindung.⁵⁶⁸ Der Grund dafür besteht in der besonderen Abhängigkeitsbeziehung, die das marktbeherrschende Unternehmen durch die Aufnahme von Vertragsbeziehungen mitbegründet hat und in der Gefahr, die von einem Abbruch für den funk-

⁵⁶⁷ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207 (297) – *United Brands*; Urt. v. 6.3.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223 (252) – *Commercial Solvents*; KomE v. 29.7.1987, IV/32.279; ABl. 1987, L 286/36 (40) – *BBI/Boosey & Hawkes*; KomE v. 18.7.1988, ABl. 1988, L 284/41 (53) – *Napier Brown*.

⁵⁶⁸ *EU-Kommission*, Discussion Paper 2005, Rn. 217; *EU-Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009, C 45/7, Rn. 84; *Langen/Bunte-Bulst*, Art. 82 Rn. 305; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Lübbig*, Art. 82 Rn. 173; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 224; *Fleischer*, RIW 2000, 22 (29).

tionsfähigen Wettbewerb ausgehen kann.⁵⁶⁹ Der jeweilige Vertragspartner hat auf der Grundlage der Geschäftsbeziehung regelmäßig Investitionen getätigt und ist in außergewöhnlicher Weise von dem Fortbestand des Vertragsverhältnisses abhängig, weil außer dem marktbeherrschenden Unternehmen niemand den erforderlichen Input bereitstellen kann.⁵⁷⁰ Das Ende der Belieferung kann zur Einstellung der gesamten geschäftlichen Tätigkeit auf dem betroffenen Markt zwingen und auf diese Weise die dortige Wettbewerbssituation verschlechtern.⁵⁷¹

Diese Bewertung lässt sich auf die Konstellation eines Lizenzierungsabbruchs übertragen.⁵⁷² Der Lizenznehmer befindet sich in einem vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis zum marktbeherrschenden Patentinhaber wie der Abnehmer einer Ware zu seinem einzig möglichen Lieferanten. Eine wirtschaftliche Tätigkeit auf dem abgeleiteten Markt ist ohne Nutzung des Schutzrechts unmöglich, sodass der Abbruch zur Lizenzierung deren Einstellung nach sich zieht. Auf den Abbruch der Lizenzierung finden daher die Grundsätze Anwendung, die von Rechtsprechung, Wettbewerbsbehörden und Literatur für den Fall eines Geschäfts- oder Lieferabbruchs entwickelt wurden.

II. Voraussetzungen im Einzelnen

Der Abbruch einer Geschäftsbeziehung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist missbräuchlich, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorhanden ist.⁵⁷³ Zwar erscheint es nicht sachgerecht, die Geschäftsbeziehungen eines Monopolisten für die Ewigkeit festzuschreiben; auch diesem muss es freistehen, Verträge zu kündi-

⁵⁶⁹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76; Slg. 1978, 207 (297) – *United Brands*; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 223.

⁵⁷⁰ Langen/Bunte-Bulst, Art. 82 Rn. 305.

⁵⁷¹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76; Slg. 1978, 207 Rn. 182 – *United Brands*.

⁵⁷² Vgl. im Ergebnis *Jung*, ZWeR 2004, 379 (400), der den Lizenzierungsabbruch allerdings als widersprüchlich und daher rechtsmissbräuchlich einstuft.

⁵⁷³ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, 27/76, Slg. 1978, 207 (297) – *United Brands*; Urt. v. 6.3.1974, C-6/73, Slg. 1974, 223 (252) – *Commercial Solvents*; KomE v. 29.7.1987, IV/32.279; ABl. 1987, L 286/36 (40) – *BBI/Boosey & Hawkes*; KomE v. 18.7.1988, ABl. 1988, L 284/41 (53) – *Napier Brown*; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirschbrunner*, Art. 82 Rn. 49; Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 223; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Lübbig, Art. 82 Rn. 172; MüKoEu-Eilmansberger, Art. 82 Rn. 315.

gen oder neu zu verhandeln.⁵⁷⁴ Es bedarf dazu allerdings eines sachlichen Grundes, der die Abänderung der Verhältnisse wegen der besonderen Gefährdungslage im Umfeld eines marktbeherrschenden Unternehmens kartellrechtlich unbedenklich erscheinen lässt.⁵⁷⁵

Im Falle eines Lizenzierungsabbruchs müssen dementsprechend zur Begründung eines Missbrauchsvorwurfs keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen, sondern es reicht aus, dass das Verhalten des Patentinhabers nicht sachlich gerechtfertigt erscheint. Allerdings können bei der Prüfung von Rechtfertigungsgründen die Maßgaben herangezogen werden, die bereits im Rahmen einer generellen Lizenzverweigerung eine Rolle gespielt haben. Denn die generelle Verweigerung wie auch der Abbruch einer Vertragsbeziehung sind lediglich unterschiedliche Ausprägungen des Tatbestands der Geschäftsverweigerung.⁵⁷⁶ Beide Alternativen haben zur Folge, dass die geschützte Lehre nicht genutzt werden darf und unterscheiden sich lediglich darin, dass im erstgenannten Fall ein nur potenzieller Vertragspartner, im zweiten Fall ein aktueller Lizenznehmer durch das Verhalten beeinträchtigt wird. Es erscheint daher nur konsequent, beide Verhaltensweisen bei Vorliegen identischer Umstände als gerechtfertigt anzusehen. Wenn es dem Patentinhaber gestattet ist, die geschützte Lehre für sich zu behalten, so muss er auch die Möglichkeit haben, eine Lizenzierung wieder zu beenden und das Schutzrecht unter Umständen wieder ausschließlich allein zu nutzen, um so auf veränderte Marktbedingungen reagieren zu können. Unter Umständen kann sich allerdings eine andere Bewertung ergeben, wenn ein Lizenznehmer berechtigterweise auf die Fortdauer der Patentnutzung vertrauen durfte, erhebliche Investitionen getätigt hat oder eigene Lieferverpflichtungen eingegangen ist, die ohne Nutzung des Patents nicht zu erfüllen sind. In einem solchen Fall kann es geboten sein, eine Übergangsfrist für die Nutzung des Schutzrechts vorzusehen.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Beckmerhagen, S. 167.

⁵⁷⁵ Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 223; Loewenheim/Meesen/Riesenkampff-Lübbig, Art. 82 Rn. 173; von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 256.

⁵⁷⁶ von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 251.

⁵⁷⁷ Vgl. KomE v. 29.7.1987, IV/32.279; ABl. 1987, L 286/36 (40) – *BBI/Boosey & Hawkes*; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Lübbig, Art. 82 Rn. 173.

D. FRAND-Lizenzierungserklärung

Bereits im Zusammenhang mit dem so genannten Patenthinterhalt wurde erläutert, dass Patentinhaber bei Aufnahme ihrer Schutzrechte in einen Standard gegenüber der jeweiligen Standardisierungsorganisation erklären müssen, an künftige Anwender des Standards zu so genannten FRAND-Bedingungen zu lizenzieren.⁵⁷⁸

Es stellt sich die Frage, ob ein marktbeherrschender Patentinhaber gegen Kartellrecht verstößt, wenn er sich entgegen seiner FRAND-Erklärung nach Abschluss des Standardisierungsverfahrens weigert, Lizenzen zu den genannten Konditionen zu erteilen.

Die Kommission scheint dieser Auffassung zu sein, denn bei der Eröffnung des Verfahrens gegen den US-amerikanischen Chiphersteller *Qualcomm* warf die Wettbewerbsbehörde dem Unternehmen ausdrücklich vor, sich nicht an die eigene FRAND-Erklärung zu halten und daher gegen Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) zu verstoßen.⁵⁷⁹ Die Untersuchung wurde allerdings im November 2009 eingestellt, ohne dass die Kommission ihren Standpunkt näher erläutert hatte.⁵⁸⁰ Auch in der Literatur wird vertreten, dass ein Verstoß gegen die Lizenzierungsbereitschaftserklärung zugleich einen Wettbewerbsverstoß begründet.⁵⁸¹

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung der letzten Jahre hat die FRAND-Erklärung eine gewisse Bedeutung erlangt, weil sich die Beklagten in mehreren Patentverletzungsverfahren gegenüber dem Schutzrechtsinhaber auf eine solche Erklärung berufen und die Erteilung einer Lizenz zu den genannten Bedingungen gefordert haben.⁵⁸² Von den Gerichten wurde die Möglichkeit eines solchen Anspruchs bislang ausdrücklich offengelassen. Es wurde dabei allerdings deutlich gemacht, dass dieser allenfalls vertraglichen Charakter habe und die Erklärung sich nicht auf die

578 Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (c), S. 111 ff.

579 *EU-Kommission*, MEMO/07/389.

580 *EU-Kommission*, MEMO/09/516.

581 *Chappatte*, 5 *European Competition Journal* (2009), 319 (335).

582 LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732, S. 11 ff. – *GSM-Standard*; LG Mannheim, Urt. v. 27.2.2009, 7 O 94/08, BeckRS 2009, 08150, S. 13; Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734, S. 9.

Anwendung des Kartellrechts auswirke.⁵⁸³ Die Entscheidungen deuten eher in die Richtung, die Abgabe einer FRAND-Erklärung als ein pactum de non petendo⁵⁸⁴ gegenüber der Standardisierungsorganisation zu bewerten, also lediglich eine Verpflichtung des Schutzrechtsinhabers, seine Schutzrechte unter gewissen Umständen nicht geltend zu machen.⁵⁸⁵

Auch nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur soll die Erklärung keine Auswirkungen auf die Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften haben, sondern nur schuldrechtliche Wirkung entfalten.⁵⁸⁶ Einige Stimmen im Schrifttum betonen, dass die Erklärung jedenfalls nur im Verhältnis zur Standardisierungsorganisation bindend sei und Dritte – also insbesondere Lizenzinteressenten – daraus keinerlei Rechte ableiten könnten.⁵⁸⁷ Teilweise wird auch vertreten, dass es sich bei der Lizenzbereitschaftserklärung lediglich um eine Aufforderung an Interessenten handele, Lizenzangebote abzugeben (*invitatio ad offerendum*).⁵⁸⁸

Ungeachtet der genauen rechtlichen Einordnung ist der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur darin zuzustimmen, dass sich aus einer Zuwiderhandlung gegen eine FRAND-Erklärung keine kartellrechtlichen Ansprüche ableiten lassen. Wie im Fall eines so genannten Patent Ambush ist dabei maßgeblich, dass der Patentinhaber im Zeitpunkt der Abgabe einer entsprechenden Erklärung in aller Regel noch nicht marktbeherrschend und damit nicht Normadressat des Missbrauchsverbots ist.⁵⁸⁹ Ein Verhalten im Vorfeld einer marktbeherrschenden Stellung kann aber nicht Anknüpfungspunkt für einen Missbrauch sein. Ob das Verhalten des marktbeherrschenden Patentinhabers als missbräuchlich zu bewerten

⁵⁸³ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732, S. 11 ff. – *GSM-Standard*; LG Mannheim, Urt. v. 27.2.2009, 7 O 94/08, BeckRS 2009, 08150, S. 13; Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734, S. 9.

⁵⁸⁴ MüKoBGB-Krüger, § 272 Rn. 18.

⁵⁸⁵ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732, S. 11; LG Mannheim, Urt. v. 27.2.2009, 7 O 94/08, BeckRS 2009, 08150, S. 13.

⁵⁸⁶ *Geradin*, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (16); *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1075); *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (203); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (49); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (826); *Geradin/Rato*, S. 52.

⁵⁸⁷ *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (49); *Ullrich*, GRUR 2007, 817 (826).

⁵⁸⁸ *Gärtner/Vormann*, Mitt. 2009, 440 (444); *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (203).

⁵⁸⁹ *Geradin*, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1 (16).

ist, richtet sich daher nach den bereits beschriebenen Maßgaben. Die Abgabe einer Lizenzbereitschaftserklärung hat dabei außer Betracht zu bleiben.

E. Verhältnis der Missbrauchsarten

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass neben einer generellen Lizenzverweigerung sowohl eine missbräuchliche Lizenzierungspraxis als auch der Abbruch einer Lizenzierung Grundlage für eine Zwangslizenz sein können.

I. Unterschiedliche Voraussetzungen für eine Zwangslizenz

Die einzelnen Tatbestände unterscheiden sich dabei erheblich voneinander. Während eine generelle Lizenzverweigerung nur bei Hinzutreten „außergewöhnlicher Umstände“ missbräuchlich ist, gelangen in den anderen Fällen allgemeine kartellrechtliche Maßgaben zur Anwendung.

Die Entscheidung *Standard-Spundfass* macht dies besonders deutlich. Der BGH spricht in dem Verfahren eine Zwangslizenz zu, ohne sich mit den genannten restriktiven Voraussetzungen der Gemeinschaftsgerichte, insbesondere dem Anbieten eines neuen Produktes, sowie der Ausschaltung von jeglichem Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt, auseinanderzusetzen. Das Gericht prüft lediglich das Vorliegen „zusätzlicher Umstände“, die – trotz ähnlicher Formulierung – nicht den „außergewöhnlichen Umständen“ entsprechen, sondern nur über den Prüfungsmaßstab im Hinblick auf eine sachliche Rechtfertigung des Verhaltens entscheiden.⁵⁹⁰ Das bedeutet, dass eine Zwangslizenz – anders als in Fällen einer generellen Lizenzverweigerung – auch dann möglich ist, wenn der Lizenzinteressent das Produkt des Marktbeherrschers lediglich kopieren will und außerdem auf dem nachgelagerten Markt auch ohne die erzwungene Nutzungserlaubnis Wettbewerb herrscht.

⁵⁹⁰ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) aa) (3), S. 92 ff.

II. Begründung für die unterschiedlichen Voraussetzungen

Diese niedrigeren tatbestandlichen Anforderungen können damit begründet werden, dass es bei missbräuchlicher Lizenzierungspraxis wie auch einem Lizenzierungsabbruch bereits zu einer Öffnung des Lizenzmarktes gekommen ist, indem entweder mindestens eine Lizenz vergeben oder die Bereitschaft zur Lizenzerteilung durch ein entsprechendes Angebot dokumentiert wurde. Bei einer generellen Verweigerung will der Patentinhaber hingegen sein Schutzrecht ausschließlich für sich behalten.

Ein Patentinhaber hat das Recht, darüber zu entscheiden, ob und zu welchen Bedingungen er Nutzungsrechte an seinem Schutzrecht vergibt. Diese Rechtsposition ergibt sich zum einen aus seiner immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsstellung und zum anderen aus der Vertragsfreiheit als Element der Privatautonomie.⁵⁹¹ Namentlich kann sich der Schutzrechtsinhaber dazu entschließen, überhaupt keine Lizenzen zu erteilen. Die Entscheidungsfreiheit des Schutzrechtsinhabers zwischen Eigen- und Fremdverwertung bildet den Kern der ausschließlichen gewerblichen Schutzrechte.⁵⁹² Ein Eingriff in diesen Kernbereich in Form einer Zwangslizenz soll nach der Rechtsprechung nur unter außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sein, nämlich dann, wenn der Patentinhaber durch seine Verweigerungshaltung Innovationen verhindert und zudem jede Art von Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt ausschaltet.⁵⁹³ Nur unter diesen Umständen kann dem Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts eine Fremdverwertung aufgezwungen werden.

Eine Zwangslizenz nach missbräuchlicher Lizenzierungspraxis und Lizenzierungsabbruch hat hingegen eine geringere Eingriffsintensität.⁵⁹⁴ Wenn sich der Schutzrechtsinhaber bereits dazu entschlossen hat, das Schutzrecht nicht ausschließlich selbst zu nutzen, sondern Lizenzen zu vergeben, ist damit die Entscheidung über das „Ob“ einer Verwertung durch Lizenzierung gefallen. Aus einem hypothetischen Li-

⁵⁹¹ Siehe oben unter 3. Teil, S. 30.

⁵⁹² *Beier*, GRUR 1998, 185 (186); *Jaacks/Dörmer*, in: Boesche, FS Sacker, 97; *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062.

⁵⁹³ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2., S. 39 ff.

⁵⁹⁴ *Busche*, CIPReport 2009, 104 (106).

zenzmarkt wird mit diesem Schritt ein tatsächlicher und das Schutzrecht damit zum Gegenstand des Rechtsverkehrs. Der Inhaber muss sich dann so behandeln lassen wie jedes andere marktbeherrschende Unternehmen, das allein über ein bestimmtes Gut verfügt.⁵⁹⁵ Die Art und Weise – das „Wie“ – seiner Lizenzierungspraxis unterfällt daher einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle nach allgemeinen Regeln.⁵⁹⁶ Dass es sich bei dem Gut um ein Nutzungsrecht an einem Immaterialgüterrecht handelt, spielt nur eine untergeordnete Rolle; dahin gehende Besonderheiten können im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung hinreichend berücksichtigt werden.

III. Abgrenzung der Missbrauchsarten

Die unterschiedlichen tatbestandlichen Anforderungen machen eine präzise Abgrenzung zwischen genereller Lizenzverweigerung und den anderen Missbrauchstatbeständen erforderlich. Denn diese entscheidet über die wichtige Frage, ob bei einer erstmaligen Lizenzerteilung derjenige, der bereits ein Vertragsangebot unterbreitet oder seine Lizenzierungsbereitschaft erklärt hat, nur bei Vorliegen der strengen außergewöhnlichen Umstände missbräuchlich handelt und zu einer Lizenzerteilung gezwungen werden kann oder ob die dargestellten allgemeinen Kriterien zur Anwendung gelangen.

Nach dem Schrifttum kommt eine missbräuchliche Lizenzierungspraxis erst in Betracht, wenn der jeweilige Patentinhaber bereits Nutzungsrechte an Dritte vergeben hat; andernfalls soll es sich um den Fall einer generellen Verweigerung handeln.⁵⁹⁷ Demgegenüber reicht es nach Ansicht des LG Düsseldorf aus, wenn der Patentinhaber „prinzipiell zur Lizenzierung gewillt ist“, auch wenn noch keine Lizenzen erteilt worden sind.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (690).

⁵⁹⁶ *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (690).

⁵⁹⁷ *Maume*, Rn. 65; *Busche*, CIPReport 2009, 104; *Fuchs*, in: Lange et al., Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 147 (172); *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1064).

⁵⁹⁸ LG Düsseldorf, Urt. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (92) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 (939) – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07.

Die Rechtsprechungsansicht vermag zu überzeugen. Wie soeben erörtert, sind die niedrigeren tatbestandlichen Anforderungen bei einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis deshalb gerechtfertigt, weil im Gegensatz zur generellen Lizenzverweigerung keine Marktöffnung mehr erzwungen werden muss, sondern die Entscheidung über das „Ob“ einer Erteilung von Nutzungsrechten bereits gefallen ist. Der Entschluss muss sich allerdings nicht unbedingt in einer bereits erfolgten Lizenzerteilung gezeigt haben, sondern es reicht aus, wenn sich dieser auf andere Weise manifestiert hat. In Betracht kommt, dass der Inhaber seine Lizenzbereitschaft gegenüber dem Patentamt, § 23 PatG, oder gegenüber einer Standardisierungs- oder Normungsorganisation nach den Vorschriften der jeweils gültigen Satzung erklärt hat. Das Gleiche gilt, wenn der Patentinhaber bereits ein Lizenzangebot abgegeben hat und zwar auch dann, wenn dies nur zum Schein geschah, und die gestellten Forderungen für den Lizenzinteressenten bewusst unannehmbar ausgestaltet waren. Der Schutzrechtsinhaber muss sich insoweit an seiner Erklärung festhalten lassen, nach der er prinzipiell zur Lizenzierung bereit ist, mit der Folge, dass allgemeine kartellrechtliche Maßgaben zur Anwendung gelangen und er sich nicht auf das Fehlen „außergewöhnlicher Umstände“ berufen kann.

F. Ergebnis

Ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz kann sich als Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. dem Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB ergeben.

Voraussetzung ist, dass ein marktbeherrschender Patentinhaber die Einräumung von Nutzungsrechten generell oder gegenüber einigen Interessenten verweigert, es ablehnt, zu kartellrechtlich zulässigen Bedingungen zu lizenzieren, oder der Fortsetzung einer bestehenden Lizenzierung nicht zustimmt. Anspruchsinhaber ist jeder Lizenzinteressent, der durch dieses Verhalten in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird.

Des Weiteren ist erforderlich, dass die Weigerung gegen das Missbrauchsverbot verstößt und sich daher eine Pflicht zur Lizenzierung ergibt.

Bei einer generellen Lizenzverweigerung ist das nur der Fall, wenn „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen. Hat der Patentinhaber bereits Lizenzen erteilt oder die Bereitschaft dazu auf andere Art zu erkennen gegeben, so gelten allgemeine kartellrechtliche Regeln. Der Patentinhaber ist dann zur Lizenzierung verpflichtet, wenn der Lizenzsucher andernfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot verstieße oder das Verhalten den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen würde. Eine bestehende Lizenzierung kann nur abgebrochen werden, wenn dies sachlich gerechtfertigt erscheint. Andernfalls ist der Patentinhaber zu deren Fortsetzung verpflichtet. Die Zuwiderhandlung gegen eine FRAND-Lizenzierungserklärung, die der Patentinhaber im Rahmen eines Standardisierungsverfahrens abgegeben hat, bleibt bei der Prüfung eines missbräuchlichen Verhaltens außer Betracht.

Teil IV

Rechtsfolgen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Nachdem herausgearbeitet wurde, dass sich aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot ein Anspruch auf Zwangslizenz ergeben kann, stellt sich die Frage nach dessen Rechtsfolgen. Außer Zweifel steht, dass dem Lizenzinteressenten ein Anspruch auf Nutzung der geschützten Lehre zustehen muss, denn nur auf diese Weise kann der wettbewerbswidrige Zustand durch die Weigerung des Patentinhabers beendet werden.⁵⁹⁹ Die genaue Gestalt des Nutzungsanspruchs ist allerdings klärungsbedürftig. So ist fraglich, ob das Patent sofort und unmittelbar benutzt werden darf oder erst ein Lizenzvertrag geschlossen werden muss, ob es sich um ein einfaches oder ausschließliches Nutzungsrecht handelt und welchen räumlichen, zeitlichen und sachlichen Beschränkungen es unterliegt. Von besonderer Bedeutung für Patentinhaber wie Lizenzinteressenten ist schließlich die Frage, ob für die Patentnutzung eine Gegenleistung in Form einer Lizenzgebühr entrichtet werden muss und nach welchen Kriterien deren Höhe gegebenenfalls zu bestimmen ist.

A. Entscheidungspraxis der Gerichte und Wettbewerbsbehörden

Ebenso wenig wie die Voraussetzungen des Anspruchs auf Zwangslizenz sind dessen Rechtsfolgen ausdrücklich gesetzlich geregelt. Als Ausgangspunkt soll daher zunächst die einschlägige Entscheidungspraxis von Gerichten und Wettbewerbsbehörden betrachtet werden.

In der Sache *Magill* bestimmte die Kommission als Folge der missbräuchlichen Weigerung, dass Lizenzen an den Programmvorschauern zu angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen zu vergeben seien („reasonable and on a non-

⁵⁹⁹ Siehe oben unter 2. Teil B. III. 2., S. 29.

discriminatory basis“).⁶⁰⁰ EuG und EuGH haben die Entscheidung der Wettbewerbsbehörde bestätigt, sich jedoch nicht mit inhaltlichen Fragen der Zwangslizenz auseinandergesetzt.⁶⁰¹ Im Fall *IMS Health* verpflichtete die Kommission das gleichnamige Unternehmen zur Erteilung einer Lizenz gegen Zahlung einer „angemessenen Gebühr“, die ihrerseits auch durch einen Sachverständigen nach „transparenten und objektiven Kriterien“ ermittelt werden könne, falls sich die Parteien nicht einig würden.⁶⁰² Die Kommission ließ allerdings offen, welche objektiven Kriterien dabei heranzuziehen seien. Die anschließende Entscheidung des EuGH gibt darüber ebenso wenig Aufschluss.⁶⁰³

Etwas ergiebiger ist die Kommissionsentscheidung in Sachen *Microsoft*. Wie in den vorgenannten Fällen sollte die Lizenz zu angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen vergeben werden. Darüber hinaus präzisierte die Wettbewerbsbehörde die Anforderungen dahingehend, dass die Lizenzgebühr nicht den „strategic value“ (engl.: strategischen Wert) enthalten dürfe, der sich aus der marktbeherrschenden Stellung von *Microsoft* ergebe. Unzulässig sei außerdem die Beschränkung des Nutzungsrechts auf eine bestimmte Produktkategorie. Denn dadurch würde die Möglichkeit der Lizenznehmer in Konkurrenz zu *Microsoft* zu treten ebenso beeinträchtigt werden, wie deren Fähigkeit auf der Grundlage der Zwangslizenz innovative Produkte zu entwickeln.⁶⁰⁴

Auf nationaler Ebene ist in diesem Zusammenhang zunächst die Entscheidung *Standard-Spundfass* zu nennen.⁶⁰⁵ Im Gegensatz zu den bereits erwähnten Verfahren, in denen es sämtlich um eine generelle Lizenzverweigerung ging, hatte der BGH über einen Fall der Diskriminierung zu entscheiden. Der klagende Patentinhaber hatte bereits mehrere Lizenzen an Hersteller des „Normfasses“ vergeben und verweigerte dies gegenüber dem Beklagten. Letzterer behauptete, dass es sich bei den

⁶⁰⁰ KomE v. 21.12.1988, IV/31.851, ABl. EG 1989 Nr. L 78/43 Rn. 27 – *Magill*.

⁶⁰¹ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, C-241/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; EuG, Urt. v. 10.7.1991, T-76/89, Slg. 1991, II-00575 – *Magill*.

⁶⁰² KomE v. 3.7.2001, COMP D3/38.044, ABl. 2002 L 59/18, Rn. 215 – *IMS Health*.

⁶⁰³ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*.

⁶⁰⁴ KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 1005 ff. – *Microsoft*.

⁶⁰⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; siehe oben unter 3. Teil B. I. 1. b), S. 81.

erteilten Lizenzen um so genannte „Freilizenzen“ handele, also keine Lizenzgebühr zu entrichten sei. Der BGH war der Auffassung, dass der Anspruch auf Zwangslizenz sich an dieser Lizenzpraxis orientieren müsse und dem beklagten Lizenzinteressent daher ein kartellrechtlicher Anspruch auf Freilizenz zustehen könne. Für eine Entscheidung fehlten allerdings die dazu erforderlichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz.⁶⁰⁶

Das OLG Karlsruhe äußert sich in seinem Urteil *Orange-Book-Standard* ausdrücklich zu den Rechtsfolgen eines Zwangslizenzanspruchs. So bestehe ein „Kontrahierungszwang nur zu solchen Bedingungen, die angemessen sind und denen gegenüber jegliche Änderung zu Gunsten des Marktbeherrschers in einer Weise unangemessen ist, dass das Beharren auf diesen Bedingungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist.“⁶⁰⁷ Das Revisionsurteil des BGH hat sich mit den Rechtsfolgen einer kartellrechtlichen Zwangslizenz nicht weiter beschäftigt.⁶⁰⁸

Die Entscheidungspraxis lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass eine Lizenz zu angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen zu erteilen ist. Die meisten Entscheidungen auf europäischer Ebene führen dieses Erfordernis allerdings nicht näher aus. Lediglich der Kommissionsentscheidung in Sachen *Microsoft* lässt sich entnehmen, dass die Einbeziehung des strategischen Wertes in das zu zahlende Entgelt ebenso wenig als angemessen zu bewerten wäre wie eine Beschränkung der Lizenz auf eine bestimmte Produktkategorie. Die deutschen Entscheidungen sind etwas aufschlussreicher. Das OLG Karlsruhe nennt als Rechtsfolge ausdrücklich einen Kontrahierungszwang, der auf eine Lizenz gerichtet ist, deren Bedingungen ihrerseits nicht den Vorwurf eines Missbrauchs begründen dürfen. Aus dem Urteil *Standard-Spundfass* ergibt sich außerdem, dass der Lizenznehmer im Falle einer Diskriminierung Anspruch auf Gleichbehandlung hat, d.h., auf ein Nutzungsrecht, dessen inhaltliche Ausgestaltung sich an den bereits vergebenen Lizenzen orientiert.

⁶⁰⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72) – *Standard-Spundfass*.

⁶⁰⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*.

⁶⁰⁸ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass sich die einschlägigen Entscheidungen nur am Rande mit der Frage der Rechtsfolge beschäftigen und keine abschließende Grundlage für deren Bestimmung liefern. Im Folgenden sollen die Rechtsfolgen einer kartellrechtlichen Zwangslizenz daher genauer herausgearbeitet werden.

B. Die Rechtsfolgen im Einzelnen

Für die inhaltliche Ausgestaltung des Anspruchs ist dessen Rechtsnatur von entscheidender Bedeutung, weshalb auf diese vorab einzugehen ist.

I. Rechtsnatur der kartellrechtlichen Zwangslizenz

Aus dem Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz ergibt sich ein Kontrahierungszwang.⁶⁰⁹ Diese Rechtsfolge hat im Kartellrecht eine besonders große Bedeutung erlangt, weil sie nur in Betracht kommt, wenn zwischen Anbieter und Nachfrager ein gravierendes Machtungleichgewicht besteht, insbesondere wenn der Anbieter eine Monopolstellung innehat.⁶¹⁰ In solchen Konstellationen kann der Marktbeherrscher auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage dazu gezwungen werden, bestimmte Waren zu liefern oder Leistungen zu erbringen.⁶¹¹ Wie bereits erörtert, hat sich die Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Zwangslizenz an diesen Fällen einer Geschäfts- oder Lieferverweigerung orientiert.⁶¹² Es erscheint daher nur konsequent, auch zu einem Gleichlauf der Rechtsfolgen zu gelangen und in Bezug auf Immaterialgüterrechte einen Kontrahierungszwang anzunehmen. An die Stelle des zu „liefernden Produktes“ tritt dann ein Nutzungsrecht an dem jeweiligen Schutzgut. Der auf Lizenzierung gerichtete Kontrahierungszwang fügt sich insoweit nahtlos in das bestehende kartellrechtliche Rechtsfolgensystem ein.

⁶⁰⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange-Book-Standard*; Benkard-Rogge, § 24 Rn. 28; *Jaacks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (101); *Kellenter*, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (201); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (693); a.A. *von Merveldt*, WuW 2004, 19 (22), der allenfalls eine Pflicht zu ernsthaften Vertragsverhandlungen anerkennt.

⁶¹⁰ Staudinger-Bork, Vorbem zu §§ 145-156 Rn. 15 ff.; *Kilian*, AcP 180 (1980) 47 (53 f.).

⁶¹¹ *Dittmann*, S. 104 ff.; *Vykydal*, S. 52 ff.

⁶¹² Siehe oben 3. Teil A. I. 1., S. 33 ff.

II. Inhalt des Kontrahierungszwangs

Es schließt sich die Frage an, welchen Inhalt der Kontrahierungszwang im Fall einer Lizenzverweigerung hat.

1. Pflicht zum Vertragsschluss

Unter einem Kontrahierungszwang versteht man allgemein die aufgrund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechtssubjekt ohne seine Willensbildung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag eines bestimmten oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts abzuschließen.⁶¹³ Die Pflicht zum Vertragsschluss begründet zwischen den Parteien ein gesetzliches Schuldverhältnis.⁶¹⁴

a) Kein Anspruch auf unmittelbare Nutzungsmöglichkeit

Ein Recht auf unmittelbare Leistung lässt sich, entgegen einer früher durchaus verbreiteten Ansicht, aus einem Kontrahierungszwang nicht ableiten.⁶¹⁵ Dies hat die Rechtsprechung bezüglich zweier urheberrechtlicher Ansprüche auf Kontrahierungszwang, nämlich dem Zwangslizenzanspruch des Tonträgerherstellers aus § 61 Abs. 1 S. 1 UrhG a.F. (nun § 42 a Abs. 1 S. 1 UrhG) und dem Anspruch auf Kabelweitersendung aus § 87 UrhG ausdrücklich klargestellt.⁶¹⁶ Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Lizenz, die eine unmittelbare Nutzung des Immaterialgüterrechts erlaubt, muss der Berechtigte bei einem Kontrahierungszwang eine Einwilligung beim Berechtigten einholen oder den Anspruch gegebenenfalls zwangsweise durch-

⁶¹³ *Nipperdey*, S. 7.

⁶¹⁴ BGH, Urt. v. 18.4.1974, KZR 6/73, NJW 1974, 1903 (1904); *Erman-Armbrüster*, Vor § 145 Rn. 31; *MüKoBGB-Kramer*, Vor § 145 Rn. 12; *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 145-156, Rn. 31.

⁶¹⁵ BGH, Urt. v. 18.4.1974, KZR 6/73, NJW 1974, 1903 (1904); *MüKoBGB-Kramer*, Vor § 145 Rn. 12; *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 145-156, Rn. 29; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 (23); *Nipperdey*, S. 87, 89, 116 ff.; a.A.: *Haupt*, S. 22, 24; *Molitor*, IheringsJB 73 (1923), 1 (26 f.); *Siebert*, in: FS Niedermeyer, 215 (233).

⁶¹⁶ BGH, Urt. v. 11.12.1997, I ZR 170/95, GRUR 1998, 376 (378) – *Coverversion*; OLG Dresden, Urt. v. 29.10.2002, 14 U 2179/01, ZUM 2003, 231 (234) – *Kabelweitersendung*.

setzen.⁶¹⁷ Eine Benutzung ohne Erlaubnis ist, trotz bestehenden Anspruchs auf Vertragsschluss, rechtswidrig.⁶¹⁸

Diese Bewertung gilt auch für einen Lizenzerteilungszwang auf kartellrechtlicher Grundlage.⁶¹⁹ Eine eigenmächtige Nutzung des Patents kann insbesondere nicht mit dem Selbsthilferecht aus § 229 BGB gerechtfertigt werden.⁶²⁰ Denn für diese Ausnahme zum staatlichen Gewaltmonopol ist erforderlich, dass obrigkeitliche Hilfe, namentlich Maßnahmen der Gerichte und Behörden, nicht rechtzeitig zu erlangen sind oder mit anderen Worten die Verwirklichung eines Anspruchs ohne sofortiges (eigenes) Eingreifen gefährdet wäre, weil diese entweder dauerhaft vereitelt oder wesentlich erschwert würde.⁶²¹ Genannte Voraussetzungen liegen in Bezug auf den Lizenzanspruch nicht vor. Zum einen ist es möglich, gerichtliche⁶²² wie kartellbehördliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, auch wenn der Anspruchsinhaber auf Letztere keinen Rechtsanspruch hat.⁶²³ Zum anderen ist auch nicht ersichtlich, dass der Anspruch auf Patentnutzung in der Zwischenzeit untergeht oder sonst in seiner Durchsetzbarkeit gehindert würde.

b) Anspruch auf Annahme eines Lizenzangebotes

Ein Lizenzinteressent ist daher erst berechtigt, die geschützte Lehre zu benutzen, wenn ihm eine Lizenz durch den Patentinhaber erteilt wurde. Der kartellrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs verpflichtet den Schutzrechtsinhaber allerdings dazu, die Nutzung vertraglich zu gestatten.

⁶¹⁷ OLG Dresden, Urt. v. 29.10.2002, 14 U 2179/01, ZUM 2003, 231 (234) – *Kabelweitersendung*.

⁶¹⁸ BGH, Urt. v. 11.12.1997, I ZR 170/95, GRUR 1998, 376 (378) – *Coverversion*; OLG Dresden, Urt. v. 29.10.2002, 14 U 2179/01, ZUM 2003, 231 (234) – *Kabelweitersendung*.

⁶¹⁹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318 f.) – *Orange-Book-Standard*; *Busche*, S. 301; *Maume*, Rn. 109 ff.; *Brandt*, in: Halfmeier et al., Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, 77 (97); *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (101); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2006, 683 (692).

⁶²⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 (176) – *Standard-Spundfass*; *von Merveldt*, WuW 2004, 19; *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (106).

⁶²¹ *Staudinger-Grothe*, § 229 Rn. 4 f.

⁶²² Siehe nachfolgend unter 6. Teil, S. 224 ff.

⁶²³ Siehe oben unter 1. Teil B., S. 7.

Im Idealfall kommt eine Einigung zwischen den Parteien über einen entsprechenden Lizenzvertrag zustande.⁶²⁴ Die Situation gestaltet sich schwieriger, wenn es nicht zum Vertragsschluss kommt, weil der Patentinhaber den Kontrahierungszwang nicht anerkennt oder die Parteien sich nicht über die Vertragsbedingungen insbesondere die Höhe der zu entrichtenden Lizenzgebühr einigen können. In einem solchen Fall entfaltet ein Kontrahierungszwang eine doppelte Wirkung: Neben die Abschlusspflicht tritt die inhaltliche Bestimmung des abzuschließenden Vertrages.⁶²⁵ Denn zum einen kann der Gläubiger des Kontrahierungszwangs nicht den Abschluss von Verträgen beliebigen Inhalts verlangen, sondern nur dasjenige, was sich aus dem den Kontrahierungszwang begründenden Anspruch ergibt. Zum anderen muss verhindert werden, dass der Verpflichtete einseitig Bedingungen diktiert, die für die Gegenseite unannehmbar sind, und sich auf diese Weise seiner Verpflichtung entziehen kann. Der Kontrahierungszwang wäre dann ein „Messer ohne Klinge“.⁶²⁶

Der infolge eines Kontrahierungszwangs zu schließende Vertrag kommt nach allgemeinen Regeln durch Angebot und Annahme zustande, §§ 145 ff. BGB. Es ist dabei die Aufgabe des Berechtigten, dem Schuldner ein Angebot zu unterbreiten, denn als Inhaber eines subjektiven Rechts obliegt ihm auch dessen Geltendmachung gegenüber dem Verpflichteten.⁶²⁷ Aufgrund der Abschlusspflicht muss der Schuldner des Kontrahierungszwangs das Vertragsangebot des Berechtigten annehmen.⁶²⁸ Diese Pflicht besteht allerdings nur, wenn dieses Angebot inhaltlich dem entspricht, was aus dem zugrunde liegenden Anspruch geschuldet ist.⁶²⁹ An das Angebot des Vertragswilligen sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Geht es über dasjenige hinaus, wozu der Schuldner verpflichtet ist, kann der Vertragsschluss von diesem zu Recht abgelehnt werden.

⁶²⁴ KomE v. 3.7.2001, COMP D3/38.044, ABl. 2002 L 59/18, Rn. 215 – *IMS Health*; *Hartmann-Rüppel*, World Intellectual Property Report 2007, 35 (37).

⁶²⁵ *Belke*, S. 412 f.

⁶²⁶ *Belke*, S. 413, bereits *Nipperdey*, S. 31, 99.

⁶²⁷ *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 145-156, Rn. 29; *Busche*, S. 587; *Maume*, Rn. 137.

⁶²⁸ *Staudinger-Bork*, Vorbem §§ 145-156, Rn. 30.

⁶²⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*; *Staudinger-Bork*, Vorbem §§ 145-156, Rn. 29.

Für den Inhaber eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs bedeutet dies, dass er dem Patentinhaber ein Angebot auf Abschluss eines Lizenzangebotes zu unterbreiten hat, das sich inhaltlich mit dem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang deckt und die Gegenseite daher annehmen muss.

2. Inhalt des kartellrechtlich gebotenen Lizenzvertrages

Die Anforderungen, die an ein Lizenzangebot gestellt werden, führen zu der Frage, welchen Inhalt eine kartellrechtlich gebotene Lizenz hat, d.h. zu welchen Konditionen der Patentinhaber das Nutzungsrecht einräumen muss. Wie bereits erörtert, stellt die Entscheidungspraxis dazu keine klaren Maßstäbe auf, sondern erschöpft sich im Wesentlichen in der Aussage, dass die Lizenz zu „angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen“ erteilt werden muss. Was sich genau hinter diesen Anforderungen verbirgt, ist bislang nicht geklärt. Die Konditionen des abzuschließenden Lizenzvertrages sind auch deshalb häufiger Streitpunkt zwischen den Parteien.

Inhaltliche Maßgaben für eine kartellrechtliche Zwangslizenz können sich allerdings aus dem TRIPS-Übereinkommen ergeben.⁶³⁰ Das Übereinkommen verfolgt unter anderem den Zweck, für Rechte des geistigen Eigentums Mindeststandards bezüglich des materiellen Rechts und Verfahrensrechts international verbindlich festzulegen.⁶³¹ So enthält der Vertragstext in Art. 31 einen Anforderungskatalog, wenn „das Recht eines Mitglieds die sonstige Benutzung des Gegenstands eines Patents ohne die Zustimmung des Rechtsinhabers“ erlaubt. Diese Vorschrift erfasst jedenfalls die patentrechtliche Zwangslizenz, deren gesetzliche Regelung in § 24 PatG nach Ratifizierung des TRIPS-Übereinkommens neu gefasst werden musste.⁶³²

Nach Auffassung von Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur muss auch die gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte kartellrechtliche Zwangslizenz den Anforde-

⁶³⁰ Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum (engl.: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ist am 1.1.1995 mit Errichtung der Welthandelsorganisation in Kraft getreten, BGBl. 1994 II 1625, ABl. 1994, L 336/3.

⁶³¹ Busche/Stoll, Einl 2 Rn. 7; Adolphsen, § 2 Rn. 60.

⁶³² 2. PatÄndG v. 16.7.1998, BGBl. I, S. 1827.

rungen aus Art. 31 TRIPS genügen.⁶³³ Das ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut von Art. 31 S. 1 TRIPS, weil die kartellrechtliche Zwangslizenz eine Nutzung der geschützten Lehre gegen den Willen des Berechtigten ermöglicht und sich insoweit nicht von einer patentrechtlichen Zwangslizenz unterscheidet. Noch deutlicher ist aber die Regelung des Art. 31 lit. k) TRIPS. Danach sind bestimmte Erfordernisse dann nicht einzuhalten, wenn eine Zwangslizenz zur Unterbindung einer wettbewerbswidrigen Praxis erteilt wird. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass die übrigen Anforderungen auch bei einer kartellrechtlichen Lizenz einzuhalten sind und es sich damit um eine Zwangslizenz im Sinne der Vorschrift handelt. Im Folgenden wird daher bei der Konkretisierung der Pflichten aus Kontrahierungszwang ergänzend auf die Regelungen zurückgegriffen, die Art. 31 TRIPS an eine kartellrechtlich begründete Zwangslizenz stellt.

a) Lizenzerteilung

Aus der Entscheidungspraxis ergibt sich zunächst die Pflicht zur Lizenzerteilung. Eine Lizenz ist die Erlaubnis, die technische Lehre, die Gegenstand des Patents ist, in einer gesetzlich dem Patentinhaber vorbehaltenen Weise zu benutzen.⁶³⁴ Fraglich ist allerdings, welche Art von Lizenz der Patentinhaber erteilen muss und welchen Beschränkungen diese gegebenenfalls unterliegt.

aa) Einfache Lizenz

Die Einräumung von Nutzungsrechten geschieht durch Abschluss eines Lizenzvertrages, § 15 Abs. 2 S. 1 PatG. Dabei handelt es sich um einen Vertrag eigener Art, in dem sich der Patentinhaber verpflichtet, das jeweilige Recht dem Lizenznehmer zur Verfügung zu stellen.⁶³⁵ Die Vereinbarung der Parteien kann von einer einfachen Lizenz, der schuldrechtlichen Gestattung der Patentbenutzung, bis zu einer

⁶³³ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (317) – *Orange-Book-Standard*; Zweites Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes und anderer Gesetze (2. PatGÄndG) vom 16.7.1998, BIPMZ 1998, 382 (400); Benkard-Rogge, § 24 Rn. 26; Heinemann, S. 588.

⁶³⁴ Busse-Keukenschrijver, § 15 Rn. 48.

⁶³⁵ BGH, Beschl. v. 12.12.2003, IXa ZB 165/03, NJW-RR 2004, 644, (645); Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 81; Mes, § 15 Rn. 47.

umfassenden ausschließlichen Lizenz reichen.⁶³⁶ Von einer ausschließlichen Lizenz spricht man, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das alleinige Recht zur Ausübung aller oder einzelner Befugnisse erteilt, die das Patent gewährt.⁶³⁷ Abgesehen von seiner formalen patentrechtlichen Stellung verliert der Inhaber insoweit das Nutzungsrecht.⁶³⁸

Als Rechtsfolge eines kartellrechtlichen Anspruchs kommt eine ausschließliche Lizenz allerdings nicht in Betracht, wie sich zunächst aus Art. 31 lit. d) TRIPS ergibt. Zwar klingt es in der deutschen Übersetzung so, als bilde die ausschließliche Lizenz den Regelfall einer erzwungenen Nutzung („eine solche Benutzung muss nicht ausschließlich sein“). Jedoch zeigt der englische Vertragstext, dass gerade das Gegenteil intendiert ist („such use shall be non-exclusive“). Eine ausschließliche Lizenz verbietet sich zudem im Hinblick auf den Zweck, der mit einer kartellrechtlichen Zwangslizenz verfolgt wird. Durch die Einräumung der Nutzungserlaubnis soll in erster Linie der Zugang zu dem nachgelagerten Markt ermöglicht werden. Dieses Ziel kann nicht dadurch erreicht werden, dass ein Lizenzinhaber das alleinige Nutzungsrecht bekommt. Denn dadurch würde der Lizenznehmer lediglich in die marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers einrücken und die kartellrechtlich zu beanstandende Situation würde perpetuiert.⁶³⁹

bb) Beschränkung der Lizenz

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob das einfache Nutzungsrecht inhaltlich zu beschränken ist. Die Entscheidungspraxis gibt darüber keinen Aufschluss. Allerdings folgt aus Art. 31 lit. c) TRIPS, dass Umfang und Dauer der zwangsweisen Benutzung auf den Zweck zu begrenzen sind, für den sie gestattet wurde. Die Zwangslizenz muss sich also am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausrichten und darf nicht unnötig weitgehend in die Ausschließlichkeitsposition des Patentinhabers eingreifen. Der Anspruch auf Zwangslizenz verfolgt den Zweck, den kartellrecht-

⁶³⁶ Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 61.

⁶³⁷ RG, Urt. v. 16.1.1904, 373/03, RGZ 57, 38 (40); Urt. v. 1.3.1911, 366/10, RGZ, 75, 400 (403); Urt. v. 21.11.1930, VII 49/30, RGZ 130, 275 (282).

⁶³⁸ Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 89.

⁶³⁹ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) bb), S. 54 ff.

lich zu missbilligenden Zustand zu beenden, der entsteht, wenn der Patentinhaber trotz entgegenstehenden Kontrahierungszwangs eine Lizenzerteilung verweigert. Nachfolgend ist daher zu prüfen, inwieweit die Lizenzerteilung zu begrenzen ist, ohne das soeben genannte Ziel zu verfehlen. Dazu kommen Beschränkungen in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht in Betracht.⁶⁴⁰

(1) Räumlich

Der Patentschutz wirkt entsprechend dem Territorialitätsprinzip nur innerhalb eines bestimmten Hoheitsgebietes.⁶⁴¹ Durch Anträge in verschiedenen Ländern und durch das Patentbündel eines europäischen Patents ist es allerdings möglich und üblich, diesen auf die wesentlichen Industrienationen oder sogar die ganze Welt auszudehnen. Hat der Schuldner des Zwangslizenzanspruchs von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, stellt sich die Frage, an welchen dieser Patente er eine Nutzungserlaubnis erteilen muss, respektive auf welche Länder der Zwangslizenzanspruch begrenzt ist.

Zunächst ist festzustellen, dass sich aus Art. 31 lit. f) TRIPS keine geographische Beschränkung ergibt. Nach dieser Vorschrift ist zwar eine Zwangslizenz auf das Gebiet des Erteilungsstaates zu begrenzen. Die Regelung gilt allerdings nur für das Verfahren bei einer patentrechtlichen Zwangslizenz. Bei Nutzungserlaubnissen wegen „wettbewerbswidriger Praktik“ ist die genannte Regelung nicht zu beachten, Art. 31 lit. k) TRIPS.

Eine räumliche Beschränkung folgt jedoch aus dem kartellrechtlichen Zweck der Zwangslizenz, da der Lizenzanspruch nicht weiter gehen kann, als zur Unterbindung des Missbrauchs erforderlich ist. Dessen Voraussetzungen müssen daher für jedes räumlich beschränkt wirkende Schutzrecht gesondert geprüft werden. Eine Zwangslizenz in Bezug auf ein bestimmtes Patent ist nur möglich, wenn es wirksam ist und eine marktbeherrschende Stellung vermittelt. Dabei können die Verhältnisse von einem nationalen Markt nicht schematisch auf einen anderen übertragen werden, da es durchaus vorstellbar ist, dass sich die Nachfrage auf einem Markt auf

⁶⁴⁰ Schulte-Kühnen, § 15 Rn. 44.

⁶⁴¹ Siehe oben unter 2. Teil A. I., S. 10 ff.

geschützte Produkte beschränkt, während dies auf einem anderen Markt nicht der Fall ist, weil beispielsweise Netzwerk- und Lock-in-Effekte nicht greifen oder es abweichende Nachfragepräferenzen gibt. Darüber hinaus muss auch die Lizenzverweigerung in Bezug auf jedes einzelne Schutzrecht als missbräuchlich zu bewerten sein, d.h. dass beispielsweise im Fall einer generellen Lizenzverweigerung außergewöhnliche Umstände erforderlich sind. Fehlt auf Seiten des Lizenzinteressenten die Absicht, sein neues Produkt im Geltungsbereich eines Patents anzubieten, so scheidet eine Lizenz insoweit aus.

Liegen die Voraussetzungen allerdings für sämtliche Patente vor, die eine bestimmte technische Lehre global schützen, ist auch ein Anspruch auf weltweite Zwangslizenz möglich. Das belegt die Entscheidung *Microsoft*, die den Softwarehersteller verpflichtete, seine Schnittstelleninformationen preiszugeben und, soweit immaterialgüterrechtlicher Schutz bestand, eine entsprechende Lizenz zu erteilen. Kommission und EuG gingen übereinstimmend von einem weltweiten Produktmarkt aus und sahen die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz insgesamt als gegeben an. Den Lizenzinteressenten sollte es ermöglicht werden, überall Produkte anzubieten, die mit dem Betriebssystem von *Microsoft* kompatibel sind. Eine räumliche Beschränkung des Lizenzanspruchs kam daher nicht in Betracht.⁶⁴²

Die Konstellation im Fall *Microsoft* bildet keinen Einzelfall. Gerade nach erfolgreicher Standardsetzung können sich weltweite Märkte entwickeln, für deren Tätigkeit eine entsprechende Lizenz erforderlich ist. Aus diesem Grund ist es gängige Praxis von Technologiepools, Nutzungsrechte an den essentiellen Schutzrechten eines Standards im Rahmen einer einheitlichen, weltweit gültigen Lizenz zu vergeben, die alle erforderlichen Patente umfasst.⁶⁴³

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für jedes einzelne Patent gesondert geprüft werden muss, ob die Voraussetzungen eines Missbrauchs vorliegen. Entsprechend ist eine Zwangslizenz in geographischer Hinsicht zu begrenzen. Liegen

⁶⁴² EuG, Urt. v. 17.9.2007, T-201/04, WuW/E EU-R 1307, Rn. 22 – *Microsoft*; KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 427 – *Microsoft*.

⁶⁴³ Vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O81/07, NJOZ 2009, 930 (942) – *MPEG 2-Standard*.

die Voraussetzungen allerdings für eine weltweit geschützte technische Lehre vor, so ist auch ein Anspruch auf entsprechende Lizenz denkbar.

(2) Zeitlich

Ein Anspruch auf Zwangslizenz besteht nur für den Zeitraum, in dem auch die Voraussetzungen eines Missbrauchs vorliegen. Bei einer kartellrechtlichen Zwangslizenz ist insbesondere an den Wegfall der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers zu denken. Diese entfällt, wenn auf dem Produktmarkt, insbesondere in Folge neuer innovativer Erzeugnisse, die Nachfrage nicht mehr auf geschützte Produkte beschränkt ist. Veränderungen der Marktstruktur und besonders das Auftreten von Produktinnovationen lassen sich jedoch kaum mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersagen. Im Hinblick auf die im Patentrecht ohnehin begrenzte Schutzdauer von regelmäßig 20 Jahren ist daher eine zeitliche Befristung der Lizenz ex ante im Allgemeinen nicht angezeigt. Die Wirkung der Nutzungserlaubnis endet dann erst mit Ablauf des Patents.

Liegen die Voraussetzungen der Lizenz hingegen zu einem früheren Zeitpunkt nicht mehr vor, ist die unfreiwillige Lizenzierung zu beenden, Art. 31 lit. g) TRIPS. Wenn über den Zwangslizenzanspruch gerichtlich entschieden worden ist, kommt, falls sich der Lizenznehmer weigert freiwillig auf sein Recht zu verzichten, wie bei einer patentrechtlichen Zwangslizenz eine Abänderungsklage nach § 323 ZPO analog in Betracht.⁶⁴⁴

(3) Sachlich

Schließlich stellt sich die Frage, ob die Zwangslizenz in sachlicher Hinsicht zu beschränken ist, d.h. der Lizenznehmer auf bestimmte Anwendungsmöglichkeiten der geschützten Lehre festgelegt wird.

Bei einer Zwangslizenz nach genereller Lizenzverweigerung liegt es nahe, dem Lizenznehmer ausschließlich zu gestatten, mithilfe der Lizenz das in Aussicht gestellte neue Produkt herzustellen und zu vertreiben. Schließlich wird die Lizenz gerade

⁶⁴⁴ Vgl. Benkard-Rogge, § 24 Rn. 45; zur gerichtlichen Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs siehe nachfolgend unter 6. Teil, S. 224 ff.

zu diesem Zweck gewährt. Andererseits könnte der Lizenznehmer dann nicht auf Wettbewerbsveränderungen durch Weiterentwicklung reagieren, sondern wäre auf die ursprüngliche Innovation festgelegt. Denkbar wäre auch eine Beschränkung auf eine bestimmte Produktkategorie, sodass die Nutzungserlaubnis nicht dazu genutzt werden könnte, auf anderen Märkten tätig zu werden. Die Kommission äußert sich in der Entscheidung *Microsoft* zu dieser Frage und hält Beschränkungen hinsichtlich der Produktkategorie (engl.: type of products) ausdrücklich für unangemessen, weil dies die Fähigkeit der Begünstigten zu weiterer Innovation ebenso unnötig beschränken würde wie deren Fähigkeit, in Wettbewerb zu *Microsoft* zu treten.⁶⁴⁵

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gerade in Hochtechnologiebereichen gibt es sehr kurze Produktzyklen und eine fortlaufende Verbesserung bestehender Angebote. Außerdem können sich binnen kurzer Zeit neue Anwendungsmöglichkeiten für technische Lösungen ergeben. Den Lizenznehmer bei dieser Entwicklung auszuschließen, liefe dem Ziel der Zwangslizenz bei genereller Verweigerung, innovative Produkte zu ermöglichen, zuwider. Eine Zwangslizenz als Folge einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis oder eines ungerechtfertigten Abbruchs setzt tatbestandlich nicht das Anbieten eines neuen Produktes voraus. In diesen Fällen gibt es daher keine Veranlassung für eine sachliche Beschränkung.

Der Lizenznehmer hat auch das Recht, seine Lizenz auf eine andere Person zu übertragen, allerdings, wie sich aus Art. 31 lit. e) TRIPS ergibt, nur zusammen mit dem Teil des Unternehmens, der mit der Auswertung des Patents befasst ist.⁶⁴⁶ Die Regelung erscheint sinnvoll, weil sie auf der einen Seite dem Lizenznehmer notwendige Veränderungen der Unternehmensstruktur ermöglicht und auf der anderen Seite den Normadressaten nicht weiter belastet, da es die Anzahl der bestehenden Zwangslizenzen auch nach Übertragung unverändert lässt.

Eine Unterlizenzierung durch den Lizenznehmer ist hingegen ausgeschlossen. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Inhaber einer einfachen Lizenz dazu regelmäßig nicht berechtigt ist.⁶⁴⁷ Außerdem könnte es andernfalls zu einer Vielzahl von

⁶⁴⁵ KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 1008 – *Microsoft*.

⁶⁴⁶ Busse-Schwendy, § 24 Rn. 97.

⁶⁴⁷ Benkard-Ullmann, § 15 Rn. 105.

Lizenzen gegen den Willen des Patentinhabers kommen, obwohl die Anspruchsvoraussetzungen nur in der Person des ursprünglichen Lizenznehmers vorlagen.

b) Angemessene Bedingungen

Die Entscheidungspraxis hat gezeigt, dass der Anspruch des Lizenzinteressenten darauf gerichtet ist, eine Nutzungserlaubnis zu angemessenen Bedingungen zu erhalten.⁶⁴⁸ Die Bestimmung dieser Konditionen bildet eine besondere Schwierigkeit bei der kartellrechtlichen Zwangslizenz.⁶⁴⁹ Im Mittelpunkt steht dabei die Frage nach einer angemessenen Lizenzgebühr als Gegenleistung für die aufgezwungene Nutzungsmöglichkeit. So fordert Art. 31 lit. h) TRIPS explizit, dass „dem Rechteinhaber eine nach den Umständen des Falles angemessene Vergütung zu leisten ist.“ Die Rechtsprechung hat sich zur Frage der Vergütung bislang erkennbar zurückgehalten und in keinem Verfahren eine Lizenzgebühr bestimmt. Die Anerkennung eines Anspruchs auf Lizenzerteilung zu angemessenen Bedingungen zwingt jedoch dazu, auch Aussagen über deren Inhalt zu treffen.⁶⁵⁰

aa) Anzuwendender Maßstab

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welcher Maßstab bei der Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr anzuwenden ist. In Betracht kommen ein immaterialgüterrechtlicher, ein regulatorischer sowie ein kartellrechtlicher Ansatz.

(1) Immaterialgüterrechtlicher Ansatz

Die Frage nach der Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr stellt sich an verschiedenen Stellen innerhalb des Immaterialgüterrechts. So fingiert § 32 Abs. 1 S. 2 UrhG für den Fall, dass sich die Parteien bei der Einräumung von Nutzungs-

⁶⁴⁸ Die in der Literatur bisweilen verwendete Formulierung von „FRAND-Bedingungen“ ist abzulehnen, weil sie zum einen die Grenze zwischen einem eventuelle bestehenden Anspruch aus Lizenzbereitschaftserklärung und kartellrechtlichem Zwangslizenzanspruch verwischt und zum anderen keine Stütze in der Entscheidungspraxis findet, vgl. aber *Fröhlich*, GRUR 2008, 205 (211); *Kellenter*, in: Bergermann et al., FS Mes, 199; *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (187).

⁶⁴⁹ *Bartmann*, S. 337; *Beckmerhagen*, S. 294; *Klimisch/Lange*, WuW 1998, 15 (24).

⁶⁵⁰ *Bartmann*, S. 337.

rechten nicht auf ein Entgelt geeinigt haben, dass eine angemessene Vergütung vereinbart wurde. Daneben besteht das Bedürfnis einer Gebührenbestimmung immer dann, wenn das Gesetz einen Kontrahierungszwang vorsieht, und als Gegenleistung die Zahlung einer angemessenen Vergütung anordnet wie in §§ 5 Abs. 3 S. 2, § 42 a Abs. 1 S. 1, 87 Abs. 5 S. 1 UrhG und § 24 Abs. 6 S. 4 PatG. Allen genannten Fällen ist gemeinsam, dass über die Angemessenheit einer Gebühr die Umstände des Einzelfalls entscheiden und eine übliche Vergütung geschuldet ist, deren Höhe sich insbesondere daran bemisst, was in der Vergangenheit in vergleichbaren Fällen vom Rechtsinhaber verlangt wurde.⁶⁵¹

Insbesondere im Bereich einer patentrechtlichen Zwangslizenz fehlen häufig vergleichbare Lizenzverträge und es müssen andere Kriterien zur Bestimmung der Gebühr herangezogen werden. Nach Rechtsprechung und Literatur soll sich die Lizenzhöhe dabei innerhalb von zwei Grenzen halten: Sie soll dem Patentinhaber eine angemessene Entschädigung gewähren und dem Lizenznehmer die Aufrechterhaltung seines Betriebs gestatten.⁶⁵² Maßgebend soll sein, was bei einer vertraglichen Einigung ein vernünftiger Patentinhaber fordern und ein vernünftiger Lizenznehmer gewähren würde.⁶⁵³ Dabei können die Bedeutung des Patents, der erfinderische Schritt und etwaige Beschränkungen des Nutzungsrechts eine Rolle spielen.⁶⁵⁴ Es ist mithin eine hypothetische Lizenzgebühr zu bestimmen. Diese Vorgehensweise ähnelt der Lizenzanalogie, die als eine Berechnungsmethode für den Schadensersatz bei Verletzung von Immaterialgüterrechten anerkannt ist und danach fragt, was vernünftige Parteien vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsschluss die künftige Entwicklung und namentlich die Zeitdauer und das Maß der Nutzung vorausgesehen hätten.⁶⁵⁵ Literatur und Rechtsprechung zur Lizenzanalogie können daher zu-

⁶⁵¹ Benkard-Rogge, § 24 Rn. 33; Dreier/Schulze, § 5 Rn. 16, § 42 a Rn. 14, § 87 Rn. 14; Wandtke/Bullinger, § 5 Rn. 27; § 42 a Rn. 15; § 87 Rn. 28.

⁶⁵² RG, Urt. v. 24.1.1934, I 37/33, RGZ 143, 223 (229); BPatG, Urt. 7.6.1991, 3 Li 1/90, GRUR 1994, 98 (103) – *Zwangslizenz*; Benkard-Rogge, § 24 Rn. 33.

⁶⁵³ RG, Urt. v. 24.1.1934, I 37/33, RGZ 143, 223 (249); Benkard-Rogge, § 24 Rn. 33.

⁶⁵⁴ Benkard-Rogge, § 24 Rn. 33.

⁶⁵⁵ BGH, Urt. v. 13.3.1962, I ZR 18/61, GRUR 1962, 401 (404) – *Kreuzbodenventilsäcke III*; Urt. v. 18.2.1992, X ZR 7/90, GRUR 1992, 432 (433) – *Steuereinrichtung*; Urt. v. 30.5.1995, X ZR 54/93, GRUR 1995, 578 (581) – *Steuereinrichtung II*; Benkard-Rogge, § 139 Rn. 64.

sätzliche Anhaltspunkte für die Höhe einer patentrechtlichen Zwangslizenzgebühr liefern.⁶⁵⁶

Übertragen auf den Fall einer kartellrechtlichen Zwangslizenz lässt sich zusammenfassen, dass sich die Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr zunächst an der bisherigen Lizenzierungspraxis des Rechtsinhabers orientieren würde. Bei Fehlen einer solchen wären die berechtigten Interessen von Patentinhaber und Lizenzinteressent im Wege eines hypothetischen Vertragsschlusses unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu einem Ausgleich zu bringen.

(2) Regulatorischer Ansatz

Die Bestimmung von Entgelten spielt im Bereich der Regulierung eine entscheidende Rolle. Unter Regulierung im Rechtssinn versteht man die Verhaltenssteuerung von Wirtschaftssubjekten durch hoheitliche Ge- und Verbote.⁶⁵⁷ Regulierte Märkte sind unter anderem der Telekommunikations- und Energiesektor.⁶⁵⁸ Diese beiden Bereiche wurden ehemals von staatlichen Monopolunternehmen bedient, die entsprechende Infrastruktureinrichtungen (Telekommunikations- und Energienetze) vorhielten. Um die Voraussetzung für Wettbewerb zu schaffen, muss Dritten die Nutzung dieser Netze durch Einräumung eines Zugangsrechts gewährt werden. Unmittelbar mit dem Zugangsrecht verknüpft ist die Frage nach der Höhe des dafür zu zahlenden Entgelts.⁶⁵⁹ Denn ein Entgelt, das die Leistungsfähigkeit des Wettbewerbers übersteigt, verhindert seinen Marktzugang genauso wie das Fehlen eines Zugangsanspruchs überhaupt.

Auf Einzelheiten der Entgeltregulierung kann an dieser Stelle wegen des hohen Komplexitätsgrads nicht näher eingegangen werden.⁶⁶⁰ Maßgeblich ist für den vorliegenden Zusammenhang lediglich der gemeinsame Ansatzpunkt, nämlich dass die Kosten einer effizienten Leistungserbringung die Grundlage für die Preisregulierung

⁶⁵⁶ Benkard-Rogge, § 24 Rn. 34.

⁶⁵⁷ Ruthig/Storr, Rn. 22.

⁶⁵⁸ Ruthig/Storr, Rn. 503.

⁶⁵⁹ Ruthig/Storr, Rn. 557.

⁶⁶⁰ Siehe dazu Arndt/Fetzer/Scherer, § 31 Rn. 16 ff.; Britz/Hellermann/Hermes-Groebel, § 21 Rn. 62 ff.

bilden, § 21 Abs. 2 EnWG, § 31 Abs. 2 TKG. Das bedeutet zunächst, dass nicht die tatsächlichen Kosten des Netzbetreibers herangezogen werden, sondern diejenigen die bei einer effizienten Leistungsbereitstellung anfallen.⁶⁶¹ Zu fragen ist, welche Kosten die Bereitstellung einer bestimmten Leistung bei einem effizienten Unternehmen verursachen würde, wenn es sich im jetzigen Zeitpunkt zum Angebot des jeweiligen Produkts entschließen würde (so genannter forward-looking-approach).⁶⁶² Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der unwirtschaftlich agierende Monopolist seine Kosten auf die Abnehmer abwälzen kann.⁶⁶³ Vielmehr soll die Situation eines Unternehmens simuliert werden, das aktuell mit einem effizienten Anbieter im Wettbewerb steht und daher seine eigene Kostensituation anpassen muss, wenn es dauerhaft wettbewerbsfähig bleiben will.⁶⁶⁴ Dabei sind auch die Aufwendungen für die erforderliche Infrastruktur anzusetzen, allerdings nur in Höhe des aktuellen Wiederbeschaffungswerts und nicht mit ihren historischen Anschaffungskosten, die tatsächlich bei dem regulierten Unternehmen angefallen sind.⁶⁶⁵

Die Zugangsproblematik ist der Konstellation einer kartellrechtlichen Zwangslizenz nicht unähnlich. An die Stelle des Netzzugangs tritt dann das Nutzungsrecht an dem erforderlichen Patent. Insoweit erscheint es zunächst nicht fernliegend, auf die detaillierten Vorschriften zur Entgeltregulierung für die Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr zurückzugreifen. Ausgangspunkt für die Gebührensbestimmung wären in diesem Fall die Kosten, die bei der Lizenzerteilung selbst anfallen sowie die anteiligen Aufwendungen, die ein effizientes Unternehmen für die Entwicklung des Schutzrechts aufzubringen hätte.

(3) Kartellrechtlicher Ansatz

Die wenigen Entscheidungen, die sich mit der Rechtsfolge der Zwangslizenz befassen, bestimmen sie auf der Grundlage des Kartellrechts. In der Entscheidung

⁶⁶¹ Arndt/Fetzer/Scherer, § 31 Rn. 27.

⁶⁶² Arndt/Fetzer/Scherer, § 31 Rn. 29; Britz/Hellermann/Hermes-Groebel, § 21 Rn. 66.

⁶⁶³ Ruthig/Storr, Rn. 573.

⁶⁶⁴ Britz/Hellermann/Hermes-Groebel, § 21 Rn. 66.

⁶⁶⁵ Arndt/Fetzer/Scherer, § 31 Rn. 31; Britz/Hellermann/Hermes-Groebel, § 21 Rn. 66; Bartmann, S. 340.

Standard-Spundfass hat der BGH die bisherige Lizenzierungspraxis des Patentinhabers zugrundegelegt und aus dem wettbewerbsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch entsprechenden Inhalts für den Lizenzsucher abgeleitet.⁶⁶⁶ In der Entscheidung *Orange-Book-Standard* des OLG Karlsruhe weigerte sich der Patentinhaber, zu den vom Lizenzinteressenten angebotenen Bedingungen einen Vertrag abzuschließen. Das Gericht erläuterte, dass ein Recht auf Kontrahierung nur zu solchen Bedingungen bestehe, die angemessen seien und denen gegenüber jegliche Änderung zu Gunsten des Marktbeherrschers unangemessen sei.⁶⁶⁷ Im Übrigen könne der Patentinhaber jedes Vertragsangebot rechtmäßig ablehnen.⁶⁶⁸ Im Anschluss prüfte das Gericht die Angemessenheit des vorgelegten Angebots anhand der übrigen Lizenzverträge. Der Patentinhaber hatte Dritten Nutzungsrechte gewährt, deren Lizenzgebühr zwischen 3 und 5 Prozent des Nettoumsatzerlöses des Lizenznehmers variierte. Das Angebot des Lizenzinteressenten sah eine Gebühr in Höhe von 3 Prozent vor. Einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages zu diesen Konditionen lehnte das OLG ab, da offensichtlich auch eine Lizenzgebühr von 5 Prozent noch angemessen sei.⁶⁶⁹

Nach Auffassung des Gerichts zwingt der kartellrechtliche Anspruch auf Zwangslizenz den Patentinhaber nur zu einem Vertrag, dessen Inhalt keinen Spielraum mehr für zulässige Verbesserungen zu seinen Gunsten lässt. Die Grenze des Zulässigen richtet sich dabei nach wettbewerbsrechtlichen Vorgaben, indem ermittelt wird, welche Bedingungen im Hinblick auf einen Diskriminierungsvorwurf noch als zulässig angesehen werden können. Das bedeutet, dass der Lizenzinhaber in dem genannten Verfahren einen Anspruch auf Lizenzierung gegen Zahlung einer Gebühr von 5 Prozent gehabt hätte, soweit aufgrund der übrigen Umstände keine andere Gebührenhöhe gerechtfertigt gewesen wäre. Denn eine höhere Gebühr hätte den Vorwurf einer Diskriminierung begründet; eine niedrigere Gebühr wäre

⁶⁶⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (78) – *Standard-Spundfass*.

⁶⁶⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*.

⁶⁶⁸ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*.

⁶⁶⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*.

vom Inhaber nicht zu akzeptieren gewesen, da er aus Gründen der Gleichbehandlung den Lizenzinteressenten nicht besser behandeln musste als seine bisherigen Lizenznehmer. Daran wird der Unterschied zwischen angemessenen und nicht unangemessenen Bedingungen deutlich. Eine Gebührenhöhe in der Spannbreite der bisherigen Verträge zwischen 3 und 5 Prozent mag zwar objektiv eine angemessene Gebühr darstellen. Unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten besteht jedoch nur ein Anspruch auf eine Lizenz zu 5 Prozent.

Die Grenze der Angemessenheit kann allerdings, unabhängig von dem Vorwurf einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung, auch dann überschritten werden, wenn Vertragskonditionen, als solche ausbeuterisch sind, also „offensichtlich unbillig“ erscheinen oder einen „eindeutig überhöhten Preis“ enthalten.⁶⁷⁰ Denn der Patentinhaber ist gleichermaßen Adressat des Ausbeutungs- wie des Diskriminierungsverbots.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach kartellrechtlichem Ansatz die Rechtsfolge von angemessenen Lizenzbedingungen negativ zu bestimmen ist. Der Lizenzinteressent hat Anspruch auf einen Vertrag dessen Bedingungen nicht unangemessen, d.h. kartellrechtswidrig sind, also weder den Vorwurf einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung noch einer Ausbeutung durch den Patentinhaber begründen.

(4) Stellungnahme

Der letztgenannte Maßstab erscheint für die Bestimmung der Rechtsfolgen vorzugswürdig, weil dieser dem kartellrechtlichen Charakter des Anspruchs entspricht. Der Zwangslizenzanspruch findet seine Grundlage im europäischen und nationalen Missbrauchsverbot.⁶⁷¹ Die entsprechenden Vorschriften grenzen das erlaubte Verhalten von unzulässigen Handlungen anhand des jeweiligen Verbotstatbestands ab. Derjenige, der durch den Verstoß gegen das Missbrauchsverbot beeinträchtigt ist, hat einen Anspruch darauf, dass eine weitere Missachtung der Wettbewerbsvor-

⁶⁷⁰ OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (180) – *Orange-Book-Standard*.

⁶⁷¹ Siehe oben unter 2. Teil B., S. 18 ff.

schriften unterbleibt. Das Ziel eines Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs ist es dann, einen Zustand herzustellen, in dem sich der Normadressat nicht missbräuchlich und damit nicht kartellrechtswidrig verhält.⁶⁷² Dem Normadressaten bleibt hingegen alles erlaubt, was nicht als Missbrauch zu qualifizieren ist.

Übertragen auf den Fall einer Lizenzverweigerung bedeutet dies, dass die Forderung diskriminierender oder ausbeuterischer Bedingungen missbräuchlich ist, wohingegen jede Forderung, die diese Grenzen beachtet, wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Daher kann auch die Rechtsfolge eines kartellrechtlichen Anspruchs nur darauf gerichtet sein, einen nicht missbräuchlichen Zustand herzustellen. Auf diese Weise ist der Eingriff in die immaterialgüterrechtliche Position des Patentinhabers hinsichtlich seiner Intensität darauf beschränkt, den Missbrauch abzustellen und geht nicht darüber hinaus.⁶⁷³

Dieser Ansatz fügt sich auch in die europäische und nationale Entscheidungspraxis zu den Rechtsfolgen eines Kontrahierungszwangs ein. So ist es anerkannt, dass sich als Folge einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung ein Anspruch auf Vertragsabschluss zu den jeweils üblichen Bedingungen ergeben kann, also zu Konditionen, die den übrigen Verträgen entsprechen, da nur auf diese Weise eine bestehende Ungleichbehandlung beseitigt werden kann.⁶⁷⁴ Das Diskriminierungsverbot enthält allerdings kein „Günstigkeitsprinzip“, wonach eine Gleichstellung zu bestmöglichen Bedingungen verlangt werden kann.⁶⁷⁵ Vielmehr kann bei Bevorzugung eines Einzelnen die Gleichbehandlung auch auf dem Niveau der Schlechterbehandelten vollzogen werden.⁶⁷⁶

Die Kommissionsentscheidung in Sachen *Microsoft* verdeutlicht, dass neben dem Gleichbehandlungsgebot auch das Verbot des Ausbeutungsmissbrauchs zu beachten

⁶⁷² Immenga/Mestmäcker-Emmerich, *GWB*, § 33 Rn. 94.

⁶⁷³ *Bartmann*, S. 345.

⁶⁷⁴ EuG, Urt. v. 21.10.1997, T-229/94, Slg. II-1689, Rn. 77 ff. – *Deutsche Bahn*; BGH, Urt. v. 5.12.1990, VIII ZR 64/90, NJW-RR 1991, 408 (409); Staudinger-Bork, Vorbem zu §§ 145-156, Rn. 19.

⁶⁷⁵ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (78) – *Standard-Spundfass*.

⁶⁷⁶ BGH, Urt. v. 19.3.1996, KZR 1/95, NJW 1996, 2656 (2658) – *Pay-TV-Durchleitung*; *Belke*, S. 428.

ist. Denn das Verbot, bei der Berechnung einer angemessenen Lizenzgebühr einen etwaigen strategischen Wert einzubeziehen, entspricht wie bereits erörtert einem möglichen missbräuchlichen Verhalten auf Tatbestandsebene.⁶⁷⁷

Der *immaterialgüterrechtliche Ansatz* zur Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr kann im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Zwangslizenz keine Anwendung finden, weil er über dasjenige hinausgeht, was aus dem zugrunde liegenden wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch verlangt werden kann. Ziel der immaterialgüterrechtlichen Bestimmung ist ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung aller Umstände durch Festlegung einer angemessenen Gebühr. Zur Ermittlung soll ein fiktiver Vertragsschluss unter vernünftigen Parteien herangezogen werden; die bisherige Lizenzierungspraxis dient dabei als Indiz für die Angemessenheit eines Entgelts. Das Kartellrecht verlangt von dem Normadressaten jedoch nicht, sich „vernünftig“ zu verhalten, sondern lediglich seine Marktmacht nicht missbräuchlich zu verwenden.

Der *regulatorische Ansatz* ist schließlich abzulehnen, weil sich der Maßstab einer effizienten Leistungsbereitstellung nicht auf Fälle einer Lizenzverweigerung übertragen lässt. Denn danach müsste die Lizenzgebühr auf der Grundlage der Kosten ermittelt werden, die bei einem effizienten Unternehmen im Zeitpunkt des Lizenzbegehrens für die Entwicklung des jeweiligen Schutzrechts anfallen würden. Diese Vorgehensweise erscheint kaum durchführbar. Die Kosten, die bei der Entwicklung eines Patents entstanden sind, können ohnehin nur schwer im Nachhinein ermittelt werden. Möglich ist dies allenfalls auf der Grundlage der historischen Anschaffungskosten des Patentinhabers. Ein „Wiederbeschaffungswert“, d.h. die Kosten für eine Entwicklung im Zeitpunkt der Lizenzerteilung, kann bei einem Immaterialgüterrecht jedoch nicht ermittelt werden.

Hinzu kommt, dass eine Nichtberücksichtigung der ursprünglich angefallenen Kosten die Anreizstruktur des Patentrechts außer Acht lässt. Denn das Schutzrecht soll es dem Inhaber ermöglichen, jedenfalls die Kosten für Forschung und Entwicklung – einschließlich gescheiterter Projekte – mittels eines suprakompetitiven Ge-

⁶⁷⁷ KomE v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, ABl. 2007, L 32/23, Rn. 1005 ff. – *Microsoft*; siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (a), S. 104 ff.

winns zu kompensieren.⁶⁷⁸ In den Grenzen des Kartellrechts ist ihm dieses Vorgehen auch erlaubt. Die Bemessung einer Zwangslizenzgebühr ohne Berücksichtigung der ursprünglichen Anschaffungskosten würde den Anreiz für zukünftige Investitionen jedenfalls verringern, denn auf diese Weise wäre ein Ausgleich für die getätigten Ausgaben nicht sichergestellt.⁶⁷⁹ Dieser Aspekt unterscheidet Fälle der Zwangslizenz auch von der Situation bei regulierten Märkten, weil die in Rede stehenden Einrichtungen dort mit öffentlichen Mitteln geschaffen wurden und sich aufgrund der staatlichen Monopolstellung in der Vergangenheit bereits vollständig amortisiert haben.⁶⁸⁰

Abschließend lässt sich festhalten, dass die angemessenen Bedingungen einer Zwangslizenz, und damit insbesondere die Gebührenhöhe, nach kartellrechtlichen Kriterien zu bestimmen sind. Die Bedingungen sind angemessen, wenn sie nicht den Vorwurf einer sachlich ungerechtfertigten Diskriminierung oder eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen.

bb) Bestimmung im Einzelnen

Bei der Bestimmung der im Einzelfall angemessenen Bedingungen können auf Rechtsfolgenseite die Maßgaben herangezogen werden, die bereits bei der Feststellung der missbräuchlichen Lizenzierungspraxis genannt worden sind. Während auf Tatbestandsseite zu ermitteln ist, ob der Patentinhaber sich missbräuchlich verhält, weil er sich weigert, zu kartellrechtlich gebotenen Bestimmungen einen Lizenzvertrag abzuschließen, wird auf Rechtsfolgenseite ein Vertrag genau diesen Inhalts angeordnet. In beiden Fällen ist also zu ermitteln, welche Konditionen nicht missbräuchlich sind, also weder den Vorwurf einer ungerechtfertigten Diskriminierung oder eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen. Dies gilt ebenfalls für Fälle einer generellen Lizenzverweigerung sowie eines Lizenzierungsabbruchs, da die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen auf die im konkreten Fall wettbewerbsrechtlich angezeigten Vertragsbedingungen keinen Einfluss haben. Bezüglich der rechtlichen Kri-

⁶⁷⁸ *Bartmann*, S. 345; *Beckmerhagen*, S. 296.

⁶⁷⁹ *Bartmann*, S. 341.

⁶⁸⁰ *Bartmann*, S. 346; *Beckmerhagen*, S. 296; *Beth*, S. 150.

terien kann daher auf obige Ausführungen verwiesen werden.⁶⁸¹ Im Tatsächlichen ist zwischen zwei Sachverhaltskonstellationen zu unterscheiden, nämlich dem Fall einer bereits erfolgten anderweitigen Lizenzierung und dem Fehlen einer solchen.

(1) Anderweitige Lizenzierung

Hat der Patentinhaber bereits Nutzungsrechte eingeräumt, so sind in erster Linie die jeweiligen Verträge für die Bestimmung angemessener Bedingungen maßgeblich. In der Literatur wird vorgeschlagen, in einer solchen Situation die Lizenz zu „Marktbedingungen“ zu gewähren.⁶⁸² Mit Blick auf das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot kann der Lizenzinteressent allerdings nicht eine Lizenz zum jeweiligen „Marktpreis“ verlangen, sondern lediglich eine Gleichbehandlung einfordern, die auch dadurch erreicht werden kann, dass zu den vergleichbar schlechtesten Bedingungen lizenziert wird.⁶⁸³ Mithin hat der Lizenzinteressent einen Anspruch auf Lizenzerteilung zu den Bedingungen, die aus seiner Sicht zwar am ungünstigsten sind, zu denen aber auch im Übrigen ein oder mehrere Nutzungsrechte erteilt wurden. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn der Normadressat seine Stellung dazu genutzt hat, den Lizenznehmern unangemessene Bedingungen zu diktieren, also ein Ausbeutungsmisbrauch vorliegt. An einer solchen rechtswidrigen Praxis kann sich die Rechtsfolge des kartellrechtlichen Anspruchs nicht orientieren.

(2) Fehlende Lizenzierung

In Fällen, in denen es bislang noch zu keiner Lizenzerteilung gekommen ist, werden die angemessenen Bedingungen allein durch die Anforderungen des Ausbeutungsmisbrauchs begrenzt, innerhalb derer der Patentinhaber in seiner Preisgestaltung frei ist.⁶⁸⁴ Diese Grenzen sind nach den bereits erörterten Kriterien zu bestimmen.⁶⁸⁵ Ergibt sich nach dem sachlichen oder zeitlichen Vergleichsmarktkonzept, dass der Patentinhaber unangemessene Konditionen verlangt, so hat der

⁶⁸¹ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b), S. 83 ff.

⁶⁸² Beckmerhagen, S. 294; Beth, S. 149; Busche, S. 612.

⁶⁸³ Siehe oben unter 4. Teil B II. 2. b) aa) (4), S. 151.

⁶⁸⁴ Beckmerhagen, S. 294.

⁶⁸⁵ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. bb), S. 99 ff.

Lizenzsucher Anspruch auf eine Lizenz zu den Bedingungen auf dem Vergleichsmarkt. Hat der Schutzrechtsinhaber beispielsweise die Entstehung eines proprietären Standards dazu genutzt, um ein überhöhtes Entgelt in Form eines Normungslohns zu fordern, besteht ein Anspruch auf Lizenzerteilung zu den ursprünglichen Konditionen.⁶⁸⁶

Fehlen taugliche Vergleichsmärkte, kommt nur eine Bestimmung nach der Gewinnbegrenzungsmethode in Betracht.⁶⁸⁷ Die zu entrichtende Lizenzgebühr setzt sich dann aus den Gestehungskosten (Entwicklungskosten) des Patents und einer angemessenen Verzinsung zusammen.⁶⁸⁸ Da dazu nur die interne Kostenrechnung des Inhabers herangezogen werden kann, ist die Beiziehung eines Sachverständigen geboten, der die vorgelegten Kalkulationen prüfen und bewerten kann sowie über Erfahrungswerte in Bezug auf eine branchenübliche Kapitalverzinsung verfügt.⁶⁸⁹

c) Synallagmatische Verknüpfung

Die Lizenzerteilung und die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr stehen in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander. Unter einem Synallagma versteht man ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis von Leistung und Gegenleistung.⁶⁹⁰ Kennzeichnend dafür ist eine auf dem Grundsatz von „do ut des“ beruhende gegenseitige Zweckbindung, d.h., jeder Vertragspartner verspricht seine Leistung um der Gegenleistung willen.⁶⁹¹ Vorliegend könnte diese Zweckbindung zweifelhaft sein, denn dem Patentinhaber wird ein Vertrag aufgezwungen, den er andernfalls gar nicht oder nicht zu diesen Bedingungen eingegangen wäre. Grundlage für die Vereinbarung ist mithin nicht die Aussicht auf die Gegenleistung in Form einer Lizenzgebühr, sondern der gesetzliche Zwang. Trotz des Eingriffs in die Vertrags-

⁶⁸⁶ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (2) (a), S. 104 ff.

⁶⁸⁷ Schulte-Kühnen, § 24 Rn. 59.

⁶⁸⁸ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb) (1) (b), S. 102 f.

⁶⁸⁹ *Bartmann*, S. 347; eine Übersicht aktueller Lizenzsätze findet sich bei *Trimborn* Mitt. 2009, 257 (260).

⁶⁹⁰ *Palandt-Grüneberg*, Einf v § 320 Rn. 5; *Staudinger-Otto/Schwarze*, Vorbem zu §§ 320-326, Rn. 5.

⁶⁹¹ BGH, Urt. v. 19.5.2006, V ZR 40/05, NJW 2006, 2773 (2775); *Palandt-Grüneberg*, Einf v § 320 Rn. 5.

freiheit des Patentinhabers ist das Ergebnis des Kontrahierungszwangs allerdings ein regulärer Lizenzvertrag.⁶⁹² Diesbezüglich ist anerkannt, dass die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit und die Zahlung der Lizenzgebühr in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.⁶⁹³ Infolgedessen finden die §§ 320 ff. BGB auch auf einen kartellrechtlich erzwungenen Lizenzvertrag Anwendung. Das bedeutet insbesondere, dass der Lizenznehmer nur dann zur Nutzung berechtigt ist, wenn er die vertragliche Gegenleistung in Form der Lizenzgebühr erbringt, § 320 Abs. 1 S. 1 BGB.

C. Ergebnis

Die Rechtsfolge eines Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz besteht in einem Kontrahierungszwang. Daraus ergibt sich für den Lizenzinteressenten kein unmittelbares Nutzungsrecht. Der Anspruchsberechtigte muss vielmehr ein entsprechendes Angebot abgeben, das der Patentinhaber, wenn es inhaltlich dem Kontrahierungszwang entspricht, anzunehmen verpflichtet ist.

Inhaltliche Maßgaben für die Lizenz ergeben sich aus Art. 31 TRIPS, der auch bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen Anwendung findet. Der Lizenzinteressent hat Anspruch auf die Erteilung einer einfachen Lizenz, die allerdings in ihrem Umfang nicht weiter gehen darf, als es der Zweck des kartellrechtlichen Anspruchs erfordert. In räumlicher Hinsicht bedeutet dies, dass sie sich nur auf diejenigen Schutzrechte erstrecken darf, für die sämtliche Voraussetzungen der Zwangslizenz vorliegen. Eine Befristung der Lizenz ist im Hinblick auf die begrenzte patentrechtliche Schutzdauer ex ante regelmäßig nicht angezeigt. Ebenso wenig ist der Lizenznehmer auf bestimmte Nutzungsarten festgelegt.

Die Lizenz muss zu angemessenen Bedingungen eingeräumt werden; das bezieht sich insbesondere auf die Höhe der Lizenzgebühr. Diese ist nach kartellrechtlichen Kriterien zu bestimmen und dann als angemessen zu betrachten, wenn sie weder den Vorwurf einer ungerechtfertigten Diskriminierung im Verhältnis zu anderen Lizenznehmern noch den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs begründet. Da-

⁶⁹² Vgl. *Nipperdey*, S. 135 ff.

⁶⁹³ RG, Urt. v. 18.8.1936, I 23/37, RGZ 155, 306 (310); Benkard-*Ullmann*, § 15 Rn. 165.

bei gelten die gleichen Maßgaben, die auch schon bei der Feststellung einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis herangezogen wurden.

Hat der Patentinhaber bereits Dritten Nutzungsrechte gewährt, so besteht auf Seiten des Lizenzinteressenten ein Anspruch auf Gleichbehandlung, allerdings zu den vergleichbar ungünstigsten Konditionen, soweit diese nicht aus kartellrechtlicher Sicht als unangemessen und damit missbräuchlich bewertet werden müssen. Sind zuvor keine Lizenzen erteilt worden, so bestimmt sich der Anspruch allein anhand der Maßgaben des Ausbeutungsmisbrauchs. Gibt es einen tauglichen Vergleichsmarkt, besteht Anspruch auf eine Lizenz zu entsprechenden Bedingungen. Im Übrigen muss auf das Konzept der Gewinnbegrenzung zurückgegriffen werden. Die Lizenzhöhe setzt sich dann aus den jeweiligen Entwicklungskosten und einer angemessenen Kapitalverzinsung zusammen.

Teil V

Der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand

Weigert sich der Patentinhaber, trotz bestehenden kartellrechtlichen Anspruchs auf Lizenzerteilung eine Nutzungserlaubnis einzuräumen, so ist der Berechtigte bis auf Weiteres daran gehindert, auf dem jeweiligen nachgelagerten Markt tätig zu werden. Die jüngere Entscheidungspraxis zeigt, dass die Lizenzsucher in dieser Situation häufig dazu übergehen, das jeweilige Schutzrecht ohne entsprechende Lizenz eigenmächtig zu nutzen. In der sich anschließenden Patentverletzungsklage verteidigen sie sich damit, wegen des bestehenden kartellrechtlichen Anspruchs zur Nutzung berechtigt zu sein, und erheben damit den so genannten Zwangslizenzeinwand.

A. Der Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsprozess

Im Folgenden wird die Behandlung des Zwangslizenzeinwands im Patentverletzungsprozess dargestellt und im Anschluss eine Bewertung dieser Möglichkeit zur Durchsetzung des kartellrechtlichen Anspruchs vorgenommen.

I. Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands

Vorab stellt sich die Frage, inwieweit der Zwangslizenzeinwand in einem Patentverletzungsverfahren überhaupt zulässigerweise geltend gemacht werden kann. Bereits seit der Entscheidung des BGH in Sachen *Standard-Spundfass* im Jahre 2004 herrscht weitgehende Einigkeit darüber, dass das Bestehen des kartellrechtlichen Anspruchs gegenüber einem Schadensersatzanspruch im Verfahren zu berücksichtigen ist.⁶⁹⁴ Die Diskussion der letzten Jahre fokussierte sich darauf, ob der Zwangs-

⁶⁹⁴ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (72 ff.) – *Standard-Spundfass*; *Kühnen/Geschke*, Rn. 555; *Maume*, Rn. 348; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (199 ff.); *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (112); *Kühnen*, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (523); *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1074); *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (318 ff.); a.A. *von Merveldt*, WuW 2004, 19, der die Berücksichtigung kartellrechtlicher Einwendungen im Patentverletzungsverfahren insgesamt ablehnt.

lizenz einwand auch einem Unterlassungsbegehren des Patentinhabers entgegengehalten werden kann.⁶⁹⁵ In der Entscheidung *Orange-Book-Standard* hat der BGH nun auch zu dieser Frage Stellung bezogen.⁶⁹⁶

1. Zwangslizenz einwand unzulässig

Eine starke Meinungsgruppe betrachtet den Zwangslizenz einwand im Verletzungsverfahren insoweit als unzulässig.⁶⁹⁷ Solange der Beklagte seinen vermeintlichen Anspruch nicht im Wege der Klage oder Widerklage durchgesetzt habe, sei er zu einer Nutzung des Patents nicht berechtigt.⁶⁹⁸ Die Voraussetzungen für eine Selbsthilfe nach § 229 BGB lägen nicht vor, da der Lizenzinteressent die Möglichkeit habe, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.⁶⁹⁹ Vielmehr sei die Situation einer Besitzstörung nach § 858 Abs. 1 BGB gleichzustellen und die Regelung des § 863 BGB entsprechend heranzuziehen. Danach kann ein Besitzstörer Besitzschutzansprüchen nur damit entgegentreten, dass keine verbotene Eigenmacht vorgelegen habe; mit anderen Einwendungen ist er ausgeschlossen. Der Patentnutzer könne sich daher ausschließlich darauf berufen, dass er aufgrund eines Titels oder einer Einwilligung des Berechtigten zur Nutzung befugt sei, § 863 BGB analog; das Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs sei insoweit irrelevant.⁷⁰⁰ Außerdem wird bezweifelt, dass ein Patentgericht „das rechte Forum“ für die Entscheidung über komplexe kartellrechtliche Fragen ist.⁷⁰¹ Schließlich ergebe sich aus Art. 31 lit. a TRIPS i.V.m. Art. 31 lit. i TRIPS, dass Zwangslizenzen nur durch hoheitli-

⁶⁹⁵ Zur umfassenden Darstellung des Streitstandes vor der Entscheidung des BGH in Sachen *Orange-Book-Standard* siehe *Maume*, Rn. 73 ff.

⁶⁹⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (315 ff.) – *Orange-Book-Standard*.

⁶⁹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 (176) – *Standard-Spundfass*; OLG Dresden, Urt. v. 28.1.2003, 14 U 1990/01, GRUR 2003, 601 (603) – *Kontrahierungszwang*; *Maassen*, Rn. 599a ff.; *Jaacks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Sacker, 97 (108); *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (208); *von Merveldt*, WuW 2004, 19; *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (321 f.).

⁶⁹⁸ *Jaacks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Sacker, 97 (108); *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (322).

⁶⁹⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 (176) – *Standard-Spundfass*; *von Merveldt*, WuW 2004, 19; siehe bereits oben unter 4. Teil B. II. 1. a), S. 135.

⁷⁰⁰ *von Merveldt*, WuW 2004, 19 (21).

⁷⁰¹ *von Merveldt*, WuW 2004, 19.

chen Akt eingeräumt werden können, der eine Nutzung in der Zukunft ermögliche. Die unmittelbare Berücksichtigung des Anspruchs im Verletzungsverfahren werde dem nicht gerecht.⁷⁰²

2. Zwangslizenzeinwand zulässig

Nach der Gegenauffassung ist die Nutzung der geschützten Lehre ohne Einwilligung oder Titel zwar ebenfalls rechtswidrig. Die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs verstößt allerdings gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB.⁷⁰³ Der Patentinhaber verhalte sich rechtsmissbräuchlich, indem er mit dem Unterlassungsbegehren etwas verlange, was er sogleich (in Form einer Lizenzerteilung) zurückzugewähren habe (*dolo agit, qui petit quod statim redditurus est*).⁷⁰⁴ Die Rechtswidrigkeit der Patentnutzung schließe nicht aus, dass der Anspruch auf Lizenzgewährung dem Verbotungsrecht des Patentinhabers auf anderer Ebene entgegengehalten werden könne. Dies werde anhand der Regelung des § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB i.V.m. § 986 BGB deutlich, wonach der materiell berechnigte Besitzer gegenüber dem Herausgabeanspruch eines früheren Besitzers sein materielles Recht auch dann einredeweise entgegengehalten könne, wenn er sich den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft habe.⁷⁰⁵

Mit dieser Argumentation haben die Patentkammern des LG Düsseldorf in einer Reihe von Verfahren den Zwangslizenzeinwand für zulässig erachtet.⁷⁰⁶ Allerdings konnte der Beklagte erst in einem einzigen Fall mit dem kartellrechtlichen Anspruch

⁷⁰² *Rombach*, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (322).

⁷⁰³ *Benkard-Scharen*, § 9 Rn. 73; *Mes*, § 24 Rn. 42; *Schulte-Kühnen*, § 24 Rn. 66 f.; *Kühnen/Geschke*, Rn. 554; *Maume*, Rn. 188 ff.; *Meinberg*, S. 196; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (200); *Kühnen*, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (514 f.); *Maume/Tapia*, GRURInt 2010, 923; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (693).

⁷⁰⁴ *Kühnen/Geschke*, Rn. 554; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (200); *Kühnen*, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (514 f.); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (693).

⁷⁰⁵ *Kühnen*, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (514 f.).

⁷⁰⁶ LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (90 ff.) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen: Urt. v. 11.9.2008, 4a O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07.

durchdringen und erreichte eine Klageabweisung.⁷⁰⁷ Nachdem das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung *Orange-Book-Standard* die Zulässigkeit des Einwands noch offen gelassen hatte, nutzte der BGH die Revision dazu, sich der letztgenannten Auffassung anzuschließen und den Zwangslizenzeinwand auch gegenüber Unterlassungsansprüchen ausdrücklich zuzulassen.⁷⁰⁸ Das Gericht begründete dies wie folgt: Wenn einen Patentinhaber die kartellrechtliche Pflicht zum Abschluss eines Lizenzvertrages treffe, so sei die Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs ebenso missbräuchlich und verboten wie die Verweigerung des Vertragsschlusses selbst. Ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten dürfe jedoch nicht von staatlichen Gerichten angeordnet werden.⁷⁰⁹

Der Patentinhaber verhalte sich allerdings nur treuwidrig, wenn der Beklagte zuvor ein unbedingtes Angebot auf Lizenzierung abgegeben habe, das der Patentinhaber nicht ablehnen könne, ohne den Interessenten unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Wenn der Lizenzinteressent das Patent bereits vor Annahme des Angebots nutze, so müsse er zugleich auch den „vorgreiflichen“ Verpflichtungen aus dem zu schließenden Lizenzvertrag nachkommen, d.h. insbesondere die fälligen Lizenzgebühren zahlen oder deren Zahlung sicherstellen.⁷¹⁰ Weigere sich der Patentinhaber, die Lizenzhöhe zu beziffern oder halte der Lizenzinteressent die Forderung für missbräuchlich überhöht, so könne das Angebot auf eine vom Patentinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Lizenzgebühr gerichtet werden. Außerdem müsse die Gebühr nicht unmittelbar an den Patentinhaber gezahlt werden, sondern es reiche aus, wenn ein entsprechender Betrag hinterlegt werde, um für den Fall, dass die Klage mangels Verletzung abgewiesen wird, einen Rückforderungsanspruch zu sichern.⁷¹¹

Die höchstrichterliche Entscheidung zur Zulässigkeit des Zwangslizenzeinwands gegenüber dem Unterlassungsbegehren wurde von der neueren Literatur ganz über-

⁷⁰⁷ LG Düsseldorf, Urt. v. 13.2.2007, 4a O 124/05, BeckRS 2008, 07732 – *GSM-Standard*.

⁷⁰⁸ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 – *Orange-Book-Standard*; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR 2007, 177 (179 ff.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁰⁹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (316) – *Orange-Book-Standard*.

⁷¹⁰ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318) – *Orange-Book-Standard*.

⁷¹¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

wiegend begrüßt.⁷¹² Abweichungen ergeben sich lediglich in Bezug auf die dogmatische Begründung. So wird der Einwand aus § 242 BGB teilweise nicht über den „dolo-petit-Vorwurf“, sondern über einen Verstoß gegen den Rechtsgedanken aus § 162 BGB hergeleitet, weil der Patentinhaber durch seine Verweigerung die Entstehung einer fremden Rechtsposition vereitelt.⁷¹³ Es wird auch vertreten, anstelle einer Anwendung des § 242 BGB die Vorschrift des § 853 BGB entsprechend heranzuziehen, die gegenüber einer Forderung, die durch unerlaubte Handlung erlangt wurde, ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt. Diese Rechtsfolge sei auch im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch angebracht, weil dieser nur deshalb (fort-)bestehe, weil der Patentinhaber mit der Lizenzverweigerung eine unerlaubte Handlung begangen habe.⁷¹⁴ Da sich aus den genannten Ansätzen keine anderen rechtlichen Konsequenzen ergeben, erübrigt sich eine ausführlichere Darstellung.

3. Stellungnahme

Die Entscheidung des BGH in der Sache *Orange-Book-Standard* vermag zu überzeugen. Das kartellrechtliche Missbrauchsverbot wirkt unmittelbar zwischen Privaten, sodass es nicht hinnehmbar erscheint, eine daraus resultierende Handlungspflicht in einem Verfahren zwischen Anspruchsberechtigtem und Verpflichteten unberücksichtigt zu lassen. Dies würde auch erkennbar einer privaten Kartellrechtsdurchsetzung zuwiderlaufen, die gerade darauf abzielt, dass der Betroffene seine Ansprüche – unabhängig von einem kartellbehördlichen Verfahren – vor den Zivilgerichten durchsetzen kann.⁷¹⁵ Wenn die Rechtsordnung die Weigerung eines marktbeherrschenden Patentinhabers, den gebotenen Lizenzvertrag abzuschließen, als missbräuchlich bewertet, kann nicht dessen ungeachtet ein Unterlassungsan-

⁷¹² *Bischke/Brack*, NZG 2009, 902; *Busche*, CIPReport 2009, 104; *Gärtner/Vormann*, Mitt. 2009, 440 (442); *Heinemann*, LMK 2009, 286659; *Heselberger*, jurisPR-WettbR 7/2009, Anm. 1; *Hötte*, MMR 2009, 686 (689); *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (802); *Kiani/Springorum/Schmitz*, Mitt. 2010, 6; *Maume*, Mitt. 2009, 338 (339); *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062; a.A. *de Bronett*, WuW 2009, 899; *Ullrich*, IIC 2010, 337 (345); *ders.*, in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 14 (52 ff.), die durch die Anforderungen an ein rechtsmissbräuchliches Verhalten die Effektivität des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots gefährdet sehen.

⁷¹³ *Maume*, Rn. 162 ff.

⁷¹⁴ *Heinemann*, LMK 2009, 286659.

⁷¹⁵ *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (200); *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (693).

spruch tenoriert werden, der in seinen Auswirkungen noch über die bloße Weigerung hinausgeht. Der Lizenzinteressent wäre dann nicht nur rechtlich gehindert, die geschützte Lehre zu nutzen, sondern dieses Verbot könnte, auf der Grundlage des Unterlassungstitels, auch zwangsweise durchgesetzt werden. Dadurch würde der Zugang zum nachgelagerten Markt, trotz bestehenden Anspruchs des Lizenzsuchers, wirksam verhindert.

Die Berücksichtigung des kartellrechtlichen Anspruchs lässt sich auch auf § 242 BGB stützen. Nach der Innentheorie bildet der Grundsatz von Treu und Glauben für alle Rechte eine immanente Inhaltsbeschränkung.⁷¹⁶ Das bedeutet, dass jeder Inhaber eines Anspruchs denselben nur in den Grenzen des Rechtsmissbrauchs ausüben darf. Dies gilt auch in Bezug auf Immaterialgüterrechte.⁷¹⁷ Zur Konkretisierung des Begriffs haben sich in Rechtsprechung und Literatur Fallgruppen herausgebildet, die unterschiedliche, zu missbilligende Verhaltensweisen erfassen und innerhalb derer eine Bewertung des Einzelfalls vorzunehmen ist.⁷¹⁸

Eine anerkannte Fallgruppe bildet der so genannte *dolo-petit*-Einwand.⁷¹⁹ Danach ist es rechtsmissbräuchlich, eine Leistung zu fordern, die alsbald wieder zurückzugewähren wäre.⁷²⁰ Gegen die Anwendung der genannten Fallgruppe ließe sich vorbringen, dass das mit der Patentschutzklage geltend gemachte Begehren in Form des Unterlassens aufgrund des Lizenzerteilungsanspruchs nicht wieder rückabgewickelt werden müsste, weil letztgenannter Anspruch nicht auf das Gegenteil der Unterlassung – also einer unmittelbaren Nutzung – gerichtet ist, sondern ledig-

⁷¹⁶ BGH, Urt. v. 29.4.1959, IV ZR 265/58, BGHZ 30, 145; Urt. v. 16.2.2005, IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 (620); Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rdnr. 38.

⁷¹⁷ BGH, Urt. v. 5.6.1997, X ZR 73/95, NJW 1997, 3377 – *Weichvorrichtung II*; Urt. v. 23.11.2000, I ZR 93/98, GRUR 2001, 242; Busse/*Keukenschrijver*, § 139 Rn. 189.

⁷¹⁸ BGH, Urt. v. 16.2.2005, IV ZR 18/04, NJW-RR 2005, 619 (620); Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rn. 38; Prütting/*Wegen/Weinreich-Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 39 ff.; Staudinger-*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 322.

⁷¹⁹ BGH, Urt. v. 9.1.1981, V ZR 58/79, BGHZ 79, 201; Urt. v. 29.4.1985, II ZR 146/84, BGHZ 94, 246; MüKoBGB-*Roth*, § 242 Rn. 373. Der Einwand gleichen Inhalts wird auch als „*dolo-agit*-Einwand“ bezeichnet, siehe Bamberger/*Roth-Grüneberg/Sutschet*, § 242 Rn. 84; Erman-*Hobloch*, § 242 Rn. 111; Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rn. 52; Staudinger-*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 282.

⁷²⁰ Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rn. 52 m.w.N.

lich auf den Abschluss eines Lizenzvertrages, der erst im Anschluss eine Benutzung des Schutzrechts ermöglicht.⁷²¹

Bei dieser eher formalen Argumentation bleibt allerdings außer Betracht, dass die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs die faktische Nutzungsmöglichkeit des Lizenzinteressenten nimmt, während das eigentliche Rechtsschutzziel des gegenläufigen Anspruchs gerade auf deren Ermöglichung zielt. Daran ändert auch die Ausgestaltung als Kontrahierungszwang nichts, der im Unterschied zur gesetzlichen Lizenz den Vertragsschluss vor die Nutzung gestellt hat.⁷²²

Die Argumente gegen den Zwangslizenzeinwand greifen indes nicht durch. So vermag der mit § 863 BGB analog begründete Ausschluss nicht zu überzeugen, da es bereits an einer vergleichbaren Interessenlage als Voraussetzung für eine Analogie fehlt. Die Vorschrift schließt den Beklagten mit seinen materiell-rechtlichen Ansprüchen aus, um eine schnelle gerichtliche Durchsetzung der Besitzschutzansprüche aus §§ 861, 862 BGB zu ermöglichen.⁷²³ Auch ein materiell zum Besitz Berechtigter darf sein Recht nicht selbst in die Hand nehmen, sondern ist darauf verwiesen, seinen Anspruch titulieren und gegebenenfalls erforderliche Zwangsmaßnahmen von den staatlichen Vollstreckungsorganen durchführen zu lassen. Auf diese Weise soll die verbotene Eigenmacht möglichst unattraktiv gemacht und zugleich das Gewaltmonopol des Staates gestärkt werden.⁷²⁴

Diese Erwägungen lassen sich nicht auf das Patentrecht übertragen. Wegen seines besonderen Charakters als Immaterialgüterrecht ist die Nutzung ohne eine tatsächliche Einwirkung möglich, sodass nicht davon gesprochen werden kann, dass durch die Zulassung des Zwangslizenzeinwands das „Faustrecht“ in das Patentrecht Einzug hält.⁷²⁵ Auch im Hinblick auf das staatliche Gewaltmonopol ist eine Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten daher nicht angezeigt. Im Übrigen ist die Vorschrift des § 863 BGB nur eingeschränkt analogiefähig, da es sich um eine

⁷²¹ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 1. a), S. 134 f.

⁷²² Siehe oben unter 4. Teil B. II. 1., S. 134 ff.

⁷²³ BGH, Urt. v. 23.1.1970, V ZR 2/67, NJW 1970, 707.

⁷²⁴ MüKoBGB-Joost, § 863 Rn. 1.

⁷²⁵ So aber *von Merveldt*, WuW 2004, 19 (20).

Ausnahmevorschrift mit sehr engem Anwendungsbereich handelt. Dies wird daran deutlich, dass selbst dem Beklagten einer Besitzschutzklage die Möglichkeit eröffnet wird, eine petitorische Widerklage zu erheben und damit doch seine materielle Berechtigung in das Verfahren einzuführen.⁷²⁶ Im Übrigen findet § 863 BGB auch bei der Besitzherausgabe nach § 1007 Abs. 1 BGB keine Anwendung; entscheidend ist auch dort allein die materielle Rechtslage, § 1007 Abs. 3 S. 2 BGB.

Das Patentverletzungsverfahren ist auch durchaus geeignet, um über den kartellrechtlichen Anspruch zu befinden. Eine Reihe von Patentgerichten, darunter die mit Abstand wichtigsten Patentstreitplätze in Deutschland, das LG Düsseldorf, das LG Mannheim und das LG München I,⁷²⁷ sind zugleich für Kartellsachen zuständig, sodass die erforderliche Erfahrung für kartellrechtliche Fragestellungen außer Zweifel steht.⁷²⁸ Fallen die Zuständigkeiten auseinander, so begründet die Erhebung des Einwands die Unzuständigkeit des Gerichts, § 87 Abs. 1 S. 2 GWB. Der Kläger kann in einem solchen Fall allerdings nach § 281 Abs. 1 S. 1 ZPO die Verweisung des Rechtsstreits an ein zuständiges Gericht beantragen.⁷²⁹ Damit entscheidet immer ein Kartellgericht über den Zwangslizenzanspruch.⁷³⁰

Schließlich ergibt sich aus Art. 31 TRIPS nicht, dass ein erzwungenes Nutzungsrecht nur aufgrund eines behördlichen Hoheitsaktes eingeräumt werden kann und ein darauf gerichteter Anspruch in einem gerichtlichen Verfahren daher unberücksichtigt bleiben muss. Nach Art. 31 lit. a) TRIPS ist für die Erteilung einer Zwangslizenz eine Bewertung der Umstände des Einzelfalls erforderlich. Die Rechtsgültigkeit einer solchen Entscheidung muss durch ein Gericht oder durch eine gesonderte unabhängige Behörde kontrolliert werden können, Art. 31 lit. i) TRIPS. Diese Voraussetzungen erfüllt auch die Prüfung des Zwangslizenzanspruchs innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens, wo die für die Erteilung einer Zwangslizenz erforderliche Klärung tatsächlicher und rechtlicher Fragen ebenso gut wie in einem behördli-

⁷²⁶ BGH, Urt. v. 23.1.1970, V ZR 2/67, NJW 1970, 707.

⁷²⁷ Creutz, Das richtige Gericht, Handelsblatt v. 29.1.2009, Beilage Legal success, S. 5.

⁷²⁸ Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683 (694); zu Einzelheiten der Zuständigkeit in Patent- und Kartellsachen siehe nachfolgend unter 6. Teil B. I. 1. a), S. 288 f. sowie 6. Teil B. I. 4., S. 307.

⁷²⁹ Klein, NJW 2003, 16 (18).

⁷³⁰ Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683 (694).

chen Verfahren möglich ist und außerdem der Instanzenzug zur Überprüfung offensteht.⁷³¹ Im Übrigen ist es anerkannt, dass Kartellrechtsverstöße allgemein keiner vorherigen behördlichen Feststellung bedürfen, sondern unmittelbar in einem gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden können.⁷³² Schließlich spricht Art. 41 Abs. 1 TRIPS für die unmittelbare Berücksichtigung des Zwangslizenzanspruchs, denn die Vorschrift verlangt zwar in Abs. 1 S. 1 einen wirksamen Rechtsschutz bei Patentverletzungen, schränkt dies allerdings in Abs. 1 S. 2 dahingehend ein, dass zugleich die Verfahren so anzuwenden sind, „dass (...) die Gewähr gegen Missbrauch gegeben ist“.⁷³³ Wie schon erwähnt, bildet die klagweise Durchsetzung des Unterlassungsbegehrens die Fortsetzung der bereits kartellrechtswidrigen Lizenzverweigerung und ist damit ebenfalls als missbräuchlich anzusehen.⁷³⁴

II. Voraussetzungen des Zwangslizenzeinwands

Nachdem festgestellt wurde, dass der Zwangslizenzeinwand im Patentverletzungsverfahren uneingeschränkt zu berücksichtigen ist, soll im Folgenden auf die für die Praxis wichtigen Voraussetzungen genauer eingegangen werden, die der BGH in der Entscheidung *Orange-Book-Standard* aufgestellt hat.

1. Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs

Der Zwangslizenzeinwand kann nur Erfolg haben, wenn auch tatsächlich ein kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung einer Nutzungserlaubnis besteht. Dieser kann sich, wie bereits ausführlich dargestellt wurde, aus europäischem wie deutschem Wettbewerbsrecht ergeben und an verschiedene Verhaltensweisen des marktbeherrschenden Patentinhabers anknüpfen.⁷³⁵

Zwar hat der BGH in seiner Entscheidung lediglich über einen Fall von Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB entschieden. Es kann jedoch davon ausgegan-

⁷³¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (317) – *Orange-Book-Standard*.

⁷³² BGH, Beschl. v. 25.10.1988, KVR 1/87, GRUR 1989, 220 (222) – *Lüsterbehangsteine*.

⁷³³ So auch *Maume* Rn. 223.

⁷³⁴ Siehe oben unter 5. Teil A. I. 2., S. 160 f.

⁷³⁵ Siehe oben unter 3. Teil, S. 30 ff

gen werden, dass der Zwangslizenzseinwand bei allen möglichen Missbrauchsarten zulässig ist, also auch in Fällen der generellen Verweigerung, der Ausbeutung oder des nicht gerechtfertigten Lizenzierungsabbruchs. Denn dies entspricht auch der Entscheidungspraxis des LG Düsseldorf, dessen Auffassung zur Zulässigkeit des Einwands sich der Senat in seinem Urteil ausdrücklich angeschlossen hat.⁷³⁶ Hätte der BGH den Zwangslizenzseinwand auf bestimmte Missbrauchsfälle begrenzen wollen, wäre eine entsprechende Klarstellung im Urteil zu erwarten gewesen. Im Übrigen ist die Interessenlage in allen Missbrauchskonstellationen vergleichbar und erfordert keine abweichende Beurteilung.

Das gilt insbesondere für Ansprüche, die auf einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV beruhen. In Ermangelung einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung hinsichtlich Prozessrecht und Gerichtsverfassung findet auf die Durchsetzung europarechtlicher Ansprüche nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Recht des jeweiligen Mitgliedsstaates Anwendung. Dabei darf ein Verfahren für den Anspruchsinhaber nicht weniger günstig ausgestaltet sein, als wenn nationales Recht zum Tragen kommt (Äquivalenzgrundsatz).⁷³⁷ Wenn also der Zwangslizenzseinwand auf der Grundlage des GWB möglich ist, muss dies auch hinsichtlich eines Anspruchs gelten, der auf Art. 102 AEUV beruht.

2. Rechtsmissbrauch

Der kartellrechtliche Anspruch kann dem Unterlassungsbegehren entgegengehalten werden, wenn dessen Geltendmachung rechtsmissbräuchlich i.S.v. § 242 BGB ist. Das ist nur dann der Fall, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: Zum einen muss der Beklagte ein unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages abgegeben haben, das der Patentinhaber nicht ablehnen darf, ohne den Lizenzsucher unbillig zu behindern oder gegen das Diskriminierungsverbot zu verstoßen. Zum anderen muss der Lizenzsucher, wenn er die geschützte Lehre bereits benutzt, die Verpflichtungen einhalten, die der abzuschließende Lizenzvertrag an die Benutzung

⁷³⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (316) – *Orange-Book-Standard*.

⁷³⁷ EuGH, Urt. v. 20.9.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-6297, Rn. 29 – *Courage/Crehan*; Urt. v. 26.1.2006, C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, Rn. 62 – *Manfredi*; von der Groeben/Schwarze-Schröter, Art. 82 Rn. 55.

knüpft, d.h. insbesondere die Lizenzgebühren zahlen oder deren Zahlung sicherstellen.⁷³⁸

a) **Unbedingtes Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrages**

Das Angebot des Lizenzinteressenten muss den Anforderungen nach § 145 BGB genügen; eine Erklärung, mit der sich der Interessent erkennbar noch nicht rechtlich binden will, beispielsweise eine bloße invitatio ad offerendum, genügt daher nicht.

Die Pflicht zur Abgabe eines Angebots folgt dabei nicht aus Art. 31 TRIPS. Zwar sieht Art. 31 lit. b) des Übereinkommens grundsätzlich vor, dass der Berechtigte sich vor der Benutzung erfolglos um eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen bemüht haben muss. Dieses Erfordernis gilt aber ausnahmsweise dann nicht, wenn die Zwangslizenz dazu dient, eine wettbewerbswidrige Praxis, die im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren festgestellt wird, abzustellen, Art. 31 lit. k) TRIPS.

Vielmehr handelt es sich um eine Obliegenheit des Lizenzinteressenten, die sich aus der Rechtsfolge eines Kontrahierungszwangs ergibt. Der Berechtigte muss ein Angebot abgeben, um so dem anderen Teil die Möglichkeit zu eröffnen, durch Annahme seiner Pflicht zum Vertragsschluss nachzukommen.⁷³⁹ Genügt der Lizenzinteressent dem nicht, so kann er sich seinerseits nicht auf Treuwidrigkeit berufen.

aa) Unbedingtheit des Angebots

Der BGH verlangt darüber hinaus die Unbedingtheit des Angebots, d.h., dass die Willenserklärung weder unter einer aufschiebenden noch einer auflösenden Bedingung abgegeben werden darf, § 158 BGB.

(1) Nichtverletzung

Das bedeutet zunächst, dass die Wirksamkeit des Antrags nicht von der Feststellung der Patentverletzung im Prozess abhängig gemacht werden kann.⁷⁴⁰ Der

⁷³⁸ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (317) – *Orange-Book-Standard*.

⁷³⁹ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 1. b), S. 135 ff.

⁷⁴⁰ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318) – *Orange-Book-Standard*.

Lizenzinteressent muss demnach ein Angebot abgeben, bevor gerichtlich darüber entschieden wurde, ob die jeweilige Ausführungsform das Schutzrecht überhaupt tangiert. Der BGH begründet dies damit, dass ein Patentinhaber sich auch in anderen Fällen nicht auf lediglich bedingte Lizenzangebote einlassen müsse.⁷⁴¹

Diese Voraussetzung wird von Teilen der Literatur kritisiert, weil der Interessent nicht auf der Grundlage einer eventuell bestehenden rechtlichen Unsicherheit zu einem Vertragsschluss gezwungen werden dürfe, von dem er sich nicht mehr lösen kann, auch wenn tatsächlich gar keine Verletzung vorliege. Wegen des kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs sei die Dispositionsmöglichkeit des Patentinhabers – anders als bei sonstigen Vertragsverhandlungen – beschränkt und er müsse auch ein bedingtes Angebot akzeptieren.⁷⁴²

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen, da die Möglichkeit eines kartellrechtlichen Anspruchs keine andere rechtliche Bewertung erfordert. Vielmehr besteht sehr häufig Unsicherheit darüber, ob eine Patentverletzung vorliegt oder nicht, weil dazu im Einzelfall schwierige technische Fragen zu klären sind. Aus Sicht des potenziellen Lizenznehmers stellt sich dann die Frage, ob er um ein vertragliches Nutzungsrecht ersucht oder das Risiko einer gegebenenfalls erfolgreichen Patentverletzungsklage eingeht. In der gleichen Situation ist auch der Inhaber eines vermeintlichen Zwangslizenzanspruchs, der nicht zu einem Vertragsschluss gezwungen ist, sondern vielmehr auch darauf vertrauen kann, in einem gerichtlichen Verfahren zu obsiegen, weil eine Patentverletzung nicht festgestellt werden kann. Zieht er allerdings den sicheren Weg durch Abschluss eines Lizenzvertrages vor, kann er nicht verlangen, dass sich die Gegenseite auf ein nur bedingtes Angebot einlässt.

Ließe man ein nur bedingtes Angebot ausreichen, stünde dies im Übrigen einer zügigen Streitbeilegung im Wege. Denn es kann davon ausgegangen werden, dass dann alle Lizenzinteressenten ihren Antrag von dem Vorliegen einer Patentverletzung abhängig machen würden und damit in jedem Fall ein Patentverletzungsverfahren geführt werden müsste, weil von dessen Ausgang das Schicksal des Lizenzvertrages und der damit verbundenen Lizenzzahlungspflicht abhängen würde. Damit

⁷⁴¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁴² *Maume*, Rn. 358; *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1072).

wäre allerdings zugleich die Chance vertan, dass der Konflikt zwischen den Parteien ohne gerichtliche Entscheidung beendet werden kann, indem ein Nutzungsrecht gegen Zahlung der jeweils vereinbarten Gebühr gewährt wird.

Das bedeutet allerdings nicht, dass der Lizenznehmer sich im Falle einer solchen Einigung in keinem Fall von dem Vertrag lösen kann. Bestehen von seiner Seite begründete Zweifel, kann er die Frage nach der Nutzung des Streitpatents im Rahmen einer Feststellungsklage klären lassen.⁷⁴³ Stellt sich dabei heraus, dass gar keine Verletzung vorliegt, kann der Lizenzvertrag entweder auf der Grundlage eines in Lizenzverträgen üblichen Sonderkündigungsrecht oder nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB beendet werden, sodass eine Verpflichtung zur Gebührenaufzahlung für die Zukunft entfällt.⁷⁴⁴

Teile der Literatur folgern aus dem Erfordernis eines unbedingten Angebots, dass der Lizenzinteressent nach Abgabe eines solchen seine Verteidigung im Verletzungsverfahren nur noch auf seinen Zwangslizenzanspruch stützen könne. Die Patentverletzung dürfe er nur hilfsweise für den Fall bestreiten, dass der Lizenzerteilungsanspruch nicht durchgreife.⁷⁴⁵ Denn der Beklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn er einerseits behaupte, den Schutzrechtsgegenstand nicht zu benutzen, aber andererseits eine Lizenz darauf anstrebe.⁷⁴⁶ Dieser Vorwurf wäre jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn man der Abgabe eines Lizenzangebotes entnehmen will, dass die Verletzung aus Sicht des Beklagten bereits eindeutig feststeht und das Bestreiten des Verletzungsvorwurfs allenfalls der bewussten Verzögerung des Verfahrens dienen soll. Dies kann aber im Hinblick auf die bestehende rechtliche Unsicherheit bezüglich der Schutzrechtsnutzung in aller Regel nicht angenommen werden. Dieser Auffassung ist anscheinend auch der BGH, der ausdrücklich klarstellt, dass sich der Lizenzsucher „in erster Linie gegen den Verletzungsvorwurf verteidigen“ könne.⁷⁴⁷ Mithin kann sich dieser zugleich auf die fehlende Patentverletzung wie auch das Bestehen eines Lizenzerteilungsanspruchs berufen.

⁷⁴³ *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

⁷⁴⁴ *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1072).

⁷⁴⁵ *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804); *Kiani/Springorum/Schmitz*, Mitt. 2010, 6 (8 f.).

⁷⁴⁶ *Kiani/Springorum/Schmitz*, Mitt. 2010, 6 (8 f.).

⁷⁴⁷ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320) – *Orange-Book-Standard*.

(2) Rechtsbestand oder fehlende Schutzfähigkeit

Der Senat äußert sich nicht ausdrücklich dazu, ob ein Lizenzangebot auch im Hinblick auf den Rechtsbestand respektive einer fehlenden Schutzfähigkeit des Patents unbedingt sein muss. Von der Literatur wird diese Frage in zutreffender Weise bejaht.⁷⁴⁸ Genauso wenig wie ein Patentinhaber ein Angebot akzeptieren muss, das von der Feststellung der Verletzung abhängt, muss er sich auf einen Vertrag einlassen, dessen Wirksamkeit unter dem Vorbehalt einer (rechtskräftigen) Abweisung einer Nichtigkeitsklage steht. Das nimmt dem Lizenzinhaber aber nicht die Möglichkeit, nach Abschluss eines Lizenzvertrages die Schutzfähigkeit durch Nichtigkeitsverfahren überprüfen zu lassen.⁷⁴⁹ Es entspricht allerdings ständiger Rechtsprechung, dass die Verpflichtung zur Gebühreuzahlung erst mit rechtskräftiger Vernichtung des Schutzrechts entfällt und bereits geleistete Zahlungen nicht zurückgefordert werden können.⁷⁵⁰ Der Grund dafür ist, dass der Lizenznehmer das Patent, obwohl es in einem solchen Fall von Anfang an unwirksam war, nutzen konnte und die Ausschließlichkeitsstellung von den nichtberechtigten Konkurrenten beachtet wurde.⁷⁵¹

(3) Territoriale Begrenzung des Lizenzangebots

Ein Lizenzinteressent könnte versucht sein, sein Angebot auf das Land zu begrenzen, in dem er gerichtlich in Anspruch genommen wird, obwohl er auch in anderen Ländern von der patentierten Erfindung Gebrauch macht. Es stellt sich die Frage, ob ein solches Angebot ausreichend ist. Das LG Düsseldorf hat sich als bislang einziges Gericht mit einer vergleichbaren Fallgestaltung beschäftigt. Der Beklagte machte in mehreren parallel geführten Verfahren geltend, dass das Lizenzangebot des Patentinhabers, das in einer weltweiten Poollizenz bestand, kartellrechtswidrig sei, weil keine einzelnen nationalen Lizenzen erworben werden könnten. Die Kammer wies diesen Vorwurf zurück, weil dem Lizenzinteressenten aus Kartellrecht kein

⁷⁴⁸ Gärtner/Vormann, Mitt. 2009, 440 (441); Jestaedt, GRUR 2009, 801 (804 f.); Nägele/Jacobs, WRP 2009, 1062 (1073).

⁷⁴⁹ Jestaedt, GRUR 2009, 801 (804).

⁷⁵⁰ BGH, Urt. v. 26.6.1969, X ZR 52/66, GRUR 1969, 677 (678) – *Rüben-Verladeeinrichtung*; Urt. v. 25.1.1983, X ZR 47/82, GRUR 1983, 237 (238 f.) – *Brückenlegepanzer*; Busse/Keukenschrijver, § 15 Rn. 120; Jestaedt, Rn. 769.

⁷⁵¹ BGH, Urt. v. 25.1.1983, X ZR 47/82, GRUR 1983, 237 (238 f.) – *Brückenlegepanzer*.

Anspruch auf eine „maßgeschneiderte Lizenz“ zustehe. Vielmehr seien im Hinblick auf die Vorteile einer „One-Stop-Lizenz“ gewisse Pauschalierungen auf Seiten des Rechtsinhabers hinzunehmen. Im Übrigen bestehe bei vielen Produkten die Gefahr, dass sie bei nur nationalen Lizenzen vertragswidrig in anderen Ländern vertrieben werden und dies auf Seiten des Rechtsinhabers einen erhöhten Kontrollaufwand erforderlich mache. Eine weltweite Lizenz sei daher eine zweckmäßige Alternative.⁷⁵² Diese Erwägungen überzeugen und müssen erst recht berücksichtigt werden, wenn der Lizenzinteressent bereits ohne Berechtigung von der geschützten Lehre Gebrauch macht und nicht die Bereitschaft zeigt, diesen Zustand durch den Abschluss eines umfassenden Lizenzvertrages zu beenden. Damit verhält er sich seinerseits treuwidrig, denn durch sein begrenztes Angebot würde der Streit zwischen den Parteien unnötig in die Länge gezogen. Der Patentinhaber wäre gezwungen, sein Patent in jedem Land gesondert durchzusetzen und es wäre gegebenenfalls erneut über einen Lizenzerteilungsanspruch zu entscheiden.⁷⁵³ Daher kann verlangt werden, dass das Angebot des Lizenzinteressenten, ungeachtet der territorialen Begrenzungen des Streitpatents, alle bestehenden Nutzungshandlungen erfasst.⁷⁵⁴ Werden Nutzungsrechte an dem Schutzrecht nur im Rahmen einer Poollizenz vergeben, so ist das Angebot des Lizenzinteressenten auf die Erteilung einer solchen zu richten.

bb) Angemessenheit des Angebots

Das Angebot des Lizenzinteressenten muss darüber hinaus angemessen sein.⁷⁵⁵ Wie bereits heraus gearbeitet wurde, bedeutet Angemessenheit in diesem Zusammenhang, dass die jeweiligen Bedingungen ihrerseits nicht kartellrechtswidrig sein dürfen. Ein Anspruch auf Erteilung der Lizenz besteht nur zu den Konditionen, bei denen jede Abweichung zugunsten des Inhabers missbräuchlich wäre, weil sie entweder zu einer Diskriminierung oder einer Ausbeutung führen würde.⁷⁵⁶

⁷⁵² LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4b O 78/07, InstGE 10, 66 – Videosignalcodierung III; sowie unveröffentlichte Entscheidungen LG Düsseldorf 4b O 76/07, S. 26 ff.; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07.

⁷⁵³ *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

⁷⁵⁴ *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (804).

⁷⁵⁵ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁵⁶ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb), S. 153 ff.

Dem Lizenzinteressenten wird es häufig nicht ohne Weiteres möglich sein, die Grenzen des kartellrechtlich Zulässigen und damit auch die konkreten angemessenen Bedingungen, insbesondere die Höhe der Lizenzgebühr, zu bestimmen. Regelmäßig hat er weder Einblick in bereits abgeschlossenen Lizenzverträge des Patentinhabers noch kennt er dessen Gestehungskosten. Es besteht daher aus seiner Sicht die Gefahr, dass sein Angebot in kartellrechtlich nicht zu beanstandender Weise abgelehnt werden kann, weil es noch Spielraum zugunsten des Patentinhabers lässt. Auch eine Offerte mit einer „sicherheitshalber“ erhöhten Lizenzgebühr ist kein gangbarer Weg, weil eine solche unter Umständen von der Gegenseite angenommen wird, sodass es zu einem für den Lizenzinteressenten nachteiligen Vertragsabschluss jenseits des kartellrechtlich Gebotenen kommt.

(1) Keine Pflicht zu Vertragsverhandlungen

In der Literatur wird dem Patentinhaber daher bisweilen eine Pflicht zu Vertragsverhandlungen auferlegt. Dieser dürfe ein interessengerechtes Angebot des Interessenten nicht ohne weitere Begründung zurückweisen, sondern müsse seinen Gestaltungsspielraum durch konkrete Alternativvorschläge geltend machen.⁷⁵⁷ Die Begründungsansätze für diese Pflicht sind unterschiedlich. Teilweise wird argumentiert, dass der kartellrechtliche Kontrahierungszwang mit einem Vorvertrag vergleichbar sei, aus dem sich anerkanntermaßen die Pflicht ergebe, auf einen Vertragsabschluss hinzuwirken.⁷⁵⁸ Nach einer anderen Ansicht begründet eine Lizenzbereitschaftserklärung im Rahmen des Standardisierungsverfahrens ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB, das den Patentinhaber verpflichtet, nach Treu und Glauben über den Abschluss eines Lizenzvertrages zu verhandeln.⁷⁵⁹ Schließlich wird die Pflicht zu Verhandlungen unmittelbar aus dem Kartellrecht abgeleitet. Wegen des bestehenden Kontrahierungszwangs könne der Normadressat auf ein annahmefähiges Angebot nur mit dessen Annahme oder der Abgabe eines für ihn günstigeren aber dennoch angemessenen Gegenangebotes reagieren und auf

⁷⁵⁷ *Maume*, Rn. 148 ff.; *de Bronett*, WuW 2009, 899 (904); *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (210).

⁷⁵⁸ *Kühnen*, zitiert nach *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (215).

⁷⁵⁹ *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 (210).

diese Weise den Spielraum nutzen, den ihm das Kartellrecht zubilligt. Eine bloße Ablehnung ohne weitere Begründung sei hingegen nicht zulässig.⁷⁶⁰

Die genannten Argumente vermögen indes nicht zu überzeugen. Im Unterschied zu einem privatautonom geschlossenen Vorvertrag, bei dem sich die Parteien über das „Ob“ des Vertrages bereits verbindlich geeinigt haben und daher auch voneinander verlangen können, dass die vertragliche Einigung über den Hauptvertrag gefördert wird, erscheint es eher fernliegend, von einem Patentinhaber, der gegen seinen Willen in einen Vertrag gezwungen werden soll, darüber hinaus noch eine „Vertragshilfe“ zugunsten des Berechtigten zu verlangen.

Auch die Annahme eines Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB bietet dafür keine tragfähige Grundlage. Ungeachtet dessen, ob im Einzelfall überhaupt eine Lizenzbereitschaftserklärung abgegeben wurde und diese tatsächlich ein vorvertragliches Schuldverhältnis zu begründen vermag, kann sich daraus keine Pflicht zur Abgabe eines Gegenangebotes ergeben. Denn es ist anerkannt, dass die Aufnahme von Vertragsverhandlungen allenfalls einen Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo auslösen kann, wenn in zurechenbarer Weise Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags erweckt und dann Verhandlungen ohne triftigen Grund abgebrochen werden, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB.⁷⁶¹ Das bedeutet, dass selbst nach der Aufnahme von ernsthaften Vertragsverhandlungen, gegebenenfalls im Anschluss an eine Lizenzbereitschaftserklärung, nicht deren Fortsetzung, sondern im äußersten Fall Sekundäransprüche denkbar sind.

Die Herleitung einer Verhandlungspflicht aus Kartellrecht schließlich verwischt die Grenze zwischen den Möglichkeiten des Normadressaten auf der einen und dessen Pflichtenstellung auf der anderen Seite. Zwar trifft es zu, dass auch ein marktbeherrschendes Unternehmen – wie bereits erörtert – seine wirtschaftlichen Interessen innerhalb des kartellrechtlich Zulässigen verfolgen kann.⁷⁶² Daraus folgt allerdings keine Pflicht, dies durch die Abgabe von Gegenangeboten auch tatsächlich zu tun.

⁷⁶⁰ *Maume*, Rn. 149.

⁷⁶¹ BGH, Urt. v. 12.6.1975, X ZR 25/73, NJW 1975, 1774; Urt. v. 29.3.1996, V ZR 332/94, NJW 1996, 1884 (1885); Palandt-*Grüneberg*, § 311 Rn. 30.

⁷⁶² Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) aa) (4), S. 150 ff.

Eine kartellrechtlich begründete Handlungspflicht kann sich vielmehr nur aus einem Verstoß gegen das Missbrauchsverbot ergeben, der aber erst dann vorliegt, wenn der Patentinhaber einen Vertragsschluss verweigert, obwohl er zu dessen Annahme verpflichtet gewesen wäre. Die Annahmeverpflichtung aus Kontrahierungszwang besteht allerdings nur zu denjenigen Bedingungen, die aus Sicht des Patentinhabers nicht mehr in zulässiger Weise verbessert werden können.⁷⁶³ Das bedeutet, dass die Ablehnung jedes anderen Angebots nicht gegen Kartellrecht verstößt und daher auch nicht geeignet ist, dem Patentinhaber ein bestimmtes Verhalten aufzuerlegen.

Der Patentinhaber ist mithin aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu Vertragsverhandlungen verpflichtet, sodass der Lizenzinteressent auf diese Weise keine Informationen bekommen kann, um seinerseits ein Angebot zu angemessenen Bedingungen abgeben zu können.

(2) Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB

Auch der BGH erkennt das Problem, dass der Lizenzinteressent die Gebührenhöhe nicht frei von Schwierigkeiten beziffern und ein entsprechendes Angebot abgeben kann.⁷⁶⁴ Daher soll diesem, wenn sich der Patentinhaber weigert, den Lizenzbetrag konkret zu benennen oder dessen Forderung missbräuchlich überhöht erscheint, das Recht zugestanden werden, sein Angebot auf eine vom Patentinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Gebühr zu richten.⁷⁶⁵ Dem Lizenzinteressenten wird auf diese Weise ermöglicht, ein den Anforderungen entsprechendes Angebot abzugeben, ohne jedoch die Gebührenhöhe bestimmen zu müssen.⁷⁶⁶

Die Möglichkeit des Patentinteressenten, ein unbeziffertes Angebot abgeben zu können, geht mit einem Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 Abs. 1 BGB auf Seiten des marktbeherrschenden Patentinhabers einher.⁷⁶⁷ Entgegen der Vorschrift des § 154 Abs. 1 S. 1 BGB, nach der ein Vertrag im Zweifel erst geschlossen ist, wenn sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben, kommt es im

⁷⁶³ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) aa) (4), S. 150 ff.

⁷⁶⁴ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁶⁵ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁶⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁶⁷ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (322) – *Orange-Book-Standard*.

Anwendungsbereich des § 315 Abs. 1 BGB ausnahmsweise bereits dann zu einer Einigung, wenn einer Seite ein Leistungsbestimmungsrecht zusteht, d.h., eine Partei berechtigt ist, eine vertragliche Leistung ohne Zutun der anderen Seite durch Gestaltungserklärung einseitig zu bestimmen.⁷⁶⁸ Ein Angebot der Gegenseite kann in einem solchen Fall insoweit unvollständig sein, als es über die zu bestimmende Leistung keine genaue Aussage trifft.⁷⁶⁹

Das Gericht lässt allerdings die Frage offen, auf welcher Grundlage dem Patentinhaber ein Leistungsbestimmungsrecht zustehen soll. Die Vorschrift des § 315 Abs. 1 BGB erfasst zunächst nur Fälle, in denen sich die jeweiligen Parteien im Rahmen einer Unterwerfungsvereinbarung darauf geeinigt haben, dass eine Seite die Leistung bestimmen soll, sowie gesetzlich angeordnete Leistungsbestimmungsrechte.⁷⁷⁰ Beide Varianten liegen bei einer kartellrechtlichen Zwangslizenz ersichtlich nicht vor, da Lizenzsucher und Patentinhaber bislang gerade keine Einigung erzielen konnten und auch keine Vorschrift ersichtlich ist, die Letzterem ein Bestimmungsrecht einräumt.

Weiterführend ist allerdings der Blick auf die als Monopolrechtsprechung bezeichnete Praxis der Gerichte, den Anwendungsbereich des § 315 BGB auf Tarife von Unternehmen der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der andere Teil wegen eines bestehenden Anschluss- und Benutzungszwangs oder wegen einer bestehenden Monopolstellung angewiesen ist, auszudehnen.⁷⁷¹ Bereits das Reichsgericht räumte einem städtischen Stromversorgungsunternehmen ein entsprechendes Leistungsbestimmungsrecht in Bezug auf seine Preisstruktur ein.⁷⁷² Der BGH setzte diese Rechtsprechung in einer Reihe von Entscheidungen fort, die Entgelte im Bereich der Abfall- und Abwasserentsorgung sowie den Bezug von Strom und

⁷⁶⁸ Erman-Hager, § 315 Rn. 1; Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 91.

⁷⁶⁹ Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 7.

⁷⁷⁰ BGH, Urt. v. 4.12.2007, X ZR 102/06, NZA-RR 2008, 317 – *Ramipril*; Erman-Hager, § 315 Rn. 10; Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 2; Büdenbender, NJW 2007, 2945.

⁷⁷¹ BGH, Urt. v. 13.6.2007, VIII ZR 36/06, NJW 2007, 2540 (2543) m.w.N.; Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 4; Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 45 ff.

⁷⁷² RG, Urt. v. 29.9.1925, VI 182/25, RGZ 111, 310 (313).

Gas betrafen.⁷⁷³ Die Annahme des Bestimmungsrechts setzt in allen Entscheidungen voraus, dass der Abnehmer auf die von der Gegenseite zu erbringende Leistung angewiesen ist und es aus seiner Sicht keine Substitutionsmöglichkeit gibt, er also nicht auf einen konkurrierenden Anbieter ausweichen kann.⁷⁷⁴ In diesen Konstellationen kann das jeweilige Unternehmen die Leistungsentgelte einseitig bestimmen, ohne dass es einer diesbezüglichen Einigung bedarf. Die Bestimmung der Entgeltgröße obliegt damit dem Vertragspartner, der über die erforderlichen Informationen verfügt, um die Bestimmung nach billigem Ermessen vorzunehmen, § 315 Abs. 1 BGB.

Auf die Konstellation eines marktbeherrschenden Patentinhabers lässt sich die dargestellte Rechtsprechung zwar nicht unmittelbar übertragen, weil es sich dabei um kein Unternehmen der Daseinsvorsorge handelt. Die Situation weist allerdings so große Ähnlichkeit auf, dass eine entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 1 BGB, wie sie der BGH vornimmt, gut vertretbar erscheint. Der Lizenzinteressent, der in Ermangelung tauglicher Substitute ein Patent nutzen muss, um auf einem nachgelagerten Markt eine unternehmerische Aktivität zu entfalten, ist in vergleichbarer Weise auf einen Vertragsschluss angewiesen, wie die Bezieher der oben genannten Leistungen der Daseinsvorsorge. Die Annahme eines Leistungsbestimmungsrechts ist besonders deshalb nahe liegend, weil dem Lizenzinteressenten auf diese Weise ermöglicht werden kann, dem Erfordernis eines ordnungsgemäßen Angebots auf Vertragsschluss zu genügen. Auch ist es nur dem Patentinhaber möglich, eine angemessene Gebühr zu bestimmen, da nur er die für die Preisbildung erforderlichen Umstände, namentlich die Lizenzhöhe in früheren Lizenzverträgen sowie die eigenen Gestehungskosten für das Schutzrecht, kennt.

Die Bestimmung durch den Patentinhaber muss im Zweifel nach billigem Ermessen erfolgen, § 315 Abs. 1 BGB. Die genannte Vorschrift räumt dem Berechtigten damit einen Entscheidungsspielraum ein, dessen Umfang im Einzelfall zu be-

⁷⁷³ BGH, Urt. v. 4.12.1986, VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828 (1829); Urt. v. 10.10.1991, III ZR 100/90, NJW 1992, 171 (173); Urt. v. 5.7.2005, X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2920); Urt. v. 21.9.2005, VIII ZR 7/05, NJW-RR 2006, 133 (134).

⁷⁷⁴ BGH, Urt. v. 5.7.2005, X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2920); Urt. v. 28.3.2007, VIII ZR 144/06, NJW 2007, 1672 (1673); Urt. v. 13.6.2007, VIII ZR 36/06, NJW 2007, 2540 (2543).

stimmen ist, was bedeutet, dass innerhalb einer gewissen „Preisspanne“ jeder Preis billig sein kann.⁷⁷⁵ Vorliegend ist die Grenze der Billigkeit dann als überschritten anzusehen, wenn die geforderte Lizenzhöhe sich nicht mehr innerhalb der kartellrechtlichen Schranken hält und der Lizenznehmer entweder unbillig behindert oder gegenüber anderen Lizenznehmern diskriminiert wird.⁷⁷⁶

**(3) Keine gerichtliche Überprüfung der Billigkeit gemäß
§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB**

Die Möglichkeit der einseitigen Leistungsbestimmung birgt die Gefahr, dass der Bestimmungsberechtigte seine Rechtsmacht zu seinem eigenen Vorteil ausnutzt.⁷⁷⁷ Sie ist daher für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht, § 315 Abs. 3 S. 1 BGB. Eine gegebenenfalls vorliegende Unverbindlichkeit ist allerdings grundsätzlich nicht mit einer Nichtigkeit gleichzusetzen. Vielmehr ist sie gegenüber dem Betroffenen so lange wirksam, wie nicht das Gegenteil durch Urteil festgestellt wurde.⁷⁷⁸ Die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung regelt das Gesetz in § 315 Abs. 3 S. 2 BGB. Genügt die vorgenommene Bestimmung nicht der Billigkeit, so nimmt das Gericht durch Gestaltungsurteil eine Ersatzleistungsbestimmung vor, die an deren Stelle tritt.⁷⁷⁹

Das Verhältnis einer gerichtlichen Ersatzleistungsbestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zu den Regelungen des Kartellrechts ist umstritten. Entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH, der bei Monopolen im Bereich der Daseinsvorsorge Vertragsbedingungen einer richterlichen Kontrolle unterzieht, nimmt eine Literaturauffassung an, dass auf diese Weise die spezielleren kartellrechtlichen Vorschriften unterlaufen würden.⁷⁸⁰ § 315 Abs. 3 BGB begründe keine allgemeine Befugnis

⁷⁷⁵ Bamberger/Roth-Gehrlein, § 315 Rn. 5; MüKoBGB-Gottwald, § 315 Rn. 29; Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 5; Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 326.

⁷⁷⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321 f.) – *Orange-Book-Standard*; Jestaedt, GRUR 2009, 801 (803).

⁷⁷⁷ Büdenbender, NJW 2007, 2945.

⁷⁷⁸ MüKoBGB-Gottwald, § 315 Rn. 44; Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 16.

⁷⁷⁹ Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 15; Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 294.

⁷⁸⁰ Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 56 m.w.N.

zur „richterlichen Vertragshilfe“, sondern sei als Ausnahme im privatautonom ausgestalteten System des BGB eng auszulegen.⁷⁸¹

Dieser Streit spielt im vorliegenden Zusammenhang allerdings keine Rolle, da dem marktbeherrschenden Patentinhaber nach der Rechtsprechung des BGH zwar ein Leistungsbestimmungsrecht zugewiesen wird, aber nicht die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB besteht. Mit der Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts will das Gericht zweierlei erreichen. Zum einen wird dem Interessenten ermöglicht trotz fehlender Informationen ein Angebot abzugeben, das den aufgestellten Anforderungen genügt.⁷⁸² Zum anderen soll auf diese Weise das Patentverletzungsverfahren von der Aufgabe entlastet werden, die Lizenzgebühr genau bestimmen zu müssen.⁷⁸³ Dass damit automatisch auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Bestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB einhergehen soll, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen, und ist für die soeben genannten Ziele auch nicht erforderlich. Das wird deutlich, wenn man die beiden möglichen Verhaltensweisen des Patentinhabers bei der Ausübung seines Bestimmungsrechts und die Konsequenzen, die sich aus einer Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ergeben würden, näher betrachtet.

Erkennt der Patentinhaber eine Kontrahierungspflicht nicht an und nimmt konsequenterweise auch keine Bestimmung der Gebührenhöhe vor, bestünde für den Lizenzinteressenten eine Klagemöglichkeit, denn § 315 Abs. 3 S. 2 a.E. BGB regelt, dass eine gerichtliche Bestimmung durch Urteil auch dann möglich sein soll, wenn die gebotene Leistungsbestimmung verzögert oder insgesamt verweigert wird.⁷⁸⁴ Die genannte Vorschrift ist allerdings auf den Fall zugeschnitten, dass das Bestehen einer Leistungsbeziehung außer Zweifel steht, sei es, weil sich die Parteien, mit Ausnahme des zu bestimmenden Teils geeinigt haben oder die Bestimmung gesetzlich angeordnet wurde. Das Gericht wird dann lediglich insoweit rechtsgestaltend tätig, als es den fehlenden Vertragsteil nach dem Grundsatz der Billigkeit durch Urteil festsetzt.

⁷⁸¹ Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 53.

⁷⁸² BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁸³ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁸⁴ BGH, Urt. v. 30.3.1979, V ZR 150/77, BGHZ 74, 345; Palandt-Grüneberg, § 315 Rn. 18.

Bei einer Totalverweigerung des Patentinhabers steht die Leistungsverpflichtung allerdings noch nicht fest, da der Patentinhaber den Kontrahierungszwang aus Kartellrecht bestreitet und sich die Parteien auch im Übrigen nicht auf eine Lizenz einigen konnten. In diesem Fall könnte sich das Gericht nicht auf die Bestimmung der Lizenzhöhe beschränken, sondern müsste, nach Prüfung des kartellrechtlichen Anspruchs, die gesamte Willenserklärung des Patentinhabers gerichtet auf eine Lizenzierung des Schutzrechts durch Urteil ersetzen. Damit würde der Regelungsgehalt von § 315 Abs. 3 S. 2 BGB allerdings deutlich überspannt. Eine solche Anwendung würde im Ergebnis zu einem systemfremden „Vertragsdiktat“ führen, über dessen Inhalt das Gericht bestimmen müsste. Fehlt eine Willenserklärung des Patentinhabers vollständig, hat der Lizenzinteressent vielmehr die Möglichkeit, auf Abgabe einer solchen zu klagen.⁷⁸⁵ Für die Anwendung des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB bleibt hingegen kein Raum.

Gleiches gilt auch für den Fall, dass der Patentinhaber das Angebot des Lizenzinteressenten angenommen hat und eine Bestimmung der Lizenzhöhe erfolgt ist.⁷⁸⁶ Gegen eine gerichtliche Überprüfung dieser Bestimmung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB spricht zunächst die Beweislastverteilung in einem solchen Verfahren, wonach es dem Bestimmungsberechtigten obliegt, darzulegen und zu beweisen, dass die von ihm geforderte Leistung der Billigkeit entspricht.⁷⁸⁷ Übertragen auf den Fall eines marktbeherrschenden Patentinhabers würde das bedeuten, dass dieser den Nachweis erbringen müsste, dass seine Gebührenforderung kartellrechtlich unbedenklich ist und damit zugleich der Billigkeit entspricht. Dies würde allerdings der sonst im Bereich des Kartellrechts anerkannten Beweislastverteilung genau zuwiderlaufen, wonach derjenige, der sich auf einen Kartellrechtsverstoß beruft, dessen Voraussetzungen darlegen und beweisen muss.⁷⁸⁸ Entsprechend betont der BGH in der Entscheidung *Orange-Book-Standard* ausdrücklich, dass den Lizenznehmer für

⁷⁸⁵ Siehe nachfolgend unter 6. Teil B. I., S. 295 ff.

⁷⁸⁶ a.A. *Maume*, Rn. 361; *Jestaedt*, GRUR 2009, 801 (803) jeweils ohne weitere Begründung.

⁷⁸⁷ BGH, Urt. v. 30.4.2003, VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 (3132); BGH, Urt. v. 5.7.2005, X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2921); *Erman-Hager*, § 315 Rn. 25 m.w.N.; *Palandt-Grüneberg*, § 315 Rn. 19.

⁷⁸⁸ Siehe nachfolgend unter 6. Teil A. I. 1., S. 227 ff.

die Voraussetzungen des Lizenzierungsanspruchs im Patentverletzungsverfahren die volle Darlegungs- und Beweislast treffe.⁷⁸⁹ Das gelte ausdrücklich auch für die Unbilligkeit einer Leistungsbestimmung durch den Patentinhaber.⁷⁹⁰ Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast kann sich nicht durch einen Wechsel der Parteirollen ändern, indem also der Lizenzinteressent gegen den Patentinhaber gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB wegen unbilliger Leistungsbestimmung klagt.

Im Übrigen bleibt eine unbillige Leistungsbestimmung des Patentinhabers nicht wie in anderen Fällen bis zu einer gerichtlichen Entscheidung wirksam. Denn die Unbilligkeit kann sich ausschließlich daraus ergeben, dass die kartellrechtlichen Grenzen nicht eingehalten wurden oder mit anderen Worten die Festlegung der Gebührenhöhe gegen das Missbrauchsverbot verstößt.⁷⁹¹ Da es sich dabei um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handelt,⁷⁹² ist die Leistungsbestimmung des Patentinhabers als einseitiges Rechtsgeschäft in einem solchen Fall nichtig und entfaltet keinerlei Rechtswirkung. Ein wirksamer Lizenzvertrag kommt dann nicht zustande, weil es an einer Einigung über die Gebührenhöhe fehlt und diese auch nicht durch eine wirksame Leistungsbestimmung ersetzt wurde. Vor diesem Hintergrund gibt es auch kein Bedürfnis nach einer gerichtlichen Korrektur der Bestimmung. Sollte der Patentinhaber auf der Grundlage des Lizenzvertrages auf Gebührenzahlung klagen, so kann der Lizenzinteressent die Nichtigkeit der Gebührenbestimmung einwenden. Berühmt sich der Patentinhaber eines entsprechenden Anspruchs, kann auch eine negative Feststellungsklage nach § 256 ZPO zur Klärung zulässig und geboten sein.⁷⁹³

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Lizenzinteressent im Rahmen seines Angebots die Höhe der Lizenzgebühr in das billige Ermessen des Patentinhabers stellen kann, wenn sich Letzterer weigert, das Entgelt zu beziffern oder seine

⁷⁸⁹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁹⁰ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁹¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (322) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁹² *Bechtold*, § 19 Rn. 102; *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, Art. 82 Rn. 69; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG/Teil 1, Art. 82 Rn. 27; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 20 Rn. 110; *Wiedemann-Lübbert*, § 22 Rn. 6; § 30 Rn. 1; *Säcker*, RdE 2006, 65 (70).

⁷⁹³ Vgl. *Musielak-Foerste*, § 256 Rn. 10 m.w.N.

Forderung unangemessen erscheint. Im Gegenzug kommt ihm ein Leistungsbestimmungsrecht zu mit der Folge, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat, § 315 Abs. 1 BGB. Das ist der Fall, wenn sie sich innerhalb der kartellrechtlichen Grenzen hält. Andernfalls ist sie nicht nur unbillig, sondern zugleich nichtig nach § 134 BGB. Eine Überprüfung und Ersetzung der Leistungsbestimmung durch Gestaltungsurteil nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB kommt dann nicht in Betracht. Die Nichtigkeit der Gebührenbestimmung kann jedoch gegebenenfalls klageweise festgestellt werden.

b) Einhaltung der voreingreiflichen Pflichten

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs greift nur dann, wenn der Lizenzinteressent sich über die Abgabe eines Lizenzangebotes hinaus so verhält, als hätte der Inhaber sein Angebot bereits angenommen und als wäre ein Nutzungsvertrag zustande gekommen. Der BGH führt dazu aus: „Der Lizenzsucher, der im Vorgriff auf die ihm zu erteilende Lizenz die Benutzung des Klagepatents aufnimmt, darf nicht nur seinen vertraglichen Rechten, sondern muss auch seinen vertraglichen Pflichten voreingreifen“.⁷⁹⁴ Das bedeutet, dass der Lizenzinteressent, der in dem Bewusstsein eines ihm zustehenden Zwangslizenzanspruchs mit der Benutzung der Erfindung beginnen will, zugleich auch seine Pflichten aus einem noch zu schließenden Lizenzvertrag einhalten, d.h. seinen eigentlich erst später entstehenden Pflichten „voreingreifen“ muss. Auf diese Weise wird für die Zeit vor dem Abschluss des Lizenzvertrages das Bestehen eines entsprechenden Schuldverhältnisses fingiert.⁷⁹⁵ Die Pflichten aus diesem Schuldverhältnis umfassen bei einer üblichen stück- oder umsatzbezogenen Lizenzhöhe die ordnungsgemäße Abrechnung und besonders die Zahlung der Lizenzgebühr. Mit diesem Erfordernis betritt der BGH „Neuland“ und vollzieht eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung.⁷⁹⁶ In der Entscheidung *Spiegel-CD-ROM* aus dem Jahre 2002 hatte sich das Gericht dagegen ausgesprochen, dass einem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch über § 242 BGB ein Benutzungsanspruch entgegengehalten werden kann. Denn dies würde im Ergebnis

⁷⁹⁴ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁹⁵ *Hötte*, MMR 2009, 686 (689).

⁷⁹⁶ *Gärtner/Vormann*, Mitt. 2009, 440 (442); *Hötte*, MMR 2009, 686 (689).

zu einem unmittelbaren Nutzungsrecht wie bei einer gesetzlichen Lizenz führen, weil der Inhaber die Nutzung nicht von dem Abschluss eines Lizenzvertrages und der ordnungsgemäßen Lizenzzahlung abhängig machen könne.⁷⁹⁷ Diesen Bedenken begegnet der BGH nun mit dem Erfordernis der „vorgreiflichen“ Vertragspflichten, die explizit die Zahlung der jeweiligen Lizenzgebühr ab dem Zeitpunkt der Nutzung beinhaltet. Auf diese Weise ist der Patentinhaber davor geschützt, dass der Lizenzinteressent das Schutzrecht nutzt, aber keine Gewähr für die Durchsetzbarkeit der Gegenleistung besteht.⁷⁹⁸

Der Lizenzinteressent kann seinen vorgreiflichen Pflichten auf zwei Arten nachkommen. Er kann direkt an den Patentinhaber zahlen und wird dadurch in entsprechender Anwendung von § 362 Abs. 1 BGB von seiner Schuld frei. Daneben hat er die Möglichkeit, den jeweiligen Betrag unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme zu hinterlegen, §§ 378, 376 BGB.⁷⁹⁹ Der Patentinhaber hat erst Anspruch auf Auszahlung des Geldes, wenn der Abschluss des gebotenen Lizenzvertrages nachgewiesen wird. Der nach § 372 S. 1 BGB für diese Vorgehensweise erforderliche Hinterlegungsgrund ist gegeben, weil die Vorschriften des Gläubigerverzugs auf das vorgreifliche Schuldverhältnis analog angewendet werden können und dessen Voraussetzungen vorliegen.⁸⁰⁰ So ist der Patentinhaber aus Kartellrecht zum Abschluss eines Lizenzvertrages verpflichtet und muss daher die zu erbringende Gegenleistung annehmen, die der Lizenzinteressent in Form der Gebührenzahlung anbietet. Andernfalls gerät er in Annahmeverzug, § 294, 295 BGB analog.⁸⁰¹ Ist der Patentinhaber zwar zur Annahme der Lizenzzahlung bereit, verweigert aber weiterhin die Gegenleistung in Form der Lizenzerteilung, erfüllt dies den Tatbestand des § 298 BGB analog.⁸⁰² Nach dieser Vorschrift gerät der Gläubiger in Verzug, wenn er sich weigert, eine geschuldete Zug-um-Zug-Leistung nicht zu erbringen. Die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit und die Lizenzzahlung stehen wie bereits erörtert in

⁷⁹⁷ BGH, Urt. v. 5.7.2001, I ZR 311/98, MMR 2002, 231 (232 f.) – *Spiegel-CD-ROM*.

⁷⁹⁸ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (319 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁷⁹⁹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰⁰ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰² BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

einem Gegenseitigkeitsverhältnis.⁸⁰³ Der Patentinhaber ist mithin verpflichtet, mit Annahme des entsprechenden Entgelts auch eine Nutzungserlaubnis einzuräumen, § 322 BGB.

Die Lizenzzahlung in Form einer Hinterlegung hat den Vorteil, dass auf diese Weise ein eventueller Rückforderungsanspruch des Lizenzinteressenten gegen den Patentinhaber gesichert ist.⁸⁰⁴ Wird die Klage des Inhabers gegen den benutzenden Lizenzinteressenten wegen fehlender Patentverletzung abgewiesen, stehen Letzterem die bereits hinterlegten Lizenzbeträge zu. Der Lizenzinteressent hat dann einen Anspruch auf Abgabe einer Freigabeerklärung aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB. Ein solcher Anspruch ist anerkannt, wenn der durch die Hinterlegung Begünstigte seine rechtsgrundlos erhaltenen „Sperrstellung“ nicht freiwillig aufgibt.⁸⁰⁵ So liegt der Fall hier. Durch die Hinterlegung der Lizenzbeträge hat der Patentinhaber durch Leistung des Interessenten einen Vermögensvorteil in Form eines öffentlich-rechtlichen Herausgabeanspruchs gegen die jeweilige Hinterlegungsstelle erhalten. Der vermeintliche Rechtsgrund in Form eines vorgreiflichen Schuldverhältnisses liegt aber dann nicht vor, wenn sich herausstellt, dass der Lizenzinteressent die geschützte Lehre gar nicht verwendet. Denn auf ein Schutzrecht, das für die beabsichtigte Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt gar nicht zwingend erforderlich ist, kann kein Zwangslizenzanspruch bestehen und damit auch kein vorgreifliches Schuldverhältnis vorliegen.

Von großer wirtschaftlicher Bedeutung ist die Höhe des zu hinterlegenden Betrages. Im Gegensatz zur Angebotsabgabe, bei der die Höhe in das Ermessen des Patentinhabers gestellt werden kann, wird dem Hinterlegungserfordernis nur dann genügt, wenn ein konkreter Betrag geleistet wird. Eine wirksame Bestimmung des Patentinhabers liegt zu diesem Zeitpunkt nicht vor, denn dann wäre ein Lizenzvertrag zustande gekommen und der Patentverletzungsanspruch bereits mangels Rechtswidrigkeit abzuweisen. Der BGH führt aus, dass für einen erfolgreichen Zwangslizenzeinwand ein „jedenfalls ausreichender Betrag“ hinterlegt worden sein

⁸⁰³ Siehe oben 4. Teil B. II. 2. c), S. 155 f.

⁸⁰⁴ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (320 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰⁵ BGH, Urt. v. 15.10.1999, V ZR 141/98, NJW 2000, 291 (293); Urt. v. 21.5.2008, IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702 (2703); Palandt-*Grüneberg*, Einf v § 372 Rn. 8.

muss.⁸⁰⁶ Das bedeutet, dass diese Lizenzhöhe dasjenige überschreiten muss, was der Inhaber eigentlich zu fordern berechtigt wäre. Der Lizenzinteressent ist daher, in Unkenntnis der tatsächlich angemessenen Höhe, gezwungen, einen Betrag zu hinterlegen, der kartellrechtswidrig überhöht ist, und damit in jedem Fall den berechtigten Vergütungsanspruch des Patentinhabers übersteigt.

Einer solchen Hinterlegung steht auch nicht entgegen, dass der tatsächlich geschuldete Betrag noch nicht feststeht, wie die Regelung des § 11 Abs. 2 UrhWG zeigt.⁸⁰⁷ Nach dieser Sonderregel gelten Nutzungsrechte an Werken als eingeräumt, obwohl noch keine Einigung zwischen Nutzer und Verwertungsgesellschaft erzielt worden ist. Der Nutzer muss allerdings, um die Fiktionswirkung herbeizuführen, die Vergütung in der von ihm anerkannten Höhe zahlen und den darüber hinausgehenden, von der Verwertungsgesellschaft verlangten Betrag, zu deren Gunsten hinterlegen.

3. Beginn der vorgreiflichen Pflichten und prozessuale Geltendmachung

Das Urteil des BGH in Sachen *Orange-Book-Standard* enthält keine ausdrückliche Aussage darüber, bis zu welchem Zeitpunkt der Lizenzinteressent ein Angebot abgeben und die Gebühren hinterlegen muss. Der BGH führt nur allgemein aus, dass sich derjenige, der im Vorgriff auf eine spätere Nutzungserlaubnis die Benutzung des Patents aufnimmt, so verhalten muss, als sei ein Lizenzvertrag zustande gekommen.⁸⁰⁸ Da er dann entweder eine benutzungsunabhängige Lizenzgebühr zahlen oder, bei Stücklizenz oder umsatzbezogener Gebühr unmittelbar den sich daraus ergebenden Betrag entrichten müsste, muss dies auch für das vorgreifliche Verhältnis gelten. Der Lizenzinteressent hätte daher die genannten Voraussetzungen prinzipiell sofort mit Aufnahme der Patentnutzung zu erfüllen. Es erscheint allerdings angemessen, dem Nutzer eine Frist zuzubilligen, die mit dem Zeitpunkt der Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis über seine Patentverletzung beginnt.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (322) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰⁷ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (322) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰⁸ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318 f.) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁰⁹ *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1072).

Innerhalb dieses Zeitraums, der einige Wochen nicht überschreiten sollte, kann sich der Nutzer entscheiden, ob er die Nutzung des Patents sofort einstellt, oder ein Angebot unterbreitet und für die bereits getätigten Nutzungen Lizenzgebühren nachzahlt. Der Zwangslizenzseinwand ist im letztgenannten Fall weiterhin möglich.

In prozessualer Hinsicht stellt sich die Frage, wann der Zwangslizenzseinwand im Verletzungsverfahren geltend gemacht werden muss. Dazu ist vorab festzuhalten, dass sich der Lizenzinteressent auf diesen nicht ausdrücklich im Sinne einer Einrede berufen muss, da der Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB von Amts wegen im Prozess zu berücksichtigen ist.⁸¹⁰ Nach allgemeinen Regeln obliegt es allerdings der Partei, zu deren Gunsten der Einwand wirkt, die erforderlichen Tatsachen vorzutragen und falls nötig Beweis zu erbringen.⁸¹¹

Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung darf sich der Beklagte mit dem Vortrag der maßgeblichen Tatsachen nicht bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung Zeit lassen.⁸¹² Denn in einem solchen Fall kann der Zwangslizenzseinwand als Verteidigungsmittel vom Gericht gemäß §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden.⁸¹³ Eine Partei ist mit ihrem Vorbringen präkludiert, wenn sie entgegen der ihr obliegenden Prozessförderungspflicht Verteidigungsmittel schuldhaft nicht rechtzeitig vorbringt und der Rechtsstreit dadurch verzögert wird. Rechtzeitig vorgebracht sind Verteidigungsmittel dann, wenn unter Berücksichtigung der Prozesslage und einer sorgfältigen Prozessführung ein früheres Vorbringen nicht zuzumuten war.⁸¹⁴ Soweit die tatsächlichen Voraussetzungen eines Zwangslizenzseinwands vorliegen, sind, abgesehen von nicht zu berücksichtigenden prozesstaktischen Erwägungen, keine Gründe ersichtlich, warum der Beklagte den Einwand nicht möglichst früh in das Verfahren einbringt. Die nachträgliche Erhebung führt, unter Zugrundelegung des vom BGH in ständiger Rechtspre-

⁸¹⁰ BGH, Urt. v. 10.11.1965, I b ZR 101/63, NJW 1966, 343 (345); Staudinger-Looschelders/*Olzen*, § 242 Rn. 322; Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rn. 15.

⁸¹¹ BGH, Urt. v. 23.10.2002, XII ZR 266/99, NJW 2003, 128; Bamberger/*Roth-Sutschet*, § 242 Rn. 170.

⁸¹² So aber *Nägele/Jacobs*, WRP 2009, 1062 (1072).

⁸¹³ *Heselberger*, jurisPR-WettbR 7/2009, Anm. 1, 1 (5).

⁸¹⁴ *Zöller-Greger*, § 282 Rn. 3.

chung vertretenen absoluten Verzögerungsbegriffs,⁸¹⁵ auch zu einer Verzögerung des Rechtsstreits, da nach Erhebung des Einwands über die Frage der Patentverletzung hinaus auch die komplexen Voraussetzungen des kartellrechtlichen Anspruchs auf Lizenzerteilung zu prüfen sind und sich damit die Verfahrensdauer verlängert. Die Verzögerung geschieht dann auch schuldhaft, wenn der Beklagte zwar die höchstrichterlichen Anforderungen an den Zwangslizenzseinwand erfüllt, aber bewusst auf dessen Geltendmachung im Prozess verzichtet.

Dem Vorwurf des verspäteten Vorbringens kann der Lizenzinteressent jedenfalls entgehen, wenn er den Einwand unmittelbar in der Klageerwiderung erhebt, § 277 Abs. 1 S. 1 ZPO.⁸¹⁶ Dies erfordert allerdings auch, wie das OLG Düsseldorf in einer jüngeren Entscheidung feststellt, dass der Lizenzinteressent zu den Voraussetzungen des Zwangslizenzseinwands substantiiert vorträgt und insbesondere die genauen Modalitäten seines Lizenzangebotes benennt.⁸¹⁷ Das bedeutet, dass der Lizenzinteressent nicht, wie in dem genannten Verfahren geschehen, zwar den Einwand als Verteidigungsmittel vorbringen, das eigentliche Angebot aber erst zu einem späteren Zeitpunkt im Patentverletzungsprozess nachschieben kann. Eine solche Verzögerung kann auch nicht damit entschuldigt werden, dass die wirtschaftliche Entscheidung, ob der Klägerin ein Lizenzangebot unterbreitet werden soll, noch nicht gefallen ist.⁸¹⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Lizenzsucher, will er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzseinwand berufen, binnen kurzer Frist nach Kenntnis der Rechtswidrigkeit ein Angebot abgeben muss und die vorgreiflichen Lizenzgebühren zu zahlen hat. Der Einwand sollte dann, unter substantiiertem Vortrag zu den genannten Voraussetzungen, schon in der Klageerwiderung erhoben werden, um der Gefahr einer Präklusion wegen Verspätung zu entgehen.

⁸¹⁵ BGH, Urt. v. 2.12.1982, VII ZR 71/82, NJW 1983, 575 (576); Urt. v. 12.7.1979, VII ZR 284/78, NJW 1979, 1988; Zöller-Greger, § 296 Rn. 20 m.w.N.

⁸¹⁶ Heselberger, jurisPR-WettbR 7/2009, Anm.1.

⁸¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.10.2008, U (Kart) 43/06, BeckRS 2008, 23957.

⁸¹⁸ OLG Düsseldorf, Urt. v. 8.10.2008, U (Kart) 43/06, BeckRS 2008, 23957.

III. Rechtsfolgen des Zwangslizenzseinwands

Liegen die Voraussetzungen für einen Zwangslizenzseinwand vor und ist dieser in zulässiger Weise erhoben worden, muss die Frage beantwortet werden, welche Folgen sich daraus für das Verhältnis zwischen Patentinhaber und Nutzer ergeben.

1. Rechtswidrigkeit der Patentbenutzung

Wie bereits festgestellt wurde, berechtigt ein bestehender Zwangslizenzanspruch nicht zu einer unmittelbaren Benutzung der Erfindung, sodass derjenige, der von der geschützten Lehre eigenmächtig Gebrauch macht, rechtswidrig handelt.⁸¹⁹ Daran ändert auch das Vorliegen der soeben dargestellten Voraussetzungen eines Zwangslizenzseinwands nichts. Der BGH stellt vielmehr klar, dass die Nutzung der geschützten Lehre erst zulässig ist, wenn der Schutzrechtsinhaber sie privatautonom oder nach gerichtlichem Zwang erlaubt hat.⁸²⁰

Der BGH ermöglicht allerdings durch seine jüngste Rechtsprechung die vorgegriffene Nutzung des Patents, wenn zugleich die damit korrespondierenden Pflichten wie dargestellt erfüllt werden.⁸²¹ Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung lässt zwar das jeweils betroffene Recht – in diesem Fall einen Anspruch aus rechtswidriger Patentverletzung – unberührt, hemmt aber dessen Durchsetzung.⁸²² Da der Patentinhaber bei erfolgreichem Einwand auf diese Weise gehindert ist, gegen den Interessenten vorzugehen, wird Letzterem eine Nutzungsmöglichkeit eingeräumt, die zwar einerseits rechtswidrig ist, andererseits aber nicht mit den sonst üblichen Rechtsbehelfen angegriffen werden kann.

Da für den Zwangslizenzseinwand Angebot und Hinterlegung kumulativ vorliegen müssen, kann diese Benutzungsmöglichkeit erst mit dem Eintritt der letzten Voraussetzung entstehen, d.h. entweder mit Wirksamwerden des Angebots als

⁸¹⁹ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 1. a), S. 134 f.

⁸²⁰ BGH, Urt. v. 11.12.1997, I ZR 170–95, NJW 1998, 1393 (1394) – *Coverversion*; Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (318) – *Orange-Book-Standard*.

⁸²¹ Siehe oben unter 5. Teil A. II., S. 166 ff.

⁸²² Staudinger-*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 228.

empfangsbedürftige Willenserklärung durch Abgabe und Zugang beim Patentinhaber oder mit dem Eingang des zu hinterlegenden Betrags bei der Hinterlegungsstelle.

In der Folgezeit ist der Lizenzinteressent gezwungen, ordnungsgemäß abzurechnen und fortlaufend die mit seiner Benutzungshandlung fällig werdenden Gebühren zu bezahlen. Kommt er diesen Anforderungen nicht nach, entfallen die Voraussetzungen für den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs und damit zugleich seine Nutzungsmöglichkeit. Denn es ist anerkannt, dass der Einwand nach § 242 BGB keine dauerhafte, sondern nur vorübergehende Wirkung entfaltet.⁸²³ Liegen die den Rechtsmissbrauch begründenden Umstände nicht mehr vor, so kann er einem Anspruch nicht mehr entgegengehalten werden.⁸²⁴ Daher ist es denkbar, dass eine Verletzungsklage wegen des Zwangslizenzseinwands abgewiesen wird, der Patentinhaber jedoch in einem zweiten Anlauf Erfolg hat, weil der Nutzer zwischenzeitlich seiner vorgreiflichen Verpflichtung zur Lizenzzahlung nicht mehr nachkommt.

2. Auswirkungen des Zwangslizenzseinwands auf die einzelnen Verletzungsansprüche

Im Folgenden wird untersucht, wie sich der in zulässiger Weise erhobene Zwangslizenzseinwand auf die einzelnen Verletzungsansprüche auswirkt.

a) Unterlassungsanspruch

Nach § 139 Abs. 1 S. 1 PatG kann derjenige, der eine patentierte Erfindung entgegen den §§ 9 bis 13 PatG benutzt, vom Verletzten auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch dient dazu, in Zukunft rechtswidrige Eingriffe in den Rechtskreis des Anspruchsinhabers zu verhindern.⁸²⁵ Liegen die Voraussetzungen des Zwangslizenzseinwands vor, so ist dieser Anspruch nach § 242 BGB gehemmt und mithin nicht durchsetzbar.

⁸²³ Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 330.

⁸²⁴ Soergel-Teichmann, § 242 Rn. 275; MüKoBGB-Roth, § 242 Rn. 198; Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 228.

⁸²⁵ Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 27.

b) Schadensersatzanspruch

Bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Patentverletzung hat der Patentinhaber Anspruch auf Ersatz des durch die Benutzung entstandenen Schadens, § 139 Abs. 2 PatG. Vorsatz meint den bewussten Eingriff in einen fremden Rechtskreis, wohingegen für Fahrlässigkeit die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ausreichend ist, § 276 Abs. 2 BGB. An die Einhaltung dieser Sorgfalt stellt die Rechtsprechung im Patentrecht hohe Ansprüche.⁸²⁶ Von einem am Wirtschaftsleben beteiligten Unternehmen wird erwartet, sich umfassend über die Schutzrechtslage zu informieren, Kenntnis über die für sein Fachgebiet einschlägigen Patente und Patentanmeldungen zu haben und gegebenenfalls auch sachkundigen Rat von Patentanwälten oder patentrechtlich erfahrenen Rechtsanwälten einzuholen.⁸²⁷

Das Verhalten einer eigenmächtigen Patentnutzung wird vor diesem Hintergrund regelmäßig als schuldhaft zu qualifizieren sein. Insbesondere bei der Nutzung eines Standards ist es offensichtlich, dass zuvor die entsprechende Poollizenz oder die Erlaubnis der jeweiligen Schutzrechtsinhaber einzuholen ist. Unterlässt ein Patentnutzer dies, handelt er zumindest fahrlässig. Wird die geschützte Erfindung im Anschluss an gescheiterte Lizenzverhandlungen verwendet, setzt sich der Nutzer bewusst und damit vorsätzlich über die bestehende Schutzrechtssituation hinweg.

aa) Dreifache Schadensberechnung

Der Patentinhaber hat zur Bestimmung der Schadenshöhe die Wahl zwischen drei unterschiedlichen Berechnungsarten.⁸²⁸ Er kann zunächst nach dem Grundsatz des § 249 BGB den Ersatz des ihm konkret entstandenen Schadens einschließlich seines entgangenen Gewinns nach § 252 BGB fordern. Stattdessen kann er auch die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr, die er von einem dritten Benutzer er-

⁸²⁶ Osterrieth, Rn. 472.

⁸²⁷ BGH, Urt. v. 30.11.1976, X ZR 81/72, GRUR 1977, 250 (252) – *Kunststoffhohlprofil*; Urt. v. 3.3.1977, X ZR 22/73, GRUR 1977, 598 (601) – *Autoskooter-Halle*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 47 ff.

⁸²⁸ RG, Urt. v. 13.10.1937, I 262/36, RGZ 156, 65 (67); BGH, Urt. v. 29.5.1962 I ZR 132/60, GRUR 1962, 509 (511) – *Dia-Rähmchen II*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 61; Nieder, Rn. 121.

halten haben würde (Lizenzanalogie), oder die Herausgabe des vom Verletzer selbst erzielten Gewinns verlangen.⁸²⁹ Die unterschiedlichen Berechnungsarten schließen einander gegenseitig aus und können nicht nebeneinander angewendet werden.⁸³⁰

bb) Beschränkung auf angemessene Lizenzgebühr

Für den Fall eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs hat der BGH in der Entscheidung *Standard-Spundfass* festgestellt, die klagende Patentinhaberin könne Schadensersatz „nur in Höhe des Betrages verlangen, den sie auch hätte beanspruchen können, wenn sie sich nicht (rechtswidrig) geweigert hätte, der Beklagten (...) eine Lizenz am Klagepatent einzuräumen.“⁸³¹ Damit macht das Gericht von dem oben dargestellten Grundsatz der dreifachen Schadensberechnung eine Ausnahme und beschränkt den Anspruch des Verletzten der Höhe nach auf die Forderung einer angemessenen Lizenzgebühr. Da die Beschränkung von der kartellrechtswidrigen Weigerung des Patentinhabers abhängig gemacht wird, kann sie nur für den Zeitraum nach der Lizenzverweigerung gelten. Im Umkehrschluss kann der Schadensersatz im Übrigen unbeschränkt und in voller Höhe verlangt werden.

Dieses Ergebnis überzeugt und findet auch in der Literatur Zustimmung.⁸³² Es erscheint angebracht, den Schadensersatzanspruch in dieser Form ausnahmsweise zu begrenzen, weil es andernfalls zu unbilligen Ergebnissen kommen könnte. So ist es denkbar, dass der grundsätzlich zu fordernde entgangene Gewinn des Inhabers ebenso wie der Verletzergewinn des Nutzers denjenigen Betrag übersteigt, der als angemessene Lizenzhöhe anzusehen ist.⁸³³ Dieser überschießende Betrag kann einem Patentinhaber, der sich in missbräuchlicher Weise geweigert hat, eine Lizenz zu erteilen, nicht zustehen. Denn dadurch würde er besser gestellt, als derjenige, der, wie es die kartellrechtliche Pflicht verlangt, unmittelbar nach dem Ersuchen des Berechtigten eine Lizenz erteilt und dem daher die Möglichkeit genommen wird,

⁸²⁹ Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 61.

⁸³⁰ BGH, Urt. v. 17.6.1992, I ZR 107/90, GRUR 1993, 55 (57) – *Tchibo/Rolox II*.

⁸³¹ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (82) – *Standard-Spundfass*.

⁸³² Kühnen/Geschke, Rn. 555; Maume, Rn. 348; Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (112); Kühnen, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (523).

⁸³³ Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (112).

für den nachfolgenden Zeitraum Schadensersatz zu verlangen. Eine angemessene Lizenzgebühr kann dem Patentinhaber allerdings auch dann nicht abgesprochen werden, wenn er die gebotene Lizenzierung rechtswidrig versagt hat. Dieses Verhalten begründet keinen Anspruch auf Freilizenz auf Seiten des Interessenten, sondern Letzterer ist, entsprechend dem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang, weiterhin nur gegen Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zur Nutzung berechtigt. Andernfalls wäre der eigenmächtige Verletzer gegenüber einem rechtmäßigen Nutzer im Vorteil, der erst nach Erhalt einer – kostenpflichtigen – Lizenz begonnen hat, von der geschützten Erfindung Gebrauch zu machen.

Für die im Ergebnis überzeugende Begrenzung des Schadensersatzanspruchs nach kartellrechtswidriger Weigerung liefert der BGH keine Begründung. Im Schrifttum werden dazu verschiedene Ansätze vorgetragen.

(1) Mitverschulden des Patentinhabers gemäß § 254 Abs. 1 BGB

Teilweise wird die Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB in Betracht gezogen.⁸³⁴ Danach muss sich der Geschädigte sein eigenes Verschulden bei der Entstehung des Schadens insoweit entgegenhalten lassen, als er selbst durch sein Verhalten den Schaden mitverursacht hat.⁸³⁵ Indem der Rechtsinhaber den gebotenen Vertragsabschluss verweigere, setze er einen solchen Verursachungsbeitrag, sodass er im Ergebnis einen über den Betrag einer angemessenen Lizenzgebühr hinausgehenden Betrag nicht mehr als Schaden geltend machen könne.⁸³⁶

Der Ansicht ist zuzugeben, dass die Weigerung des Patentinhabers tatsächlich kausal und damit mitursächlich für den jetzigen Schadensersatzanspruch ist, denn hätten die Parteien einen Lizenzvertrag abgeschlossen würde es an der für eine Patentverletzung erforderlichen Rechtswidrigkeit fehlen. Allerdings verlangt die Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB eine Obliegenheitsverletzung des Geschädigten dergestalt, dass ihm ein „Verschulden gegen sich selbst“ vorzuwerfen ist, er also

834 *Maume*, Rn. 310 ff.; *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (113).

835 BGH, Urt. v. 12.7.1973, VII ZR 196/72, GRUR 1973, 1698; *MüKoBGB-Oetker*, § 254 Rn. 2.

836 *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (114).

mit anderen Worten die Pflicht verletzt hat, seine eigenen Rechtsgüter vor Schaden zu bewahren.⁸³⁷ Die missachtete Pflicht muss daher jedenfalls auch den Zweck haben, die Interessen des Schädigers zu schützen.⁸³⁸ Ein anschauliches Beispiel für eine solche Verhaltensanforderung ist die Gurtpflicht gemäß § 21a StVO, die dem Insassenschutz dient. Deren Verletzung begründet im Falle eines Unfalles anerkanntermaßen ein Mitverschulden.⁸³⁹ An einer entsprechenden Obliegenheit fehlt es im vorliegenden Zusammenhang. In Betracht kommt allenfalls die Lizenzierungspflicht des Patentinhabers, die er mit seiner Weigerung verletzt hat. Diese Maßgabe verfolgt allerdings den Zweck, einen kartellrechtswidrigen Zustand zu beenden und dem Lizenzinteressenten Zugang zu dem durch das Schutzrecht verschlossenen, nachgelagerten Markt zu gewähren. Sie dient also dem Schutz des benachteiligten Lizenzinteressenten, aber in keiner Weise soll sie den jeweiligen Schutzrechtsinhaber vor einer Selbstschädigung bewahren. Die Anwendung des § 254 Abs. 1 BGB kommt aus diesem Grund nicht in Betracht.

(2) Rechtsgedanke des § 162 BGB

Daneben wird vertreten, dass die Geltendmachung eines Schadens jenseits einer angemessenen Lizenzgebühr gegen den Rechtsgedanken des § 162 Abs. 1 BGB verstößt. Denn der Patentinhaber nutze eine Situation aus, die er zuvor in unredlicher Weise erlangt habe.⁸⁴⁰ Die genannte Vorschrift fingiert den Eintritt einer Bedingung nach § 158 BGB für den Fall, dass der Bedingungseintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, zuvor treuwidrig verhindert wurde. Über den engen Wortlaut hinaus wird daraus der allgemeine Gedanke abgeleitet, dass niemand aus einer treuwidrig herbeigeführten Situation einen Vorteil herleiten darf.⁸⁴¹

Dieser Gedanke scheint auch im vorliegenden Fall zu greifen. Wenn der Patentinhaber durch seine Weigerung den Abschluss eines Lizenzvertrages verhindert,

⁸³⁷ Staudinger-Schiemann, § 254 Rn. 30.

⁸³⁸ Staudinger-Schiemann, § 254 Rn. 36.

⁸³⁹ BGH, Urt. v. 2.2.1982, VI ZR 296/80, NJW 1982, 985; Urt. v. 12.12.2000, VI ZR 411/99, NJW 2001, 1485; Staudinger-Schiemann, § 254 Rn. 50.

⁸⁴⁰ Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (114).

⁸⁴¹ BAG, Urt. v. 12.12.2007, 10 AZR 97/07, NJW 2008, 872 (876); Bamberger/Roth-Rövekamp, § 162 Rn. 10 m.w.N.; Palandt-Ellenberger, § 162 Rn. 6; Staudinger-Bork, § 162 Rn. 2.

führt dies dazu, dass die nachfolgende Nutzung der Erfindung eine Patentverletzung darstellt und dem Patentinhaber einen Schadensersatzanspruch verschafft. Dieses Verhalten ist nicht nur als rechtswidrig einzuordnen, weil es der kartellrechtlichen Pflichtenstellung zuwiderläuft, sondern auch als treuwidrig zu charakterisieren, wenn auf Seiten des Lizenzinteressenten die in der Entscheidung *Orange-Book-Standard* genannten Voraussetzungen erfüllt werden.⁸⁴² Allerdings passt die Rechtsfolge des § 162 Abs. 1 BGB nicht, wonach die vereitelte Bedingung in dem Zeitpunkt als eingetreten gilt, in dem die Handlung hätte vorgenommen werden müssen.⁸⁴³ Übertragen auf die vorliegende Konstellation würde das bedeuten, dass ab dem Moment der treuwidrigen Weigerung eine wirksame Lizenzvereinbarung zwischen den Parteien angenommen werden müsste. Das hätte zur Folge, dass die Benutzung des Patents nicht mehr als rechtswidrig zu betrachten wäre und damit ein Schadensersatzanspruch des Schutzrechtsinhabers vollständig entfiel. Auch ein Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr wäre damit konsequenterweise ausgeschlossen. Ein solcher Anspruch könnte sich dann allenfalls aus der fingierten Vereinbarung aber nicht aus Sekundäransprüchen ergeben. Die Vorschrift des § 162 BGB ist mithin nicht geeignet den Schadensersatzanspruch, wie im Ergebnis zutreffend, nur zu begrenzen und dem Patentinhaber dabei einen teilweisen Anspruch zu belassen.

(3) Schadensersatzanspruch des Lizenzinteressenten

Schließlich wird vertreten, dass die kartellrechtswidrige Lizenzverweigerung ein schadensersatzbegründendes Verhalten des Patentinhabers darstelle. Für die Zeit nach der Weigerung hafte dieser dem Benutzer deshalb auf Schadensersatz aus § 33 Abs. 3 GWB i.V.m. §§ 19, 20 GWB oder Art. 102 AEUV mit der Konsequenz, dass er den Benutzer so zu stellen habe, wie dieser ohne den Kartellrechtsverstoß stünde. Dann wäre Letzterer nur zur Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr verpflichtet, weshalb der Patentinhaber ihn von jeglichen Ansprüchen, die darüber hinausgehen, freizustellen habe.⁸⁴⁴

⁸⁴² Siehe oben unter 5. Teil A. II., S. 166 ff.

⁸⁴³ Palandt-*Ellenberger*, § 162 Rn. 5.

⁸⁴⁴ *Kühnen/Geschke*, Rn. 555; *Kühnen*, in: Keller et al., FS Tillmann, 513 (523).

Eine solche Freistellung kann nur dann verlangt werden, wenn ein Schadensersatzanspruch des Nutzers besteht und dieser auch die Inanspruchnahme durch den Patentinhaber wegen eigenmächtiger Nutzung als ersatzfähigen Schaden umfasst.

Ersterer wird regelmäßig zu bejahen sein. Wie bereits dargestellt, steht dem Lizenzinteressenten nach § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. dem Missbrauchsverbot ein Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auf Lizenzerteilung zu.⁸⁴⁵ Der Schadensersatzanspruch aus § 33 Abs. 3 S. 1 GWB verlangt über die Voraussetzungen des soeben genannten Anspruchs hinaus lediglich einen schuldhaften Kartellrechtsverstoß. Dazu reicht die Annahme von Fahrlässigkeit aus, § 276 Abs. 2 BGB, die bei einer Lizenzverweigerung meistens vorliegen wird. Auf die (unrichtige) Annahme, zu einer Verweigerung berechtigt gewesen zu sein, kann sich der Patentinhaber regelmäßig nicht berufen, denn dieser Rechtsirrtum wäre, gegebenenfalls durch Einholung fachkundiger Beratung, vermeidbar gewesen und damit unbeachtlich.⁸⁴⁶

Fraglich ist, ob der Schadensersatzanspruch auch die Vermögensnachteile umfasst, die durch den gegenläufigen Schadensersatzanspruch des Patentinhabers ausgelöst werden. Der Umfang des Schadensersatzes nach § 33 Abs. 3 GWB richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB.⁸⁴⁷ Dazu ist gemäß der Differenzhypothese die aktuelle Vermögenslage mit derjenigen zu vergleichen, die ohne schädigendes Ereignis bestehen würde. Der Schaden besteht aus dem Unterschiedsbetrag zwischen beiden.⁸⁴⁸ Ein solcher Schaden ist bei eigenmächtiger Patentnutzung zunächst nicht zu erkennen. Denn das potenziell schädigende Ereignis – die Verweigerung der Lizenz – führt im Ergebnis nicht dazu, dass dem Interessenten die Nutzung vorenthalten bleibt. Vielmehr verschafft er sich diese Möglichkeit selbst und steht in tatsächlicher Hinsicht nicht schlechter als wenn ihm eine Erlaubnis eingeräumt worden wäre. Ein Vermögensnachteil entsteht lediglich in rechtlicher Hinsicht dadurch, dass die Nutzung ohne Lizenz rechtswidrig war und sich der Interessent daher schadensersatzpflichtig gemacht hat. Der Schaden besteht dann in Höhe der Differenz der

⁸⁴⁵ Siehe oben unter 2. Teil B. III, S. 24 ff.

⁸⁴⁶ Vgl. Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 40; Palandt-Grüneberg, § 276 Rn. 22.

⁸⁴⁷ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 44.

⁸⁴⁸ Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 10.

ohnehin aus Kartellrecht geschuldeten angemessenen Lizenzgebühr und einem darüber hinausgehenden Schadensersatzanspruch.

Dieser Schaden ist allerdings nur dann ersatzfähig, wenn er dem Patentinhaber im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität als adäquat kausal zuzurechnen ist. Dafür ist nach der Äquivalenztheorie zunächst erforderlich, dass das in Rede stehende Verhalten *conditio sine qua non* für den Schaden war, also nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel.⁸⁴⁹ Das ist in Bezug auf die Verweigerung der Fall, denn wäre die Lizenz erteilt worden, so wären eine rechtswidrige Nutzung und damit das schadenstiftende Ereignis unmöglich geworden.

Auch ein adäquater Zusammenhang ist in der vorliegenden Situation gegeben. Ein solcher besteht, wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach regelmäßigem Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet ist.⁸⁵⁰ Hieran kann es fehlen, wenn der Geschädigte oder ein Dritter in völlig ungewöhnlicher Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt.⁸⁵¹ Zwar handelt es sich vorliegend um einen Fall der so genannten mittelbaren Schadensverursachung, da erst die eigenmächtige Nutzung als Zwischenursache den eigentlichen Schaden in Form des Ersatzanspruchs begründet. Dieses Verhalten ist jedoch nicht als völlig ungewöhnlich zu bewerten, denn der Lizenzinteressent war wegen der marktbeherrschenden Stellung gezwungen auf das Schutzrecht zuzugreifen, wenn er auf dem nachgelagerten Markt tätig sein wollte.

Bei Fällen einer mittelbaren Verursachung ist anerkannt, dass im Rahmen einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der verletzten Norm zu ermitteln ist, ob der Schaden zugerechnet werden kann, obwohl eine wei-

⁸⁴⁹ BGH, Urt. v. 11.5.1951, I ZR 106/50, NJW 1951, 711; Urt. v. 11.1.2005, X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 (1421); Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 25.

⁸⁵⁰ BGH, Urt. v. 9.10.1997, III ZR4/97, NJW 1998, 138 (140); Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 26.

⁸⁵¹ BGH, Urt. v. 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329 (1331).

tere ursächliche Handlung des Geschädigten oder Dritten vorliegt.⁸⁵² Ein Anspruch ist ausgeschlossen, wenn sich der Schaden nach Art und Entstehungsweise eher zufällig aus der geschaffenen Gefahrenlage ergibt.⁸⁵³ Besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die Herausforderungsformel der Rechtsprechung erlangt. Danach sind Schäden zurechenbar, wenn sich der Geschädigte durch vorwerfbares Tun zu einer Reaktion herausgefordert fühlen durfte, die im Hinblick auf das vorangegangene pflichtwidrige Tun nicht ungewöhnlich erscheint.⁸⁵⁴ Über den ursprünglichen Anwendungsbereich der so genannten Verfolgerfälle hinaus kommt diese Formel immer bei selbstschädigendem Verhalten zum Tragen. Das gilt auch hinsichtlich wirtschaftlicher Entscheidungen, die ein Geschädigter im Anschluss an ein pflichtwidriges Verhalten trifft.⁸⁵⁵ So bejahte der BGH in einer Entscheidung die Zurechenbarkeit für einen Schaden, der erst dadurch entstanden war, dass der Geschädigte im Anschluss an eine falsche Beratung selbst eine steuerlich nachteilige Grundstücksübertragung vorgenommen hatte.⁸⁵⁶ In einem anderen Verfahren wurde ein Landwirt unberechtigt aus einer Zuchtgenossenschaft ausgeschlossen und gab danach seine, deswegen unwirtschaftlich gewordene, Zucht auf. Der dadurch bei der späteren Milchquotenvergabe entstandene Vermögensnachteil sei ein zurechenbarer Schaden.⁸⁵⁷ In beiden Fällen sah das Gericht in dem Verhalten des Geschädigten eine nicht ungewöhnliche oder gänzlich unangemessene Reaktion, weil dieser durch das haftungsbegründende Ereignis dazu „herausgefordert“ worden sei.⁸⁵⁸

Dies kann auch für den Fall einer eigenmächtigen Patentnutzung angenommen werden. Der Lizenzinteressent ist auf die schnelle Nutzung des Schutzrechts für den Zugang auf dem nachgelagerten Produktmarkt dringend angewiesen. Daher ist es

⁸⁵² BGH, Urt. v. 6.5.1999, III ZR 89-97, NJW 1999, 3203; Urt. v. 11.1.2005, X ZR 163/02, NJW 2005, 1420 (1421); Palandt-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 29.

⁸⁵³ BGH, Urt. v. 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329 (1331).

⁸⁵⁴ MüKoBGB-Oetker, § 249 Rn. 165.

⁸⁵⁵ BGH, Urt. v. 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329 (1331); Urt. v. 4.7.1994, II ZR 126/93, NJW 1995, 126 (127).

⁸⁵⁶ BGH, Urt. v. 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329 (1331).

⁸⁵⁷ BGH, Urt. v. 4.7.1994, II ZR 126/93, NJW 1995, 126 (127).

⁸⁵⁸ BGH, Urt. v. 14.3.1985, IX ZR 26/84, NJW 1986, 1329 (1331); Urt. v. 4.7.1994, II ZR 126/93, NJW 1995, 126 (127).

nicht ungewöhnlich, dass er mit einer eigenmächtigen Nutzung auf die vorausgegangene kartellrechtswidrige Lizenzverweigerung reagiert. Dieses Verhalten ist auch nicht gänzlich unangemessen. Zwar bleibt die eigenmächtige Nutzung rechtswidrig. Das Urteil in der Sache *Orange-Book-Standard*, das den Verletzer unter Umständen trotz Rechtswidrigkeit von einem Unterlassungsanspruch freihält, zeigt jedoch, dass das Interesse des Inhabers eines Zwangslizenzanspruchs an einem schnellen Marktzugang durchaus beachtenswert ist. Schließlich verwirklicht der Nutzer durch sein Verhalten den wettbewerbsrechtlich eigentlich erwünschten Zustand. Von einer angemessenen Reaktion kann in Anlehnung an die genannte Entscheidung allerdings nur gesprochen werden, wenn mit der Nutzung zugleich die oben dargestellten weiteren Voraussetzungen eingehalten werden, also insbesondere Lizenzgebühren in entsprechender Höhe hinterlegt werden. Denn auf eine Nutzung ohne Gegenleistung besteht kein Anspruch, sodass diese mit Blick auf die Interessen des Schutzrechtsinhabers nicht mehr als angemessen zu bewerten wäre.

Vor diesem Hintergrund erscheint es vertretbar, den Schadensersatzanspruch wegen Patentverletzung als von der Schutznorm – dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot – umfasst anzusehen und dem Patentinhaber als ersatzfähigen Schaden zuzurechnen. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich aus der Differenz zwischen angemessener Lizenzgebühr und Schadensersatzanspruch des Patentinhabers. Der Benutzer ist von dem Patentinhaber als Gläubiger des Anspruchs daher insoweit freizustellen, wie dieser über den Betrag einer angemessenen Lizenzgebühr hinausgeht. Hinsichtlich der Höhe einer solchen Gebühr kann auf obige Ausführungen verwiesen werden.⁸⁵⁹

cc) Voraussetzungen für eine Anspruchsbegrenzung

In der Entscheidung *Standard-Spundfass* hatte es der BGH für die soeben dargestellte Begrenzung des Schadensersatzanspruchs als ausreichend angesehen, dass sich der Patentinhaber trotz bestehenden Zwangslizenzanspruchs weigerte, eine Nutzungserlaubnis zu erteilen.⁸⁶⁰ In Anbetracht der jüngsten Entscheidung in Sa-

⁸⁵⁹ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb), S. 153 ff.

⁸⁶⁰ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 (80 ff.) – *Standard-Spundfass*.

chen *Orange-Book-Standard* wird man darüber hinaus verlangen müssen, dass der Nutzer die dort formulierten weiteren Voraussetzungen kumulativ einhält. Denn wie gesehen stellt die eigenmächtige Nutzung nur in diesem Fall eine angemessene Reaktion auf die Weigerung dar und ist damit geeignet, den Schadensersatzanspruch des Patentinhabers zu begrenzen. Dadurch kommt es in Bezug auf Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch zu einem Gleichlauf dergestalt, dass für den Zeitraum, in dem die Voraussetzungen für einen Rechtsmissbrauch vorliegen und der Unterlassungsanspruch daher gehemmt ist, auch der Schadensersatzanspruch der Höhe nach begrenzt wird.

c) Anspruch aus Bereicherungsrecht

Neben den spezialgesetzlich geregelten Ansprüchen steht dem Schutzrechtsinhaber im Fall einer Patentverletzung auch ein Anspruch aus Nichtleistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt. BGB zu.⁸⁶¹ Die unberechtigte Nutzung der Erfindung stellt einen rechtsgrundlosen Eingriff in den Zuweisungsgehalt der patentrechtlichen Vorschriften dar.⁸⁶² Der bereicherungsrechtliche Anspruch ist darauf gerichtet, die auf diese Weise bewirkte Vermögensverschiebung rückgängig zu machen.⁸⁶³ Da das zunächst Erlangte, nämlich der Gebrauch des Schutzgegenstandes nach der Natur der Sache nicht herausgegeben werden kann, ist der Anspruch auf Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB gerichtet.⁸⁶⁴ Der Wert entspricht einer angemessenen Lizenzgebühr und ist nach den Maßgaben der Lizenzanalogie zu bestimmen.⁸⁶⁵ Ein entgangener Gewinn oder die Herausgabe des Verletzergewinns können nicht verlangt werden.⁸⁶⁶

Das Vorliegen eines Zwangslizenz einwands lässt Bestehen und Umfang des bereicherungsrechtlichen Anspruchs unberührt. Da die Nutzung der Erfindung – vor

⁸⁶¹ BGH, Urt. v. 30.11.1976, X ZR 81/72, BGHZ 68, 90; Urt. v. 21.9.1978, X ZR 56/77, GRUR 1979, 48 (49) – *Straßendecke*; Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 82.

⁸⁶² Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 83.

⁸⁶³ Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 85.

⁸⁶⁴ BGH, Urt. v. 24.11.1981, X ZR 7/80, BGHZ 82, 299 (307) – *Kunststoffhohlprofil II*; Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 85.

⁸⁶⁵ Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 85.

⁸⁶⁶ Benkard-Roggel Grabinski, § 139 Rn. 85.

und nach Angebot und Hinterlegung von Lizenzgebühren – rechtswidrig ist und damit eine ausgleichende Vermögensverschiebung darstellt, ist für die gesamte Nutzungsdauer die Zahlung einer angemessenen Gebühr geschuldet. Da allerdings auch für die Zeit vor Hinterlegung kein entgangener Gewinn oder die Herausgabe des Verletzergewinns verlangt werden kann, wird der Anspruch als Minus zum Schadensersatz nur zum Tragen kommen, wenn dem Patentnutzer das für den weitergehenden Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden nicht nachgewiesen werden kann.

d) Vernichtungsanspruch

Aus § 140a PatG ergibt sich ein verschuldensunabhängiger Anspruch des Patentinhabers auf Vernichtung der im Besitz oder Eigentum des Verletzers befindlichen Erzeugnisse, die Gegenstand der Patentverletzung sind, sowie der Vorrichtungen, die vorwiegend zur Herstellung patentverletzender Erzeugnisse gedient haben.

Im Schrifttum werden zwei Auffassungen dazu vertreten, wie sich der Zwangslizenzseinwand auf diesen Anspruch auswirkt. Die engere von beiden Ansichten bejaht den Vernichtungsanspruch für alle Erzeugnisse, an denen Eigentum und Besitz erworben wurde, bevor dem Patentinhaber das erforderliche Angebot zugegangen ist. Hinsichtlich der Erzeugnisse danach soll der Anspruch ausgeschlossen sein.⁸⁶⁷ Die weite Auffassung lehnt den Vernichtungsanspruch insgesamt ab und belässt dem Nutzer auch diejenigen Erzeugnisse, die bereits vor Abgabe eines Lizenzangebotes hergestellt wurden. Zur Begründung wird eine Parallele zu der Situation des auslaufenden Patentschutzes herangezogen. In einem solchen Fall sei anerkannt, dass im Wege einer Interessenabwägung darüber entschieden werden müsse, ob der Vernichtungsanspruch auch über die Laufzeit des Schutzrechts hinaus noch geltend gemacht werden könne. Dies sei regelmäßig der Fall, weil es andernfalls zum Ende der Schutzdauer zu einer Entwertung des Patentschutzes kommen würde.⁸⁶⁸ Diese Überlegung greife jedoch in der vorliegenden Konstellation nicht, da der eigenmächtige Nutzer den Inhaber auf der Grundlage seines kartellrechtlichen An-

⁸⁶⁷ Nägele/Jacobs, WRP 2009, 1062 (1074).

⁸⁶⁸ Benkard-Roggel/Grabinski, § 140a Rn. 7; Busse/Keukenschrijver, § 140a Rn. 9; Kühnen/Geschke, Rn. 453.

spruchs zu einer Einräumung eines Nutzungsrechts zwingen könne, also die Ausschließlichkeitsstellung bereits mit dem Lizenzanspruch „belastet“ sei. Insofern falle die Interessenabwägung zu Gunsten des Patentnutzers aus, sodass ein Vernichtungsanspruch ausscheide.⁸⁶⁹

Beide Auffassungen lehnen in zutreffender Weise einen Vernichtungsanspruch ab, der den Zeitraum nach Zugang des Lizenzangebotes an den Patentinhaber betrifft. Über das Angebot hinaus sind allerdings auch das Vorliegen der oben dargestellten weiteren Voraussetzungen erforderlich, insbesondere die Hinterlegung von Gebühren in angemessener Höhe. Denn erst ab diesem Zeitpunkt hat der Lizenzinteressent nach der Rechtsprechung des BGH eine tatsächliche Nutzungsmöglichkeit, der ein Vernichtungsanspruch zuwider laufen würde.⁸⁷⁰

Im Übrigen vermag die zweite Auffassung, die den Vernichtungsanspruch insgesamt ablehnt, nicht zu überzeugen. In der Entscheidung *Orange-Book-Standard* hat der BGH deutlich gemacht, dass nicht allein das Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs zur Nutzung berechtigt, sondern weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Nur dann scheidet ein Unterlassungsanspruch aus und wird der Schadensersatzanspruch auf die Zahlung einer angemessenen Gebühr begrenzt.⁸⁷¹ Es ist nicht ersichtlich, warum dies im Hinblick auf den Vernichtungsanspruch anders sein sollte. Der Lizenzinteressent hat kein schutzwürdiges Interesse daran, ohne Abgabe eines Angebots und Zahlung der Lizenzgebühr die Erfindung zu benutzen und den damit erzielten wirtschaftlichen Vorteil in Form der noch in seinem Besitz befindlichen Erzeugnisse behalten zu dürfen. Denn dem Patentinhaber muss zum einen die Möglichkeit gegeben werden, seine kartellrechtliche Pflicht durch Abschluss eines Lizenzvertrages zu erfüllen. Zum anderen ist er nicht verpflichtet, eine Nutzung ohne Hinterlegung der Lizenzgebühren zu dulden. Der Vernichtungsanspruch erfüllt insoweit auch seine anerkannt abschreckende Funktion.⁸⁷² Aus Sicht des Benutzers erscheint eine „ungefragte“ Nutzung deutlich unattraktiver, wenn zu

⁸⁶⁹ *Jestaedt*, GRUR 2009, 803 (805).

⁸⁷⁰ Siehe oben unter 5. Teil A. II., S. 166 ff.

⁸⁷¹ Siehe oben unter 5. Teil A. III. 2. b) cc), S. 201.

⁸⁷² *Benkard-Roggel Grabinski*, § 140a Rn. 2.

befürchten steht, dass die in diesem Zeitraum hergestellten oder vertriebenen Erzeugnisse vernichtet werden müssen.

Zu einer Durchsetzung dieses Vernichtungsanspruchs wird es in der Praxis allerdings kaum kommen. Deutlich wahrscheinlicher ist es, dass sich die Parteien innerhalb eines später ohnehin abzuschließenden Lizenzvertrages auch über die vorhergehenden Nutzungshandlungen verständigen und die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr vereinbaren. Auf diese Weise wird der Makel der Rechtswidrigkeit rückwirkend geheilt und ein Vernichtungsanspruch entfällt.

e) Informationsansprüche

Eine häufige Schwierigkeit bei der Durchsetzung von Patentverletzungsprozessen besteht darin, den Umfang der Schutzrechtsverletzung festzustellen und die Schadenshöhe zu beziffern. Vor diesem Hintergrund sieht das PatG eine Reihe von Informationsansprüchen vor. So kann nach § 140b PatG vom Verletzer Auskunft über Herkunft und Vertriebsweg der Erzeugnisse verlangt werden. Der Anspruch umfasst insbesondere Angaben über Lieferanten und Abnehmer sowie die Menge der betreffenden Erzeugnisse, § 140b Abs. 3 PatG. Wer mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Patent verletzt, kann darüber hinaus auf Vorlage einer Urkunde sowie Besichtigung einer Sache in Anspruch genommen werden, § 140c Abs. 1 S. 1 PatG. Wenn es sich um eine Verletzung im gewerblichen Ausmaß handelt, kann darüber hinaus auch die Vorlage von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen verlangt werden, soweit dies für die Erfüllung eines Schadensersatzanspruchs nach § 139 Abs. 2 PatG erforderlich ist.

Der Zwangslizenzseinwand hat auf die genannten Ansprüche keine Auswirkungen, weil deren zentrale Voraussetzung, das Vorliegen einer rechtswidrigen Patentnutzung, durch den Einwand nicht tangiert wird. Auch besteht aus Sicht des Schutzrechtsinhabers ein schutzwürdiges Interesse daran, seinen für die gesamte Dauer der Nutzung bestehenden Schadensersatzanspruch festzustellen und durchzusetzen. Insbesondere zur Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr und – bezüglich der Nutzung vor Angebot und Hinterlegung – des herauszugebenden Ge-

winns müssen Informationen über Art und Umfang der Verletzertätigkeit gefordert werden können.

3. Berücksichtigung des Einwands im einstweiligen Rechtsschutz

Die bisherigen Ausführungen zum Zwangslizenzseinwand beschränkten sich auf dessen Behandlung im Hauptsacheverfahren. Insbesondere der patentrechtliche Unterlassungsanspruch kann darüber hinaus allerdings auch im einstweiligen Rechtsschutz geltend gemacht werden.⁸⁷³ Die Rechtsprechung ist insoweit zwar insgesamt zurückhaltend, da sich eine hinreichende Aufklärung des Sachverhalts wegen der häufig komplexen technischen Fragen im Patentstreit schwieriger gestaltet als in anderen Verfahren.⁸⁷⁴ Der Erlass einer einstweiligen Verfügung kommt aber immer in Frage, wenn sich keine durchgreifenden Zweifel an der Schutzrechtslage aufdrängen und die Beurteilung der Verletzung keine Schwierigkeiten macht.⁸⁷⁵ Vor diesem Hintergrund ist es möglich, dass ein marktbeherrschender Patentinhaber eine einstweilige Verfügung erwirkt, insbesondere in den Fällen, in denen es sich um ein standardessentielles Schutzrecht handelt und der Antragsgegner den jeweiligen Standard offensichtlich in seinen Produkten benutzt. So hat das LG Düsseldorf in einer unveröffentlichten Entscheidung aus dem Jahre 2008 eine entsprechende Verfügung erlassen und den Patentnutzer zur Unterlassung verurteilt.⁸⁷⁶

Vor Erlass einer solchen Verfügung muss der Zwangslizenzseinwand allerdings in gleichem Maße Berücksichtigung finden, wie im Hauptsacheverfahren.⁸⁷⁷ Das ergibt sich zunächst aus allgemeinen Grundsätzen, weil der Antragsgegner durch

⁸⁷³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.7.1979, 6 U 13/79, GRUR 1979, 700 – *Knickarm-Markise*; OLG Frankfurt, Urt. v. 13.8.1981 6 U 83/81, GRUR 1981, 905 – *Schleifwerkzeug*; LG Düsseldorf, Urt. v. 8.7.1999, 4 O 187/99, GRUR 2000, 692 – *NMR-Kontrastmittel*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 151.

⁸⁷⁴ OLG Düsseldorf 21.10.1982 2 U 67/82, GRUR 1983, 79 – *AHF-Konzentrat*; OLG Frankfurt a.M., Urt. 27.3.2003, 6 U 215/02, GRUR-RR 2003, 263 – *mini flexiprobe*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 151; *Osterrieth*, Rn. 535.

⁸⁷⁵ OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.4.1988, 6 U 13/88, GRUR 1988, 900 – *Dutralene*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 151; *Kühnen/Geschke*, Rn. 349 ff.; *Osterrieth*, Rn. 535.

⁸⁷⁶ LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 182/08 – *MPEG 2* (unveröffentlicht).

⁸⁷⁷ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2009, 6 U 38/09, GRUR-RR 2010, 120 – *UMTS-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4a O 182/08, *MPEG 2* (unveröffentlicht).

die abweichende Verfahrensart nicht von ihm zustehenden Verteidigungsmitteln abgeschnitten sein darf. Außerdem würde es die jüngste Rechtsprechung des BGH konterkarieren, wonach der Nutzer bei Einhaltung der vorgreiflichen Pflichten zwar die Möglichkeit hätte, sich im Hauptsacheverfahren erfolgreich gegen Verletzungsansprüche zur Wehr zu setzen, der Patentinhaber aber dennoch mittels einstweiliger Verfügung gegen eine Nutzung vorgehen könnte. Es ist daher zu klären, wie sich die Erhebung des Zwangslizenzeinwands im einstweiligen Rechtsschutz konkret auswirkt.

Prinzipiell ist der Lizenzerteilungsanspruch – wie im Hauptsacheverfahren – geeignet, den patentrechtlichen Unterlassungsanspruch zu hemmen, sodass es in einem solchen Fall bereits an dem erforderlichen Verfügungsanspruch fehlen würde. Allerdings sind die Voraussetzungen des Zwangslizenzanspruchs sowie des Rechtsmissbrauchs in einem summarischen Verfahren nicht ohne Schwierigkeiten festzustellen. Insbesondere der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung kann ohne die Vorlage von Sachverständigengutachten kaum geführt werden. Ein solches wird ein Patentnutzer, der im Eilrechtsschutz in Anspruch genommen wird, jedoch kaum als präsenes Beweismittel vorlegen können. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass das Verfügungsgericht den im Zweifel einfacher festzustellenden Verletzungsanspruch bejaht und die Belange des Lizenzinteressenten nur auf der Ebene des Verfügungsgrundes berücksichtigt.

An dessen Vorliegen sind im Patentrecht besonders hohe Anforderungen zu stellen. Die Ursache dafür ist, dass die Einstellung der patentverletzenden Tätigkeit für den Antragsgegner eine sehr einschneidende Maßnahme darstellt, die beispielsweise zu einem Produktionsstopp zwingen kann, und daher einer sorgfältigen Prüfung bedarf.⁸⁷⁸ Dazu ist durch das Gericht eine umfassende Abwägung der beteiligten Interessen vorzunehmen, aus der sich ergibt, dass die einstweilige Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile für den Patentinhaber notwendig und angemessen erscheint.⁸⁷⁹ Dabei sind der betroffene Produktionsanteil beim Verletzer sowie die

⁸⁷⁸ Benkard-Rogge/Grabinski, § 139 Rn. 153a.

⁸⁷⁹ OLG Frankfurt, Urt. v. 13.8.1981, 6 U 83/81, GRUR 1981, 905 (907); OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.10.1982, 2 U 67/82, GRUR 1983, 79 (80); Benkard-Rogge/Grabinski, § 139 Rn. 153 a.

Realisierung späterer Schadensersatzansprüche und der gefährdete Marktanteil auf Seiten des Patentinhabers zu berücksichtigen.⁸⁸⁰ So kann der Inhaber eher auf das Hauptsacheverfahren verwiesen werden, wenn ein Schutzrecht ohnehin nur durch Lizenzvergabe verwertet wird und nicht durch die Verwendung in eigenen Produkten. Denn in einem solchen Fall führt die Tätigkeit des Verletzers gerade nicht zu einem Verlust von Marktanteilen.⁸⁸¹ Schließlich spricht es eher gegen eine einstweilige Anordnung, wenn der Antragsgegner die Möglichkeit hat, auf alternative Technologien auszuweichen.⁸⁸²

Unter Beachtung der vorgenannten Aspekte ergibt sich, dass die Interessenabwägung im Verfügungsverfahren durchaus zugunsten des Antragsgegners und Lizenzinteressenten ausgehen kann. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Nutzung des Schutzrechts für Letzteren von überragender Bedeutung ist, da er nur auf diesem Weg Zugang zu dem nachgelagerten Produktmarkt bekommt. Die Möglichkeit, auf ein technisches Substitut zurückzugreifen, besteht nicht.⁸⁸³ Sollte sich in einem späteren Hauptsacheverfahren herausstellen, dass dem Antragsgegner doch kein Zwangslizenzanspruch zusteht, so ist ein eventueller Schadensersatzanspruch des Patentinhabers dadurch gesichert, dass der Nutzer nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH dazu gezwungen war, eine mindestens angemessene Gebühr zu hinterlegen. Schließlich werden die Antragsteller in vielen Fällen nicht darauf verweisen können, dass durch die Nutzung des Antragsgegners eigene Marktanteile beeinträchtigt werden. Denn insbesondere im Bereich von Standards ist es üblich, dass die erforderlichen Schutzrechte von Technologiepools oder Patentverwertungsgesellschaften verwaltet werden, die selbst keine Produkte herstellen, sondern sich auf die Verwertung durch Lizenzierung beschränken. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang eine jüngere Entscheidung des OLG Karlsruhe. Das Gericht hat in einem Verfahren auf Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707 Abs. 1,

⁸⁸⁰ LG Düsseldorf, Urt. v. 7.9.1949, 4 Q 31/49, GRUR 1950, 42 (43); Urt. v. 8.7.1999, 4 O 187/99, GRUR 2000, 692 – *NMR-Kontrastmittel*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 153 a.

⁸⁸¹ LG Düsseldorf, Urt. v. 8.7.1999, 4 O 187/99, GRUR 2000, 692 – *NMR-Kontrastmittel*; Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 153 a.

⁸⁸² Benkard-Roggel/Grabinski, § 139 Rn. 153 a.

⁸⁸³ Siehe oben 3. Teil A. I. 2. a) aa) (3), S. 47 ff.

719 Abs. 1 ZPO festgestellt, dass einer Patentverwertungsgesellschaft kein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der schnellen Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs zuzugestehen sei. Denn eine solche sei weder geeignet noch erforderlich, um eine eigene Marktpräsenz zu schützen, sondern diene nur dem Zweck, den Patentnutzer mittels Vollstreckungsdruck bereits vor Ende des Hauptsacheverfahrens – und damit im Vorfeld einer endgültigen Klärung der offenen rechtlichen Fragen – zum Abschluss eines Lizenzvertrages zu bewegen. Diese Absicht sah der Senat zu Recht als wenig schutzwürdig an.⁸⁸⁴

Damit die genannten Erwägungen vom zuständigen Gericht berücksichtigt werden können, müssen sie allerdings vom Lizenzinteressenten in das Verfahren eingeführt werden und insbesondere die den Zwangslizenzseinwand begründenden Umstände dargelegt werden. Dies kann im Rahmen der grundsätzlich durchzuführenden mündlichen Verhandlung geschehen, § 128 Abs. 1 ZPO. Es besteht zudem die Möglichkeit, von der in Patentsachen allerdings eher selten Gebrauch gemacht wird, dass das Gericht gemäß § 937 Abs. 2 ZPO durch Beschluss entscheidet, ohne den Antragsgegner zuvor zu hören. Um dies zu verhindern, empfiehlt es sich aus Sicht des Nutzers, eine Schutzschrift zu hinterlegen, wenn Verhandlungen mit dem Patentinhaber über eine Lizenz bereits gescheitert sind und daher der Erlass einer einstweiligen Verfügung zu besorgen ist. Eine Schutzschrift hat den Zweck, das Gericht bereits vor Eingang des zu erwartenden Verfügungsantrages über die Sachlage und ihre rechtliche Würdigung aus der Sicht des möglichen Antragsgegners zu informieren. Sie ist zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG bei einer Entscheidung zu beachten.⁸⁸⁵ Zum Zweck der Glaubhaftmachung sollte die Schutzschrift des Patentnutzers neben Ausführungen zu den Voraussetzungen des Zwangslizenzseinwands insbesondere das abgegebene Lizenzangebot, die bis dahin erfolgten Abrechnungen und einen Nachweis über die Zahlung der Lizenzgebühr gegenüber der Hinterlegungsstelle enthalten. Die Schutzschrift ist zweckmäßiger-

⁸⁸⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2009, 6 U 38/09, GRUR-RR 2010, 120 (122) – *UMTS-Standard*.

⁸⁸⁵ BGH, Beschl. v. 13.2.2003, I ZB 23/02, NJW 2003, 1257 (1258); Zöller-Vollkommer, § 937 Rn. 4; Pitz, Rn. 106.

weise bei allen Landgerichten, die zugleich Patentgerichte sind, einzureichen, § 143 Abs. 2 i.V.m. der jeweiligen Rechtsverordnung.⁸⁸⁶

IV. Ergebnis

Der Zwangslizenzeinwand ist im Patentverletzungsprozess zu berücksichtigen und eröffnet aus Sicht des Benutzers, neben dem Bestreiten der Patentverletzung, eine weitere Verteidigungsmöglichkeit gegen das Klagebegehren.

Ein erfolgreicher Zwangslizenzeinwand setzt zunächst das Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs auf Zwangslizenz voraus. Darüber hinaus muss der Nutzer dem Patentinhaber ein Lizenzangebot zu angemessenen Bedingungen unterbreitet haben, dessen Wirksamkeit weder von einer tatsächlich vorliegenden Patentverletzung noch von der Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts abhängig gemacht werden darf. In räumlicher Hinsicht muss eine Lizenz für alle Länder begehrt werden, in denen das Patent bereits benutzt wird.

Die angebotenen Bedingungen sind angemessen, wenn der Patentinhaber diese nicht ablehnen kann, ohne sich missbräuchlich zu verhalten, also den Lizenzinteressenten entweder in sachlich nicht gerechtfertigter Weise zu diskriminieren oder sich dem Vorwurf eines ausbeuterischen Verhaltens auszusetzen. Wenn sich der Patentinhaber weigert, Aussagen über die aus seiner Sicht angemessene Lizenzhöhe zu treffen oder der Lizenzsucher diese für missbräuchlich überhöht hält, kann das Angebot auf eine vom Patentinhaber nach billigem Ermessen zu bestimmende Gebühr gerichtet werden. Diesem erwächst dadurch ein Leistungsbestimmungsrecht. Unabhängig davon, ob der Inhaber dieses Recht ausübt oder nicht, besteht keine Möglichkeit, die Gebührenhöhe nachträglich durch Urteil nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB festsetzen zu lassen.

Darüber hinaus ist derjenige, der die Erfindung ohne Lizenz nutzt, dazu verpflichtet zugleich seine „vorgreiflichen“ Vertragspflichten einzuhalten. Das beinhaltet insbesondere die Leistung einer angemessenen Lizenzgebühr entweder durch

⁸⁸⁶ Eine Übersicht findet sich bei Benkard-Roggel/Grabinski, § 143 Rn. 15.

Zahlung an den Inhaber oder durch Hinterlegung zu dessen Gunsten sowie eine ordnungsgemäße Abrechnung über die Patentnutzung.

Infolge eines zulässigen Zwangslizenzseinwands entsteht für den Lizenzinteressenten eine Nutzungsmöglichkeit, die in dem Zeitpunkt beginnt, in dem Angebot und Einhaltung der vorgreiflichen Pflichten kumulativ vorliegen und endet, wenn keine ordnungsgemäße Abrechnung durchgeführt oder die fällige Lizenzgebühr nicht entrichtet wird.

In prozessualer Hinsicht lässt sich festhalten, dass der Lizenzsucher, will er sich auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzseinwand berufen, binnen kurzer Frist nach Kenntnis der Rechtswidrigkeit ein Angebot abgeben muss und die vorgreiflichen Lizenzgebühren zu zahlen hat. Der Einwand sollte dann, unter substantiiertem Vortrag zu den genannten Voraussetzungen, schon in der Klageerwiderung erhoben werden, um der Gefahr einer Präklusion wegen Verspätung zu entgehen.

Auf die einzelnen Patentverletzungsansprüche hat der Zwangslizenzseinwand folgende Auswirkungen: Der Unterlassungsanspruch ist nicht durchsetzbar. Der Schadensersatzanspruch besteht bis zum kumulativen Vorliegen von Angebot und Hinterlegung uneingeschränkt, danach nur noch in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr. Parallel dazu ist der Vernichtungsanspruch auf die Erzeugnisse beschränkt, die vor dem genannten Zeitpunkt in den Besitz des Verletzers gelangt sind. Ansprüche aus Bereicherungsrecht sowie patentrechtliche Informationsansprüche bleiben unberührt.

Der Zwangslizenzseinwand ist auch im Eilrechtsschutz zu berücksichtigen, allerdings ist der Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen im summarischen Verfahren ohne bereits vorliegende Sachverständigengutachten kaum zu führen. Die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Einhaltung der vorgreiflichen Vertragspflichten, können allerdings das Vorliegen eines Verfügungsgrundes ausschließen. Um den Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne vorherige mündliche Verhandlung zu verhindern, ist die Einreichung von Schutzschriften bei den zuständigen Patentgerichten empfehlenswert. Diese sollten neben Ausführungen zu den Voraussetzungen des Zwangslizenzseinwands insbesondere das abgegebene Lizenzangebot,

die bis dahin erfolgten Abrechnungen und einen Nachweis über die Zahlung der Lizenzgebühr gegenüber der Hinterlegungsstelle enthalten.

B. Bewertung des Zwangslizenzseinwands als Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung

Durch die Urteile in Sachen *Standard-Spundfass* und *Orange-Book-Standard* ist die Zulässigkeit des Zwangslizenzseinwands im Patentverletzungsprozess höchstrichterlich bestätigt worden. Der BGH versucht mit seiner Rechtsprechung, das Interesse des Patentinhabers an einem möglichst weitgehenden Schutz seiner Erfindung mit dem Interesse des Lizenzinteressenten an einer schnellen Nutzungsmöglichkeit in Einklang zu bringen. Dazu bedient er sich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung eines fiktiven Vertragsverhältnisses, dessen Rechte und Pflichten bereits „vorgreiflich“ eingehalten werden müssen. Aus der Anwendung der dargestellten Kriterien ergibt sich, dass der Lizenzinteressent das jeweilige Schutzrecht auch ohne Lizenz nutzen kann, wenn er sich so verhält, als sei ihm eine solche erteilt worden, er also insbesondere die fälligen Lizenzgebühren zahlt. Hinsichtlich der genauen Entgelthöhe bedarf es im Verletzungsverfahren keiner Entscheidung, wenn der Betrag jedenfalls ausreichend erscheint.

Diese Vorgehensweise ist eine zweckmäßige Lösung für die Berücksichtigung des kartellrechtlichen Anspruchs im Patentverletzungsverfahren: Zunächst verschafft sie dem genannten Anspruch Geltung und ermöglicht dem Lizenzinteressenten die unmittelbare Nutzung der begehrten Erfindung und damit den Zugang zum nachgelagerten Markt. Die Pflicht zur Angebotsabgabe und Gebührenzahlung gewährleistet, dass nur derjenige sich auf den Einwand berufen kann, der tatsächlich Willens und in der Lage ist, die erforderlichen Beträge zu entrichten. Außerdem wird das Verletzungsverfahren nicht mit der schwierigen Frage nach der Bestimmung einer konkreten Lizenzhöhe belastet und eine Entscheidung damit verzögert.

Allerdings muss die Frage beantwortet werden, ob die Möglichkeit des Zwangslizenzseinwands in allen denkbaren Sachverhaltskonstellationen frei von Bedenken ist. Vor dem Hintergrund, dass der Zwangslizenzanspruch in der Vergangenheit

fast ausnahmslos im Wege des Einwands geltend gemacht wurde, soll außerdem untersucht werden, ob dieser Weg im Hinblick auf die Durchsetzung des Lizenzerteilungsanspruchs insgesamt als zielführend angesehen werden kann.

I. Nutzungsmöglichkeit ohne gerichtliche Prüfung

Bemerkenswert ist, dass der Lizenzinteressent nicht darauf verwiesen wird, seinen Anspruch vor seiner Nutzung gerichtlich durchzusetzen, sondern auf der Grundlage der Entscheidung *Orange-Book-Standard* eine faktische Nutzungsmöglichkeit an dem betroffenen Schutzrecht erhält, wenn er die dargestellten vorgreiflichen Pflichten einhält.

Dadurch entsteht die ungewöhnliche Situation, dass die Nutzung zwar bis zu dem Zeitpunkt, in dem ein Lizenzvertrag abgeschlossen wird, rechtswidrig bleibt, dem Inhaber des Schutzrechts aber kein Mittel zur Verfügung steht, um den Eingriff in seine immaterialgüterrechtliche Stellung abzuwehren. Er kann allenfalls versuchen, den Erlass einer Unterlassungsverfügung im Eilverfahren zu erwirken. Allerdings erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass ein solcher Antrag aus den genannten Gründen keinen Erfolg hat.⁸⁸⁷ Der Patentinhaber muss dann eine rechtswidrige Nutzung seiner Erfindung jedenfalls so lange dulden, bis im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens eine Entscheidung über Patentverletzung und Bestehen des Zwangslizenzanspruchs ergeht. Bis zu einem rechtskräftigen Urteil können wegen der schwierigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen einige Jahre vergehen.

Dies erscheint durchaus hinnehmbar, wenn dem Nutzer ein kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung einer Lizenz zusteht. Denn in einem solchen Fall entspricht die vorgreifliche Nutzung dem materiell-rechtlichen Anspruch des Lizenzinteressenten und stellt unmittelbar den kartellrechtlich geboten Zustand her, den der Inhaber auch nicht durch eine einseitige Verweigerungshaltung verhindern oder verzögern kann. Eine andere Beurteilung drängt sich allerdings für den Fall auf, dass tatsächlich gar kein Zwangslizenzanspruch besteht. Die rechtswidrige Nutzung stellt dann einen Eingriff in die immaterialgüterrechtliche Stellung des Patentinhabers

⁸⁸⁷ Siehe oben unter 5. Teil A. III. 3., S. 206 ff.

dar, ohne dass es dafür eine wettbewerbsrechtliche Legitimation gibt. Im Einzelfall kann es dadurch zu einer substanziellen Entwertung des Schutzrechts kommen. Zu denken ist insbesondere an Konstellationen, in denen ein Inhaber sein Patent ausschließlich selbst nutzt oder an ausgesuchte Lizenznehmer Nutzungserlaubnisse erteilt hat, um den der Erfindung innewohnenden Wettbewerbsvorteil nur sich oder wenigen Lizenznehmern vorzubehalten. Auch eine zeitlich begrenzte Patentnutzung durch Dritte stellt dann bereits eine empfindliche Störung der eigentlich geschützten Verwertung dar.

Die auf diese Weise entstandenen Vermögensnachteile kann der Patentinhaber im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 139 Abs. 2 PatG geltend machen. In Betracht kommt insbesondere ein entgangener Gewinn beim Patentinhaber, weil dieser durch die Tätigkeit des Patentverletzers seinen technologischen Fortschritt nicht exklusiv nutzen konnte und daher unter Umständen Einbußen bei Marktanteilen und Umsätzen hinnehmen musste. Da dieser Schadensersatzanspruch im Einzelfall ganz erheblich sein kann, ist es denkbar, dass der Nutzer diesen Anspruch ganz oder teilweise nicht zu befriedigen vermag und der Patentinhaber insoweit mit seiner Forderung ausfällt.

Es besteht dann noch die Möglichkeit, auf die vom Nutzer hinterlegten Gebühren zuzugreifen. Dies ist allerdings wie dargestellt nur dann möglich, wenn eine Lizenz erteilt wird, weil die Auszahlung des Betrages von dieser Bedingung abhängig gemacht worden ist.⁸⁸⁸ Der Schutzrechtsinhaber muss daher die rechtswidrige Nutzung für den Verletzungszeitraum durch Abschluss eines entsprechenden Vertrages genehmigen und kann seinen daraus erwachsenden Gebührenanspruch mit dem hinterlegten Geld befriedigen. Da allerdings nur eine angemessene Lizenzgebühr hinterlegt wurde, kann ein Schadensersatzanspruch, der über diesen Betrag hinausgeht, nicht kompensiert werden.⁸⁸⁹

Die soeben dargestellte Fallkonstellation macht deutlich, dass die vorgreifliche Nutzungsmöglichkeit durchaus problematisch sein kann. Die Ursache dafür besteht darin, dass der BGH zwar das Bedürfnis gesehen hat, den Entgeltanspruch des

⁸⁸⁸ Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2. b), S. 184 f.

⁸⁸⁹ *Hötte*, MMR 2009, 686 (690).

Patentinhabers für den Benutzungszeitraum zu sichern und zu diesem Zweck die vorgreifliche Leistung der Gebühren durch Zahlung oder Hinterlegung verlangt. Das Bestehen des kartellrechtlichen Anspruchs selbst wird vor der Aufnahme der Benutzung allerdings nicht geprüft, es sei denn der Patentinhaber macht ausnahmsweise einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch geltend, bei dem eine Patentbenutzung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht vorliegt, sondern lediglich zu besorgen ist.⁸⁹⁰

Über diese Bedenken hilft auch eine Parallele zur Vorschrift des § 11 UrhWG nicht hinweg, die der BGH ausdrücklich zur Begründung seines Hinterlegungsmodells heranzieht.⁸⁹¹ Nach § 11 Abs. 1 UrhWG ist eine Verwertungsgesellschaft verpflichtet, aufgrund der von ihr wahrgenommenen Rechte jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen. Gelingt keine Einigung über die Höhe der Vergütung, so wird deren Einräumung fingiert, wenn die Vergütung in Höhe des vom Nutzer anerkannten Betrages an die Verwertungsgesellschaft gezahlt und in Höhe der darüber hinausgehenden Forderung zu Gunsten der Verwertungsgesellschaft hinterlegt wird, § 11 Abs. 2 UrhWG. Die Fiktionswirkung kann von dem Nutzer selbst herbeigeführt werden; einer gerichtlichen Entscheidung bedarf es dazu nicht.⁸⁹² Auf den ersten Blick kann die Vorschrift als Orientierung für Fälle der kartellrechtlichen Zwangslizenz dienen.⁸⁹³ Aus Abs. 1 ergibt sich ein dem Zwangslizenzanspruch vergleichbarer Kontrahierungszwang; die Hinterlegungsmöglichkeit in § 11 Abs. 2 UrhWG wird dem Bedürfnis nach einer schnellen Nutzung des Immaterialgüterrechts gerecht, ohne den Vergütungsanspruch der Verwertungsgesellschaft außer Acht zu lassen.

Zwischen dem urheberrechtlichen Abschlusszwang und dem kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruch besteht allerdings ein entscheidender Unterschied. Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 UrhWG normiert den gesetzlich vorgesehenen Regelfall, dass die Verwertungsgesellschaft jedermann auf Verlangen Nutzungsrechte einzuräumen

⁸⁹⁰ Vgl. Benkard-Rogge/Grabinski, § 139 Rn. 28.

⁸⁹¹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (322) – *Orange-Book-Standard*.

⁸⁹² Wandtke/Bullinger-Gerlach, § 11 WahrnG Rn. 9.

⁸⁹³ *Maume*, Rn. 341 ff.

hat. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dafür sind denkbar niedrig, sodass das Bestehen eines Anspruchs nur in den seltensten Fällen zweifelhaft sein dürfte. Entsprechend geht das Gesetz davon aus, dass es stets ein Angebot der Verwertungsgesellschaft zur Lizenzerteilung gibt, wenn es in § 11 Abs. 2 UrhWG zwischen einem streitigen und einem unstreitigen Teil der Vergütung differenziert. Ganz anders stellt sich die Situation in Bezug auf die kartellrechtliche Zwangslizenz dar. Dieser Anspruch besteht nur in engen Ausnahmefällen und zu seiner Feststellung müssen häufig schwierige Fragen tatsächlicher und rechtlicher Art geklärt werden.⁸⁹⁴ Entsprechend ist die Pflicht zur Lizenzerteilung zwischen den Parteien regelmäßig umstritten. Vor diesem Hintergrund erscheint die fehlende gerichtliche Prüfung bei einer kartellrechtlichen Zwangslizenz eher bedenklich, denn im Gegensatz zu der Situation des § 11 UrhWG entsteht dadurch die Gefahr, dass in die immaterialgüterrechtliche Stellung ohne tatsächlich bestehenden Anspruch eingegriffen wird. So ist es möglich, dass das jeweilige Patent genutzt wird, obwohl gar kein kartellrechtlicher Anspruch vorliegt und für die Nutzungsdauer nicht nur ein rechtswidriger, sondern auch kartellrechtlich nicht gebotener Zustand entsteht.

Ein ganz ähnliches Ergebnis ergibt sich bei der Betrachtung des Art. 31 TRIPS. Die Vorschrift steht zwar der Berücksichtigung des Zwangslizenzanspruchs nicht entgegen, weil sie keine vorgeschaltete Entscheidung der Kartellbehörden verlangt und nach Art. 41 Abs. 1 S. 2 TRIPS die Geltendmachung der patentrechtlichen Ansprüche allgemein nicht missbräuchlich sein darf. Art. 31 TRIPS geht allerdings erkennbar davon aus, dass die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen im Vorfeld der Benutzungsaufnahme zu geschehen hat. Denn die nach Art. 31 lit. a) TRIPS erforderliche Prüfung jedes Einzelfalls soll gerade sicher stellen, dass die Zwangslizenz ihren Ausnahmecharakter behält und „automatische Zwangslizenzen“ verhindert werden.⁸⁹⁵ Der BGH stellt in seiner Entscheidung *Orange-Book-Standard* zwar klar, dass eine Berechtigung zur Nutzung des Patents erst besteht, wenn ein Lizenzvertrag geschlossen wird.⁸⁹⁶ Der Lizenzinteressent bekommt allerdings nach Angebotsabgabe und Einhaltung der vorgreiflichen Pflichten eine Art „automati-

⁸⁹⁴ Siehe oben unter 3. Teil, S. 30 ff.

⁸⁹⁵ Busche/Stoll-*Höhne*, Art. 31 Rn. 11.

⁸⁹⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (319) – *Orange-Book-Standard*.

sche Nutzungsmöglichkeit“, die dem, was eigentlich zum Schutz des Patentinhabers verhindert werden soll, bedenklich nahe kommt. Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, die Nutzung des Schutzrechts ohne vorgeschaltete Prüfung lediglich als Ausnahme zuzulassen, während eine gerichtliche Geltendmachung des kartellrechtlichen Anspruchs den Regelfall bilden sollte.

II. Prozessökonomische Erwägungen

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Zwangslizenzeinwand eine zielführende Lösung zur Durchsetzung des kartellrechtlichen Anspruchs darstellt. Dabei spielt das Erfordernis der Prozessökonomie eine besondere Rolle. Unter diesem Begriff versteht man ein im Zivilprozess anerkanntes Prinzip, das bei der Anwendung des Verfahrensrechts die Berücksichtigung von Zweckmäßigkeit, Sachdienlichkeit, Praktikabilität und Effektivität verlangt.⁸⁹⁷ Daraus folgt insbesondere, dass zur Verwirklichung eines subjektiven Rechts bei Vorliegen mehrerer verfahrensrechtlicher Alternativen in der Regel der einfachere, schnellere und kostengünstigere Weg zu wählen ist.⁸⁹⁸

Allein durch die Erhebung eines Zwangslizenzeinwands kann der Lizenzinteressent sein Rechtsschutzziel, die Einräumung einer Nutzungserlaubnis, nicht erreichen. Denn wie bereits dargestellt, wird im Erfolgsfall zwischen den Parteien kein Lizenzvertrag geschlossen, sondern es ergeben sich lediglich die bereits dargestellten Rechtsfolgen.⁸⁹⁹ Dadurch kommt es zu einem Leistungsaustausch ohne vertragliche Grundlage, indem der gehemmte Unterlassungsanspruch des Patentinhabers eine faktische Nutzungsmöglichkeit eröffnet, solange die vorgreiflichen Pflichten erfüllt werden. Dies kann allerdings nur eine vorübergehende Lösung darstellen und den Abschluss eines Lizenzvertrages auf Dauer nicht ersetzen. Denn zum einen ist eine Leistungsbeziehung ohne ausdrückliche vertragliche oder gesetzliche Grundlage der Rechtsordnung fremd. Zum anderen bedarf es weiterer, in Lizenzverträgen sonst

⁸⁹⁷ Stein/Jonas-Brehm, vor § 1 Rn. 110 ff.; Zöller-Vollkommer, Einleitung Rn. 95.

⁸⁹⁸ Stein/Jonas-Brehm, vor § 1 Rn. 110.

⁸⁹⁹ Siehe oben unter 5. Teil A. III., S. 189 ff.

üblicher Regelungen, die für den Fall von Problemen bei der Leistungsabwicklung Rechtssicherheit schaffen.⁹⁰⁰

Zudem ist eine einvernehmliche Lösung der Parteien im Anschluss an den Verletzungsprozess in aller Regel nicht zu erwarten.⁹⁰¹ Die Ursache dafür ist, dass das Gericht seine Prüfung auf die Voraussetzungen des Zwangslizenzanspruchs beschränkt und die Frage nach dessen Rechtsfolge, d.h. insbesondere der konkret geschuldeten Gebührenhöhe, ausgeklammert, um „den Patentverletzungsprozess nicht in vermeidbarem Umfang zu belasten“.⁹⁰²

Das hat allerdings zur Folge, dass der Konflikt zwischen den Parteien durch das Urteil im Verletzungsprozess regelmäßig nicht beendet sein wird; denn im Mittelpunkt der Auseinandersetzung zwischen Patentinhaber und Lizenzinteressent steht, wie der Blick auf die einschlägige Entscheidungspraxis deutlich macht, gerade die Höhe der zu entrichtenden Vergütung.⁹⁰³ Da es die Parteien bereits einmal zu einem gerichtlichen Verfahren haben kommen lassen, wird regelmäßig ein zweites Verfahren erforderlich sein, das sich dann mit der Frage der konkreten Gebührenhöhe beschäftigen muss.

Dies gilt zunächst für ein stattgebendes Urteil, bei dem der Zwangslizenzeinwand – wie im Verfahren *Orange-Book-Standard* – an den Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB gescheitert ist. Einer Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des kartellrechtlichen Anspruches bedurfte es in einem solchen Fall nicht. Wegen des vollstreckbaren Unterlassungstitels ist allerdings eine weitere Nutzung des Patents für den Lizenzinteressenten unmöglich geworden. Dieser wird daher versuchen, seinen kartellrechtlichen Anspruch im Wege einer Klage ak-

⁹⁰⁰ Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (108).

⁹⁰¹ Vgl. Ullrich, IIC 2010, 337 (350).

⁹⁰² BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*.

⁹⁰³ Vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (90 ff.) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4a O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen: Urt. v. 11.9.2008, 4a O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734; *Kellenter*, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (214).

tiv durchzusetzen.⁹⁰⁴ Dem steht auch nicht die materielle Rechtskraft des Urteils im Verletzungsverfahren entgegen, weil über Einwendungen – also auch das Bestehen des Zwangslizenzeinwands – nicht rechtskräftig entschieden wird.⁹⁰⁵

Greift der Zwangslizenzeinwand durch und wird die Verletzungsklage aus diesem Grund abgewiesen, ergeben sich im Anschluss drei verschiedene Sachverhaltsvarianten: Der Patentinhaber kann nun von seinem Leistungsbestimmungsrecht Gebrauch machen und eine billige oder auch eine unbillige Bestimmung der Gegenleistung vornehmen. Daneben kann er sich aber auch vollständig weigern, tätig zu werden.

Im Fall einer *billigen Leistungsbestimmung* ist der Betrag als kartellrechtskonform anzusehen, und es kommt auf Basis dieser Konditionen ein Lizenzvertrag zustande. Im Anschluss hat der Patentinhaber Zugriff auf den bis zu diesem Zeitpunkt hinterlegten Betrag. Dabei wird es sich, in aller Regel, um eine sicherheitshalber überhöhte Lizenzgebühr handeln, da in Ermangelung einer gerichtlichen Bestimmung ein mindestens „angemessener Betrag“ geleistet werden muss, um den Anforderungen des BGH zu genügen und sich den Zwangslizenzeinwand zu erhalten.⁹⁰⁶ Ein Anspruch darauf steht dem Patentinhaber allerdings nur insoweit zu, wie die Gebühr einen angemessenen Betrag nicht überschreitet, denn zur Forderung und Vereinnahmung unangemessener Lizenzgebühren ist der Patentinhaber – auch für den Zeitraum der rechtswidrigen Nutzung – nicht berechtigt. Im Rahmen des Lizenzvertrages wird daher regelmäßig zu vereinbaren sein, dass der Patentinhaber die überzahlten Gebühren an den jetzigen Lizenzinhaber zurückzuzahlen hat. Kommt eine Einigung darüber nicht zustande, so kann der Differenzbetrag nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zurückgefordert werden. Ein entsprechender Rückforderungsanspruch ist für den Fall anerkannt, dass ein Berechtigter eine unbillige Leistungsbestimmung vornimmt.⁹⁰⁷ Gleiches muss aber auch gelten, wenn der Berechtigte die Leistungsbestimmung verspätet vornimmt, aber bereits im Vorgriff an

⁹⁰⁴ Siehe dazu nachfolgend unter 6. Teil, S. 224 ff.

⁹⁰⁵ *Musielak*, § 322 Rn. 17.

⁹⁰⁶ Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2. b), S. 186.

⁹⁰⁷ BGH, Urt. v. 5.2.2003, VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449; Urt. v. 5.7.2005, X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 (2922).

ihn geleistet wurde. Denn die Voraussetzungen der Leistungskondition liegen in dieser Sachverhaltsvariante ebenfalls vor. Im Rahmen des Rückforderungsprozesses ist dann über die Höhe der angemessenen Gebühr zu entscheiden, um aus der Differenz zum tatsächlich hinterlegten Betrag den bereicherungsrechtlichen Anspruch zu ermitteln

Eine *unbillige Leistungsbestimmung* des Patentinhabers, die gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt ist nicht nur unbillig, sondern auch nichtig gemäß § 134 BGB.⁹⁰⁸ Demzufolge kommt auf dieser Grundlage kein Lizenzvertrag zustande. Der Patentinhaber erhält daher keinen Zugriff auf das hinterlegte Geld. Der Lizenzinteressent kann die Erfindung zwar weiterhin nutzen. Er muss allerdings zugleich einen – wahrscheinlich überhöhten – Betrag für seine Nutzung hinterlegen. Dieser für beide Seiten unbefriedigende Schwebezustand kann auf zwei Arten beendet werden: Zunächst können die Parteien doch noch einen Lizenzvertrag schließen, der von der unwirksamen Leistungsbestimmung unabhängig ist. Die vorliegende Interessenlage lässt eine solche Einigung nicht völlig unwahrscheinlich erscheinen, schließlich ist es für den Patentinhaber kaum hinnehmbar, dass er die Benutzung seines Schutzrechts dauerhaft dulden muss, ohne dafür eine Lizenzgebühr zu erhalten. Im Gegenzug hat der Lizenzinteressent ein Interesse daran, nicht mehr einen erhöhten Betrag hinterlegen zu müssen.⁹⁰⁹ Kommt ein solcher Vertragsschluss hingegen nicht zustande, muss der Lizenzinteressent zum Mittel einer aktiven gerichtlichen Durchsetzung greifen. Dort ist dann über die angemessene Gebührenhöhe zu befinden.

Schließlich steht es einer nichtigen Leistungsbestimmung gleich, wenn der Patentinhaber *keine Leistungsbestimmung* vornimmt. Insoweit ergeben sich dieselben Folgen wie in der soeben geschilderten Situation.

Es kann festgehalten werden, dass der Zwangslizenzeinwand den Lizenzinteressenten seinem eigentlichen Rechtsschutzziel, der Einräumung einer Nutzungserlaubnis, nicht näher bringt, weil dieser auch bei erfolgreichem Einwand im Verletzungsverfahren nur eine vorläufige Nutzungsmöglichkeit aber keine Lizenz erhält.

⁹⁰⁸ Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2. a) bb) (3), S. 182 f.

⁹⁰⁹ *Hötte*, MMR 2009, 686 (689).

Mit einer Einigung der Parteien im Anschluss an das Verfahren ist ebenfalls nicht zu rechnen, da die Höhe der zu entrichtenden Lizenzgebühr, die häufig den wesentlichen Streitpunkt bildet, nicht gerichtlich geklärt wurde. Dies macht in aller Regel ein zweites Verfahren umgekehrten Rubrums erforderlich, an dessen Ende die Bestimmung der konkret zu leistenden Gebühr steht.

III. Ergebnis

Die jüngste Rechtsprechung des BGH stellt eine sinnvolle Lösung für den Umgang mit dem kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand im Verletzungsprozess dar. Das Gericht schafft durch die dargestellten Voraussetzungen einen zweckmäßigen Ausgleich zwischen den Interessen des Inhabers und des Lizenzinteressenten.

Nichtsdestoweniger ergeben sich auch einige Bedenken gegenüber der neuen Rechtspraxis. Zunächst kann die fehlende gerichtliche Prüfung des kartellrechtlichen Anspruchs dazu führen, dass es zu einer auch aus kartellrechtlicher Sicht unberechtigten Patentnutzung kommt. Dadurch entsteht auf Seiten des Inhabers ein dauerhafter Schaden, wenn ein nachträglich geltend gemachter Ersatzanspruch nicht in voller Höhe beigetrieben werden kann und der hinterlegte Lizenzbetrag die entstandenen Schäden nicht in hinreichender Weise abdeckt. Die Konstruktion der vorgreiflichen Nutzung ist auch im Hinblick auf Art. 31 TRIPS nicht unproblematisch, da die genannte Vorschrift offensichtlich von einer vorgeschalteten Prüfung der Voraussetzungen einer Zwangslizenz ausgeht.

Darüber hinaus kann die Durchsetzung eines Anspruchs auf Zwangslizenz im Wege des Einwands mit Blick auf den Grundsatz der Prozessökonomie nicht als Ideallösung angesehen werden, da auf diese Weise nicht das vom Beklagten verfolgte Ziel, nämlich die Einräumung einer Lizenz erreicht werden kann. Die eigentliche Streitfrage – die Höhe der zu zahlenden Lizenzgebühr – muss mit einiger Wahrscheinlichkeit in einem weiteren Gerichtsverfahren geklärt werden. Zusammen mit dem unter Umständen langwierigen, vorangegangenen Verletzungsverfahren wird die Erteilung einer Lizenz auf diese Weise erheblich verzögert.

Vor diesem Hintergrund spricht einiges für eine aktive Durchsetzung des kartellrechtlichen Anspruchs im Wege der Klage, Widerklage oder im einstweiligen Rechtsschutz. Auf diese Weise kann den Bedenken, die an die fehlende gerichtliche Prüfung anknüpfen, begegnet werden, da die Benutzung in einem solchen Fall nur auf der Grundlage eines Titels geschieht. Außerdem erscheint dies mit Blick auf die Prozessökonomie als der bessere Weg. Denn auf diese Weise kann der Lizenzinteressent sein eigentliches Rechtsschutzziel, den Abschluss eines Lizenzvertrages, unmittelbar erreichen, ohne dass es noch eines zweiten gerichtlichen Verfahrens bedarf. Zudem konzentriert sich ein solcher Prozess auf den eigentlichen Kern der Streitigkeit, nämlich das Bestehen einer Zwangslizenzanspruchs und der Bestimmung der jeweiligen Lizenzbedingungen. Etwaige Fragen nach der Wirksamkeit des Patents oder der Feststellung einer Verletzung bleiben dabei außen vor.

Teil VI

Aktive Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs als Alternative zum Einwand im Patentverletzungsprozess

Unter dem Begriff einer aktiven Durchsetzung ist die Möglichkeit zu verstehen, einen materiell-rechtlichen Anspruch im Wege eines gerichtlichen Verfahrens selbständig durchzusetzen. Dies kann im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens durch Klage, im Eilrechtsschutz durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung oder im Wege einer Widerklage geschehen. Letztere setzt zwar für ihre zulässige Erhebung eine bereits rechtshängige Klage voraus, ist aber danach als selbständiger Gegenangriff des Beklagten von deren Schicksal unabhängig.⁹¹⁰

Vor dem Hintergrund der bereits dargestellten Bedenken gegen den Zwangslizenzseinwand, mit dem sich der Lizenzinteressent lediglich gegen Patentverletzungsansprüche verteidigen kann, ohne jedoch sein eigentliches Rechtsschutzziel – die Erteilung einer Lizenz – erreichen zu können, soll im Folgenden untersucht werden, ob und inwieweit ein entsprechender kartellrechtlicher Anspruch aktiv durchgesetzt werden kann.

Die aktive Durchsetzung des Anspruchs wird von einigen Stimmen in der Literatur ausdrücklich befürwortet, insbesondere von denjenigen, die dessen Geltendmachung im Wege eines Einwands im Verletzungsprozess ablehnen.⁹¹¹ In der Rechtsprechung hat die aktive Durchsetzung bislang allerdings keine nennenswerte Rolle gespielt. Abgesehen von vereinzelt erhobenen Widerklagen auf Lizenzierung ist nur in einem einzigen instanzgerichtlichen Verfahren (erfolglos) versucht worden, den

⁹¹⁰ Zöller-Vollkommer, § 33 Rn. 7.

⁹¹¹ Meinberg, S. 194 f.; Hartmann-Rüppel, World Intellectual Property Report 2007, 35 (39); Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (101 f.); Kellenter, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (204); von Merveldt, WuW 2004, 19; Rombach, in: Müller et al., FS Hirsch, 311 (322); Wirtz/Holzhäuser, WRP 2004, 683 (692).

Anspruch auf Lizenzerteilung gegen den Patentinhaber im Wege der Klage durchzusetzen.⁹¹²

Die Zurückhaltung der Lizenzsucher, ihren Anspruch gerichtlich geltend zu machen, mag damit zusammenhängen, dass unabhängig von der jeweiligen prozessualen Einkleidung bei allen Arten der aktiven Durchsetzung besondere Schwierigkeiten auftreten können, auf die im Folgenden eingegangen wird. Im Anschluss werden die Möglichkeiten des Lizenzsuchers, sein Recht durch Klage, Widerklage und im Eilrechtsschutz durchzusetzen, dargestellt und die damit zusammenhängenden verfahrensrechtlichen Fragen im Einzelnen behandelt.

A. Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Anspruchs auf Zwangslizenz

Der Erfolg einer aktiven Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs hängt maßgeblich davon ab, inwieweit dem Lizenzinteressent die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Anspruchs zufällt und ob er den sich daraus ergebenden Anforderungen genügen kann.

Daneben stellt sich die Frage, wie die angemessenen Bedingungen, zu denen die Lizenz zu erteilen ist, im Prozess bestimmt werden können. In der Entscheidung *Orange-Book-Standard* hat der BGH dieses Problem bewusst ausgeblendet, indem das Gericht für einen erfolgreichen Zwangslizenzeinwand lediglich verlangte, dass die Voraussetzungen für den kartellrechtlichen Anspruch sowie für das rechtsmissbräuchliche Verhalten gegeben sind. Die Vertragskonditionen einschließlich der geschuldeten Lizenzgebühr mussten insoweit nicht bestimmt werden.⁹¹³ Diese Möglichkeit besteht bei einer aktiven Durchsetzung allerdings nicht, da am Ende eines solchen Verfahrens eine konkrete Nutzungserlaubnis stehen soll, deren jeweilige Bedingungen zu benennen sind.

⁹¹² LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009 15734 – *UMTS-Standard*.

⁹¹³ Siehe oben unter 5. Teil B. II., S. 218 f.

I. Darlegungs- und Beweislast

Die private Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche folgt den allgemeinen zivilprozessualen Regeln. Das gilt unproblematisch für Ansprüche, die auf einem Verstoß gegen das GWB beruhen, aber ebenso für diejenigen, die sich aus der Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts ergeben. In Ermangelung einer eigenen gemeinschaftsweiten Regelung ist insoweit das jeweilige nationale Prozessrecht heranzuziehen.⁹¹⁴

Zur Ermittlung der jeweiligen Tatsachengrundlage in einem Zivilprozess gibt es zwei denkbare Alternativen: Entweder wird das Gericht selbst von Amts wegen tätig (Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz) oder den Parteien wird die Pflicht auferlegt, den Streitstoff in das Verfahren einzuführen und erforderlichenfalls zu beweisen (Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatz).⁹¹⁵ Letztgenannter Grundsatz bildet im Zivilprozess den Regelfall und findet auch im Bereich des Kartellrechts uneingeschränkt Anwendung.⁹¹⁶ Die in der Literatur bisweilen geforderte Aufweichung des Beibringungsgrundsatzes zugunsten einer Amtsermittlung findet hingegen keine Grundlage im Gesetz und ist von der Rechtsprechung zu Recht nicht aufgegriffen worden.⁹¹⁷

Es schließt sich die Frage an, wer die Konsequenzen zu tragen hat, wenn eine Tatsache nicht vorgetragen oder nicht bewiesen wurde. Die Antwort darauf gibt die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Die Verteilung der Darlegungslast entscheidet darüber, zu wessen Nachteil es sich auswirkt, wenn eine Tatsache, die zur Ausfüllung eines Tatbestandes erforderlich ist, gar nicht vorgetragen wird, während die Beweislast Auskunft darüber gibt, wer – soweit erforderlich – den Beweis zu führen hat (subjektive Beweislast oder Beweisführungslast) und, soweit der Beweis gar nicht angetreten wird oder die Beweismittel nicht zum Erfolg geführt haben, wer die sich daraus ergebenden negativen Konsequenzen zu tragen hat (objektive

⁹¹⁴ Siehe oben 5. Teil A. II. 1., S. 167.

⁹¹⁵ HK-ZPO-Saenger, Einführung Rn. 68; Oberheim, § 1 Rn. 30.

⁹¹⁶ Klees, § 8 Rn. 25.

⁹¹⁷ Vgl. aber Kirchhoff, WuW 2004, 745 (751); Montag/Rosenfeld, ZWeR 2003, 107 (121).

Beweislast).⁹¹⁸ Kann ein Gericht auf der Grundlage der vorliegenden Beweismittel nicht zu der Überzeugung von Wahrheit und Unwahrheit einer streitigen und entscheidungserheblichen Tatsache gelangen, so liegt ein so genanntes non liquet (lat.: es ist nicht klar) vor.⁹¹⁹ Das bedeutet, dass ein für die beweisbelastete Partei günstiger Rechtssatz nicht zur Anwendung gelangt oder für die Gegenseite günstige Rechtsfolgen eintreten.⁹²⁰ Die Beweislast beschreibt mit anderen Worten das Risiko des Prozessverlustes, wenn die beweisbelastete Partei ihrer diesbezüglichen Verpflichtung nicht nachgekommen ist.⁹²¹

Für die Verteilung von Darlegungs- und Beweislast gilt im Grundsatz, dass jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen der für sie günstigen Normen darlegen und beweisen muss.⁹²² Den Anspruchsteller trifft mithin die Pflicht, die rechtsbegründenden, den Gegner die rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Tatsachen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen. Ob ein schlüssiger Sachvortrag ausreicht oder darüber hinaus Beweis erforderlich ist, richtet sich danach, ob eine Tatsache beweisbedürftig ist. Das ist der Fall, wenn deren Vorliegen von der Gegenseite wirksam bestritten wurde, sie für die Entscheidung erheblich ist und nicht aufgrund anderer Vorschriften – insbesondere gesetzlicher oder tatsächlicher Vermutungen – als wahr unterstellt werden kann.⁹²³

1. Darlegungs- und Beweislastverteilung in Bezug auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruch

Bei schematischer Anwendung des soeben dargestellten Grundsatzes würde den Lizenzinteressenten die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf alle Tatbestandsmerkmale des Zwangslizenzanspruchs treffen. Denn dabei handelt es sich um die rechtsbegründenden Voraussetzungen für die erstrebte Rechtsfolge Zwangslizenz. Eine genaue Betrachtung führt allerdings zu einem abweichenden Ergebnis.

⁹¹⁸ Musielak-Foerste, § 286 Rn. 32 f.

⁹¹⁹ Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 5 Rn. 1; Zöller-Greger, Vor § 284 Rn. 15.

⁹²⁰ Zöller-Greger, Vor § 284 Rn. 18.

⁹²¹ Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 3 Rn. 8 ff.; Zöller-Greger, Vor § 284 Rn. 17.

⁹²² BGH, Urt. v. 14.1.1991, II ZR 190/89, NJW 1991, 1052; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 115 Rn. 7; Oberheim, § 5 Rn. 31.

⁹²³ Oberheim, § 7 Rn. 8 ff., Rn. 55.

Zunächst ist anerkannt, dass derjenige, der einen Anspruch aus § 33 Abs. 1 GWB geltend macht, dessen Voraussetzungen darlegen und beweisen muss.⁹²⁴ Im Hinblick auf den Verstoß gegen das Missbrauchsverbot selbst ist zu differenzieren: Nach Art. 2 S. 1 VO (EG) 1/2003 trägt in allen Verfahren zu Art. 82 EGV (nun Art. 102 AEUV) die Partei, die den Vorwurf erhebt, die Beweislast für die Zuwiderhandlung und den Normadressaten trifft die Darlegungs- und Beweislast für eine mögliche Rechtfertigung.⁹²⁵ Eine entsprechende Verteilung ergibt sich auch nach deutschem Recht in Fällen der ungerechtfertigten Diskriminierung und des Ausbeutungsmissbrauchs, §§ 20 Abs. 1 2. Alt., 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.⁹²⁶

Im Unterschied dazu hat bei Anwendung von § 19 Abs. 1 GWB der Anspruchsteller grundsätzlich auch das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen, weil der offene Tatbestand erst dadurch seinen Unwertcharakter bekommt.⁹²⁷ Eine Ausnahme davon macht das Gesetz lediglich bei der Zugangsverweigerung von Infrastruktureinrichtungen, indem es dem marktbeherrschenden Unternehmen in § 19 Abs. 4 Nr. 4 2. HS. GWB ausdrücklich die Beweislast für eine mögliche Rechtfertigung zuweist.

Zwar findet § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als besonderer Missbrauchstatbestand auf Immaterialgüterrechte wie bereits erörtert keine Anwendung.⁹²⁸ Im Hinblick auf die Beweislastverteilung liegt allerdings sowohl eine planwidrige Regelungslücke wie auch eine vergleichbare Interessenlage vor, die eine entsprechende Anwendung in Fällen eines Zwangslizenzanspruchs geboten erscheinen lässt. Die Beweislastumkehr in § 19 Abs. 4 Nr. 4 2. HS. GWB rechtfertigt sich dadurch, dass der Normadressat in dieser Konstellation über besonders große Marktmacht verfügt. Außerdem wird, anders als beim Grundtatbestand des § 19 Abs. 1 GWB, der Verhaltensunwert be-

⁹²⁴ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 86; Hempel, S. 69.

⁹²⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 5 zu der VO (EG) 1/2003.

⁹²⁶ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*; Kühnen/Geschke, S. 277 f.; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 236; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, § 20 Rn. 90.

⁹²⁷ Bechtold, § 19 Rn. 72.

⁹²⁸ Siehe oben unter 2. Teil B. II. 1., S. 22.

reits durch die weiteren Voraussetzungen in Abs. 4 indiziert.⁹²⁹ Dies entspricht der Situation einer Lizenzverweigerung. Der Patentinhaber verfügt als einziger Anbieter auf dem Lizenzmarkt über eine Monopolstellung und kontrolliert damit den Zugang zu einem nachgelagerten Markt. Im Übrigen handelt es sich beim Tatbestand einer generellen Lizenzverweigerung nicht um einen offenen Tatbestand. Vielmehr kann bei Vorliegen der dargestellten außergewöhnlichen Umstände ein Missbrauch vermutet werden, wenn es dem Normadressaten nicht gelingt, rechtfertigende Umstände darzulegen und zu beweisen. Schließlich spricht für diese Vorgehensweise der dadurch erreichte Gleichlauf mit der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass – unabhängig von der Anwendung des europäischen oder deutschen Missbrauchsverbots und der Art des missbräuchlichen Verhaltens – den Lizenzinteressenten die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Voraussetzungen des Zwangslizenzanspruchs trifft, mit der Einschränkung, dass der jeweilige Patentinhaber etwaige Rechtfertigungsgründe darlegen und beweisen muss.

a) Beweisbedürftige Tatsachen bei der Durchsetzung eines Zwangslizenzanspruchs

Die soeben dargestellte Beweislastverteilung hat zur Folge, dass der Lizenzinteressent in jedem Fall eines behaupteten Missbrauchs die maßgeblichen Umstände für eine marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers darzulegen und im Bestreitensfall auch zu beweisen hat. Hinzu kommen bei einer generellen Lizenzverweigerung die von der Rechtsprechung entwickelten außergewöhnlichen Umstände, bei einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis die Ungleichbehandlung oder Ausbeutung sowie gegebenenfalls der Abbruch einer bestehenden Lizenzierungsverbindung.

Die genannten Anforderungen wirken sich bei den verschiedenen Missbrauchsarten unterschiedlich aus. Im Fall einer generellen Lizenzverweigerung oder einem Lizenzierungsabbruch wird der Lizenzinteressenten regelmäßig nicht daran schei-

⁹²⁹ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 13/9720, S. 73; Immenga/Mestmäcker-Möschel, *GWB*, § 19 Rn. 216.

tern, die Voraussetzungen des Anspruchs darlegen und beweisen zu müssen, da alle dazu nötigen Informationen vorliegen oder zu ermitteln sind.

Schwierigkeiten treten dann auf, wenn der Lizenzsucher für den Beweis eines Missbrauchs auf Informationen angewiesen ist, die aus der Sphäre des Patentinhabers stammen oder dessen Verhalten gegenüber Dritten betreffen. Das ist zunächst bei einer behaupteten Ungleichbehandlung der Fall, denn dazu muss entweder eine anderweitige Lizenzerteilung belegt (Vorwurf einer selektiven Lizenzierung) oder es müssen unterschiedliche Konditionen in Lizenzverträgen nachgewiesen werden (diskriminierende Vertragsgestaltung).⁹³⁰ Gleiches gilt auch bezüglich eines Ausbeutungsmisbrauchs, der regelmäßig anhand der früheren Lizenzvertragsgestaltung des Inhabers als zeitlichem Vergleichsmaßstab oder nur anhand der jeweiligen Gestehungskosten im Rahmen des Gewinnbegrenzungskonzepts festgestellt werden kann.⁹³¹

Die Schwierigkeiten setzen sich ungeachtet der Art des missbräuchlichen Verhaltens auf der Rechtsfolgenseite fort, da genannte Informationen auch erforderlich sind, um den Anspruchsinhalt in Form der kartellrechtlich gebotenen Lizenz zu bestimmen. Im Gegensatz zum Patentinhaber stehen diese dem beweisbelasteten Lizenzinteressenten, nicht zur Verfügung. Diese Informationsasymmetrie zwischen den Parteien wirkt sich erkennbar auf die Entscheidungspraxis zur Zwangslizenz aus.

b) Auswirkungen der Beweislastverteilung auf die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs

Der Blick auf die einschlägige Rechtsprechung macht deutlich, dass sich eine Vielzahl von Verfahren gerade mit dem Vorwurf einer Diskriminierung und Ausbeutung beschäftigt und dabei häufig ein Beweislasturteil zuungunsten des Lizenzinteressenten ergeht. Die Ursache dafür ist, dass das missbräuchliche Verhalten in diesen Fällen von dem Patentinhaber bestritten wird und der erforderliche Beweis vom Anspruchsteller nicht erbracht werden kann, weil die dazu nötigen Informati-

⁹³⁰ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) aa), S. 84 ff.

⁹³¹ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb), S. 99 ff.

onen nicht ohne Weiteres zugänglich sind.⁹³² Das betrifft in erster Linie Lizenzverträge, einschließlich der jeweiligen Preisgestaltung sowie gegebenenfalls Unterlagen zur internen Kostenrechnung des Patentinhabers.

In der Literatur wird vor diesem Hintergrund zutreffend konstatiert, dass die Feststellung eines Missbrauchs und damit auch der Erfolg einer Klage auf Erteilung einer Zwangslizenz regelmäßig davon abhängt, dass der Interessent Einsicht in interne Unterlagen über das Schutzrecht und jedenfalls über die jeweiligen Lizenzaktivitäten des Patentinhabers erhält.⁹³³ Daher wird bisweilen gefordert, dass der Lizenzinteressent Zugang zu beweiserheblichen Unterlagen bekommen muss, um seinem Anspruch Geltung verschaffen zu können, also insbesondere Einblick in Lizenzverträge und Dokumente bekommt, die Rückschlüsse auf die Gesteuerungskosten zulassen, namentlich interne Businesspläne, Kalkulationen sowie Berichte an Eigentümer, Aufsichtsgremien oder Finanzmärkte.⁹³⁴

Dieses Postulat entspricht der weithin zu beobachtenden Tendenz, den Anspruchsinhaber im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu stärken, indem dessen Beweismöglichkeiten – gegebenenfalls durch erweiterte gesetzliche Regelungen – verbessert werden sollen.⁹³⁵ Denn das Auftreten einer Informationsasymmetrie zwischen Gläubiger und Schuldner eines kartellrechtlichen Anspruchs ist nicht auf die Durchsetzung eines Zwangslizenzanspruchs begrenzt, sondern wird

⁹³² OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2006, 6 U 174/02, GRUR-RR 2007, 177 (179) – *Orange Book-Standard*; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.11.2006, 4b O 508/05, InstGE 7, 70 (105 ff.) – *Videosignal-Codierung I*; Urt. v. 5.7.2007, 4b O 289/06, BeckRS 2007, 15906 – *LED*; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 – *MPEG 2-Standard* und unveröffentlichte Parallelentscheidungen Urt. v. 11.9.2008, 4b O 76/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 107/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 195/07; Urt. v. 11.9.2008, 4b O 196/07.

⁹³³ *Chappatte*, 5 European Competition Journal (2009), 319 (335); *de Bronett*, WuW 2009, 899 (908); *Deichfuß*, jurisPR WettbR 8/2007; *Heinemann*, ZWeR 2005, 198 (200 f.); *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (194).

⁹³⁴ *de Bronett*, WuW 2009, 899 (907); *Kersting*, ZWeR 2008, 252 (257); *Loest/Bartlik*, ZWeR 2008, 41 (54).

⁹³⁵ *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung 2005, S. 27; *EU-Kommission*, Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008, S. 5; *Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle 2004, Rn. 56; *Hilty*, GRUR 2009, 633 (640); *Wagner-von Papp*, EWS 2009, 445 (451).

vielfach als ein Problem des private enforcement insgesamt betrachtet. Der Nachweis einer Zuwiderhandlung ist bereits für Kartellbehörden schwierig zu erbringen und für Private häufig kaum zu leisten.⁹³⁶ Die Beweislastverteilung kann daher zu dem kaum hinnehmbaren Ergebnis führen, dass dem Anspruchsinhaber seine Rechtsdurchsetzung übermäßig erschwert wird und auf diese Weise ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet ist.⁹³⁷

Ein gesetzgeberischer Schritt zur Verbesserung der Beweissituation ist allerdings nur dann geboten, wenn der Lizenzinteressent mit dem bereits vorliegenden gesetzlichen Instrumentarium die erforderlichen Kenntnisse nicht erlangen und sein Rechtsschutzziel tatsächlich nicht erreichen kann. Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche Möglichkeiten es de lege lata gibt, die geschilderte Informationsasymmetrie abzubauen.

2. Möglichkeiten des Lizenzinteressenten zum Abbau der Informationsasymmetrie

Die Bewältigung von Beweisschwierigkeiten einer Partei allgemein und des Lizenzinteressenten im Besonderen kann auf dreierlei Art geschehen: Es können zu seinen Gunsten Beweiserleichterungen greifen oder es bestehen prozessuale oder materiell-rechtliche Ansprüche auf Zugang zu den erforderlichen Informationen.

a) Beweiserleichterungen

In Fällen, in denen die Anforderungen an die Beweisführung unzumutbar hoch erscheinen und die Ergebnisse daher unbefriedigend werden, lassen das Gesetz und die Rechtsprechung eine Reihe von Ausnahmen zu den bereits dargestellten Prinzipien des Beweisrechts zu, die als Beweiserleichterungen bezeichnet werden.⁹³⁸ Diese Erleichterungen können insbesondere darin bestehen, die Beweislast zu modifizieren, Tatsachen auch ohne Beweis der Entscheidung zugrundezulegen oder die Beweisaufnahme auf eine andere als die eigentliche Beweistatsache zu verlagern.⁹³⁹

⁹³⁶ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, *GWB*, § 33 Rn. 87.

⁹³⁷ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, *GWB*, § 33 Rn. 87; Jüntgen, S. 18.

⁹³⁸ Oberheim, § 27a Rn. 1; Laumen, *NJW* 2002, 3739 (3743).

⁹³⁹ Oberheim, § 27a Rn. 1.

aa) Sekundäre Darlegungslast

In der Praxis ist das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der sekundären Darlegungs- oder Behauptungslast von großer Bedeutung.⁹⁴⁰ Nach § 138 Abs. 2 ZPO richtet sich der Umfang der Erklärungspflicht einer Prozesspartei nach dem Detaillierungsgrad der von der darlegungspflichtigen Gegenseite vorgebrachten Behauptung.⁹⁴¹ Das bedeutet, dass der genannten Pflicht genügt wird, wenn auf eine allgemeine Behauptung entsprechend allgemein erwidert wird. Aus dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben sowie der Pflicht zur Prozessförderung kann sich allerdings ausnahmsweise die Pflicht ergeben, dass die nicht beweisbelastete Partei umfangreicher vortragen und die allgemeine Behauptung der Gegenseite durch detaillierte Schilderungen widerlegen muss.⁹⁴² Das ist der Fall, wenn die primär behauptungsbelastete Partei nur über Anhaltspunkte verfügt, aber eine nähere Kenntnis der Tatsachen nicht besitzt und auch nicht erlangen kann, während der Prozessgegner, da es sich um Vorgänge in seinem Wahrnehmungsbereich handelt, darüber Auskunft geben kann und ihm eine solche auch zuzumuten ist.⁹⁴³

Ob diese Voraussetzungen auch in der vorliegenden Situation erfüllt und dem Patentinhaber infolgedessen sekundäre Darlegungspflichten aufzuerlegen sind, kann letztlich dahinstehen. Eine Lösung für die Beweisnot des Lizenzinteressenten würde sich daraus nicht ergeben, denn die Rechtsfolge bei Nichtbeachtung der sekundären Darlegungslast führt im Hinblick auf das Rechtsschutzziel der Lizenzerteilung nicht weiter. Kommt die sekundär belastete Partei ihrer Pflicht nicht nach, so stellt dies kein wirksames Bestreiten dar und die allgemeinen Ausführungen des Gegners werden als zugestanden behandelt, § 138 Abs. 3 ZPO.⁹⁴⁴ Das reicht dann

⁹⁴⁰ BGH, Urt. v. 19.12.1953, II ZR 27/53, BGHZ 12, 49 (50); Urt. v. 11.6.1990, II ZR 159/89, NJW 1990, 3151; MüKoZPO-Prütting, § 286 Rn. 103; Zöller-Greger, § 138 Rn. 8b.

⁹⁴¹ BGH, Urt. v. 3.2.1999, VIII ZR 14–98, NJW 1999, 1404 (1405); Stein/Jonas-Leipold, § 138 Rn. 36.

⁹⁴² BGH, Urt. v. 20.1.1961, I ZR 79/59, NJW 1961, 826 (828) – Pressedienst; Urt. v. 11.6.1990, II ZR 159/89, NJW 1990, 3151; MüKoZPO-Prütting, § 286 Rn. 131; Thomas/Putzo-Reichold, § Vorbem § 284 Rn. 18.

⁹⁴³ Stein/Jonas-Leipold, § 138 Rn. 37.

⁹⁴⁴ Zöller-Greger, Vor § 284 Rn. 34c; Meyke, NJW 2000, 2230 (2232).

aus, wenn lediglich das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines bestimmten Umstandes für einen Tatbestand festgestellt werden muss. Die Wahrunterstellung ist aber dann wirkungslos, wenn der Gegenseite Informationen fehlen, um das Ziel der Rechtsverfolgung genauer zu bestimmen.

So liegt der Fall hier: Anders als bei der Erhebung des Zwangslizenzeinwandes reicht es im Rahmen einer aktiven Durchsetzung nicht aus, beispielsweise eine anderweitige Lizenzerteilung und damit eine Diskriminierung bloß festzustellen. Da am Ende des letztgenannten Verfahrens eine konkrete Lizenzerteilung stehen soll, muss ermittelt werden, worauf der kartellrechtliche Anspruch genau gerichtet ist, d.h. zu welchen Konditionen eine Nutzungseinräumung im Einzelfall zu erfolgen hat. Die dazu erforderlichen Informationen – Lizenzvereinbarungen oder der Gesteungskosten – würde der Lizenzinteressent nicht erhalten, wenn der Patentinhaber trotz entgegenstehender (sekundärer) Darlegungslast deren Preisgabe verweigert.

bb) Beweislastumkehr

Auch eine Erleichterung in Form der Beweislastumkehr kann sich der Lizenzinteressent nicht zunutze machen. Im Rahmen einer Beweislastumkehr wird abweichend von allgemeinen Beweisregeln eine anspruchsbegründende Tatsache solange als gegeben angesehen, bis der eigentlich nicht beweisbelastete Gegner deren Nichtvorliegen nachweist.⁹⁴⁵ Dies kann aufgrund gesetzlicher Regelung oder richterlicher Rechtsfortbildung geschehen.⁹⁴⁶ Die bedeutendste gesetzliche Anordnung stellt § 280 Abs. 1 S. 2 BGB dar, wonach der Schuldner nachweisen muss, dass ihn in Bezug auf eine Pflichtverletzung kein zurechenbares Verschulden trifft. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung in einer Reihe von Konstellationen eine Beweislastumkehr angenommen und dies mit einer besonderen Interessenlage oder der Unzumutbarkeit der gesetzlichen Beweislastverteilung begründet.⁹⁴⁷ Exemplarisch sei verwiesen auf Fälle der Produkt- oder Arzthaftung.⁹⁴⁸

⁹⁴⁵ *Oberheim*, § 27a Rn. 57.

⁹⁴⁶ *Musielak-Foerste*, § 286 Rn. 36 f.

⁹⁴⁷ *Musielak-Foerste*, § 286 Rn. 36 ff.; *Oberheim*, § 27a Rn. 59 ff.

⁹⁴⁸ BGH, Urt. v. 29.3.1988, VI ZR 185/87, NJW 1988, 2303 (2304); Urt. v. 2.2.1999, VI ZR 392–97, NJW 1999, 1028 (1029).

Eine entsprechende Tendenz der Rechtsprechung ist in Fällen der kartellrechtlichen Zwangslizenz allerdings nicht zu erkennen. Im Gegenteil: Der BGH hat – auch vor dem Hintergrund einer fehlenden gesetzlichen Anordnung – ausdrücklich klargestellt, dass dem Lizenzsucher die volle Darlegungs- und Beweislast für einen Missbrauch obliegt.⁹⁴⁹ Im Übrigen wäre die Umkehr der Beweislast – vergleichbar mit der soeben dargestellten sekundären Darlegungslast – nicht ausreichend, weil auf diese Weise die erforderlichen Informationen für die Rechtsfolgen einer Zwangslizenz nicht zu bekommen wären.

cc) Anscheinsbeweis gemäß § 20 Abs. 5 GWB

Fraglich ist, ob die Vorschrift des § 20 Abs. 5 GWB für den Lizenzinteressenten fruchtbar gemacht werden kann. Danach obliegt es einem Unternehmen, wenn sich aufgrund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein ergibt, dass dieses seine Marktmacht im Sinne des § 20 Abs. 4 GWB ausgenutzt hat, diesen Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen jedoch leicht möglich und zumutbar ist. § 20 Abs. 5 GWB stellt eine Kodifikation des so genannten Anscheins- oder prima-facie Beweises dar, der dem Inhaber eines kartellrechtlichen Anspruchs die Beweisführung im Zivilprozess erleichtern soll.⁹⁵⁰ Der Gegner wird auf diese Weise zur Preisgabe von Informationen aus seiner Sphäre verpflichtet.

Eine direkte Anwendung der genannten Anscheinsbeweisregelung auf den Zwangslizenzanspruch kommt nicht in Betracht. Das liegt zunächst daran, dass § 20 Abs. 4 GWB ausschließlich im Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern zur Anwendung kommt.⁹⁵¹ Patentinhaber und Lizenzinteressent stehen allerdings regelmäßig nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander, sei es, weil der Inhaber überhaupt nicht auf einem Produktmarkt tätig ist, sondern sich auf die Vergabe

⁹⁴⁹ BGH, Urt. v. 6.5.2009, KZR 39/06, BGHZ 180, 312 (321) – *Orange-Book-Standard*.

⁹⁵⁰ Immenga/Mestmäcker-*Markert*, GWB, § 20 Rn. 322; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 20 Rn. 161; *Hempel*, S. 72.

⁹⁵¹ BGH, Beschl. v. 9.7.2002, KZR 30/00, NJW 2002, 3779 (3781) – *Fernwärme Börsen*; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, § 20 Rn. 161.

von Lizenzen beschränkt, oder weil dem Lizenzsucher ein nachgelagerter Markt gerade wegen der Lizenzverweigerung eines vertikal integrierten Unternehmens bislang verschlossen geblieben ist. Im Übrigen wendet sich Art. 20 Abs. 4 GWB lediglich gegen eine unbillige Behinderung durch marktstarke Unternehmen, sodass Lizenzierungspraktiken, die als ungerechtfertigte Diskriminierung oder als Ausbeutung einzuordnen sind, nicht erfasst werden können. Schließlich kann § 20 Abs. 5 GWB nicht bei Verstößen gegen das europäische Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV herangezogen werden.⁹⁵²

Das Bundeskartellamt hat allerdings die Auffassung geäußert, dass die Vorschrift des § 20 Abs. 5 GWB über den dargestellten Anwendungsbereich hinaus bei sämtlichen Wettbewerbsverstößen greifen soll, um auf diese Weise die Beweissituation im Rahmen einer privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu verbessern und bestehende Informationsasymmetrien abzubauen.⁹⁵³ Für eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs im Wege der Gesetzesanalogie fehlt es allerdings an der dazu erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Obwohl bei allen Missbrauchstatbeständen in §§ 19, 20 GWB ein Beweisproblem auftreten und daher ein Bedürfnis nach einer Beweiserleichterung bestehen kann, hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, nur kleine und mittlere Unternehmen auf diese Art zu privilegieren. Auch sind in der Vergangenheit bereits Gesetzesänderungen vorgenommen worden, um die Stellung des Klägers bei der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu verbessern; zu nennen ist dabei insbesondere die Tatbestandswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen nach § 33 Abs. 4 GWB.⁹⁵⁴ Der Regelungsbereich des § 20 Abs. 5 GWB blieb davon jedoch unberührt. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die genannte Vorschrift eine – gesetzgeberisch gewollte – Ausnahme darstellt, die einer Analogie nicht zugänglich ist.

⁹⁵² Immenga/Mestmäcker-*Markert*, GWB, § 20 Rn. 322.

⁹⁵³ *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung 2005, S. 27.

⁹⁵⁴ Zu Einzelheiten siehe nachfolgend unter 6. Teil A. I. 2. a) dd), S. 237 f.

dd) Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB

Ähnliche Erwägungen greifen auch in Bezug auf die soeben erwähnte Vorschrift des § 33 Abs. 4 GWB. Danach ist ein Gericht insoweit an die Feststellung eines Kartellrechtsverstößes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kommission, einer Kartellbehörde eines Mitgliedsstaates oder eines in dieser Funktion handelnden Gerichts getroffen wurde. Mit dieser weitgehenden Tatbestandswirkung soll die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Kartellrechtsverstößen im Wege des so genannten Folge- oder Follow-on-Verfahrens im Anschluss an eine der aufgeführten Entscheidungen für den Kläger erleichtert werden.⁹⁵⁵ Eine direkte Anwendung auf Fälle eines Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs – und damit auch eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs – scheidet bereits wegen des entgegenstehenden Wortlauts aus.⁹⁵⁶ Aber auch für eine analoge Anwendung der Vorschrift bleibt kein Raum. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der 7. GWB-Novelle, im Rahmen derer auch § 33 Abs. 4 GWB eingeführt wurde, ausdrücklich eine Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten bei Kartellrechtsverstößen.⁹⁵⁷ Er hat jedoch zwischen den verschiedenen Anspruchsarten differenziert und den Anwendungsbereich des § 33 Abs. 4 GWB bewusst auf Schadensersatzansprüche beschränkt.⁹⁵⁸ Von einer planwidrigen Regelungslücke, die für eine Analogie erforderlich wäre, kann daher – wie schon im Bereich des § 20 Abs. 5 GWB – nicht ausgegangen werden.

ee) Ergebnis

Die dargestellten Beweiserleichterungen sind mithin nicht geeignet, die Beweisschwierigkeiten des Lizenzsuchers zu überwinden. Der Lizenzinteressent ist zur Bestimmung seines Anspruchs darauf angewiesen, konkrete Informationen insbesondere über die Lizenzierungspraxis des Patentinhabers zu erhalten. Sekundäre Darlegungslasten oder eine Beweislastumkehr helfen insoweit nicht weiter, weil da-

⁹⁵⁵ Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 71.

⁹⁵⁶ Bechtold, § 33 Rn. 35; Immenga/Mestmäcker-Emmerich, GWB, § 33 Rn. 80; Meyer, GRUR 2006, 27 (29); a.A.: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Rehbinder, § 33 Rn. 54.

⁹⁵⁷ BT-Drucks. 15/3640, S. 1.

⁹⁵⁸ BT-Drucks. 15/3640, S. 54.

mit der Inhaber nicht zur Preisgabe dieser Informationen gezwungen werden kann. Die Sondervorschrift des § 20 Abs. 5 GWB findet auf Fälle der Lizenzverweigerung weder direkt noch analog Anwendung. Gleiches gilt auch für die Tatbestandswirkung des § 33 Abs. 4 GWB.

b) Prozessuale Ansprüche

Der nachfolgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, welche Möglichkeiten das Prozessrecht zur Behebung des Informationsdefizits auf Seiten des Lizenzsuchers bietet. Im Mittelpunkt steht dabei der Zugang zu internen Dokumenten des Patentinhabers. Darüber hinaus wird untersucht, inwieweit Ermittlungsergebnisse eines laufenden oder bereits abgeschlossenen kartellbehördlichen Verfahrens im Rahmen eines Zivilprozesses nutzbar gemacht werden können.

aa) Vorlegung von Urkunden

Die Beweissituation des Lizenzinteressenten könnte wesentlich verbessert werden, wenn es gelänge, bereits geschlossene Lizenzvereinbarungen des Patentinhabers in den Prozess einzuführen. Bei den Lizenzverträgen handelt es sich um Privaturkunden gemäß § 416 ZPO, die bei ihrer Vorlage vollen Beweis dafür erbringen, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von dem Aussteller der Urkunde abgegeben wurden und außerdem die Vermutung zulassen, dass das in die Urkunde aufgenommene Rechtsgeschäft vollständig und richtig wiedergegeben wurde.⁹⁵⁹ Da sich besagte Dokumente nicht in den Händen des Lizenzsuchers befinden, stellt sich die Frage, ob der Patentinhaber oder sogar dessen Vertragspartner zu einer Vorlegung der Urkunden im Verfahren gezwungen werden können. Dies richtet sich nach den Vorschriften über den Beweisantritt durch Urkunden nach §§ 422 ff. ZPO sowie der Regelung über eine Urkundenvorlage von Amts wegen gemäß § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO.

⁹⁵⁹ BGH, Urt. v. 5.2.1999, V ZR 353–97, NJW 1999, 1702; Zöller-Geimer, § 416 Rn. 10.

(1) Vorlegung nach Antrag gemäß §§ 422 ff. ZPO

Nach § 422 ZPO ist die gegnerische Partei zur Vorlegung einer in ihrem Besitz befindlichen Urkunde verpflichtet, wenn der Beweisführer einen entsprechenden Antrag stellt, §§ 421, 424 ZPO, er nach den Vorschriften des materiellen Rechts die Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde verlangen kann und das Gericht die Vorlage wegen Beweiserheblichkeit nach § 425 ZPO anordnet. § 422 ZPO begründet daher keine eigenständige prozessuale Vorlagepflicht, sondern setzt immer einen Anspruch aus bürgerlichem Recht voraus.⁹⁶⁰ Ob dem Lizenzinteressenten ein solcher Anspruch zur Seite steht, soll aus Gründen der Übersichtlichkeit im Abschnitt zu dessen materiell-rechtlichen Informationsansprüchen erörtert werden.⁹⁶¹ Schwierigkeiten können sich bereits aus dem Antragserfordernis gemäß §§ 421, 424 ZPO ergeben. Nach § 424 Nr. 1 bis Nr. 3 ZPO müssen in dem Antrag nicht nur die Urkunde selbst und die zu beweisenden Tatsachen bezeichnet werden, sondern auch deren Inhalt möglichst vollständig wiedergegeben werden. Die diesbezüglichen Anforderungen dürfen zwar nicht überspannt werden, da Sinn und Zweck der Vorschrift lediglich darin besteht, dem Gericht die Prüfung der Beweiserheblichkeit, Beweiseignung und die Voraussetzungen der Vorlagepflicht zu ermöglichen.⁹⁶² Der Lizenzsucher wird in vielen Fällen allerdings kaum in der Lage sein, genauere Informationen über den Vertragsinhalt beizubringen und diesen nur allgemein als Nutzungsgewährung umschreiben können, ohne in der Lage zu sein, die Parteien zu benennen. Dass das jeweilige Gericht dies im konkreten Einzelfall als ausreichend für einen Beweisantritt erachtet, erscheint eher unwahrscheinlich.

§ 423 ZPO statuiert einen selbständigen prozessualen Anspruch auf Vorlage einer Urkunde, die sich im Besitz der gegnerischen Partei befindet und auf die von ihr im Prozess als Beweismittel Bezug genommen wurde.⁹⁶³ Eine bloße Ergänzung oder Erläuterung des Tatsachenvortrags durch Hinweis auf die Urkunde reicht allerdings nicht aus.⁹⁶⁴ Die Vorschrift setzt mit anderen Worten ein prozessual ungeschicktes

⁹⁶⁰ Stein/Jonas-Leipold, § 422 Rn. 8; Zöller-Geimer, § 422 Rn. 1 f.

⁹⁶¹ Siehe nachfolgend unter 6. Teil A. I. 2. c) bb), S. 261 ff.

⁹⁶² Musielak-Huber, § 424 Rn. 1.

⁹⁶³ Musielak-Huber, § 423 Rn. 1; Stein/Jonas-Leipold, § 423 Rn. 1; Zöller-Geimer, § 423 Rn. 1.

⁹⁶⁴ Musielak-Huber, § 423 Rn. 1.

Verhalten des Gegners voraus, der – möglicherweise in Verkennung der Beweislast – auf die für den Beweisführer interessanten Urkunden verweist und sie damit selbst in das Verfahren einführt. Da dies nur in den seltensten Fällen geschehen wird, bietet die Vorschrift des § 423 ZPO für den Lizenzsucher keinen realistischen Weg, um Einsicht in die begehrten Dokumente zu erhalten.

Die §§ 428 ff. ZPO ermöglichen die Vorlegung von Urkunden, die sich in den Händen eines Dritten, also nicht des Beweisführers oder seines Gegners, befinden. Auf den ersten Blick erscheint diese Möglichkeit für den Lizenzsucher nicht uninteressant zu sein, könnten doch auf diese Weise Verträge von den jeweiligen Lizenznehmern des Patentinhabers herausverlangt werden. Eine solche Vorlageanordnung setzt allerdings einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Herausgabe oder Vorlegung der Urkunde gegen den Dritten voraus und erfordert – anders als gegenüber dem Prozessgegner – außerdem noch, dass dieser Anspruch bereits titulierte wurde, §§ 429, 422 ZPO. Ein materiell-rechtlicher Anspruch des Lizenzsuchers gegen die Lizenznehmer des Patentinhabers ist allerdings aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegeben, sodass auch ein solcher Antrag auf Urkundenvorlage scheitern muss.

(2) Vorlegung von Amts wegen gemäß § 142 ZPO

Neben dem Recht der Parteien, den Urkundsbeweis nach §§ 422 ff. ZPO anzutreten, steht die Urkundenvorlegung von Amts wegen nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht anordnen, „dass eine Partei oder ein Dritter die in ihrem oder seinem Besitz befindlichen Urkunden oder sonstigen Unterlagen, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt.“ Entgegen dieses sehr weitgehenden Wortlauts der Regelung sind einige tatbestandliche Einschränkungen zu beachten, die im Folgenden näher erläutert werden.

(a) Regelung des § 142 ZPO

Die Vorschrift des § 142 ZPO ist Teil der materiellen Prozessleitung durch das Gericht und dient einer vollständigen und frühzeitigen Sachaufklärung sowie der

Beschleunigung des Verfahrens.⁹⁶⁵ Die Vorlage von Urkunden kann gegenüber der beweisbelasteten Partei, der Gegenseite und sogar gegenüber Dritten angeordnet werden.⁹⁶⁶ Eines entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruchs bedarf es nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift dazu nicht.⁹⁶⁷

(aa) Bezugnahme einer Partei

Eine Vorlageanordnung setzt zunächst die Bezugnahme einer Partei oder eines Streithelfers auf die Urkunde voraus.⁹⁶⁸ Auf diese Weise wird dem Beibringungsgrundsatz genügt, und eine reine Amtsermittlung durch das Gericht verhindert.⁹⁶⁹ Im Gegensatz zu den Anforderungen bei einem Beweisantritt durch die Parteien gemäß § 425 ZPO muss der Inhalt der vorzulegenden Urkunde dabei nicht benannt werden. Die Bezugnahme muss lediglich so konkret sein, dass anhand derer die Urkunde identifiziert werden kann, da andernfalls eine Anordnung der Vorlage nicht möglich wäre.⁹⁷⁰ Die bloße Behauptung der Existenz nicht näher konkretisierter Unterlagen reicht daher nicht aus.⁹⁷¹

(bb) Ausforschungsverbot als Grenze einer Vorlageanordnung gemäß § 142 ZPO

Ausgehend vom Wortlaut des § 142 ZPO könnte das Gericht auf Anregung der beweisbelasteten Partei unbeschränkt die Vorlage von Urkunden durch den Prozessgegner verlangen. Eine solche Praxis würde allerdings dem im Zivilrecht geltenden Beibringungs- und Verhandlungsgrundsatz zuwiderlaufen.⁹⁷²

Der Versuch mittels eines Beweisantrags die erforderlichen Tatsachen erst zu ermitteln, um sie dann im Anschluss zur Grundlage eines neuen Prozessvortrages zu

⁹⁶⁵ Regierungsentwurf, BT-Drucks. 14/4722, S. 78; Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 1; Zöller-Greger, § 142 Rn. 1.

⁹⁶⁶ Zöller-Greger, § 142 Rn. 9 ff.

⁹⁶⁷ BT-Drucks. 14/4722, S. 78; BGH, Urt. v. 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (2991); Musielak/Stadler, § 142 Rn. 4; Thomas/Putzo-Reichold, § 142 Rn. 1; Zöller-Greger, § 142 Rn. 2; a.A.: Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 21.

⁹⁶⁸ Zöller-Greger, § 142 Rn. 6.

⁹⁶⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grdz § 128 Rn. 22; Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 18.

⁹⁷⁰ Zöller-Greger, § 142 Rn. 6; Greger, NJW 2002, 3049 (3050).

⁹⁷¹ Zöller-Greger, § 142 Rn. 6.

⁹⁷² Stein/Jonas-Leipold, § 138 Rn. 27.

machen, ist im deutschen Zivilprozess nach allgemeiner Ansicht als so genannter Ausforschungsbeweis verboten.⁹⁷³ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es nicht der Zweck der Beweiserhebung sein darf, erst die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zu gewinnen.⁹⁷⁴ Auch ist prinzipiell keine Partei gehalten, dem Gegner für seinen Prozesssieg das notwendige Material zu liefern, über das er nicht schon von sich aus verfügt.⁹⁷⁵ Wie sich bereits aus dem Gesetzgebungsverfahren ergibt, soll § 142 ZPO ausdrücklich nicht dazu dienen, dieses Verbot aufzuheben oder abzumildern, sondern lediglich eine „behutsame“ Erweiterung der richterlichen Befugnisse bewirken.⁹⁷⁶

(cc) Schlüssiger und substantiierter Vortrag

Um eine mittels einer Anordnung nach § 142 ZPO betriebene Ausforschung zu verhindern, ist ein schlüssiger und substantiierter, d.h. auf konkrete Tatsachen bezogener Parteivortrag erforderlich.⁹⁷⁷ Ein Tatsachenvortrag ist schlüssig, wenn er – seine Richtigkeit unterstellt – geeignet ist, den Klageantrag sachlich zu rechtfertigen.⁹⁷⁸ Ist der Vortrag bereits un schlüssig, bedarf es regelmäßig keiner Vorlageanordnung; andernfalls würde eine reine Amtsermittlung durchgeführt.⁹⁷⁹ Daneben müssen konkrete Tatsachen genannt werden, die sich aus der Urkunde ergeben sollen. Bloße Behauptungen oder eine Beweiserhebung „ins Blaue hinein“ sind nicht zulässig.⁹⁸⁰ Welche Anforderungen an den Parteivortrag in der Entscheidungspraxis gestellt werden, verdeutlichen nachfolgende Entscheidungen des BGH.

⁹⁷³ Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/6036, S. 121; Musielak-Foerste, § 284 Rn. 17; Stein/Jonas-Leipold, § 284 Rn. 42; Zöller-Greger, Vor § 284 Rn. 5; Osterloh-Konrad, S. 92 ff.; Wagner, JZ 2007, 706 (712); Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129 (3130).

⁹⁷⁴ Prütting/Gehrlein-Laumen, § 284 Rn. 23; Stein/Jonas-Leipold, § 284 Rn. 45.

⁹⁷⁵ BGH, Urt. v. 26.6.1958, II ZR 66/57, NJW 1958, 1491 (1492); Stein/Jonas-Leipold, § 284 Rn. 45.

⁹⁷⁶ Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/6036, S. 121.

⁹⁷⁷ BGH, Beschl. v. 14.6.2007, VII ZR 230/06, NJW-RR 2007, 1393 (1394); Urt. v. 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (2992); Musielak-Stadler, § 142 Rn. 1; Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 9; Zöller-Greger, § 142 Rn. 7; Wagner, JZ 2007, 706 (712 ff.).

⁹⁷⁸ BGH, Urt. v. 12.7.1984, VII ZR 123/83; NJW 1984, 2889, Zöller-Greger, Vor § 253 Rn. 23.

⁹⁷⁹ Zöller-Greger, § 142 Rn. 7.

⁹⁸⁰ Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 10.

In einem Verfahren gegen die *DaimlerChrysler AG* beehrte der Kläger Schadensersatz wegen einer angeblich verspäteten Ad-hoc-Mitteilung nach § 37b WpHG über das vorzeitige Ausscheiden eines Vorstandsvorsitzenden. Um zu belegen, dass die Entscheidung über den Rücktritt bereits weit vor der offiziellen Aufsichtsratsitzung und der anschließenden Mitteilung gefallen war, forderte der Kläger die Vorlage der maßgeblichen Sitzungsprotokolle. Das Gericht erkannte darin den Versuch einer unzulässigen Informationsgewinnung, da der Kläger nicht im Vorfeld dargelegte Tatsachen belegen, sondern sich die erforderlichen Kenntnisse für einen schlüssigen Vortrag erst noch beschaffen wollte.⁹⁸¹

In einem anderen Verfahren beehrte der Kläger die Rückabwicklung eines finanzierten Erwerbs einer „Schrottimmoblie“, bei der sich nachträglich herausstellte, dass der Kaufpreis den Verkehrswert um das Doppelte überstieg. Zum Nachweis der Kenntnis der finanzierenden Bank von dieser Überteuerung beehrte er die Vorlage von deren internen Bewertungsunterlagen. Der BGH führte dazu aus, dass in dem konkreten Fall die Voraussetzungen des § 142 ZPO gegeben seien, weil der Kläger eine sittenwidrige Schädigung schlüssig vorgetragen und sich auch ausdrücklich auf die betreffenden Urkunden bezogen habe.⁹⁸²

(b) Möglichkeit für Lizenzinteressenten

Dem Lizenzinteressenten wird es regelmäßig möglich sein, den Anforderungen an eine hinreichende Bezugnahme zu genügen, indem entweder die vorzulegenden Unterlagen anhand des darin erwähnten Patents identifiziert werden oder die einzelnen Nutzungsverträge gegebenenfalls durch namentliche Nennung der Lizenznehmer bestimmt werden können. Schwierigkeiten ergeben sich eher im Hinblick auf einen schlüssigen und substantiierten Tatsachenvortrag.

Dabei ist zwischen zwei denkbaren Sachverhaltsalternativen zu unterscheiden. Kommt ein Ausbeutungsmisbrauchs oder einer Diskriminierung durch unterschiedliche Vertragsbedingungen in Betracht, werden dem Lizenzinteressenten regelmäßig genaue Kenntnisse über Vertragsinhalte und Konditionen fehlen. An-

⁹⁸¹ BGH, Beschl. v. 25.2.2008, II ZB 9/07, NJW-RR 2008, 865 (868).

⁹⁸² BGH, Urt. v. 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (2992).

haltspunkte können lediglich die Abgabepreise von Konkurrenzprodukten liefern, die darauf hindeuten, dass von anderen Lizenznehmern keine oder eine bedeutend niedrigere Lizenzgebühr an die Schutzrechtsinhaber zu entrichten ist. Die Feststellung und der Nachweis des Missbrauchs sind hingegen erst auf der Grundlage der begehrten Unterlagen möglich. In einem solchen Fall wird die bloße Behauptung eines kartellrechtlichen Fehlverhaltens nicht als hinreichend substantiiertes Vortrag gewertet werden können. Denn die Urkundenvorlage dient dann allein dem Zweck, die erforderliche Tatsachengrundlage für den kartellrechtlichen Anspruch zu beschaffen und überschreitet damit die Grenze zur unzulässigen Ausforschung.

Anders gelagert ist der Fall bei einer generellen Weigerung, dem Abbruch einer Lizenzierung oder einer nur selektiven Vergabe von Nutzungserlaubnissen. Denn die tatsächlichen Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes können in diesen Fällen nachgewiesen werden, ohne dass es dazu eines Einblicks in die Unterlagen des Patentinhabers bedürfte.⁹⁸³ Probleme ergeben sich lediglich auf der Rechtsfolgenseite, da zur Bestimmung angemessener Bedingungen auf die Unterlagen des Schutzrechtsinhabers zurückgegriffen werden muss. Diesbezüglich erscheint eine Anordnung nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO durchaus möglich, die in einer solchen Konstellation nicht dazu dient, die Klage erst schlüssig zu machen, sondern lediglich den Sachverhalt aufzuklären.

Es gilt allerdings zu bedenken, dass die Vorlageanordnung, wie sich aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt, im pflichtgemäßen Ermessen des jeweiligen Gerichts steht.⁹⁸⁴ Dabei sind im Einzelfall der Erkenntniswert der Urkunden sowie die berechtigten Belange des Besitzers, einschließlich etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegeneinander abzuwägen.⁹⁸⁵ Da sich das Ergebnis einer solchen richterlichen Abwägung kaum vorhersehen lässt, stellt die Vorlageanordnung von Amts wegen aus Sicht der beweisbelasteten Partei kein verlässliches Beweismittel dar.⁹⁸⁶

⁹⁸³ Siehe oben unter 6. Teil A. I. 1. a), S. 230.

⁹⁸⁴ Stein/Jonas-Greger, § 142 Rn. 6.

⁹⁸⁵ BGH, Urt. v. 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (2992); Zöller-Greger, § 142 Rn. 8.

⁹⁸⁶ Stein/Jonas-Leipold, § 142 Rn. 7.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Vorlageanordnung nur sehr begrenzt dazu verhilft, die Beweisnot des Lizenzinteressenten zu beheben. Vielfach wird sie an dem Erfordernis eines schlüssigen und substantiierten Tatsachenvortrags scheitern. Jedenfalls hängt die Anordnung von dem Ergebnis einer kaum vorhersehbaren Ermessensentscheidung des Gerichts ab.

bb) Vorlegung von Handels- und Tagebüchern

Über die Möglichkeit des § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO hinaus kann ein Gericht in einem laufenden bürgerlichen Rechtsstreit die Vorlage von Handelsbüchern anordnen, § 258 Abs. 1 HGB.⁹⁸⁷ Adressat der Anordnung kann nur ein Kaufmann sein, der nach § 238 HGB zum Führen von Handelsbüchern verpflichtet ist.⁹⁸⁸ Vorzulegen sind die nach § 257 Abs. 1 S. 1 HGB aufzubewahrenden Unterlagen, also insbesondere das Grund-, Haupt- und Nebenbuch.⁹⁸⁹ Eine entsprechende Vorlagepflicht für Handelsbücher nach internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS oder US-GAAP) gibt es nicht.⁹⁹⁰ Sind Handelsbücher vorzulegen, kann unter Zuziehung der Parteien Einsicht genommen und gegebenenfalls ein Auszug gefertigt werden, § 259 S. 1 HGB.

Der Patentinhaber wird regelmäßig Kaufmann sein, §§ 1 ff. HGB, und ist daher zum Führen von Handelsbüchern verpflichtet. Diese Bücher vorlegen zu lassen, bietet für den Lizenzinteressenten allerdings eine nur sehr eingeschränkte Informationsmöglichkeit. Denn eventuell bestehende Lizenzvereinbarungen einschließlich ihrer Konditionen sind nicht Teil der Handelsbücher. Lediglich die zugehörigen Buchungssätze über den Eingang und Höhe von Lizenzgebühren können anhand der Bücher nachvollzogen werden. Hilfreich kann die Vorlage nach § 258 Abs. 1 HGB daher lediglich im Fall einer selektiven Lizenzierung sein, wenn der Schutzrechtsinhaber die Vergabe von Nutzungsrechten an Dritte rundheraus bestreitet, sich aber anhand der gebuchten Zahlungseingänge das Gegenteil nachweisen lässt.

⁹⁸⁷ MüKoAktG-Graf, § 258 Rn. 2.

⁹⁸⁸ MüKoHGB-Ballwieser, § 257 Rn. 2.

⁹⁸⁹ MüKoHGB-Ballwieser, § 257 Rn. 3.

⁹⁹⁰ MüKoHGB-Ballwieser, § 257 Rn. 21.

cc) Vorlegung von Augenscheinsobjekten

Soweit die vom Lizenzinteressenten begehrten Unterlagen oder Handelsbücher elektronisch aufbewahrt und archiviert werden, kann die Anordnung einer Inaugenscheinnahme nach § 371 Abs. 2 ZPO eine Rolle spielen. Denn bei elektronischen Dokumenten handelt es sich, unabhängig von einer enthaltenen Gedankenklärung, um Augenscheinsobjekte, auf die die Vorschriften des Urkundsbeweises keine Anwendung finden können.⁹⁹¹ Dies ergibt sich unmittelbar aus § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO, der für den Fall eines elektronischen Dokuments die Vorlage oder Übermittlung einer Datei vorsieht. Mit Blick auf die tatbestandlichen Anforderungen für eine Anordnung ergeben sich allerdings keine nennenswerten Abweichungen zum Beweis durch Urkunden. Die Vorschriften der §§ 422 bis 432 ZPO finden entsprechende Anwendung, § 371 Abs. 2 S. 2 ZPO, sodass insbesondere ein materiell-rechtlicher Anspruch oder eine Bezugnahme durch den Prozessgegner vorliegen muss. Daneben kann gemäß § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO die Einnahme des Augenscheins auch amtswegig angeordnet werden. Hinsichtlich der Voraussetzungen einer solchen Anordnung kann auf die Parallelvorschrift des § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO verwiesen werden.⁹⁹²

dd) Parteivernehmung

Des Weiteren besteht im Zivilprozess die Möglichkeit, die gegnerische Partei zu Beweis Zwecken zu vernehmen. Dies kann entweder gemäß § 445 Abs. 1 ZPO im Parteibetrieb oder von Amts wegen nach § 448 ZPO geschehen. Im erstgenannten Fall müssen über den Antrag der beweisbelasteten Partei hinaus die zu beweisenden Tatsachen genau bezeichnet werden, da andernfalls die Gefahr einer unzulässigen Ausforschung bestünde.⁹⁹³ Insoweit ist die Situation mit einer gerichtlichen Anordnung der Urkundenvorlage vergleichbar.⁹⁹⁴ Eine Parteivernehmung von Amts wegen nach § 448 ZPO ist gegenüber anderen Beweismitteln als subsidiär zu behandeln, kommt also erst nach Erhebung der angebotenen Beweise in Betracht. Aus

⁹⁹¹ Stein/Jonas-Berger, vor § 371 Rn. 7; Berger, NJW 2005, 1016.

⁹⁹² Musielak-Stadler, § 144 Rn. 3.

⁹⁹³ Thomas/Putzo-Reichhold, § 445 Rn. 1.

⁹⁹⁴ Siehe oben unter 6. Teil A. I. 2. b) aa) (2), S. 241 ff.

der bereits durchgeführten Beweisaufnahme muss sich darüber hinaus eine gewisse Anfangswahrscheinlichkeit für das Vorliegen der zu beweisenden Tatsache ergeben, sodass die Parteivernehmung nur der Ausräumung von letzten Zweifeln dient.⁹⁹⁵

Zur Behebung einer Beweisnot des Lizenzinteressenten ist die Vernehmung nach §§ 445, 448 ZPO ein wenig aussichtsreiches Mittel. Die Partei wird regelmäßig bereits zur Aufklärung des Sach- und Streitstandes gemäß § 141 Abs. 1 S. 1 ZPO befragt, und es ist nicht zu erwarten, dass sie im Rahmen einer darüber hinausgehenden Vernehmung für sie nachteilige Informationen preisgibt. Im Hinblick auf die Anordnung einer Parteivernehmung ergeben sich ähnliche Probleme wie bei der gerichtlichen Vorlageanordnung. Eine Parteivernehmung darf nicht zur Ausforschung der Gegenseite missbraucht werden, sodass eine Vernehmung nur möglich ist, wenn ein hinreichend substantiierter Tatsachenvortrag möglich ist. Andernfalls ist weder eine Vernehmung im Parteibetrieb zulässig noch ein amtswegiges Vorgehen möglich, da es dazu dann an der geforderten Anfangswahrscheinlichkeit fehlt.

ee) Zugang zu Informationen der Kartellbehörden

Die Kartellbehörden erheben im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben wettbewerbsrelevante Unternehmens- und Marktdaten, werten diese zum Zweck der Wettbewerbsaufsicht aus und erstellen Marktübersichten.⁹⁹⁶ Bei Einleitung eines kartellbehördlichen Verfahrens stehen sowohl der Kommission gemäß Artt. 17 bis 21 VO (EG) 1/2003 als auch dem Bundeskartellamt gemäß §§ 54 bis 62 GWB darüber hinaus weitreichende Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung. Aus Sicht des Lizenzsuchers stellt sich die Frage, ob und inwieweit im Rahmen eines Zivilprozesses auf Informationen zugegriffen werden kann, die die zuständigen Behörden im Rahmen ihrer allgemeinen Aufsichtstätigkeit oder, wenn gegen den jeweiligen Patentinhaber bereits ein Verfahren eingeleitet worden ist, als Ergebnis zielgerichteter Ermittlungen erlangt haben. Von Interesse sind dabei neben relevanten Marktdaten zur Feststellung einer beherrschenden Stellung des Schutzrechtsinhabers insbe-

⁹⁹⁵ BGH, Urt. v. 26.3.1997, IV ZR 91/96, NJW 1997, 1988; Musielak-Huber, § 448 Rn. 3; Thomas/Putzo-Reichold, § 448 Rn. 2 m.w.N.

⁹⁹⁶ Jüntgen, S. 117.

sondere interne Unterlagen über Lizenzierungspraxis und Preisgestaltung, um auf dieser Grundlage eventuell einen Missbrauch nachweisen und eine angemessene Lizenzgebühr bestimmen zu können.

(1) Einholung amtlicher Auskünfte und Urkunden

Ein Zivilgericht kann zur Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen amtliche Auskünfte oder Urkunden bei Behörden oder anderen Gerichten einholen. Diese Möglichkeit wird in den §§ 273 Abs. 2 Nr. 2, 358a S. 2 Nr. 2 ZPO ausdrücklich erwähnt und ist als eigenständiges Beweismittel anerkannt.⁹⁹⁷ Mit Blick auf den zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz bildet diese Vorgehensweise allerdings eher die Ausnahme.⁹⁹⁸ Im Regelfall werden Auskünfte nur nach Antrag einer Partei und entsprechendem Beweisbeschluss gemäß §§ 358a S. 2 Nr. 2, 432 ZPO eingeholt. § 432 Abs. 1 ZPO sieht dies ausdrücklich für Urkunden vor, die sich in der Verfügungsgewalt einer Behörde befinden und die die Parteien nicht ohne Mitwirkung des Gerichts beschaffen können. Dazu müssen die Akten, die für erheblich erachtet werden, genau bezeichnet werden.⁹⁹⁹ Der pauschale Hinweis auf Informationen der Wettbewerbsbehörde oder das allgemein gehaltene Verlangen, die jeweilige Akte beizuziehen, reicht daher nicht aus.¹⁰⁰⁰ Ob eine Behörde ihrerseits verpflichtet ist, dem gerichtlichen Ersuchen zu entsprechen, richtet sich nach dem jeweils geltenden Verfahrensrecht.¹⁰⁰¹

Im Fall der *Kommission* wird die Übermittlung von Informationen an Gerichte in Art. 15 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 1/2003 und § 90a Abs. 3 GWB geregelt. Danach können Gerichte der Mitgliedsstaaten im Rahmen von Verfahren, in denen Art. 81 und 82 des EG-Vertrages (nun Art. 101, 102 AEUV) zur Anwendung kommen, die Kommission um Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, oder um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der

⁹⁹⁷ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Übers § 373 Rn. 32.

⁹⁹⁸ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber*, Art. 15 VerfVO Rn. 9.

⁹⁹⁹ BGH, Urt. v. 9.6.1994, IX ZR 125/93, NJW 1994, 3295 (3296); *Stein/Jonas-Leipold*, § 432 Rn. 5.

¹⁰⁰⁰ *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber*, Art. 15 VerfVO Rn. 9.

¹⁰⁰¹ *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 432 Rn. 7; *Zöller-Geimer*, § 432 Rn. 3.

Gemeinschaft betreffen. Zu diesen Informationen können neben allgemeinen Studien insbesondere auch Unterlagen gehören, die die Kommission im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gesammelt hat.¹⁰⁰²

Problematisch ist, dass diese Unterlagen regelmäßig Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des untersuchten Unternehmens enthalten werden, die gemäß Art. 339 AEUV (ex-Art. 287 EGV) und Art. 28 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 Schutz genießen. Dabei handelt es sich um Tatsachen, die im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb stehen, für die Wettbewerbsfähigkeit von Bedeutung sind, nicht offenkundig und nach dem Willen des Inhabers geheim zu halten sind.¹⁰⁰³ Zwar erstreckt sich die Verpflichtung der Kommission zur Weitergabe von vorhandenen Informationen auch auf solche Dokumente.¹⁰⁰⁴ Die Wettbewerbsbehörde ist dann allerdings verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um die Vertraulichkeit der Informationen zu schützen.¹⁰⁰⁵ Dies soll dadurch geschehen, dass vor einer Übermittlung bei dem betreffenden Gericht angefragt wird, ob dieser Schutz gewährleistet ist.¹⁰⁰⁶ Andernfalls werden die vertraulichen Informationen nicht weitergeleitet.¹⁰⁰⁷ Die Gewähr einer Vertraulichkeit bestünde zweifelsohne, wenn das Gericht die Informationen an keinen Dritten und damit auch nicht an die jeweiligen Parteien weitergeben würde. Diese Möglichkeit gibt es allerdings nach deutschem Zivilprozessrecht nicht, da ein solches „Geheimverfahren“ nicht vorgesehen ist und die den Parteien nicht zugänglichen Dokumente einer Urteilsfindung nicht zugrunde ge-

¹⁰⁰² EuG, Urt. v. 18.9.1996, T-353/94, Slg. 1996, II-961, Rn. 64 – *Postbank NV*; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber, Art. 15 VerfVO Rn. 11.

¹⁰⁰³ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, BVerfGE, 115, 205 (230) – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB § 72 Rn. 7; Wiedemann-Werner, § 54 Rn. 105.

¹⁰⁰⁴ EuG, Urt. v. 18.9.1996, T-353/94, Slg. 1996, II-961, Rn. 89 – *Postbank NV*; Klees, § 8 Rn. 53.

¹⁰⁰⁵ EuG, Urt. v. 18.9.1996, T-353/94, Slg. 1996, II-961, Rn. 89 – *Postbank NV*.

¹⁰⁰⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004, Nr. C 101/54, Rn. 25.

¹⁰⁰⁷ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004, Nr. C 101/54, Rn. 25; Klees, § 8 Rn. 54.

legt werden dürfen.¹⁰⁰⁸ Der Geheimnisschutz kann im Zivilverfahren daher nicht absolut gelten, sondern muss im Einzelfall vom erkennenden Gericht gegen andere betroffene Interessen abgewogen werden.¹⁰⁰⁹ Ob dieser eingeschränkte Schutz von Geschäftsgeheimnissen von der Kommission als ausreichend angesehen wird, ist bislang noch ungeklärt.¹⁰¹⁰

In Ermangelung spezieller Regelungen zur Übermittlung von Informationen durch das *Bundeskartellamt* richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften über die Amtshilfe. Als Amtshilfe wird die verfassungsrechtliche Pflicht einer Behörde bezeichnet, auf Ersuchen eine andere Behörde zu unterstützen, Art. 35 Abs. 1 GG; § 4 Abs. 1 VwVfG. Diese Pflicht gilt auch im Verhältnis zu Gerichten; Voraussetzungen und Umfang richten sich dann nach §§ 4 ff. VwVfG beziehungsweise den jeweiligen landesrechtlichen Regelungen.¹⁰¹¹ Die Prüfung, ob eine Pflicht zur Amtshilfe besteht, sowie deren Durchführung bestimmen sich nach den Vorschriften der ersuchten Behörde, § 7 Abs. 1 S. 2 VwVfG.¹⁰¹² Es muss von Amts wegen geprüft werden, ob die Amtshilfeleistung nach dem für sie maßgeblichen Recht zu erbringen ist oder etwaige Beschränkungen bestehen.¹⁰¹³

Eine solche Beschränkung kann sich in Bezug auf die in den Akten enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ergeben. Nach der Vorschrift des § 30 VwVfG, die nach § 5 Abs. 2 S. 2 VwVfG auch im Rahmen der Amtshilfe zu berücksichtigen ist, hat der Beteiligte eines behördlichen Verfahrens Anspruch darauf, dass diese Art von Informationen von der jeweiligen Behörde nicht unbefugt offenbart werden.¹⁰¹⁴ Daraus folgt kein absoluter Geheimnisschutz; vielmehr kann eine Befugnis zur Offenbarung durch die Behörde bestehen, wenn eine Güter- und Interessenabwägung ergibt, dass der subjektive Geheimhaltungswille zugunsten höherrangiger Rechts-

¹⁰⁰⁸ BGH, Urt. v. 12.11.1991, KZR 18/90, BGHZ 116, 47 (58) – *Amtsanzeiger*; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber, Art. 15 VerfVO Rn. 12; *Kürschner*, NJW 1992, 1804.

¹⁰⁰⁹ Vgl. § 72 Abs. 2 S. 4 GWB; OVG Lüneburg, Urt. v. 24.1.2003, 14 PS 1/02, NVwZ 2003, 629.

¹⁰¹⁰ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber, Art. 15 VerfVO Rn. 12.

¹⁰¹¹ *Kopp/Ramsauer*, § 4 Rn. 6a.

¹⁰¹² *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, § 7 Rn. 3.

¹⁰¹³ *Kopp/Ramsauer*, § 7 Rn. 4; *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, § 7 Rn. 3.

¹⁰¹⁴ *Kopp/Ramsauer*, § 5 Rn. 24a; *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, § 5 Rn. 29.

güter der Allgemeinheit oder Einzelner im Einzelfall zurücktreten muss.¹⁰¹⁵ Darüber hinaus ist bei der Weitergabe im Rahmen eines Amtshilfeersuchens sicher zu stellen, dass die Unterlagen im Behördenbereich verbleiben und damit ihre Vertraulichkeit durch die Verpflichtung der Amtsträger zur Amtsverschwiegenheit hinreichend gesichert ist.¹⁰¹⁶

Für den Lizenzinteressenten bedeutet dies, dass allgemeine Informationen der Kartellbehörden, d.h. insbesondere gesammelte Marktdaten und Studien unproblematisch in das Zivilverfahren eingeführt werden können. Dies kann für den Nachweis der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers eine sehr große Hilfe darstellen. Ein Beweisantrag mit dem Ziel, über die Wettbewerbsbehörden an interne Unterlagen und Lizenzverträge der Gegenseite zu kommen, ist hingegen nahezu aussichtslos, weil sowohl Kommission wie auch Bundeskartellamt in diesem Fall die Unternehmens- und Geschäftsgeheimnisse des Patentinhabers schützen müssen. Die Kommission darf letztgenannte Informationen nur weitergeben, wenn die empfangende Stelle ihrerseits den Schutz der Daten garantieren kann. Da ein deutsches Gericht eine solche absolute Gewähr nicht bieten kann, ist die Weitergabe vertraulicher Informationen sehr unwahrscheinlich. Dem Bundeskartellamt ist ebenfalls die Übermittlung vertraulicher Daten untersagt, soweit nicht deren nur interne Verwendung beim Empfänger sichergestellt ist. Zudem müsste die erforderliche Interessenabwägung die Weitergabe der vertraulichen Informationen erlauben. Das Ergebnis einer solchen behördlichen Abwägung im Einzelfall lässt sich allerdings kaum vorhersehen.

(2) Amicus curiae

Über die bloße Beiziehung von Akten und Auskünften hinaus können die Kartellbehörden auch als so genannter „amicus curiae“ (lat.: Freund des Gerichts) fungieren und aktiv im Verfahren mitwirken. So hat die Kommission nach Art. 15 Abs. 3 VO (EG) 1/2003 und § 90a Abs. 2 GWB die Möglichkeit aus eigener Initiative in Prozessen, in denen Art. 101 und 102 AEUV (ex-Artt. 81 und 82 EGV) zur

¹⁰¹⁵ VGH München, Beschl. v. 12.2.1990, 5 C 89.198, NVwZ 1990, 778 (779); *Kopp/Ramsauer*, § 30 Rn. 16; *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, § 30 Rn. 20.

¹⁰¹⁶ *Kopp/Ramsauer*, § 5 Rn. 27.

Anwendung gelangen, schriftlich wie mündlich Stellungnahmen abzugeben. Eine entsprechende Befugnis des Bundeskartellamts ergibt sich aus § 90 Abs. 2 GWB. Durch die genannten Vorschriften sollen die Wettbewerbsbehörden in die Lage versetzt werden, durch Rechtsausführungen sowie eigenen Tatsachenvortrag auch in Zivilprozessen das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Wettbewerb wahrnehmen zu können.¹⁰¹⁷

Von dieser Möglichkeit machen die Wettbewerbsbehörden allerdings nur sehr selten Gebrauch.¹⁰¹⁸ Die Kommission hat sich bislang vereinzelt an letztinstanzlichen Verfahren beteiligt und es ist zu erwarten, dass sie in Zukunft weiterhin so verfahren wird.¹⁰¹⁹ Auch das Bundeskartellamt nimmt nur in besonders bedeutsamen Verfahren Stellung und sieht in den Tatsacheninstanzen von einer Mitwirkung praktisch ausnahmslos ab.¹⁰²⁰

Für den Lizenzinteressenten bedeutet diese Praxis, dass von Seiten der Wettbewerbsbehörden keine Hilfe bei der Aufklärung des Sachverhaltes zu erwarten ist. Denn dazu wäre jedenfalls eine Mitwirkung im Rahmen einer Tatsacheninstanzen erforderlich, um auf diese Weise vorhandene Ermittlungsergebnisse eines kartellbehördlichen Verfahrens auch im Zivilprozess fruchtbar zu machen. Bloße Rechtsausführungen sind nicht geeignet, der Beweisnot des Klägers abzuhelpfen.

ff) Ergebnis

Die prozessualen Möglichkeiten des Lizenzsuchers zur Behebung seiner Beweisnot bleiben fragmentarisch. So wird eine Vorlageanordnung nach § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO nur erlassen werden, wenn sich die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Missbrauch bereits aus anderen Umständen ergeben. Andernfalls fehlt es an dem Erfordernis eines schlüssigen und substantiierten Vortrags. Der Nutzen einer Vorlage der Handelsbücher des Patentinhabers nach § 258 HGB ist auf den Fall einer selektiven Lizenzierung begrenzt, wenn anhand der Buchungen eine streitige an-

¹⁰¹⁷ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Dicks, § 90 Rn. 1, 4.

¹⁰¹⁸ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Dicks, § 90 Rn. 2.

¹⁰¹⁹ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Zuber, Art. 15 Rn. 6 VerfVO; Zuber, S. 96 ff.

¹⁰²⁰ Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Dicks, § 90 Rn. 2; Zuber, S. 102.

derweitige Lizenzerteilung bewiesen werden kann. Zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung kann schließlich die Vorlage von Marktdaten und Analysen der Kartellbehörden beantragt werden, soweit diese keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Patentinhabers enthalten. Die erforderlichen Informationen über Lizenzierungspraxis und Preisgestaltung sind auf prozessualen Wege nicht zu bekommen.

c) **Materiell-rechtliche Ansprüche**

Einen spezialgesetzlichen Auskunftsanspruch zur privaten Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche gibt es nicht.¹⁰²¹ Allerdings finden sich im deutschen Zivilrecht eine Vielzahl von Ansprüchen, die der Aufklärung eines Sachverhaltes dienen und im BGB oder in anderen Gesetzen ihren Niederschlag gefunden haben.¹⁰²² Diese Untersuchung beschränkt sich im Folgenden auf diejenigen materiell-rechtlichen Möglichkeiten, die aus Sicht eines Lizenzinteressenten zur Behebung seines Informationsdefizits in Betracht kommen.

aa) Anspruch auf Akteneinsicht gegen Kartellbehörden

Im letzten Abschnitt wurde dargestellt, ob und inwieweit Informationen der Kartellbehörden mittels Vorlage von Urkunden oder durch die aktive Einbindung der Kartellbehörden im Zivilverfahren genutzt werden können.¹⁰²³ Davon zu unterscheiden sind materiell-rechtliche Ansprüche des Lizenzinteressenten auf Akteneinsicht gegenüber den Wettbewerbsbehörden, wenn Letztere ein Verfahren gegen den Patentinhaber eingeleitet haben. Die in diesem Zusammenhang gesammelten Informationen können, vor dem Hintergrund der weitgehenden behördlichen Ermittlungsbefugnisse, für ein zivilgerichtliches Verfahren von ganz erheblichem Wert sein. Bei der Prüfung eines solchen Rechts auf Akteneinsicht ist zwischen einem

¹⁰²¹ *Labme*, S. 229.

¹⁰²² Siehe §§ 402, 469 Abs. 1 S. 1, 666, 716 Abs. 1, 809, 810, 1361 Abs. 4 S. 4, 1379 Abs. 1, 1580 S. 2, 1605 Abs. 1, 1698 Abs. 1, 1890 S. 1, 2027, 2028, 2218 Abs. 1, 2314 BGB sowie außerhalb des BGB die §§ 87c, 101, 118 Abs. 1, 166 Abs. 1, 233 Abs. 1 HGB, § 140b PatG und § 24b GebrMG.

¹⁰²³ Siehe oben 6. Teil A. I. 2. b) ee), S. 248 ff.

Anspruch gegen die Kommission und einem solchen gegen das Bundeskartellamt zu differenzieren.

(1) Anspruch gegen die Kommission

Ein Anspruch gegen die Kommission aus europäischem Kartellverfahrensrecht scheidet aus, weil nach Art. 15 Abs. 1 VO (EG) Nr. 773/2004¹⁰²⁴ nur den Parteien, gegen die sich das jeweilige Verfahren richtet, ein Akteneinsichtsrecht zusteht. Ein Informationsanspruch könnte sich allerdings aus der VO (EG) Nr. 1049/2001 (TransparenzVO)¹⁰²⁵ ergeben. Als Konkretisierung des in Art. 255 EGV primärrechtlich statuierten Transparenzprinzips gewährt die Norm jedem Unionsbürger und jeder natürlichen oder juristischen Person, ungeachtet einer Beteiligung an einem Verfahren oder der Geltendmachung eines berechtigten Interesses, einen Zugang zu den Dokumenten der europäischen Organe. Der Anspruch erstreckt sich sowohl auf selbst verfasste Dokumente wie auch auf solche, die bei dem jeweiligen Organ eingegangen sind oder sich in dessen Besitz befinden, Art. 2 Abs. 3 TransparenzVO.

Die Anwendung der TransparenzVO auf Kartellverfahrensakten ist umstritten. Teilweise wird sie in der Literatur mit dem Argument abgelehnt, dass das kartellrechtliche Akteneinsichtsrecht als speziellere Regelung vorgehe und danach ein Einsichtsrecht Dritter in Dokumente des behördlichen Verfahrens ausgeschlossen sei.¹⁰²⁶ Nach ganz überwiegender Ansicht ergänzt die TransparenzVO hingegen die kartellrechtliche Regelung auf Akteneinsicht.¹⁰²⁷ Auch der EuG ist in mittlerweile

¹⁰²⁴ Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7. April 2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission.

¹⁰²⁵ Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.

¹⁰²⁶ *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102 (104 ff.).

¹⁰²⁷ *Riemann*, S. 270 f.; *Dreher*, ZWeR 2008, 325 (335); *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152; *Lorenz*, NVwZ 2005, 1274; *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486.

drei Entscheidungen von einer parallelen Anwendung ausgegangen, ohne sich mit der Streitfrage näher zu beschäftigen.¹⁰²⁸

Letztgenannte Ansicht überzeugt. Zunächst verfolgen die beiden Regelungen unterschiedliche Zielsetzungen.¹⁰²⁹ Die extrem weite Formulierung des Art. 2 VO (EG) Nr. 1049/2001 verdeutlicht, dass nach der Intention des Gesetzgebers alle Dokumente der Gemeinschaftsorgane erfasst werden sollen, um ein größtmögliches Maß an Transparenz zu ermöglichen. Das Kartellverfahrensrecht hingegen regelt lediglich die Rechte der jeweiligen Verfahrensbeteiligten.¹⁰³⁰ Aus dem Umstand, dass Dritten in diesem Regelungszusammenhang kein Einsichtsrecht zugestanden wird, kann nicht geschlossen werden, dass es ein solches nicht aus einem anderen Gesichtspunkt, nämlich der Transparenz behördlicher Verfahren, geben kann. Die berechtigten Interessen der Kartellbehörden an einer effizienten Untersuchung und der Beteiligten an der Geheimhaltung ihrer Geschäftsgeheimnisse werden im Übrigen auch nach der TransparenzVO geschützt, indem der Zugang nach Art. 4 der Verordnung verweigert werden kann.¹⁰³¹

Art. 4 TransparenzVO enthält eine abschließende Aufzählung der möglichen Verweigerungsgründe. Von besonderem Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang die Möglichkeit, zum Schutz von „geschäftlichen Interessen einschließlich geistigen Eigentums“ (Art. 4 Abs. 2, 1. Spiegelstrich) sowie von „Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten“ (Art. 4 Abs. 2, 3. Spiegelstrich) ein Informationsbegehren zurückzuweisen. Zwar ist durch den Ausnahmecharakter der Vorschrift im Verhältnis zu dem in Art. 2 TransparenzVO statuierten Grundsatz eine enge Auslegung geboten.¹⁰³² Dennoch werden auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts beide Ausnahmen häufig einschlägig sein.¹⁰³³

¹⁰²⁸ EuG, Urt. v. 13.4.2005, T-2/03, EuZW 2005, 566 – *Verein für Konsumenteninformation*; Urt. v. 30.5.2006, T-198/05, BeckRS 2006 70407, Rn. 75 – *Bank Austria Creditanstalt*; Urt. v. 9.9.2008, T-403/05, Slg. 2008, II-02027 – *MyTravel Group*.

¹⁰²⁹ *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486 (487).

¹⁰³⁰ *Tietje/Nowrot*, EWS 2006, 486 (487).

¹⁰³¹ EuG, Urt. v. 30.5.2006, T-198/05, BeckRS 2006 70407, Rn. 75 – *Bank Austria Creditanstalt*.

¹⁰³² *Bröhmer*, S. 361.

¹⁰³³ *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102 (103).

Dies ist auch bei dem Informationsverlangen eines Lizenzsuchers der Fall, dem es gerade darauf ankommt, mit Lizenzverträgen und internen Dokumenten zur Preisgestaltung an sensible Unternehmensdaten zu gelangen. Daher wird es einem Schutzrechtsinhaber ohne größere Schwierigkeiten gelingen, die Kommission im Rahmen des gemäß Art. 4 Abs. 4 TransparenzVO vorgesehenen Konsultationsverfahrens von seinem berechtigten Geheimhaltungsinteresse zu überzeugen.¹⁰³⁴ Auch die Gefährdung der Untersuchungstätigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2, 3. Spiegelstrich TransparenzVO lässt sich jedenfalls bei noch andauernden Ermittlungen der Wettbewerbsbehörde sehr gut darstellen. Denn die Bereitschaft zur Kooperation des marktbeherrschenden Unternehmens mit der Kommission einschließlich der Preisgabe relevanter interner Dokumente wird nach aller Voraussicht leiden, wenn die Weitergabe dieser Informationen an potenzielle Gegner in einem Zivilrechtsstreit zu befürchten ist.¹⁰³⁵

Liegen Verweigerungsgründe vor, so ist nach Art. 4 Abs. 2 a. E. TransparenzVO im Rahmen einer Abwägung zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse an der Verbreitung der jeweiligen Information überwiegt.¹⁰³⁶ Fraglich ist indes, welches öffentliche Interesse der Lizenzinteressent zum Zweck der Einsichtnahme fruchtbar machen kann. Einige Stimmen im Schrifttum weisen darauf hin, dass die private Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche nicht nur den Einzelinteressen des Klägers dienen, sondern vielmehr als „zweites Standbein“ neben der öffentlich-rechtlichen Sanktionierung durch die Kartellbehörden treten würde.¹⁰³⁷ Auf diese Weise werde das Vertragsziel eines funktionierenden und unverfälschten Wettbewerbs konsequent verfolgt.¹⁰³⁸ Wenn mittels der Einsichtnahme also eine solche Klage vorbereitet oder unterstützt werden soll, diene dies zugleich einem öffentlichen Interesse.¹⁰³⁹

¹⁰³⁴ *EU-Kommission*, Staff working paper accompanying the white paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Rn. 104; vgl. zum Begriff des Geschäftsgeheimnisses im Rahmen der VO (EG) 1049/2001 *Riemann*, S. 187.

¹⁰³⁵ *Soltész/Marquier/Wendenburg*, EWS 2006, 102 (106).

¹⁰³⁶ *Grabitz/Hilf-Krajewski/Rösslein*, Art. 255 EGV Rn. 41; *Bröhmer*, S. 360.

¹⁰³⁷ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152 (158).

¹⁰³⁸ *Tietjel/Nowrot*, EWS 2006, 486 (487).

¹⁰³⁹ *Tietjel/Nowrot*, EWS 2006, 486 (487).

Gegen diese Auffassung spricht die jüngere Rechtsprechung des EuG. In der Entscheidung *MyTravel Group* stellte das Gericht klar, dass im Hinblick auf den Verordnungszweck ein allgemeines und objektives Informationsinteresse bestehen müsse, das nicht mit besonderen oder privaten Interessen verwechselt werden dürfe. Die Möglichkeit einer Klage – in dem Verfahren ging es um einen Anspruch gegen Gemeinschaftsorgane – begründe gerade kein öffentliches Interesse, da in diesem Fall der Antragsteller nur persönlich betroffen sei.¹⁰⁴⁰ Es ist nicht ersichtlich, dass für den Bereich des private enforcement von kartellrechtlichen Ansprüchen eine andere Wertung vorzunehmen ist. In der Vergangenheit stand die Kommission der Preisgabe von Informationen an Dritte, auch wegen des im Einzelfall durchaus erheblichen Arbeitsaufwands, bereits eher ablehnend gegenüber.¹⁰⁴¹ Es ist daher naheliegend, dass die Kommission, gestützt auf die neuere gemeinschaftsgerichtliche Rechtsprechung, die klageweise Durchsetzung nicht als öffentliches Interesse anerkennt und entsprechende Anträge ablehnend beschieden werden.

(2) Anspruch gegen das Bundeskartellamt

Vergleichbar mit der TransparenzVO gewährt § 1 Abs. 1 des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes (IFG) gegenüber Behörden des Bundes einen umfassenden Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Dieser Anspruch wird allerdings durch eine Reihe von Ausnahmen erheblich eingeschränkt. Insbesondere besteht nach § 3 Nr. 1 lit. d) IFG kein Anspruch, wenn das Bekanntwerden einer Information sich nachteilig auf die Kontroll- und Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbsbehörden auswirken kann. Der Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen darf gemäß § 6 S. 2 IFG nur nach Einwilligung des Betroffenen gewährt werden. Diese Geheimnisse genießen daher absoluten Schutz, ohne dass der Behörde die Möglichkeit einer Abwägung verbleibt.¹⁰⁴² Vor diesem Hintergrund wird sich ein Anspruch des Lizenzinteressenten aus IFG kaum begründen lassen. Denn selbst wenn nach Abschluss eines Verfahrens die Gefährdung der behördlichen Aufgabenerfüllung

¹⁰⁴⁰ EuG, Urt. v. 6.9.2008, T-403/05, Slg. 2008, II-02027, Rn. 65 f. – *MyTravel Group*.

¹⁰⁴¹ *Jüntgen*, S. 63 f.

¹⁰⁴² *Rossi*, § 6 Rn. 76; *Schoch*, § 6 Rn. 73; *Kugelmann*, NJW 2005, 3609 (3612).

nicht mehr zu befürchten ist, kann der Patentinhaber sein Interesse an der Geheimhaltung durch Verweigerung der erforderlichen Einwilligung dauerhaft schützen.

Im Hinblick auf einen Anspruch auf Akteneinsicht ist nach den unterschiedlichen kartellrechtlichen Verfahrensarten zu differenzieren: Im kartellbehördlichen Verwaltungsverfahren sowie im Beschwerdeverfahren besteht ein Anspruch nur, wenn der Antragsteller am Verfahren beteiligt ist oder war, §§ 29, 13 VwVfG, §§ 72 Abs. 1, 67 Abs. 1 GWB. Da dies in Bezug auf einen Lizenzinteressenten kaum jemals der Fall sein wird, scheidet ein Anspruch auf Akteneinsicht insoweit aus.

Im Bußgeldverfahren hat ein Verletzter einen Anspruch auf Akteneinsicht, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegen kann, § 406e Abs. 1 StPO, § 46 Abs. 1 und 3 S. 4 OWiG.¹⁰⁴³ Der Verletztenbegriff des § 406e StPO ist dabei weit auszulegen. Es reicht aus, wenn durch die Tat anerkannte Interessen des Antragstellers beeinträchtigt sein können.¹⁰⁴⁴ Die Beeinträchtigung des Lizenzinteressenten durch ein marktmissbräuchliches Verhalten dürfte insoweit genügen. Auch kann regelmäßig ein berechtigtes Interesse geltend gemacht werden. Ein solches liegt insbesondere vor, wenn die Akteneinsicht dem Zweck dient, bürgerlich-rechtliche Ansprüche geltend zu machen, und zwar nach überwiegender Auffassung auch dann, wenn deren Bestehen im Zeitpunkt des Einsichtsverlangens noch nicht feststeht.¹⁰⁴⁵

Die Akteneinsicht kann nach § 406e Abs. 2 StPO jedoch versagt werden, wenn der behördliche Untersuchungszweck gefährdet erscheint oder schutzwürdige Interessen des Dritten oder anderer Personen entgegenstehen. Teilweise wird aus letztgenanntem Versagungsgrund ein allgemeines Verbot abgeleitet, Aktenbestandteile, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten enthalten, offenzulegen.¹⁰⁴⁶ Derartige Informationen seien verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich geschützt

¹⁰⁴³ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152 (158); *Mäger/Zimmer/Milde*, WUW 2009, 885 (886).

¹⁰⁴⁴ *Kiethe*, wistra 2006, 50; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393 (394).

¹⁰⁴⁵ LG Bielefeld, Urt. v. 7.12.1994, Qs 621/94 IX, wistra 1995, 118; LG Mühlhausen, Urt. v. 26.9.2005, 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76; *Graf-Weiner*, § 406e Rn. 2; *Kiethe*, wistra 2006, 50; *Kurth*, NStZ 1997, 1 (7); a.A.: *Meyer/Goßner*, § 406 Rn. 3; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393 (395).

¹⁰⁴⁶ *Mäger/Zimmer/Milde*, WUW 2009, 885 (886).

und könnten Dritten nicht zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche zugänglich gemacht werden.¹⁰⁴⁷

Nach der zustimmungswürdigen Gegenansicht kann es einen solch absoluten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bei der Akteneinsicht nicht geben.¹⁰⁴⁸ § 406e StPO enthält keinen Vorrang für bestimmte schutzwürdige Interessen, vielmehr sind die unterschiedlichen Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies gilt auch im Hinblick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.¹⁰⁴⁹ Nach Auffassung des Bundeskartellamts als zuständige Stelle kann eine solche Abwägung durchaus zugunsten des jeweiligen Anspruchstellers ausgehen. In ihrem 2005 veröffentlichten Diskussionspapier zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung betont die Wettbewerbsbehörde, dass dem Kläger in einem so genannte Follow-on-Verfahren ein Anspruch aus § 406e StPO zustehe. Auf diese Weise könne dessen Beweissituation entscheidend verbessert werden.¹⁰⁵⁰ Aus der Beschränkung auf nachlaufende Klageverfahren lässt sich allerdings entnehmen, dass die Wettbewerbsbehörde durch die Gewährung von Akteneinsicht den Erfolg ihrer Untersuchung gefährdet sieht und erst nach Abschluss eines Beschwerdeverfahrens Anträge auf Akteneinsicht positiv bescheiden wird.

bb) Ansprüche auf Vorlegung von Sachen

Die §§ 809, 810 BGB gewähren unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Recht auf die Vorlage von Sachen, um auf diese Weise die Prüfung eines anderen Anspruchs zu ermöglichen.¹⁰⁵¹ Es stellt sich die Frage, inwieweit die Regelungen geeignet sind, dem Lizenzsucher bei dem Nachweis eines Missbrauchs zur Seite zu stehen.

¹⁰⁴⁷ *Mäger/Zimmer/Milde*, WUW 2009, 885 (886).

¹⁰⁴⁸ *Lampert/Weidenbach*, WRP 2007, 152 (160).

¹⁰⁴⁹ *Graf-Weiner*, § 406e Rn. 3; *Meyer/Goßner*, § 406e Rn. 6.

¹⁰⁵⁰ *Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung 2005, S. 27.

¹⁰⁵¹ *Palandt-Sprau*, § 809 Rn. 1.

(1) Anspruch auf die Besichtigung von Sachen gemäß § 809 BGB

Nach § 809 BGB kann derjenige, der gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich über einen solchen Gewissheit verschaffen will, verlangen, dass der Besitzer die Sache vorlegt oder die Besichtigung gestattet, wenn ein Interesse an der Besichtigung besteht. Der Begriff der Sache richtet sich nach den §§ 90, 90a BGB und schließt auch Urkunden als körperliche Gegenstände ein.¹⁰⁵² Insoweit ist ein Anspruch auf Vorlage von Dokumenten des Patentinhabers nicht von vornherein ausgeschlossen.

Ein Anspruch „in Ansehung der Sache“ steht dem Lizenzinteressenten allerdings nicht zu. Ein solcher setzt voraus, dass entweder die Sache selbst Gegenstand des Begehrens ist, also die Prüfung eines Herausgabeanspruchs in Rede steht,¹⁰⁵³ oder dass der Anspruch in irgendeiner Weise von Bestand oder Beschaffenheit der Sache abhängt.¹⁰⁵⁴ Dies ist beispielsweise, bei der Überprüfung von Computern zwecks Feststellung der Verwendung von nicht lizenzierten Kopien eines urheberrechtlich geschützten Programms¹⁰⁵⁵ oder der Offenlegung des Quellcodes bei einer Urheberrechtsverletzung¹⁰⁵⁶ bejaht worden, da die Verletzung des Immaterialgüterrechts in diesen Fällen durch die rechtswidrige Beschaffenheit der Sache selbst verwirklicht wurde. Ein Anspruch im Hinblick auf die Vorlegung von Urkunden wäre denkbar, wenn deren Beschaffenheit anspruchsbegründend wirkt, indem beispielsweise der Nachweis einer Fälschung zu führen ist.¹⁰⁵⁷

Im Fall eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs besteht weder ein Herausgabeanspruch noch kommt es auf Bestand oder Beschaffenheit der beim Patentinhaber befindlichen Urkunden an. Der Bestand entsprechender Dokumente ist für das Vorliegen des kartellrechtlichen Anspruchs insoweit unerheblich, als das Verhalten des Schutzrechtsinhabers den Vorwurf eines Missbrauchs auch zu be-

¹⁰⁵² MüKoBGB-Habersack, § 809 Rn. 3; Palandt-Sprau, § 809 Rn. 3.

¹⁰⁵³ MüKoBGB-Habersack, § 809 Rn. 5; Palandt-Sprau, § 809 Rn. 3.

¹⁰⁵⁴ BGH, Urt. v. 8.1.1985, X ZR 18/84, BGHZ 93, 191 – *Druckbalken*; MüKoBGB-Habersack, § 809 Rn. 5; Palandt-Sprau, § 809 Rn. 4; Staudinger-Marburger, § 809 Rn. 6.

¹⁰⁵⁵ KG, Urt. v. 11.8.2000, 5 U 3069/90, NJW 2001, 233 (235).

¹⁰⁵⁶ BGH, Urt. v. 2.5.2002, I ZR 45/01, BGHZ 150, 377 – *Faxkarte*.

¹⁰⁵⁷ *Prieß/Gabriel*, NJW 2008, 331.

gründen vermag, ohne in einer Urkunde dokumentiert zu sein. So können im Fall einer Ungleichbehandlung beispielsweise nur mündliche Lizenzverträge geschlossen oder rechtswidrige Teile in Form einer mündlichen Nebenabrede vereinbart worden sein. Soweit entsprechende Dokumente vorhanden sind, kommt es auch nicht auf deren Beschaffenheit an. Ihr Inhalt wird zwar in vielen Fällen geeignet sein, den Missbrauch zu beweisen. Die bloße Geeignetheit zu Beweis Zwecken stellt jedoch keinen Anspruch in Ansehung der Sache dar und erfüllt damit nicht die Voraussetzung des § 809 BGB.¹⁰⁵⁸

(2) Anspruch auf Einsicht in Urkunden gemäß § 810 BGB

§ 810 BGB statuiert ein Recht zur Einsichtnahme in Urkunden, die sich in fremdem Besitz befinden. Die Vorschrift setzt im Gegensatz zur Regelung des § 809 BGB nicht voraus, dass ein Anspruch in Ansehung der Sache beziehungsweise der Urkunde selbst besteht.¹⁰⁵⁹ Erforderlich ist allerdings eine bestimmte Beziehung des Anspruchstellers zu der jeweiligen Urkunde.¹⁰⁶⁰ Eine solche liegt dann vor, wenn diese im Interesse des Anspruchstellers errichtet wurde, sie ein Rechtsverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und einem Dritten beurkundet oder Verhandlungen dokumentiert, an denen der Anspruchsteller beteiligt war.¹⁰⁶¹ Darüber hinaus muss ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme bestehen, d.h. die Urkunde zur Förderung, Erhaltung oder zur Verteidigung einer rechtlich geschützten Position benötigt werden.¹⁰⁶²

Für den Lizenzinteressenten kann die Vorschrift des § 810 BGB eine gewisse Bedeutung erlangen, wenn in der Vergangenheit bereits eine Lizenzvereinbarung mit dem Patentinhaber bestanden hat oder dahingehende Verhandlungen stattgefunden haben und die dabei angefertigten Verträge und anderen Unterlagen beim Interessenten nicht mehr vorhanden sind, aber für die Durchsetzung des kartellrechtlichen

¹⁰⁵⁸ Prieß/Gabriel, NJW 2008, 331.

¹⁰⁵⁹ Prieß/Gabriel, NJW 2008, 331.

¹⁰⁶⁰ Palandt-Sprau, § 810 Rn. 1; Staudinger-Marburger, § 810 Rn. 12.

¹⁰⁶¹ Bamberger/Roth-Gehrlein, § 810 Rn. 2 ff.; Palandt-Sprau, § 810 Rn. 3 ff.; Staudinger-Marburger, § 810 Rn. 12 ff.

¹⁰⁶² BGH, Urt. v. 8.4.1981, VIII ZR 98/80, NJW 1981, 1733; Soergel-Heckelmann/Wilhelmi, § 810 Rn. 3; Staudinger-Marburger, § 810 Rn. 10.

Anspruchs benötigt werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an den Abbruch einer Lizenzierung zu denken. In einem solchen Fall liegt ein Vorlegungstatbestand wie auch ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme vor, wenn die Urkunden für den Nachweis eines Zwangslizenzanspruchs benötigt werden.

Abgesehen von dieser besonderen Konstellation hilft die Vorschrift des § 810 BGB nicht weiter, da Lizenzverträge mit Dritten oder interne Unterlagen des Patentinhabers in keiner Beziehung zum Lizenzinteressenten stehen und daher ein Einblick in diese Unterlagen nicht möglich ist.

cc) Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB

Neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Informationspflichten kann sich nach allgemeiner Ansicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ein Auskunftsanspruch ergeben.¹⁰⁶³ Dieser Anspruch dient als Hilfsanspruch der Durchsetzung eines anderen (Haupt-) Leistungsanspruchs und richtet sich in aller Regel gegen dessen Schuldner.¹⁰⁶⁴

(1) Subsidiarität

Für einen Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben ist nur dann Raum, wenn dem Anspruchsteller keine andere gleichwertige Möglichkeit der Informationsbeschaffung zur Verfügung steht.¹⁰⁶⁵ Denn die Auferlegung einer Informationspflicht stellt für den Schuldner einen nicht unerheblichen Eingriff dar, die im Einzelfall dazu führen kann, dass er sich selbst belasten und zur Rechtsverfolgung eines anderen zu seinen Ungunsten beitragen muss.¹⁰⁶⁶ Zur Wahrung des Verhältnismäßig-

¹⁰⁶³ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 12; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 4; Staudinger-Bittner, § 260 Rn. 18 ff. m.w.N.; Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 603; Stürner, S. 296 ff.; Köhler, NJW 1992, 1477 (1480).

¹⁰⁶⁴ Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 9.

¹⁰⁶⁵ BGH, Urt. v. 27.6.1973, IV ZR 50/72, BGHZ61, 180; Urt. v. 14.7.1987, IX ZR 57/86, WM 1987, 1127; Urt. v. 2.2.1999, KZR 11/97, GRUR 1999, 1025 (1029); Osterloh-Konrad, S. 205; Stürner, S. 336; Winkler von Mohrenfels, S. 57.

¹⁰⁶⁶ Osterloh-Konrad, S. 205.

keitsprinzips ist der Auskunftsanspruch aus § 242 BGB daher nur als ultima ratio heranzuziehen.¹⁰⁶⁷

Aus systematischen Gründen genießen alle ausdrücklich geregelten Informationsansprüche als Spezialvorschriften Vorrang und können nicht durch einen Anspruch auf der Grundlage von Treu und Glauben umgangen werden. Schließlich scheidet ein eigenständiger Auskunftsanspruch dann aus, wenn der Kenntnisnot des Anspruchstellers auf prozessualer Ebene wirksam begegnet werden kann. Dabei ist neben prozessualen Möglichkeiten zur Tatsachenermittlung insbesondere an eine Modifizierung der Beweissituation durch die Auferlegung sekundärer Darlegungs- und Beweislasten zu denken.¹⁰⁶⁸

(2) Voraussetzungen

Eine Auskunftspflicht aus § 242 BGB besteht, wenn eine zwischen den Parteien bestehende Sonderrechtsbeziehung es mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte un schwer erteilen kann.¹⁰⁶⁹

(a) Sonderrechtsbeziehung

Der Umstand, dass eine Person über Informationen verfügt, die für einen anderen bedeutsam sind, genügt für die Begründung eines Auskunftsanspruchs nicht. Vielmehr muss zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner eine Sonderrechtsbeziehung bestehen, wobei die Art der rechtlichen Verbindung ohne Belang ist.¹⁰⁷⁰ Es kann sich dabei um einen Vertrag ebenso wie um ein gesetzliches Schuldverhältnis handeln.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁷ Osterloh-Konrad, S. 205 f.; Winkler von Mohrenfels, S. 57.

¹⁰⁶⁸ Osterloh-Konrad, S. 211 f.

¹⁰⁶⁹ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 12; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 4 m.w.N.

¹⁰⁷⁰ BGH, Urt. v. 7.5.1980, VIII ZR 120/79, NJW 1980, 2463 (2464); MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 13; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 5; Jüntgen, S. 40.

¹⁰⁷¹ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 13.

Aus der Sonderrechtsbeziehung muss sich in der Regel ein dem Grunde nach feststehender Leistungsanspruch ergeben, da es sich bei der Auskunftspflicht aus Treu und Glauben lediglich um eine Nebenverpflichtung zu einem Hauptanspruch handelt.¹⁰⁷² Im Falle gesetzlicher Ansprüche müssen dazu sämtliche anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale vorliegen und lediglich der Anspruchsinhalt darf offen bleiben.¹⁰⁷³

(b) Entschuldbare Ungewissheit

Der Berechtigte muss in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang des Rechts im Ungewissen sein.¹⁰⁷⁴ Das bedeutet zunächst, dass es eines Informationsbedürfnisses bedarf, der Anspruchsteller also mit anderen Worten auf die Tatsachenkenntnis zur Durchsetzung eines Anspruchs angewiesen ist, und für das Vorliegen der begehrten Tatsachen die Darlegungs- und Beweislast trägt.¹⁰⁷⁵ Die Ungewissheit ist entschuldbar, wenn sich der Berechtigte die Informationen nicht selbst in zumutbarer Weise beschaffen kann. Denn nur in einem solchen Fall erscheint es gerechtfertigt, einen anderen auf Auskunft in Anspruch zu nehmen.¹⁰⁷⁶ Das bedeutet, dass zunächst eigene Unterlagen ausgewertet sowie Privatgutachten oder behördliche Ermittlungsakten, soweit zulässig, eingeholt werden müssen.¹⁰⁷⁷ Werden diese Möglichkeiten schuldhaft nicht ausgeschöpft, scheidet ein Auskunftsanspruch aus.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷² MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 15.

¹⁰⁷³ BGH, Urt. v. 18.1.1978, VIII ZR 262/76, NJW 1978, 1002; MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 16; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 6.

¹⁰⁷⁴ BGH, Urt. v. 9.11.1983, IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24 (31); OLG Hamm, Urt. v. 24.5.2000, 3 U 145/99, NJW-RR 2001, 236 (237); Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 7; Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 601.

¹⁰⁷⁵ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 18; Staudinger-Bittner, § 260 Rn. 19.

¹⁰⁷⁶ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 18.

¹⁰⁷⁷ BGH, Urt. v. 16.6.1970, V ZR 90/67, WM 1970, 1116; Urt. v. 9.11.1983, IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24 (31); OLG Hamm, Urt. v. 24.5.2000, 3 U 145/99, NJW-RR 2001, 236 (237).

¹⁰⁷⁸ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 18.

(c) Zumutbarkeit des Arbeitsaufwandes

Der Verpflichtete muss „unschwer“, d.h. ohne unbillige Belastung in der Lage sein, die Auskunft zu erteilen.¹⁰⁷⁹ Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob ihm der mit der Auskunftserteilung verbundene Arbeitsaufwand zugemutet werden kann.¹⁰⁸⁰ Für die Zumutbarkeit spielt die Art des Rechtsverhältnisses, auf das der Auskunftsanspruch gestützt wird, eine wesentliche Rolle. Grundet er sich auf eine Rechtsverletzung, kann ein größerer Aufwand gerechtfertigt sein.¹⁰⁸¹

(3) Auskunftsanspruch im Falle eines Zwangslizenzanspruchs

Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob im Fall eines Zwangslizenzanspruchs ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB in Betracht kommt.

(a) Subsidiarität

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass dem Lizenzinteressenten keine umfassende Informationsmöglichkeit zur Verfügung steht. Erleichterungen auf Beweisebene bleiben ebenso unzureichend wie Instrumente des Prozessrechts oder gesetzlich geregelte materiell-rechtliche Informationsansprüche. Die zur Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs gegebenenfalls erforderliche Kenntnis über Bestehen und Inhalt der Lizenzverträge des Schutzrechtsinhabers sowie die Ermittlung der jeweiligen Gestehungskosten ist dem Lizenzsucher auf diesem Wege nicht möglich. Der Anwendungsbereich für den nur subsidiär anwendbaren Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ist mithin eröffnet.

(b) Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs

Desweiteren ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs in allen denkbaren Missbrauchskonstellationen vorliegen.

¹⁰⁷⁹ BGH, Urt. v. 17.5.1994, X ZR 82/92, BGHZ 126, 109; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 8.

¹⁰⁸⁰ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 20; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 8.

¹⁰⁸¹ BGH, Urt. v. 13.6.1985, I ZR 35/83, BGHZ 95, 285 (293); MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 20.

(aa) Entschuldbare Ungewissheit beim Lizenzsucher und Zumutbarkeit des Arbeitsaufwands seitens des Patentinhabers

Hinsichtlich der entschuldbaren Ungewissheit auf Seiten des Lizenzsuchers und der Zumutbarkeit der Auskunftserteilung beim Patentinhaber ergeben sich keine durchgreifenden Bedenken. Wie bereits erörtert, liegt beim Lizenzinteressenten ein Informationsdefizit vor, das die Nichterweislichkeit des Zwangslizenzanspruchs zur Folge haben kann. Dies bezieht sich in Fällen der Diskriminierung und Ausbeutung auf das Vorliegen eines Missbrauchs selbst. Darüber hinaus sind Informationen über die Lizenzierungspraxis sowie zu den Gestehungskosten jedenfalls erforderlich, um den Inhalt der kartellrechtlich gebotenen Lizenz zu bestimmen.

Die Erteilung einer diesbezüglichen Auskunft ist dem Patentinhaber im Hinblick auf den damit verbundenen Arbeitsaufwand auch zuzumuten. Abgeschlossene Lizenzverträge werden in aller Regel aufbewahrt und auffindbar sein, sodass der diesbezügliche Arbeitsaufwand überschaubar bleibt. Hinsichtlich der Gestehungskosten kann auf die interne Rechnungslegung und damit ebenfalls auf vorhandene leicht zu ermittelnde Unterlagen zurückgegriffen werden.

(bb) Kartellrechtlicher Anspruch auf Zwangslizenz als rechtliche Sonderverbindung

Schwierigkeiten können sich allerdings im Hinblick auf das Erfordernis einer bestehenden Sonderrechtsbeziehung ergeben. In Ermangelung einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Lizenzsucher und Patentinhaber kommt als solche nur der kartellrechtliche Zwangslizenzanspruch selbst in Betracht.¹⁰⁸² Allgemein begründen Ansprüche aus Kartellrecht ein gesetzliches Schuldverhältnis und können daher das Erfordernis einer bestehenden Sonderverbindung zwischen Gläubiger und Schuldner des Auskunftsanspruchs begründen.¹⁰⁸³ Entsprechend hat die Rechtsprechung

¹⁰⁸² So auch Böck, S. 157; Maume, Rn. 326 ff.

¹⁰⁸³ Lahme, S. 232 f.; Jüntgen, S. 40 f.

wiederholt auch in kartellrechtlichen Fällen Auskunftsansprüche nach § 242 BGB zugesprochen.¹⁰⁸⁴

In Bezug auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruch stellt sich die Frage, ob dieser in jedem Fall zur Begründung der Sonderbeziehung herangezogen werden kann, da der Auskunftsanspruch – wie bereits erläutert – in einigen Fällen dazu dienen soll, das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs erst noch zu ermitteln. Da bei gesetzlichen Ansprüchen die Tatbestandsvoraussetzungen in der Regel vorliegen müssen, d.h. der Anspruch dem Grunde nach feststehen muss, fehlt es in einer solchen Konstellation allerdings an einer bereits bestehenden Sonderverbindung.

Es ist daher danach zu differenzieren, inwieweit die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Anspruchs – auch unter Berücksichtigung der bereits erörterten prozessualen wie materiell-rechtlichen Instrumente – festgestellt werden können, ohne mittels eines Auskunftsanspruchs auf Informationen zugreifen zu müssen, die sich ausschließlich in der Sphäre des Schutzrechtsinhabers befinden.

Dies ist zunächst im Fall einer generellen Lizenzverweigerung möglich. Die marktbeherrschende Stellung lässt sich anhand zugänglicher Marktdaten und –analysen der Kartellbehörden sowie auf der Grundlage von Privatgutachten belegen und auch die weiteren Voraussetzungen können festgestellt werden, ohne dass es Informationen von Seiten des Inhabers bedürfte. Gleiches gilt sowohl für den Fall eines ungerechtfertigten Lizenzierungsabbruchs als auch einer selektiven Lizenzierungspraxis. In diesen Fällen ist das für den Missbrauch maßgebliche Verhalten in aller Regel offenkundig oder kann, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme anderer prozessualer wie materiell-rechtlicher Informationsmöglichkeiten, nachgewiesen werden. In den genannten Fällen können die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs und damit auch die erforderliche Sonderrechtsverbindung in Form eines gesetzlichen Schuldverhältnisses festgestellt werden, sodass ein Anspruch auf Auskunft gegeben ist.

¹⁰⁸⁴ BGH, Urt. v. 2.7.1996, KZR 20/91, NJW 1996, 3212 (3214); Urt. v. 2.2.1999, KZR 11-97, NJW 1999, 2671 (2675); Urt. v. 27.4.1999, KZR 54/97, NJWE-WettbR 1999, 212 (214); OLG München, Urt. v. 27.2.1997, U (K) 3297/96, NJWE-WettbR 1997, 234 (238); OLG Stuttgart, Urt. v. 16.2.2001, 2 U 218/99, NJOZ 2002, 483 (492); Urt. v. 28.9.2001, 2 U 220/00, GRUR-RR 2003, 21 (23) – *Rohrpressverbindungen*.

Anders stellt sich die Situation in Bezug auf einen Ausbeutungsmisbrauch sowie eine Diskriminierung durch sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Lizenzbedingungen dar. In diesen Fällen ist die Kenntnis über Bestehen und Inhalt bereits abgeschlossener Nutzungsvereinbarung, sowie bei einem Fehlen solcher Verträge die Kenntnis über die Gestehungskosten, für die Feststellung des Tatbestandes unabdingbar.

(cc) Wahrscheinlicher Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein Auskunftsanspruch auch dann in Betracht kommt, wenn es an einer festgestellten Sonderverbindung fehlt.

Die Rechtsprechung lässt von dem Grundsatz eines bestehenden Leistungsanspruchs Ausnahmen zu und erachtet in einigen Bereichen auch einen nur wahrscheinlich vorliegenden Leistungsanspruch als ausreichend.¹⁰⁸⁵ Nachfolgend soll untersucht werden, in welchen Konstellationen dies geschieht und ob sich daraus Maßgaben ableiten lassen, die sich auf den Lizenzierungsanspruch übertragen lassen.

Im Bereich des *Immaterialgüterrechts* ist es anerkannt, dass dem Inhaber im Falle einer Rechtsverletzung ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB gegen den Verletzer auch dann zusteht, wenn ein Schadenseintritt nicht belegt werden kann.¹⁰⁸⁶ Es reicht insoweit aus, dass ein Schadenseintritt wahrscheinlich ist und entsprechende Anhaltspunkte dargelegt werden können. Da das Vorliegen eines Schadens anspruchsbegründende Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist, steht der Leistungsanspruch in einem solchen Fall noch nicht fest, sondern kann entfallen, wenn es tatsächlich zu gar keiner Schädigung gekommen ist. Die Auskunftspflicht wird allerdings damit begründet, dass der Anspruchsteller keine andere Möglichkeit hat, den Schadenseintritt festzustellen, weil sich die dazu erforderlichen Informationen in der Sphäre des Verletzers befinden.¹⁰⁸⁷ So sind nach der im Immaterialgüter-

¹⁰⁸⁵ MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 15; Lahme, S. 232.

¹⁰⁸⁶ BGH, Urt. v. 25.6.1954, I ZR 7/53, GRUR 1954, 457 (459) – *Irus-Urus*; Urt. v. 18.12.1959, I ZR 27/58, GRUR 1960, 256 (259) – *Chérie*; Urt. v. 5.6.1985, I ZR 53/83, NJW 1986, 1244 (1249) – *Gema-Vermutung I*; Urt. v. 23.10.2001, X ZR 72/98, GRUR 2002, 149 (152) – *Wetterführungspläne II*.

¹⁰⁸⁷ BGH, Urt. v. 23.10.2001, X ZR 72/98, GRUR 2002, 149 (152) – *Wetterführungspläne II*.

terrecht anerkannten Methode der dreifachen Schadensberechnung in jedem Fall Informationen über Art und Umfang der schutzrechtsverletzenden Handlungen erforderlich, auf die der Schutzrechtsinhaber keinen unmittelbaren Zugriff hat.

Deutlich weiter geht die Rechtsprechung im Bereich des *Erbrechts*. So gewährt der BGH einem Nacherben einen Auskunftsanspruch, wenn gewisse Anhaltspunkte für ihn beeinträchtigende unentgeltliche Verfügungen vorliegen.¹⁰⁸⁸ Das ist dann der Fall, wenn die Person gegen die sich der Auskunftsanspruch richtet, mit dem Vorerben in einer solchen Beziehung gestanden hat, die die Vermutung nahelegt, der Vorerbe könne ihr aus dem der Nacherbfolge unterliegenden Nachlass unentgeltliche Zuwendungen gemacht haben.¹⁰⁸⁹

Auch dem Pflichtteilsberechtigten, der einen Herausgabeanspruch nach § 2329 Abs. 1 BGB geltend macht, steht ein Auskunftsanspruch zu, wenn für das Vorliegen der den Nachlass mindernden Schenkung gewisse Anhaltspunkte vorliegen.¹⁰⁹⁰ Der BGH tritt ausdrücklich der Auffassung entgegen, die Schenkung – und damit der Leistungsanspruch – müssten schon feststehen, um einen Auskunftsanspruch begründen zu können.¹⁰⁹¹ Bei einem Abfindungsergänzungsanspruch nach § 13 Abs. 1 S. 1 HöfeO soll es ausreichen, wenn genannter Anspruch eines weichenden Erben gegen seinen Miterben „ernstlich in Betracht“ kommt.¹⁰⁹²

In einer Entscheidung zu dem Auskunftsanspruch des Vertragserben, der einen Anspruch wegen beeinträchtigender Schenkungen nach § 2287 Abs. 1 BGB geltend macht, hat der BGH den Zweck und die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs präzisiert.¹⁰⁹³ Demnach soll durch die Pflicht aus § 242 BGB derjenige geschützt werden, dessen Berechtigung leerzulaufen droht, weil er in entschuldbarer Weise über die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs nicht unterrichtet ist, vielmehr nur sein Anspruchsgegner die erforderlichen Kenntnisse hat und sie un-

¹⁰⁸⁸ BGH, Urt. v. 15.3.1972, IV ZR 131/70, BGHZ 58, 237 (239).

¹⁰⁸⁹ BGH, Urt. v. 15.3.1972, IV ZR 131/70, BGHZ 58, 237 (239).

¹⁰⁹⁰ BGH, Urt. v. 27.6.1973, IV ZR 50/72, BGHZ 61, 180 (184); Urt. v. 8.7.1985, II ZR 150/84, NJW 1986, 127 (128).

¹⁰⁹¹ BGH, Urt. v. 27.6.1973, IV ZR 50/72, BGHZ 61, 180 (184).

¹⁰⁹² BGH, Beschl. v. 10.5.1984, BLw 2/83, BGHZ 91, 154 (171).

¹⁰⁹³ BGH, Urt. v. 26.2.1986, IVa ZR 87/84, NJW 1986, 1755 (1756).

schwer mitteilen kann. Der Anspruch erfordert allerdings, dass der Berechtigte den Hauptanspruch schlüssig darlegt und in substantiiertes Weise Tatsachen vorträgt und beweist, aus denen sich greifbare Anhaltspunkte für eine beeinträchtigende Schenkung ergeben.¹⁰⁹⁴

Die dargestellte Entscheidungspraxis zeigt, dass die Rechtsprechung von dem starren Erfordernis eines bestehenden Leistungsanspruchs Ausnahmen zulässt. Voraussetzung ist, dass der Tatbestand des Hauptanspruchs typischerweise nicht ohne Zugang zu Informationen des Gegners festgestellt werden kann und der Fortbestand dieser Informationsasymmetrie zu einem Leerlaufen des materiell-rechtlichen Anspruchs führt. Besonders deutlich wird dies im Hinblick auf die erbrechtlichen Ansprüche, die Verfügungen des potenziellen Schuldners an Dritte voraussetzen. Da der Berechtigte daran in aller Regel nicht beteiligt war und der Dritte – soweit überhaupt bekannt – keine Angaben machen muss, kann nur der Anspruchsgegner die erforderlichen Informationen liefern. Der BGH hat die Anforderungen an den Auskunftsanspruch mithin abgesenkt, um materiell-rechtlichen Rechtspositionen in diesen besonderen Konstellationen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen.¹⁰⁹⁵ Voraussetzung ist in allen Fällen die schlüssige Darlegung sowie die auf gewisse tatsächliche Anhaltspunkte gestützte Wahrscheinlichkeit des Hauptanspruchs. Damit wird nicht auf die Voraussetzung einer Sonderrechtsverbindung verzichtet, sondern im Hinblick auf die schwierige Beweissituation lediglich ein niedriger Grad an Gewissheit verlangt.

Die Situation bei einem Zwangslizenzanspruch ist mit den dargestellten Konstellationen durchaus vergleichbar. So hängen das Bestehen und der Umfang des Leistungsanspruchs jeweils von Vorgängen ab, an denen der Berechtigte nicht beteiligt war und über die er in aller Regel keine Kenntnis haben kann. Bei immaterialgüterrechtlichen Ansprüchen sind dies Art und Umfang der Verletzungshandlungen, bei den erbrechtlichen Ansprüchen die Verfügungen des potenziellen Schuldners an Dritte.

¹⁰⁹⁴ BGH, Urt. v. 26.2.1986, IVa ZR 87/84, NJW 1986, 1755 (1756).

¹⁰⁹⁵ *Winkler von Mohrenfels*, NJW 1987, 2557 (2558).

Bei einem Zwangslizenzanspruch besteht die Informationsasymmetrie in erster Linie im Hinblick auf anderweitig abgeschlossene Lizenzverträge. Aus deren Vorliegen – im Fall einer selektiven Lizenzierung – oder den verwendeten Konditionen kann sich der Vorwurf einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung oder Ausbeutung ergeben, ohne dass der Lizenzsucher an ihrem Zustandekommen beteiligt gewesen wäre. Hat der Schutzrechtsinhaber bislang keine Lizenzen erteilt, hängt das Vorliegen des kartellrechtlichen Anspruchs von den Gestehungskosten des Patents ab. Auch zu diesen für die Durchsetzung seines Anspruchs erforderlichen Informationen hat der Lizenzsucher keinen Zugang.

Daran wird deutlich, dass der Lizenzsucher unter einem strukturellen Informationsdefizit leidet und es sich nicht um eine Sondersituation handelt, die auf besonderen Umständen im Einzelfall beruht und daher gegebenenfalls hinzunehmen wäre. Dieses Informationsdefizit führt, soweit ihm nicht abgeholfen wird, zum Prozessverlust, da dem Lizenzsucher der ihm obliegende Beweis des Missbrauchs regelmäßig nicht gelingen kann. Im Ergebnis kommt es dadurch zu einer faktischen Entwertung der materiell-rechtlichen Rechtsstellung in Form des kartellrechtlichen Lizenzanspruchs.

Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, dem Lizenzsucher auch dann einen Auskunftsanspruch zuzugestehen, wenn eine bestehende Sonderverbindung noch nicht feststeht, das Vorliegen eines Zwangslizenzanspruchs allerdings wahrscheinlich ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die dargestellten Ausnahmen der Rechtsprechung lediglich einen engen Anwendungsbereich abdecken, der nicht leichtfertig im Hinblick auf ein an anderer Stelle vorhandenes Informationsbedürfnis ausgeweitet werden kann. Daher muss geprüft werden, ob der Auskunftsanspruch unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte eine angemessene Lösungsmöglichkeit darstellt.

In den Verfahren *Courage/Crehan* und *Manfredi* hat der EuGH ausgeführt, dass die *Durchsetzung subjektiver Rechte*, die sich aus Gemeinschaftsrecht ergeben, dem jeweils einschlägigen nationalen Recht unterliegt.¹⁰⁹⁶ Neben dem bereits erwähn-

¹⁰⁹⁶ EuGH, Urt. v. 20.6.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-06297, Rn. 29 – *Courage/Crehan*; Urt. v. 26.1.2006, C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-06619, Rn. 62 – *Manfredi*.

ten Äquivalenzprinzip, wonach Verfahren nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als bei Rechtsbehelfen, die innerstaatliches Recht betreffen, ist dabei auch das Effektivitätsprinzip zu beachten. Das bedeutet, dass die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf.¹⁰⁹⁷ Im deutschen Recht wird das Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes aus dem Justizgewährungsanspruch als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips abgeleitet.¹⁰⁹⁸

Übertragen auf den kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruch bedeutet dies zunächst, dass dessen Durchsetzung nicht durch die Heranziehung allgemeiner Beweisregeln unmöglich gemacht werden darf, sondern eine Möglichkeit bestehen muss, um ein eventuell bestehendes strukturelles Informationsdefizit zu überwinden.¹⁰⁹⁹ Die erweiterte Anwendung von Generalklauseln ist in solchen Fällen geeignet, den Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz zu genügen.¹¹⁰⁰ Daher erscheint die Heranziehung eines Auskunftsanspruchs auf der Grundlage von Treu und Glauben nach § 242 BGB als ein gangbarer Weg.

Für die Zuerkennung eines Auskunftsanspruchs spricht zudem, dass die Befugnisse der Kartellbehörden bereits bei dem Verdacht eines missbräuchlichen Verhaltens einen Auskunftsanspruch aus § 59 Abs. 1 GWB vorsehen.¹¹⁰¹ Soweit auch im Rahmen der (erwünschten) privaten Kartellrechtsdurchsetzung eine wahrscheinliche Rechtsverletzung als ausreichend angesehen wird, handelt es sich insoweit um eine Annäherung an die parallel verlaufenden Befugnisse bei gleichzeitiger Stärkung des private enforcements.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁷ EuGH, Urt. v. 20.6.2001, C-453/99, Slg. 2001, I-06297, Rn. 29 ff. – *Courage/Crehan*; Urt. v. 26.1.2006, C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-06619, Rn. 62 – *Manfredi*; *Kersting*, ZWeR 2008, 252 (255).

¹⁰⁹⁸ BVerfGE, Beschl. v. 16.1.1980, 1 BvR 679/78, BVerfGE, 53, 115 (127); Beschl. v. 11.6.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (291); *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 91.

¹⁰⁹⁹ *De Bronett*, WuW 2009, 899 (908).

¹¹⁰⁰ *Jüntgen*, S. 17.

¹¹⁰¹ *Immenga/Mestmäcker-Klaue*, GWB, § 59 Rn. 19.

¹¹⁰² *Jüntgen*, S. 50.

Allerdings muss der Patentinhaber vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme geschützt werden. Das Erfordernis einer bestehenden Sonderverbindung bietet Gewähr dafür, dass der Verpflichtete nicht ohne tatsächliche Anknüpfung Auskunft erteilen muss. Soweit an die Stelle des bestehenden Anspruchs ein nur wahrscheinlicher Leistungsanspruch treten kann, besteht die Gefahr, dass ein Lizenzinteressent auf der Grundlage der unsubstantiierten Behauptung eines kartellrechtlichen Anspruchs die Möglichkeit erhält, Zugriff auf Informationen des Patentinhabers zu bekommen. Dies kann verhindert werden, indem die Anforderungen an die Darlegung eines wahrscheinlichen Missbrauchs nicht zu gering angesetzt werden. Als Maßstab für den Grad der Wahrscheinlichkeit kann auf die Regelung des § 294 ZPO zur Glaubhaftmachung im Eilrechtsschutz zurückgegriffen werden. Danach ist eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu fordern, d.h. dass das erkennende Gericht das Vorliegen der behaupteten Tatsache für wahrscheinlicher halten muss als deren Gegenteil.¹¹⁰³

In tatsächlicher Hinsicht muss der Lizenzinteressent Umstände zur Begründung des kartellrechtlichen Anspruchs darlegen, soweit es ihm zu diesem Zeitpunkt möglich ist. Dies schließt insbesondere die marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers ein, die gegebenenfalls durch Einholung von Privatgutachten, Marktanalysen der Wettbewerbsbehörden, oder – im Fall eines standardimmanenten Schutzrechts – auch durch Veröffentlichungen der Standardisierungsorganisation nachgewiesen werden muss. Soweit die erforderlichen Tatsachen zur Darlegung eines missbräuchlichen Verhaltens fehlen und durch den Auskunftsanspruch erst beschafft werden sollen, ist zu verlangen, dass belastbare Anhaltspunkte für eine kartellrechtswidrige Handlung vorgelegt werden, die über bloße Vermutungen deutlich hinausgehen. Zu denken ist dabei insbesondere an den Nachweis, dass unter den angebotenen Lizenzbedingungen auf dem nachgelagerten Markt nicht zu marktgängigen Preisen angeboten werden kann.¹¹⁰⁴ Daraus kann unter Umständen auf eine Preis-Kosten-Schere geschlossen werden. Darunter versteht man eine Preisstrategie vertikal inte-

¹¹⁰³ BGH, Beschl. v. 20.3.1996, VIII ZB 7/96, NJW 1996, 1682; Beschl. v. 9.2.1998, II ZB 15-97, NJW 1998, 1870; MüKoZPO-Prütting, § 294 Rn. 24; Musielak-Huber, § 294 Rn. 3.

¹¹⁰⁴ Vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 11.9.2008, 4b O 81/07, NJOZ 2009, 930 (946 ff.) – *MPEG 2-Standard*.

grierter Unternehmen, bei der die Spanne zwischen dem Preis für das Vorprodukt und dem Marktpreis für das Endprodukt so verringert wird, dass Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt nicht kostendeckend agieren können.¹¹⁰⁵ Kann der Lizenzinteressent gegenüber anderen auf dem Markt tätigen Unternehmen nicht zu Wettbewerbsbedingungen anbieten, liegt es nahe, dass diesen Lizenzen zu günstigeren Bedingungen erteilt worden sind und sich dieser Kostenvorteil in niedrigeren Produktpreisen niederschlägt.

Nach alledem erscheint es gut vertretbar, einen Auskunftsanspruch bereits bei Vorliegen eines wahrscheinlichen Zwangslizenzanspruchs zuzusprechen. Die Rechtsprechung lässt im Erb- und Immaterialgüterrecht einen wahrscheinlichen Leistungsanspruch ausreichen, wenn die Durchsetzung des Hauptanspruchs von Informationen aus der Sphäre des Anspruchsgegners abhängt und andernfalls wegen einer strukturellen Informationsasymmetrie leer zu laufen droht. Eine solche Situation kann auch in Bezug auf den Zwangslizenzanspruch entstehen, sodass sich die genannte Rechtsprechung übertragen lässt. Für die Zuerkennung eines Auskunftsanspruchs spricht zudem, dass andernfalls kein effektiver Rechtsschutz und damit insoweit auch keine wirksame private Kartellrechtsdurchsetzung möglich wäre. Das Interesse des Patentinhabers vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme kann schließlich geschützt werden, indem die Anforderungen an den wahrscheinlichen Anspruch in tatsächlicher Hinsicht nicht zu gering angesetzt werden.

(c) Inhalt des Auskunftsanspruchs

Ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ist auf die Abgabe einer schriftlichen Wissenserklärung, also die Mitteilung von Tatsachen, gerichtet.¹¹⁰⁶ Die umfassende Vorlage von Unterlagen kann im Gegensatz zu einem Anspruch auf Rechnungslegung nicht verlangt werden.¹¹⁰⁷ In jedem Fall ist aber die Angabe so genannter Kon-

¹¹⁰⁵ *EU-Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009, C 45/7, Rn. 80; Langen/Bunte-Bulst, Art. 82 Rn. 306.

¹¹⁰⁶ BGH, Urt. v. 24.3.1994, I ZR 42/93, GRUR, 630 (632) – *Cartier-Armreif*; Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.31; MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 40.

¹¹⁰⁷ Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.31; Jauernig-Mansel, § 242 Rn. 22.

trolltatsachen erforderlich, um dem Gläubiger die Überprüfung der mitgeteilten Tatsachen und ein Vorgehen nach §§ 259 Abs. 2, 260 Abs. 2 BGB zu ermöglichen.¹¹⁰⁸

(aa) Ergebnis einer Interessenabwägung

Art und Umfang des Auskunftsanspruchs sind anhand des Informationsinteresses des Gläubigers unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Auskunftsschuldners zu bestimmen.¹¹⁰⁹ Ein Informationsinteresse besteht nur insoweit, wie die Mitteilung der Tatsachen für die Durchsetzung des Hauptanspruchs notwendig ist.¹¹¹⁰ Soweit schutzwürdige Belange des Verpflichteten vorliegen, ist zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen.¹¹¹¹ Dabei sind insbesondere Art, Schwere und Wahrscheinlichkeit des Hauptanspruchs sowie Geheimhaltungsinteressen des Schuldners zu berücksichtigen.¹¹¹²

Im vorliegenden Zusammenhang ist der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen von besonderer Bedeutung, denn der Patentinhaber hat ein begründetes Interesse daran, nicht zu Angaben über seine interne Kostenstruktur oder über die Lizenzierungspraxis gezwungen zu werden.¹¹¹³ Mit dem Verhältnis von Informationsinteresse zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes auf der einen und dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auf der anderen Seite hat sich das BVerfG in einer jüngeren Entscheidung eingehend beschäftigt.¹¹¹⁴ Dem Beschluss lag eine Anfechtungsklage gegen die Genehmigung von Telekommunikationstarifen

¹¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 13.2.1976, I ZR 1/75, GRUR 1978, 52 (53) – *Fernschreibverzeichnisse*; Urt. v. 7.12.1979, I ZR 157/77, GRUR 1980, 227 (233) – *Monumenta Germaniae Historica*; Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.14; Köhler, NJW 1992, 1477 (1481).

¹¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 13.2.1976, I ZR 1/75, GRUR 1978, 52 (53) – *Fernschreibverzeichnisse*; Urt. v. 17.5.2001, I ZR 291/98, GRUR 2001, 841 (843) – *Entfernung der Herstellungsnummer II*.

¹¹¹⁰ BGH, Urt. v. 14.1.1977, I ZR 170/75, GRUR 1977, 491 (494); OLG Stuttgart, Urt. v. 28.9.2001, 2 U 220/00, GRUR-RR 2003, 21 (23) – *Rohrpressverbindungen*.

¹¹¹¹ Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.13; MüKoBGB-Krüger, § 260 Rn. 45; Köhler, NJW 1992, 1477 (1481).

¹¹¹² Staudinger-Bittner, § 260 Rn. 21; Jüntgen, S. 46.

¹¹¹³ Zum Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses siehe oben unter 6. Teil A. I. 2. b) ee) (1), S. 250.

¹¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, BVerfGE, 115, 205 – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*.

zugrunde. Die Kläger beehrten umfassende Einsicht in die Unterlagen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (heute Bundesnetzagentur), die ihnen im Zwischenverfahren vom Bundesverwaltungsgericht mit der Begründung gewährt wurde, dass der Beklagten daraus keine „existenziellen oder nachhaltigen Nachteile“ entstünden. Hiergegen richtete sich die Verfassungsbeschwerde der Beklagten, der vom BVerfG stattgegeben wurde.

Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass der genannte Maßstab dazu führe, dass der Geheimnisschutz regelmäßig zurücktrete, weil kaum jemals ein existenzieller Eingriff in Folge der Offenbarung von Informationen festgestellt werden könne.¹¹¹⁵ Damit werde verkannt, dass die beteiligten Interessen im Rahmen einer Abwägung zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden müssten.¹¹¹⁶ Dabei sei auch die Zielrichtung der Regulierung zu beachten, die darauf beschränkt sei, eine gesetzlich vorgesehene an den Kosten orientierte Bestimmung des Entgelts vorzunehmen und nicht das marktbeherrschende Unternehmen zu schwächen, indem Wettbewerbern Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gewährt wird, die für eine Bemessung des Entgelts nicht erforderlich sind.¹¹¹⁷

Die Entscheidung weist deutliche Parallelen zu der hier untersuchten Konstellation auf. Die marktbeherrschende Beschwerdeführerin ist gezwungen gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Der Erfolg der Klage gegen die Entgeltbestimmung hängt davon ab, dass die Kläger Informationen über die maßgeblichen Kosten auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens bekommen. Der Entscheidung lassen sich daher Maßgaben für den Auskunftsanspruch zur Durchsetzung einer Zwangslizenz entnehmen.

Zunächst lässt sich festhalten, dass der Schutz von Unternehmensgeheimnissen durchaus gegenüber dem Informationsinteresse des Auskunftsgläubigers zurücktreten kann. Der Umfang der Auskunft ist allerdings streng an dem verfolgten Zweck

¹¹¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, BVerfGE, 115, 205 (244) – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*.

¹¹¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, BVerfGE, 115, 205 (244) – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*.

¹¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.3.2006, 1 BvR 2087/03, BVerfGE, 115, 205 (243) – *Geschäfts- und Betriebsgeheimnis*.

– der Durchsetzung eines Anspruchs auf Lizenzerteilung – auszurichten. Eine darüber hinaus gehende Offenlegung von Informationen kann nicht verlangt werden. In dem häufigen Fall einer bereits stattgefundenen Lizenzierung erschöpft sich der Anspruch daher in der Auskunft über die maßgeblichen vertraglichen Konditionen, da anhand derer ein eventueller Missbrauch festgestellt und der Inhalt des sich anschließenden Hauptanspruchs bestimmt werden kann. Nur wenn der Patentinhaber bis zu diesem Zeitpunkt keine Nutzungsrechte eingeräumt hat, müssen Missbrauch und Anspruchsinhalt auf der Grundlage der Gestehungskosten ermittelt werden. Dies macht die Mitteilung der entsprechenden Anknüpfungstatsachen erforderlich. Keinesfalls besteht von Seiten des Lizenzinteressenten ein Anspruch auf Auskünfte in Bezug auf interne Strategiepapiere, Forschungsprojekte oder Kooperationen mit anderen Unternehmen sowie hinsichtlich Vereinbarungen über den Austausch von Know-How mit dritten Unternehmen.

(bb) Wirtschaftsprüfervorbehalt

Der Auskunftsanspruch kann darüber hinaus unter einen so genannten Wirtschaftsprüfervorbehalt gestellt werden. Dieses Rechtsinstitut hat die Rechtsprechung zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen entwickelt, wenn sich das Geheimhaltungsbedürfnis auf Informationen bezieht, die lediglich dazu dienen, die Richtigkeit und Vollständigkeit einer Auskunft überprüfen zu können.¹¹¹⁸ Beispielsweise erfasst im Rahmen einer Urheberrechtsverletzung der Auskunftsanspruch neben der Angabe über Umsatz und Gewinn auch die Angabe über Lieferpreise, Liefermengen und Lieferorte der rechtsverletzenden Gegenstände. Dem Auskunftsinteresse kann allerdings genügt werden, wenn die Überprüfung letztgenannter Angaben durch Einsicht in die Kundenlisten nur einem beauftragten Wirtschaftsprüfer vorbehalten bleibt.¹¹¹⁹ Auf diese Weise kann der Gläubiger die notwendigen Informationen erhalten und durch eine unabhängige Person überprüfen lassen, ohne den Schuldner zu einer Offenlegung geheimhaltungswürdiger Interna zu verpflichten. Dem Aus-

¹¹¹⁸ BGH, Urt. v. 13.2.1976, I ZR 1/75, GRUR 1978, 52 (53) – *Fernschreibverzeichnisse*; Urt. v. 7.12.1979, I ZR 157/77, GRUR 1980, 227 (233) – *Monumenta Germaniae Historica*; Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.19.

¹¹¹⁹ BGH, Urt. v. 7.12.1979, I ZR 157/77, GRUR 1980, 227 (233) – *Monumenta Germaniae Historica*.

kunftsschuldner ist allerdings das Recht zuzugestehen, durch gezielte Nachfragen – zum Beispiel nach einem bekannten Abnehmer – die Angaben stichprobenartig auch selbst überprüfen zu können.¹¹²⁰ Eine Auskunft unter Wirtschaftsprüfervorbehalt setzt voraus, dass das Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf die einzelnen Auskunftstatsachen höher zu gewichten ist als das Interesse an einer unbeschränkten Überprüfungsmöglichkeit auf Seiten des Auskunftsgläubigers.¹¹²¹ Kommt das angerufene Gericht im Einzelfall zu diesem Ergebnis, kann es – auch ohne Vorliegen eines entsprechenden Klageantrags – einen Wirtschaftsprüfervorbehalt anordnen.¹¹²²

Auch in Bezug auf einen Zwangslizenzanspruch kann es angezeigt sein, von der Möglichkeit eines Wirtschaftsvorbehalts Gebrauch zu machen, um auf diese Weise Unternehmensgeheimnisse des Patentinhabers aber auch Dritter zu schützen, mit denen bereits Lizenzverträge abgeschlossen wurden. Dies gilt zunächst für Auskünfte über die Konditionen bei einer anderweitigen Lizenzierung. Soweit die Überprüfung dieser Angaben durch Einblick in die Lizenzvereinbarungen erforderlich ist, müssen darin enthaltene sensible Daten und insbesondere die Identität der Lizenznehmer sowie die Zuordnung unterschiedlicher Vertragsbedingungen dem Lizenzinteressenten gegenüber nicht offengelegt werden. Diese Informationen sind insbesondere als schutzbedürftig einzustufen, wenn die einzelnen Lizenznehmer mit dem Lizenzsucher in einem tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbsverhältnis stehen.¹¹²³ Auch haben letztgenannte Informationen für die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs keine Bedeutung, weil es dafür nur auf das Vorliegen der Lizenzverträge und die darin enthaltenen Konditionen, nicht aber auf die Identität der einzelnen Lizenznehmer ankommt. Es erscheint ausreichend, wenn ein beauftragter Wirtschaftsprüfer in diesen Fällen, die Auskunft auf Vollständigkeit und Richtigkeit prüfen kann, also insbesondere festzustellen vermag, ob alle Lizenz-

¹¹²⁰ BGH, Urt. v. 13.2.1976, I ZR 1/75, GRUR 1978, 52 (53) – *Fernschreibverzeichnisse*; Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.22.

¹¹²¹ BGH, Beschl. v. 8.1.1999, I ZR 299/98, NJWE-WettbR 1999, 238 (239); Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.20.

¹¹²² BGH, Urt. v. 13.2.1976, I ZR 1/75, GRUR 1978, 52 (53) – *Fernschreibverzeichnisse*; Köhler/Bornkamm, § 9 Rn. 4.20.

¹¹²³ Vgl. Jüntgen, S. 51.

vereinbarungen berücksichtigt wurden und die mitgeteilten Vertragsbedingungen der Wahrheit entsprechen.

Soweit über die Gestehungskosten des Schutzrechts Auskunft zu erteilen ist, besteht ein großes Geheimhaltungsinteresse auf Seiten des Patentinhabers, denn dieser wird regelmäßig verhindern wollen, dass seine Berechnungen Dritten, insbesondere Konkurrenten zugänglich gemacht werden.¹¹²⁴ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass durch eine fehlende Offenlegung die Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs dauerhaft behindert wird. Jedenfalls in Fällen, in denen der Zwangslizenzanspruch bereits vor Auskunftserteilung feststeht und der Inhalt der kartellrechtlich gebotenen Lizenz auf anderem Wege nicht zu bestimmen ist, erscheint es daher angebracht, dem Informationsinteresse Vorrang zu gewähren. Das Geheimhaltungsinteresse des Patentinhabers kann allerdings dadurch berücksichtigt werden, dass die Überprüfung der gemachten Angaben durch ein Einblick in interne Unterlagen auch hier einem Wirtschaftsprüfer vorbehalten bleibt.

dd) Ergebnis

Gesetzlich geregelte materiell-rechtliche Informationsansprüche gegenüber den Kartellbehörden und dem Patentinhaber sind kaum geeignet, das Informationsdefizit auf Seiten des Lizenzinteressenten abzubauen.

Allerdings steht dem Lizenzinteressenten in allen denkbaren Missbrauchskonstellationen ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zur Seite. Die dazu erforderliche Sonderrechtsverbindung liegt mit dem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Lizenzsucher und Patentinhaber vor, das durch den deliktischen Anspruch auf Lizenzierung begründet wird.

In Fällen des Ausbeutungsmisbrauchs sowie einer Diskriminierung durch sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Lizenzbedingungen erscheint es gut vertretbar, insoweit einen nur wahrscheinlichen Anspruch ausreichen zu lassen, weil andernfalls das strukturelle Informationsdefizit auf Seiten des Patentinhabers regelmäßig zu einem Prozessverlust und damit einer faktischen Entwertung seines Lizenzanspruchs führen würde.

¹¹²⁴ Vgl. *Maume*, Rn. 332.

In tatsächlicher Hinsicht sind dann allerdings hohe Anforderungen zu erfüllen; so müssen alle Umstände zur Begründung des kartellrechtlichen Anspruchs dargelegt und erforderlichenfalls bewiesen werden, auf die der Lizenzsucher auch vor Erteilung der Auskunft Zugriff hat oder haben kann.

Die geschuldete Auskunft ist inhaltlich auf die Tatsachen zu begrenzen, die zur Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs erforderlich sind. Im Regelfall ist die bisherige Lizenzierungspraxis unter Angabe der Vertragskonditionen mitzuteilen. Soweit eine solche fehlt, sind die Gestehungskosten für das betroffene Patent anzugeben. Der Schutz der Unternehmensgeheimnisse des Patentinhabers und seiner Lizenznehmer kann dadurch gewährleistet werden, dass die Auskunft nur unter Wirtschaftsprüfervorbehalt erteilt werden muss, also die Überprüfung der mitgeteilten Tatsachen durch eine neutrale Person durchgeführt wird.

II. Bestimmung der angemessenen Lizenzbedingungen

Bereits im Abschnitt über die Rechtsfolgen eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs wurde erörtert, dass die erzwungene Lizenzerteilung zu angemessenen Bedingungen geschehen muss und insbesondere die Zahlung einer entsprechenden Lizenzgebühr voraussetzt.¹¹²⁵ Die Höhe dieser Gebühr bildet in vielen Fällen den Hauptstreitpunkt zwischen Lizenzinteressent und Patentinhaber und verhindert dauerhaft den Abschluss eines Nutzungsvertrags.¹¹²⁶ Im Rahmen einer aktiven Durchsetzung des Lizenzanspruchs, an deren Ende die Erteilung einer Nutzungserlaubnis stehen soll, muss daher auch die konkret zu entrichtende Lizenzgebühr bestimmt werden.

Die Lizenzgebühr ist angemessen, wenn sie weder den Vorwurf einer ungerechtfertigten Diskriminierung noch eines Ausbeutungsmisbrauchs begründet. Daher müssen, parallel zur Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens selbst, die Lizenzierungspraxis des Patentinhabers und, soweit keine Nutzungsrechte eingeräumt wurden, die Gestehungskosten auch auf Rechtsfolgenreise herangezogen werden.¹¹²⁷

¹¹²⁵ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b), S. 144 ff.

¹¹²⁶ *Kellenter*, in: Bergemann et al., FS Mes, 199 f.

¹¹²⁷ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb), S. 153 ff.

Diese Informationen können in einem gerichtlichen Verfahren eingebracht werden, weil dem Lizenzinteressenten ein darauf gerichteter Auskunftsanspruch zusteht, der gegebenenfalls auch zwangsweise durchgesetzt werden kann.¹¹²⁸

1. Volle richterliche Überzeugung gemäß § 286 ZPO

Im Zivilprozess müssen Tatsachen regelmäßig zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen, damit sie einem Urteil zugrunde gelegt werden können, § 286 Abs. 1 ZPO.¹¹²⁹ Erforderlich ist ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der etwaigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.¹¹³⁰

Dieser Grad an Gewissheit muss auch in Bezug auf die Tatsachen vorliegen, die eine bestimmte Gebührenhöhe im Einzelfall als angemessen erscheinen lassen. Erforderlich ist dafür zunächst, dass der Spruchkörper von der Richtigkeit der Anschlussstatsachen, also gegebenenfalls der Gestehungskosten oder der Angaben über die bisherige Lizenzierungspraxis einschließlich der Vertragsbedingungen, überzeugt ist. Im letztgenannten Fall kann unter Heranziehung des kartellrechtlichen Maßstabs die im Einzelfall geschuldete Gegenleistung exakt bestimmt werden. So besteht im Falle einer Diskriminierung ein Anspruch auf Lizenzerteilung zu den vergleichbar schlechtesten Konditionen während bei einem Ausbeutungsmisbrauch unter Umständen auf die Gebührenhöhe in vorangegangenen Lizenzverträgen zurückgegriffen werden kann.¹¹³¹

Probleme treten dann auf, wenn eine Lizenzierungspraxis fehlt und damit nicht auf konkret vom Patentinhaber geforderte Gebührensätze als Richtschnur zurückgegriffen werden kann. Die Höhe der Lizenzgebühr ist in einem solchen Fall anhand der Gestehungskosten zu bestimmen.¹¹³² Welche Lizenzgebühr dann als angemessen zu betrachten ist, lässt sich auf dieser Grundlage allerdings nicht unmittelbar feststellen, denn allein aus der Angabe zu den entstandenen Kosten ergibt sich kein

¹¹²⁸ Siehe oben unter 6. Teil A. I. 2. c) cc), S. 263 ff.

¹¹²⁹ Musielak-Foerste, § 286 Rn. 18.

¹¹³⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 286 Rn. 18; Musielak-Foerste, § 286 Rn. 18.

¹¹³¹ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb), S. 153 ff.

¹¹³² Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb) (2), S. 155.

konkreter Gebührensatz. Vielmehr ist dem Patentinhaber, über die Amortisierung seiner Aufwendungen hinaus, auch die Erzielung eines angemessenen Gewinns zuzugestehen. Die Höhe dieses Gewinns richtet sich insbesondere nach dem sonst in der betroffenen Branche Üblichen und lässt sich nicht schematisch bestimmen.¹¹³³ Daraus folgt, dass sich in einem solchen Fall eine bestimmte Gebührenhöhe nicht mit dem für die richterliche Entscheidungsfindung grundsätzlich erforderlichen Grad an Gewissheit feststellen lässt.

2. Schätzung gemäß § 287 ZPO

Die Regelung des § 287 ZPO eröffnet für das erkennende Gericht die Möglichkeit, die Höhe eines Schadens oder einer anderen Forderung nach Würdigung aller Umstände zu schätzen. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass eine Klage allein deshalb abgewiesen werden muss, weil der Kläger nicht in der Lage ist, den vollen Beweis für die Höhe des streitigen Betrages zu erbringen.¹¹³⁴ An die Stelle des Vollbeweises tritt dann insoweit das richterliche Ermessen.¹¹³⁵

Eine Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO scheidet in Bezug auf die Lizenzforderung aus, da es sich dabei nicht um einen Schaden, also eine unfreiwillige Vermögenseinbuße, sondern um eine Gegenleistung für die begehrte Patentnutzung handelt. In Betracht kommt allerdings die Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO, der eine Schätzung auch bei anderen der Höhe nach streitigen Forderungen vorsieht, wenn die vollständige Aufklärung des Sachverhalts und der für die Höhe der Forderung maßgebenden Umstände mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden oder sogar unmöglich ist.¹¹³⁶ Dabei ist es gleichgültig, ob die Forderung klageweise geltend gemacht wird oder es sich – wie im vorliegenden Fall – um eine Forderung der Gegenseite handelt.¹¹³⁷ Eine Schätzung ist insbesondere bei solchen Forderungen möglich, deren Umfang noch durch Berechnung zu ermitteln ist wie

¹¹³³ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb) (2), S. 155.

¹¹³⁴ Zöller-Greger, § 287 Rn. 1.

¹¹³⁵ Zöller-Greger, § 287 Rn. 1.

¹¹³⁶ Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 9 Rn. 3; Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn. 29.

¹¹³⁷ RG, Urt. v. 10.1.1933, II 187/82, RGZ 139, 172 ff.; Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn. 28.

beispielsweise bei Unterhaltsansprüchen,¹¹³⁸ der Bestimmung einer ortsüblichen Vergleichsmiete¹¹³⁹ oder einem angemessenen Abfindungs- bzw. Ausgleichsbetrag bei ausscheidenden Aktionären.¹¹⁴⁰ Auch bei der Erteilung einer patentrechtlichen Zwangslizenz nach § 24 PatG hat das BPatG zur Bestimmung der Gebührenhöhe von § 287 Abs. 2 ZPO Gebrauch gemacht.¹¹⁴¹

Vor diesem Hintergrund erscheint auch bei einem Zwangslizenzanspruch eine Anwendung angebracht zu sein, soweit sich der geschuldete Betrag, wie bereits dargestellt, nicht exakt bestimmen lässt oder mit anderen Worten eine genaue Berechnung der Forderung nicht möglich ist. Die Lizenzgebühr ist dann durch das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung festzusetzen. Dabei werden an die Substantiierung der Forderung geringere Anforderungen gestellt, d.h., dass die behaupteten Tatsachen keinen zwingenden Schluss auf deren Höhe zulassen müssen.¹¹⁴² Erforderlich ist allerdings, dass dem Gericht Anknüpfungstatsachen für die Schätzung dargelegt werden, deren Vorliegen im Bestreitensfall auch zu beweisen ist.¹¹⁴³ Als ausreichend wird es angesehen, wenn das Gericht auf dieser Grundlage unter Anwendung der ihm zustehenden Erkenntnismittel eine allgemeine Schätzung vornehmen kann und das richterliche Ermessen nicht mangels greifbarer Anhaltspunkte für das Urteil „vollends in der Luft schwebt“. ¹¹⁴⁴ Das ist in Bezug auf den Gebührenanspruch dann nicht der Fall, wenn die jeweiligen Gestehungskosten als Anknüpfungstatsache in das Verfahren eingeführt werden.

Darüber hinaus wird es in aller Regel angezeigt sein, einen Sachverständigen auf Antrag oder von Amts wegen nach § 144 Abs. 1 S. 1 ZPO beizuziehen. Die Rege-

1138 BGH, Urt. v. 4.6.1986, IV b ZR 45/85, NJW 1986, 3080 (3081) m.w.N.

1139 BGH, Urt. v. 20.4.2005, VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074.

1140 OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.10.2003, 4 W 34/93, OLGR Stuttgart 2004, 6 (8).

1141 BPatG, Urt. 7.6.1991, 3 Li 1/90, GRUR 1994, 98 (103) – *Zwangslizenz*.

¹¹⁴² BGH, Urt. v. 18.1.1980, V ZR 110/76, NJW 1980, 1742 (1743); Urt. v. 18.2.1992, VI ZR 367/90, NJW-RR 1992, 792; Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn. 32; Zöller-Greger, § 287 Rn. 5.

¹¹⁴³ BGH, Urt. v. 15.3.1988, VI ZR 81/87, NJW 1988, 3016 (3017); Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn. 33.

¹¹⁴⁴ BGH, Urt. v. 1.3.1951, III ZR 9/50, NJW 1951, 405; Urt. v. 23.10.1991, XII ZR 144/90, NJW-RR 1992, 202 (203); Urt. v. 2.7.1996, X ZR 64/94, NJW 1996, 2924 (2925); Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn. 34; Zöller-Greger, § 287 Rn. 4.

lung des § 287 ZPO berechtigt zwar in Abweichung zu § 286 ZPO in weiterem Umfang von einer Beweisaufnahme abzusehen.¹¹⁴⁵ Das Gericht darf aber in zentralen Fragen nicht auf die Herbeischaffung unerlässlicher Fachkenntnis durch Sachverständigenbeweis nach §§ 402 ff. ZPO verzichten, es sei denn, es verfügt über hinreichend eigene Sachkunde.¹¹⁴⁶ Im Bereich von Schutzrechtsverletzungen hat die Rechtsprechung bereits mehrfach entschieden, dass der Verzicht auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Bestimmung einer angemessenen Lizenzgebühr einen Ermessensfehler darstellen kann, weil das Gericht selbst nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügt.¹¹⁴⁷ Dies wird regelmäßig auch für die Bestimmung der kartellrechtlich angemessenen Lizenzgebühr auf der Grundlage der Gestehungskosten gelten. Denn dabei handelt es sich um einen Vorgang, der ein hohes Maß an Sachkenntnis voraussetzt und gegebenenfalls empirische Untersuchungen erforderlich macht. In Ermangelung einer bestehenden Lizenzierungspraxis sind Vertragsbedingungen, insbesondere Lizenzsätze und Gewinne in anderen, verwandten Branchen heranzuziehen und auf ihre Vergleichbarkeit hin zu überprüfen. Dies wird ein Gericht kaum mittels eigener Sachkunde leisten können.

III. Ergebnis

Die vorstehende Untersuchung hat ergeben, dass die dargestellten Schwierigkeiten bei der aktiven Durchsetzung des kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt werden können.

Dies gilt zunächst für die Beweissituation in einem solchen Verfahren. Der Lizenzinteressent trägt die volle Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs mit Ausnahme eventueller Rechtfertigungsgründe. Dies kann zu scheinbar unüberwindlichen Problemen führen, wenn sich die erforderlichen Informationen ausschließlich in der Sphäre des beklagten Patentinhabers befinden. Es konnte gezeigt werden, dass etwaige Beweiserleichterun-

¹¹⁴⁵ Stein/Jonas-Leipold, § 287 Rn 37.

¹¹⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002, 1 BvR 2116/01, NJW 2003, 1655; BGH, Urt. v. 14.2.1995, VI ZR 106/94, NJW 1995, 1619; Musielak-Foerste, § 287 Rn. 10.

¹¹⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2002, 1 BvR 2116/01, NJW 2003, 1655; BGH, Urt. v. 30.5.1995, X ZR 54/93, NJW-RR 1995, 1320 – *Steuereinrichtung II*.

gen und prozessuale Instrumente nicht ausreichen, um diese Informationsasymmetrie abzubauen. Dem Lizenzinteressenten steht allerdings ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben nach § 242 BGB zu, der es ermöglicht, die für die Durchsetzung des Lizenzanspruchs erforderlichen Informationen zu erhalten und den Beweisforderungen zu genügen.

Daneben ist auf dieser tatsächlichen Grundlage auch eine Bestimmung der angemessenen Lizenzbedingungen und insbesondere der zu entrichtenden Lizenzgebühr möglich. Dies kann anhand der bisherigen Lizenzierungspraxis des Patentinhabers geschehen. Fehlt eine solche, ist die Lizenzgebühr nach Einholung eines Sachverständigengutachtens durch gerichtliche Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO festzustellen.

B. Durchsetzung des Anspruchs im Einzelnen

In diesem Abschnitt werden die verfahrensrechtlichen Fragen behandelt, die bei einer aktiven Durchsetzung des Anspruches im Hauptsacheverfahren sowie im Eilrechtsschutz auftreten können.

I. Hauptsacheverfahren

Eine Klage auf Lizenzerteilung hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig ist, d.h. alle Prozess- und Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen. Andernfalls ergeht keine Entscheidung in der Sache, sondern ein abweisendes Prozessurteil.¹¹⁴⁸ Da sich hinsichtlich der meisten Zulässigkeitsvoraussetzungen insoweit keine Besonderheiten ergeben, wird im Folgenden nur auf diejenigen Punkte eingegangen, die spezielle Fragen prozessualer Art aufwerfen.

1. Rechtsweg und Zuständigkeit

Für die klageweise Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs ist zunächst der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG eröffnet, da es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt. Denn Rechtsstreitigkeiten, die die An-

¹¹⁴⁸ Zöller-Greger, Vor § 253 Rn. 9.

wendung des GWB oder die Artt. 101, 102 AEUV betreffen und weder Kartellverwaltungsachen noch Bußgeldsachen sind, können stets als bürgerlich-rechtlich eingestuft werden.¹¹⁴⁹ Zu klären ist im Folgenden, welches Gericht in sachlicher und örtlicher Hinsicht zuständig ist.

a) Sachliche Zuständigkeit

Nach §§ 87 Abs. 1 S. 1, 95 GWB sind für bürgerliche Rechtstreitigkeiten, die die Anwendung des GWB oder der Artt. 81, 82 EGV (nun Artt. 101, 102 AEUV) betreffen, die Landgerichte als Kartellgerichte unabhängig vom Streitwert ausschließlich zuständig. Die genannten Normen sind jedenfalls dann betroffen, wenn sie – wie im Fall des Lizenzierungsanspruchs – als Anspruchsgrundlage herangezogen werden.¹¹⁵⁰ Eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung sowie eine zuständigkeitsbegründende rügelose Einlassung ist durch die Anordnung der ausschließlichen Zuständigkeit nicht möglich, § 39 ZPO, § 40 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 40 Abs. 2 S. 2 ZPO. Für die Frage der sachlichen Zuständigkeit ist überdies § 89 Abs. 1 S. 1 GWB zu beachten. Die Vorschrift ermächtigt die Landesregierungen dazu, Kartellstreitsachen durch Verordnung auf einige Landgerichte zu konzentrieren. Von dieser Möglichkeit haben eine Reihe von Bundesländern Gebrauch gemacht.¹¹⁵¹

In funktioneller Hinsicht ist anzumerken, dass Streitigkeiten nach § 87 GWB Handelssachen sind, § 95 Abs. 2 GVG. Nach § 94 GVG tritt daher die Kammer für Handelssachen an die Stelle der Kammer für Zivilsachen, wenn der Kläger dies in der Klageschrift beantragt, § 96 GVG, oder der Beklagte die Verweisung beantragt, bevor er mündlich verhandelt hat, §§ 98 Abs. 1 S. 1, 101 Abs. 1 S. 1 GVG.

Trotz der engen Verbindung zum Patentrecht scheidet eine Zuständigkeitsbegründung nach § 143 Abs. 1 PatG aus, da es sich bei dem Streit um die Erteilung einer Zwangslizenz nicht um eine Patentstreitsache handelt. Eine solche setzt die

¹¹⁴⁹ Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, § 87 Rn. 6; Hempel, S. 61.

¹¹⁵⁰ Bechtold, § 87 Rn. 5; Immenga/Mestmäcker-Schmidt, GWB, § 87 Rn. 9; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff-Dicks, § 87 Rn. 15.

¹¹⁵¹ Vgl. die Übersicht bei Bechtold, § 89 Rn. 2; in NRW sind beispielsweise das LG Dortmund, das LG Düsseldorf und das LG Köln erstinstanzlich für Kartellsachen zuständig, VO v. 22.11.1994, GV NW S. 1067.

Geltendmachung eines Anspruchs voraus, der sich aus einem im PatG geregelten Rechtsverhältnis ergibt, § 143 Abs. 1 PatG. Ein solches Rechtsverhältnis kann auch ein bestehender Lizenzvertrag zwischen den Parteien sein.¹¹⁵² Allerdings reicht es nicht aus, dass der Abschluss eines solchen erst mittels Klage erzwungen werden soll.

b) Örtliche Zuständigkeit

Des Weiteren stellt sich die Frage, welches Gericht in örtlicher Hinsicht zuständig ist. Für diese Zuordnung ist die örtliche Beziehung der beteiligten Personen oder der Streitsache maßgeblich.¹¹⁵³ Bei Streitigkeiten mit Auslandsbezug gilt es zu klären, inwieweit deutsche Gerichte in ihrer Gesamtheit überhaupt in einem Verfahren zu entscheiden haben und welches Gericht im Einzelfall zuständig ist.¹¹⁵⁴ Dies richtet sich nach den Vorschriften über die internationale Zuständigkeit.¹¹⁵⁵ Handelt es sich um einen rein nationalen Sachverhalt, stellt sich die Frage nach der Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich dann ausschließlich nach den Vorschriften der ZPO.¹¹⁵⁶

Bei der aktiven Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs werden Verfahren mit grenzüberschreitendem Charakter eher die Regel als die Ausnahme bilden, da Lizenzsucher und Patentinhaber ihren Wohnsitz oder Sitz häufig in unterschiedlichen Staaten haben und sich bereits daraus ein Auslandsbezug ergibt. Daher ist vorrangig auf die einschlägigen Vorschriften der internationalen Zuständigkeit einzugehen und im Anschluss das maßgebliche deutsche Verfahrensrecht zu behandeln.

¹¹⁵² BGH, Urt. v. 7.11.1952, I ZR 43/52, BGHZ 8, 16 (18); OLG Celle, Urt. v. 28.3.1957, I U 250/56, GRUR 1958, 292; KG, Beschl. v. 24.9.1957, 5 W 1159/57, GRUR 1958, 392; Benkard-Rogge/Grabinski, § 143 Rn. 4; Mes, § 143 Rn. 4; Schramm, Kap. 15 Rn. 96.

¹¹⁵³ Zöller-Vollkommer, § 1 Rn. 7.

¹¹⁵⁴ Stein/Jonas-Roth, vor § 12 Rn. 25; Zöller-Vollkommer, § 1 Rn. 8.

¹¹⁵⁵ Stein/Jonas-Roth, vor § 12 Rn. 25.

¹¹⁵⁶ Zöller-Vollkommer, § 1 Rn. 7.

aa) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit für Zivil- und Handelssachen richtet sich im Wesentlichen nach der VO (EG) 44/2001 (EuGVVO)¹¹⁵⁷, die in allen Mitgliedsstaaten der EU gilt, sowie nach den gleichlautenden Bestimmungen des Lugano Übereinkommens (LugÜ)¹¹⁵⁸ für die EFTA-Staaten Island, Norwegen und Schweiz.¹¹⁵⁹

Nach Art. 2 Abs. 1 EuGVO/LugÜ ist als *allgemeiner internationaler Gerichtsstand* die Zuständigkeit der Gerichte des Vertragsstaates vorgesehen, in dem der Beklagte seinen Sitz oder Wohnsitz hat.¹¹⁶⁰ Über das Bestehen des Wohnsitzes ist gemäß Art. 59 Abs. 1 EuGVO/LugÜ nach dem jeweiligen *lex fori* zu entscheiden, d.h. in Deutschland nach §§ 7-11 BGB. Bei juristischen Personen ist nach Art. 60 Abs. 1 EuGVO/LugÜ maßgeblich, wo sich der satzungsmäßige Sitz, der Sitz der Hauptverwaltung oder Sitz der Hauptniederlassung befindet. Bei einem Auseinanderfallen hat der Kläger die Wahl.¹¹⁶¹ Soweit nach diesen Vorschriften ein Gerichtsstand in Deutschland begründet werden kann, richtet sich die Bestimmung des konkreten örtlich zuständigen Gerichts nach den Vorschriften der ZPO, da EuGVO und LugÜ dazu keine weitere Regelung treffen.¹¹⁶² Ebenfalls auf nationale Regelungen ist zurückzugreifen, wenn der Beklagte keinen allgemeinen Gerichtsstand innerhalb eines Mitgliedsstaates hat, Art. 4 Abs. 1 EuGVO/LugÜ.

In der vorliegenden Konstellation kann dabei insbesondere der *Vermögensgerichtsstand* gemäß § 23 ZPO eine Rolle spielen. Danach ist bei vermögensrechtlichen Ansprüchen gegen Personen ohne Inlandswohnsitz auch das Gericht zuständig, in dessen Bezirk sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch

¹¹⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

¹¹⁵⁸ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007.

¹¹⁵⁹ Hess, § 6 Rn. 1; Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 4 ff.

¹¹⁶⁰ Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 28.

¹¹⁶¹ Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 31; Micklitz/Rott, EuZW 2001, 325 (327).

¹¹⁶² Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 28.

genommene Gegenstand befinden. Um zu verhindern, dass durch § 23 ZPO ein übermäßig weiter „exorbitanter Gerichtsstand“ entsteht, wird diese Vorschrift überwiegend einschränkend ausgelegt und als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein hinreichender Inlandsbezug gefordert.¹¹⁶³ Worin ein solcher Bezug bestehen kann, ist bislang nicht abschließend geklärt, sondern es haben sich lediglich verschiedene Fallgruppen herausgebildet.¹¹⁶⁴ Insoweit ist anerkannt, dass eine Rechts- und Beweisnähe zu Deutschland, der Ursprung der Rechtsbeziehungen im Inland oder vorangegangene Vertragsverhandlungen eine hinreichende Verbindung begründen können.¹¹⁶⁵

Der Lizenzierungsanspruch ist vermögensrechtlicher Art. Denn dazu reicht es aus, dass ein Begehren auf Geld und geldwerte Vorteile gerichtet ist oder der Wahrung wirtschaftlicher Belange – auch mittels Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen – dient.¹¹⁶⁶ Auch ein gegebenenfalls geltend gemachtes Auskunftsbegehren ist erfasst, da es als Hilfsanspruch der Vorbereitung und Durchsetzung eines vermögensrechtlichen Anspruchs dient.¹¹⁶⁷ Der erforderliche Inlandsbezug kann insbesondere dann hergestellt werden, wenn es sich um ein in Deutschland wirkendes Schutzrecht handelt oder bereits Verhandlungen über eine Lizenzerteilung im Inland stattgefunden haben. Denn in einem solchen Fall richten sich Art und Umfang des Patentschutzes im Bundesgebiet nach dem PatG. Insoweit erscheint es gut vertretbar, von einer sowohl rechtlichen wie tatsächlichen Nähe auszugehen.

Schließlich muss sich im Zeitpunkt der Klageerhebung, §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO, Vermögen des Beklagten im Bezirk des Gerichts befinden.¹¹⁶⁸ Nach überwiegender Auffassung fällt darunter jeder geldwerte Gegenstand mit selbständigem Verkehrswert.¹¹⁶⁹ Abgesehen von anderen möglicherweise geldwerten Gegenständen

¹¹⁶³ Zöller-Vollkommer, § 23 Rn. 1 m.w.N.

¹¹⁶⁴ Zöller-Vollkommer, § 23 Rn. 13.

¹¹⁶⁵ BGH, Urt. v. 24.4.1996, IV ZR 263/95, NJW 1996, 2096; OLG Frankfurt, Urt. v. 24.10.1996, 1 U 242/94, OLGR Frankfurt, 1997, 228; Zöller-Vollkommer, § 23 Rn. 13.

¹¹⁶⁶ BGH, Urt. v. 22.6.1954, I ZR 225/53, BGHZ 14, 74; Urt. v. 20.12.1983, BGHZ 98, 198 (200); Stein/Jonas-Roth, § 1 Rn. 49 f.

¹¹⁶⁷ Stein/Jonas-Roth, § 1 Rn. 51.

¹¹⁶⁸ Hk-ZPO-Bendtsen, § 23 Rn. 5; Zöller-Vollkommer, § 23 Rn. 6.

¹¹⁶⁹ Hk-ZPO-Bendtsen, § 23 Rn. 5; Zöller-Vollkommer, § 23 Rn. 7.

und Forderungen ist bei der Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs von Bedeutung, dass der Beklagte jedenfalls über das Patent verfügt, das seine marktbeherrschende Stellung vermittelt, und damit inländisches Vermögen vorhanden ist. Als Belegenheitsort des Patents gilt im Hinblick auf § 23 ZPO entweder der Geschäftsraum oder Wohnsitz des gemäß § 25 Abs. 1 PatG zu bestellenden Inlandsvertreters (eines Rechtsanwalts oder Patentanwalts) oder hilfsweise der Sitz des DPMA, § 25 Abs. 3 PatG. Mithin besteht auch in Abwesenheit anderer inländischer Vermögenswerte des Patentinhabers die Möglichkeit, einen Gerichtsstand über dessen Vertreter und hilfsweise am LG München I zu begründen, in dessen Bezirk das DPMA seinen Sitz hat.

Der besondere *Deliktsgerichtsstand* gemäß Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ ist an dem Ort begründet, wo aufgrund einer unerlaubten Handlung ein schädigendes Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht. Der Begriff der unerlaubten Handlung wird dabei weit ausgelegt und erfasst insbesondere auch Ansprüche wegen Kartellrechtsverstößen.¹¹⁷⁰ Vergleichbar mit der Regelung des § 32 ZPO kann der Beklagte nach Wahl des Klägers vor dem Gericht des Ortes, an dem die Verletzung eingetreten ist (Erfolgsort), oder vor dem Gericht des Ortes des dem Schaden zugrundeliegenden ursächlichen Geschehens (Handlungsort) verklagt werden.¹¹⁷¹

Es stellt sich die Frage, wo Handlungs- und Erfolgsort bei einer Lizenzverweigerung liegen. Das Verhalten des Patentinhabers ist, wie bereits erörtert, als Unterlassen zu qualifizieren;¹¹⁷² der Handlungsort befindet sich mithin dort, wo die unterbliebene Handlung an sich hätte ausgeführt werden müssen.¹¹⁷³ Da es an einer gesetzlichen oder vertraglichen Regelung dazu fehlt, wo die kartellrechtlich gebotene Lizenzerteilung vorgenommen werden muss, gilt nach § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Schuldners – in diesem Fall des

¹¹⁷⁰ LG Dortmund, Urt. v. 1.4.2004, 13 O 55/02 Kart, IPRax 2005, 542; Hess, § 6 Rn. 67; Bulst, EWS 2004, 403 (404 ff.).

¹¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 30.11.1976, 21/76, Slg. 1976, 1735 Rn. 11 – *Mines de potasse d'Alsace*; Urt. 11.1.1990, C - 220/88, Slg. I-1990, 49 – *Dumez France u. Tracoba*; Hess, § 6 Rn. 70; Nagell/Gottwald, § 3 Rn. 68.

¹¹⁷² Siehe oben unter 3. Teil, S. 30.

¹¹⁷³ OLG Hamm, Urt. v. 18.5.1988, 11 U 287/87, NJW-RR 1989, 305; Stein/Jonas-Roth, § 32 Rn. 27.

Patentinhabers – als Leistungs- und damit auch als Handlungsort. Erfolgsort ist allgemein der Ort, wo das geschützte Interesse beeinträchtigt wurde oder wird.¹¹⁷⁴ Im Bereich des Kartelldeliktsrechts ist umstritten, wo der Erfolgsort der rechtswidrigen Handlung liegen soll. Nach einer Ansicht richtet sich dies nach dem Schwerpunkt des im Einzelfall beeinträchtigten Vermögensinteresses.¹¹⁷⁵ Nach anderer Ansicht ist maßgeblich, wo sich das kartellrechtswidrige Tun ausgewirkt hat.¹¹⁷⁶

Für die vorzugswürdige letztgenannte Auffassung spricht die Ähnlichkeit der Konstellation mit ehrverletzenden oder kreditschädigenden Presseveröffentlichungen, bei denen sich die an einem Ort gesetzte Ursache an einer Vielzahl von Orten auswirkt.¹¹⁷⁷ In diesen Fällen ist anerkannt, dass zwar der Handlungsort der Sitz des jeweiligen Herausgebers ist, weil dort das schädigende Ereignis seinen Ausgang nahm.¹¹⁷⁸ Der Erfolgsort ist darüber hinaus jeder Ort, an dem eine Verbreitung des Presseerzeugnisses stattgefunden hat.¹¹⁷⁹ Wie bei einem solchen „Streudelikt“ wirkt sich auch die lokal begrenzte Lizenzverweigerung auf dem gesamten nachgelagerten Markt aus, weil der Interessent insoweit keine Produkte unter Benutzung des Schutzrechts anbieten kann. Vor diesem Hintergrund erscheint es gut vertretbar, den Erfolgsort danach zu bestimmen, auf welchem räumlichen Markt die Aktivitäten des Anspruchsinhabers verhindert werden. Soweit es um ein in Deutschland wirksames Patent geht, wirkt sich die Missbrauchshandlung regelmäßig im ganzen Bundesgebiet aus, sodass damit auch bei allen Kartellgerichten in Deutschland ein Gerichtsstand eröffnet ist.

bb) Nationale Zuständigkeit

Bei rein nationalen Sachverhalten bestimmt sich die Zuständigkeit ausschließlich nach deutschem Prozessrecht. Inhaltliche Abweichungen zu den bereits dargestellten einschlägigen Vorschriften der internationalen Zuständigkeit ergeben sich

¹¹⁷⁴ Zöller-Greimer, Anh I Art. 5 Rn. 26.

¹¹⁷⁵ Mäsch, IPRax 2005, 509 (515 ff.).

¹¹⁷⁶ Bulst, EWS 2004, 403 (406 f.); von Hein, IPRax 2005, 17 (22).

¹¹⁷⁷ Bulst, EWS 2004, 403 (405).

¹¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 7.3.1995, C-68/93, I-415, Rn. 24 – Fiona Shevill; Nagel/Gottwald, § 3 Rn. 69.

¹¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 7.3.1995, C-68/93, I-415, Rn. 24 – Fiona Shevill; Stein/Jonas-Roth, § 32 Rn. 26.

daraus allerdings nicht. Normative Anknüpfung für den Wohnsitz als allgemeinen Gerichtsstand für natürliche Personen sind § 13 ZPO und die §§ 7-11 BGB sowie für den Sitz bei juristischen Personen § 17 ZPO. Der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in § 32 ZPO erfasst anerkanntermaßen auch kartellrechtliche Ansprüche und ermöglicht die Klage am Handlungs- wie am Erfolgsort.¹¹⁸⁰

2. Klageantrag

Das Prozessrecht stellt hohe Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrages, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.¹¹⁸¹ Insbesondere wird verlangt, dass der erhobene Anspruch konkret (bezieht oder gegenständlich) bezeichnet ist und – im Falle eines Leistungsbegehrens – die Zwangsvollstreckung aus dem beantragten Urteil ohne Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren zu erwarten ist.¹¹⁸²

Der kartellrechtliche Anspruch ist auf Abgabe einer Willenserklärung über eine Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen gerichtet.¹¹⁸³ Dabei handelt es sich um ein Leistungsbegehren, denn ein solches liegt immer dann vor, wenn der Kläger zur Durchsetzung eines materiell-rechtlichen Anspruchs vom Beklagten ein Tun oder Unterlassen fordert.¹¹⁸⁴ Entsprechend ist der Lizenzanspruch mit einer Leistungsklage zu verfolgen.¹¹⁸⁵

a) Ausformuliertes Vertragsangebot

Im Hinblick auf das Bestimmtheitserfordernis stellt sich die Frage, ob die begehrte Willenserklärung in Form der Annahme eines Vertragsangebotes vollständig ausformuliert werden muss, oder ob die Möglichkeit besteht, eine Lizenzierung „zu angemessenen Bedingungen“ zu beantragen und damit die Höhe der zu zahlenden Lizenzgebühr offen zu lassen. Diese bildet, wie bereits erläutert, häufig den

¹¹⁸⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 19.4.2007, 1 Kart U 5/06, OLGR Hamburg 2008, 35; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, § 32 Rn. 10; *Stein/Jonas-Roth*, § 32 Rn. 26; *Zöller-Vollkommer*, § 32 Rn. 17.

¹¹⁸¹ *Prütting/Gehrlein-Geisler*, § 253 Rn. 13; *Zöller-Greger*, § 253 Rn. 11; *Oberheim*, § 4 Rn. 2.

¹¹⁸² BGH, Urt. v. 14.12.1998; II ZR 330–97, NJW 1999, 954; *Zöller-Greger*, § 253 Rn. 11.

¹¹⁸³ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 1. b), S. 135 ff.

¹¹⁸⁴ *Zöller-Greger*, Vor § 253 Rn.3.

¹¹⁸⁵ *Böck*, S. 150; *Wirtz/Holzhäuser*, WRP 2004, 683 (692).

Kernstreitpunkt zwischen den Parteien, sodass insoweit nicht auf einen bestimmten Betrag zurückgegriffen werden kann, der von beiden Seiten akzeptiert wird. Die erforderlichen Tatsachen für eine einseitige Gebührenbestimmung stehen dem Lizenzinteressenten zudem nur selten unmittelbar zur Verfügung, sodass dieser mit einer konkreten Angabe insoweit überfordert sein könnte.¹¹⁸⁶ Aus seiner Sicht besteht daher ein nachvollziehbares Interesse, an einem insoweit unbestimmten Klageantrag.

In anderen Fällen eines kartellrechtlichen Kontrahierungszwangs ist anerkannt, dass der Klageantrag aus einem umfassenden und annahmefähigen Vertragsangebot bestehen muss, das die jeweiligen Pflichten genau bestimmt und keine auslegungsbedürftigen Begriffe enthalten darf.¹¹⁸⁷ Entsprechend hob der BGH zwei obergerichtliche Urteile, die in Fällen einer Belieferungspflicht eine Verurteilung zu „handelsüblichen Mengen und üblichen Preisen“ als zulässig angesehen hatten, wegen Verstoßes gegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO auf.¹¹⁸⁸ Soweit der Kläger seinen Antrag nicht in der geforderten Art präzisieren könne, bestehe lediglich die Möglichkeit, die Lieferverpflichtung entsprechend § 256 Abs. 1 ZPO feststellen zu lassen.¹¹⁸⁹

Das LG Mannheim hat sich als bislang einziges Gericht mit der klageweisen Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs beschäftigt und ist dieser höchstgerichtlichen Linie gefolgt.¹¹⁹⁰ Der Kläger beehrte mit seinem Leistungsantrag die Annahme eines ausformulierten Vertragsangebotes einschließlich des konkret zu entrichtenden Lizenzbetrages. Das Gericht sah den Antrag zwar als zulässig an, wies ihn aber als unbegründet zurück. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Feststellung des Kartellrechtsverstoßes wurde hingegen unter Hinweis auf die Subsidiarität der

¹¹⁸⁶ Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2. a) bb), S. 173 ff.

¹¹⁸⁷ BGH, Urt. 30.6.1981, KZR 19/80, GRUR 1981, 917 – *adidas*; Urt. v. 22.1.1985, KZR 35/83, NJW 1985, 2135 (2136) – *Technics*; KG, Urt. v. 22.1.1997, Kart U 2429/96, WuW/E OLG 5875 – *U-Bahn-Buchhandlungen*; MüKoGWB-K. *Westermann*, § 20 Rn. 114; *Böck*, S. 150 ff.

¹¹⁸⁸ OLG Düsseldorf, Antrag abgedruckt: BGH, Urt. 30.6.1981, KZR 19/80, GRUR 1981, 917 – *adidas*; OLG Hamburg, Antrag abgedruckt: BGH, Urt. v. 22.1.1985, KZR 35/83, NJW 1985, 2135 – *Technics*.

¹¹⁸⁹ BGH, Urt. 30.6.1981, KZR 19/80, GRUR 1981, 917 – *adidas*; Urt. v. 22.1.1985, KZR 35/83, NJW 1985, 2135 (2136) – *Technics*.

¹¹⁹⁰ LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009 15734 – *UMTS-Standard*.

Feststellungsklage¹¹⁹¹ als unzulässig zurückgewiesen. Denn das mit dem Antrag verfolgte wirtschaftliche Ziel, nämlich das Zustandekommen eines Lizenzvertrags zu möglichst günstigen Bedingungen, könne, wie der Hauptantrag deutlich mache, in zulässiger Weise durch Leistungsklage verfolgt werden.¹¹⁹²

Die genannten Entscheidungen zeigen, dass der Kläger zur Durchsetzung seines Anspruchs die Annahme eines vollständig ausformulierten Lizenzangebotes beantragen muss. Diese hohen Anforderungen an den Klageantrag lassen sich damit rechtfertigen, dass andernfalls keine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil möglich wäre. Nach § 894 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt bei einer Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung dieselbe als abgegeben, sobald das Urteil formell rechtskräftig geworden ist, § 705 ZPO. Ist die Willenserklärung allerdings von einer Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenleistung abhängig, so tritt die Fiktionswirkung erst mit Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils ein, §§ 894 Abs. 1 S. 2, 726, 730 ZPO. Hintergrund ist, dass nach § 726 Abs. 2 ZPO die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung von dem durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führenden Beweis abhängig ist, dass der Schuldner hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung befriedigt oder im Annahmeverzug ist. Daraus folgt zugleich, dass die Gegenleistung so klar bestimmt sein muss, dass dem gemäß § 20 Nr. 12 RPfG zuständigen Rechtspfleger die Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzung unmittelbar möglich ist. Das ist nur dann der Fall, wenn die Gegenleistung so bestimmt ist, dass sie ihrerseits zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden könnte.¹¹⁹³

Wie bereits bei der Darstellung der Rechtsfolgen des Zwangslizenzanspruchs festgestellt wurde, sind Lizenzerteilung und Zahlung der jeweils angemessenen Gebühr synallagmatisch verknüpft.¹¹⁹⁴ Die begehrte Nutzungserlaubnis kann daher nur Zug-um-Zug verlangt werden, § 322 Abs. 1 BGB, sodass im Falle einer Ver-

¹¹⁹¹ BGH, Urt. v. 17.6.2005, V ZR 78/04, NJW 2005, 2983; Urt. v. 29.6.2007, V ZR 5/07, NJW 2007, 3204; Stein/Jonas-Roth, § 256 Rn. 64; Zöller-Greger, § 256 Rn. 7a.

¹¹⁹² LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009 15734, Rn. 91 – *UMTS-Standard*.

¹¹⁹³ BGH, Urt. v. 18.9.1992, V ZR 86/91, NJW 1993, 324 (325); Urt. v. 15.10.1993, V ZR 19/92, NJW 1994, 586 (587); Urt. v. 28.1.1994, V ZR 90/92, NJW 1994, 3221.

¹¹⁹⁴ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. c), S. 155 f.

urteilung eine Vollstreckung nur nach § 894 Abs. 1 S. 2 ZPO möglich ist. Die Erbringung der Gegenleistung muss daher im Klauselerteilungsverfahren nach § 726 Abs. 2 ZPO überprüft werden können, d.h. eine bestimmte Höhe ebenso angegeben sein wie Fälligkeit, Zahlungsweise und andere Konditionen, von denen die konkrete Zahlungspflicht abhängt. Eine Verurteilung zur Lizenzerteilung „zu angemessenen Bedingungen“ wäre nicht vollstreckbar und würde das erstrittene Urteil im Ergebnis wertlos machen.

Die von der Rechtsprechung aufgezeigte „Notlösung“ eines Feststellungsantrags erscheint wenig zielführend, da der Kläger auf diese Weise die begehrte Lizenz nicht erzwingen kann.¹¹⁹⁵ Die Rechtswirkung eines Urteils würde sich in der Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit einer Lizenzverweigerung erschöpfen und keine Zwangsvollstreckung ermöglichen. Dass nun der Patentinhaber im Anschluss an eine solche Entscheidung „freiwillig“ eine Lizenz erteilt, ist vor dem Hintergrund seiner bisherigen Verweigerungshaltung kaum zu erwarten.

b) Unbezifferter Klageantrag

Nachdem festgestellt wurde, dass im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung der Klageantrag einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben muss, stellt sich die Frage, ob diesem Erfordernis auch in der Form genügt werden kann, dass zwar die Annahme eines ausformulierten Lizenzangebotes beantragt wird, die Gebührenhöhe aber nicht beziffert, sondern in das Ermessen des erkennenden Gerichts gestellt wird. Obwohl der Klageantrag insoweit noch unbestimmt wäre, würde durch die richterliche Bestimmung während des Verfahrens ein konkreter und damit vollstreckungsfähiger Betrag in das Urteil aufgenommen.

Als Ausnahme zum Bestimmtheitserfordernis aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO ist ein unbezifferter Antrag möglich, wenn es dem Kläger unzumutbar oder unmöglich ist, eine Bezifferung vorzunehmen, das Gericht dies aber vermag.¹¹⁹⁶ Das ist der

¹¹⁹⁵ Vgl. Wiedemann-Bumiller, § 59 Rn. 52; Hempel, S. 65; Schockenhoff, NJW 1990, 152 (153); Weber, GRUR 1982, 152 (155) zu Belieferungsfällen.

¹¹⁹⁶ BGH, Urt. v. 13.3.1967, III ZR 8/66, NJW 1967, 1420; Urt. v. 28.1.1994, V ZR 90/92, NJW 1994, 3221 (3222); Hk-ZPO-Saenger, § 253 Rn. 16; Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45 m.w.N.; Thomas/Putzo-Reichold, § 253 Rn. 12.

Fall, wenn der konkrete Betrag durch eine Ermessensentscheidung des Gerichts zu bestimmen ist, also insbesondere bei einem Gestaltungsurteil nach den §§ 315 ff. BGB.¹¹⁹⁷ Daneben kommt ein unbezifferter Antrag in Betracht, wenn die Höhe eines streitigen Betrages erst durch Beweisaufnahme, insbesondere durch Einschaltung eines Sachverständigen oder durch gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO zu ermitteln ist¹¹⁹⁸ oder durch Billigkeitsentscheidung nach § 253 Abs. 2 BGB getroffen werden muss.¹¹⁹⁹ Unbezifferte Anträge kommen insbesondere bei Schmerzensgeld- oder Unterhaltsklagen sowie Klagen auf Zahlung einer angemessenen Vergütung bei einer Arbeitnehmererfindung gemäß § 9 ArbNErfG in Betracht.¹²⁰⁰ In allen Fällen ist eine unbezifferte Antragstellung allerdings unzulässig, wenn der Kläger in der Lage ist, den Anspruch selbst zu konkretisieren und dies im Hinblick auf das Kostenrisiko oder aus anderen prozesstaktischen Erwägungen heraus unterlässt.¹²⁰¹

aa) Gerichtliche Leistungsbestimmung gemäß §§ 315 ff. BGB

Das Gesetz sieht eine gerichtliche Leistungsbestimmung nur vor, wenn die Vertragsparteien nach §§ 315 Abs. 1, 317 Abs. 1 BGB einer Partei oder einem Dritten die Bestimmung überlassen haben und diese gar nicht oder nicht nach billigem Ermessen getroffen wurde oder eine solche verzögert wird. Nur dann ist das Gericht zur eigenen Bestimmung berufen, §§ 315 Abs. 3 S. 2, 319 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die genannten Voraussetzungen treffen auf die Durchsetzung eines kartellrechtlichen Lizenzierungsanspruchs nicht zu. Zunächst fehlt es an einer Einigung der Parteien über einen Lizenzvertrag, vielmehr soll eine solche ja gerade gerichtlich erzwungen werden. Zwar kann dem Patentinhaber unter Umständen ein Leistungsbestimmungsrecht zustehen, wie im Zusammenhang mit dem Zwangslizenz-

¹¹⁹⁷ BGH, Urt. v. 7.2.2006, KZR 8/05, NJW-RR 2006, 915 (916); Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45.

¹¹⁹⁸ BGH, Urt. v. 31.1.1966, III ZR 127/64, BGHZ 45, 91 (93); OLG Hamburg, Urt. v. 21.2.2006, 7 U 64/05, NJW-RR 2006, 1707; Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45; Thomas/Putzo-Reichold, § 253 Rn. 12.

¹¹⁹⁹ Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45; Thomas/Putzo-Reichold, § 253 Rn. 12.

¹²⁰⁰ Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 47.

¹²⁰¹ Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45; Husmann, NJW 1989, 3126.

wand erörtert wurde, eine Überprüfung derselben nach §§ 315 Abs. 3 S. 2 BGB scheidet allerdings aus genannten Gründen aus.¹²⁰²

Die Leistungsbestimmung kann auch nicht mittels Klageantrag dem Gericht als „Drittem“ übertragen werden. Denn zum einen unterliegt der Aufgabenbereich des Gerichts nicht der Disposition der Parteien, sodass ein Gericht nicht Dritter i.S.d. § 317 Abs. 1 BGB sein kann.¹²⁰³ Zum anderen würde diese Vorgehensweise darauf hinauslaufen, dass das Gericht anstelle der privatautonom zu treffenden Leistungsbestimmung eine richterliche Erstbestimmung vorzunehmen hätte.¹²⁰⁴ Dies widerspricht jedoch der Systematik der §§ 315 ff. BGB. Danach ist ein Gericht nur in den genannten Ausnahmefällen zu einer so genannten sekundären Vertragshilfe berufen, d.h. es kann nur dann tätig werden, wenn die originär zur Entscheidung berufene Person ihrer Aufgabe nicht gerecht wird.¹²⁰⁵ In dem bereits erwähnten Verfahren zur aktiven Durchsetzung des Lizenzanspruchs hat das LG Mannheim vor diesem Hintergrund eine richterliche Leistungsbestimmung gemäß §§ 315 ff. BGB zutreffend abgelehnt und den äußerst hilfswise gestellten unbezifferten Klageantrag als unzulässig zurückgewiesen.¹²⁰⁶

bb) Schätzung nach § 287 ZPO

Eine zulässige unbezifferte Antragstellung kommt außerdem in Betracht, wenn ein Klagebetrag nach § 287 ZPO gerichtlich zu schätzen ist.¹²⁰⁷ Im Rahmen der Bestimmung der Gebührenhöhe wurde bereits auf die Möglichkeit der Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO bei der Durchsetzung des Lizenzierungsanspruchs eingegangen. Dabei wurde festgestellt, dass die Gebühr, soweit es bereits zu einer Lizenzerteilung durch den Patentinhaber gekommen ist, anhand des anzuwendenden

¹²⁰² Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2. a) bb) (3), S. 179 ff.

¹²⁰³ BGH, Urt. v. 6.11.1997, III ZR 177–96, NJW 1998, 1388 (1390); Palandt-Grüneberg, § 317 Rn. 2; Staudinger-Rieble, § 317 Rn. 42.

¹²⁰⁴ Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 22.

¹²⁰⁵ Staudinger-Rieble, § 315 Rn. 23.

¹²⁰⁶ LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009 15734 – UMTS-Standard.

¹²⁰⁷ BGH, Urt. v. 31.1.1966, III ZR 127/64, BGHZ 45, 91 (93); OLG Hamburg, Urt. v. 21.2.2006, 7 U 64/05, NJW-RR 2006, 1707; Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45; Thomas/Putzo-Reichold, § 253 Rn. 12.

kartellrechtlichen Maßstabs genau zu bestimmen ist. Eine gerichtliche Schätzung ist nur dort möglich, wo die Gebühr auf der Grundlage der jeweiligen Gestehungskosten zu ermitteln ist.¹²⁰⁸

Für die Antragstellung bedeutet dies, dass nur im letztgenannten Fall die Höhe des Lizenzbetrages offen gelassen werden darf. Im Übrigen ist für einen unbezifferten Antrag kein Raum und es muss ein konkreter Betrag benannt werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dem Kläger die dazu erforderlichen Informationen in Form von anderweitig abgeschlossenen Lizenzverträgen unter Umständen nicht unmittelbar zur Verfügung stehen. In einem solchen Fall muss er zunächst seinen ihm zustehenden Auskunftsanspruch geltend machen und falls erforderlich auch gerichtlich durchsetzen. Diese Vorgehensweise ist einem Kläger möglich und zumutbar, wie nicht zuletzt die Regelung zur Stufenklage nach § 254 ZPO verdeutlicht.¹²⁰⁹

Soweit ein unbeziffertes Klageantrag zulässig ist, sind einige zusätzlichen Anforderungen einzuhalten. So muss der Kläger in der Klageschrift neben dem anspruchsbegründenden Sachverhalt auch die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen für die Schätzung mitteilen.¹²¹⁰ Denn die unbezifferte Antragstellung darf nicht dazu führen, dass der Beklagte über Ausmaß und Grund des Begehrens im Unklaren ist und dadurch in seiner Verteidigung beeinträchtigt wird.¹²¹¹ Daneben ist anerkannt, dass der Kläger eine Größenordnung angeben muss, was regelmäßig durch Nennung eines Mindestbetrages zu geschehen hat.¹²¹² Hintergrund dafür ist, dass im Falle einer Rechtsmitteleinlegung auf dieser Grundlage das Vorliegen der erforderlichen Beschwer ermittelt werden kann.¹²¹³

¹²⁰⁸ Siehe oben unter 6. Teil A. II. 2., S. 284 ff.

¹²⁰⁹ Siehe nachfolgend unter 6. Teil B. I. 3., S. 303 ff.

¹²¹⁰ BGH, Urt. v. 13.12.1951, III ZR 144/50, BGHZ 4, 138; Urt. v. 13.10.1981, VI ZR 162/80, NJW 1982, 340; Thomas/Putzo-Reichold, § 253 Rn. 12.

¹²¹¹ Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 45.

¹²¹² BGH, Urt. v. 13.10.1981, VI ZR 162/80, NJW 1982, 340; Zöller-Greger, § 253 Rn. 14.

¹²¹³ BGH, Urt. v. 2.2.1999, VI ZR 25/98, BGHZ 140, 335; OLG Hamburg, Urt. v. 21.2.2006, 7 U 64/05, NJW-RR 2006, 1707 (1708); Stein/Jonas-Roth, § 253 Rn. 47; Zöller-Greger, § 253 Rn. 14.

Der Lizenzinteressent muss mithin in seiner Klageschrift, neben den Voraussetzungen des Anspruchs selbst, die Gestehungskosten als Anknüpfungstatsachen für die Schätzung angeben. An die Stelle eines Mindestbetrages tritt die Angabe über die höchstens zu zahlende Lizenzgebühr. Dies erklärt sich vor dem Hintergrund der im Hinblick auf die Gebührenforderung umgekehrten Rollen. Im Gegensatz zu den üblicherweise mittels unbezifferten Antrags durchzusetzenden Ansprüchen auf Zahlung von Schmerzensgeld etc., wird von Seiten des Lizenzinteressenten ein möglichst niedriger Betrag angestrebt. Eine Beschwer kann sich dann ergeben, wenn das Gericht zwar den Anspruch auf Zwangslizenz zuspricht, aber nur gegen Zahlung einer Gebühr jenseits des angegebenen Höchstbetrages.

c) Ergebnis

Der Klageantrag des Lizenzsuchers muss im Hinblick auf das Bestimmtheits-erfordernis nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO aus einem vollständigen Lizenzangebot bestehen, das alle wesentlichen Vertragsbestandteile enthält. Die inhaltlichen Maßgaben des Vertrages ergeben sich aus den Rechtsfolgen des Lizenzanspruchs im Einzelfall.¹²¹⁴ Ein geeigneter Antrag wäre wie folgt zu formulieren:

„Die Beklagte wird verurteilt, das als Anlage A1 ausformulierte Vertragsangebot der Klägerin auf Abschluss eines Lizenzvertrages anzunehmen.“

Das Angebot muss insbesondere, das Patent oder die Patente, deren Nutzung begehrt wird, unter Angabe der Patentnummern benennen und grundsätzlich auch die Gegenleistung in Form der Lizenzgebühr betragsmäßig angeben. Ein insoweit unbeziffertes Klageantrag ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn eine anderweitige Lizenzerteilung nicht stattgefunden hat und der geschuldete Betrag im Rahmen einer gerichtlichen Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln ist. In einem solchen Fall könnte wie folgt beantragt werden:

„Die Beklagte wird verurteilt, das als Anlage A1 ausformulierte Vertragsangebot der Klägerin auf Abschluss eines Lizenzvertrages anzunehmen, wobei die Höhe der Lizenzgebühr in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch höchstens X beträgt.“

¹²¹⁴ Siehe oben unter 4. Teil B. II. 2. b) bb), S. 153 ff.

Neben der Angabe über den Höchstbetrag muss die Klageschrift die maßgeblichen Anknüpfungstatsachen in Form der Gestehungskosten beinhalten.

Den Erfordernissen eines als zulässig anzusehenden Antrags kann der Lizenzsucher in der Regel nur genügen, wenn er Kenntnis über die Lizenzierungspraxis des Patentinhabers bzw. die Gestehungskosten des betroffenen Schutzrechts hat und auf diese Weise die Gebührenhöhe bestimmen oder die notwendigen Tatsachengrundlage für die Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO in der Klageschrift beibringen kann. Soweit der Lizenzinteressent über diese Informationen nicht verfügt und der Patentinhaber eine Preisgabe verweigert, ist eine gerichtliche Durchsetzung des Auskunftsanspruchs geboten.

3. Stufenklage

Der Gesetzgeber hat für die Situation, in der wegen des Erfordernisses eines bestimmten Antrages zunächst ein Auskunftsanspruch durchgesetzt werden muss, in § 254 ZPO die Möglichkeit der Stufenklage geschaffen. Dabei wird auf einer ersten Stufe ein Hilfsanspruch in Form eines Informationsanspruchs geltend gemacht, dessen wahrheitsgemäße Erfüllung regelmäßig mit einem auf der zweiten Stufe erhobenen Antrag auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung sichergestellt werden soll. Auf der dritten Stufe kann ein der Höhe oder dem Gegenstand nach noch unbekannter und daher entgegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO noch nicht hinreichend bestimmter Leistungsantrag gestellt werden, der erst dann im Wege der Klageerweiterung nach § 264 Nr. 2 ZPO auf eine konkrete Leistung umgestellt werden muss, nachdem der Informationsanspruch erfüllt wurde.¹²¹⁵

Der Vorteil einer Stufenklage besteht zunächst darin, dass der geltend gemachte Leistungsanspruch trotz seiner Unbestimmtheit mit Zustellung der Klage rechtshängig wird und damit eine Hemmung der Verjährung eintritt, §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.¹²¹⁶ Daneben resultiert aus der gebündelten

¹²¹⁵ Hk-ZPO-Saenger, § 254 Rn. 1; Stein/Jonas-Roth, § 254 Rn. 4; Zöller-Greger, § 254 Rn. 1; Oberheim, § 20 Rn. 1 ff.; Schellhammer, Rn. 151, 158.

¹²¹⁶ BGH, Beschl. v. 18.1.1995, XII ARZ 36/94, NJW-RR 1995, 513; Hk-ZPO-Saenger, § 254 Rn. 2; Zöller-Greger, § 254 Rn. 1.

Durchsetzung der Ansprüche häufig ein erheblicher Zeitvorteil gegenüber der gesonderten Geltendmachung, da über einen einheitlichen Lebenssachverhalt nicht im Rahmen von zwei Verfahren verhandelt werden muss.¹²¹⁷

Auch auf Seiten des Lizenzinteressenten besteht ein großes Interesse an einer zügigen Durchsetzung des kartellrechtlichen Anspruchs, da er auf die Nutzungserlaubnis dringend angewiesen ist. Vor dem Hintergrund, dass das Bestimmtheits-erfordernis aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wie gesehen häufig eine vorherige Auskunftsklage erforderlich macht, stellt sich die Frage, inwieweit die Erhebung einer Stufenklage vorliegend möglich ist.

Die gemeinsame Geltendmachung der Ansprüche ist zunächst als objektive Klagehäufung nach § 260 ZPO zulässig, da sich alle Begehren gegen einen Beklagten – den Patentinhaber – in derselben Prozessart richten. Im Hinblick auf die Zuständigkeit reicht es aus, wenn das Prozessgericht zur Entscheidung über den Leistungsantrag berufen ist. Denn in Abweichung zu § 260 ZPO kann nach § 88 GWB eine Klage gemäß § 87 Abs. 1 GWB mit anderen Ansprüchen verbunden werden, wenn ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang vorliegt, der im Hinblick auf den Auskunftsanspruch in seiner Funktion als Hilfsanspruch unproblematisch zu bejahen ist.

Auch die Voraussetzungen einer Stufenklage liegen vor. Entgegen des engen Gesetzeswortlauts des § 254 ZPO, der einen Anspruch auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses verlangt, reicht es aus, wenn der Gläubiger einen Informationsanspruch irgendeiner Art geltend macht.¹²¹⁸ Der Auskunftsanspruch des Lizenzinteressenten aus § 242 BGB ist insoweit hinreichend. Des Weiteren ist ein Antrag auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch den Patentinhaber möglich. Für eine Verurteilung muss der Lizenzinteressent nach Erteilung der Auskunft allerdings behaupten und gegebenenfalls beweisen, dass diese nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erteilt worden ist, § 260 Abs. 2 BGB.¹²¹⁹ Schließlich liegt mit dem Begehren auf Lizenzerteilung ein erforderlicher Leistungsantrag vor,

¹²¹⁷ Hk-ZPO-Saenger, § 254 Rn. 2; Stein/Jonas-Roth, § 254 Rn. 1.

¹²¹⁸ Hk-ZPO-Saenger, § 254 Rn. 4; Stein/Jonas-Roth, § 254 Rn. 11.

¹²¹⁹ Staudinger-Bittner, § 260 Rn. 41; Stein/Jonas-Roth, § 254 Rn. 16.

der zunächst unbestimmt gestellt werden kann und nach Erteilung der Auskunft zu präzisieren ist. Der Lizenzinhaber hat mithin die Möglichkeit, seine Ansprüche im Wege der Stufenklage geltend zu machen. Entscheidet er sich für diesen Weg, wird über die einzelnen Ansprüche getrennt und sukzessive verhandelt.¹²²⁰

Dabei ergeht über die ersten beiden Ansprüche jeweils ein Teilurteil, § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO, aus denen unmittelbar die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, § 704 ZPO. Die Erteilung der Auskunft ist als unvertretbare Handlung nach § 888 Abs. 1 ZPO durch Zwangsgeld oder Zwangshaft vollstreckbar; auf die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung findet § 889 ZPO Anwendung.¹²²¹ Über den Antrag auf Lizenzerteilung ergeht ein Schlussurteil, das die Entscheidung über die Kosten enthält, § 300 Abs. 1 ZPO.¹²²² Die Stufenklage erscheint daher in den Fällen als äußerst zweckmäßig, in denen die für den Leistungsanspruch benötigten Informationen nicht zur Verfügung stehen und die fehlende Kooperation auf Seiten des Patentinhabers die Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs ohnehin erforderlich macht. Denn auf diese Weise kann ein Doppelprozess um Auskunft und Lizenzerteilung verhindert und für den Lizenzinteressenten wertvolle Zeit gespart werden.

4. Widerklage

Nimmt der Schutzrechtsinhaber den Lizenzinteressenten wegen einer behaupteten Patentverletzung klagweise in Anspruch, stellt sich die Frage, ob der Zwangslizenzanspruch im Wege einer Widerklage geltend gemacht werden kann.

Einer Widerklage auf Lizenzerteilung stehen keine prinzipiellen Bedenken entgegen.¹²²³ Die gegenläufige Auffassung, die den Zwangslizenzanspruch im Verletzungsverfahren generell unberücksichtigt lassen will, vermag nicht zu überzeugen.¹²²⁴ Insoweit kann auf die oben dargestellten Argumente verwiesen werden.¹²²⁵

¹²²⁰ Hk-ZPO-Saenger, § 254 Rn. 12; Zöller-Greger, § 254 Rn. 11; Oberheim, § 20 Rn. 11.

¹²²¹ Zöller-Greger, § 254 Rn. 10.

¹²²² Zöller-Greger, § 254 Rn. 9; Oberheim, § 20 Rn. 16.

¹²²³ Heinemann, ZWeR 2005, 198 (200); Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (105); Kellenter, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (204).

¹²²⁴ Vgl. aber von Merveldt, WuW 2004, 19 (25).

¹²²⁵ Siehe oben unter 5. Teil A. I., S. 158 ff.

Auch die Rechtsprechung hat in den (bislang seltenen) Fällen, in denen sie mit einer Widerklage auf Lizenzerteilung befasst war, deren Zulässigkeit bejaht.¹²²⁶

Nachfolgend wird erörtert, unter welchen Umständen eine „Zwangslizenzwiderklage“ vom Lizenzinteressenten erhoben werden kann. Zunächst müssen dazu die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, da es sich bei einer Widerklage, ungeachtet der besonderen prozessualen Einkleidung, um eine eigene Klage handelt, die ein gesondertes Prozessrechtsverhältnis begründet.¹²²⁷ Problematisch erscheint im vorliegenden Zusammenhang lediglich, ob das in der Patentverletzungssache zur Entscheidung berufene Gericht auch für eine Widerklage auf Lizenzerteilung zuständig ist.

Die Zuständigkeit in Patentstreitsachen richtet sich nach § 143 Abs. 1 PatG. Danach sind die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwert ausschließlich zuständig, wobei – vergleichbar mit der Regelung des § 89 Abs. 1 S. 1 GWB¹²²⁸ – die Landesregierungen die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung auf einige Landgerichte konzentrieren können, § 143 Abs. 2 S. 1 PatG.¹²²⁹ Örtlich zuständig ist das Landgericht am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten, §§ 12, 13, 17 ZPO, Art. 2 Abs. 1 EuGVO/LugÜ oder am Deliktsgerichtsstand, § 32 ZPO, Art. 5 Nr. 3 EuGVO/LugÜ.

Die Zwangslizenzklage, und damit auch die Zwangslizenzwiderklage, kann regelmäßig bei jedem für Kartellsachen zuständigen Landgericht im Bundesgebiet erhoben werden. Soweit der Patentinhaber über keinen Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat der EU oder einem Vertragsstaat des Luganer Übereinkommens verfügt, ist der Vermögensgerichtsstand nach § 23 ZPO heranzuziehen.¹²³⁰ Für die Geltendmachung des Auskunftsbegehrens gilt nichts anderes, § 88 GWB.

¹²²⁶ BGH, Urt. v. 13.7.2004, KZR 40/02, BGHZ 160, 67 – *Standard-Spundfass*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2002, U (Kart) 18/01, InstGE 2, 168 – *Standard-Spundfass*; LG Mannheim, Urt. v. 7.4.2009, 2 O 1/07, BeckRS 2009, 15734 – *UMTS-Standard*.

¹²²⁷ Zöller-Vollkommer, § 33 Rn. 12; Oberheim, § 24 Rn. 5.

¹²²⁸ Siehe oben unter 6. Teil B. I. 1. a), S. 288.

¹²²⁹ Vgl. die Übersicht in GRUR 2000, 36 und 390.

¹²³⁰ Siehe oben unter 6. Teil B. I. 1. a), S. 291 ff.

Eine zulässige Widerklage setzt danach zunächst voraus, dass das für das Patentverletzungsverfahren zuständige Landgericht auch zur Entscheidung über Kartellsachen berufen ist; andernfalls fehlt es an der sachlichen Zuständigkeit. Die Erhebung der Widerklage bei einem Nicht-Kartellgericht führt indes gemäß § 145 ZPO zur Abtrennung und, nach Antrag des Widerklägers, zur Verweisung an ein zuständiges Kartellgericht, § 281 Abs. 1 S. 1 ZPO. Andernfalls ergeht insoweit ein Prozessurteil.¹²³¹ In der Praxis wird dies allerdings eher selten vorkommen, da alle bedeutenden Patentgerichte in Deutschland zugleich für Kartellsachen zuständig sind.¹²³²

In Bezug auf die örtliche Zuständigkeit ergeben sich wegen der bundesweiten Klagemöglichkeit keine Schwierigkeiten, da eine Zuständigkeit für die Zwangslizenzklage vorliegt, unabhängig davon, an welchem Landgericht der Patentinhaber sein Verletzungsbegehren geltend gemacht hat. Steht dem Lizenzinteressenten ausnahmsweise nur der Vermögensgerichtsstand zur Verfügung kann es allerdings zu einem Auseinanderfallen von patentrechtlicher und kartellrechtlicher Zuständigkeit kommen, wenn die Verletzungsklage bei einem Gericht außerhalb des Vermögensgerichtsstands erhoben wurde.

In einem solchen Fall hilft der besondere Gerichtsstand der Widerklage nach § 33 ZPO weiter, da der dazu erforderliche rechtliche Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage vorliegt. Ungeachtet der umstrittenen dogmatischen Einordnung der Vorschrift als besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für die Widerklage oder lediglich als Regelung des besonderen Gerichtsstands, besteht über den Begriff des rechtlichen Zusammenhangs selbst weitgehend Einigkeit.¹²³³ Ein solcher ist zu bejahen, wenn die geltend gemachten Forderungen auf ein gemeinsames Rechtsverhältnis zurückzuführen sind, ohne dass eine völlige Identität des unmittelbaren Rechtsgrundes vorhanden sein muss.¹²³⁴ Zwar genügt ein rein tatsächlicher Zusammenhang nicht; die Anforderungen an die rechtliche Verbindung sind allerdings gering.¹²³⁵

¹²³¹ Immenga/Mestmäcker-Schmidt, *GWB*, § 87 Rn. 51.

¹²³² Siehe oben unter 5. Teil A. I. 3., S. 165.

¹²³³ Vgl. zum Streitstand Stein/Jonas-Roth, § 33 Rn. 2 ff.

¹²³⁴ BGH, Urt. v. 7.11.2001, VIII ZR 263/00, *NJW* 2002, 2182; Zöller-Vollkommer, § 33 Rn. 15.

¹²³⁵ Stein/Jonas-Roth, § 33 Rn. 28; Zöller-Vollkommer, § 33 Rn. 15.

Vorliegend schafft die Ausschließlichkeitsstellung durch das betroffene Patent die erforderliche rechtliche Verknüpfung, da es zum einen die Grundlage für das Verletzungsverfahren bildet und zum anderen die marktbeherrschende Stellung des Inhabers vermittelt, also den Anwendungsbereich der Missbrauchsaufsicht überhaupt erst eröffnet.¹²³⁶ Daneben hängen Bestehen und Umfang des Verletzungsbegehrens, wie die Ausführungen zum Zwangslizenzeinwand gezeigt haben, davon ab, ob dem Beklagten ein kartellrechtlicher Anspruch auf Lizenzerteilung zusteht, sodass von einer rechtlichen Verbindung in Bezug auf Klage und Widerklage ausgegangen werden kann.¹²³⁷

In Bezug auf die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen einer Widerklage ergeben sich keine Schwierigkeiten.¹²³⁸ Insbesondere hat die Klage auf Lizenzerteilung einen für die Widerklage erforderlichen eigenen Streitgegenstand, da sich das Begehren des Lizenzinteressenten nicht in der bloßen Negation der Verletzungsansprüche erschöpft, sondern darüber hinaus auf die Erteilung eines Nutzungsrechts in der Zukunft gerichtet ist.¹²³⁹ Soweit man aus § 33 Abs. 1 ZPO eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung einer Widerklage ableiten will, ist diese bei einer Zwangslizenzwiderklage ebenfalls erfüllt.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass eine Widerklage auf Lizenzerteilung möglich ist, wenn das angerufene Landgericht – wie meistens der Fall – zugleich für Kartellsachen zuständig ist. Im Anschluss ist zu klären, welche Konsequenzen sich aus einer erfolgreichen Widerklage für die Entscheidung über die Patentverletzungsansprüche ergeben.

Ist die Widerklage vor der Verletzungsklage spruchreif, so hat das Gericht ein Teilurteil zu erlassen, § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO, da die Verletzungsansprüche und der Lizenzerteilungsanspruch voneinander unabhängig sind und keine Gefahr sich

¹²³⁶ Siehe oben unter 3. Teil A. I. 2. a) bb), S. 54 ff.

¹²³⁷ Siehe oben unter 5. Teil A. III., S. 189 ff.

¹²³⁸ Zu den Voraussetzungen siehe Stein/Jonas-Roth, § 33 Rn. 16 ff.; Zöller-Vollkommer, § 33 Rn. 17 ff.; Oberheim, § 24 Rn. 10 ff.

¹²³⁹ Maume, Rn. 167.

widersprechender Entscheidungen besteht.¹²⁴⁰ Mit Vollstreckung nach § 894 S. 2 ZPO kommt ein Lizenzvertrag zustande, der zugleich die Rechtswidrigkeit der Patentnutzung und damit auch einen in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch entfallen lässt, sodass die Verletzungsklage insoweit abzuweisen ist.

Zu einer wenig wünschenswerten Situation kann es allerdings dann kommen, wenn die Verletzungsklage früher entscheidungsreif sein sollte als die Zwangslizenzklage umgekehrten Rubrums. In einem solchen Fall kann nach § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO ebenfalls ein Teilurteil ergehen, sodass nun der Patentinhaber bereits die Zwangsvollstreckung betreiben könnte, obwohl dem Lizenzinteressenten unter Umständen ein wettbewerbsrechtlicher Benutzungsanspruch zusteht, über den lediglich noch nicht entschieden wurde. Dieser Gefahr kann in den meisten Fällen dadurch begegnet werden, dass dem Begehren des Patentinhabers neben der Widerklage der Zwangslizenz einwand entgegengehalten wird, um die Verletzungsansprüche zu Fall zu bringen und ein zusprechendes (Teil-) Urteil zu verhindern. Diese Möglichkeit besteht nur dann nicht, wenn zwar ein Lizenzanspruch gegeben ist, aber die Voraussetzungen für den Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Durchsetzung nicht vorliegen, namentlich kein entsprechendes Angebot seitens des Interessenten vorliegt oder die vorgreiflichen Pflichten nicht eingehalten werden.¹²⁴¹

Hat aber die Widerklage erkennbar Aussicht auf Erfolg, sollte in jedem Fall auf ein zusprechendes Teilurteil auch bei entscheidungsreifer Patentverletzungsklage verzichtet werden.¹²⁴² Zwar ist die Durchsetzung der Schutzrechtsansprüche in einem solchen Fall nicht als treuwidrig zu bewerten, doch erscheint eine zwischenzeitliche Vollstreckung mit unter Umständen erheblichen wirtschaftlichen Folgen für den Lizenzinteressenten dann als ungerechtfertigt, wenn die Widerklage in absehbarer Zukunft einen Lizenzanspruch tenorieren wird. Die rechtliche Handhabe für ein Unterlassen des Teilurteils liefert § 301 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift kann das zuständige Gericht in Ausübung seines – nicht überprüfbaren – richterli-

¹²⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 30.11.1999, VI ZR 219/98, NJW 2000, 800 (801); Urt. v. 25.11.2003, VI ZR 8/03, NJW 2004, 1452.

¹²⁴¹ Siehe oben unter 5. Teil A. II. 2., S. 167 ff.

¹²⁴² *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Sacker, 97 (110); *Kellenter*, in: Bergermann et al., FS Mes, 199 (204); a.A. *Maume*, Rn. 181 ff.

chen Ermessens auf den Erlass eines Teilurteils verzichten, wenn es dies nach Lage der Sache für angemessen erachtet.¹²⁴³

5. Ergebnis

Die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs im Hauptsacheverfahren geschieht durch Leistungsklage gerichtet auf Annahme eines Lizenzvertragsangebotes. Dieses Angebot muss im Hinblick auf das Bestimmtheitserfordernis aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO grundsätzlich vollständig ausformuliert sein und insbesondere die Höhe der zu entrichtenden Lizenzgebühr konkret angeben. Ein unbezifferter Antrag ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Gebührenhöhe durch Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln ist. Dann muss die Klageschrift allerdings neben einem Höchstbetrag Angaben zu den Gestehungskosten als maßgebliche Schätzungsgrundlage enthalten.

Regelmäßig wird es erforderlich sein, zuvor ein Auskunftsbegehren gegen den Patentinhaber durchzusetzen. Dies kann zweckmäßigerweise im Rahmen einer Stufenklage nach § 254 ZPO geschehen, die gegenüber separaten Klagen in den meisten Fällen einen deutlichen Zeitvorteil bietet.

Soweit der Patentinhaber bereits ein Verletzungsverfahren angestrengt hat, kann in zulässiger Weise eine Widerklage auf Lizenzerteilung erhoben werden. Daneben ist den Verletzungsansprüchen der Zwangslizenz einwand entgegenzuhalten, um ein zusprechendes Teilurteil zu verhindern.

Zuständig für die aktive Durchsetzung des Lizenzanspruchs ist jedes für Kartellsachen zuständige Landgericht in Deutschland, weil sich die Verweigerung des Patentinhabers im ganzen Bundesgebiet auswirkt und damit einen für den Deliktsgerichtsstand hinreichenden Erfolgsort begründet. Hat der Patentinhaber keinen Wohnsitz oder Sitz innerhalb der Mitgliedsstaaten bzw. Vertragsstaaten der EuG-VO/LugÜ, kann er bei dem Kartellgericht verklagt werden, in dessen Bezirk er pfändbares Vermögen hat. Als Vermögensgegenstand kommt in jedem Fall das in

¹²⁴³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.5.1974, 12 U 208/73, NJW 1974, 2010; *Musielak*, § 301 Rn. 24.

Rede stehende Patent selbst in Betracht, sodass eine Klage entweder bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der Inlandsvertreter seinen Sitz hat oder hilfsweise beim Landgericht München I möglich ist, in dessen örtlichen Zuständigkeitsbereich der Sitz des DPMA liegt.

Wird der Patentinhaber zur Annahme des Vertragsangebotes rechtskräftig verurteilt, kommt nach § 894 S. 2 ZPO ein Nutzungsvertrag zustande, sobald der Lizenzinteressent die fällige Lizenzgebühr leistet und im Anschluss eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird.

II. Einstweiliger Rechtsschutz

Die Durchsetzung des Lizenzanspruchs im Wege der Klage nimmt regelmäßig Zeit in Anspruch, die dem Lizenzinteressenten im Wettbewerb kaum zur Verfügung steht.¹²⁴⁴ Es stellt sich daher die Frage, ob seinem Interesse an einer schnellen Patentnutzung im einstweiligen Rechtsschutz entsprochen werden kann.

Der Eilrechtsschutz verwirklicht die verfassungsrechtlich verbürgte Möglichkeit eines effektiven Rechtsschutzes, indem unter gewissen Voraussetzungen nach Durchführung eines summarischen Verfahrens dem Antragsteller zügig ein vollstreckbarer Titel verschafft werden kann.¹²⁴⁵ Die endgültige Entscheidung über den zugrunde liegenden Anspruch bleibt allerdings dem Hauptsacheverfahren mit einer umfassenden Beweisaufnahme vorbehalten.¹²⁴⁶ Daher darf das einstweilige Verfahren grundsätzlich nicht zu einer Befriedigung des Gläubigers führen und damit das Ergebnis eines Klageverfahrens (jedenfalls teilweise) vorwegnehmen, sondern kann lediglich der Sicherung des jeweiligen Anspruchs dienen.¹²⁴⁷ Eine Ausnahme bildet insoweit die so genannte Leistungs- oder Befriedigungsverfügung, die bereits im einstweiligen Rechtsschutz eine vorläufige Erfüllung ermöglicht.¹²⁴⁸ Die Art des Eilrechtsschutzes richtet sich nach dem Antragsbegehren: Der Sicherung von Geldfor-

¹²⁴⁴ *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (102).

¹²⁴⁵ *MüKoZPO-Drescher*, § 935 Rn. 3; *Stein/Jonas-Grunsky*, vor § 916 Rn. 1; *Zöller-Vollkommer*, Vor § 916 Rn. 1a; *Lackmann*, Rn. 654; *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032.

¹²⁴⁶ *Oberheim*, § 12 Rn. 3.

¹²⁴⁷ *Stein/Jonas-Grunsky*, vor § 935 Rn. 31; *Oberheim*, § 12 Rn. 3.

¹²⁴⁸ *Stein/Jonas-Grunsky*, vor § 935 Rn. 31; *Zöller-Vollkommer*, § 940 Rn. 6; *Lackmann*, Rn. 655.

derungen dient das Arrestverfahren, während alle übrigen Ansprüche durch einstweilige Verfügung gerichtet auf Sicherung, Regelung und Leistung verfolgt werden können, §§ 935 ff. ZPO.

Im vorliegenden Zusammenhang kommt nur die bereits erwähnte Leistungsverfügung in Betracht. Das Interesse des Lizenzsuchers ist im Eilrechtsschutz auf die Einräumung eines (vorläufigen) Patentnutzungsrechts gerichtet, sodass ein Arrestverfahren offensichtlich ausscheiden muss. Auch erschöpft sich das Begehren nicht in einer bloßen Sicherung des Zwangslizenzanspruchs für ein späteres Hauptsacheverfahren oder dient der Regelung eines bestehenden Rechtsverhältnisses. Dem Rechtsschutzverlangen des Lizenzinteressenten kann vielmehr nur dadurch entsprochen werden, dass ihm die Nutzung des Schutzrechts wenigstens vorübergehend erlaubt wird, er also bereits im einstweiligen Rechtsschutz die Leistung bekommt, die auch sein Klageziel im Hauptsacheverfahren darstellt.

1. Lizenzierung durch Leistungsverfügung

Die Leistungsverfügung wird in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung entweder als Sonderfall der Verfügungsverfügung nach § 940 ZPO, aus einer Analogie zu Spezialvorschriften wie §§ 1615o BGB, § 25 UWG, oder aus richterlicher Rechtsfortbildung hergeleitet.¹²⁴⁹ Die Rechtsgrundlage kann allerdings letztlich dahinstehen, da die Möglichkeit einer Leistungsverfügung selbst unstrittig ist und die Voraussetzungen sowie der Inhalt der Verfügung von der dogmatischen Einordnung unabhängig sind.¹²⁵⁰

An die Zulässigkeit einer Leistungsverfügung werden besonders hohe Anforderungen gestellt, da sie mit ihrem Zweck, den Antragsteller jedenfalls für einen gewissen Zeitraum zu befriedigen und dazu den Antragsgegner wie nach Abschluss eines regulären Erkenntnisverfahrens zu einer Leistung zu verurteilen, über den eigentlichen Umfang des Eilrechtsschutzes hinausgeht.¹²⁵¹ Die Leistungsverfügung ist daher Fallgestaltungen vorbehalten, in denen der Gläubiger auf den Erlass einer inhaltlich

¹²⁴⁹ Nachweise zu den einzelnen Auffassungen bei MüKoZPO-Drescher, § 938 Rn. 14.

¹²⁵⁰ Stein/Jonas-Grunsky, vor § 935 Rn. 31.

¹²⁵¹ Lackmann, Rn. 696.

der materiell-rechtlichen Rechtsfolge des Hauptsacheverfahrens entsprechenden Verfügung dringend angewiesen ist.¹²⁵² Besonders deutlich wird dies in Bezug auf Unterhaltsansprüche aus §§ 1360 ff., 1569 ff., 1601 ff. BGB oder Lohn- und Rentenansprüche, wenn der Anspruchsteller der Zahlung bedarf und seiner Notlage, nur durch Erlass einer entsprechenden einstweiligen Verfügung abgeholfen werden kann.¹²⁵³ Die Leistungsverfügung ist inhaltlich allerdings nicht auf Geldansprüche beschränkt, sondern kann prinzipiell jede Art von Forderung erfassen, die auch zum Gegenstand eines Hauptsacheverfahrens gemacht werden könnte.¹²⁵⁴

a) Anwendbarkeit auf Fälle der kartellrechtlichen Zwangslizenz

Die Möglichkeit, den Zwangslizenzanspruch im Eilrechtsschutz durchzusetzen, wird im Schrifttum ohne weitere Begründung bejaht.¹²⁵⁵ Einschlägige gerichtliche Entscheidungen liegen dazu soweit ersichtlich nicht vor. Der Lizenzanspruch fand bislang lediglich als Verteidigungsmittel in Form des Zwangslizenzeinwands Berücksichtigung im Verfügungsverfahren.¹²⁵⁶

In Ermangelung einer aussagekräftigen Entscheidungspraxis ist es angezeigt, die Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kartellrechts im Übrigen in den Blick zu nehmen. Dabei wird deutlich, dass die Leistungsverfügung in der Rechtsprechung gerade bei Ansprüchen gegen marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Rolle einnimmt.¹²⁵⁷ Im Mittelpunkt stehen dabei die Durchsetzung von Belieferungsansprüchen bei nachfrage- und sortimentsbedingter Abhängigkeit¹²⁵⁸ (§§ 33 Abs. 1,

¹²⁵² OLG Köln, Beschl. v. 8.8.1994, 5 W 60/94, NJW-RR 1995, 546; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.6.1995, U (Kart) 15/95, NJW-RR 1996, 123; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 6; Oberheim, § 12 Rn. 30.

¹²⁵³ Stein/Jonas-Grunsky, vor § 935 Rn. 39 ff. m.w.N.; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 6

¹²⁵⁴ Stein/Jonas-Grunsky, vor § 935 Rn. 44 ff.

¹²⁵⁵ Hilty, GRUR 2009, 633 (644) zu kartellrechtlichen Zwangslizenzen im Urheberrecht; Jaecks/Dörmer, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (102); Schöler, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (193).

¹²⁵⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 11.5.2009, 6 U 38/09, GRUR-RR 2010, 120 – UMTS-Standard; siehe oben unter 5. Teil A. III. 3., S. 206 ff.

¹²⁵⁷ Sosnitza, WRP 2004, 62.

¹²⁵⁸ LG Frankfurt, Urt. v. 22.4.2005, 3/11 O 133/04, MMR 2005, 551; Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB, § 20 Rn. 235 m.w.N.; Hempel, S. 67.

19 Abs. 1, 20 Abs. 1, 2 GWB) und das Verlangen nach Netzzugang im Bereich von Elektrizität¹²⁵⁹ und Gas¹²⁶⁰ (§§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 4, GWB, § 6 Abs. 1 EnWG). In der Literatur findet die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche im Wege der Leistungsverfügung durchweg Zustimmung.¹²⁶¹

Vor diesem Hintergrund erscheint es konsequent, die Möglichkeit der Leistungsverfügung auch auf den Fall des Zwangslizenzanspruchs auszudehnen. Dafür spricht zudem, dass sich aus den häufig schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen kartellrechtswidriger Handlungen und Unterlassungen eine besondere Notwendigkeit für schnelle Entscheidungen im Wege der einstweiligen Verfügung ergibt.¹²⁶² Dies gilt für die soeben genannten Fallgestaltungen ebenso wie für Ansprüche, die auf einem anderen missbräuchlichen Verhalten – also auch einer Lizenzverweigerung – beruhen.¹²⁶³

Darüber hinaus sind die Fälle, in denen anerkanntermaßen eine Leistungsverfügung möglich ist, der hier untersuchten Konstellation nicht unähnlich. Es besteht jeweils auf Seiten des Anspruchstellers eine besondere wirtschaftliche Abhängigkeit von der Lieferung eines Produktes, der Nutzungsmöglichkeit eines Netzes oder einer Einrichtung im weiteren Sinne, die das marktbeherrschende Unternehmen kontrolliert und das kartellrechtlich gebotene Verhalten verweigert. Die Situation des Lizenzsuchers unterscheidet sich nur insoweit, als an die Stelle einer Einrichtung das Ausschließlichkeitsrecht des Patentinhabers tritt, auf dessen Grundlage der Zugang zu einem nachgelagerten Markt kontrolliert werden kann.

Schließlich steht einer Durchsetzung im einstweiligen Rechtsschutz auch nicht entgegen, dass der Zwangslizenzanspruch regelmäßig schwierige Fragen tatsächli-

¹²⁵⁹ LG Magdeburg, Urt. v. 14.4.2000, 7 O 8/00, NJWE-WettbR 2000, 199.

¹²⁶⁰ OLG München, Urt. v. 15.11.2001, U(K) 3825/01, GRUR-RR 2002, 181; OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2001, U(Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176; LG Dortmund, Urt. v. 1.9.2000, 13 O 134/00 Kart., GRUR-RR 2001, 43; *Sosnitza*, WRP 2004, 62 (63)

¹²⁶¹ *Bechtold*, § 33 Rn. 14; *Immenga/Mestmäcker-Markert*, GWB, § 20 Rn. 235; *Kling/Thomas*, § 18 Rn. 168; *Wiedemann-Bumiller*, § 59 Rn. 58 ff.; *Hempel*, S. 66 f., 79; *Giermann*, RdE 2000, 222 (230); *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032; *Köhler*, BB 2002, 584; *Schockenhoff*, NJW 1990, 155; *Sosnitza*, WRP 2004, 62; *Ungemach/Weber*, RdE 1999, 131 (135).

¹²⁶² *Wiedemann-Bumiller*, § 59 Rn. 62; *Hempel*, S. 66.

¹²⁶³ *Hempel*, S. 66.

cher und rechtlicher Art aufwirft.¹²⁶⁴ Zunächst sind solche Schwierigkeiten vor dem Hintergrund des Postulats einer effektiven Rechtsschutzgewährung kaum geeignet, den Eilrechtsschutz zu verweigern.¹²⁶⁵ Zudem geht auch der Gesetzgeber an anderer Stelle davon aus, dass eine Zwangslizenz außerhalb eines Hauptsacheverfahrens möglich sein muss, obwohl dort ein dem kartellrechtlichen Anspruch vergleichbarer Grad an Komplexität zu erwarten ist. Diesbezüglich ist auf die Vorschrift des § 85 Abs. 1 PatG hinzuweisen, die die Erteilung einer patentrechtlichen Zwangslizenz nach § 24 PatG mittels einstweiliger Verfügung vorsieht.¹²⁶⁶ Die gleiche Möglichkeit ergibt sich für die Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern aus § 42a Abs. 6 S. 2 UrhG.

b) Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung

Der Erlass jeder einstweiligen Verfügung setzt voraus, dass Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden.

aa) Verfügungsanspruch

Als Verfügungsanspruch kommen alle Arten von Individualansprüchen in Betracht, die auf Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet und auch der Durchsetzung in einem Hauptsacheprozess fähig sind.¹²⁶⁷ Im Hinblick auf den kartellrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. §§ 19, 20 GWB oder Art. 102 AEUV ergeben sich insoweit keine Bedenken.

¹²⁶⁴ A.A. *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (102).

¹²⁶⁵ *MüKoZPO-Drescher*, § 935 Rn. 13; *Wiedemann-Bumiller*, § 59 Rn. 62; *Zöller-Vollkommer*, § 935 Rn. 7.

¹²⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 3.6.1970, X ZB 10/70 (BPatG), GRUR 1972, 471 – *Califon*; BPatG, Urt. v. 15.12.1995, 3 LiQ 1/95, GRUR 1996, 870 – *Ranitidinhydrochlorid*.

¹²⁶⁷ *Zöller-Vollkommer*, § 935 Rn. 6; *Lackmann*, Rn. 697.

bb) Verfügungsgrund

Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes ist bei Erlass einer Leistungsverfügung von herausragender Bedeutung.¹²⁶⁸ Allgemein bezeichnet diese Voraussetzung den Anlass, aufgrund dessen die Streitigkeit nicht erst oder nicht ausschließlich im Hauptsacheverfahren zu entscheiden ist, sondern des Eilrechtsschutzes bedarf.¹²⁶⁹ Nach § 940 ZPO soll dies der Fall sein, wenn „die (einstweilige) Regelung (...) zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint“. Ungeachtet ihrer dogmatischen Eilanordnung lässt sich daraus auch für die Leistungsverfügung entnehmen, dass das Hauptsacheverfahren als „Regelfall“ nicht geeignet sein darf, um auf die Situation angemessen zu reagieren, und ein Zuwarten auf den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens unzumutbar erscheint.¹²⁷⁰

Es herrscht Einigkeit darüber, dass bei Erlass einer Leistungsverfügung besonders strenge Maßstäbe anzulegen sind, weil entgegen dem Grundsatz, dass im einstweiligen Rechtsschutz nur „einstweilige“, d.h. vorübergehende Maßnahmen zu treffen sind, die Leistungsverfügung eine jedenfalls teilweise Vorwegnahme der Hauptsache darstellt.¹²⁷¹ Die Frage, welche Anforderungen dabei konkret zu erfüllen sind, wird in Rechtsprechung und Literatur indes uneinheitlich und je nach dem betroffenen Rechtsgebiet tendenziell unterschiedlich beantwortet.¹²⁷²

Im Bereich des Kartellrechts verlangte insbesondere die frühere Rechtsprechung vielfach, dass auf Seiten des Antragstellers eine „besondere Notlage“ vorliegen müsse, welche ohne den Erlass einer Leistungsverfügung zu einer „existenziellen Be-

¹²⁶⁸ *Sosnitza*, WRP 2004, 62 (64).

¹²⁶⁹ *Kessel/Koch* BB 2009, 1032 (1033); *Sosnitza*, WRP 2004, 62 (64).

¹²⁷⁰ OLG Dresden, Urt. v. 13.9.2001, U 1693/01 Kart, GRUR-RR 2002, 85 (87); *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032 (1033).

¹²⁷¹ OLG Brandenburg, Urt. v. 24.9.2002, Kart U 3/02, GRUR-RR 2002, 399; OLG Hamm, Urt. v. 9.3.1990, 7 U 142/89, NJW-RR 1990, 1236; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Grundz § 916 Rn. 9; *Zöller-Vollkommer*, § 940 Rn. 6; *Lackmann*, Rn. 697; *Sosnitza*, WRP 2004, 62 (64).

¹²⁷² *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032 (1033); *Sosnitza*, WRP 2004, 62 (64) m.w.N.

drohung“ führen würde.¹²⁷³ Dieses Erfordernis wurde in jüngeren Entscheidungen allerdings abgemildert, insbesondere für die bereits erwähnten Fallgestaltungen, in denen der Zugang zu Energienetzen begehrt wurde.¹²⁷⁴ So verlangen das OLG Düsseldorf und das OLG München ausdrücklich keine Existenzgefahr des Antragstellers mehr, sondern lassen es ausreichen, wenn dieser auf die sofortige Erfüllung dringend angewiesen ist und sonst erhebliche Nachteile erleiden muss.¹²⁷⁵ In die gleiche Richtung gehen Entscheidungen des OLG Dresden sowie des LG Frankfurt.¹²⁷⁶

Im Übrigen ist das Vorliegen eines Verfügungsgrundes durch eine Interessenabwägung zwischen dem Leistungsinteresse des Antragstellers und demjenigen des Antragsgegners, nicht im einstweiligen Verfahren zu einer Leistung verpflichtet zu werden, zu bestimmen.¹²⁷⁷ Im Mittelpunkt steht dabei, dass dem Antragsteller, soweit keine einstweilige Verfügung ergeht, ein endgültiger Rechtsverlust droht, weil sich die zwischenzeitlich ergebenden Nachteile unter Umständen nicht durch die spätere Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs ausgleichen lassen.¹²⁷⁸ Dies wurde insbesondere angenommen, wenn durch die Verweigerung der Belieferung oder des Zugangs zu einem Energienetz Endkunden nicht (mehr) versorgt werden können und es daher zu einer dauerhaften Rufschädigung und einem Vertrauensverlustes gegenüber dem Antragsteller kommt.¹²⁷⁹ Teilweise werden die Anforderungen an den Verfügungsgrund auch davon abhängig gemacht, wie wahrscheinlich das Bestehen des Verfügungsanspruchs ist. Gibt es insoweit begründete Zweifel, er-

¹²⁷³ OLG Schleswig, Urt. v. 11.1.1977, 6 U 45/76, NJW 1977, 1886; OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.1985, U (Kart.) 20/85, WuW 1986, 917; KG Berlin, Urt. v. 12.9.1990, Kart U 3919/90, WuW/E OLG 4628.

¹²⁷⁴ *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032 (1036); *Köhler*, BB 2002, 584 (585).

¹²⁷⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2001, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (178); OLG München, Urt. v. 11.4.2002, U (K) 2142/02, GRUR-RR 2003, 56.

¹²⁷⁶ OLG Dresden, Urt. v. 13.9.2001, U 1693/01 Kart, GRUR-RR 2002, 85; LG Frankfurt/M., Urt. v. 22.4.2005, 3/11 O 133/04, MMR 2005, 551 (552).

¹²⁷⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2001, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (178); OLG München, Urt. v. 15.11.2001, U (K) 3825/01; GRUR-RR 2002, 181; Urt. v. 11.4.2002, U (K) 2142/02, GRUR-RR 2003, 56.

¹²⁷⁸ OLG Dresden, Urt. v. 13.9.2001, U 1693/01 Kart, GRUR-RR 2002, 85 (87).

¹²⁷⁹ OLG Dresden, Urt. v. 13.9.2001, U 1693/01 Kart, GRUR-RR 2002, 85 (87); LG Frankfurt/M., Urt. v. 22.4.2005, 3/11 O 133/04, MMR 2005, 551 (552).

scheint eine Verweisung auf später durchzusetzende Schadensersatzansprüche eher zumutbar.¹²⁸⁰

Die vorstehende Rechtsprechung, und dabei insbesondere die Abkehr von dem Erfordernis eines existenzgefährdenden Schadens, ist zu begrüßen. Denn eine existenzielle Bedrohung trifft größere Unternehmen nur äußerst selten. Allerdings können auch diese durch eine Nichtleistung so gravierend geschädigt werden, dass ein Bedürfnis nach einstweiligem Rechtsschutz besteht.¹²⁸¹ Im Übrigen bietet die vorzunehmende Abwägung die Gewähr eines angemessenen Ausgleichs zwischen den beteiligten Interessen.

Wegen der bereits angesprochenen Ähnlichkeit zu einer Lieferverweigerung kann davon ausgegangen werden, dass die Gerichte in Bezug auf die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs im Wege der Leistungsverfügung in vergleichbarer Weise vorgehen werden. Zwar lassen sich vor dem Hintergrund der in jedem Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägungen keine konkreten Vorhersagen treffen, jedoch erscheint die Annahme eines Verfügungsgrundes unter Berücksichtigung der nachfolgenden Aspekte nicht unwahrscheinlich.

So wird sich in den meisten Fällen ein erforderlicher wesentlicher Nachteil auf Seiten des Lizenzinteressenten darstellen lassen, da wegen des verhinderten Marktzutritts mit erheblichen Umsatzeinbußen zu rechnen ist.¹²⁸² Weiterhin wird zu berücksichtigen sein, ob die durch die Verweigerung entstehenden Nachteile nachträglich kompensiert werden können. Diese Möglichkeit kann beispielsweise zweifelhaft sein, wenn der Lizenzsucher mit einem innovativen Produkt auf dem Produktmarkt auftreten will und sich ex post der Markterfolg und damit auch ein entgangener Gewinn kaum feststellen lassen. Das Interesse an einer Leistungsverfügung wird dann stärker zu gewichten sein, wenn der Patentinhaber eine Lizenzierung abgebrochen hat und daher bestehende Kundenbindungen des Antragstellers gefährdet und

¹²⁸⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2001, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (178); LG Dortmund, Urt. v. 1.9.2000, 13 O 134/00, GRUR-RR 2001, 43 (44).

¹²⁸¹ *Kessel/Koch*, BB 2009, 1032 (1036).

¹²⁸² *Schöler*, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al., Patents and technological progress in a globalized world, 177 (193).

die Reputation am Markt insgesamt geschädigt werden können. Schließlich muss im Hinblick auf die Ausschließlichkeitsstellung des Patentinhabers berücksichtigt werden, ob das Patent bislang vom Inhaber allein genutzt oder bereits eine Vielzahl von Lizenzen erteilt wurde. Im letztgenannten Fall wird der Eingriff durch eine einstweilige Verfügung als weniger schwerwiegend anzusehen sein.

cc) Glaubhaftmachung

Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund sind glaubhaft zu machen, §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO. Unter Glaubhaftmachung versteht man ein gegenüber dem Hauptsacheverfahren verringertes Beweismaß, das keine volle Überzeugung des Gerichts verlangt, sondern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend lässt.¹²⁸³ Zur Glaubhaftmachung stehen alle präsenten, d.h. unmittelbar vorhandenen Beweismittel zur Verfügung; dazu gehört auch die eidesstattliche Versicherung des Beweisführers selbst, § 294 ZPO.¹²⁸⁴

Im Hinblick auf die vergleichsweise hohen tatbestandlichen Anforderungen des Zwangslizenzanspruchs wird dessen Glaubhaftmachung nicht immer gelingen. Insbesondere die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung bedarf prinzipiell einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung, die innerhalb des Eilrechtsschutzes nicht zu leisten ist. Allerdings erscheint es in dem häufigen Fall, in dem standardessentielle Patente die marktbeherrschende Stellung vermitteln, durchaus möglich, einen hinreichenden Nachweis zu erbringen. So lässt sich unter Umständen mit einem Privatgutachten belegen, dass auf einem nachgelagerten Produktmarkt ausschließlich standardkonforme Erzeugnisse angeboten werden und der Patentinhaber dadurch den jeweils vorgelagerten Lizenzmarkt beherrscht. Vielfach werben die Normungsorganisationen auch selbst mit ihrer überragenden Marktdurchdringung, sodass auf deren Aussagen verwiesen werden kann.¹²⁸⁵

¹²⁸³ BGH, Beschl. v. 20.3.1996, VIII ZB 7/96, NJW 1996, 1682; Stein/Jonas-Leipold, § 294 Rn. 7; Zöller-Vollkommer, § 935 Rn. 8; Lackmann, Rn. 666.

¹²⁸⁴ Zöller-Greger, § 294 Rn. 3.

¹²⁸⁵ MPEG LA, MPEG-2 Introduction.

Hinsichtlich der einzelnen missbräuchlichen Verhaltensweisen ist zu unterscheiden: Die Voraussetzungen einer selektiven Lizenzverweigerung können unter Umständen allein durch den Nachweis glaubhaft gemacht werden, dass Konkurrenzunternehmen bereits auf dem betroffenen nachgelagerten Markt tätig sind und offensichtlich das begehrte Schutzrecht nutzen. Möglich erscheint auch die Glaubhaftmachung eines Lizenzierungsabbruchs durch Vorlage der ursprünglichen Nutzungserlaubnis sowie die eines Ausbeutungsmisbrauchs, wenn dem Gericht Vertragsbedingungen des Patentinhabers zur Kenntnis gebracht werden können, die aus sich heraus evident missbräuchlich sind.¹²⁸⁶

Hingegen wird eine Glaubhaftmachung in Fällen einer generellen Lizenzverweigerung kaum gelingen, weil dazu insbesondere das Vorliegen eines neuen Produktes geprüft werden muss, was in aller Regel nicht ohne die Einholung von gerichtlichen Sachverständigengutachten möglich sein wird. Ebenso wenig wird der Vorwurf einer Diskriminierung durch unterschiedliche Lizenzbedingungen begründet werden können, es sei denn die Verträge mit Dritten können dem Gericht, gegebenenfalls nach Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs, zum Vergleich vorgelegt werden.

In Bezug auf den Verfügungsgrund ist es gegebenenfalls erforderlich, die wirtschaftliche Bedeutung der Lizenz für den Antragsteller und die aus der Nichtnutzung resultierenden Nachteile mit einem Privatgutachten näher zu erläutern, das beispielsweise von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft angefertigt werden kann.¹²⁸⁷ Im Hinblick darauf, dass im Verfügungsverfahren nur präsente Beweismittel zulässig sind, ist eine solche Expertise rechtzeitig in Auftrag zu geben.

Schließlich ist es unabhängig von der Art des missbräuchlichen Verhaltens häufig angezeigt, dass der Lizenznehmer zur Glaubhaftmachung der behaupteten Tatsachen deren Richtigkeit an Eides statt versichert. Dies kann insbesondere dann hilfreich sein, wenn die eigentliche Lizenzverweigerung durch den Patentinhaber nur mündlich kommuniziert wurde und es daher insoweit an anderen Beweismitteln fehlt.

¹²⁸⁶ Siehe oben unter 3. Teil B. I. 2. b) bb), S. 99 f.

¹²⁸⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.1.1997, U (Kart) 27/96, ET 1997, 373 (374); *Ungemach/Weber*, RdE 1999, 131 (136).

c) Verfügungsinhalt

Im Rahmen des Hauptsacheverfahrens kann der Lizenzinteressent – entsprechend seines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Kontrahierung – ausschließlich eine Verurteilung auf Abgabe einer Willenserklärung zum Vertragsschluss erwirken.¹²⁸⁸ Im Verfügungsverfahren ist das Gericht allerdings in seiner Entscheidung freier. Nach § 938 Abs. 1 ZPO darf es im Rahmen der gestellten Anträge nach seinem Ermessen dasjenige anordnen, was zur Erreichung des Verfügungszwecks erforderlich erscheint.¹²⁸⁹ Dabei ist allerdings das zur Zweckerreichung geeignete, mildeste Mittel zu wählen.¹²⁹⁰

Es stellt sich die Frage, ob der erzwungene Abschluss eines Lizenzvertrages durch Verurteilung zur Annahme eines Vertragsangebotes auch im Verfügungsverfahren erforderlich ist oder dem Patentinhaber eher unmittelbar aufgegeben werden sollte, die Patentnutzung durch den Anspruchsteller gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts zu ermöglichen.

aa) Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im einstweiligen Rechtsschutz

Erstgenannte Möglichkeit kommt nur in Betracht, wenn eine Verurteilung zum Abschluss eines Vertrages im Eilverfahren überhaupt möglich ist. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.¹²⁹¹ Teilweise wird sie mit dem Argument verneint, dass in einem solchen Fall eine Vollstreckung nach § 894 ZPO nicht möglich sei, da die Vorschrift nach ihrem Wortlaut eine endgültige rechtskräftige Entscheidung voraussetze und ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil nicht ausreichen lasse. Die Entscheidung im Eilrechtsschutz stehe aber funktional einem vorläufig vollstreckbaren Urteil gleich, weil die spätere Hauptsacheentscheidung ohne Weiteres anders ausfallen könne. Eine Vollstreckung im Anschluss an den Eilrechtsschutz führe außerdem zu einem Schwebezustand, der mit dem Wesen einer Willenser-

¹²⁸⁸ Siehe oben unter 6. Teil B. I. 2., S. 295 ff.

¹²⁸⁹ Stein/Jonas-Grunsky, § 938 Rn. 17; Zöller-Vollkommer, § 938 Rn. 1.

¹²⁹⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 Rn. 3; Stein/Jonas-Grunsky, § 938 Rn. 1.

¹²⁹¹ Zum Streitstand insgesamt siehe von Holtz, S. 96 ff.

klärung unvereinbar sei.¹²⁹² Eine starke Meinungsgruppe lässt eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nur zu, wenn dadurch lediglich eine nur vorläufige Maßnahme getroffen wird und keine endgültigen Rechtswirkungen geschaffen werden, die einem nachfolgenden Hauptsacheverfahren vorgreifen würden.¹²⁹³ Beispielsweise sei die Verurteilung zu einer Auffassungserklärung im einstweiligen Rechtsschutz schlechthin ausgeschlossen.¹²⁹⁴ Andere verlangen, dass die Abgabe der Willenserklärung lediglich eine Nebenpflicht darstellt, die der Sicherung einer davon unterscheidbaren Hauptpflicht dient oder der Antragsteller darauf zum Bestreiten seines Lebensunterhaltes angewiesen ist (z.B. die Einwilligung in die Auszahlung von hinterlegtem Geld).¹²⁹⁵

Nach zustimmungswürdiger Ansicht ist eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im Eilrechtsschutz uneingeschränkt zulässig, da sich eine entgegenstehende Beschränkung weder aus dem Gesetz noch aus anderen Gründen ergibt.¹²⁹⁶ Gegen eine generelle Unzulässigkeit spricht zunächst, dass das Gesetz in §§ 885 Abs. 1 S. 1, 899 Abs. 2 S. 1 BGB die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung im einstweiligen Rechtsschutz ausdrücklich vorsieht. Diese Vorschriften bezwecken indes nicht, den Eilrechtsschutz in anderen Fällen auszuschließen, sondern vielmehr in besonderen Fällen eine Verfügung zu ermöglichen, ohne dass es einer Glaubhaftmachung des zugrunde liegenden Anspruchs bedarf, §§ 885 Abs. 1 S. 2, 899 Abs. 2 S. 2 BGB. Auch aus der Rechtsfolgenregelung des § 894 ZPO lässt sich keine Einschränkung ableiten, da Voraussetzung der Fiktionswirkung ein der Rechtskraft fähiges, vollstreckbares Urteil ist, und diese Anforderungen auch von einem Urteil im einstweiligen Rechtsschutz erfüllt werden, §§ 705, 936, 928 ZPO. Eine Differenzierung nach der Art der Pflicht oder des Verfügungsgrundes vermag

¹²⁹² OLG Hamburg, Urt. v. 20.6.1990, 12 U 37/90, NJW-RR 1991, 382; *Jauernig*, ZZP 79 (1966), 321 (341f.).

¹²⁹³ OLG Stuttgart, Urt. v. 15.2.1973, 10 U 106/72, NJW 1973, 908; LG Braunschweig, Urt. v. 3.12.1974, 6 T 64/74, NJW 1975, 782 (783); *Thomas/Putzo-Reichold*, § 938 Rn. 8; *Zöller/Vollkommer*, § 938 Rn. 5.

¹²⁹⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 15.2.1973, 10 U 106/72, NJW 1973, 908.

¹²⁹⁵ *MüKoZPO-Schilken*, § 894 Rn. 6; *Stein/Jonas-Grunsky*, vor § 935 Rn. 50; *Wieczorek/Schütze-Storz*, § 894 Rn. 10; *von Holtz*, S. 108 ff.

¹²⁹⁶ OLG Köln, Urt. v. 7.12.1995, 18 U 93/95, NJW-RR 1997, 59 (60) m.w.N.; *Köhler*, BB 2002, 584 (586 f.).

nicht zu überzeugen, da auch in Fällen außerhalb einer existenziellen Gefahr – wie vorstehend erörtert – Eilrechtsschutz geboten sein kann.¹²⁹⁷

Die im Übrigen geäußerten Bedenken verkennen, dass es sich bei einer Entscheidung im Eilrechtsschutz um die endgültige Regelung eines vorläufigen Zustandes handelt. So entsteht durch eine rechtskräftige einstweilige Verfügung bei Willenserklärungen kein Schwebezustand, vielmehr ist über den Zeitraum bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens abschließend entschieden worden. Die Entscheidung kann zwar, insbesondere wegen veränderter Umstände gemäß § 927 ZPO wieder aufgehoben werden. Durch eine solche Aufhebung bleibt jedoch die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Anordnung unberührt und wird nur die Rechtmäßigkeit ihrer Fortdauer verneint.¹²⁹⁸ Infolgedessen lässt sie auch die mit der Rechtskraft zunächst eingetretenen Rechtswirkungen nicht ex tunc wieder entfallen.¹²⁹⁹

Schließlich werden keine endgültigen Rechtswirkungen geschaffen, denn das Verfügungsverfahren ist seinem Wesen nach „einstweilig“ und darauf angelegt, nur den Zeitraum bis zu einer Hauptsacheentscheidung zu regeln. Um sicherzustellen, dass der Klageweg beschritten wird, kann die einstweilige Verfügung unmittelbar mit einer Frist versehen werden, binnen derer eine Klage anhängig gemacht werden muss, §§ 936, 926 Abs. 1 ZPO. Kommt der Antragsteller dem nicht nach, ist die Verfügung aufzuheben, § 926 Abs. 2, 936 ZPO. Diese Vorgehensweise ist insbesondere bei Leistungsverfügungen geboten.¹³⁰⁰ Auf diese Weise beschränkt sich eine durch Verfügung angeordnete Willenserklärung immer auf einen begrenzten Zeitraum und es wird sicher gestellt, dass die abschließende Entscheidung im Rahmen des Hauptsacheverfahrens gefällt wird.

bb) Abgabe einer Willenserklärung oder unmittelbare Leistungserbringung

Von der Frage der Zulässigkeit einer Verurteilung zum Abschluss eines Lizenzvertrages ist die Frage der Erforderlichkeit einer solchen Verurteilung zu unterscheiden.

¹²⁹⁷ Siehe oben unter 6. Teil B. II. 1. b) bb), S. 317 ff.

¹²⁹⁸ BFH, Urt. v. 17.12.2003, I R 1/02, NJW 2004, 2183 (2184); Stein/Jonas-Grunsky, § 927 Rn. 1.

¹²⁹⁹ OLG Köln, Urt. v. 7.12.1995, 18 U 93/95, NJW-RR 1997, 59 (60).

¹³⁰⁰ Musielak-Huber, § 940 Rn. 14; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 6; Köhler, BB 2002, 584 (587).

Im Rahmen einer Ermessensentscheidung nach § 938 ZPO wäre es auch denkbar, dass der Patentinhaber unmittelbar zur Leistungserbringung verpflichtet wird, indem er die Nutzung des Patents durch den Antragsteller dulden oder diese durch einseitige Erklärung erlauben muss. Zum Abschluss eines (befristeten) Lizenzvertrages käme es dann nicht.¹³⁰¹

Bei der Durchsetzung von Belieferungs- und Durchleitungsansprüchen verfährt die Rechtsprechung teilweise entsprechend und ordnet gegenüber dem Antragsgegner die unmittelbare Leistungserbringung an.¹³⁰² Denn bei einer Verurteilung zum Vertragsschluss könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsgegner seinen bestehenden vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkomme und daher nochmals gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden müsse. Dem Antragsteller, der dringend auf die Erfüllung angewiesen ist, wäre damit noch nicht geholfen.¹³⁰³

Diese Begründung verfängt in Fällen des Zwangslizenzanspruchs nicht, da die Nutzungsmöglichkeit unmittelbar mit Vollstreckung des Urteils möglich ist und keine weitere „Erfüllung“ des Vertrages erforderlich macht.¹³⁰⁴ Darüber hinaus streiten zwei weitere Argumente gegen die unmittelbare Anordnung der Nutzungsmöglichkeit. Zum einen widerspricht diese Vorgehensweise dem Gebot, dass die einstweilige Verfügung dem Antragsteller nicht mehr geben darf als er im Hauptsacheverfahren erreichen kann.¹³⁰⁵ Zum anderen ist es durchaus zweckmäßig, das Verhältnis zwischen den Parteien mittels eines Vertrages zu regeln, sodass schuldrechtliche Vorschriften unmittelbar herangezogen werden können, wenn es im Anschluss an das Urteil zu Streitigkeiten kommt. Dies erscheint nicht unwahrscheinlich, da es sich bei dem Patentinhaber ohnehin nur um einen „Vertragspartner wider Willen“

¹³⁰¹ *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (102).

¹³⁰² OLG Dresden, Urt. v. 8.2.2001, U 2978/00 Kart, GRUR-RR 2001, 190 (192); OLG München, Urt. v. 15.11.2001, U (K) 3825/01, GRUR-RR 2002, 181; OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2002, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (177); LG Magdeburg, Urt. v. 14.4.2000, 7 O 8/00, NJWE-WettbR 2000, 199.

¹³⁰³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2002, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (177).

¹³⁰⁴ Siehe oben unter 6. Teil B. I. 2. a), S. 297 f.

¹³⁰⁵ Stein/Jonas-Grunsky, § 938 Rn. 18; Zöller-Vollkommer, § 938 Rn. 3; Köhler, BB 2002, 584 (587); a.A. *Jaecks/Dörmer*, in: Boesche et al., FS Säcker, 97 (102), der vielmehr in der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache sieht.

handelt und außerdem bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einige Zeit vergehen kann.¹³⁰⁶

d) Verfahren

Im Hinblick auf das Verfahren ergeben sich bei der Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs im Eilrechtsschutz kaum Besonderheiten.

Der Verfügungsantrag nach §§ 936, 920 ZPO kann im Hinblick auf das richterliche Entscheidungsermessen aus § 938 ZPO inhaltlich freier gehalten werden als ein Klageantrag. Bei einer Leistungsverfügung muss er allerdings so bestimmt sein, dass er auch zum Gegenstand einer Leistungsklage gemacht werden könnte oder mit anderen Worten den Anforderungen an § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügen.¹³⁰⁷ Für den Lizenzanspruch ergeben sich insoweit zunächst keine Abweichungen zu einer Klageerhebung, sodass die Annahme eines ausformulierten Vertragsangebotes einschließlich einer konkret benannten Gegenleistung beantragt werden muss, um die Vollziehung nach § 894 Abs. 1 S. 2, 928, 936 ZPO, § 20 Nr. 12 RPflG zu ermöglichen.

Die Möglichkeit, die Lizenzerteilung gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts zu beantragen, hat der Lizenzsucher auch nicht, wenn die Gebührenhöhe erst noch im Wege der Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zu ermitteln ist.¹³⁰⁸ Die Gerichte haben es bereits in einer Reihe von Entscheidungen abgelehnt, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, die keine konkret benannte Gegenleistung enthielt und dies zutreffend damit begründet, dass das Verfügungsverfahren nicht der Ort sei, wo über die Angemessenheit einer Gebühr zu befinden sei. Denn im Eilrechtsschutz fehlt die Zeit, um die erforderlichen Tatsachen zu sammeln und auf dieser Grundlage eine gerichtliche Überzeugungsbildung vorzunehmen.¹³⁰⁹

¹³⁰⁶ Vgl. Köhler, BB 2002, 584 (587 f.).

¹³⁰⁷ LG Dresden, Urt. v. 8.2.2001, U 2978 /00, GRUR-RR 2001, 190 (192); Lackmann, Rn. 702.

¹³⁰⁸ Siehe oben unter 6. Teil A. II. 2., S. 284 ff.

¹³⁰⁹ OLG München, Urt. v. 15.11.2001, U (K) 3825/01, GRUR-RR 2002, 181 (182); OLG Düsseldorf, Urt. v. 5.12.2002, U (Kart) 34/01, GRUR-RR 2002, 176 (177) – *Reziprozität*; LG Magdeburg, Urt. v. 14.4.2000, 7 O 8/00, NJWE-WettbR 2000, 199; LG Dresden, Urt. v. 8.2.2001, U 2978 /00, GRUR-RR 2001, 190 (192).

Diese Erwägungen gelten uneingeschränkt für die Durchsetzung des Zwangslizenzanspruchs, sodass der Lizenzinteressent einen unter Umständen sicherheitshalber erhöhten konkreten Gebührenbetrag in seinen Antrag aufnehmen muss, um den formalen Anforderungen an sein Gesuch zu entsprechen. Anders als im Klageverfahren ist ihm diese Vorgehensweise auch zuzumuten, da es sich nur um eine vorläufige Regelung handelt und im Anschluss an das Urteil in der Hauptsache ein eventuell überzahlter Betrag nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften zurückgefordert werden kann.

2. Leistungsverfügung auf Auskunft

Bei der Behandlung des Hauptsacheverfahrens wurde deutlich, dass ein eventuell bestehendes Informationsdefizit auf Klägersseite und daraus resultierende Schwierigkeiten auf der Beweisebene durch die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs beseitigt werden können.

Im einstweiligen Rechtsschutz ergeben sich vergleichbare Probleme im Rahmen der Glaubhaftmachung des jeweiligen Anspruchs. Es stellt sich daher die Frage, ob zur Vorbereitung einer Leistungsverfügung auf Lizenzierung ein Auskunftsanspruch auch im Wege des Eilrechtsschutzes durchgesetzt werden kann. Da das Begehren des Antragstellers auf die Erteilung einer Auskunft und damit auf eine Leistung gerichtet ist, kommt dazu – wie bei der Lizenzerteilung selbst – nur eine Leistungsverfügung in Betracht.¹³¹⁰

Bei einem Auskunftsverlangen stellt sich allerdings das Problem der Vorwegnahme der Hauptsache in besonderer Weise, weil die Mitteilung von Tatsachen ihrem Wesen nach weder befristet oder vorübergehend möglich ist noch eine einmal erteilte Auskunft wieder zurückgenommen werden kann.¹³¹¹ Während Zahlungen wieder eingestellt und andere Leistungen – wie hier das Nutzungsrecht – wieder beendet werden können, schafft die Auskunft eine endgültige und dauerhafte Befriedigung

¹³¹⁰ *Osterloh-Konrad*, S. 303; Siehe oben unter 6. Teil B. II. 1., S. 313 ff.

¹³¹¹ KG, Urt. v. 28.8.1987, 5 U 3581/87, GRUR 1988, 403 (404).

des Anspruchs und lässt damit keinen Raum mehr für eine weitergehende Hauptsachentscheidung.¹³¹²

Aus diesem Grund wird eine einstweilige Verfügung auf Auskunftserteilung in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich als unzulässig angesehen.¹³¹³ Ein vorbereitender Auskunftsanspruch im Eilrechtsschutz wird nur ausnahmsweise zugelassen, wenn für den Anspruchsinhaber eine existenzielle Bedrohung abgewendet werden muss,¹³¹⁴ ein endgültiger Rechtsverlust droht¹³¹⁵ oder Sondervorschriften die Auskunftserteilung im einstweiligen Rechtsschutz ausdrücklich anordnen, wie § 140b Abs. 3 PatG, § 24b Abs. 3 GebrMG, § 14a Abs. 3 GeschMG, § 101 a Abs. 3 UrhG oder § 19 Abs. 3 MarkenG.¹³¹⁶

In Bezug auf die Auskunft zur Vorbereitung eines Lizenzanspruchs liegt regelmäßig keine der genannten Ausnahmen vor. Die Lizenzverweigerung wird auf Seiten des Lizenzinteressenten kaum jemals zu einer existenziellen Bedrohung führen; auch ein endgültiger Rechtsverlust ist nicht zu befürchten, da der Lizenzanspruch nicht in naher Zukunft untergeht, sondern immer noch im Hauptsacheverfahren durchgesetzt werden kann. Schließlich greift keine der genannten Sondervorschriften aus dem Bereich des Immaterialgüterrechts ein. Eine Durchsetzung des Auskunftsanspruchs im einstweiligen Rechtsschutz ist mithin nicht möglich.

3. Ergebnis

Eine Verurteilung zur Lizenzerteilung ist im einstweiligen Rechtsschutz durch Leistungsverfügung durchsetzbar.

¹³¹² *Osterloh-Konrad*, S. 303 f.

¹³¹³ KG, Urt. v. 28.8.1987, 5 U 3581/87, GRUR 1988, 403 (404); OLG Hamm, Beschl. v. 29.11.1991, 26 W 15/91, NJW-RR 1992, 640; OLG Düsseldorf, 4.6.1992, 2 U 56/92, GRUR 1993, 818 (821) – *Mehrfachkleiderbügel*; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.12.2007, 23 U 132/07, BeckRS 2008, 00260; Prütting/Gehrlein-Fischer, § 940 Rn. 9; Stein/Jonas-Grunsky, vor § 935 Rn. 53; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 8; *Osterloh-Konrad*, S. 303.

¹³¹⁴ KG, Urt. v. 28.8.1987, 5 U 3581/87, GRUR 1988, 403 (404); Prütting/Gehrlein-Fischer, § 940 Rn. 9; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 8.

¹³¹⁵ OLG Frankfurt, Urt. v. 12.12.2007, 23 U 132/07 BeckRS 2008, 00260; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 8.

¹³¹⁶ OLG Düsseldorf, 4.6.1992, 2 U 56/92, GRUR 1993, 818 (820) – *Mehrfachkleiderbügel*; Prütting/Gehrlein-Fischer, § 940 Rn. 9; Zöller-Vollkommer, § 940 Rn. 8.

Die hohen Anforderungen an den Verfügungsgrund können erfüllt werden, da der Antragsteller auf die Nutzung des Patents für den Zugang zum nachgelagerten Markt dringend angewiesen ist und ihm durch die Lizenzverweigerung im Einzelfall Nachteile entstehen, die auch durch eine spätere Schadensersatzzahlung nicht mehr vollständig zu kompensieren sind.

Wie im Hauptsacheverfahren ist der Antrag auf die Abgabe eines vollständig ausformulierten Lizenzangebotes zu richten, das auch eine Gegenleistung in konkreter Höhe beinhaltet. Dabei ist es dem Antragsteller zuzumuten, einen sicherheitshalber erhöhten Betrag einzusetzen und im Erfolgsfall zu bezahlen, da dies nur für die Dauer bis zur Hauptsacheentscheidung erforderlich ist und etwaig überzahlte Gebühren im Anschluss zurückgefordert werden können.

Um eine Überprüfung der Entscheidung im Hauptsacheverfahren sicherzustellen, ist im Urteil eine Frist zu bestimmen, binnen derer der Antragsteller Klage zu erheben hat.

Die Möglichkeiten des Lizenzsuchers, seinen Anspruch im einstweiligen Rechtsschutz durchzusetzen, sind allerdings begrenzt. Das liegt daran, dass es nicht in allen Missbrauchskonstellationen gelingen wird, den kartellrechtlichen Anspruch glaubhaft zu machen, wenn die dazu erforderlichen Informationen dem Antragsteller nicht vorliegen und – anders als im Hauptsacheverfahren – im einstweiligen Rechtsschutz auch nicht mittels Auskunftsanspruch beschafft werden können. So wird der Weg des Eilrechtsschutzes regelmäßig dann verschlossen sein, wenn das Vorliegen eines Missbrauchs entweder auf der Grundlage anderweitig benutzter Lizenzbedingungen oder der Gestehungskosten zu ermitteln ist.

Im Übrigen ist eine Durchsetzung des Anspruchs im Eilrechtsschutz durchaus denkbar. Die marktbeherrschende Stellung des Patentinhabers kann insbesondere dann glaubhaft gemacht werden, wenn es sich um ein standardessentielles Schutzrecht handelt, und nicht standardkonforme Erzeugnisse auf dem Produktmarkt ersichtlich keinen Absatz finden.

Die Glaubhaftmachung einer selektiven Diskriminierung ist möglich, wenn andere Unternehmen offensichtlich das begehrte Patent nutzen, dem Antragsteller

allerdings eine Erlaubnis dazu versagt wird. Schließlich kann ein Lizenzanspruch auch dann glaubhaft gemacht werden, wenn Lizenzbedingungen des Patentinhabers vorgelegt werden können, die aus sich selbst heraus den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen.

Teil VII

Zusammenfassung der Ergebnisse

Im Rahmen dieser Arbeit wurde behandelt, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht besteht, welche Rechtsfolgen daran geknüpft sind und welche Möglichkeiten der Gläubiger hat, seinen Anspruch gerichtlich durchzusetzen.

A. Voraussetzungen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz kann sich aus § 33 Abs. 1 S. 1 GWB i.V.m. Art. 102 AEUV und §§ 19, 20 GWB ergeben, wenn ein marktbeherrschender Patentinhaber die Erteilung einer Lizenz verweigert und diese Verweigerung gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt. Eine Lizenzverweigerung liegt dann vor, wenn sich ein Inhaber insgesamt weigert, Lizenzen zu vergeben (generelle Lizenzverweigerung), zu kartellrechtlich gebotenen Bedingungen eine Nutzungserlaubnis einzuräumen (missbräuchliche Lizenzierungspraxis) oder es ablehnt, eine bestehende Lizenzierung fortzusetzen (Abbruch einer Lizenzierung).

Zur Feststellung der marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers ist zwischen einem vorgelagerten Technologie- oder Lizenzmarkt und einem nachgelagerten Produktmarkt zu unterscheiden. Der Technologiemarkt ist in sachlicher Hinsicht auf den Schutzgegenstand begrenzt, wenn es auf dem Produktmarkt keinen Substitutionswettbewerb mehr gibt und ausschließlich geschützte Produkte nachgefragt werden. Das ist insbesondere unter dem Einfluss von *de jure*- und *de facto*-Standards der Fall. Der Patentschutz muss im Zeitpunkt der Verweigerung bestehen und den räumlichen Bereich des Produktmarktes erfassen. Ist der Technologiemarkt auf den Schutzgegenstand begrenzt, beherrscht der Patentinhaber diesen als einziger Anbieter. Eine gleichzeitige Beherrschung des Produktmarktes ist nicht erforderlich. Der Schutzgegenstand vermittelt die nötige Verbindung der beiden Märkte zueinander.

Inwieweit eine Lizenzverweigerung als missbräuchlich zu bewerten ist, hängt davon ab, ob sich der Inhaber generell weigert, Nutzungsrechte einzuräumen oder prinzipiell zur Lizenzierung bereit ist.

Im erstgenannten Fall verstößt das Verhalten nur dann gegen das Missbrauchsverbot, wenn „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, also das jeweilige Schutzgut für eine Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt unerlässlich ist, die Lizenzverweigerung Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt, das Anbieten eines neuen Produktes verhindert und für das Verhalten des Patentinhabers keine sachliche Rechtfertigung vorliegt.

Ist der marktbeherrschende Patentinhaber prinzipiell gewillt, Nutzungserlaubnisse zu erteilen, so gelten allgemeine kartellrechtliche Maßstäbe, d.h. dass die Lizenzierungspraxis weder den Vorwurf einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung noch eines Ausbeutungsmissbrauchs begründen darf.

Im Falle einer *Diskriminierung* kann die Ungleichbehandlung darin bestehen, dass der Patentinhaber Lizenzen erteilt und die Vergabe anderen Interessenten gegenüber verweigert. Darüber hinaus kann eine Ungleichbehandlung auf der unterschiedlichen Ausgestaltung von Lizenzverträgen beruhen, insbesondere bei der Forderung verschieden hoher Lizenzgebühren. Schließlich kann eine Ungleichbehandlung sich auch daraus ergeben, dass der Patentinhaber Schutzrechtsverletzungen oder Underreporting duldet und von anderen Nutzern die Zahlung von Lizenzgebühren in voller Höhe verlangt. Hinsichtlich der Rechtfertigung hat ein Patentinhaber zwar einen weiten Spielraum. Das gilt allerdings nur in dem seltenen Fall, in dem die marktbeherrschende Stellung ausschließlich auf seiner erfinderischen oder unternehmerischen Leistung beruht. In allen anderen Fällen ist die Rechtfertigung an allgemeinen Maßstäben zu messen, ohne dass dabei die immaterialgüterrechtliche Stellung des Patentinhabers eine Rolle spielt. Eine Rechtfertigung kann sich dann aus unterschiedlichen Produktkategorien ergeben, wenn die Produkte keinen gemeinsamen Markt im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts bilden und daher die Lizenznehmer nicht im Wettbewerb untereinander beeinträchtigt werden.

Ob ein *Ausbeutungsmisbrauch* durch die Forderung unangemessener Lizenzbedingungen vorliegt, ist mit Hilfe des Vergleichsmarkt- oder Gewinnbegrenzungskonzepts zu ermitteln. Besondere Missbrauchskonstellationen ergeben sich dann, wenn Schutzrechte Eingang in einen Standard gefunden haben. Der Versuch, den strategischen Wert eines Patents oder einen so genannten „Normungslohn“ zu realisieren, ist ebenso missbräuchlich wie das Angebot, standardessentielle Patente nur in Verbindung mit unnötigen oder unwirksamen Schutzrechten zu lizenzieren und deswegen eine eindeutig überhöhte Gebühr zu verlangen. Das Verschweigen von Schutzrechten während eines Standardisierungsverfahrens (Patent Ambush) hat bei der Prüfung eines Missbrauchs außer Betracht zu bleiben, wenn zu diesem Zeitpunkt noch keine marktbeherrschende Stellung vorlag; ein Missbrauch kann sich jedoch nach allgemeinen Kriterien ergeben, wenn nach der Standardisierung ein Normungslohn realisiert werden soll. Schließlich ist der einzelne Inhaber standardessentieller Schutzrechte nicht verpflichtet, seine Lizenzgebühr im Hinblick auf die Forderung Dritter zu begrenzen (Gefahr des Royalty Stacking), sodass ein Lizenzangebot ohne entsprechende Kappungsgrenze nicht kartellrechtswidrig ist.

Der *Abbruch einer bestehenden Lizenzierung* ist missbräuchlich, wenn er nicht sachlich gerechtfertigt ist. Die möglichen Rechtfertigungsgründe decken sich mit denjenigen im Rahmen einer generellen Verweigerung. Zudem ist zu berücksichtigen, ob ein Lizenznehmer berechtigterweise auf den Fortbestand der Lizenzierung vertrauen durfte.

B. Rechtsfolgen des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Die Rechtsfolge des kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs besteht in einem Kontrahierungszwang gerichtet auf Annahme eines auf Lizenzerteilung gerichteten Angebots. Eine Pflicht des Patentinhabers zur Annahme besteht allerdings nur dann, wenn das Angebot inhaltlich der kartellrechtlich gebotenen Lizenzerteilung entspricht. Der Inhalt richtet sich nach Art. 31 TRIPS und den kartellrechtlichen Maßgaben im Einzelfall.

Danach hat der Lizenzinteressent einen Anspruch auf Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts, das in seinem Umfang nicht weiter gehen darf als es der kartellrechtliche Zweck erfordert. In räumlicher Hinsicht bedeutet dies, dass es sich nur auf diejenigen Schutzrechte erstrecken darf, für die sämtliche Voraussetzungen der Zwangslizenz vorliegen. Eine zeitliche Begrenzung in Form einer Befristung der Lizenz ist im Hinblick auf die patentrechtliche Schutzdauer ex ante regelmäßig nicht angezeigt. Ebenso wenig ist der Lizenznehmer auf bestimmte Nutzungsarten festgelegt.

Im Übrigen müssen die Lizenzbedingungen angemessen sein, d.h. dass sie nicht ihrerseits den Vorwurf einer ungerechtfertigten Diskriminierung oder eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen dürfen. Dabei gelten die gleichen Maßgaben, die auch schon bei der Feststellung einer missbräuchlichen Lizenzierungspraxis herangezogen wurden. Hat der Patentinhaber bereits Dritten Nutzungsrechte gewährt, so besteht auf Seiten des Lizenzinteressenten ein Anspruch auf Gleichbehandlung, allerdings zu den vergleichbar ungünstigsten Konditionen, soweit diese nicht den Vorwurf eines Ausbeutungsmisbrauchs begründen.

Sind zuvor keine Lizenzen erteilt worden, so bestimmt sich der Anspruch allein anhand der Maßgaben des Ausbeutungsmisbrauchs. Gibt es einen tauglichen Vergleichsmarkt, ist der Anspruch auf eine Lizenz zu entsprechenden Bedingungen gerichtet. Im Übrigen muss auf das Konzept der Gewinnbegrenzung zurückgegriffen werden. Die Lizenzhöhe setzt sich dann aus den jeweiligen Entwicklungskosten und einer angemessenen Kapitalverzinsung zusammen.

C. Durchsetzung des Anspruchs auf kartellrechtliche Zwangslizenz

Der Anspruch auf Zwangslizenz kann als Einwand im Patentverletzungsverfahren sowie im Wege der Klage, Widerklage und im einstweiligen Rechtsschutz durchgesetzt werden.

Der *Zwangslizenzseinwand* ist im Hauptsacheverfahren ebenso zu berücksichtigen wie im Eilrechtsschutz. Voraussetzung dafür ist das Bestehen des kartellrechtlichen

Anspruchs, die Abgabe eines unbedingten Angebotes auf Lizenzierung und – bei bereits begonnener Nutzung des Schutzrechts ohne Lizenz – die Einhaltung der „vorgreiflichen“ Pflichten, die sich aus einem zu schließenden Vertrag ergeben würden, also insbesondere die Leistung der jeweiligen Lizenzgebühr.

Weigert sich der Patentinhaber die Gebühr zu beziffern oder erscheint der geforderte Betrag dem Lizenzsucher als unangemessen hoch, so kann Letzterer im Rahmen seines Angebotes die Gebührenhöhe in das Ermessen des Inhabers stellen. Der Patentinhaber erhält dadurch ein Leistungsbestimmungsrecht, dessen Ausübung allerdings nicht durch ein Gestaltungsurteil gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB ersetzt werden kann.

Die Einhaltung der vorgreiflichen Vertragspflichten geschieht dann durch Zahlung oder Hinterlegung einer jedenfalls angemessenen Gebühr, d.h. dass entweder der vom Patentinhaber geforderte Betrag oder ein sicherheitshalber überhöhter Betrag zu leisten ist.

In dem Zeitpunkt, in dem der Lizenzinteressent ein Angebot abgegeben und zugleich die vorgreiflichen Vertragspflichten erfüllt hat, bekommt er – obwohl die Nutzung der geschützten Lehre ohne Lizenz rechtswidrig bleibt – eine faktische Nutzungsmöglichkeit, weil der entgegenstehende Unterlassungsanspruch durch den Zwangslizenzeinwand in seiner Durchsetzung gehemmt ist. Auf den Schadensersatzanspruch wirkt sich der Zwangslizenzeinwand dergestalt aus, dass dieser nach Angebot und Einhaltung der vorgreiflichen Pflichten betragsmäßig auf die Geltendmachung einer angemessenen Lizenzgebühr begrenzt ist. Der Vernichtungsanspruch erstreckt sich nur auf diejenigen Erzeugnisse, die vor dem genannten Zeitpunkt in den Besitz des Lizenzinteressenten gelangt sind. Die übrigen patentrechtlichen Ansprüche bleiben vom Zwangslizenzeinwand unberührt.

In den meisten Fällen erscheint die Möglichkeit des Zwangslizenzeinwands als zweckmäßiger Ausgleich zwischen den Interessen des Patentinhabers und des Lizenzsuchers. Bedenken ergeben sich allerdings im Hinblick auf die dadurch entstehende Nutzungsmöglichkeit ohne vorherige gerichtliche Prüfung des kartellrechtlichen Anspruchs. Dies kann dazu führen, dass es zu einer auch aus kartellrechtlicher Sicht

unberechtigten Patentnutzung und einer dauerhaften Schädigung des Patentinhabers kommt. Die Konstruktion der vorgreiflichen Nutzung ist auch im Hinblick auf Art. 31 TRIPS nicht unproblematisch, da genannte Vorschrift offensichtlich von einer vorgeschalteten Prüfung der Voraussetzungen einer Zwangslizenz ausgeht.

Im Übrigen kann die Geltendmachung des Anspruchs mit Blick auf den Grundsatz der Prozessökonomie nicht als Ideallösung angesehen werden. Denn in aller Regel ist ein zweites gerichtliches Verfahren unter Beteiligung der Parteien zu erwarten, weil der Lizenzinteressent zum einen auch bei erfolgreichem Einwand keine Lizenz erhält und zum anderen der Hauptstreitpunkt, die Höhe der Lizenzgebühr, nicht geklärt wird und eine Einigung im Anschluss an das Verletzungsverfahren auch deshalb unwahrscheinlich ist.

Zielführender ist daher die *aktive Durchsetzung des Anspruchs* im Wege der Klage, Widerklage und im einstweiligen Rechtsschutz.

Das größte Problem ist dabei die Informationsasymmetrie zwischen Patentinhaber und Lizenzinteressenten, die dazu führen kann, dass der Nachweis eines Missbrauchs sowie die Bestimmung der angemessenen Lizenzbedingungen nicht gelingt und daher eine Anspruchsdurchsetzung scheitert. Die Untersuchung hat allerdings gezeigt, dass ein Informationsdefizit auf Seiten des Lizenzinteressenten und daraus resultierende Beweisprobleme zufriedenstellend gelöst werden können. Zwar sind Beweiserleichterungen sowie bestehende prozessuale oder materiell-rechtliche Ansprüche dazu nur eingeschränkt geeignet. Dem Lizenzinteressenten steht aber ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben zu, mittels dessen die erforderliche Tatsachenkenntnis beschafft werden kann. Das dazu grundsätzlich erforderliche Sonderrechtsverhältnis besteht in dem gesetzlichen Schuldverhältnis, das durch den Zwangslizenzanspruch selbst begründet wird. Es erscheint darüber hinaus gut vertretbar, einen Auskunftsanspruch ausnahmsweise auch bei einem lediglich wahrscheinlichen kartellrechtlichen Anspruch anzunehmen, wenn der Missbrauch nur anhand von Informationen belegt werden kann, die sich in der Sphäre des Patentinhabers befinden. Andernfalls würde der kartellrechtliche Anspruch in diesen Konstellationen leerlaufen und insoweit ein endgültiger Rechtsverlust eintreten. Voraussetzung ist in einem solchen Fall allerdings, dass der Lizenzinteressent alle ihm

zu Verfügung stehenden Tatsachen vorgetragen hat und auf dieser Grundlage ein Zwangslizenzanspruch wenigstens überwiegend wahrscheinlich ist.

Auch die Bestimmung der Gebührenhöhe im gerichtlichen Verfahren ist – gegebenenfalls nach Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs – möglich. Sind bereits anderweitige Nutzungsrechte eingeräumt worden, so kann anhand dieser Lizenzverträge die zu zahlende Gebühr festgelegt werden. Nur wo eine solche Lizenzierungspraxis fehlt, bleibt Raum für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO auf der Grundlage der internen Kostenrechnung unter Beiziehung eines Sachverständigen.

Die Durchsetzung im *Hauptsacheverfahren* geschieht durch Erhebung einer Leistungsklage auf Annahme eines Lizenzvertragsangebotes. Dies muss im Hinblick auf das Bestimmtheitserfordernis vollständig ausformuliert sein und insbesondere eine konkrete Gebührenhöhe beinhalten. Ein unbezifferter Klageantrag ist nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen für eine gerichtliche Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vorliegen. Der begehrte Lizenzvertrag kommt zustande, nachdem die geschuldete Lizenzgebühr geleistet wurde und eine vollstreckbare Ausfertigung des zusprechenden Urteils vorliegt, § 894 S. 2 ZPO.

Soweit zur Anspruchsdurchsetzung erforderliche Informationen fehlen und der Patentinhaber einem Auskunftsverlangen nicht freiwillig nachkommt, ist die Erhebung einer Stufenklage zweckmäßig.

Ist der Lizenzinteressent bereits wegen Patentverletzung verklagt worden, kann der Zwangslizenzanspruch auch im Wege einer Widerklage geltend gemacht werden. Parallel dazu sollte der Beklagte und Widerkläger den Zwangslizenzeinwand erheben, um auf diese Weise ein zusprechendes Teilurteil zu verhindern.

Der Anspruch auf Lizenzerteilung kann zudem im *Eilrechtsschutz* mittels Leistungsverfügung durchgesetzt werden. Wie im Hauptsacheverfahren ist dabei der Antrag auf Annahme eines vollständig ausformulierten Lizenzvertragsangebotes zu richten. Die Möglichkeit, die Gebührenhöhe offen zu lassen, besteht indes in keinem Fall, sondern es ist gegebenenfalls ein höherer Betrag einzusetzen, der – nach endgültiger Festsetzung der Gebühr im Hauptsacheverfahren – zurückgefordert

werden kann. Das Vorliegen eines Verfügungsgrundes wird oftmals bejaht werden können, weil der Lizenzinteressent für seine Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt auf die Nutzung der geschützten Lehre dringend angewiesen ist und durch eine kartellrechtswidrige Lizenzverweigerung Nachteile entstehen können, die durch einen Schadensersatzanspruch nicht vollständig zu kompensieren sind. Insbesondere in Fällen, in denen bereits eine Vielzahl an Nutzungsrechten vergeben wurde, sowie bei einem Lizenzierungsabbruch wird das Interesse des Lizenzinteressenten an einer schnellen Durchsetzung häufig überwiegen.

Die Möglichkeiten im einstweiligen Rechtsschutz sind allerdings begrenzt, weil die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs nicht in allen Fällen gelingen wird. Der Grund dafür ist, dass die Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs im Eilverfahren zur Behebung von Informationsdefiziten nicht in Betracht kommt und daher der Antrag auf Erlass einer Leistungsverfügung nur dann Erfolg hat, wenn die Glaubhaftmachung auch ohne diesen Anspruch gelingen kann.

Insbesondere im Bereich standardessentieller Schutzrechte ist dies in einer Reihe von Fallgestaltungen möglich. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des Patentinhabers kann daraus geschlossen werden, dass auf dem nachgelagerten Produktmarkt offensichtlich keine nicht standardkonformen Produkte nachgefragt werden und daher der Technologiemarkt auf das in Rede stehende Patent beschränkt ist.

Eine selektive Lizenzierung kann darüber hinaus allein durch die Tätigkeit von anderen Unternehmen auf dem betroffenen Markt und deren Patentnutzung glaubhaft gemacht werden. Gleiches gilt, wenn der Patentinhaber sich weigert, zu bekannten Standardbedingungen eine Lizenz zu erteilen, die geforderten Vertragsbedingungen aus sich heraus evident missbräuchlich erscheinen oder schließlich eine bestehende Nutzungserlaubnis ohne ersichtlichen Grund abgebrochen wird.

In den übrigen Fällen einer Diskriminierung und Ausbeutung scheidet eine Lizenzerteilung im einstweiligen Rechtsschutz hingegen aus, weil zur Glaubhaftmachung eines Missbrauchs entweder die Lizenzverträge oder die Gestehungskosten bekannt sein müssen. Gleiches gilt für die Konstellation einer generellen Lizenz-

verweigerung, da das Vorliegen eines neuen Produktes sowie der weiteren „außergewöhnlichen Umstände“ im Rahmen des Verfügungsverfahrens kaum glaubhaft gemacht werden können.

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
CD	Compact Disc
CEN	Comité Européen de Normalisation
DRAM	Dynamic Random Access Memory
DVD	Digital Versatile Disc
ETSI	European Telecommunications Standards Institute
FRAND	Fair, Reasonable and Non-Discriminatory
GSM	Global System for Mobile Communications
IEC	International Electrotechnical Commission
IFRS	International Financial Reporting Standards
ITU	International Telecommunication Union
JEDEC	Joint Electron Device Engineering Council
LED	Light Emitting Diode
MPEG	Moving Picture Experts Group
RAND	Reasonable and Non-Discriminatory
SSO	Standard Setting Organization
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
US-GAAP	Generally Accepted Accounting Principles (United States)

Im Übrigen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert,

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008

Literaturverzeichnis

A. Kommentare

Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim
Telekommunikationsgesetz, Berlin 2008

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 611-1296, 2. Auflage,
München 2008

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter
Zivilprozessordnung, 68. Auflage, München 2010

Bechtold, Rainer
Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Auflage, München 2010

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo/Hirsbrunner, Simon
EG-Kartellrecht, 2. Auflage, München 2009

Benkard, Georg
Patentgesetz, 10. Auflage, München 2006

Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg
Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage, München 2010

Busche, Jan/Stoll, Peter-Tobias
TRIPs, Köln 2007

Busse, Rudolf
Patentgesetz, 7. Auflage, Berlin 2009

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias
Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta,
3. Auflage, München 2007

Dausen, Manfred
Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 27. Ergänzungslieferung, München Oktober 2010

Dreier, Thomas/Schulze, Gernot
Urheberrechtsgesetz, 3. Auflage, München 2008

Erman, Walter,
Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1: §§ 1-758, 12. Auflage, Köln 2008
Band 2: §§ 759-2385, 12. Auflage, Köln 2008

Glassen, Helmut/Hahn, Helmut von/Kersten, Hans-Christian/Rieger, Harald
Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 72. Nachlieferung, Köln November 2010,
Band 2: EG-Kartellrecht, Band 4: §§ 1-23 GWB

Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kabs, Susanne
Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5: §§ 278–328, 3. Auflage,
München 2010

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard
Das Recht der Europäischen Union, 42. Ergänzungslieferung, München September 2010

Graf, Jürgen Peter
Strafprozessordnung, München 2010

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen
Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen
Gemeinschaft, Band 2: Art. 81-97 EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.

Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen
Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht
(Kartellrecht), Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007, Band 2: Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), München 2008

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim
Wettbewerbsrecht, Band 1: EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht,
4. Auflage, München 2007, Band 1: EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Wettbe-
werbsrecht, 4. Auflage, München 2007, Band 2: GWB, Kommentar zum Deutschen Kar-
tellrecht, 4. Auflage, München 2007

Jauernig, Othmar
Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Auflage, München 2009

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Auflage, München 2010

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich
Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Auflage, München 2010

Lange, Knut Werner
Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main
2006

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef
Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Köln 2010

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander
Kartellrecht, 2. Auflage, München 2009

Mes, Peter
Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 2. Auflage, München 2005

Meyer-Gößner, Lutz
Strafprozessordnung, 52. Auflage, München 2009

Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht –
Gemeinschaftskommentar, 5. Auflage, 4. Lieferung, Köln 2001

Musielak, Hans-Joachim
Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Auflage, München 2009

Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, München 2011

Piper, Henning/Ohly, Ansgar
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Auflage, München 2009

Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus
ZPO Kommentar, Köln 2010

Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd
BGB Kommentar, 5. Auflage, Köln 2010

Rauscher, Thomas/Wax, Peter/Wenzel, Joachim
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1: §§ 1-510c, 3. Auflage,
München 2008, Band 2: §§ 511-945, 3. Auflage, München 2007

Rebmann, Kurt/Rixecker, Roland/Säcker, Franz Jürgen
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil,
5. Auflage, München 2006, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage,
München 2007, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage, München 2009,
Band 6: Sachenrecht, 5. Auflage, München 2009.

Rossi, Matthias
Informationsfreiheitsgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2010

Saenger, Ingo
Handkommentar Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Baden-Baden 2009

Schmidt, Karsten

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Band 4: Drittes Buch Handelsbücher §§ 238–342e HGB, 3. Auflage, München 2010

Schoch, Friedrich

Informationsfreiheitsgesetz, München 2009

Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Mederer, Wolfgang

Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003

Schulte, Rainer

Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen, 8. Auflage, Köln 2008

Soergel, Hans

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage,
Band 5/1: Schuldrecht IV/1 (§§ 705-822 BGB), Stuttgart 2007

Staudinger, Julius von

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 134-163, Berlin 2003, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164-240,
Berlin 2009, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243, Berlin 2009,
Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249-254, Berlin 2005, Buch 2: Recht der Schuld-
verhältnisse, §§ 255-304, Berlin 2009, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326,
Berlin 2009, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 779-811, Berlin 2009

Stein, Friedrich/Jonas, Martin

Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 1: §§ 1-40, Tübingen 2003,
Band 3: §§ 128-252, Tübingen 2005, Band 4: §§ 253-327, Tübingen 2008, Band 5:
§§ 328-510b, Tübingen 2006, Band 9: §§ 916-1068, EG ZPO, Tübingen 2002

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael

Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, München 2009

Thomas, Heinz/Putzo, Hans

Zivilprozessordnung, 31. Auflage, München 2010

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried

Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage, München 2009

Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.

Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Vierter Band: §§ 704-915 h, 2. Teilband §§ 808-
915h, 3. Auflage, Berlin 1999

Wiedemann, Gerhard

Kartellrecht, 2. Auflage, München 2008

Zöller, Richard

Zivilprozessordnung, 28. Auflage, Köln 2010

B. Lehrbücher, Monographien

Adolphsen, Jens

Europäisches und internationales Zivilprozessrecht in Patentsachen, 2. Auflage, Köln 2009

Ahlenstiel, Enno

Marktabgrenzung in der Internetökonomie, Hamburg 2008 (zugl.: Diss., Münster 2008)

Bartmann, Jeannine

Grenzen der Monopolisierung durch Urheberrechte am Beispiel von Datenbanken und Computerprogrammen, Köln 2005 (zugl.: Diss., München 2005)

Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns

Handbuch des Beweisrechts, 2. Auflage, Köln 2008

Bechtold, Stefan

Die Kontrolle von Sekundärmärkten, Baden-Baden 2007

Beckmerhagen, Axel

Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, Baden-Baden 2002 (zugl.: Diss., Konstanz 2001)

Belke, Rolf

Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1966

Beth, Stephan

Rechtsprobleme proprietärer Standards in der Softwareindustrie, Göttingen 2005 (zugl.: Diss., Münster 2005)

Böck, Alexander

Die Zwangslizenz im Spannungsfeld von gewerblichem Rechtsschutz und Kartellrecht, Tübingen 1992 (zugl.: Diss., Tübingen 1992)

Bröhmer, Jürgen

Transparenz als Verfassungsprinzip, Tübingen 2004

Bunte, Hermann-Josef

Kartellrecht, 2. Auflage, München 2008

Busche, Jan

Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999

Coenenberg, Adolf G./Fischer, Thomas M./Günther, Thomas

Kostenrechnung und Kostenanalyse, 7. Auflage, Stuttgart 2009

Demaret, Paul

Patents, Territorial Property and Copyright Law, Weinheim 1978

Dittmann, Kerstin

Öffnung von Märkten durch kartellrechtlichen Kontrahierungszwang, Frankfurt am Main 2004 (zugl.: Diss., Hamburg 2003)

Emmerich, Volker

Kartellrecht, 11. Auflage, München 2008

Fine, Frank L.

The EC competition law on technology licensing, London 2006

Flume, Werner

Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Karlsruhe 1960

Frenz, Walter

Handbuch Europarecht,
Band 2: Europäisches Kartellrecht, Berlin 2006

Fuchs, Andreas

Kartellrechtliche Grenzen der Forschungskooperation, Baden-Baden 1989 (zugl.: Diss., Göttingen 1988)

Gröhn, Andreas

Netzwerkeffekte und Wettbewerbspolitik, Tübingen 1999

Hartmann, Jürgen

Zwangslizenz als Folge des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Mainz 1973 (zugl.: Diss., Mainz 1973)

Haupt, Günter

Über faktische Vertragsverhältnisse, Leipzig 1941

Heinemann, Andreas

Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002

Hess, Burkhard

Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010

Hohmann, Holger

Die essential facilities doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, Baden-Baden 2001 (zugl.: Diss., Tübingen 2001)

Holtz, Götz von

Die Erzwingung von Willenserklärungen im einstweiligen Rechtsschutz, Frankfurt am Main 1995 (zugl.: Diss., Münster 1995)

Jestaedt, Bernhard

Patentrecht, 2. Auflage, Köln 2008

Jüntgen, David Alexander

Die prozessuale Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht, Köln 2007 (zugl.: Diss., Münster 2006)

Kallay, Dina

The Law and Economics of Antitrust and Intellectual Property, Northampton (USA) 2004

Klees, Andreas

Europäisches Kartellverfahrensrecht, Köln 2005

Kling, Michael/Thomas, Stefan

Kartellrecht, München 2007

Kraßer, Rudolf

Patentrecht, 6. Auflage, München 2009

Kübel, Constanze

Zwangslizenzen im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Köln 2004 (zugl.: Diss., Erlangen 2004)

Kühnen, Thomas/Geschke, Eva

Die Durchsetzung von Patenten in der Praxis, 3. Auflage, Köln 2008

Lackmann, Rolf

Zwangsvollstreckungsrecht, 9. Auflage, München 2010

Lahme, Rüdiger

Die Eignung des Zivilverfahrens zur Durchsetzung des Kartellrechts, Baden-Baden 2010 (zugl.: Diss., Göttingen 2009)

Lange, Knut Werner

Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2006

Lettl, Tobias

Kartellrecht, 2. Auflage, München 2007

Maaßen, Stefan

Normung, Standardisierung und Immaterialgüterrechte, Köln 2006 (zugl.: Diss., Freiburg 2005)

Machlup, Fritz

An economic review of the patent system, Washington 1958

Maume, Philipp

Der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand im Patentverletzungsprozess, Köln 2010 (zugl.: Diss., Augsburg 2009)

Meinberg, Henrik

Zwangslizenzen im Patent- und Urheberrecht als Instrument der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht im deutschen und europäischen Recht, Hamburg 2006 (zugl.: Diss., Hannover 2006)

Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter

Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2007

Nieder, Michael

Die Patentverletzung, München 2004

Nipperdey, Hans Carl

Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920

Oberheim, Rainer

Zivilprozessrecht für Referendare, 8. Auflage, Neuwied 2009

Osterloh-Konrad, Christine

Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, München 2007 (zugl.: Diss., München 2006)

Osterrieth, Christian

Patentrecht, 4. Auflage, München 2010

Pitz, Johann

Patentverletzungsverfahren, 2. Auflage, München 2010

Riemann, Frank

Die Transparenz der Europäischen Union, Berlin 2004 (zugl.: Diss., Kiel 2003)

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter
Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010

Ruthig, Josef/Storr, Stefan
Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2008

Schellhammer, Kurt
Zivilprozess, 13. Auflage, Heidelberg 2010

Schmalz, Dieter
Methodenlehre, Baden-Baden 1998

Schmidt, Christian
Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Berlin 2005 (zugl.:
Diss., Berlin 2005)

Schramm, Carl
Der Patentverletzungsprozess, Köln 2005

Stoll, Michael
Drittmarktbehinderung im deutschen und europäischen Kartellrecht, Köln 2002 (zugl.:
Diss., Mainz 2002)

Stollhoff, Frank
Der Ausschluß von Marktrisiken durch Essential Facilities unter Art. 82 EGV, Baden-Baden
2000 (zugl.: Diss., Berlin 1999)

Stürner, Rolf
Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976

Thum, Marcel
Netzwerkeffekte, Standardisierung und staatlicher Regulierungsbedarf, Tübingen 1995
(zugl.: Diss., München 1995)

Tränkle, Claudia
Die „essential facilities“-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht, Tübingen 2001

Vjkydal, Swen
Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, Baden-Baden 1996 (zugl.: Diss.,
Frankfurt am Main 1996)

Westernhagen, Alexandra von
Zugang zu geistigem Eigentum nach europäischem Kartellrecht, Baden-Baden 2006 (zugl.:
Diss., Lausanne 2006)

Wielsch, Dan

Zugangsregeln, Tübingen 2008

Zippelius, Reinhold

Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, München 2006

Zuber, Andreas

Die Kommission als amicus curiae, Köln 2001 (zugl.: Diss., Jena 2000)

C. Aufsätze

Ann, Christoph

Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRURInt 2004, 597-603

Bartenbach, Kurt/Jung, Ingo/Fock, Soenke

Aktuelle Rechtsprechung und Entwicklungen im Wettbewerbsrecht, Mitt. 2006, 165-168

Bartosch, Andreas

Das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Microsoft, RIW 2007, 908-919

Bechtold, Stefan

Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRURInt 2008, 484-488

Bechtolsheim, Sebastian Freiherr von/Bruder, Florian

Die Essential Facilities Doktrin und § 19 (4) Nr. 4 GWB, WRP 2002, 55-63

Beier, Friedrich-Karl

Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht, GRUR 1998, 185-195

Derselbe

Das Patentwesen und seine Informationsfunktion – gestern und heute, GRUR 1977, 282-289

Derselbe

Die Bedeutung des Patentsystems für den technischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, GRURInt 1979, 227-235

Derselbe

Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law, IIC 1999, 251-274

Derselbe

Mißbrauch einer beherrschenden Stellung durch Ausübung gewerblicher Schutzrechte, in: Westermann/Rosener (Hg.), Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag am 3. Januar 1991, Berlin 1991, 15-32

Bekkers, Rudi/Liotard, Isabelle

European Standards for Mobile Communications: The Tense between Standards and Intellectual Property Rights, E.I.P.R. 1999, 110-126

Berger, Christian

Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016-1020

Bischke, Alf-Henrik/Brack, Sebastian

Zwangslizenz einwand gegen den marktbeherrschenden Patentinhaber, NZG 2009, 902

Böttger, Fabian

Zwangslizenzen im Patentrecht, GRURInt 2008, 881-891

Brandt, Oliver

Die Ketten des Prometheus – Grenzen der Ausschließlichkeit im Immaterialgüterrecht, in: Halfmeier et al. (Hg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, Stuttgart 2005, 77-100

Büdenbender, Ulrich

Die Bedeutung der Preismisbrauchskontrolle nach § 315 BGB in der Energiewirtschaft, NJW 2007, 2945-2951

Buhrow, Astrid/Nordemann, Jan Bernd

Grenzen ausschließlicher Rechte geistigen Eigentums durch Kartellrecht, GRURInt 2005, 407-419

Bulst, Friedrich Wenzel

Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht, EWS 2004, 403-410

Busche, Jan

Der Einwand der Zwangslizenz im Patentverletzungsverfahren, CIPReport 2009, 104-107

Derselbe

Patente in der Wettbewerbsordnung – Kartellrechtlicher Verwertungszwang versus Innovationschutz?, in: Kaiser (Hg.), Jahrbuch der Heinrich Heine Universität Düsseldorf 2001, Düsseldorf 2002, 345-356

Derselbe

Marktmachtmissbrauch durch Ausübung von Immaterialgüterrechten?, in: Keller et al. (Hg.), Festschrift für Winfried Tilmann, 645-656

Bydlinski, Franz

Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1-46

Caspar, Matthias

Die wettbewerbsrechtliche Begründung von Zwangslizenzen, ZHR 166 (2002), 685-707

Chappatte, Philippe

Franch commitments – the case for antitrust intervention, 5 European Competition Journal (2009), 319-346

Chronopoulos, Apostolos

Patenting Standards – A Case for US Antitrust Law or a Call for Recognizing Immanent Public Policy Limitations to the Exploitation Rights Conferred by the Patent Act?, IIC 2009, 782-816

Conde Gallego, Beatriz

Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche“ Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile, GRURInt 2006, 16-28

Dieselbe

Unilateral refusal to license indispensable intellectual property rights – US and EU approaches, in: Drexl (Hg.), Research handbook on intellectual property, Cheltenham 2008, 215-238

Cornils, Matthias

Vertragsfreiheit und kartellrechtlicher Kontrahierungszwang, NJW 2001, 3758-3760

Creutz, Marcus

Das richtige Gericht, Handelsblatt v. 29.1.2009, Beilage Legal success, 5

de Bronett, Georg-Klaus

Gemeinschaftsrechtliche Anmerkungen zum „Orange-Book-Standard“-Urteil des BGH, WuW 2009, 899-908

Deichfuß, Hermann

Patentverletzung durch die Benutzung des MPEG 2-Standards zur Herstellung von DLT-Tapes, DVD-R, Masters und Stampers, jurisPR-WettbR 8/2007 Anm. 6

Deller, Anthony William

Fortschritt durch Forschung, Erfindungen und Patente, GRURInt 1967, 317-329

Deselaers, Wolfgang

Die „Essential Facilities“-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563-569

Dietrich, Michael

Das Microsoft-Verfahren und der „more-economic-approach“ der Kommission, MR-Int 2007, 201-206

Doherty, Barry

Just what are essential facilities?, 38 Common Market Law Review 2001, 397-436

Dolmans, Maurits

Standards for Standards, 26 Fordham Int'l L.J. 2002, 163-208

Dreher, Meinrad

Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadenersatzprozess, ZWeR 2008, 325-347

Derselbe

Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch der Marktbeherrschung, DB 1999, 833-839

Derselbe

Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht, ZWeR 2007, 277-302

Derselbe

Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, ZWeR 2009, 149-175

Drexler, Josef

Abuse of Dominance in Licensing and Refusal to License: A ‚More Economic Approach‘ to Competition by Imitation and to Competition by Substitution, in: Ehlermann/Atanasiu (Hg.), European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law, Oxford 2007, 647-664

Derselbe

Deceptive Conduct in the Patent World - A Case for US Antitrust and EU Competition Law?, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al. (Hg.), Patents and technological progress in a globalized world, Berlin 2009, 137-157

Derselbe

Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, IIC 2004, 788-808

Derselbe

Patenting Standards – A Case for US Antitrust Law or a Call for Recognizing Immanent Public Policy Limitations to the Exploitation Rights Conferred by the Patent Act?, IIC 2009, 782-816

Derselbe

The Relationship Between the Legal Exclusivity and Economic Market Power, in: Govaere/Ullrich (Hg.), Intellectual Property, Market Power and the Public Interest, Brüssel 2008, 13-33.

Ensthaler, Jürgen/Bock, Leonie

Verhältnis zwischen Kartellrecht und Immaterialgüterrecht am Beispiel der Essential-facility-Rechtsprechung von EuGH und EuG, GRUR 2009, 1-6

Farrell, Joseph/Hayes, John/Shapiro, Carl/Sullivan, Theresa

Standard Setting, Patents and Hold-Up, 74 Antitrust Law Journal No. 3 (2007) 603-670

Fischmann, Filipe

Die Pflicht zur Lizenzerteilung in Patent-Ambush-Fällen nach deutschem und europäischem Kartellrecht, GRURInt 2010, 185-195

Fleischer, Holger

Marktmissbrauch auf sekundären Produktmärkten, RIW 2000, 22-30

Fox, Eleanor

Monopolization, Abuse of Dominance, and Refusal to License Intellectual Property to Competitors, in: Ehlermann/Atanasiu (Hg.), European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law, Oxford 2007, 633-645

Fröhlich, Michael

Standards und Patente - Die ETSI IPR Policy, GRUR 2008, 205-218

Fuchs, Andreas

Entwicklung und Praktizierung von Industriestandards im Spannungsfeld von Immaterialgüter- und Kartellrecht, in: Lange et al. (Hg.), Geistiges Eigentum und Wettbewerb, Tübingen 2009, 147-176

Gärtner, Anette/Vormann, Thorsten

Der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand im Patentverletzungsreit – „Orange-Book-Standard“ und seine Folgen für die Praxis, Mitt. 2009, 440-444

Geradin, Damien

Abusive Pricing in an IP licensing context, in: Ehlermann/Marquis (Hg.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford 2008, 671-704

Derselbe

Pricing abuses by essential patent holders in a standard-setting context: A view from Europe, Fortcoming Antitrust Law Journal 2009, 1-25

Giermann, Heiko

Der diskriminierungsfreie Durchleitungsanspruch gemäß § 6 Abs. 1 EnWG und die Verweigerung der Durchleitung in der Praxis, RdE 2000, 222-231

Gilbert, Richard J./Shapiro, Carl

An economic analysis of unilateral refusals to license intellectual property, Proc. Natl. Acad. Sci. 93, 12749-12755

Götting, Horst-Peter

Kartellrechtlicher Anspruch auf Einräumung einer Patentlizenz – Standard-Spundfaß, LMK 2004, 226-228

Greger, Reinhard

Zweifelsfragen und erste Entscheidungen zur neuen ZPO, NJW 2002, 3049-3053

Haberl, Andreas/Schallmoser, Konstantin

EU-Patent und einheitliches Europäisches Patentgerichtssystem – Rat einigt sich auf wesentliche Vorgaben, GRUR-Prax 2010, 23

Hartmann-Rüppel, Marco

Compulsory Access to Intellectual Property and Network Facilities: „The Essential Facilities Doctrine as Applied to IP Rights and Physical Monopolies“, World Intellectual Property Report 2007, 35-40

Hausmann, Hans-Christian

Das Microsoft-Urteil: Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten, MMR 2008, 381-385

Heidinger, Roman

Kartellrechtliche Zwangslizenzen: Die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf Immaterialgüterrechte, Medien und Recht 2006, 221-223

von Hein, Jan

Deliktischer Kapitalanlegerschutz im europäischen Zuständigkeitsrecht, IPRax 2005, 16-23

Heinemann, Andreas

BGH: Missbräuchlichkeit bei Verweigerung eines Lizenzvertrages – Orange-Book-Standard, LMK 2009, 286659

Derselbe

Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law, IIC 2005, 63-82

Derselbe

Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? – Der Fall „Microsoft“ und die Rechtsprechung des EuGH, GRUR 2006, 705-713

Derselbe

Kartellrechtliche Zwangslizenzen im Patentrecht, ZWeR 2005, 198-206

Heinz, Karl Eckhart

Das Patent im System der Eigentumsrechte, Mitt. 1994, 1-8

Heselberger, Johannes

Zulässigkeit des kartellrechtlich begründeten „Zwangslizenzinwands“ gegenüber der Patentverletzungsklage („Orange-Book-Standard“), jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 1

Hilty, Reto M.

Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette, GRUR 2009, 633-644

Hoeren, Thomas

EuGH: IMS-Health mit Anmerkung Hoeren, MMR 2004, 456-460

Höppner, Thomas

Die Pflicht interne Produktionsmittel zu vermarkten – zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil IMS, EuZW 2004, 748-752

Derselbe

Missbräuchliche Verhinderung „neuer“ Produkte durch Immaterialgüterrechte – Zur Anwendung von Art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen, GRURInt 2005, 457-464

Hötte, Daniel Antonius

BGH: Zulässigkeit des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands – Orange-Book-Standard, MMR 2009, 686-690

Husmann, Johann Hermann

Der unbezifferte Klagantrag als Abwehrrecht gegen unbillige Kostenlast und die Kostenvorschrift des § 92 II ZPO, NJW 1989, 3126-3129

Immenga, Frank

Neues aus den USA: Kartellrechtliche Fallstricke bei der Standardsetzung!, GRUR 2007, 302-303

Jaecks, Jörg/Dörmer, Thomas

Der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Lizenzerteilung, die eigenmächtige Nutzung von Immaterialgüterrechten und die prozessualen Folgen, in: Boesche et al. (Hg.), Variationen im Recht, Festbeigabe für Franz Jürgen Säcker zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, 97-117

Jauernig, Othmar

Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966), 321-347

Jestaedt, Dirk

Der Lizenzerteilungsanspruch nach der BGH-Entscheidung „Orange-Book-Standard“, GRUR 2009, 801-805

Jung, Peter

Die Zwangslizenz als Instrument der Wettbewerbspolitik, ZWeR 2004, 379-411

Kanter, Daniel

IP and compulsory licensing on both sides of the atlantic – an appropriate antitrust remedy or a cutback on innovation, E.C.L.R. 2006, 27 (7), 351-354

Katz, M. L./Shapiro, C.

Network Externalities, Competition and Compatibility, American Economic Review 1985, 75 (3), 425-440

Kellenter, Wolfgang

Der FRAND-Einwand im Patentverletzungsprozess, in: Bergermann et al. (Hg.), Festschrift für Peter Mes, München 2009, 199-222

Kersting, Christian

Perspektiven der privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht, ZWeR 2008, 252-271

Kessel, Christian/Koch, Susanne

Anforderungen an die Leistungsverfügung auf Belieferung – unter besonderer Berücksichtigung von Fällen aus der Automobilindustrie, BB 2009, 1032-1037

Kiani, Nassim/Springorum, Harald/Schmitz, Tobias

Aktuelles aus dem Bereich der Patent Litigation, Mitt. 2010, 6-10

Kiethe, Kurt

Zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten (§ 406e StPO), *wistra* 2006, 50-54

Kilian, Wolfgang

Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, *AcP* 180 (1980), 47-83

Kirchhoff, Wolfgang

Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, *ZWeR* 2004, 745-754

Klees, Andreas

Standardsetzung und „patent ambush“ im US-amerikanischen und europäischen Wettbewerbsrecht, *EWS* 2008, 449-455

Klein, Andreas

Der Einfluss kartellrechtlich begründeter Einwendungen im Prozess auf die Zuständigkeit des Gerichts, *NJW* 2003, 16-18

Klimisch, Annette/Lange, Markus

Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, *WuW* 1998, 15-26

Koelman, Kamiel

An Exceptio Standardis: Do We Need an IP Exemption for Standards?, *IIC* 2006, 823-843

Koenig, Christian/Loetz, Sascha

Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht, *EWS* 2000, 377-385

Koenig, Christian/Neumann, Andreas

Standardisierung – ein Tatbestand des Kartellrechts?, *WuW* 2009, 382-394

Köhler, Helmut

Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, *NJW* 1992, 1477-1482

Derselbe

Durchsetzung des kartellrechtlichen Durchleitungsanspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung, *BB* 2002, 584-590

Kühnen, Thomas

Der kartellrechtliche Zwangslizenz einwand und seine Berücksichtigung im Patentverletzungsprozess, in: Keller, et al. (Hg.), *Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag*, Köln 2003, 513-525

Kürschner, Wolfgang

Parteipflicht vor Geheimnisschutz im Zivilprozeß, NJW 1992, 1804-1805

Kugelman, Dieter

Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NJW 2005, 3609-3613

Kuhn, Tilman

Preishöhenmissbrauch (excessive pricing) im deutschen und europäischen Kartellrecht, WuW 2006, 578-592

Kunczik, Niclas

Die Legitimation des Patentsystems im Lichte biotechnologischer Erfindungen, GRUR 2003, 845-849

Kurth, Hans-J.

Rechtssprechung zur Beteiligung des Verletzten am Verfahren, NStZ 1997, 1-7

Lampert, Thomas

Der EuGH und die essential facilities-Lehre, NJW 1999, 2235-2236

Lampert, Thomas/Weidenbach, Georg

Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadenersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells – Beweisprobleme gibt es nicht!, WRP 2007, 152-163

Laumen, Hans-W.

Die „Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr“ – Ein beweisrechtliches Phänomen, NJW 2002, 3739-3746

Leistner, Matthias

Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health compared to recent German and US Case Law, ZWeR 2005, 138-162

Lemley, Mark A./Shapiro, Carl

Patent Holdup and Royalty Stacking, 85 Texas Law Review 2007, 1991-2049

Leupold, Henning/Pautke, Stephanie

IMS Health vs. Microsoft – Befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfrontationskurs mit dem EuGH?, EWS 2005, 108-116

Loest, Thomas/Bartlik, Martin

Standards und Europäisches Wettbewerbsrecht, ZWeR 2008, 41-57

Lorenz, Moritz

Weitere Stärkung des Rechts auf Dokumentenzugang – Das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Sache „Verein für Konsumenteninformation“, NVwZ 2005, 1274-1276

Mackenrodt, Mark-Oliver

Assessing the effects of intellectual property rights in network standards, in: Drexl (Hg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham 2008, 80-103

Mäger, Thorsten/Zimmer, Daniel J./Milde, Sarah

Konflikt zwischen öffentlicher und privater Kartellrechtsdurchsetzung, WUW 2009, 885-899

Makoski, Bernadette

Das Spannungsverhältnis zwischen Patentrecht und Normung: Untersuchung des einseitigen Patenthinterhalts am Maßstab des Art. 82 EG, in: Halfmeier et al. (Hg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, Stuttgart 2008, 263-292

Mäsch, Gerald

Vitamine für Kartellopfer – Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht, IPRax 2005, 509-516

Maume, Philipp

Anmerkung zu BGH Orange-Book-Standard, Mitt. 2009, 338-342

Maume, Philipp/Tapia, Claudia

Der Zwangslizenzienwand ein Jahr nach Orange Book Standard, GRURInt 2010, 923-930

Melamed, Douglas/Lerch, David

Uncertain Patents, Antitrust, and Patent Pools, in: Ehlermann/Atanasiu (Hg.), European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law, Oxford 2007, 273-293

Mennicke, Petra

„Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, ZHR 160 (1996), 626-659

Merdzo, Paul

Der Fall „IMS Health“ und das Spannungsfeld zwischen nationalen Immaterialgüterrechten und dem europäischen Wettbewerbsrecht, ZEuS 2005, 135-174

Merveldt, Moritz Graf von

Der Ausschluss kartellrechtlicher Einwendungen im Patentverletzungsverfahren, WuW 2004, 19-25

Meyer, Michael

Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand, GRUR 2006, 27-33

Meyke, Rolf

Plausibilitätskontrolle und Beweis, NJW 2000, 2230-2235

Micklitz, Hans-W./Rott, Peter

Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung (EG) Nummer 44/2001, EuZW 2001, 325-334

Miller, Clifford G.

Magill: Time to Abandon the ‚Specific Subject-matter‘ Concept, E.I.P.R. 1994, 10, 415-421.

Molitor, Erich

Zur Theorie des Vertragszwanges, Jhering 73 (1923), 1-31

Montag, Frank

Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, EuZW 1997, 71-78

Montag, Frank/Rosenfeld, Andreas

A Solution to the problem? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure, ZWeR 2003, 107-135

Müller, Ulf/Rodenhausen, Anselm

The Rise and the Fall of the Essential Facility Doctrine, E.C.L.R. 2008, 29 (5), 310-329

Myrick, Ronald E.

Will the intellectual property still be viable in a unitary market, E.I.P.R. 1992, 14 (9), 298-304

Nägele, Thomas/Jacobs, Sven

Zwangslizenzen im Patentrecht – unter besonderer Berücksichtigung des kartellrechtlichen Zwangslizenzinwands im Patentverletzungsprozess, WRP 2009, 1062-1075

Niels, Gunnar/Jenkins, Helen

Reform of Article 82: Where the link between dominance and effects breaks down, E.C.L.R. 2005, 26 (11), 605-610

Ntouvas, Ioannis

Unterlassungsanspruch bei Patentverletzung: neue Erkenntnisse des US Supreme Court, GRURInt 2006, 889-893

Ohly, Ansgar

„Patentrolle“ oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt?, GRURInt 2008, 787-798

Derselbe

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose?, in: Oberender, Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin 2007, 47-67

Osterrieth, Christian

Patent-Trolls in Europa – braucht das Patentrecht neue Grenzen?, GRUR 2009, 540-545

Prieß, Hans-Joachim/Gabriel, Marc

Das Akteneinsichtsrecht im Zivilprozess als vergaberechtliches Rechtsschutzproblem, NJW 2008, 331-334

Rauda, Christian

Fallgruppen statt „IMS Health“ – Zwangslizenzen an Urheberrechten im Rahmen des Art. 82 EG, GRUR 2007, 1022-1030

Régibeau, Pierre

The (Complex?) Relationship between Art. 82(a) and Intellectual Property Rights, in: Ehlermann/Maquis (Hg.), European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford 2008, 651-669

Riedel, Claudia/Wallau, Rochus

Das Akteneinsichtsrecht des „Verletzten“ in Strafsachen – und seine Probleme, NStZ 2003, 393-399

Rombach, Patricia

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentverletzungsprozess, in: Müller et al. (Hg.), Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, München 2008, 311-322

Säcker, Franz Jürgen

Zum Verhältnis von § 315 BGB, § 30 AVBElt, § 30 AVBGas, § 24 AVB Fernwärme und § 19 GWB, RdE 2006, 65-76

Säger, Manfred

Ethische Aspekte des Patentwesens, GRUR 1991, 267-273

Schickedanz, Willi

Patentverletzung durch Einsatz von geschützten Bauteilen in komplexen Vorrichtungen und die Rolle der Patent-Trolle, GRURInt 2009, 901-907

Schockenhoff, Martin

Die gerichtliche Durchsetzung von Belieferungsansprüchen aus § 26 II GWB, NJW 1990, 152-158

Schöler, Karolina

Patents and Standards: The Antitrust Objection as a Defense in Patent Infringement Proceedings, in: Prinz zu Waldeck und Pyrmont et al. (Hg.), Patents and technological progress in a globalized world, Berlin 2009, 177-194

Schulte, Hans

Die Erfindung als Eigentum, GRUR 1985, 772-778

Schweitzer, Heike

European Standard Setting Policy and the Role of Competition Law, in: Baudenbacher (Hg.), Current Developments in European and International Competition Law, Basel 2009, 29-76

Siebert, Wolfgang

Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, 215-247

Soltész, Ulrich/Marquier, Julia/Wendenburg, Felix

Zugang zu Kartellrechtsakten für jedermann? – das EuG-Urteil Österreichische Banken, EWS 2006, 102-108

Sosnitza, Olaf

Die Leistungsverfügung im Kartellrecht, WRP 2004, 62-65

Spindler, Gerald/Apel, Katharina

Urheber- versus Kartellrecht – Auf dem Weg zur Zwangslizenz?, JZ 2005, 133-138

Stirnemann, Franz X./Weber, Rolf H.

IT-/Infoflaschenhälse und Kartellrecht, sic 2007, 85-93

Stopper, Martin

Der Microsoft-Beschluss des EuGH, ZWeR 2005, 87-110

Thyri, Peter

Immaterialgüterrechte und Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, WuW 2005, 388-399

Derselbe

Zugang und Ausschluss im Europäischen Kartellrecht, in: Halfmeier, et al. (Hg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, Stuttgart 2006, 145-161

Tietje, Christian/Nowrot, Carsten

Zugang zu Kartellrechtsakten nach der Transparenzverordnung als öffentliches Interesse, EWS 2006, 486-488

Treacy, Pat/Lawrance, Sophie

FRANDly fire: are industry standards doing more harm than good?, Journal of Intellectual Property Law & Practice 2007, 1-8

Trimborn, Michael

Lizenzsätze für Erfindungen in Deutschland ab 1995, Mitt. 2009, 257-273

Ulrich, Hanns

Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRURInt 1996, 555-568

Derselbe

Patente, Wettbewerb und technische Normen: Rechts- und ordnungspolitische Fragestellungen, GRUR 2007, 817-830

Derselbe

Patent pools – policy and problems, in: Drexl, Josef (Hg.), Reseach handbook on intellectual property and competition law, Cheltenham 2008, 139-161

Derselbe

Patents and Standards: A Comment on the German Federal Supreme Court Decision Orange Book Standard, IIC 2010, 337-351

Derselbe

Patente und technische Normen: Konflikt und Komplementarität in patent- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: Leistner (Hg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, 14-95

Ungemach, Manfred/Weber, Thomas

Verfahrensfragen des Netzzugangs bei Elektrizität und Gas, RdE 1999, 131-138

Välimäki, Mikko

A flexible approach to RAND licensing, E.C.L.R. 2008, 29 (12) 686-691

Veit, James S.

Article 82 EC: Exceptional Circumstances, The IP/Antitrust Interface After IMS Health, in: Ehlermann/Atanasiu (Hg.), European Competition Law Annual 2005, The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law, Oxford 2007, 609-631

Verbruggen, Johann/Lorincz, Anna

Patente und technische Normen, GRURInt 2002, 815-829

Wagner, Gerhard

Urkundenedition durch Prozessparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706-719

Wagner-von Papp, Florian

Der Richtlinienentwurf zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen, EWS 2009, 445-454

Wallenberg, Gabriela von

Diskriminierungsfreier Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen, K&R 1999, 152-157

Walther, Michael/Baumgartner, Ulrich

Standardisierungs-Kooperationen und Kartellrecht, WuW 2008, 158-167

Weber, Günter

Belieferungsansprüche aus § 26 Absatz 2 GWB und ihre Vollstreckung, GRUR 1982, 152-157

Weck, Thomas

Schutzrechte und Standards aus Sicht des Kartellrechts, NJOZ 2009, 1177-1188

Weitbrecht, Andreas/Mühle, Jan

Europäisches Kartellrecht 2003 – 2008, EuZW 2008, 551-560

Wielsch, Dan

Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht, EuZW 2005, 391-396

Wilhelmi, Rüdiger

Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Gemeinschaftsrechtsprechung, WRP 2009, 1431-1445

Winkler von Mohrenfels, Peter

Die Auskunfts- und Wertermittlungspflicht des vom Erblasser Beschenkten, NJW 1987, 2557-2560

Wirtz, Markus M./Holzhäuser, Michael

Die kartellrechtliche Zwangslizenz, WRP 2004, 683-694

Zekoll, Joachim/ Bolt, Jan

Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129-3134

D. Verzeichnis der Internetquellen

Bundeskartellamt

Private Kartellrechtsdurchsetzung: Stand, Probleme, Perspektiven, Diskussionspapier für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 26. September 2005

http://cms.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/05_Proftag.pdf

EU-Kommission

An Industrial Property Rights Strategy for Europe, 2008

http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/rights/communication_en.pdf

EU-Kommission

Antitrust: Commission closes formal proceedings against Qualcomm, MEMO/09/516,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/516&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

EU-Kommission

Antitrust: Commission confirms sending a Statement of Objections to Rambus, MEMO/07/330,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/330>

EU-Kommission

Antitrust: Commission initiates formal proceedings against Qualcomm, MEMO/07/389,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/389&format=HTML&aage=1&language=EN&guiLanguage=en>

EU-Kommission

Antitrust: Commission market tests commitments proposed by Rambus concerning memory chips, MEMO/09/273,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/273&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

EU-Kommission

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

EU-Kommission

Für einen stärkeren Beitrag der Normung zur Innovation in Europa, 2008,

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0133:FIN:DE:PDF>

EU-Kommission

Kartellrecht: Kommission akzeptiert Rambus' Verpflichtungsangebot zur Senkung der Lizenzgebühren für Speicherchips, IP/09/1897,
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1897&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>

EU-Kommission

Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, 2008
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:DE:PDF>

European Telecommunications Standards Institute (ETSI)

Intellectual Property Rights Policy, 2009,
http://www.etsi.org/WebSite/document/Legal/ETSI_IPR-Policy.pdf

Geradin, Damien/Rato, Miguel

Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? – A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND
http://www.ucl.ac.uk/laws/jevons/papers/colloquium_2007/jevons07_soames_01.pdf

Hildebrand, Jan

Raubzug der Patentaie, Weltonline v. 23.2.2009,
http://www.welt.de/welt_print/article3254842/Raubzug-der-Patentaie.html

International Telecommunication Union (ITU)

Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC,
<http://www.itu.int/ITU-T/dbase/patent/patent-policy.html>

MPEG LA

MPEG-2 Introduction,
<http://www.mpegla.com/main/programs/M2/Pages/Intro.aspx>

MPEG LA

MPEG-2 License Agreement,
<http://www.mpegla.net/main/programs/m2/pages/AgreementExpress.aspx>

MPEG LA

MPEG-2 Patent List,
<http://www.mpegla.com/main/programs/m2/Documents/m2-att1.pdf>

Monopolkommission

Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 2004,
http://www.monopolkommission.de/sg_41/text_s41.pdf

PricewaterhouseCoopers

2009 Patent Litigation Study,

<http://www.pwc.com/us/en/forensic-services/publications/assets/2009-patent-litigation-study.pdf>

Schultz, Stefan

Finanzhaie zerfressen das Patentrecht, Spiegelonline v. 5.2.2008,

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,532915,00.html>

ssu/dpa

Patentverwerter startet Milliardenklage gegen Nokia, Spiegelonline v. 31.1.2008,

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,532407,00.html>

World Intellectual Property Organization (WIPO)

Standing committee on the law of patents, Standards and Patents, 2009,

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_13/scp_13_2.pdf

Rechtsprechung und Literatur ist auf dem Stand Januar 2011.

Internetfundstellen wurden zuletzt am 23.1.2011 abgerufen.

Informationen zum Autor

Der Autor wurde 1981 geboren und ist in Geseke und Ahlen (Westf.) aufgewachsen. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften und des angloamerikanischen Rechts in Münster von 2001 bis 2005 absolvierte er den juristischen Vorbereitungsdienst u. a. beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in Bonn, bei Kanzleien in Düsseldorf und London sowie einem großen Medienunternehmen in Gütersloh. Im Anschluss an sein Referendariat war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (zivilrechtliche Abteilung) von Prof. Dr. Thomas Hoeren in Münster tätig. Die zeitgleich entstandene Doktorarbeit wurde von der Konrad-Adenauer-Stiftung mit einem Promotionsstipendium gefördert. Seit Oktober 2010 arbeitet der Autor als Rechtsanwalt in Köln.

Die kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht

Daniel Antonius Hötte

Ein Anspruch auf kartellrechtliche Zwangslizenz besteht, wenn ein Immaterialgüterrecht eine marktbeherrschende Stellung vermittelt und diese in missbräuchlicher Art und Weise ausgenutzt wird. In der Patentrechtspraxis hat dieser Anspruch besondere Bedeutung erlangt, da geschützte Technologien zunehmend bei der Festlegung von Standards berücksichtigt werden. Infolgedessen werden konkurrierende technische Lösungen nicht nachgefragt, sodass der Patentinhaber den Technologiemarkt als einziger Anbieter beherrscht.

Die Arbeit beleuchtet die Voraussetzungen einer kartellrechtlichen Zwangslizenz und deren Rechtsfolgen. Sie geht außerdem der Frage nach, wie der Anspruch aus prozessualer Sicht geltend gemacht werden kann. Dabei werden die Voraussetzungen eines Zwangslizenzeinwands im Patentverletzungsprozess im Anschluss an die BGH-Entscheidung Orange-Book-Standard herausgearbeitet und Möglichkeiten aufgezeigt, den Anspruch im Wege der Klage, Widerklage und im Eilrechtsschutz aktiv durchzusetzen.

ISBN 978-3-8405-0035-0 EUR 22,50



9

783840 500350