tents nach Maßgabe der Rechtslage in dem Staat, in dem dieses Patent erteilt wurde, in sachgerechter Weise beurteilt hat.

2. Die folgenden Klauseln in Lizenzvereinbarungen gehören nicht zum spezifischen Gegenstand des Patents und sind mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag unvereinbar, soweit sie den Wettbewerb beschränken: eine dem Lizenzgeber vorbehaltene Qualitätskontrolle, die sich auf ein vom Patent nicht erfaßtes Erzeugnis erstreckt und für die es keine objektiven und im voraus festgelegten Kriterien gibt; die dem Lizenznehmer willkürlich auferlegte Verpflichtung, das patentierte Erzeugnis nur gemeinsam mit einem nicht von dem Patent erfaßten Erzeugnis zu verkaufen; eine Berechnungsmethode für die Lizenzgebühren, die den Lizenznehmer veranlaßt, ein nicht von dem Patent erfaßtes Erzeugnis nicht getrennt zu verkaufen; die Verpflichtung des Lizenznehmers, auf einem nicht von dem Patent erfaßten Erzeugnis Hinweise auf das Patent anzubringen; eine Nichtangriffsklausel der Warenzeichen und Patente des Lizenzgebers; das Verbot für den Lizenznehmer, das patentierte Erzeugnis in einem Land herzustellen, in dem dafür kein Patentschutz besteht.

3. Die Einstufung einer Vereinbarung zwischen Unternehmen als Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag setzt keineswegs voraus, daß jede ihrer Klauseln für sich gesehen den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen kann. Erst wenn festgestellt ist, daß die Vereinbarung insgesamt den Handel beeinträchtigen kann, ist zu prüfen, welche Klauseln der Vereinbarung im einzelnen eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwekken oder bewirken.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 4. Juni 1985

Inhaltsübersicht

A — Sachverhalt 615

B — Würdigung 616

I — Vorbemerkungen 616

1. Die Untersuchung durch das Bundeskartellamt 616

2. Der Schutzumfang des deutschen Patents 617

a) Die Verfahren vor deutschen Gerichten 618

b) Die Bewertung des Schutzumfangs 618
aa) Der Beschluß des Bundespatentamts vom 31. März 1978 619
bb) Der Beschluß des Bundespatentgerichts vom 28. November 1979 619
cc) Das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 13. Januar 1983 619
dd) Fazit: Das deutsche Patent umfaßt nicht das Segelbrett 620
3. Gab es getrennte Märkte für komplette Stehsegler und für Bestandteile? 620
a) Zum Bestehen solcher Märkte 620
b) Zu ihrem Umfang 621
c) Ergebnis: Es gab einen bestimmten Markt für Teile 621
II — Die Beurteilung der Lizenzvereinbarungen im Lichte von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag (unter Ausschluß des Merkmals der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten) 622
1. Der Genehmigungsvorbehalt für Bretter (Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 1) 622
a) Die Vereinbarungen 622
b) Ergebnis: Die Handlungsfreiheit der Lizenznehmer war eingeschränkt 623
c) Die Argumente der Klägerin 623
d) Die Beurteilung 623
aa) Qualitätskontrollen 623
bb) Sicherung eines „ausreichenden Abstandes" 624
cc) Förderung der Marktentwicklung, Bekämpfung von Patentverletzungen 625
e) Ergebnis: Wie die Kommissionsentscheidung 625
2. Lieferverbot für Teile (Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 2) 625
a) Die Vereinbarungen 625
b) Beschränkung der Lizenznehmer 626
c) Die Beurteilung 626
aa) Vertragsänderung unmöglich? 626
bb) Handhabung großzügig? 626
cc) Bekämpfung von Patentverletzungen 627
d) Ergebnis: Wie die Kommissionsentscheidung 628
3. Gebührenberechnung nach dem Nettoverkaufspreis des kompletten Produktes . 628
a) Die Argumente der Kommission 628
b) Die Argumente der Klägerin 628
aa) Bei Absatz von Teilen war deren Wert maßgeblich 628
bb) Bei Absatz von kompletten Produkten keine Absatzbehinderung 629
cc) Gebühren bei Absatz von Brettern unzulässig 630
c) Ergebnis: Nur zum Teil wie die Kommissionsentscheidung 630

4. „Lizenziert durch Hoyle Schweitzer oder WSI" (Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 4) auf dem Schwimmkörper ... 630

a) Betrifft nicht Shark und Ostermann ... 630

b) Handelsbeschränkung? ... 630

c) Zum Vortrag der Klägerin ... 631

5. Die Nichtangriffsklausel betreffend Warenzeichen (Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 5) ... 631

a) Betrifft nicht Shark und Ostermann ... 631

b) Die Argumente der Klägerin ... 632

c) Absatzbeeinträchtigung? ... 632

d) Kommissionsentscheidung anfechtbar ... 632

6. Produktionsverbot (Artikel 1 Absatz 2) ... 633

a) Die ursprüngliche Vereinbarung ... 633

b) Die späteren Änderungen ... 633

c) Würdigung ... 634

d) Ergebnis: Wie die Kommissionsentscheidung ... 634

7. Die Nichtangriffsklausel betreffend Patente (Artikel 1 Absatz 3) ... 634

8. Zwischenergebnis ... 635

III — Waren die Lizenzvereinbarungen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen? ... 635

1. Der Handel mit Riggs ... 636

2. Die übrigen Punkte der Kommissionsentscheidung ... 636

a) Die Lizenzgebührenregelung ... 637

b) Das Produktionsverbot ... 637

c) Die Nichtangriffsklausel betreffend die Patente ... 637

3. Ergebnis: Nur Genehmigungsvorbehalt und Verbot des getrennten Verkaufs sind wettbewerbshemmend ... 637

IV — Zu Artikel 85 Absatz 3 ... 637

1. Fehlende Anmeldung nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 ... 637

2. Keine rechtfertigenden Vorteile nach Artikel 85 Absatz 3 ... 638

V — Zur Geldbuße (Artikel 3 Absatz 1) ... 639

1. Nur ein ahndungswürdiger Verstoß statt fünf ... 639

2. Zum Umfang der Schuld ... 639

a) Unkenntnis des Schutzumfangs des Patents — fahrlässig ... 639

b) Schwere des Verstoßes 640
aa) Teilemarkt war unbedeutend 640
bb) Auswirkung der Verbotsklausel geringfügig 640
c) Die weiteren Argumente der Klägerin 640
3. Zur Bußgeldentscheidung der Kommission bei Zugrundelegung ihres Ergebnisses 641

C — Vorschlag 642

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — In dem Verfahren, zu dem ich mich heute äußere, steht eine wettbewerbsrechtliche Entscheidung der Kommission zur Debatte, die sich bezieht auf Verträge über die Auswertung von Patenten an sogenannten Stehseglern oder — dies ist einer der Streitpunkte des Verfahrens — Teilen von solchen Apparaten.

Zum Sachverhalt ist folgendes vorauszuschicken.

An der Entwicklung des Stehseglers waren die Amerikaner H. Schweitzer und J. Drake maßgeblich beteiligt. Von ersterem wurde als Familienunternehmen die klagende Gesellschaft gegründet. Ihr stehen (oder standen) Patente in einer Reihe von Ländern zu. Was Europa angeht, so besaß sie im Vereinigten Königreich ein Patent für ein „wind-propelled vehicle". Es wurde jedoch im April 1982 von dem dafür zuständigen Gericht für nichtig erklärt, und diese Entscheidung wurde aufgrund eines Urteils des Court of Appeal vom Januar 1984 definitiv. In der Bundesrepublik Deutschland kam es am 21. März 1969 zu einer Patentanmeldung. Nach einem Verfahren — auf dessen Einzelheiten ich später zurückkommen werde — wurde ein Patent am 31. März 1978 erteilt. Es lautet auf ein Rigg (das ist die Segelvorrichtung) für ein Segelbrett. Streitig ist hier — ich habe es schon angedeutet —, ob sich das Patent (wie die Kommission meint) nur auf das Rigg bezieht oder ob es (das ist die Meinung der Klägerin) das ganze Stehsegelgerät als Kombination erfaßt. Auf diese Frage wird später zurückzukommen sein.

Das von der Klägerin entwickelte Stehseglermodell mit der Bezeichnung „Windsurfer" wurde in Europa zunächst von dem niederländischen Unternehmen Ten Cate Sports BV vertrieben. Aufgrund eines mit der Klägerin 1973 abgeschlossenen und 1976 ergänzten Vertrages wurde diese Gesellschaft — für Europa — ausschließliche Lizenznehmerin am Know-how für die Herstellung und den Vertrieb des Stehseglers und an bestehenden sowie angemeldeten Schutzrechten. Auf Ten Cate wurden auch — mit der Verpflichtung, sie zu benutzen — übertragen die zunächst in den Vereinigten Staaten und dann auch in Frankreich und Deutschland angemeldeten Wortzeichen „Windsurfer" und „Windsurfing" sowie ein Bildzeichen.

Ten Cate hat ihrerseits — ob befugt oder nicht, kann jetzt offenbleiben — 1976 und 1977 mit zwei deutschen Unternehmen (Ostermann und Shark) Lizenzverträge abgeschlossen, von denen sich der erste — zu Einzelheiten komme ich später — bezieht auf die Auswertung des damals angemeldeten deutschen Patents und weitere europäische Patentanmeldungen und der zweite allein auf die Auswertung der deutschen Pa-

tentanmeldung. In diese Verträge ist 1978 die Klägerin eingetreten.

Sie hat ihrerseits mit weiteren deutschen Firmen Lizenzverträge abgeschlossen, nämlich am 1. Juli 1978 mit der Firma Akutec, am 1. Januar 1979 mit den Firmen SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH (SAN) und Klepper sowie am 21. August 1980 mit der Firma Marker (auch auf ihren Inhalt werde ich später eingehen).

Im Hinblick auf die sich so für andere Marktteilnehmer ergebenden Beschränkungen ihrer Betätigungsfreiheit sind bei der Kommission von einer Reihe von Unternehmen Beschwerden eingegangen, offenbar hauptsächlich mit dem Ziel, auch den Beschwerdeführern Lizenzen zur Herstellung und zum Vertrieb von Stehseglern zu verschaffen. Dies führte — am 27. Januar 1981 — zu einem Erörterungsgespräch bei der Kommission, an dem neben den Beschwerdeführern Vertreter der Klägerin und Ten Cate's sowie Vertreter der bereits genannten Lizenznehmer teilnahmen (mit Ausnahme der Gesellschaft Marker, gegen die sich offenbar, weil sie erst im Jahre 1981 ihre Produktion aufgenommen hat, noch keine Beschwerde gerichtet hat).

Mit Rücksicht auf die von der Kommission zu den Lizenzvereinbarungen geäußerten Bedenken bemühte sich die Klägerin alsbald um entsprechende Änderungen der Verträge. Sie führten zum Abschluß neuer Verträge (die nicht Gegenstand des gegenwärtigen Verfahrens sind), und zwar im September 1981 mit Akutec, im November 1981 mit Klepper, im Januar 1982 mit SAN, im Februar 1982 mit Marker, im September 1982 mit Ostermann und im März 1983 mit Shark. Die Erklärung der Bereitschaft zu diesen Schritten hat die Kommission jedoch nicht davon abgehalten, ausdrücklich (durch Beschluß vom 7. Juni 1982) ein Wettbewerbsverfahren gegen die Klägerin einzuleiten und ihr im Juli 1982 Beschwerdepunkte zuzustellen. Dazu hat die Klägerin im September 1982 schriftlich Stellung genommen, es fand — ebenfalls im September 1982 — eine mündliche Anhörung statt, und es kam dann noch zum Austausch weiterer Schriftstücke (namentlich weil die Kommission in einem Schreiben vom 20. Oktober 1982 auf weitere Dokumente hingewiesen hat, die im Verfahren noch berücksichtigt werden sollten).

Am 11. Juli 1983 erging dann die abschließende Entscheidung der Kommission.

In ihrem Artikel 1 wurde festgestellt, welche Bestimmungen aus den von der Klägerin mit Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper und Marker abgeschlossenen Verträgen als Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag anzusehen seien. Außerdem wurde in Artikel 3 Absatz 1 (die anderen Bestimmungen der Entscheidung sind jetzt nicht von Interesse) im Hinblick auf einige der in Artikel 1 aufgezeigten Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 gegen die Klägerin eine Geldbuße in Höhe von 50 000 ECU (113 793 DM) festgesetzt.

Gegen diese Entscheidung wurde am 13. September 1983 von Windsurfing International Inc. (künftig werde ich die Abkürzung WSI verwenden) Klage erhoben, mit dem Antrag, sie aufzuheben bzw. die verhängte Buße aufzuheben oder in geringerer Höhe festzusetzen.

B — Zu diesen Anträgen, um deren Zurückweisung die Kommission bittet, ist nach allem, was dazu schriftlich und mündlich sehr ausführlich vorgetragen worden ist, nach meinem Dafürhalten folgende Stellungnahme angebracht.

I — Beginnen möchte ich mit einigen *Vorbemerkungen.*

1. Die erste bezieht sich darauf, daß die jetzt interessierenden Lizenzvereinbarungen

auch Gegenstand einer *Untersuchung durch das deutsche Bundeskartellamt* gewesen sind.

Dieses hat — nachdem der Klägerin des gegenwärtigen Verfahrens Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben worden war — in einem ausführlich begründeten Beschluß vom 30. September 1981 grundsätzlich festgehalten, es könne nur angenommen werden, daß das deutsche, der Klägerin zustehende Patent sich allein auf das Rigg beziehe, also nicht einen kompletten Stehsegler umfasse. Davon ausgehend — und weil sich die Verträge mit den deutschen Lizenznehmern auf einen vollständigen Stehsegler bezogen — kam das Bundeskartellamt zu der Feststellung, den Lizenznehmern seien unzulässigerweise Beschränkungen auferlegt worden, die über den Inhalt des der Klägerin zustehenden Schutzrechtes hinausgehen. Dies treffe zu, was das Bestimmungsrecht der Lizenzgeberin hinsichtlich der Schwimmkörper angehe (das eine Beschränkung innerhalb einer bestimmten Nutzungsart bedeute), bezüglich des Verbotes, Riggs ohne genehmigte Schwimmkörper in den Verkehr zu bringen, und für die Verpflichtung der Lizenznehmer, auf dem Schwimmkörper den Hinweis „manufactured under licence by Hoyle Schweitzer" anzubringen. Dies gelte außerdem für den Umstand, daß Lizenzgebühren nach dem Wert des ganzen Gerätes zu entrichten waren (weil so der Wert des nichtpatentgeschützten Schwimmkörpers einbezogen worden sei). Dementsprechend wurde WSI untersagt, die Lizenzverträge über das deutsche Patent betreffend ein Rigg für ein Segelbrett insoweit durchzuführen, als die Lizenznehmer Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper und Marker verpflichtet werden,

a) nur Segelbretter mit den lizensierten Riggs auszustatten, deren Prototyp durch WSI oder ihren Präsidenten genehmigt worden ist,

b) Riggs nur in Verbindung mit Brettern als komplette Stehsegelgeräte abzugeben,

c) Bretter mit dem Hinweis „manufactured under licence by Hoyle Schweitzer" zu versehen und

d) Lizenzgebühren zu zahlen, deren Höhe nach einem Prozentsatz des Nettoverkaufs- oder Mieterlöses der kompletten Stehsegelgeräte (Rigg und Brett) berechnet wird.

Ein dagegen beim Kammergericht Berlin eingeleitetes Gerichtsverfahren ist offenbar ohne Entscheidung zum Abschluß gekommen.

2. Die zweite Vorbemerkung gilt dem *Schutzumfang des deutschen Patents,* das in allen Lizenzvereinbarungen neben dem (offenbar das ganze Gerät umfassenden) britischen Patent eine Rolle spielt (in der Vereinbarung mit Shark wird freilich nur von der deutschen Patentanmeldung gesprochen).

Die Kommission geht — ich habe es schon angedeutet — ebenso wie das Bundeskartellamt davon aus, das deutsche Patent erfasse nur das Rigg, und nicht den Schwimmkörper des Stehseglers. Darauf basiert entscheidend ihre wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Lizenzvereinbarungen, denn dafür ist ja wichtig, was eigentlicher Gegenstand des Patents ist und welche den Lizenznehmern auferlegten Beschränkungen darüber hinaus gehen. Die Klägerin hält diese Wertung für unzulässig. Nach ihrer Ansicht umfaßt auch das deutsche Patent das ganze Stehsegelgerät. Sollten insofern aber Zweifel bestehen, so sei es — wie sie unter Berufung auf die dem Artikel 36 EWG-Vertrag zu den gewerblichen Schutzrechten zu entnehmenden Grundsätze meint — nicht Sache der Kommission, hierüber zu entscheiden, vielmehr sei dies den dafür zuständigen nationalen Gerichten zu überlassen.

Versucht man zu diesem Punkt, der für die rechtliche Würdigung der Entscheidung der

Kommission in verschiedener Hinsicht von Bedeutung ist, vorweg eine Klärung, so kann meines Erachtens folgendes festgehalten werden.

a) Was den zunächst gemachten Hinweis der Klägerin auf einschlägige deutsche Gerichtsverfahren angeht, so ist jetzt wohl klar, daß mit einer Klärung der Streitfrage auf diese Weise nicht zu rechnen ist und daß es folglich nicht sinnvoll erscheint, von der Kommission zu verlangen, in jedem Fall ihren Ausgang abzuwarten.

Bekanntlich hatte die Klägerin, als das jetzt interessierende Problem für sie Ende 1980 erkennbar wurde, ein Testverfahren — wegen Verletzung ihres deutschen Patents — gegen ein Unternehmen eingeleitet, das in Deutschland Schwimmkörper anbietet. Nach Erlaß eines Urteils durch das zuständige Landgericht kam es in der Berufungsinstanz am 13. Januar 1983 zu einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München, die den Standpunkt der Klägerin verwarf (ich werde darauf noch zurückkommen). Dabei wollte es die Klägerin nicht bewenden lassen, vielmehr hat sie die Sache vor den Bundesgerichtshof gebracht. Mit einer Äußerung dieser höchsten Instanz zu der Streitfrage ist aber nicht mehr zu rechnen, denn die Klägerin hat es — wie wir gehört haben — vorgezogen, ihre Klage im Oktober 1983 *zurückzuziehen*, nachdem es mit der beklagten Partei zum Abschluß eines Lizenzvertrages gekommen war.

Zu zwei weiteren einschlägigen Gerichtsverfahren ist es daneben auf Veranlassung nicht lizenzierter Unternehmen gekommen. Das erste betraf eine negative Feststellungsklage des Inhalts, das Feilhalten von Schwimmkörpern und Segeln eines Stehseglers stelle keine Patentverletzung dar; das zweite zielte auf eine Feststellung entsprechenden Inhalts, bezogen auf das Feilhalten von Masten. Im ersten Verfahren wurde — wie uns erklärt wurde — der Klage vom Landgericht stattgegeben; im zweiten Verfahren kam das Landgericht offenbar zu der Ansicht, in einem solchen Fall liege recht wohl eine Patentverletzung vor. Beide Verfahren wurden dann in die Berufungsinstanz gebracht. Auch hier ist aber mit einer weiteren Klärung in absehbarer Zeit offenbar nicht zu rechnen, denn von der Klägerin des gegenwärtigen Verfahrens wurde erklärt, es *ruhten* beide Verfahren, weil Vergleichsverhandlungen stattfinden.

b) Was das eigentliche Problem der Ermittlung des Schutzumfanges des deutschen Patentes angeht und die Frage, ob der Kommission insoweit ein Beurteilungsfehler nachzusagen ist, so braucht jetzt wohl nicht auf die gesamte diesbezügliche Parteiargumentation eingegangen zu werden. In Erinnerung gebracht sei nur, daß für die Klägerin (abgesehen von dem sicherlich belanglosen Hinweis darauf, daß der Schwimmkörper in anderen Ländern vom Patentschutz erfaßt wird) von besonderer Bedeutung eine Mitteilung des Deutschen Patentamts vom 21. August 1973 ist (in der die *Kombination Schwimmkörper/Rigg* als *patentfähig* bezeichnet wurde); die Kommission dagegen hebt — was das Patenterteilungsverfahren anbelangt — besonders ab auf die vom Patentamt am 24. Januar 1974 an den Patentansprüchen und -beschreibungen vorgenommenen Änderungen, denen die Klägerin am 18. Februar 1974 ausdrücklich zugestimmt hat und aus denen sich nach Ansicht der Kommission eine Beschränkung des Patents auf das Rigg ergibt. Bei diesen Änderungen habe es sich — auch wenn eine besondere Begründung dafür nicht gegeben worden ist — keinesfalls nur um — wie die Klägerin meint — redaktionelle Korrekturen gehandelt.

Der Gesamtheit der uns zugänglich gemachten einschlägigen Entscheidungen läßt sich nämlich ausreichend zuverlässig entnehmen, daß tatsächlich die von der Kommission gegebene Beurteilung als zutreffend anzusehen ist.

aa) So ist aus dem Beschluß des *deutschen Patentamts* vom 31. März 1978 nicht nur von Interesse, daß ein Patent unter der Bezeichnung *Rigg für ein Segelbrett* erteilt wurde. Von besonderer Bedeutung ist namentlich, was darin gesagt ist zur Aufgabenstellung (sie bezieht sich auf eine besondere Ausgestaltung des Riggs), zur Neuheit und Fortschrittlichkeit der Erfindung (hier wird einerseits vom Spreizbaum und der Befestigung des Mastfußes mittels eines Gelenks, also nur von Teilen des Riggs gesprochen und andererseits von der Handhabungsmöglichkeit des Riggs) sowie in bezug auf die Vorteile und die Höhe der Erfindung (wozu sich ebenfalls nur Erklärungen zur Handhabung des Riggs und seiner Bestandteile finden).

bb) Weiter sind wichtig Äußerungen, die das *Bundespatentgericht* in einem Beschluß vom 28. November 1979 zu Beschwerden gemacht hat, die gegen den soeben genannten Beschluß des Patentamtes eingelegt worden sind. Hier finden sich zu der Frage, was als das erfinderisch Neue anzusehen sei, nur Ausführungen betreffend Segel und Spreizbaum des Stehseglers. Daß mit der Erfindung ein technischer Fortschritt erzielt wurde, wurde bejaht unter Hinweis darauf, man habe es mit einer *neuen Variante der Rigg-Ausgestaltung* zu tun. Außerdem wurde in bezug auf die Erfindungshöhe hervorgehoben, wesentliches Merkmal der Erfindung seien nach außen gekrümmte Bäume (also Bestandteile des Riggs).

Dementsprechend hat das Bundespatentgericht auch in einem Gebührenbescheid vom 11. Juni 1980 (der in einem Schreiben des Bundeskartellamts vom 5. März 1981 erwähnt wird) die Meinung zum Ausdruck gebracht, der *Schwimmkörper sei kein Teil der durch das Patent geschützten Kombination.*

cc) Nicht zuletzt erscheint überzeugend im Sinn der von der Kommission vertretenen Ansicht (und dies erlaubt durchaus den Schluß, die Klägerin hätte in dem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof wohl keine Chance gehabt), was sich an Ausführungen in dem bereits erwähnten Urteil des *Oberlandesgerichts München* vom 13. Januar 1983 findet, das bekanntlich zu dem Ergebnis gekommen ist, der *Schwimmkörper sei kein Teil der durch das Patent geschützten Kombination.*

Zu dieser Auffassung gelangte das Gericht (ohne auf den *Wortlaut* des Patentanspruches abzustellen) vor allem aufgrund einer Würdigung des Gesamtinhalts der Patentschrift sowie des technischen Gesamtzusammenhangs. Davon ausgehend und namentlich unter Berücksichtigung der Aufgabenstellung, der Lösungsbeschreibung und ihrer Vorteile sowie des Standes der Technik sei der Erfindungsgedanke *allein in der besonderen Ausgestaltung des Riggs* zu erblicken. Was andererseits die Tatsache angeht, daß das Rigg geschaffen sei für ein Zusammenwirken mit dem Segelbrett, so wurde weiter ausgeführt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes genüge der Zweck einer Vorrichtung (Verwendung für einen bestimmten Gegenstand) nicht, um diesen Gegenstand zu einem Teil der geschützten Kombination zu machen, wenn sich der Erfindungsgedanke nicht auch in dem betreffenden Gegenstand (hier: dem Schwimmkörper) verwirkliche, und dafür reiche die Erkenntnis allein nicht aus, daß das Segelbrett dem Rigg angepaßt werde. Eine Bestätigung für die Richtigkeit dieser Auffassung fand das Gericht schließlich in verschiedenen Elementen des Erteilungsverfahrens, namentlich in den Änderungen, die der Prüferbescheid vom 24. Januar 1974 vorgenommen hat (Eliminierung des ganzen Geräts aus der Patentbeschreibung, Beschränkung des Oberbegriffs auf ein Rigg für ein Segelbrett statt eines Stehseglers) sowie auch in der dabei gewählten Patentklassifikation.

dd) Danach ist in der Tat anzuerkennen, daß die Kommission — ohne sich eines unzulässigen, mit Artikel 36 EWG-Vertrag nicht zu vereinbarenden Eingriffs in das nationale Patentrecht schuldig zu machen — davon ausgehen konnte, das deutsche Patent habe den von ihr beschriebenen Schutzumfang *(erfasse* also *nicht das Segelbrett)* und daß von dieser Basis aus die wettbewerbsrechtliche Würdigung der Lizenzvereinbarungen, soweit es um die Auswertung des deutschen Patents geht, zu erfolgen hat.

3. Eine letzte Vorbemerkung bezieht sich noch auf die *Marktsituation,* wie sie sich zu der Zeit dargeboten hat, auf die sich die kritisierten Lizenzvereinbarungen beziehen. Für die rechtliche Würdigung ist sie unter mehreren Aspekten von Bedeutung, und so erscheint es nicht erstaunlich, daß darüber im Verfahren sehr ausgiebig gestritten worden ist.

Die *Klägerin* steht bekanntlich auf dem Standpunkt — und dafür hat sie Erklärungen von Personen vorgelegt, die sich auf dem gegenwärtig interessierenden Gebiet auskennen —, es habe seinerzeit (abgesehen von Lieferungen von Ersatzteilen aus Gründen des Verschleißes früher erworbener Geräte) nur einen *Markt für komplette Stehsegler* gegeben; getrennte Märkte für Schwimmkörper einerseits und Riggs andererseits hätten aber nicht existiert. Dies hält die *Kommission* nicht für zutreffend. Auch wenn anzuerkennen sei, daß sich der Markt für Stehsegler in Europa so richtig erst in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre entwickelt habe, müsse doch angenommen werden, daß es in gewissem Umfang schon zu der fraglichen Zeit *auch getrennte Märkte für Bestandteile* gegeben habe.

a) Wenn wir versuchen, uns dazu ein Bild zu verschaffen — leider hat es die Kommission, wie sie selbst erklärte, unterlassen, eine eingehende Marktuntersuchung vorzunehmen —, so ergeben sich aufgrund der schriftsätzlichen Angaben (mit ihren Anlagen) und anhand des zusätzlichen Materials, das auf Veranlassung des Gerichtshofes zusammengestellt worden ist, die folgenden Erkenntnisse.

Den Katalogen und Annoncen, die die Kommission mit ihrer Klagebeantwortung vorgelegt hat, läßt sich entnehmen, daß schon in den Jahren 1979 und 1980 Bestandteile von Stehseglern (Schwimmkörper, Riggs und Teile davon) getrennt angeboten worden sind. Dem entsprechen auch Auskünfte, die die Kommission nach dem schriftlichen Verfahren aus Ländern eingeholt hat, in denen es für Stehsegler keinen Patentschutz gibt. Danach ist anzunehmen, daß es *in Frankreich und Belgien* bereits 1979 und 1980 *Märkte für Teile* von Stehseglern gegeben hat. Informationen einzelner französischer Unternehmen (diejenigen in dem Schreiben vom 15. Februar 1985 lasse ich beiseite, weil sie von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nachdrücklich und mit guten Gründen angefochten worden sind) lassen daneben erkennen, daß schon ab 1978 Schwimmkörper allein verkauft worden sind und daß es Verkäufe von Riggs und ihren Elementen zumindest ab 1981 gibt.

Von Interesse ist weiter, was sich zu diesem Problem den uns vorgelegten Gebührenabrechnungen der Lizenznehmer der Klägerin in Europa entnehmen läßt. Sie zeigen, daß auch Teile von Stehseglern verkauft wurden (bei Ostermann finden sich dazu Angaben zum Jahr 1977, bei Ten Cate und Akutec ab 1979 und bei Marker ab 1981), und es machen insbesondere die Abrechnungen von Shark deutlich, daß es *Lieferungen von Riggs und Teilen davon schon seit 1978* gegeben hat. Außerdem sind insofern aussagekräftig die von der Kommission aufgezeigten Versuche von Händlern und anderen Herstellern, bei deutschen Lizenznehmern der Klägerin Riggs oder Teile davon zu bestellen, wie sie Ende 1980 und im Jahre

1981 unternommen worden sind. Tatsächlich können sie — entgegen der Meinung der Klägerin — nicht einfach mit der Begründung beiseite gelassen werden, es handle sich dabei um eine *künstliche,* durch die deutsche Patentsituation hervorgerufene Nachfrage; denn auch Patente sind Marktdaten, und wenn sie die Marktentwicklung beeinflussen, ist dies ebenso zu berücksichtigen wie andere Marktgegebenheiten.

Nicht haltbar dürfte somit die Meinung der Klägerin sein, wie ich sie vorhin gekennzeichnet habe, ebensowenig wie ihre gegen Ende des Verfahrens (unter Berufung auf Erklärungen sachkundiger Personen) zustande gekommene abgeschwächte Form, wonach es allenfalls ab 1981 einen sehr kleinen Markt für spezielle Schwimmkörper und besondere Riggs (etwa für Kinder) oder Teile davon (wie z. B. Segel) gegeben habe.

b) Was allerdings Umfang und Bedeutung des Marktes für Teile von Stehseglern zu der jetzt interessierenden Zeit angeht, so ist es kaum gelungen, ein zuverlässiges Bild zu erhalten, und soweit dazu einige spärliche Zahlen bekanntgeworden sind, vermitteln sie den Eindruck, daß dieser Markt, gemessen am Absatz kompletter Stehsegelgeräte (den die Kommission für das Jahr 1980 und bezogen auf Deutschland auf 80 000 beziffert hat) auch gegen Ende der jetzt in Betracht kommenden Periode nicht bedeutend war. So wurde von der Kommission unter Berufung auf ein größeres belgisches Unternehmen — bekanntlich ohne weitere Spezifizierung — ausgeführt, der Umsatz mit Teilen von Surfgeräten habe im Jahr 1979 8 % und 1980 17 % des Umsatzes ausgemacht, der mit kompletten Geräten erzielt worden sei. Von französischen Unternehmen (die Wert auf Geheimhaltung legen) liegen uns im großen und ganzen entsprechende Angaben über Segelverkäufe im Jahr 1981, Verkäufe von Schwimmkörpern in den Jahren 1978 bis 1981 und Verkäufe von Rigg-Bestandteilen im Jahre 1981 vor (von den Angaben in dem bereits erwähnten Schreiben vom 15. Februar 1985 über Verkäufe ganzer Geräte, einzelner Schwimmkörper und einzelner Riggs durch ein französisches Unternehmen können wohl nur die sich auf das Jahr 1982 beziehenden berücksichtigt werden, weil — wie der Vertreter der Klägerin in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen vorgetragen hat — die Zahlen für die davorliegenden Jahre offenbar einfach durch Anwendung der für 1982 ermittelten Prozentsätze errechnet worden sind). Was die Lizenznehmer der Klägerin in Europa anbelangt, so zeigen die Gebührenabrechnungen (soweit sie detailliert gehalten sind), daß die Lieferungen von Teilen eines Stehseglers weniger als 10 % des Gesamtumsatzes ausmachten (so bei Ostermann und bei Ten Cate, bei welchen Unternehmen erst 1981 höhere Werte zu erkennen sind). Hier ergibt sich ein abweichendes, eindrucksvolleres Bild auch nicht bei Shark (wo die Lieferungen von Riggs und Rigg-Bestandteilen sogar 1981 über ein paar Hundert nicht hinausgingen) sowie bei Berücksichtigung der von der Kommission angeführten — erfolglosen — Rigg-Bestellungen, die sich 1980 und 1981 nur auf einige Hundert Riggs bezogen (und wozu nur in einem Akutec-Telex von November 1981 von der *Sorge* über die Lieferung von 10 000 Riggs an andere Hersteller gesprochen wird).

Dies erscheint auch keineswegs verwunderlich, sondern durchaus einleuchtend, wenn man sich vor Augen hält, daß sich Windsurfing in Europa praktisch erst seit Mitte der siebziger Jahre entwickelt und gegen Ende dieses Jahrzehnts weiter ausgebreitet hat, so daß erst zu dieser Zeit bei einer gewissen Zahl von Anhängern ausreichende Erfahrung bestand, die zu Sondererwerbungen und zu besonderen Kombinationen der Geräte Anlaß geben konnte.

c) Somit ist festzuhalten — und davon ist bei der weiteren Untersuchung auszuge-

hen —, daß zu der jetzt interessierenden Zeit tatsächlich nicht nur ein Markt für komplette Stehsegelgeräte existierte, sondern in gewissem Umfang auch schon ein *Markt für Bestandteile,* der über einen einfachen Ersatzteilmarkt (die Klägerin beziffert ihn auf 1 % bis 3 % des Gesamtmarktes) zweifellos hinausging. Dieser Markt (zu dem neueste französische Statistiken, die überhaupt erst seit 1981 existieren, besagen, der gesonderte Verkauf von Riggs im Einzelhandel mache *jetzt* ca. 20 % des Umsatzes aus) dürfte aber auch 1981 noch durchaus bescheiden gewesen sein. Tatsächlich ist nicht zu erkennen, wie von einer „lebhaften Nachfrage" nach Teilen von Stehseglern gesprochen werden kann (so die Kommission auf S. 13 ihrer Entscheidung in der veröffentlichten Fassung), vielmehr ist es wohl nicht verfehlt, anzunehmen, daß seinerzeit über 90 % der Nachfrage kompletten Geräten galt.

II — Die Beurteilung der Lizenzvereinbarungen im Lichte von *Artikel 85 Absatz 1* EWG-Vertrag (unter Ausschluß des Merkmals der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten)

Ich komme nun zu dem Hauptabschnitt der durch die Klage ausgelösten Untersuchung, in dem es darum geht, ob die von der Kommission vorgenommene wettbewerbsrechtliche Würdigung verschiedener Klauseln der Lizenzvereinbarungen — darauf bezieht sich der Teil A.IV.1, 2, 3 der Entscheidung und ihr Teil B.I.1 a) bis g) — haltbar ist oder ob sie — wie die Klägerin meint — kritisiert werden muß.

1. *Zu Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 1 der Entscheidung* („Verpflichtung der Lizenznehmer, die lizenzierten Patente nur zur Herstellung von Stehseglern zu benutzen, deren Bretter von WSI genehmigt worden waren")

a) Hierzu ist daran zu erinnern, daß Shark nach der mit Ten Cate abgeschlossenen Vereinbarung (die sich nur auf die deutsche Patentanmeldung bezieht) verpflichtet war, Riggs nur für und in Verbindung mit mehrteiligen Segelbrettern herzustellen und zu vertreiben. Dieser Vereinbarung wurde bei der Übernahme durch WSI im Jahre 1978 weiter hinzugefügt, eine Lizenz für unteilbare Bretter würde nicht verweigert, wenn sie dem Qualitätsstandard genügten und sich klar von vorhandenen lizenzierten Produkten unterschieden. Dementsprechend wurde in einem Schreiben von WSI vom 20. Oktober 1980 die Genehmigung für ein einteiliges Segelbrett vom gleichen Aussehen erteilt, wie es Shark bis dahin in drei Teilen produziert hat.

Die Vereinbarung mit Ostermann (die Bezug nahm auf bestehende bzw. angemeldete Schutzrechte in den verschiedensten Ländern) sah die Berechtigung zur Herstellung und zum Vertrieb der „gegenwärtigen" genau spezifizierten Stehseglertypen von Ostermann vor, und sie schrieb für spätere Änderungen die Genehmigung des Lizenzgebers (ursprünglich Ten Cate, später WSI) vor.

Die Abmachung mit Akutec (die sich auf das britische Patent und die deutsche Patentanmeldung bezog) berechtigte zur Herstellung und zum Vertrieb eines in der Anlage genau beschriebenen Stehseglers und unterwarf Änderungen der Genehmigung des Lizenzgebers (wozu es unter Ziffer 13 des Vertrages hieß, die Genehmigung werde nicht „unreasonably withhold", wenn die Änderungen „do not deteriorate the quality of the product or infringe upon the rights of Ten Cate").

Entsprechend lauteten die Vereinbarungen mit SAN und Klepper (deren Genehmigungsvorbehalt freilich ganz allgemein — über Qualitätsanforderungen hinaus — Bezug nahm auf „the rights of any other licensee") sowie der mit Marker abgeschlossene Vertrag (bei dem schon — neben dem briti-

schen Patent — auf das deutsche Patent für ein „wind propelled apparatus" bezug genommen wurde).

b) Danach liegt die Annahme auf der Hand, daß die Lizenznehmer in ihrer *Handlungsfreiheit eingeschränkt* waren: Sie konnten den Erfindungsgedanken nicht ohne weiteres realisieren im Rahmen seines technischen Anwendungsbereichs, der nur einen, und nicht verschiedene getrennte Märkte betrifft. Klar ist auch — nach dem, was zum Schutzumfang des deutschen Patents auszuführen war —, daß die Einschränkung der Handlungsfreiheit *bezüglich des Schwimmkörpers* ganz sicher nicht vom spezifischen Gegenstand des Patents gedeckt war und somit durchaus von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages erfaßt werden konnte.

c) Zu prüfen ist aber, ob die sich so aufdrängende Schlußfolgerung, die Lizenzvereinbarungen seien mit Artikel 85 Absatz 1 nicht in Einklang, durch die von der Klägerin unternommenen Rechtfertigungsversuche erschüttert werden kann.

Wie wir wissen, weist sie einmal darauf hin, daß sich die Vereinbarungen gleichermaßen auf das deutsche wie auf das britische Patent bezogen, welch letzteres jedoch das ganze Stehsegelgerät umfaßte. Wenn sie demnach kraft des britischen Patents Einfluß auf die Ausgestaltung des ganzen Geräts nehmen konnte, habe dies — weil Herstellung und Vermarktung von allen Lizenznehmern einheitlich betrieben werden und weil überdies seinerzeit in aller Regel nur komplette Geräte abgesetzt worden seien — für die Lizenzvereinbarungen schlechthin gegolten. Wichtig sei auch — ganz unabhängig vom Umfang des britischen Patents — die Erkenntnis, daß Riggs nur zusammen mit Schwimmbrettern zu verwenden seien. Seien letztere von unzulänglicher Qualität, so werde damit die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des ganzen Geräts beeinträchtigt. So gesehen müsse anerkannt werden, daß die Lizenzgeberin ein Interesse daran hatte, für eine solide Qualität des ganzen Gerätes zu sorgen. Fehle es daran, so nehme nicht nur der Ruf der Lizenzgeberin Schaden; es komme auch zu einem Rückgang der Lizenzgebühren. Außerdem sei zu beachten, daß die Lizenzgeberin nach kalifornischem Recht mit einer weitgehenden Haftung bei fehlender Sicherheit des ganzen Geräts zu rechnen habe. Darüber hinaus meint die Klägerin, es könne — wenn der erwähnte Genehmigungsvorbehalt daneben der Sicherung des lauteren Wettbewerbs zwischen den Lizenznehmern diene — dies ebensowenig als wettbewerbswidrig im Sinne des Artikels 85 angesehen werden wie das dabei verfolgte Bestreben, für eine Reichhaltigkeit der Erzeugnispalette zu sorgen, die notwendig sei für die Entwicklung des Marktes und für den Kampf gegen Patentverletzer (die nach den eigenen Angaben der Kommission in Deutschland immerhin einen Marktanteil von 30 % hätten). Nicht zuletzt sei auch zu berücksichtigen, daß in der Praxis oft ohne vorherige Genehmigung neue Modelle hergestellt worden seien, daß die Klägerin nie unter Berufung auf Qualitätsanforderungen ihre Genehmigung zur Modelländerung versagt habe und daß alle Lizenznehmer — trotz der beanstandeten Klausel — eine Reihe verschiedener Geräte auf den Markt gebracht hätten, die sich im übrigen nicht stärker voneinander unterscheiden, als dies bei Modellen nicht lizenzierter Unternehmen der Fall ist.

d) Mit der Kommission habe ich indessen den Eindruck, daß die so angestellten Versuche, die fragliche Klausel dem Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 zu entziehen, schwerlich erfolgreich sein können.

aa) So läßt sich schon die Meinung vertreten, es seien, soweit ein Patentschutz besteht, Vereinbarungen bezüglich der Auswertung einer Erfindung dem Artikel 85 Absatz 1 nur entzogen, wenn die Realisie-

rung einer technischen Lehre nach objektiven Kriterien (die technisch einwandfreie Ausnutzung der Erfindung — wie es in der Bekanntmachung über Patentlizenzverträge aus dem Jahr 1962, ABl. 1962, S. 2922, heißt) gestattet wird, während Einschränkungen im Hinblick auf Qualitätsanforderungen allenfalls nach Artikel 85 Absatz 3 zu beurteilen sind. Letztlich braucht dies jetzt aber nicht definitiv geklärt zu werden. Auch wenn man nämlich annimmt, daß *Qualitätskontrollen* hinsichtlich des ganzen Geräts (ohne Rücksicht auf den Umfang des Patentschutzes und abgesehen davon, daß auch das britische Patent offenbar hinsichtlich der Schwimmkörper keine besonderen Merkmale enthielt) prinzipiell gerechtfertigt waren (weil ein Interesse des Patentinhabers an der zuverlässigen Umsetzung des Erfindungsgedankens und der optimalen Auswertung des Patents — angesichts der Funktionseinheit von Schwimmkörper und Rigg sowie der seinerzeit ganz überwiegenden gemeinsamen Vermarktung — auch die Kontrolle darüber einschließt, daß die Schwimmkörper keine Mängel aufweisen, die den Gebrauch der Erfindung beeinträchtigen), so bleiben im vorliegenden Fall nach der von der Kommission aufgezeigten Praxis doch zum einen Zweifel daran, daß es bei der Einschränkung der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer tatsächlich um derartige Kontrollen gegangen ist. Nicht hinnehmbar erscheint es zum anderen, daß ein solches Anliegen mit Hilfe einer unbestimmten Genehmigungsklausel verfolgt wird, die die Gefahr mit sich bringt, daß bei ihrer Handhabung durch die Lizenzgeberin (die ja auch Konkurrentin der Lizenznehmer ist) auch auf eine Abgrenzung der Wettbewerbsbereiche geachtet wird; dafür dürften vielmehr allenfalls im voraus festgelegte objektive Kriterien in Betracht kommen. Soweit die Klägerin überdies zur Rechtfertigung der von ihr vorgesehenen Qualitätskontrollen auf das kalifornische Haftungsrecht verweist, fehlt es nicht nur an einem Beleg dafür, daß dieses für Patentlizenzgeber tatsächlich so weit reicht, wie von der Klägerin behauptet. Anmerken läßt sich hierzu auch, daß sicher die Erkenntnis, daß das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft Klauseln der jetzt interessierenden Art nicht zuläßt, Auswirkungen auf das amerikanische Haftungsrecht haben müßte, wenn es um Ansprüche von Käufern des lizenzierten Gegenstandes im Gemeinsamen Markt geht.

bb) Soweit in der beanstandeten Genehmigungsklausel auch auf die *Rechte anderer Lizenznehmer* und ihren Schutz Bezug genommen wird — der Klägerin zufolge geht es hier sowohl um die Verhinderung sklavischer Nachahmungen im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb als auch um die Wahrnehmung anderer gewerblicher Schutzrechte (Patente von Lizenznehmern, Gebrauchs- und Geschmacksmuster) —, hat die Kommission meines Erachtens mit Recht hervorgehoben, die Beachtung derartiger gesetzlicher Schranken sei alleinige Angelegenheit der Lizenznehmer, nicht aber obliege es der Lizenzgeberin, kraft ihres Patentrechts eine derartige Schutzfunktion zu übernehmen. Ist dies gleichwohl — daß es dabei um die Vermeidung von Schadenersatzansprüchen anderer Lizenznehmer gehen soll, erscheint nicht recht überzeugend — vorgesehen, und zwar mit einer Klausel wie der erwähnten, so ist in der Tat angesichts des hier bestehenden Beurteilungsspielraumes die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß sie auch eingesetzt wird zum Zwecke der Sicherung eines *ausreichenden Abstandes* zwischen den Erzeugnissen der verschiedenen Lizenznehmer, also für eine im Sinne des Wettbewerbs unzulässige Marktordnung.

Dafür, daß es sich im vorliegenden Fall so verhalten hat, sprechen auch einige Dokumente, die die Praxis der Klägerin deutlich machen. Ich erinnere dazu an das Schreiben der Klägerin an Shark vom 17. Juli 1978, in dem betont wurde, neue Produkte (und dabei war vor allem an die Schwimmkörper

gedacht) würden genehmigt, wenn sie *„differ substantially* from other licensed products" (was schon bei der Übernahme der Shark-Vereinbarung durch die Klägerin unterstrichen worden ist). Ich verweise auf ein weiteres Schreiben der *Klägerin* vom 13. Juli 1978, in dem festgestellt wurde, das zu beurteilende Gerät sei *dem Windsurfer zu ähnlich* und dies sei nicht im Einklang mit der *Lizenzpolitik* der Klägerin. Ich erinnere weiter daran, daß die Klägerin — offenbar auf eine Beschwerde der Firma Klepper hin — die Firma Akutec im November 1971 darauf aufmerksam gemacht hat, ihr Modell sei einem Klepper-Modell *zu ähnlich* (womit die Aufforderung zu Kontakten verbunden wurde, damit die Firma Klepper der Klägerin gegenüber Stellung nehmen konnte). Und ich beziehe mich auf eine an die Kommission gerichtete Beschwerde eines an einer Lizenzerteilung interessierten Unternehmens vom 20. Januar 1981, wonach die Verhandlungen gescheitert seien, weil die Klägerin zur Bedingung gemacht habe, das Gerät dieses Unternehmens *müsse sich* vom Windsurfer *unterscheiden.*

cc) Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang schließlich auch auf die Berechtigung einer derartigen Differenzierung aus Gründen der Marktentwicklung und der Bekämpfung von Patentverletzungen hinweist, muß sie sich dazu sagen lassen, daß der zuerst genannte Gedanke — weil eine Beschränkung der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer damit verbunden ist — wohl allenfalls nach Artikel 85 Absatz 3 zum Tragen kommen könnte und daß für das zweite Anliegen in erster Linie andere, mit dem Wettbewerbsrecht zu vereinbarende Maßnahmen in Betracht kommen.

e) Zu der ersten in der Entscheidung der Kommission behandelten strittigen Klausel ist also festzuhalten, daß die Beschränkung der Lizenznehmer auf einen bestimmten Gerätetyp und die Notwendigkeit einer vorherigen Genehmigung jeder Änderung durch die Lizenzgeberin, weil vom eigentlichen Gegenstand des Patentrechtes (und zwar auch des britischen) nicht erfaßt, als *unzulässige Einschränkung der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer* und damit als Beschränkung des Wettbewerbs zu werten ist, die nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag relevant ist. Auf diese Feststellung kann man sich jetzt zunächst beschränken; was die Klägerin hierzu noch in bezug auf die tatsächlichen Auswirkungen ausgeführt hat, hat dagegen allenfalls in einem späteren Zusammenhang — bei der Beurteilung der Schwere des ihr zur Last gelegten Verstoßes — Bedeutung.

2. *Zu Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 2 der Entscheidung* (die Verpflichtung der Lizenznehmer, unter dem deutschen Patent hergestellte Riggs *nicht getrennt anzubieten)*

a) Eine solche Verpflichtung ergibt sich eindeutig aus der Vereinbarung mit Shark, denn hier ist davon die Rede (Ziffer 3), Riggs *nur* für und in Verbindung mit mehrteiligen Segelbrettern, einschließlich Ersatzteile herzustellen und zu vertreiben. In diesem Sinne sind auch zu verstehen die *Vereinbarungen* mit Ostermann und Akutec, wird hier doch zum einen gesprochen von der Herstellung und dem Verkauf seiner gegenwärtigen *Stehseglertypen* (Ostermann) und wird zum anderen (Akutec) als Erzeugnis, auf das sich die Lizenzvereinbarung bezieht, ein genau gekennzeichnetes *„Sailboard"* definiert.

Nicht ganz so eindeutig erscheinen dagegen auf den ersten Blick die drei anderen Absprachen, weil hier jeweils bei der Definition des Produktes, auf das sich die Vereinbarung bezieht, nicht nur die Rede ist von einem „specific free sail system, sailboat apparatus", sondern auch von *„components* thereof" (worauf die Klägerin besonders abhebt zur Unterstützung ihrer Ansicht, die Lizenznehmer seien hinsichtlich des Verkaufs von Einzelteilen frei gewesen). Die

Gesamtheit der Absprachen (wie auch die Interessenlage der Lizenzgeberin) machen aber wohl klar, daß mit letzteren wohl allenfalls gedacht war an die üblichen Ersatzteillieferungen, und nicht an eine regelmäßig gesonderte Abgabe von Riggs. Zwar ist in dieser Hinsicht vielleicht nicht unbedingt zwingend die Klausel unter Ziffer 11 (wonach der Lizenznehmer „will not manufacture or sell any item, or part thereof, within the scope of the licensed patents except for product as defined in paragraph 1 A hereof"), weil dies auch — so die Ansicht der Klägerin — bedeuten könnte den Ausschluß des Vertriebs von *Strand-* und *Eis*seglern. Für die von der Kommission vertretene Auslegung dürfte aber die Ziffer 2 der Vereinbarungen sprechen, wo es heißt: „In the event one or more components of the product are manufactured by or for licensee outside the Federal Republic of Germany and are then brought into the Federal Republic of Germany and assembled with the remainder of the components to form a completed product and royalties are paid on the completed product, then such shall be deemed within the licence grant." Dazu läßt sich auch auf die unter Ziffer 8 festgelegte Verpflichtung der Lizenznehmer („to place the legend ‚manufactured under licence from Hoyle Schweitzer' on the *hull* of each product") hinweisen (auf die wir später noch einmal in einem anderen Zusammenhang zurückkommen müssen). Da dies für die Klägerin so wichtig war, kann man nicht annehmen, sie habe auf die Hinweispflicht beim Verkauf von Riggs verzichtet, vielmehr muß dies so verstanden werden, daß von der Verpflichtung ausgegangen wurde, *in der Regel ein komplettes Gerät zu verkaufen.*

b) Zweifellos bedeutete eine Klausel solchen Inhalts — angesichts des Schutzumfangs des deutschen Patents — eine *Beschränkung der Freiheit der Lizenznehmer,* die vom spezifischen Gegenstand des Patents nicht gedeckt war und daher von Artikel 85 Absatz 1 erfaßt wurde. Einzuräumen ist auch, daß sie Einfluß auf die Marktverhältnisse und den Wettbewerb hatte, weil sie die Hersteller von Schwimmkörpern daran hinderte, diese an Händler — zur Vervollständigung zu ganzen Stehseglern — abzugeben oder sie selbst mit Hilfe zugekaufter Riggs zu solchen Geräten zu komplettieren.

c) Auch hier muß man überdies den Eindruck haben, daß die von der Klägerin vorgebrachten Verteidigungsargumente gegen die grundsätzliche Feststellung der Kommission schwerlich durchgreifen.

aa) Soweit zu der Vereinbarung mit Shark geltend gemacht wurde, die Klägerin habe sich — bis 1983 — vergeblich darum bemüht, diese ursprünglich von Ten Cate getroffene Vereinbarung zu ändern (so daß sie mit den von ihr selbst abgeschlossenen Verträgen übereinstimmte), und es habe außerdem Shark tatsächlich — wie sich den Lizenzgebührenabrechnungen entnehmen lasse — Riggs in beträchtlichem Umfang gesondert abgesetzt, so ist hierzu einmal zu sagen, daß eine Umformung des Shark-Vertrages nach dem Vorbild der von der Klägerin selbst abgeschlossenen Vereinbarungen offenbar nicht zu einer grundlegenden Veränderung in dem jetzt interessierenden Punkt geführt hätte. Was aber das faktische Verhalten von Shark (und die fehlende Reaktion der Klägerin darauf) angeht, so mag dies allenfalls bei der Bemessung der Schwere des Verstoßes eine Rolle spielen; dies ändert jedoch nichts an der Erkenntnis, daß die Vereinbarung nach ihrem Inhalt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte (was für Artikel 85 Absatz 1 ausreicht).

bb) Wenn die Klägerin weiterhin vorbringt, auch bei den anderen Lizenznehmern habe es in Wirklichkeit keine Einschränkung ihrer Freiheit bezüglich des Absatzes von Einzelteilen gegeben, und wenn dazu auf tatsächliche entsprechende Verkäufe und die Ausgestaltung der für die Li-

zenzgebühren geltenden Abrechnungsformulare verwiesen wird (die eine besondere Rubrik für *Teile* von Stehseglern aufweisen), so kann hierzu angemerkt werden, daß nach dem, was uns bekannt geworden ist, derartige Verkäufe nur einen bescheidenen Umfang aufwiesen (wie bei Ostermann, Akutec und Marker), was den Schluß nahelegt — und auch hierfür hätte die Ausgestaltung der Abrechnungsformulare einen Sinn wie auch die Existenz besonderer Preislisten für Teile —, daß es sich wohl lediglich um gewöhnliche Ersatzteillieferungen gehandelt hat.

In diesem Zusammenhang kann außerdem auf einige Dokumente verwiesen werden, die die Handhabung der Vereinbarungen in der Praxis verdeutlichen und durchaus für den Standpunkt der Kommission sprechen. So ist ein Schreiben von SAN vom 7. Februar 1980 von Interesse, in dem einem Kunden mitgeteilt wurde, die Lieferung von Ersatzteilen (namentlich Gabelbäumen) würde auf 3 % der Lieferungen der kompletten Geräte beschränkt. Hinzuweisen ist auch auf ein Rundschreiben der Klägerin an ihre europäischen Lizenznehmer vom 1. März 1980, in dem empfohlen wird, keine Teile an Händler zu liefern, die damit andere Schwimmkörper vervollständigen könnten (was wegen der bestehenden Kündigungsmöglichkeit sicher Gewicht hatte). Weiter ist von Interesse ein Telex der Kläger vom 1. Mai 1980, in dem die Firma Klepper dringend aufgefordert wird, Riggs nicht an eine Konkurrenzfirma zu verkaufen (worauf geantwortet wurde, auch Klepper sei der Ansicht, Riggs sollten nicht an nichtlizenzierte Fabrikanten oder Händler geliefert werden, und es würde dementsprechend auf eine Anfrage jenes anderen Herstellers negativ reagiert). Auf dieser Linie liegt auch, was bei einem Treffen der Klägerin mit den Lizenznehmern am 9. Oktober 1980 besprochen wurde (daß nämlich Lizenznehmer das *Gesamtprodukt* anbieten, daß Ersatzteile 10 bis 15 % ausmachen könnten und daß an Neukunden nur das komplette Brett verkauft werde). Außerdem ist noch das an Akutec und Klepper gerichtete Telex der Klägerin vom 29. Oktober 1981 zu erwähnen, in dem zum Ausdruck kommt, der Verkauf von Riggs oder Bestandteilen von Riggs an Unternehmen, die damit Schwimmkörper oder Segel verbinden, sei mit dem Lizenzvertrag nicht zu vereinbaren (und dies wird nicht dadurch bedeutungslos, daß in einem Telex an die Lizenznehmer vom 13. April 1982 — also *nach* der jetzt interessierenden Periode — betont wurde, es sei der Verkauf von Riggs an andere Hersteller nicht verboten, solange in einer höheren Gerichtsinstanz die Ansicht der Klägerin zum Schutzumfang des deutschen Patents nicht bestätigt worden sei).

cc) Schließlich kann die Klägerin auch nicht mit den Argumenten gehört werden, es sei allenfalls darum gegangen, Beihilfen zu Patentverletzungen zu verhindern (zu denen es — wie eine Reihe von Gerichtsentscheidungen belege — immer wieder dadurch gekommen sei, daß von Riggs der Lizenznehmer Teile von anderen Unternehmen zur Herstellung sogenannter Mischriggs verwendet wurden), und es sei zu bedenken, daß die Lizenznehmer von sich aus nicht an der Lieferung von Riggs interessiert seien, weil sie so Konkurrenten zum Absatz von Schwimmkörpern (dem teuersten Teil eines Stehseglers) verhelfen würden und entsprechende Einbußen bei ihrem eigenen Absatz ganzer Geräte hinnehmen müßten.

Hierzu hat die Kommission einmal mit Recht angemerkt, der Verkauf von Riggs durch Lizenznehmer könne nicht zu einer mittelbaren Patentverletzung führen, und es lasse sich also unter diesem Gesichtspunkt eine Einschränkung der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer aus dem Patentrecht nicht herleiten. Außerdem ist es ja so — und dies bezieht sich auf die Einlassung, die Lizenznehmer seien, wenn damit gerechnet werden müsse, daß ihre Abnehmer Riggs

zur Herstellung von Mischriggs mißbrauchen, nach Treu und Glauben verpflichtet, dies nicht zu fördern —, daß die aufgezeigte Einschränkung der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer wohl nicht auf solche Fälle begrenzt war, sondern generell galt.

Was andererseits die Interessenlage der Lizenznehmer anbelangt, so ist zwar einzuräumen, daß sie so wie von der Klägerin geschildert beschaffen sein kann. Dafür spricht etwa eine von der Klägerin vorgelegte Erklärung, wonach SAN im eigenen Interesse keine Riggs verkaufen wollte; dafür spricht die gleichfalls in dieser Erklärung enthaltene Feststellung, die Lizenznehmer hätten bei einer Zusammenkunft im Jahre 1979 — an der die Klägerin nicht beteiligt war — vereinbart, Riggs nicht gesondert abzugeben und Ersatzteillieferungen auf einen bestimmten Prozentsatz zu beschränken; dazu kann auch Bezug genommen werden auf ein Schreiben von SAN vom 8. Februar 1980 (wonach die Lizenznehmer übereingekommen sind, keine überschüssigen Gabelbäume abzugeben), auf die Tatsache, daß in der angegriffenen Entscheidung selbst ausgeführt ist, die Lieferung von Riggs sei zum Teil mit der Begründung abgelehnt worden, das Sortiment enthalte keine separaten Riggs oder die Kapazitäten würden für den Eigenbedarf benötigt, sowie schließlich auf den Umstand, daß ein Teil der Lizenznehmer offenbar Schwimmkörper selbst herstellt. Andererseits ist jedoch an Shark zu erinnern, der seit 1978 Riggs an Händler und andere Hersteller abgegeben hat; es ist weiter nicht auszuschließen, daß auch bei einigen anderen Lizenznehmern die Interessenlage anders aussieht als von der Klägerin dargestellt (weil sie keine eigene Fertigung betreiben wie Akutec und Marker), und es bleibt namentlich die Erkenntnis, daß sich die Interessenlage je nach der Marktentwicklung ändern konnte, worauf zu reagieren die Lizenzvereinbarungen indessen nicht gestatteten.

d) Somit kann nur festgehalten werden, daß auch die in Artikel 1 Ziffer 2 der Entscheidung getroffene wettbewerbsrechtliche Feststellung im Prinzip nicht erschüttert worden ist.

3. *Zu Artikel 1 Ziffer 3 der Entscheidung* (Verpflichtung der Lizenznehmer, Lizenzgebühren für unter dem deutschen Patent hergestellte Riggs nur nach dem Nettoverkaufspreis eines kompletten Stehseglers zu entrichten)

a) Dazu heißt es in der Entscheidung, es sei, weil das deutsche Patent nur das Rigg erfasse, nicht gerechtfertigt, Lizenzgebühren beim Absatz in Deutschland auf nicht vom Patent gedeckte Teile zu erheben, weil sie so — ohne daß ein Ausgleich durch Vorteile des Patents existiere — mit Kosten belastet würden, die ihren Absatz erschwerten. Außerdem meint die Kommission, es ergebe sich, wenn sich die Lizenzgebühr nach dem Gesamtwert des Stehseglers richte, eine zu hohe Belastung für das Rigg allein, die einen getrennten Absatz erschwere. Dies trage bei zur Einhaltung der Verpflichtung, nur komplette Geräte abzugeben, und so würden andere Hersteller von Schwimmkörpern in ihren Absatzmöglichkeiten beeinträchtigt.

b) Hierzu ist einzuräumen, daß dies auf den ersten Blick durchaus einleuchtet und es damit gerechtfertigt erscheint, einen Vorstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 auch in der Art und Weise der Lizenzgebührenberechnung zu sehen. Indessen ergibt eine Gesamtwürdigung der dazu vorgetragenen Argumente doch recht klar, daß die klägerische Kritik an der Wertung der Kommission zumindest teilweise berechtigt ist.

aa) So zeigt eine Analyse der Vereinbarungen, daß sie nicht durchweg die Lizenzgebühren *nur* nach dem Gesamtverkaufspreis eines Stehseglers bemessen haben. Dies trifft jedenfalls für den ursprünglich mit Ostermann abgeschlossenen Vertrag zu, in

dem ausdrücklich bestimmt war, daß die *Lizenzgebühr für Ersatzteile* 8 % des Netto-ab-Werk-Preises betrage (offenbar wurde dies bei der Übernahme des Vertrages durch die Klägerin dahin geändert, daß stets 5 % vom Wert des ganzen Geräts zu zahlen waren). Entsprechendes ist von den Vereinbarungen mit SAN, Klepper und Marker zu sagen, denn die nach ihnen maßgebliche Definition des Produktes umfaßte auch Bestandteile von Stehseglern, und es kann — da Lizenzgebühren sich nach dem Rechnungspreis des „Produktes" bemessen haben — angenommen werden, daß im Falle eines Verkaufs von Bestandteilen ihr Wert maßgeblich war. So scheint es sich auch in der Praxis verhalten zu haben, wie sich zumindest den Abrechnungen von Ostermann und Marker entnehmen läßt (wenn dies bei Klepper und SAN nicht zu erkennen ist, so geht dies vielleicht darauf zurück, daß tatsächlich nur komplette Geräte abgesetzt wurden; denkbar ist bei SAN auch — weil hier nur eine Gesamtsumme für Geräte und Teile angegeben ist —, daß letztere darin enthalten sind).

Anders scheint es sich zwar — hält man sich lediglich an den Wortlaut der Vereinbarungen — bei Shark und Akutec zu verhalten. Denn in dem zuerst genannten Vertrag ist die Rede von einer Lizenzgebühr in Höhe von 10 % des Nettoverkaufserlöses der mit Riggs ausgestatteten Stehsegelgeräte, und in dem Vertrag mit Akutec wird davon gesprochen, die Lizenzgebühr bestimme sich nach dem Rechnungspreis für das „Produkt" (das aber definiert ist als „specific free sail system sailboat apparatus"). Die Praxis zeigt aber auch hier — und darauf weisen schon die nach Geräten und Teilen differenzierenden Abrechnungsformulare hin —, daß bei einem Verkauf von Einzelteilen nur deren Wert für die Gebührenberechnung maßgeblich war. Dies läßt sich der umfangreichen, sich auf Shark beziehenden Dokumentation entnehmen (die klarmacht, daß sich die Gebühren gegebenenfalls nach dem Preis von Riggs oder Bestandteilen von Riggs — Gabelbäumen, Segel — bemessen haben). Ein Gleiches läßt sich für Akutec annehmen, denn diese Firma wurde in einem Telex vom September 1979 ausdrücklich aufgefordert, für Teile von Segelgeräten gesonderte Beträge anzugeben, und es zeigen die sich auf das Jahr 1981 beziehenden Abrechnungen, daß etwa Segel getrennt aufgeführt wurden.

Demnach läßt sich entgegen der Feststellung in der Entscheidung schwerlich sagen, die Art der Gebührenberechnung habe ein Hindernis gebildet für den gesonderten Absatz von Riggs und es sei die Handlungsfreiheit der Lizenznehmer auch auf diese Weise eingeschränkt worden.

bb) Ferner läßt sich meines Erachtens schwerlich die Ansicht vertreten, es könne — soweit vollständige Geräte abgesetzt wurden und sich die Lizenzgebühren danach richteten — von einer Behinderung des Wettbewerbs deswegen gesprochen werden, weil auch der Schwimmkörper mit Kosten belastet worden sei.

Hierzu ist an die Feststellung zu erinnern, daß die seinerzeit herrschende Marktlage dadurch gekennzeichnet war, daß ganz überwiegend vollständige Stehsegelgeräte zum Absatz kamen. Danach war es in der Tat naheliegend, nicht zuletzt aus buchhalterischen Gründen (die offenbar SAN auch nach der späteren Änderung des Vertrages bei diesem Modus bleiben ließ) von dieser Basis aus die Gebührenabrechnungen vorzunehmen. Außerdem ist von Interesse, daß in den geänderten Lizenzverträgen auf den Wert des Riggs allein eine entsprechend aufgestockte Gebühr erhoben wird (nämlich 12,5 % bei Ostermann und Shark, beziehungsweise bei letzterem später 14 % und 15 % in allen anderen Verträgen). Da dies ohne weiteres akzeptiert wurde und auch deutsche Behörden und Gerichte dies nicht für überhöht halten (wie etwa einem Schriftsatz des Bundeskartellamts an das

Kammergericht vom 18. März 1982 entnommen werden kann oder einem Urteil des Oberlandesgerichts München vom 4. November 1982 zu einer Schadensersatzklage), ist nicht recht einzusehen, wieso in der Art der Gebührenerhebung, wie sie nach den beanstandeten Verträgen praktiziert wurde, eine wettbewerbswidrige Erschwerung des Absatzes von Riggs gesehen werden könnte.

cc) In bezug auf die Art der Gebührenerhebung ist demnach in Wahrheit lediglich zu beanstanden, daß anscheinend auch beim *Absatz von Schwimmkörpern Gebühren* fällig wurden, was nach der deutschen Patentsituation nicht gerechtfertigt war und was einen gesonderten Absatz von Schwimmkörpern erschweren konnte.

Insofern kann die Klägerin auch nicht mit der Ansicht gehört werden, der Wert der Erfindung liege darin, ein komplettes Stehsegelgerät verkaufen zu können, und es sei der Verkauf von Schwimmkörpern überhaupt nur möglich, weil für Riggs eine Lizenz erteilt wurde und Riggs der Lizenznehmer bereits auf dem Markt waren. Dagegen steht einfach die für das deutsche Patent maßgebliche Rechtslage. Nach ihr bemessen sich zulässige Beschränkungen der Handlungsfreiheit der Lizenznehmer, und nach ihr erscheint es ausgeschlossen, dabei eine Art Aufrechnung vorzunehmen im Hinblick auf den Vorzug, der in der rechtlich geschützten Möglichkeit des Angebots von Riggs besteht.

c) In Ansehung von Artikel 1 Ziffer 3 der Entscheidung kann somit festgehalten werden, daß hier die Kommission — offenbar weil sie die Vereinbarungen falsch interpretiert hat — zum Teil nicht haltbare Bewertungen vorgenommen hat und daß der Vorwurf, die Lizenzgebührenberechnung sei wettbewerbswidrig ausgestaltet gewesen, nur zu einem kleinen Teil stichhaltig erscheint.

4. *Zu Artikel 1 Ziffer 4 der Entscheidung* (Verpflichtung der Lizenznehmer, die Bretter der von ihnen angebotenen Windsurfgeräte mit dem Hinweis „lizenziert durch Hoyle Schweitzer" oder „lizenziert durch WSI" zu versehen)

Dazu heißt es in der Begründung der Entscheidung, auf diese Weise sei — soweit Geräte in Deutschland hergestellt und vertrieben wurden — der falsche Eindruck erweckt worden, der Schwimmkörper sei aufgrund von Schutzrechten oder aufgrund des technischen Wissens der Lizenzgeberin gebaut worden. Die Lizenznehmer hätten sich außerdem so hinsichtlich der Schwimmkörper nicht als technisch unabhängig darstellen und ihren Ruf festigen können, was einen Einfluß auf ihre Marktstellung gehabt habe.

a) In diesem Zusammenhang ist zunächst kritisch anzumerken, daß die erwähnte Verpflichtung (einen Hinweis auf dem *Schwimmkörper* anzubringen) nur nach den Verträgen mit SAN, Klepper, Akutec und Marker bestand. In der mit Shark abgeschlossenen Lizenzvereinbarung ist dagegen — ohne Spezifizierung — nur die Rede von der „Angabe: lizenziert von Ten Cate", und ebenso verhielt es sich wohl bei der mit Ostermann getroffenen Vereinbarung (sie spricht nur von der Verpflichtung Ostermanns, auf seinen Erzeugnissen und in seiner Werbung jeweils den Lizenzvermerk anzubringen). Da aber gegen die Anbringung des Lizenzvermerks an sich — soweit ein falscher Eindruck vermieden wird — wohl nichts einzuwenden ist, müssen die beiden zuletzt genannten Vereinbarungen im gegenwärtigen Zusammenhang außer Betracht gelassen werden, eben weil nicht zu erkennen ist, daß sie die Anbringung des Vermerks auf einem nicht vom Patent erfaßten Bestandteil des Geräts vorsahen.

b) Fragen kann man sich aber auch darüber hinaus, ob die in den anderen Verträ-

gen enthaltene Hinweispflicht tatsächlich den Wettbewerb beeinflußt hat (nur darum geht es ja in Artikel 85). Mir erscheint dies nicht zweifelsfrei. In der Tat ist schwer vorstellbar, daß eine Kaufentscheidung maßgeblich von dem genannten Hinweis beeinflußt wurde, der sich ja auf allen in Deutschland unter Lizenz hergestellten und vertriebenen Geräten befand. Dafür dürften wohl andere Gesichtspunkte im Vordergrund stehen (technische Ausgestaltung und Preis eines Geräts, Werbung auf allerlei Weise), und insofern hatte jeder Lizenznehmer, der ja — wie es in den Verträgen selbst vorgesehen war — eigene Marken verwendet, freie Hand. Insbesondere konnte er in der Werbung wie auch in Verkaufsgesprächen durchaus klarmachen, daß in dem Bestandteil Schwimmkörper eigenes technisches Wissen steckt. Umgekehrt ist nicht auszuschließen, daß der Hinweis auf den amerikanischen Lizenzgeber den Absatz der Geräte gefördert hat. Es dürfte also wohl von der beanstandeten Hinweispflicht irgendein nennenswerter Einfluß auf die Marktstellung nicht ausgegangen sein, und dafür sprechen nicht zuletzt die uns genannten Zahlen über die Umsatzentwicklung bei den Lizenznehmern in den Jahren 1978 bis 1980, die zumindest bei vieren von ihnen eine starke, wenn nicht gar eine sehr starke Zunahme erkennen lassen (Einzelheiten dazu können jetzt aus Gründen der Geheimhaltung nicht erwähnt werden).

c) Ich meine also, daß die Berechtigung der sich auf den Lizenzhinweis beziehenden Feststellung in der angegriffenen Entscheidung mit Recht bestritten wird. Wenn man das anerkennt, braucht dann nicht weiter auf die in diesem Zusammenhang unternommenen (insgesamt freilich wenig überzeugenden) Rechtfertigungsversuche der Klägerin eingegangen zu werden (wie: der Schwimmkörper eigne sich am besten für einen solchen Hinweis, weil das Segel schon ein anderes Zeichen trage; oder: da ein solcher Hinweis für den Absatz in Großbritannien in jedem Fall statthaft gewesen sei, hätte eine für den deutschen Markt abweichende Praxis für die Hersteller eine Erschwerung der Produktion bedeutet; sowie: die Lizenzerteilung habe erst die Vermarktung des ganzen Geräts ermöglicht).

5. *Zu Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 5 der Entscheidung* (Verpflichtung der Lizenznehmer, die Wortzeichen „Windsurfer" und „Windsurfing" sowie ein als „Logo" bezeichnetes Bildzeichen als gültige Warenzeichen anzuerkennen)

In der Begründung der Entscheidung wurden in diesem Zusammenhang Zweifel daran geäußert, ob diese — von Ten Cate genutzten — Zeichen hinreichende Unterscheidungskraft besitzen und ob nicht jedenfalls die Wortzeichen im allgemeinen Sprachgebrauch zu einer gängigen Bezeichnung geworden sind (was nach dem Recht der Mitgliedstaaten die Eintragung als Warenzeichen oder die Aufrechterhaltung der Eintragung ausschließen würde). Ausgeführt wurde weiter, die Lizenznehmer hätten sich durch den Verzicht auf die Geltendmachung dieses Umstandes der Möglichkeit begeben, die genannten Begriffe und Symbole, die für das Publikum wichtig seien, in der Werbung zu benutzen, und dies habe einen Wettbewerbsvorsprung für die Lizenzgeberin und Ten Cate mit sich gebracht.

a) Was diesen Punkt anbelangt, so ist zunächst wichtig, daß es in der Entscheidung — dies hat die Kommission in ihrer Duplik auf Seite 20 so betont — nicht um ein Verwendungsverbot geht, sondern nur um den Ausschluß der Möglichkeit, die Gültigkeit der Zeichen zu bestreiten. Wenn es sich so verhält, werden in diesem Zusammenhang aber die Vereinbarungen mit Shark und Ostermann zu Unrecht angeführt, denn sie enthalten — wenn ich es recht sehe — keine Verpflichtung zur Anerkennung der Zeichen (im Sinne einer Nichtangriffsklausel), sondern nur das Verbot der Benutzung.

Diese Lizenznehmer hatten also die Möglichkeit, die Gültigkeit der genannten Zeichen zu bestreiten, und es wäre, hätten sie es erfolgreich getan, dann natürlich kein Platz mehr gewesen für das angeführte Verwendungsverbot.

b) Andererseits ergibt sich sehr schnell, daß zwei im gegenwärtigen Zusammenhang von der Klägerin vorgebrachte Einwendungen nicht verfangen.

Es handelt sich einmal um diejenige, im Anhang zu den Lizenzvereinbarungen seien nur *amerikanische* Zeichen aufgeführt und es habe sich folglich die streitige Klausel nur darauf bezogen. Dies erscheint in der Tat wenig überzeugend zum einen angesichts des Umstandes, daß die genannten Zeichen in den meisten Mitgliedstaaten eingetragen sind (vergleiche die Ausführungen der Klägerin auf Seite 30 ihrer Klageschrift), und zum anderen im Hinblick auf die Tatsache, daß die Lizenznehmer, weil sich die Vereinbarungen nicht darauf bezogen, auf dem amerikanischen Markt gar nicht tätig waren. Außerdem hat die Kommission — um zu zeigen, daß es sehr wohl um in Europa verwendete Zeichen ging — mit Recht auf eine andere Klausel der Lizenzvereinbarungen hingewiesen, wonach gedrucktes Material, das die angeführten Warenzeichen verwendete, nur noch während eines kurzen Zeitraumes benutzt werden durfte und danach zu zerstören war (Ziffer 12 der Vereinbarung).

Entsprechendes gilt für die Einlassung, Sinn der beanstandeten Klausel sei es nur gewesen, für die Anerkennung der Gültigkeit der Warenzeichen zu sorgen, solange sie nicht für ungültig erklärt worden seien, und dies, um zu verhindern, daß daraus — was von den Patentverletzern angestrebt werde — Gattungsbezeichnungen werden. Hierzu hat die Kommission einmal mit Recht ausgeführt, zur Verhinderung der Bildung von Gattungsbezeichnungen hätte es einer ganz anderen Klausel bedurft. Zum anderen kann gegenüber der Ansicht, die Lizenznehmer hätten durchaus das Recht gehabt, die genannten Zeichen in Europa für ungültig erklären zu lassen, hingewiesen werden auf eine Erklärung des Vertreters der Klägerin während des Erörterungsgesprächs mit Vertretern der Kommission im Januar 1981, wonach Ziffer 12 der Vereinbarung mit SAN (die inhaltsgleich ist mit Klauseln in Vereinbarungen mit Akutec, Klepper und Marker) als eine warenzeichenrechtliche *Nichtangriffsklausel* anzusehen sei.

c) Fragen muß man sich indessen auch hier, ob die streitige Nichtangriffsklausel tatsächlich eine nennenswerte Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition der Lizenznehmer mit sich gebracht hat. Möglicherweise haben sich — wie die Klägerin meint — Gattungsbezeichnungen in den verschiedenen Sprachen schon herausgebildet, und es besteht somit (was wohl zu untersuchen gewesen wäre) gar keine ernsthafte Tendenz, daß die englische Bezeichnung des Sports hierfür eine Rolle spielt. Außerdem kann angenommen werden, daß die Lizenznehmer, die eigene Marken besitzen, in der Werbung ausreichend andere Möglichkeiten haben, für den Absatz ihrer Produkte zu sorgen, und auch hierzu kann noch einmal auf die bereits erwähnte Entwicklung ihrer Umsätze in den Jahren 1978 bis 1980 Bezug genommen werden. Die Kommission führt keine Tatsachen an, aus denen sich eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition der Lizenznehmer ergibt.

d) Ich würde deshalb meinen, daß auch die in Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 5 der Entscheidung getroffene Feststellung insgesamt (also nicht nur bezüglich der Vereinbarung mit Shark und Ostermann) anfechtbar ist und daß es insofern nicht nur — wie es die Kommission für richtig gehalten hat — angebracht ist, von der Festsetzung einer Buße abzusehen.

6. *Zu Artikel 1 Absatz 2 der Entscheidung* (Möglichkeit der Kündigung des Lizenzvertrages im Falle der Aufnahme der Produktion durch den Lizenznehmer im patentfreien Gebiet, die nur in den Verträgen mit Akutec, SAN, Klepper und Marker eine Rolle spielte)

a) Hält man sich an die uns vorliegenden Fassungen der Lizenzvereinbarungen, so ist festzustellen, daß der Vertrag mit Akutec tatsächlich bestimmte (Ziffer 2 A), der Lizenznehmer habe das Recht „to manufacture *only* at the site where the product is being manufactured on the date of execution of this agreement", und daß (in Ziffer 20 A.4) die Beendigung des Vertrages vorgesehen war im Falle eines „change by licensee of manufacturing site". Dies kann zusammengenommen nur so verstanden werden, daß keinerlei Produktion (auch nicht eine bloß zusätzliche) an einem anderen Ort, insbesondere im Ausland, erfolgen durfte, die Kündigungsmöglichkeit bezog sich also nicht etwa nur auf den Fall, daß ein Lizenznehmer seine gesamte Produktion an einen anderen Ort verlagerte.

Die Verträge mit SAN, Klepper und Marker sahen — nach den uns vorliegenden Fassungen — übereinstimmend vor ein Recht zur Herstellung des Erzeugnisses in der Bundesrepublik Deutschland (Ziffer 2), und sie bestimmten weiter „in the event one or more components of the product are manufactured by or for licensee outside the Federal Republic of Germany and are then brought into the Federal Republic of Germany and assembled with the remainder of the component to form a completed product and royalties are paid on the completed product then such shall be deemed within the licence grant". Außerdem sahen sie (unter Ziffer 18 A) eine Beendigung des Vertrages einmal vor für den Fall eines „Change by licensee of manufacturing site to a country outside the Federal Republic of Germany" (Ziffer 18 A.4) sowie bei „manufacture by licensee of all or any component of product in a country outside the Federal Republic of Germany and sale thereof directly to a country outside the territory" (Ziffer 18 A.5). Auch daraus muß zweifellos gefolgert werden, daß die Lizenznehmer kein Recht zur Herstellung außerhalb der Bundesrepublik Deutschland hatten, wenn auch der Vertrieb außerhalb dieses Gebiets erfolgen sollte.

b) Im Verfahren war aber auch davon die Rede, die Vereinbarungen seien Ende 1980 in dem jetzt interessierenden Punkt geändert worden (ohne daß dies freilich dokumentarisch belegt worden wäre).

Nach den Ausführungen der Kommission (vgl. S. 17 der der Klägerin zugestellten Beschwerdepunkte) sind die Abmachungen mit SAN und Klepper im Dezember 1980 dahin modifiziert worden, daß eine Produktion nur an dem Ort gestattet war, an dem sie beim Vertragsschluß schon stattfand. Dies hätte freilich — und so hat es sich nach den Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung auch bei Marker verhalten — nur die Herstellung einer Fassung bedeutet, wie sie der Vertrag mit Akutec schon aufwies, so daß sich danach für die rechtliche Beurteilung aus der Sicht der Kommission keine Änderung ergab.

Nach den Einlassungen der Klägerin hingegen (Aufzeichnungen über das Erörterungsgespräch von Januar 1981, S. 16) hatten die Änderungen darin bestanden, daß das Produktions- und Verkaufsverbot (Ziffer 18 A.5) in den Verträgen mit SAN, Klepper und Marker aufgehoben worden sei und daß zu Ziffer 18 A.4 (Verlagerung der Produktion an einen Ort außerhalb der Bundesrepublik) der Vereinbarungen klargestellt worden sei, danach sei auch eine Produktion außerhalb der Bundesrepublik Deutschland statthaft. Wir stehen somit vor der Erkenntnis, daß wir in dieser Hinsicht keine völlige Klarheit haben. Würden die Darlegungen der Klägerin zutreffen (was uns —

wie gesagt — nicht belegt worden ist), so würde dies jedoch allenfalls bedeuten, daß während der restlichen Laufzeit dreier Verträge von einem Herstellungsverbot im Ausland, wie es die Kommission angenommen hat, nicht gesprochen werden konnte.

c) Was die rechtliche Wertung der gegenwärtig interessierenden Vertragsklauseln angeht, so kann es wohl nicht zweifelhaft sein, daß die Festlegung eines Herstellungs- und Vertriebsverbots für patentfreie Gebiete — darum geht es der Kommission allein — mit der Wirkung, daß ein Vertrieb ohne die Entrichtung von Lizenzgebühren nicht möglich ist, eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit bedeutet, die von den auf zwei Länder beschränkten Patenten nicht gedeckt war. Ich sehe auch nicht, wie die hierzu von der Klägerin unternommenen Rechtfertigungsversuche erfolgreich sein könnten.

Dies gilt einmal für ihre Ansicht, die Einschränkung sei zu sehen im Zusammenhang mit der Kontrolle der für den deutschen Markt bestimmten Erzeugung (im Sinne einer Qualitätskontrolle). Insofern ist nicht nur wichtig, daß bezweifelt werden kann, ob es der Klägerin überhaupt um Qualitätskontrollen ging. Es ist namentlich auch an das zu erinnern, was zur Zulässigkeit direkter Qualitätskontrollen in einem früheren Zusammenhang gesagt wurde und zu der Möglichkeit, ausreichend angemessene Resultate mit Hilfe der Festlegung objektiver Kriterien zu sichern. Außerdem hat die Kommission mit ihrer Meinung recht, es sei nicht ohne weiteres einsichtig, wieso bei einer Änderung des Herstellungsortes eine Gefährdung der Qualität zu befürchten sei, wo doch die Lizenznehmer ohnehin vielfach — in korrekter Durchführung der Abmachung — Teile der Geräte von anderen Unternehmen anfertigen ließen.

Ein Gleiches gilt zum anderen für den Hinweis der Klägerin darauf, die Einrichtung einer Produktionsstätte erfordere beträchtliche Investitionen, weswegen sich Hersteller mit ihrem natürlichen lokalen Hauptmarkt begnügten und von — unrentablen — Produktionen im Ausland absähen. Dazu hat die Kommission mit Recht nicht nur geltend gemacht, bei Herstellung in Auftragsproduktion (wie sie eine Reihe von Lizenznehmern pflege) sei mit übermäßigen Investitionskosten nicht zu rechnen. Wichtig ist insbesondere, daß insofern ein Unternehmen in jedem Fall frei entscheiden können muß. Wird ihm dies aber vertraglich verwehrt, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, die grundsätzlich mit Recht kritisiert wird.

d) Zu der in Artikel 1 Absatz 2 der Entscheidung enthaltenen Feststellung bleibt also nur festzuhalten, daß ihre Berechtigung grundsätzlich nicht angezweifelt werden kann und daß sich im Verfahren auch nicht ergeben hat, sie sei für einen Teil der Verträge jedenfalls ab Ende 1980 nicht mehr zutreffend gewesen.

7. *Zu Artikel 1 Absatz 3 der Entscheidung* (Verpflichtung von Shark und Ostermann, die lizenzierten Patente nicht anzugreifen)

Zu dem letzten jetzt interessierenden Punkt schließlich läßt sich alles Notwendige mit wenigen Worten sagen.

Offensichtlich ist, daß es auf die geschilderte Weise zu einer Einschränkung der Handlungsfreiheit kam, die als wettbewerbswidrig anzusehen ist, weil sie die Möglichkeit nahm, ein für die wirtschaftliche Betätigung geltendes Hindernis (Herstellung und Vertrieb von Stehseglern oder Stehseglerteilen nur gegen Entrichtung von Lizenzgebühren) zu beseitigen. Ich stimme der Kommission auch zu, wenn sie sagt, bei der wettbewerbsrechtlichen Würdigung solcher Klauseln könnten die privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer (die ein Bestreiten des Patentrechts oft erst ermöglichen) kei-

nen Vorrang haben vor dem öffentlichen Interesse an einer möglichst weit gehenden Handlungsfreiheit. Außerdem kann wohl die Einlassung der Klägerin schwerlich von Bedeutung sein, solche Klauseln führten zu einer Zunahme des Wettbewerbs, weil sie die Lizenzerteilung wahrscheinlicher machten. In der Tat wird dies durch ihre eigene spätere Praxis widerlegt, hat sie selbst doch — im Gegensatz zu Ten Cate — eine Reihe von Lizenzvereinbarungen geschlossen, die eine Nichtangriffsklausel nicht enthielten.

Einräumen muß man freilich — ohne daß dies die grundsätzliche Berechtigung der von der Kommission getroffenen Feststellung in Frage stellen könnte —, daß solche Klauseln von vornherein nur geringe Bedeutung haben, wenn ein Patent — wie im vorliegenden Fall nach deutschen Recht — aufgrund eingehender Prüfung erteilt worden ist und sich daran auch ein erfolgloses Einspruchsverfahren angeschlossen hat. Fraglich erscheinen muß überdies, ob auf seiten der Lizenznehmer tatsächlich ein Interesse an der Anfechtung des Patents bestand (und somit von einer echten Einschränkung ihrer Dispositionsfreiheit gesprochen werden kann), konnte ein solches Vorgehen doch unter Umständen zur Folge haben, daß der betreffende Wirtschaftsbereich allen Interessenten zugänglich wurde und die Zahl der Wettbewerber erheblich zunahm.

8. Am Ende dieses wichtigen Abschnittes der Untersuchung kann also als Zwischenergebnis festgehalten werden:

Nicht anfechtbar erscheint die Feststellung der Kommission zum wettbewerbsbeschränkenden Charakter des Genehmigungsvorbehalts (Artikel 1 Absatz 1 Ziffern 1) sowie des Verbotes der Produktionsverlagerung (Artikel 1 Absatz 2) und der Nichtangriffsklausel bezüglich der lizenzierten Patente. Bezüglich der Rechnungsmodalitäten der Lizenzgebühren (Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 3) dürfte die Wertung der Kommission dagegen zu weit sein. Zu beanstanden ist nur, daß auch bei der Abgabe von Schwimmkörpern allein (die vom deutschen Patent nicht erfaßt werden) Gebühren fällig wurden. Darüber hinaus ist es meines Erachtens nicht berechtigt, von vertragswidrigen Klauseln zu sprechen, soweit es um die Verpflichtung zum Anbringen des Vermerks „lizenziert durch Hoyle Schweitzer" oder „lizenziert durch WSI" geht sowie um die Nichtangriffsklausel bezüglich der verwendeten Warenzeichen (Artikel 1 Absatz 1 Ziffern 4 und 5).

III — Waren die Lizenzvereinbarungen geeignet, den *Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen?*

Als zutreffend lassen sich die in Artikel 1 der Entscheidung getroffenen Feststellungen in jedem Fall nur dann bezeichnen, wenn auch feststeht, daß die kritisierten Klauseln geeignet waren, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und dies — gemäß ständiger Rechtsprechung — in *spürbarer* Weise (was bedeutet, daß sie einiges Gewicht hatten).

In ihrer Entscheidung hat die Kommission unter B.I.1 h) zu zeigen versucht, daß dies von den von ihr kritisierten Klauseln der Lizenzvereinbarungen gesagt werden könne. Dabei hat sie insbesondere auf die herausragende Stellung der Lizenznehmer und der Firma Ten Cate im deutschen Markt hingewiesen sowie darauf, daß die beanstandeten Klauseln den Handel mit Riggs und Schwimmkörpern zwischen der Bundesrepublik Deutschland und anderen Mitgliedstaaten erschwert hätten. Die Klägerin hält diese Wertung nicht für zutreffend. Dabei ist für sie von besonderer Bedeutung einmal die Tatsache, daß ein Markt für Teile von Stehseglern zu der fraglichen Zeit so gut wie nicht vorhanden gewesen sei und daß die besondere Nachfrage nach Riggs in Deutschland nicht als normal gelten konnte, sondern artifiziellen Charakter hatte. Zum

anderen verweist sie auf die Erkenntnis, auf den Hauptmärkten (Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und Niederlande) habe der Marktanteil lokal produzierter Geräte sich auf 70 bis 80 % belaufen, woraus zu schließen sei, daß der zwischenstaatliche Handel auf diesem Gebiet nur marginale Bedeutung habe.

1. Was diesen Streitpunkt angeht, so verweise ich bezüglich der Beurteilung der *Nachfrage nach Riggs* allein (in der Bundesrepublik Deutschland) auf das, was ich schon ausgeführt habe, d. h., auch wenn diese Nachfrage zurückgeht auf die besondere, in der Bundesrepublik bestehende Patentsituation, kann sie doch sicher nicht als „künstlich" außer Betracht gelassen werden. Anzuerkennen ist daneben auch, daß — selbst wenn der Eindruck sich aufdrängt, der Markt für Bestandteile von Stehseglern habe seinerzeit einen eher bescheidenen Umfang aufgewiesen — doch nicht gesagt werden kann, er sei derart unbedeutend gewesen, daß er bei der Untersuchung des Kriteriums „spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels", bei der nach der Rechtsprechung keine besonders strengen Anforderungen gelten, vollständig vernachlässigt werden könnte. Wenn im übrigen die Angaben der Klägerin zu den Marktanteilen lokal produzierter Geräte tatsächlich zutreffen, so dürfte danach wohl feststehen, daß es gleichwohl einen zwischenstaatlichen Handel in einem Umfang gibt, der für Artikel 85 Absatz 1, wenn es hier zu Beeinträchtigungen kommt, durchaus von Relevanz ist.

Davon ausgehend läßt sich wohl die Beurteilung der Kommission zu den in Artikel 1 Absatz 1 Ziffern 1 und 2 der Entscheidung behandelten Klauseln schwerlich als unzutreffend bezeichnen. Wenn die Freiheit der Lizenznehmer bei der *Verwendung von Schwimmkörpern* eingeschränkt war, so war dies geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil den Lizenznehmern so der Bezug von Schwimmkörpern bei Herstellern in anderen Mitgliedstaaten erschwert war. Nach dem, was über die Produktionsgestaltung der Lizenznehmer bekanntgeworden ist, kann auch angenommen werden, daß bei den meisten von ihnen (weil sie keine eigene Fertigung betrieben) die Interessenlage nicht gegen solche Bezüge sprach. Außerdem bestanden sicher Liefermöglichkeiten und ein Interesse daran (etwa bei einem großen französischen Produzenten), und es kann zweifellos nach den Marktanteilen der Lizenznehmer in Deutschland davon ausgegangen werden, daß der Umfang der mit der Einschränkung verbundenen Handelsbeeinträchtigung sehr wohl spürbar war. Entsprechendes gilt für das Verbot des getrennten Absatzes von Riggs. Insofern ist zwar nicht zu erkennen, daß zu der fraglichen Zeit irgendeine nennenswerte Nachfrage aus dem Ausland bestand (in den von der Kommission als Anlagen 8 und 9 zu ihrer Klagebeantwortung vorgelegten Dokumenten wird bekanntlich nur von Rigg*teilen* gesprochen). Einzuräumen ist aber, daß das genannte Verbot dazu führen konnte, daß ausländische Hersteller von Schwimmkörpern in ihren Absatzmöglichkeiten in Deutschland (wo sie mit Hilfe zugekaufter Riggs zu ganzen Geräten komplettiert werden konnten) beeinträchtigt wurden, und es ist auch nicht auszuschließen, daß dies ebenfalls in einer spürbaren Weise geschah.

2. Höchst zweifelhaft erscheint hingegen, ob vom Vorliegen des jetzt zu behandelnden Kriteriums auch gesprochen werden kann im Hinblick auf die übrigen in Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung behandelten Klauseln (wobei ich freilich von vornherein außer Betracht lasse die unter Ziffer 4 und 5 aufgeführten, und dies insbesondere, weil die uns bekanntgewordene Entwicklung der Umsatzzahlen eine Beeinträchtigung der Freiheit der Lizenznehmer nicht erkennen läßt).

a) Wie wir gesehen haben, ist die *Lizenzgebührenregelung* allenfalls zu beanstanden, soweit auch Gebühren zu entrichten waren für nicht vom deutschen Patent erfaßte Schwimmkörper (weil dies nämlich einen gesonderten Absatz von Schwimmkörpern ungerechtfertigt erschwerte). Hierzu ist aber (abgesehen davon, daß der Markt für Schwimmkörper ohnehin keine große Bedeutung hatte) festzuhalten, daß nicht bekannt ist, wieweit überhaupt ein Interesse an derartigem Absatz bei den Lizenznehmern bestand (denen sicher in erster Linie an der Auswertung der Erfindung — Herstellung von Riggs — und dem Verkauf kompletter Geräte gelegen war), und daß wir auch nicht wissen, welche Bedeutung insofern der zwischenstaatliche Handel hatte.

b) Was die Beschränkung der Möglichkeit, *in patentfreien Ländern die Herstellung* aufzunehmen, angeht, so nimmt die Kommission offenbar selbst an, daß es dabei jeweils vor allem um die Versorgung lokaler Märkte geht und daß dies folglich mit dem zwischenstaatlichen Handel kaum etwas zu tun hat. Höchst fraglich erscheint außerdem, ob es so zu einer realen Behinderung gekommen ist, muß doch daran gezweifelt werden, daß die Lizenznehmer schon bald nach Aufnahme ihrer Tätigkeit ein Interesse am Ausbau weiterer ausländischer Produktionsstätten hatten (zu denen es offenbar — obwohl dazu die neuen Verträge jede Möglichkeit ließen — bis zum heutigen Tag nicht gekommen ist).

c) Zu der in Absatz 3 von Artikel 1 der Entscheidung behandelten *Nichtangriffsklausel* schließlich heißt es in der Entscheidungsbegründung lediglich, sie habe das Patentrecht gegenüber allen Wettbewerbern verstärkt. Insofern ist aber nicht nur fraglich, ob von einer wirksamen Verstärkung tatsächlich gesprochen werden kann, hatten doch alle anderen Lizenznehmer — wie auch Dritte — durchaus die Möglichkeit, das Patent anzufechten. Festzustellen ist auch, daß die beanstandete Klausel offenbar nicht die geringste Bedeutung hatte, und dies zeigt insbesondere der Umstand, daß Ostermann, obwohl der neue Vertrag insofern jede Möglichkeit ließ, auch später von einem Angriff auf das Patent absah (sogar nach Übernahme der Firma durch den größten Konkurrenten der Klägerin).

3. Ich würde deshalb meinen, daß sich — zieht man alle nach Artikel 85 Absatz 1 maßgeblichen Kriterien in Betracht — nach einer kritischen Würdigung der von der Kommission getroffenen Feststellungen aus Artikel 1 ihrer Entscheidung nur diejenigen aufrechterhalten werden können, die in Absatz 1 unter den Ziffern 1 und 2 (Genehmigung der Bretter durch die Klägerin und Verbot des getrennten Verkaufs) aufgeführt sind. Im übrigen sind dem Antrag der Klägerin folgend die in Artikel 1 der angegriffenen Entscheidung getroffenen Feststellungen aufzuheben.

IV — *Zu Artikel 85 Absatz 3*

In der Entscheidung wurde auch zu der Frage Stellung genommen — und dies verlangt eine vollständige Prüfung gemäß Artikel 85 —, ob die Vereinbarungen, soweit sie mit Artikel 85 Absatz 1 nicht in Einklang sind, von diesem Verbot gemäß Absatz 3 des Artikels 85 freigestellt werden konnten. Nach Ansicht der Kommission kam dies nicht in Betracht, und zwar weil sowohl die formellen Voraussetzungen (Anmeldung bei der Kommission) fehlten als auch die materiellen Bedingungen dieser Vorschrift nicht erfüllt waren. Weil die Klägerin auch diese Wertung nicht für zutreffend hält, sind hierzu gleichfalls noch einige Bemerkungen angebracht.

1. Nach Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 kommt eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf nach dem Inkrafttreten der Verordnung abgeschlossene Vereinbarungen (mit solchen haben wir es im vorliegenden

Fall zu tun) nur in Betracht, wenn sie bei der Kommission angemeldet worden sind. Da dies für die jetzt interessierenden Lizenzvereinbarungen nicht zutrifft, ist wichtig, ob insofern die Ausnahmevorschrift von Artikel 4 Absatz 2 eingreift, die bekanntlich für Vereinbarungen gilt, an denen nur zwei Unternehmen beteiligt sind, wenn die Vereinbarungen — unter anderem — dem Erwerber oder dem Benutzer von gewerblichen Schutzrechten Beschränkungen hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte auferlegen.

Dies ist nach Auffassung der Kommission nicht der Fall, und tatsächlich sind — um dies gleich zu sagen — im Verfahren keine Argumente sichtbar geworden, die diese Wertung erschüttern könnten.

Insofern ist einfach die Erkenntnis maßgeblich, daß die in Artikel 1 Absatz 1 Ziffern 1 und 2 behandelten Beschränkungen (Genehmigung der Bretter und Verbot des getrennten Verkaufs, um die es jetzt allein noch geht), weil jedenfalls das deutsche Patent den Schwimmkörper nicht erfaßt, über das Patentrecht hinausgehen und somit nicht nur dessen Ausübung betreffen. Dies ist offensichtlich, soweit es um den für die Schwimmkörper geltenden Genehmigungsvorbehalt geht (weil er den Markt für Schwimmkörper betrifft); dies trifft aber auch zu für die Klausel, Riggs nicht gesondert abzugeben, denn sie hat unmittelbare Auswirkungen auf den Markt für Schwimmkörper.

Demgegenüber vermag der Hinweis der Klägerin offenbar nichts, ein Schwimmkörper sei ohne das Rigg nicht zu verwenden, die Ausnützung der Erfindung verlange also eine komplette Kombination und dafür sei auch der Schwimmkörper wichtig. Einmal nämlich darf nicht vergessen werden, daß es auch schon zur Zeit der Geltung der streitigen Vereinbarungen in gewissem Umfang getrennte Märkte für Bestandteile von Steh-seglern gegeben hat. Zum anderen hat die Kommission recht, wenn sie hervorhebt, die für die Anmeldepflicht geltenden Ausnahmevorschriften seien (weil für Beschränkungen des Wettbewerbs gedacht, die im allgemeinen als unschädlich angesehen werden könnten) eng auszulegen. Danach aber ist es nicht vertretbar, die Wendung „Ausübung dieser Rechte" in Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 extensiv und ohne Rücksicht auf den eindeutigen Schutzumfang eines Patentes anzuwenden.

2. Darüber hinaus ist auch zweifelhaft, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt waren, wonach u. a. verlangt wird eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts und wonach es erforderlich ist, daß keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind.

Diese von der Kommission gegebene Beurteilung erscheint jedenfalls zutreffend, was die Klausel anbelangt, Riggs nicht gesondert zu verkaufen, denn sie brachte nur Beschränkungen mit sich, wogegen positive Effekte im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 nicht zu erkennen waren. Entsprechendes dürfte aber auch für den in Artikel 1 Absatz 1 Ziffer 1 der Entscheidung behandelten Genehmigungsvorbehalt gelten. Selbst nämlich wenn man als legitim ein Interesse des Lizenzgebers an der Aufrechterhaltung eines gewissen Qualitätsstandards anerkennt (und dies im Hinblick auf die Wendung „Verbesserung der Warenerzeugung"), so war es dafür wohl angezeigt, von vornherein objektive und präzise Kriterien festzulegen. Ein allgemeiner und unbestimmt formulierter Genehmigungsvorbehalt dagegen, wie er sich in den streitigen Vereinbarungen fand, ist mit Artikel 85 Absatz 3 nicht in Einklang, insbesondere, wenn seine praktische Anwendung den Eindruck vermittelt, daß es dabei weniger um Qualitätsfragen als um Marktabgrenzungen ging.

Auch hier erscheint unerheblich, was die Klägerin vorgebracht hat, nämlich die bei der Lizenzerteilung verfolgte Politik habe zur raschen Entwicklung des deutschen Marktes wesentlich beigetragen und es sei, weil dabei auf eine Modellvielfalt Wert gelegt worden sei, zu einer Ausweitung der Erzeugung gekommen. In der Tat ist nicht recht zu erkennen, daß auf diese Weise Gesichtspunkte aufgezeigt worden wären, die für Artikel 85 Absatz 3 von Bedeutung sind. Außerdem ist anzunehmen, daß entsprechende wirtschaftliche Resultate auch durch Lizenzvereinbarungen ohne unzulässige Beschränkungen erreicht worden wären, kann doch davon ausgegangen werden, daß Lizenznehmer von sich aus im Wettbewerb bestrebt sind, durch Produktvielfalt die Markterschließung voranzutreiben.

V — *Zu Artikel 3 Absatz 1 der Entscheidung* (Festsetzung einer Geldbuße gegen die Klägerin im Hinblick auf die in Artikel 1 Absatz 1 Ziffern 2, 3 und 4 sowie in den Absätzen 2 und 3 festgehaltenen Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1)

Wie eingangs schon erwähnt, strebt die Klägerin in jedem Fall eine Aufhebung dieses Teils der Entscheidung an oder zumindest eine Herabsetzung des Betrages der Buße (was nach Artikel 172 des EWG-Vertrages möglich wäre). Was hierzu vorgebracht worden ist, macht noch folgende Stellungnahme notwendig.

1. Vorweg ist daran zu erinnern, daß solche Bußen nach Artikel 15 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 — in dem dort bezeichneten Rahmen — verhängt werden können bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung von Artikel 85 Absatz 1. Ausdrücklich heißt es dazu auch, zu berücksichtigen seien die Schwere des Verstoßes und die Dauer der Zuwiderhandlung.

Folgt man der Wertung, zu der ich bei der Würdigung der Entscheidung gelangt bin, so steht fest, daß von den von der Kommission für strafwürdig erachteten Verstößen gegen Artikel 85 Absatz 1 nur derjenige übrigbleibt, der sich aus der Verpflichtung ergibt, Riggs nicht getrennt zu verkaufen. Schon so gesehen wäre also eine erhebliche Herabsetzung der Buße angezeigt, denn wir wissen, daß für die Kommission bezüglich des Umfangs der Sanktion wichtig war, daß sie vier weitere Verstöße als sanktionsbedürftig angesehen hat.

2. Überlegt man sich weiter — aufgrund des Vorbringens der Klägerin zu den subjektiven Voraussetzungen des Artikels 15 und zu dem Aspekt „Schwere des Verstoßes" —, ob danach Anlaß besteht, die Buße gänzlich zu streichen, oder ob so wenigstens weitere Gesichtspunkte für eine Herabsetzung der Buße sichtbar geworden sind, so ist meines Erachtens dies festzuhalten:

a) Die Klägerin ist bekanntlich der Meinung, ein Schuldvorwurf könne ihr deswegen nicht gemacht werden, weil sie mit guten Gründen davon ausgehen konnte, das deutsche Patent erfasse — wie Patente in anderen Ländern — das ganze Stehsegelgerät, und es sei deshalb gerechtfertigt gewesen, in die Lizenzvereinbarungen Bestimmungen zur Herstellung und Vermarktung des ganzen Gerätes aufzunehmen.

Dem werden wir jedoch schwerlich folgen können. Generell ist hierzu zu sagen, daß unterschiedliche Patentsituationen nichts Ungewöhnliches sind, gibt es doch sogar in einigen Ländern (was der Klägerin wohlvertraut war) für das von ihr entwickelte Gerät überhaupt keinen Patentschutz. Was die deutsche Rechtslage im besonderen angeht, so hat die Kommission aber mit Recht für wichtig gehalten die im Januar 1974 am Patentanspruch und an der Patentbeschreibung vorgenommenen Korrekturen, nach denen

sich auch die Auslegung der Patentschrift im Juni 1974 richtete. Danach muß die Annahme, daß deutsche Patent erfasse auch den Schwimmkörper, in der Tat zumindest *fahrlässig* erscheinen. Darüber hinaus kann ein Schuldvorwurf wohl auch nicht ausgeschlossen werden durch den Hinweis auf sprachliche Probleme und die Tatsache, daß die Klägerin bei der Lizenzerteilung, die von amerikanischen Anwälten vorbereitet wurde und sich gleichzeitig auf das deutsche wie das britische Patent bezog, maßgeblich das britische Patent herangezogen hat. Insofern reicht die Erkenntnis aus, daß die Klägerin für das deutsche Patenterteilungsverfahren sich eines deutschen Anwaltes bediente. Er konnte sie hinsichtlich der Tragweite des deutschen Patentes beraten, und er hat im übrigen auch — wie wir gehört haben — die ausdrückliche Zustimmung der Klägerin zu den im Januar 1974 an den Patentansprüchen vorgenommenen Änderungen eingeholt.

b) Anzunehmen ist aber, daß bei der Bemessung der Sanktion — unter dem Gesichtspunkt „Schwere des Verstoßes" — jedenfalls zwei Aspekte, zu denen in der Entscheidung nichts gesagt ist, hätten berücksichtigt werden müssen.

aa) Nach der Schilderung der Marktsituation, wie ich sie eingangs versuchte, ist davon auszugehen, daß es getrennte Märkte für Teile von Stehseglern allenfalls ab 1979/80 gab und daß sie einen sehr bescheidenen Umfang aufwiesen. So gesehen erschien beim Abschluß der meisten Lizenzverträge die Annahme ganz normal, in der Regel würden komplette Geräte abgesetzt und es könnten dahin gehende Bestimmungen nicht als unzulässige Einschränkungen gelten. Zumindest muß — weil eine Nachfrage nach Riggs bei den Lizenznehmern nur belegt ist für Ende 1980 und Anfang 1981 — die in der Entscheidung getroffene Feststellung, das Verbot der getrennten Lieferung von Riggs (das Anbieter von Schwimmkörpern vom Markt ausschaltete) habe den Markt 1978 und 1979 schon *merklich* und in den Jahren 1980 und 1981 *maßgeblich* beeinflußt, als überzogen und in dieser Form unhaltbar gelten.

bb) Was die tatsächlichen Auswirkungen dieser Klausel angeht, so ist auch wichtig zum einen, daß sie offenbar — wenn es tatsächlich zu einer Nachfrage nach Riggs allein kam — nicht streng gehandhabt worden ist (wie der Fall Shark zeigt). Zum anderen stehen wir vor der Erkenntnis, daß — weil die Kommission die Lizenznehmer dazu nicht befragt hat — nicht zuverlässig bekannt ist, ob bei ihnen überhaupt ein Interesse am Absatz von Riggs allein bestand. Bezeichnend ist insofern immerhin, daß in einer von der Klägerin vorgelegten Erklärung (des Herrn Spanjer) davon die Rede ist, SAN habe von sich aus keine Riggs verkaufen wollen, und daß in ihr auch davon gesprochen wird, die Lizenznehmer hätten 1979 von sich aus (ohne eine Beteiligung der Klägerin) vereinbart, Riggs nicht getrennt abzugeben.

c) Hingegen würde ich meinen, daß andere Elemente, auf die die Klägerin hingewiesen hat, keinen Anlaß zur Beanstandung der Bußgeldentscheidung und zu einer weiteren Herabsetzung der Geldbuße geben.

Dies trifft zu für den Hinweis darauf, daß die Kommission *noch nie eine Entscheidung der vorliegenden Art* erlassen hat. Damit allein kann der Vorwurf der Fahrlässigkeit sicher nicht ausgeräumt werden.

Dies gilt auch für den Umstand, daß die Klägerin gleich nach Durchführung des Erörterungsgesprächs im Januar 1981 bereit war, die beanstandeten Vereinbarungen zu ändern. Hierzu hat die Kommission mit Recht angemerkt, dies sei nur von Bedeutung im Zusammenhang mit der *Dauer* der Verletzung. Dabei aber sei der genannte Umstand zur Geltung gekommen, habe die

Kommission Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 doch lediglich bis zum Jahre 1981 angenommen.

Dies gilt weiter für die Tatsache, daß es sich bei der Klägerin um eine verhältnismäßig kleine Firma handelt und daß Patentverletzer in Deutschland einen Marktanteil von rund 30 % haben (was für die Klägerin zu entsprechenden Einbußen bei den Lizenzgebühren führt). Insofern dürfte wohl die Erkenntnis ausreichen, daß die Kommission bei der Festlegung der Buße sehr weit von der in Artikel 15 der Verordnung Nr. 17 festgelegten Obergrenze (1 Million Rechnungseinheiten oder 10 % vom Umsatz des letzten Geschäftsjahres) entfernt geblieben ist.

Dies gilt schließlich auch für die Behauptung der Klägerin, die Initiative für die gerügte einschränkende Praxis sei von den Lizenznehmern ausgegangen, diese hätten auf die Lizenzgeberin Druck ausgeübt. Dafür wurden keine eindeutigen Belege beigebracht; insbesondere läßt sich der auf Anfrage des Gerichtshofes vorgelegten Korrespondenz nichts Derartiges entnehmen und vor allem nicht die Erkenntnis, daß gerade die Lizenznehmer bei der Abfassung der Verträge Wert auf die gerügte Klausel gelegt hätten. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang im übrigen noch den Gedanken anklingen ließ, die Festlegung einer Buße allein ihr gegenüber sei diskriminierend, ist nicht nur zweifelhaft, ob diese erst in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Überlegung überhaupt noch berücksichtigt werden kann. Man kann auch der Meinung sein, daß die Kommission — unter Hinweis auf die Rechts- und Interessenlage — überzeugende Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Klägerin einerseits und der Lizenznehmer andererseits aufgezeigt hat.

3. Läßt sich nach alledem festhalten, daß zwar kein Anlaß zu einer vollständigen Aufhebung des Artikels 3 Absatz 1 der Entscheidung besteht, aber doch eine ganz deutliche Herabsetzung angebracht ist im Hinblick auf die Tatsache, daß nur *ein* strafwürdiger Tatbestand (Verbot des getrennten Verkaufs von Riggs) erkennbar ist, so soll der Vollständigkeit halber noch kurz geprüft werden, ob Anlaß zu einer Herabsetzung der Buße auch bestehen würde, wenn man bei der Beurteilung der übrigen Klauseln, die die Kommission für sanktionswürdig erachtet hat, ihrer Wertung im Lichte des Artikels 85 Absatz 1 folgt.

So ist in bezug auf die Klausel, nach der *Lizenzgebühren* auch beim Absatz von Schwimmkörpern fällig wurden, meines Erachtens zu berücksichtigen — was die Kommission offenbar nicht getan hat —, daß ein solcher Markt seinerzeit nur sehr geringe Bedeutung hatte und daß auch ein Interesse der Lizenznehmer an solchen Absätzen, die durch die Gebührenregelung erschwert werden konnten, nicht zu erkennen ist.

Was die Verpflichtung zur Anbringung eines *Lizenzvermerks am Schwimmkörper* angeht, so ist wichtig auch, daß dadurch — dies zeigt die Entwicklung der Umsatzzahlen der Lizenznehmer — deren Entfaltungsmöglichkeiten offensichtlich nicht beeinträchtigt worden sind.

In bezug auf das *Verbot der Herstellung in patentfreien Gebieten* muß bemängelt werden, daß nicht untersucht wurde, ob es jemals praktische Bedeutung hatte oder ob es nicht — was naheliegt — wegen fehlenden Interesses der Lizenznehmer toter Buchstabe war.

Hinsichtlich der patentrechtlichen *Nichtangriffsklausel* schließlich ist von Bedeutung, daß sie durch Ten Cate in die Lizenzverträge aufgenommen worden ist und daß es der Klägerin bei der Übernahme dieser Verträge offenbar schwierig war, Änderungen

zu erreichen (die Ostermann und Shark von sich aus nicht verlangten). Außerdem ist zu erkennen, daß die Klägerin selbst offenbar kein Interesse an derartigen Klauseln hatte (sie fehlen durchweg in den von ihr selbst abgeschlossenen Lizenzvereinbarungen), wie übrigens auch anzunehmen ist, daß sie für Shark und Ostermann bedeutungslos waren, hatten diese Unternehmen doch auch später, als die Möglichkeit dafür eröffnet wurde, nie daran gedacht, das Patent zu bestreiten.

Ich komme also zu dem Ergebnis, daß das Bußgeld selbst dann herabgesetzt werden muß, wenn man sich, abweichend von der hier vertretenen Auffassung, die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Kommission zu eigen machen würde.

C — Ich fasse zusammen:

Nach meiner Überzeugung ist die Klage von WSI teilweise begründet. Aufzuheben ist demnach von Artikel 1 der Entscheidung der Kommission Absatz 1 Ziffer 3 (soweit sie mehr erfaßt als die Erhebung von Lizenzgebühren auf die Schwimmkörper), Absatz 1 Ziffern 4 und 5 sowie die Absätze 2 und 3. Außerdem ist die in Artikel 3 gegen die Klägerin festgesetzte Buße ganz erheblich herabzusetzen, wobei mir als Größenordnung diejenige von 10 000 ECU vorschwebt. Gerechtfertigt dürfte es überdies sein, bei derartigem Verfahrensausgang auszusprechen, daß jede Partei ihre eigenen Kosten trägt.