

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 326

Missbrauchsverbot und Standardisierung

Eine rechtsökonomische Untersuchung
zur kartellrechtlichen Zwangslizenz und
zum Zwangslizenzeinwand

Von

Jonas Kranz



Duncker & Humblot · Berlin

JONAS KRANZ

Missbrauchsverbot und Standardisierung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 326

Missbrauchsverbot und Standardisierung

Eine rechtsökonomische Untersuchung
zur kartellrechtlichen Zwangslizenz und
zum Zwangslizenzeinwand

Von

Jonas Kranz



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18213-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58213-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg entstanden und wurde im Juli 2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Reinhard Ellger, LL.M. (Univ. of Pennsylvania) sowohl für die herausragende Betreuung und Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit bedanken als auch für die umfassende wissenschaftliche Freiheit, die ich dabei genießen durfte. Zudem gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ernst-Joachim Mestmäcker, der mir erst die Möglichkeit zur Promotion in Hamburg gab und mich für das Wettbewerbsrecht zu begeistern wusste. Prof. Dr. iur. et lic. rer. pol. Anne van Aaken danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt weiterhin Prof. Giorgio Monti für die Betreuung meines Forschungsaufenthaltes am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz und Prof. Dr. Francesco Patti, LL.M. für die Einladung, einen Monat an der Luigi-Bocconi-Universität in Mailand verbringen zu dürfen.

Stellvertretend für das Bibliotheksteam des Max-Planck-Instituts danke ich Frau Halsen-Raffel. Stellvertretend für die Doktoranden des Max-Planck-Instituts, die mir unter anderem in den Kolloquien durch ihre profunden Ratschläge eine große Hilfe waren, sei Herrn Dr. Konrad Duden, LL.M. (Cambridge) gedankt, der die Doktorandenbetreuung organisiert. Der Max-Planck-Gesellschaft danke ich für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Dankbar bin ich zudem für zahlreiche Diskussionen und wertvolle Anregungen von meinen Freunden Dr. Nils Graber, Eike Schmidt-Röh, Dr. Maximilian Volmar und Dr. Lukas Fries.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern Martina Kranz und Uwe Mengel für die Ermöglichung meines Lebensweges und der uneingeschränkten Unterstützung auf ebendiesem. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Februar 2021

Jonas Kranz

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	19
I. Einführung in die Thematik	19
II. Gang der Untersuchung und Zielsetzung	22
B. Die kartellrechtliche Zwangslizenz als Ausgangspunkt	24
I. Grundlegendes zur kartellrechtlichen Zwangslizenz	24
II. Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Zwangslizenz	41
III. Ergebnis	75
C. Ökonomie der Kompatibilitätsstandardisierung	76
I. Definition und Arten von Standards	76
II. Wirtschaftliche Bedeutung von Standards	80
III. Ökonomische Auswirkungen von Standardisierung	81
IV. Folgerungen für das Kartellrecht	95
V. Zwischenergebnis	109
D. Kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand	110
I. Orange-Book-Standard	111
II. Europäische Entscheidungen zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand ..	145
III. Fazit	181
E. Ökonomische Analyse der patentrechtlichen Unterlassungsfügung	183
I. Ex-Post opportunistisches Verhalten	183
II. Lösungsansätze	199
III. Eigener Lösungsvorschlag	205
F. Fünf Thesen zum Themenkomplex Missbrauchsverbot und Standardisierung ..	209
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	232

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Einführung in die Thematik	19
II. Gang der Untersuchung und Zielsetzung	22
B. Die kartellrechtliche Zwangslizenz als Ausgangspunkt	24
I. Grundlegendes zur kartellrechtlichen Zwangslizenz	24
1. Differenzierung zwischen kartellrechtlicher und patentrechtlicher Zwangslizenz, sowie der gesetzlichen Lizenz	24
a) Unterschiede zur patentrechtlichen Zwangslizenz	25
b) Unterschiede zur gesetzlichen Lizenz	28
2. Lizenzverweigerung als kartellrechtswidriges Verhalten	29
a) Tatbestand des Art. 102 AEUV	30
aa) Marktbeherrschende Stellung	30
(1) Marktabgrenzung	30
(2) Marktbeherrschung	31
bb) Missbräuchliches Ausnutzen	33
(1) Grundsätzliches	34
(2) Ausübung eines Schutzrechtes als missbräuchliche Verhaltensweise	35
b) Art. 101 AEUV	36
c) Zwischenergebnis	37
3. Die kartellrechtliche Zwangslizenz als Gradmesser des Verhältnisses von Immaterialgüter- und Kartellrecht	37
a) Dynamischer Wettbewerb und Innovation	38
b) Gestörte Zielkomplementarität	40
II. Entwicklungslinien der kartellrechtlichen Zwangslizenz	41
1. Unterscheidung zwischen Ausübung und Bestand des Immaterialgüterrechts und der „spezifische Gegenstand“	41
2. Kritik an der Differenzierung	44
3. Die erste Anordnung einer kartellrechtlichen Zwangslizenz – Magill und Präzisierungen	46
a) Magill	47
aa) Sachverhalt und Urteil des EuGH	47
bb) Lehre der außergewöhnlichen Umstände	49

cc) Faktische Aufgabe der bisherigen begrifflich-schematischen Abgrenzung	49
dd) Magill als Übernahme der US-amerikanischen essential-facility-doctrine	50
(1) Grundlagen	51
(2) Adaption der essential-facility-doctrine für das europäische Kartellrecht	52
(3) Anwendung auf Immaterialgüter in Europa	56
(4) Zwischenergebnis	58
ee) Bedeutung des Urteils	59
b) Präzisierungen und Abänderungen der außergewöhnlichen Umstände – Tiercé Ladbroke, Bronner, IMS Health und Microsoft	60
aa) Tiercé Ladbroke	60
bb) Bronner	61
cc) IMS Health	63
(1) Sachverhalt und Urteil	63
(2) Bewertung	65
dd) Microsoft	68
(1) Entscheidung der Kommission	68
(2) Entscheidung des EuG	71
(3) Einordnung in die vorhergehende Rechtsprechungspraxis des EuGH	72
ee) Zwischenergebnis	74
4. Zusammenfassung der Entwicklung der kartellrechtlichen Zwangslizenz in Europa und Status Quo	74
III. Ergebnis	75
C. Ökonomie der Kompatibilitätsstandardisierung	76
I. Definition und Arten von Standards	76
II. Wirtschaftliche Bedeutung von Standards	80
III. Ökonomische Auswirkungen von Standardisierung	81
1. Netzwerkeffekte	81
a) Arten von Netzwerkeffekten	82
b) Netzwerkeffekte, Kompatibilitätsstandards und de-facto-Standardisierung	84
2. Ökonomische Auswirkungen von Kompatibilitätsstandards auf Netzwerkmärkten	85
a) Positive Auswirkungen	86
b) Negative Effekte	87
3. Sonderfall proprietäre Standards	89
a) Anreize für den Inhaber des standardessentiellen Schutzrechts	90
b) Innovationsfördernde und innovationshemmende Anreize	90

- c) Raum für strategische Verhaltensweisen 92
- d) Patent ambush: der Fall Rambus 93
- e) Zwischenergebnis 94
- 4. Zwischenergebnis 95
- IV. Folgerungen für das Kartellrecht 95
 - 1. Einfluss der Ökonomie auf das Kartellrecht – more economic approach 96
 - 2. Folgerungen für die kartellrechtliche Zwangslizenzierung proprietärer Standards 98
 - a) Marktabgrenzung und Marktbeherrschung 99
 - b) Missbräuchliche Verhaltensweise 100
 - aa) Status quo der new-product-rule 101
 - bb) Kritik an der new-product-rule 102
 - cc) Proprietäre Standardisierung als außergewöhnlicher Umstand 104
 - dd) Maßstab für die Einzelfallprüfung 105
 - ee) Ungewisse Prognoseentscheidung bei Zwangslizenzierung 106
 - ff) Zwischenergebnis 108
- V. Zwischenergebnis 109

D. Kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand 110

- I. Orange-Book-Standard 111
 - 1. Vorgeschichte 111
 - a) Spiegel-CD-ROM 111
 - b) Standard-Spundfass 114
 - aa) Sachverhalt 114
 - bb) Urteil 115
 - cc) Die Bedeutung des de-facto-Standards 116
 - dd) Zwangslizenzeinwand 117
 - c) Zwischenergebnis 118
 - 2. Sachverhalt 118
 - 3. Verfahrensgang 119
 - 4. Entscheidung des BGH 119
 - a) Grundsätzliche Anwendbarkeit des Zwangslizenzeinwandes gegenüber Unterlassungsansprüchen 120
 - b) Ausgestaltung des Zwangslizenzeinwandes 121
 - aa) Initiativobliegenheit des Lizenzsuchers 121
 - bb) Ausgestaltung des Lizenzvertragsangebotes 123
 - (1) Unbedingtes Angebot 123
 - (2) Annahmefähiges Angebot 123
 - (3) Nichtausschlagbarkeit 125
 - cc) Voraussetzende Erfüllung 125
 - dd) Zusammenfassung 126

5. Rezeption und Kritik	127
a) Unionsrechtswidrigkeit	127
aa) Keine Anwendung von Unionsrecht	127
bb) Verletzung des Effektivitätsgrundsatzes	128
cc) Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes	130
dd) Umgehung der Vorlagepflicht	131
ee) Zwischenergebnis	132
b) Verschärfung durch Instanzgerichte	132
aa) Übertragung auf de-jure-Standards	133
bb) OLG Karlsruhe – Nichtangriffsverpflichtung, Sonderkündigungsrecht und Anerkenntnis dem Grunde nach	133
cc) LG Mannheim – Kartellrechtliche Nichtausschlagbarkeit	135
dd) Zwischenergebnis	137
c) Rechtsgrundlage	138
aa) Unklare dogmatische Konstruktion des Zwangslizenzeinwandes ...	138
(1) Kartellrechtliche Rechtsgrundlage	139
(2) § 242 BGB als Rechtsgrundlage	139
(3) Gemischte Rechtsgrundlage	140
(4) Zwischenergebnis	141
bb) Rechtsgrundlage der zusätzlichen Voraussetzungen	142
cc) Zwischenergebnis	143
d) Inhaltliche Ausgestaltung der Obliegenheiten	143
e) Ergebnis	144
II. Europäische Entscheidungen zum kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand ...	145
1. Entscheidungen der Kommission	146
a) Sachverhalt und Verfahrensgang	146
b) Entscheidungen der Kommission	148
c) Rechtsgrundlage des Einwands	151
2. Huawei-Urteil des EuGH	153
a) Sachverhalt und Vorlagefragen	153
b) Entscheidung des EuGH	156
aa) Schlussanträge	156
bb) Urteil	158
(1) Grundsätzliche Feststellungen	158
(2) Beantwortung der Fragen	160
(3) Schematische Zusammenfassung	161
cc) Weitere Umsetzung	162
(1) Sisvel/Haier	162
(2) Weitere Problemfelder	164
(a) Verfahren während des Übergangszeitraumes	164

(b) Fehlende FRAND-Konformität des Initiativangebots	164
(c) Wann ist ein Angebot FRAND?	165
(3) Huawei v. Unwired Planet	167
dd) Rechtsgrundlage des Zwangslizenzeinwands	170
ee) Rezeption	172
c) Bedeutung für die bisherige Handhabung von de-jure-Sachverhalten	173
aa) Deutsche Instanzgerichtsrechtsprechung zu de-jure Standards	174
bb) Entscheidungspraxis der Kommission zu de-jure-Sachverhalten	175
cc) Bedeutung für die Rechtsprechungspraxis zu de-facto-Standards	175
d) Übertragbarkeit des Urteils	176
aa) Ablehnung einer Übertragung	176
bb) Argumente für eine Übertragung	178
cc) Kritische Würdigung	179
e) Bewertung	181
III. Fazit	181
E. Ökonomische Analyse der patentrechtlichen Unterlassungsfügung	183
I. Ex-Post opportunistisches Verhalten	183
1. Hold-up und Hold-out	183
a) Das hold-up-Problem	184
b) Patent hold-up	184
aa) Anreize für patent-hold-up	185
bb) Gründe für ex-post Lizenzverhandlungen	186
cc) Patent thickets und royalty stacking	188
dd) Auswirkung von patent-hold-up	191
ee) Kritik an der hold-up Theorie	192
ff) Zwischenergebnis	194
c) Patent hold-out	194
2. Bedeutung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruches	196
a) Patentrechtlicher Unterlassungsanspruch in Deutschland und Europa	196
b) Erweiterung der Reichweite des Unterlassungsanspruches durch deutsche Gerichte	197
c) Zwischenergebnis	198
II. Lösungsansätze	199
1. Ökonomen	199
2. Judikative	200
a) U.S. Supreme Court: eBay Inc. v. MercExchange	200
b) EuGH: Huawei	203
c) BGH: Orange-Book-Standard	204
d) Zwischenergebnis	205

3. Fazit	205
III. Eigener Lösungsvorschlag	205
F. Fünf Thesen zum Themenkomplex Missbrauchsverbot und Standardisierung ..	209
Literaturverzeichnis	212
Stichwortverzeichnis	232

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt (der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AIPLA QJ.	American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BGH	Bundesgerichtshof
BPatG	Bundespatentgericht
bspw.	beispielsweise
CIPR	CIPReport – Der Newsletter des Zentrums für Gewerblichen Rechtsschutz
ders.	derselbe
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaften
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften
EU	Europäische Union
EuG	Gericht (erster Instanz der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union (in der Fassung des Vertrages von Lissabon)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Steuer- und Wirtschaftsrecht
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
gem.	gemäß
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
ZHR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
JRC	Joint Research Centre (Gemeinsame Forschungsstelle)
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
lit.	litera
MitttdtPatAnw	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht: Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZKart.	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Patentgesetz
R&D	Research and Development, deutsch: Forschung und Entwicklung
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Satz/Seite/Siehe
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts
sog.	sogenannte/n/r
u. a.	unter anderem
UrhG	Urhebergesetz
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

A. Einleitung

I. Einführung in die Thematik

Standardisierungen stellen einen Eckpfeiler der modernen Wirtschaft dar. Nur aufgrund des sprunghaften Anstiegs von Standardisierungen sind wir heute in der Lage Bilder, Texte, Gespräche und alle sonstigen Daten von jedem Gerät auf jedes andere Gerät zu versenden. Standards spielen in der Öffentlichkeit eine stark untergeordnete Rolle, obwohl oder vielleicht gerade weil sie „nur“ die Grundlage der heutigen Kommunikation zwischen Menschen und auch Computern bilden; sie stellen den notwendigen Hintergrund dar, treten selbst jedoch nur selten in den Vordergrund. Standardisierung bedeutet heutzutage in erster Linie Vereinheitlichung, daneben erscheint alles andere ist sekundär. So spielt es beispielsweise keine wirklich wichtige Rolle in welchem Abstand Schienen zueinander liegen, solange der Abstand überall gleich ist und die Züge entsprechend gebaut werden können. Dasselbe gilt für den Sektor, der hier grob als IT-Sektor beschrieben werden soll. Zum IT-Sektor, wobei IT für Informationstechnologie steht, gehören alle technischen Services und Funktionen, die Informationen und Daten verarbeiten. Für diese Systeme ist es (relativ) unwichtig auf welcher Frequenz Daten vom Mobiltelefon zum Sendemast und weiter zum nächsten Mobiltelefon übertragen werden. Zentrale Bedeutung kommt nur der Tatsache bei, dass alle auf derselben Frequenz übertragen und in der Lage sind auf der übertragenen Frequenz Daten empfangen zu können. Die Sicherstellung dieser Einheitlichkeit ist die Aufgabe von sogenannten Kompatibilitätsstandards, die in dieser Arbeit besprochen werden sollen.¹ Mit der immer größer werdenden Anzahl an Geräten, die für immer neuere Funktionen miteinander kommunizieren müssen, stieg auch die Anzahl der Standards in den letzten Jahren geradezu explosionsartig. So hatte beispielsweise das ETSI, das Europäische Institut für Telekommunikationsnormen, 2002, also 26 Jahre nach seiner Gründung, die ersten 10.000 Standards herausgegeben. 2018 hatte sich diese Zahl bereits vervierfacht.²

Was hat nun diese Ausprägung der digitalen Revolution mit dem Wettbewerbsrecht – hier und im Folgenden verstanden als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder auch Kartellrecht³ – zu tun? In den letzten zehn Jahren verklagten sich

¹ Offensichtlich gibt es auch Standards, deren primäres Ziel keine Vereinheitlichung ist. Man denke beispielsweise an Qualitäts- oder Sicherheitsstandards. Für eine genaue Abgrenzung und Definition der hier besprochenen Standards vgl. unten S. 76 ff.

² <https://perma.cc/5Y54-A558>.

³ In dieser Arbeit wird der Begriff des Wettbewerbsrechts synonym mit dem Begriff des Kartellrechts und des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen verwandt und nicht, wie

die großen, global agierenden Smartphone Hersteller. Unter den Streitparteien waren unter anderem Sony Mobile, Google, Apple, Samsung, Nokia, Motorola, Huawei, LG, ZTE und HTC. All diese Konzerne verklagten sich wechselseitig auf Unterlassung und Schadensersatz mit der Behauptung, das jeweils andere Unternehmen würde die eigenen Patente verletzen. Dieses global ausgetragene Phänomen wurde *patent wars* genannt.⁴ Die Patentverletzungsklagen umspannten die komplette Welt, von Kalifornien über Düsseldorf nach Tokyo und Seoul, um nur einige Gerichtsstandorte zu nennen.⁵ Alle diese genannten Unternehmen sind zumindest teilweise dem IT-Sektor zuzurechnen. Einige stellen Hardware für diesen Wirtschaftsbereich her, andere beschränken sich auf den Softwarebereich, viele sind in beiden Bereichen tätig. Beide Bereiche, also sowohl Hard- als auch Software, benötigen Vereinheitlichung, um ihr volles Potential entfalten zu können, das darin besteht, möglichst viele Endgeräte miteinander verbinden zu können. Dies hat wie erwähnt zu einem exponentiellen Anwachsen der Zahl von Standards geführt. Diese Standards bestehen nun heutzutage in der Regel hauptsächlich aus Patenten. Im Jahr 2017 wurden weltweit 1,4 Millionen Patente erteilt, knapp doppelt so viele wie im Jahr 2007.⁶ Ein Großteil dieser Patente entfällt auf die großen, oben angesprochenen Tech-Konzerne.⁷ Jedes Unternehmen, das auf dem IT-Sektor tätig werden möchte, ist auf die Benutzung der bestehenden Standards und damit auf die Lizenzierung der Patente, aus denen die Standards bestehen, angewiesen. Da diese Unternehmen jedoch auch in Konkurrenz auf den verschiedenen Märkten zueinander stehen, besteht für die Patentinhaber die Versuchung ihre Wettbewerber dadurch zu behindern, dass Patente nicht lizenziert werden, um im Anschluss Unterlassungsansprüche geltend zu machen und dem Konkurrenten so den Marktzutritt zu verwehren. Eine solche Behinderung des Wettbewerbes oder eines Wettbewerbers ruft das Kartellrecht auf den Plan.

Primäres Ziel des Wettbewerbsrechts ist es, den unverfälschten Wettbewerb aufrecht zu erhalten. Der Wettbewerb stellt ein Grundprinzip des modernen Wirt-

üblich, als Oberbegriff für das Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht. Ausführlich zum Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Lauterkeitsrecht *Wolf*, in: MüKo, Europäisches Wettbewerbsrecht (Vorausgabe), Einleitung, Rn. 1201 ff.

⁴ Vgl. dazu beispielsweise die Wikipedia-Themenseite „Smartphone patent wars“ <https://perma.cc/R2RV-UXC6>.

⁵ Einer der aktuellen, mittlerweile gelösten Auseinandersetzungen war die zwischen Qualcomm und Apple. Der über zwei Jahre andauernde Streit wurde durch einen Vergleich beendet. Im Rahmen der Streitigkeiten erwirkte Qualcomm gegenüber Apple Unterlassungsansprüche in China und Deutschland, die dazu führten, dass Apple die iPhones der Modelle 7, 7 Plus, 8, 8 Plus und X nicht mehr verkaufen durften. Vgl. für das deutsche Urteil LG München, Urteil vom 20. Dezember 2018, 7 O 10495/17 und 7 O 10496/17. Vgl. für die Urteile des Mittleren Volksgerichts Fuzhou die verlinkten Dokumente auf <https://perma.cc/2ZQU-4B9K>.

⁶ World Intellectual Property Indicators 2018, S. 43, <https://perma.cc/VA7D-JKAL>.

⁷ Vgl. dazu etwa die folgende Liste der weltweit größten Inhaber von Patentfamilien auf <https://perma.cc/M99Q-49T5>, wobei die Liste der für die Jahre 2018 und 2019 vergebenen US-Patente noch stärkere Tendenzen in Richtung der großen Kommunikations- und Technologiekonzerne aufweist, vgl. <https://perma.cc/TV7N-Q6DN>.

schaftssystems dar, dessen ökonomische, rechtliche und auch ethische Grundzüge zum Großteil auf *Adam Smith* und dessen Werk *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations* zurückgehen.⁸ Wettbewerb bei *Smith* ist, verkürzt gesagt, ein dynamischer Vorgang, der dadurch entsteht, dass alle Marktakteure zunächst frei von staatlicher Regulierung ihre Eigeninteressen verfolgen können.⁹ Der Markt, der so entsteht, fungiert als optimaler Verteilungsmechanismus. Diese „unsichtbare Hand“ lenkt die Marktakteure und soll im Ergebnis größeren Wohlstand für die gesamte Gesellschaft schaffen. Die Idee, dass der Wettbewerb nicht nur ein Verteilungssystem für Güter darstellt, sondern auch für Macht fasste *Franz Böhm* treffenderweise zusammen, als er schrieb, dass der Wettbewerb das „genialste Entmachtungsinstrument der Geschichte“ sei.¹⁰ Dieser Wettbewerb muss aber unverfälscht sein, was bedeutet, dass die Teilnehmer autonom sind und auch autonom handeln können.¹¹ Die Privatautonomie nimmt folglich eine zentrale Stellung in unserem Wettbewerbssystem ein.¹²

⁸ Eine einheitliche Definition dessen, was Wettbewerb ist oder sein sollte, ist nicht möglich, vgl. dazu auch *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, S. 1 m.w.N. Ursache dafür ist, dass jede ökonomische Schule eine eigene Vorstellung davon hatte, was Wettbewerb ist und beispielsweise entsprechende *ceteris-paribus*-Annahmen traf. Für Deutschland und auch für Europa am prägendsten war und ist wohl die Wettbewerbskonzeption der Freiburger Schule, die auch als Ordoliberalismus bezeichnet wird, vgl. dazu ausführlich *Heinemann*, Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 54 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, S. 151 ff. jeweils m.w.N. Aufgrund der Bedeutung dieser Schule für Deutschland und Europa soll hier der sog. praktische Wettbewerbsbegriff von *Fikentscher* zugrunde gelegt werden, der der ordoliberalen Tradition verpflichtet ist und sich auch „mittlerweile weitgehend durchgesetzt [...]“, so zumindest *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 68 m.w.N., hat. *Fikentscher* definiert Wettbewerb wie folgt: „Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbstständige, nicht notwendig intensive oder effiziente, vielmehr zieloffene Streben, sich aktuell oder potentiell zumindest objektiv im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden und Lieferanten) durch in Aussichtstellen günstiger erscheinender oder (im Falle bloßen Wettbewerbsdrucks) vom Markt genommener Geschäftsbedingungen“, *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht II, S. 194 f. Vgl. für eine Besprechung dieses Wettbewerbsbegriffs *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 68 ff.

⁹ So auch *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 19. Zentral dafür ist freilich das Prinzip der individuellen Vertragsfreiheit, dazu *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 21 ff. m.w.N. Diese Wettbewerbsfreiheit ist jedoch nicht grenzenlos, vgl. zum Ganzen *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, III. Kapitel, S. 359 ff.

¹⁰ *Böhm*, in: Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, Kartelle und Monopole im modernen Recht, S. 1, 22. Damit ist gemeint, dass das System des Wettbewerbs das Prinzip der Gewaltenteilung und der Kontrolle bzw. Begrenzung von Macht auf die Wirtschaft erstreckt, so *Mestmäcker*, Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft, S. 20; vgl. dazu auch *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 15 f.

¹¹ Vgl. zu diesem Themenkomplex grundsätzlich *Smith*, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*; vgl. auch die Zusammenfassungen bei *Lehmann/Michael*, JZ 1990, 61, 63 ff.; *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, S. 16 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, S. 112 ff.