

Herausgegeben von Andreas Fuchs,
Markus Stoffels und Dirk A. Verse

Adrian Jaglarz

**Die fusionskontrollrechtliche
Behandlung von
Immateriälgüterrechts-
akquisitionen
im US-amerikanischen,
europäischen und
deutschen Recht**

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

A. Einleitung

Das Kartell- und Immaterialgüterrecht in ein Gleichgewicht zu bringen kann zweifelsohne als eine der schwierigsten und seit über einhundert Jahren andauernden Aufgaben der US-amerikanischen Rechtsprechung bezeichnet werden¹. In Europa und Deutschland blicken EuGH bzw. BGH – nicht unbeeindruckt von den US-amerikanischen Vorgaben – gleichfalls auf eine eigene langjährige Rechtsprechung am Schnittpunkt von Wettbewerbsrecht und dem Recht des geistigen Eigentums zurück², die in nicht minderem Maße sich der Konfliktbewältigung angenommen haben.

Um die ausgetretenen, sich an Sec. 1 Sherman Act, Art. 101 AEUV und § 1 GWB schmiegenden Pfade des Lizenzkartellrechts haben Gesetz- und Verordnungsgeber sodenn inzwischen auch legislative Pflöcke eingezogen: Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen 772/2004, entstanden in einem Jahrzehntelangen an- und bis heute fortdauernden Entwicklungsprozess, zieht als Nachfolgerin (auch) des früheren deutschen Lizenzkartellrechts in den §§ 17, 18 GWB a.F. (§§ 20, 21 GWB 1958) einen verbindlichen Bewertungsrahmen. Die US-amerikanischen Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property von 1995, gemeinschaftlich verfasst von Federal Trade Commission (FTC) und Departement of Justice (DOJ), erreichen als Verwaltungsvorschriften eine gleichwertige faktische Bedeutung. Die gesetzliche Regelungsdichte im Lizenzkartellrecht ist als hoch zu bezeichnen.

Auf dem Feld der Missbrauchskontrolle kann die Frage der kartellrechtlichen Zwangslizenzen geradezu als „Klassiker“ im Spannungsfeld zum Immaterialgüterrecht gelten. Insbesondere die Entwicklungslinie im europäischen Gemeinschaftsrecht, fußend auf den Entscheidungen „*Magill*“³, „*IMS Health*“⁴ und „*Microsoft*“⁵, lässt erahnen, oder vielmehr befürchten, dass es um den Konflikt der beiden Rechtsgebiete Kartell- und Immaterialgüterrecht nicht allzu schnell ruhig werden wird. Die Aussicht auf zukünftige judizielle Um-

1 Paradigmatisch der Supreme Court in *E. Bement & Sons v. National Harrow Co.*, 186 U.S. 70 (1902).

2 Grundlegend die berühmte Entscheidung des EuGH v. 13.7.1966, Slg. 1966, 321 – „*Consten und Grundig/Komm.*“; exemplarisch aus der Anfangszeit des GWB BGH v. 2.10.1964, NJW 1964, 499 – „*Abbauhammer*“; vorhergehend zur Kartellverordnung von 1923 das Kartellgericht v. 13.4.1934, KartR 1934, 264 – „*Telefunken I*“ und v. 17.12.1934, KartR 1935, 88 – „*Telefunken II*“.

3 EuGH v. 6.4.1995, Slg. 1995, I-743, Tz. 50 – „*RTP und ITP (Magill)*“.

4 EuGH v. 29.4.2004, Slg. 2004, I-5039, Tz. 38 – „*IMS Health/NDC Health*“.

5 EuG v. 17.9.2007, WuW/E EU-R 1307 – „*Microsoft*“.

brüche aus den USA, mit denen stets zu rechnen ist, sorgt für weitere Spannungsmomente.

Blickt man auf die dritte Säule des Kartellrechts, so stellt man fest, dass das Verhältnis von Fusionskontrolle und Immaterialgüterrecht im Allgemeinen als weitaus unaufgeregter empfunden und fast stiefmütterlich behandelt wird. Dies mag zum einen daran liegen, dass die dort auftretenden Spannungen und Wettbewerbsprobleme zum Immaterialgüterrecht überwiegend im Verborgenen abgehandelt werden, und zwar als integrierter Bestandteil einer einheitlichen, umfassenden und komplexen fusionskontrollrechtlichen Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, die in aller Regel eine Vielzahl von Vermögenswerten zugleich betreffen. Zum anderen werden immaterialgüterrechtliche Aspekte oftmals auch lediglich als Randfragen des Nebenabredenrechts angesehen und abgehandelt. Werden die immaterialgüterrechtlichen Aspekte eines fusionskontrollpflichtigen Unternehmenszusammenschlusses nicht derart durch ein undurchsichtig großes Transaktionsvolumen über-tüncht, handelt es sich also um einen der seltenen Fälle einer isolierten Immaterialgüterrechtsakquisition, mischt sich ein gewisses Unbehagen des Kartellrechtsanwenders hinzu: Zu ungewohnt erscheint eine Subsumtion, die im Ergebnissatz einen „Zusammenschluss durch Erwerb von einzelnen Immaterialgüterrechten“ stehen hat, erst recht, wenn er „Zusammenschluss durch Lizenznahme“ lautet. Ein schwerpunktmäßiges Anliegen der vorliegenden Untersuchung ist es daher, die grundsätzliche Anwendbarkeit der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften und die konkreten Voraussetzungen, unter denen die formellen Aufgreifkriterien insbesondere in Fällen von isolierten Immaterialgüterrechtsakquisitionen erfüllt sind, darzulegen. Dies öffnet sodann die Tore zu den materiellen Eingreifkriterien und erlaubt gegebenenfalls den Einsatz präventiv wirkender fusionskontrollrechtlicher Untersagungen, die gesunde Marktstrukturen auch im Hinblick auf die immaterialgüterliche Ressourcenverteilung prophylaktisch erhalten, anstatt das „in den Brunnen gefallene Kind“ durch eine kurative verhaltenssteuernde Missbrauchskontrolle mittels kartellrechtlicher Zwangslizenzen mit Müh und Not zu retten.

Impulse für eine verstärkte Anwendung des Fusionskontrollrechts auf Immaterialgüterrechtsakquisitionen lassen sich am ehesten im US-amerikanischen Rechtsraum ausfindig machen und rechtfertigen wie zwingen zu einer rechtsvergleichenden Darstellung. Wenn die FTC beispielsweise im milliardenschweren Zusammenschlussfall „*Chevron/Unocal*“ ernsthafte wettbewerbliche Bedenken, die ausschließlich von der Akquisition von Patenten herrühren, identifiziert und ihre erfolgreiche Zerstreuung als „*major victory for con-*

sumers“ überschwänglich feiert⁶, kann die aufkommende Bedeutung speziell der Schnittstelle von Fusionskontrolle und Immaterialgüterrecht nicht hoch genug eingeschätzt werden. Doch auch im europäischen und deutschen Wirtschaftsraum nimmt die Bedeutung des selektiven Erwerbs einzelner marktstrategisch besonders bedeutsamer Rechte des geistigen Eigentums und infolgedessen die fusionskontrollrechtliche Überprüfung solcher Transaktionen stetig zu, wie das prominente Beispiel „*Otto/Primondo Assets*“ mit dem gezielten Aufkauf der Marke „Quelle“ nebst zugehörigen Kundenstammdaten eindrucksvoll beweist⁷.

In diesem Sinne und zur schrittweisen Heranführung an das Kernthema wird nach Darstellung der relevanten rechtlichen wie ökonomischen Grundlagen des „Kartellrechts des Geistigen Eigentums“ zunächst ein Befund des geltenden Fusionskontrollrechts und der aktuellen fusionskontrollrechtlichen Praxis festgestellt, in den zugleich der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung, namentlich die kritische Auseinandersetzung mit den jeweils einschlägigen formellen Aufgreifkriterien, eingeflochten ist. In Ergänzung hierzu wird anschließend ein Versuch der Konzeptionalisierung unternommen, mit dem auf Tatbestandsebene ein konkretisiertes und teilweise erweitertes Prüfungsprogramm für die materiellrechtlichen Eingreifkriterien vorgeschlagen werden soll.

6 FTC, *In the Matter of Chevron Co. and Unocal Co.*, Docket No. C-4144. (27.7.2005); Presseerklärung der FTC v. 10.6.2005, abzurufen unter <http://www.ftc.gov/opa/2005/06/chevronunocal.shtm>.

7 Komm. v. 16.02.2010, M.5721 – „*Otto/Primondo Assets (Quelle)*“: