

DER ZUGANG ZUM NETZ – PATENTE, STANDARDS UND SELBSTREGULIERUNG

Maria Pregartbauer

Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Unternehmens-, Wirtschafts- und Technikrecht, Technische Universität Berlin
Straße des 17. Juni 135, 10623 Berlin
maria.pregartbauer@tu-berlin.de

Schlagworte: *Standardisierung, Normung, Patente, FRAND, Selbstregulierung, ETSI*

Abstract: *Spätestens seit das Smartphone zum allgegenwärtigen Verbrauchsgut geworden ist, rücken die mit dem Zugang zu Information und Datenverkehr zusammenhängenden Fragen immer mehr in den Fokus auch der immaterialgüterrechtlichen Diskussion. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit einem Ausschnitt des Themenkomplexes zum Zusammenhang von Patenten, Wettbewerb und Normung und geht der Frage nach, inwieweit die IPR-Policy einer Normungsorganisation die wettbewerblichen Bedenken auszuräumen und die ökonomischen Ziele von Normung verwirklichen zu helfen vermag.*

1. Einleitung

«Kooperation» wird heutzutage immer mehr im Zusammenhang mit den Möglichkeiten digitaler Netze gedacht. Das Internet ermöglicht es, Informationen ohne spürbaren Zeit- und Qualitätsverlust zu teilen, weiterzuleiten und fast unendlich zu speichern. Es hat die technischen Möglichkeiten der Kommunikation revolutioniert, beschleunigt und vereinfacht und beeinflusst dadurch auch zunehmend soziologische und politische Prozesse.¹ Neben der inhaltlichen Diskussion über das «Was» des Datentransportes, tritt dabei zunehmend auch die Frage nach dem «Wie»: Der «Zugang zum Netz» als Nadelöhr der Teilhabe an Kommunikation erweist sich zunehmend als Quelle wirtschaftlicher Macht und Ansatzpunkt für (rechts-) politische Diskussion.² Der Zugang zum Netz, verstanden als die Möglichkeit, über das Internet oder ein anderes (Tele-) Kommunikationsnetz eine Verbindung von einem Endgerät zu einem anderen aufzubauen, hat technische, aber auch rechtliche Voraussetzungen. Technisch muss es den beteiligten Geräten möglich sein, auf bestehende Infrastrukturen zuzugreifen, Informationen zu senden, zu empfangen und die transferierten Daten in einen für Menschen lesbaren Ausdruck zu bringen. Das erfordert die Kompatibilität der beteiligten Systeme, aber vor allem auch deren Interoperabilität. Diese Notwendigkeiten werden im modernen Hochtechnologiebereich dadurch verstärkt, dass immer «smartere» Endgeräte eine noch immer steigende Anzahl technischer Funktionen in sich vereinen.³ In einer wettbewerbsgetriebenen Wirtschaftsordnung gehört es zudem zu einer der Grundvorstellungen, dass die beteiligten Märkte diversifiziert, d.h. nicht lediglich durch einen Anbieter dominiert sein sollen. Entsprechend haben Kompatibilität und Interoperabilität auch eine wettbewerbliche Dimension, da hier die Möglichkeit zum Netzzugang auch über die Möglichkeit zum Marktzutritt entscheidet. Es braucht also eines gewissen Grades

¹ Für eine kritische soziologische Perspektive auf den «Cyberfetischismus» als politische Utopie RENDUELES, Soziophobie – Politischer Wandel im Zeitalter der digitalen Utopie, 2015.

² Hier sei beispielhaft die Diskussion über die sog. Netzneutralität erwähnt. Hierbei geht es um die Frage, ob bei der Datenübertragung im Internet bestimmte Dienste bevorzugt werden dürfen und sollen. Für einen Überblick über den aktuellen Stand der Gesetzgebung SPIES/UFER, MMR 2015, 91.

³ Ein modernes Smartphone muss bspw., um wettbewerbsfähig zu bleiben, nicht nur in der Lage sein, auf das Telekommunikationsnetz zuzugreifen. Es muss auch verschiedenste Dateiformate «lesen» können, verschiedene Sendetechnologien wie Bluetooth oder WiFi ausführen und verschiedene Generationen technischer Innovationen auf diesen Gebieten verarbeiten können.

an technologischer «Öffnung», um die technischen Notwendigkeiten mit der ökonomischen Zielvorstellung in Übereinstimmung zu bringen. Diese Funktion erfüllt unter anderem die Standardisierung bzw. Normung,⁴ die ihrerseits stark mit den rechtlichen Anforderungen an einen funktionierenden Netzzugang verknüpft ist. Der rechtliche Rahmen für die Ausgestaltung der Zusammenarbeit wird dabei durch das Kartellrecht vorgegeben, da das Zusammenwirken von Unternehmen zur Bestimmung einheitlicher technischer Normen immer die Gefahr der durch Art. 101 AEUV untersagten Beschränkung des Wettbewerbs durch Kartellbildung beinhaltet.⁵ Die kartellrechtlichen Vorgaben üben auch bestimmenden Einfluss auf den zweiten großen rechtlichen Aspekt aus, der in der jüngeren Vergangenheit immer wieder für Kontroversen sorgt, nämlich den Umgang mit standardrelevantem geistigem Eigentum.⁶ Um in diesem Spannungsfeld Konflikten vorzubeugen, haben die Normungsorganisationen sog. Intellectual Property Rights Policies (IPR Policies) erlassen, welche den Umgang mit insbesondere Patenten in kartellrechtskonformer Weise vorgeben und dadurch einen Ausgleich zwischen den ökonomischen Zielen der Normung und den möglicherweise daneben bestehenden Eigeninteressen der Schutzrechtsinhaber schaffen sollen. Der folgende Beitrag stellt knapp den kartellrechtlichen Rahmen für Normungsarbeit im Hinblick auf den Umgang mit Immaterialgüterrechten dar. Exemplarisch wird auf den Mobilfunksektor Bezug genommen. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob IPR Policies als Instrument der Selbstregulierung geeignet sind, die Konflikte um die Ausübung standardessentieller Patente zu entschärfen und einen angemessenen Interessenausgleich zu schaffen, um damit einen Beitrag zu einem lebendigen und innovativen Wettbewerbsgeschehen zu leisten.

2. Warum Normung?

Aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive, die ökonomisch stark von liberalen Theorien zum freien Markt beeinflusst ist, ist die große Popularität von Normung zunächst erstaunlich: Mit dem «Segen» der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden⁷ wird eine Plattform geschaffen, auf der Unternehmen sich abseits des Wettbewerbes am Markt auf die Verwendung bestimmter Technologien einigen und diese Einigung später für weitere Anwender öffentlich verfügbar machen können. Das bedeutet, dass die Suche nach einer anerkannten technischen Lösung nicht dem Markt überlassen wird, sondern durch das Zusammenwirken einzelner Entscheidungsträger ersetzt wird. Darin liegt für den Technologiemarkt in der Regel eine Reduktion von

⁴ Die Begrifflichkeiten «Normung» und «Standardisierung» werden entgegen der Terminologie der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontalleitlinien), ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 257, nicht immer synonym verstanden. Für eine synonyme Verwendung BURGHARTZ, Technische Standards, Patente und Wettbewerb, 2011, S. 33; anders MAASSEN, Normung, Standardisierung und Immaterialgüterrechte, 2006, S. 10 ff., PICHT, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus Sicht des europäischen Kartellrechts, 2013, S. 167. Der Unterschied wird terminologisch für den deutschen Sprachraum an einem unterschiedlichen Wortverständnis festgemacht. Hiernach sei «Standard» ein Oberbegriff, der sowohl faktische Standards als auch «gesetzte» Standards mit einbeziehen kann, «Norm» hingegen für die unter Beteiligung einer Normungsorganisation zu Stande gekommenen Spezifikationen festgeschrieben. Für den vorliegenden Beitrag wird an dieser Differenzierung festgehalten, weil es eine stärkere sprachliche Genauigkeit erlaubt.

⁵ Der AEUV regelt das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht auf europäischer Ebene und ist von den nationalen Rechtsanwendern zu berücksichtigen, sobald zwischenstaatlicher Bezug gegeben ist, Art. 3 VO 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln. Die Kartellgesetzgebung der Nationalstaaten hat sich diesen Vorgaben stark angeglichen und weicht nur noch in wenigen Punkten vom europäischen Recht ab. Für Deutschland ist das Kartellverbot in § 1 GWB, das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht in §§ 19, 20 GWB geregelt. Im Folgenden wird wegen der größeren Relevanz lediglich auf das europäische Recht Bezug genommen.

⁶ Hierzu insbesondere die Entscheidung des EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015, Rs. C-170/13 – LTE-Standard, die sich grundlegend mit den kartellrechtlichen Grenzen der Ausübung der durch das Patent vermittelten Rechtspositionen beschäftigt.

⁷ Vgl. hierzu beispielsweise die Rede der ehemaligen Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes, 10. Juni 2008, «Being open about Standards», Speech/08/317: «Standards are clearly more important than ever. They often facilitate economies of scale but their real impact on technology markets is their interoperability», zitiert nach STRAUS, GRUR Int 2011, 469.

Lösungsvielfalt, da alternative technische Lösungen sich gegen eine einmal verabschiedete und implementierte Norm nur äußerst schwer am Markt werden durchsetzen können. Diese Umstände werden aber durch die Vorteile der Normung aufgewogen: Die Reduktion von Vielfalt auf dem Technologiemarkt durch gemeinsame Entscheidung kann dafür sorgen, einen ökonomisch ineffizienten und für Verbraucher und Unternehmen u.U. kostspieligen «Krieg der Standards» zu umgehen, der häufig mit der Bestimmung eines de facto Standards durch Marktgegebenheiten einher geht.⁸ Das schafft Effizienzen und wirkt sich in der Regel auch in Form einer Qualitätssteigerung auf nachfolgenden Produktmärkten aus, da die durch die Normung vermittelte Planungssicherheit eine stärkere Fokussierung bei den Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten auf dieser Marktstufe erlaubt. Neben der höheren Qualität wird dadurch in der Regel auch ein größeres Alternativangebot erreicht, was wiederum Voraussetzung für das Entstehen eines lebhaften Wettbewerbes auf dem Produktmarkt ist. Zudem kann die gemeinschaftsweite Normung auch Wettbewerbsversagen korrigieren: Während eine Normungsorganisation Mindestanforderungen an Qualität und Sicherheit einer technischen Lösung stellen kann und so aktiv und sachkundig nach der «besten» verfügbaren Lösung gesucht werden kann, ist das Geschehen am Markt auch immer von weiteren Wettbewerbsparametern abhängig. Bestehende Machtverhältnisse, Vorteile bei Marketing oder Vertriebsstrukturen können hier eher dafür sorgen, dass der Wettbewerb nicht die beste Lösung als de facto Standard hervorbringt. Die offene Verfügbarkeit von Informationen fördert den – auch grenzüberschreitenden – Handel und reduziert Transaktionskosten, da zur Sicherstellung der Kompatibilität und Interoperabilität keine zusätzlichen Kosten aufgewendet werden müssen.⁹ Besonders die zwei letztgenannten Faktoren sind von nicht zu unterschätzender Relevanz: Erst die Herstellung von Kompatibilität ermöglicht die flächendeckende Durchsetzung und Nutzung von Hochtechnologiegeräten und stellt den Zugang zu Kommunikation und Information sicher. Die Erhöhung von Markttransparenz durch offene Standards erleichtert zudem Folgeinnovationen und ermöglicht den schnelleren Marktzutritt neuer Akteure.¹⁰

3. Überblick über die technische Normung im europäischen Mobilfunksektor

Diese Ziele setzen aber voraus, dass die erarbeiteten Normen allgemein zugänglich sind. Das gilt insbesondere im Mobilfunksektor, da hier das erforderliche Maß an Kompatibilität und Interoperabilität sehr hoch ist. Hinzu kommt, dass in diesem Bereich eine hohe Patentierungsdichte herrscht, so dass der Umgang mit technischen Schutzrechten zum bestimmenden Thema bei der Frage nach dem Marktzugang wird.¹¹ Normung findet in Europa sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene statt, so dass an der Vereinheitlichung von Produkten, Dienstleistungen und Schnittstellen insgesamt eine Vielzahl von Akteuren beteiligt ist.¹² Die Europäischen Normen werden als sog. EN-Normen von einer der drei europäischen Normungsinstitute erar-

⁸ Die prominentesten Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit sind der Wettbewerb zwischen den Videorecordersystemen VHS der Firma JVC und Betamax (Sony) oder auch die Konkurrenz zwischen den Speichertechnologien HD-DVD und Blu-Ray. Während letztere Konkurrenz noch nicht entschieden ist, hat sich die Lösung der ersten über viele Jahre hingezogen, Picht, Strategisches Verhalten bei der Nutzung von Patenten in Standardisierungsverfahren aus Sicht des europäischen Kartellrechts, 2013, S. 168. Aktuell kündigt sich eine ähnliche Situation im Bereich der Bemühungen um einheitliche Kommunikationstechnik zur Optimierung intelligenter Produktionsprozesse an, bei der sich sowohl auf europäischer als auch auf US-amerikanischer Seite Konsortien zur Schaffung einheitlicher Standards gebildet haben.

⁹ Picht, S. 179; Vgl. auch Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 308.

¹⁰ DOBLER/SATTLER, in: FS Canenbley, 2012, S. 139, 140; Picht, S. 180.

¹¹ Einen aktuellen Überblick über die Situation bietet die im Auftrag der Europäischen Union erstellte, Studie Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization, 2014.

¹² Für Deutschland ist insbesondere das Deutsche Institut für Normung (DIN) relevant. Es ist die wichtigste deutsche Normungsorganisation, die auch auf europäischer Ebene an diversen Normungsvorhaben beteiligt ist. Zudem ist es in Deutschland die einzige Körperschaft, die sich mit technischer Normung beschäftigt, BLIND, The Economics of Standards, 2004, S. 77.

beitet und sodann von jeweiligen Normungsorganisationen der Mitgliedstaaten in nationale Normen umgesetzt.¹³ Die für den Telekommunikationsbereich maßgeblichen EN-Normen werden im Zuständigkeitsbereich des European Telecommunications Standards Institute (ETSI) erarbeitet, so dass sich die folgenden Darstellungen auf die dortigen Prozesse konzentrieren. Bei ETSI handelt es sich um eine Vereinigung («Association») nach französischem Recht, deren Hauptsitz in Frankreich liegt.¹⁴ Im Gegensatz zu den anderen beiden Europäischen Normungsorganisationen CEN¹⁵ und CENELEC¹⁶, die bei der Entscheidungsfindung auf ein Delegiertensystem von Vertretern nationaler Normungsgremien setzen, bestehen die Gremien bei ETSI direkt aus Experten von Unternehmen, Organisationen und Verwaltungen.¹⁷ Das hat einerseits den Vorteil, dass die Normen von denjenigen direkt «gesetzt» werden, welche die eigentliche Forschungs- und Entwicklungsarbeit leisten; ein Nachteil besteht aber darin, dass der direkte Kontakt ein erhöhtes Maß an Einflussnahme durch marktstarke Teilnehmer befördert und dadurch eine größere Sensibilität bei der Einhaltung der kartellrechtlichen Vorgaben an zulässige Normung bestehen muss.

4. Kartellrechtliche Vorgaben an die IPR Policies

Die genannten Vorteile der Normung können nur dann die damit einhergehende Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen des Art. 101 AEUV eingehalten werden. Eine Konkretisierung dieser Vorgaben findet sich in den Horizontalleitlinien¹⁸ der Kommission.

4.1. Der kartellrechtliche Rahmen

Art. 101 AEUV bestimmt, dass «alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen» mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind, soweit sie «den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken». Adressaten dieser Vorschrift sind einerseits die am Normungsprozess beteiligten Unternehmen, andererseits auch die Normungsorganisationen selbst, da diese vom weit verstandenen «funktionalen Unternehmensbegriff»¹⁹ des europäischen Kartellrechts mit umfasst werden. Normungsaktivitäten können entsprechend durch das europäische Kartellrecht untersagt werden, wenn sie sich in wettbewerbsbeschränkender Art und Weise auswirken.²⁰ Die Horizontalleitlinien konkretisieren diese Vorgaben wie folgt:

¹³ EN-Normen kommen teilweise auch als sog. harmonisierte Normen, d.h. durch die Europäische Kommission mandatierte und im Amtsblatt veröffentlichte Normen, zu Stande, die dann unmittelbar in das europäische Richtlinienrecht einbezogen werden.

¹⁴ Art. 4 der ETSI Statuten.

¹⁵ Comité Européen de Normalisation, Europäisches Komitee für Normung; CEN ist für ein breites fachliches Spektrum technischer Normung zuständig, bspw. Luft- und Raumfahrt, Chemie, Energie, Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, <http://www.cen.eu/Pages/default.aspx> (abgerufen am 9. Januar 2016).

¹⁶ Comité Européen de Normalisation Électrotechnique, Europäisches Komitee für elektrotechnische Normung; Wie der Name schon sagt, bezieht sich die Zuständigkeit von CENELEC auf Normung im Bereich der Elektrotechnik, <http://www.cenelec.eu/aboutcenelec/whoware/index.html> (abgerufen am 9. Januar 2016).

¹⁷ Sog. funktionale Repräsentation; vgl. hierzu ausführlich WIESENDAHL, Technische Normung in der Europäischen Union, 2007, S. 121 f.

¹⁸ Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01.

¹⁹ Dieser umfasst nach ständiger Rsp. von Gerichten und Behörden «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung», statt vieler nur EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001, Rs. C-475-99 – Ambulanz Glöckner; weitere Nachweise bei EMMERICH, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 7.

²⁰ Vgl. die Rede der damaligen Wettbewerbskommissarin Neelie Kroes vom 10. Juni 2008, «Being open about Standards», Speech/08/317: «Standards are clearly more important than ever. They often facilitate economies of scale but their real impact on technology markets is their interoperability. [...] Allowing companies to sit around a table and agree technical developments for their industry is not something that the competition rules would usually allow. So when it is allowed we have to look carefully at how it is done.», zitiert nach STRAUS, GRUR Int 2011, 469.

*«Ist die Möglichkeit der **uneingeschränkten** Mitwirkung am Normungsprozess gegeben und das Verfahren für die Annahme der betreffenden Norm **transparent**, liegt bei Normenvereinbarungen, die **keine Verpflichtungen zur Einhaltung** der Norm enthalten und Dritten den **Zugang zu der Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen** gewähren, keine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 vor».²¹*

Hiernach sind also sowohl der Zugang zum Normungsverfahren als auch der Zugang zur erarbeiteten Norm selbst zu gewährleisten. Dies liegt in der Verantwortung der Normungsorganisationen und muss durch entsprechende Verfahren sichergestellt werden. Für den hier interessierenden, letztgenannten Aspekt des Zugangs zur Norm gehören dazu insbesondere die rechtzeitige Offenlegung von einschlägigen Schutzrechten, die Abgabe einer FRAND-Selbstverpflichtung (dazu unten 4.1.2.) und die Bindung von Rechtsnachfolgern an diese Verpflichtung.²²

Die Frage des Zugangs zu einer Norm entscheidet sich vor allem am Umgang mit Patenten. Nach geltendem Patentrecht ist es dem Inhaber eines Schutzrechtes erlaubt, die Nutzung der Erfindung zu untersagen und/oder vom Abschluss eines Lizenzvertrages abhängig zu machen. Die Proprietarisierung standardisierter technischer Lehren steht aber in einem latenten Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz der Offenheit der Normung, die sich besonders in der allgemeinen Nutzbarkeit ausdrückt und maßgebliches Element der mit der Normung bezweckten Vorteile ist. Diesem Konfliktpotential versuchen die Normungsorganisationen zu begegnen, indem sie in ihren IPR Policies den Umgang mit Immaterialgüterrechten der Beteiligten eines Normungsverfahrens und Dritter regeln.²³ Die ETSI IPR Policy wird ergänzt durch den ETSI Guide on Intellectual Property Rights (IPRs),²⁴ der einzelne Vorschriften erläutert und genauere Hinweise zu den Pflichten der Mitglieder gibt. Die Schwierigkeit besteht dabei darin, dem berechtigten Anspruch der Schutzrechtsinhaber nach angemessener Vergütung ihrer Innovationsleistung ebenso gerecht zu werden, wie dem Bedürfnis der (Fach-) Öffentlichkeit nach der möglichst niedrigschwelligen Nutzungsmöglichkeit einer Norm.²⁵ Dieser Anspruch kann nur erfüllt werden, wenn einerseits Transparenz darüber herrscht, ob und wenn ja welche Patente für eine technische Spezifikation angemeldet wurden und andererseits die Lizenzbereitschaft der Inhaber klar feststeht.

4.1.1. Die Offenlegungspflicht

Art. 4 der ETSI IPR Policy legt die Verpflichtung der Mitglieder, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ihre Schutzrechte offenzulegen, fest.²⁶ Dazu gehört, dass jedes Mitglied bei Einbringen eines Vorschlages für eine technische Spezifikation gleichzeitig auf die davon betroffenen Schutzrechte hinweisen und auch bei fremden Vorschlägen «zumutbare Anstrengungen»²⁷ unternehmen soll, um hierdurch berührte Schutzrechte

²¹ Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 280.

²² Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 285.

²³ Dass dies ein Ziel der Einführung von IPR-Policies ist, kann jedenfalls für ETSI aufgrund der detaillierten Regelungen zu möglichen Konfliktfällen angenommen werden. BEKKERS/UPDEGROVE, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide, 2012, S. 24 weisen aber darauf hin, dass die Ziele, mit denen sich Standardisierungsorganisationen ihre IPR-Policies geben, nicht immer klar ersichtlich oder definiert sind. Für den Fortgang dieser Arbeit ist diese Diskussion allerdings kaum relevant.

²⁴ Die aktuelle Version stammt vom 19. September 2013.

²⁵ Art. 3.1. ETSI IPR Policy: «It is ETSI's objective to create standards and technical specifications that are based on solutions which best meet the technical objectives of the European telecommunications sector, as defined by the General Assembly. In order to further this objective the ETSI IPR Policy seeks to reduce the risk to ETSI, members, and others applying ETSI Standards and Technical Specifications, that investment in the preparation, adoption an application of standards could be wasted as a result of an essential IPR for a standard or technical specification being unavailable. In achieving this objective, the ETSI IPR Policy sees a balance between the needs of standardization for public use in the field of telecommunications and the rights of the owners of IPRs»; vgl. auch FRÖHLICH, GRUR 2008, 205, 206.

²⁶ «On a bona fide basis», Art. 4.1. ETSI IPR Policy

²⁷ Vgl. die Ausführungen in Art. 4.6.3.5. ETSI Guide on IPRs.

offenzulegen. Das gleiche gilt für Patentfamilien und Patentanmeldungen.²⁸ Um dieses Erfordernis auch praktisch durchsetzen zu können, wird jedes Treffen der technischen Komitees mit einem sog. «Call for IPRs» begonnen, der mündlich oder schriftlich erfolgen kann²⁹ und die Beteiligten daran erinnern soll, möglicherweise relevante Schutzrechte offenzulegen. Der fertige Standard enthält letztlich den Hinweis, dass für die Nutzung der dort beschriebenen Spezifikationen möglicherweise Lizenzverträge abgeschlossen werden können. Eine Liste der bekannten Schutzrechtsinhaber ist über die Online-Datenbank von ETSI verfügbar. Allerdings ergibt sich bereits aus Art. 4.2 der ETSI IPR Policy eine Einschränkung des Transparenzgrundsatzes, indem die Pflicht zur Offenlegung nicht um eine Pflicht zur aktiven Schutzrechtsrecherche erweitert wird. ETSI selbst nimmt eine solche Recherche ebenfalls nicht vor,³⁰ sondern verlässt sich hier auf die Angaben der Mitglieder. Ebenfalls nicht zum Prüfungsumfang gehören die Bestandskraft eines als relevant deklarierten Schutzrechtes oder die tatsächliche Bedeutung des deklarierten Patentes für die technische Spezifikation. Das ist auch eine Folge davon, dass die Beratung in den technischen Gremien sich allein an der technisch besten Lösung orientieren und Rechtsfragen nicht mit einbeziehen soll, führt aber dazu, dass die Offenlegungspflicht letztlich nur eingeschränkt zur Transparenz der tatsächlichen Schutzrechtssituation beiträgt.

4.1.2. Die Pflicht zur Abgabe einer FRAND-Erklärung

Weitere zentrale Maßnahme zur Sicherung der kartellrechtlichen Unbedenklichkeit eines Normungsvorhabens ist die Pflicht zur Abgabe einer Erklärung, dass der Inhaber eines für eine Norm essentiellen Patentes bereit ist, Dritten zu gerechten, vernünftigen und nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Lizenz zu erteilen. Diese unter dem Akronym der englischen Bezeichnung FRAND³¹ bekannt gewordene Erklärung ist zunächst ein Vertrag zwischen der Normungsorganisation und ihrem Mitglied. Inwieweit sie darüber hinaus gehende (Schutz-) Wirkungen entfaltet, ist seit langem streitig. Eine Darstellung der hierzu vertretenen Meinungen, die sich insbesondere an der Frage nach dem Rechtscharakter der FRAND-Erklärung abarbeiten, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen.³² In der neuesten zu diesem Themengebiet ergangenen Entscheidung des EuGH³³ wurde aber deutlich, dass nach europäischem Recht die Abgabe einer FRAND-Erklärung offenbar elementarer Beurteilungsfaktor dafür ist, ob der Inhaber eines normessentiellen Patentes durch die Erhebung einer Unterlassungsklage gegen das Verbot des Missbrauchs von Marktmacht aus Art. 102 AEUV verstößt.

4.2. Kritische Würdigung der Eignung der Policy zur Prävention und Lösung von Konflikten

Die dargestellten Regelungen in den IPR-Policies haben einige «Schwachstellen», die dazu führen, ihre Eignung zur nachhaltigen Sicherstellung der Kartellrechtskonformität in Frage zu stellen. Da wäre zunächst die noch ungeklärte Frage der Verbindlichkeit der in den IPR Policies festgelegten Regelungen: Alle dort genannten Pflichten sind als Teil privatautonomer Verträge grundsätzlich nur inter partes gültig und entfalten keine

²⁸ Art. 15.7. ETSI IPR Policy. Für den Fall, dass eine frühe Offenlegung nicht gewollt ist, kann auch eine generelle Erklärung in Bezug auf potentiell standardessentielle Schutzrechte abgeben werden, Art. 2.1. ETSI Guide on IPRs.

²⁹ FRÖHLICH, GRUR 2008, 205, 208; die Kooperationspflicht der Mitglieder auf den Call wird im Guide on IPRs, Art. 2.1., näher erläutert. Genaue Formulierungen für den Call und weitere Zeitpunkte, zu denen an die Offenlegung von Schutzrechten erinnert werden soll, sind ausführlich in Art. 2.3.3. niedergelegt.

³⁰ MAASSEN, S. 289; die Gründe dafür sind in den dadurch entstehenden Kosten und dem Haftungsrisiko zu sehen, FRÖHLICH, GRUR 2008, 205, 208; vgl. auch KÜBEL, S. 66, m.w.N., die die Annahme einer allgemeinen Recherchepflicht für die Normungsorganisation als «praxisfern» bezeichnet; Ausnahmsweise kann allerdings eine Schutzrechtsrecherche durchgeführt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 6.4. ETSI IPR Policy vorliegen und die Europäische Kommission die Untersuchung angeordnet hat.

³¹ Dieses steht für fair, reasonable and non-discriminatory.

³² Für eine kompakte Darstellung der hierzu vertretenen Auffassungen BURGHARTZ, Technische Standards, Patente und Wettbewerb, 2011, S. 107 ff.

³³ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015, Rs. C-170/13 – LTE-Standard.

dingliche, die Macht aus einem Patent beschränkende Wirkung.³⁴ Die Regelungen des Art. 101 AEUV können hier nur auf der Ebene der Organisation eines Normungsverfahrens eingreifen, sie hindern die Teilnehmer eines solchen Projektes nicht, auf Basis der ihnen durch die Norm vermittelten Machtposition beispielsweise unberechtigt hohe Lizenzforderungen zu verlangen und diese mithilfe des durch einen Unterlassungsanspruch vermittelten Drohpotentials auch durchzusetzen.³⁵ Hier hat sich die ergänzende Heranziehung von Art. 102 AEUV etabliert, die aber ihrerseits auch nach der klarstellenden Entscheidung des EuGH in Sachen LTE-Standard³⁶ noch immer Schwierigkeiten bereitet.³⁷ Das hängt auch damit zusammen, dass die inhaltliche Ausgestaltung dessen, was unter FRAND zu subsumieren ist, jeweils in bilateralen Verhandlungen austariert werden muss. ETSI selbst kann zwar die Abgabe einer FRAND-Erklärung zur Voraussetzung der Teilnahme am Normungsverfahren machen, in die konkreten Lizenzverhandlungen schaltet sich die Normungsorganisation aber nicht ein.³⁸ Diese Vorsicht ist einerseits verständlich: Die Teilnahme am Normungsprozess beschränkt bereits per se das Recht der Schutzrechtsinhaber, autonom über den Umgang ihres geistigen Eigentums bestimmen zu können. Eine weitere Beschränkung durch eine einheitliche Festlegung von Lizenzbedingungen würde möglicherweise die Attraktivität der Teilnahme an einem Normungsvorhaben weiter schmälern. Ebenfalls nicht gefordert wird von ETSI die Offenlegung von konkreten Lizenzbedingungen,³⁹ obwohl die Horizontalleitlinien hier einen gewissen Spielraum eröffnen; hiernach steht es den Normungsorganisationen offen, von ihren Mitgliedern die «Offenlegung der restriktivsten Lizenzbedingungen» zu verlangen.⁴⁰ Auch diese Maßnahme würde zwar den Verhandlungsspielraum der Mitglieder weiter eindämmen, hätte aber den Vorteil, dass Lizenzsucher bereits eine grobe Abschätzung der mit der Lizenzierung normrelevanter Technologie verbundenen Kosten vornehmen könnte. Das Problem fehlender Transparenz wird noch dadurch verstärkt, dass eine Norm nicht zwingend mit der Gründung eines Patentpools einhergeht, der das Lizenzierungsverfahren vereinfachen würde. Auch diese Option wird durch die Horizontalleitlinien⁴¹ explizit zugelassen, hat sich aber nicht als gängiges Modell etablieren können. Eine weitere Schwäche der Selbstregulierung bei ETSI liegt in dem eingeschränkten Prüfungsumfang in Bezug auf die deklarierten Schutzrechte. Neben den bereits genannten Lücken in der Kontrolle besteht auch keine Verpflichtung, über den Fortgang des Anmeldeverfahrens einer Erfindung zu berichten.⁴² Während eines Erteilungsverfahrens kann es aber auch dazu kommen, dass das zuständige Amt das Vorliegen der Schutzvoraussetzungen nicht bestätigt oder aber den beantragten Schutzzumfang nicht gewährt; beide Umstände spiegeln sich im Zweifel in der Dokumentation der Norm nicht wieder, so dass es hier zu einer «over declaration» kommen kann.⁴³ Technische Studien kommen in diesem Zusammenhang zu dem Ergebnis, dass lediglich 20–28% der als essentiell deklarierten Patente oder Patentfamilien überhaupt tatsächlich essentiell sind.⁴⁴

³⁴ So jedenfalls die deutsche Rechtsordnung, vgl. bspw. LG Mannheim, NJOZ 2009, 1458, 1462.

³⁵ Diese Ansicht ist allerdings streitig; a.A. BARTHELMESS/GAUSS, WuW 2010, 626; in diese Richtung auch LG Mannheim, GRURRS 2015, 10955.

³⁶ EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015, Rs. C-170/13 – LTE-Standard.

³⁷ Zum Ganzen statt vieler KÖRBER, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, 2013.

³⁸ FRÖHLICH, GRUR 2008, 209; Diese Regelung steht auch in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Europäischen Kommission, welche eine Verpflichtung der Standardisierungsorganisation, sich in die Verhandlungen über Lizenzen zwischen Mitgliedern und Dritten einzuschalten, ausdrücklich verneinen, Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 288.

³⁹ Vgl. ETSI Guide on IPRs, Art. 2.2.

⁴⁰ Vorausgesetzt, dass es nicht unter dem Deckmantel der Offenlegung zu Preisabsprachen kommt, Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 299.

⁴¹ Horizontalleitlinien, ABl. 2011/C 11/01, Ziff. 274 Fn.1, die aber auch auf die Voraussetzung der Einhaltung der in den Leitlinien für Technologietransfer niedergelegten Grundsätze hinweisen.

⁴² Studie Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization, 2014, S. 45.

⁴³ Vgl. zu diesem Problem auch die Studie Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization, 2014, S. 114 f. Hierzu müssen die Schutzrechtsinhaber sich noch nicht einmal unredlich verhalten.

⁴⁴ Studie Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization, 2014, S. 116 m.w.N.; vgl. auch BLIND/POHLMANN, GRUR 2014, 713, die in Umfragen herausgefunden haben, dass gerade in Hinblick auf die Transparenz der patentbelegten Technologien in Standards Rechtsunsicherheiten bei (potentiellen) Standardnutzern bestehen.

5. Fazit

Trotz der genannten Schwächen haben sich die IPR Policies der Normungsorganisationen allgemein und diejenige von ETSI insbesondere als wirksames Instrument der Selbstregulierung erwiesen. Die Einhaltung der hier festgelegten Regeln bietet den teilnehmenden Unternehmen die Sicherheit, sich im Rahmen des Kartellrechts zu bewegen. Auch wenn in der Fallpraxis der europäischen Behörden immer wieder Unternehmen auftauchen, die versuchen, die Mechanismen des Normungswesen in unredlicher Weise für ihre Zwecke auszunutzen,⁴⁵ hat das System bisher insgesamt recht positive Wirkungen hervorgebracht. Der Mobilfunkmarkt, verstanden als der dem in der Normung relevanten Technologiemarkt nachgelagerter Produktmarkt, ist trotz des regen Wettbewerbs offenbar auch für «Newcomer» zugänglich⁴⁶ und zeichnet sich auch durch einen aktiven Preiswettbewerb aus. Nichtsdestotrotz wäre es wünschenswert, wenn in den angesprochenen Punkten auch durch die beteiligten Normungsorganisationen auf mehr Klarheit hingewirkt würde. Eine größere Transparenz könnte nicht nur den Marktzutritt erleichtern und für diskriminierungsfreie Preisgestaltung sorgen, sondern auch die Gefahr des Missbrauchs von Marktmacht durch die Ausübung normessentieller Patente weiter minimieren.

⁴⁵ Paradigmatisch ist hier der Fall des Unternehmens Rambus, welches versuchte, durch Verschleierung eines parallel zum Normungsprozess betriebenen Patentierungsverfahrens einen sog. Patenthinterhalt anzulegen; für eine Übersicht über kartellrechtlich problematische Patentstrategien aus Sicht der Praxis SCHNELLE, GRUR-Prax 2010, 169.

⁴⁶ So prominent bspw. das Unternehmen Fairphone, welches in kleiner Auflage ein möglichst «fair» produziertes Smartphone auf den Markt gebracht hat, www.fairphone.com.