Landgericht Düsseldorf, 4c O 72/17

Datum:	11.07.2018
Gericht:	Landgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	4c O Patentkammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4c O 72/17
ECLI:	ECLI:DE:LGD:2018:0711.4C.O72.17.00

Tenor:

1. Die Klage wird als derzeit unbegründet abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelfer trägt die Klägerin.

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

4. Der Streitwert wird auf EUR 4.000.000,00 festgesetzt.

4c O 72/17		Verkündet am 11.7.2018 Brassel, Justizhauptsekretärin als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Landgericht Düsseldorf **IM NAMEN DES VOLKES** **Urteil**		

1

In der Zivilsache

2

3

hat die 4c. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorfauf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2018durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Klepsch, den Richter am Landgericht Dr. Schmitz und die Richterin Wimmers

für **R e c h t** erkannt: 4

1. Die Klage wird als derzeit unbegründet abgewiesen. 5

2. Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Streithelfer trägt die Klägerin. 6

3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar. 7

4. Der Streitwert wird auf EUR 4.000.000,00 festgesetzt. 8

T a t b e s t a n d: 9

Die Klägerin macht Ansprüche auf Unterlassung aus dem Europäischen Patent EP A (Anlage K 1, in nicht-amtlicher deutscher Übersetzung als Anlage K 2 vorgelegt; im Folgenden: Klagepatent) geltend, das unter Inanspruchnahme dreier US-amerikanischer Prioritäten vom 12. März 1999 (US B), 22. Oktober 1999 (US C) und 19. Januar 2000 (US D) am 10. März 2000 angemeldet und dessen Anmeldung am 23. August 2006 veröffentlicht wurde. Der Hinweis auf die Erteilung des Klagepatents wurde am 28. Mai 2008 bekanntgemacht. Das Klagepatent steht in Kraft. Von der Klage ausgenommen sind Komponenten der Unternehmen E und F, G, H, I, J, K, L, M oder N. 10

Das Klagepatent betrifft ein Mehrträger-Modulationssystem und ein entsprechendes Verfahren. Mit Schriftsatz vom 26. Juli 2016 (Anlagenkonvolut HL 7) hat die O im Parallelverfahren 4c O 81/17 zusammen mit der Streithelferin P und der von der Klägerin in einem Parallelverfahren ebenfalls ins Anspruch genommenen Q das Klagepatent angegriffen durch Erhebung einer Nichtigkeitsklage (5 Ni 51/16 (EP)), über die noch nicht entschieden ist. Auch über eine weitere gegen das Klagepatent gerichtete Nichtigkeitsklage der Beklagten zu 2) (5 Ni 50/16 (EP)) ist noch nicht entschieden. 11

Die Ansprüche 1, 7, 13 und 19 des Klagepatents lauten: 12

„1. Verfahren zum Ändern von Übertragungsparametern in einem Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, wobei ein nicht datentragendes DMT-Symbol nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen gesendet wird, gekennzeichnet durch Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols. 13

7. Verfahren zum Ändern von Empfangsparametern in einem Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nichtdatentragende DMT-Symbole zu empfangen, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, gekennzeichnet durch Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols. 14

13. Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol gesendet wird, mit Mitteln zum Ändern von 15

Übertragungsparametern, gekennzeichnet durch Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols.

19. Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, mit Mitteln zum Ändern von Empfangsparametern, gekennzeichnet durch Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols.“

Die nachstehend verkleinert wiedergegebe ent
entnommen und erläutern dessen technisc ramme zur
Funktionsweise von Ausführungsbeispiele

FIG. 4

Vom Empfänger eingeleitete NSRA 400

410 Initialisierung: Sender und Empfänger tauschen Informationen einschließlich der maximalen und minimalen Anzahl von Bit pro DMT-Symbol aus.

420 Während des Betriebs bestimmt der Empfänger, daß die Datenrate vergrößert oder verkleinert werden soll.

430 Wenn die neue Datenrate innerhalb der Ratenfähigkeiten des Senders liegt, schreitet der Empfänger zum nächsten Schritt voran.

440 "NSRA-Anforderung": der Empfänger sendet die neue BAT und die neue Datenrate unter Verwendung des AOC- oder EOC-Kanals zu dem Sender.

450 Der Sender empfängt die "NSRA-Anforderung".

460 "SRA Go": der Sender verwendet ein invertiertes Synchronisations-(Sync-)Symbol als ein Flag, um dem Empfänger zu signalisieren, daß die neue BAT verwendet werden wird.

470 Der Empfänger erkennt das invertierte Sync-Symbol ("SRA Go") und die neue BAT wird für den Empfang an dem ersten Rahmen oder einer endlichen Anzahl von Rahmen im Anschluß an das invertierte Sync-Symbol verwendet.

FIG. 5

Vom Sender eingeleitete NSRA

510 Initialisierung: Sender und Empfänger tauschen Informationen einschließlich der maximalen und minimalen Anzahl von Bit pro DMT-Symbol aus.

520 Der Sender bestimmt, daß die Datenrate vergrößert oder verkleinert werden soll.

530 Wenn die neue gewünschte Datenrate innerhalb der Ratenfähigkeiten des Empfängers liegt, schreitet der Sender zum nächsten Schritt voran.

540 "NSRA-Anforderung": der Sender sendet die neue gewünschte Datenrate unter Verwendung des EOC- oder AOC-Kanals zum Empfänger.

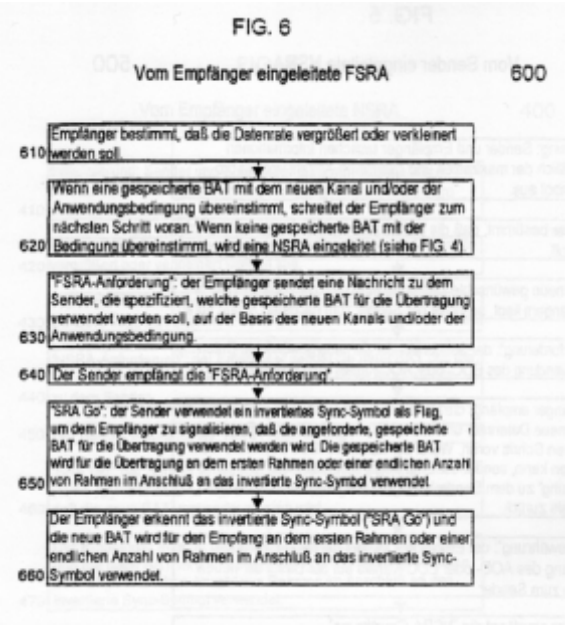
550 Der Empfänger empfängt die Nachricht "NSRA-Anforderung". Wenn der Kanal die neue Datenrate unterstützen kann, schreitet der Empfänger zum nächsten Schritt voran. Wenn der Kanal die neue Datenrate nicht unterstützen kann, sendet der Empfänger eine Nachricht "SRA-Verweigerung" zu dem Sender unter Verwendung des EOC- oder AOC-Kanals zurück.

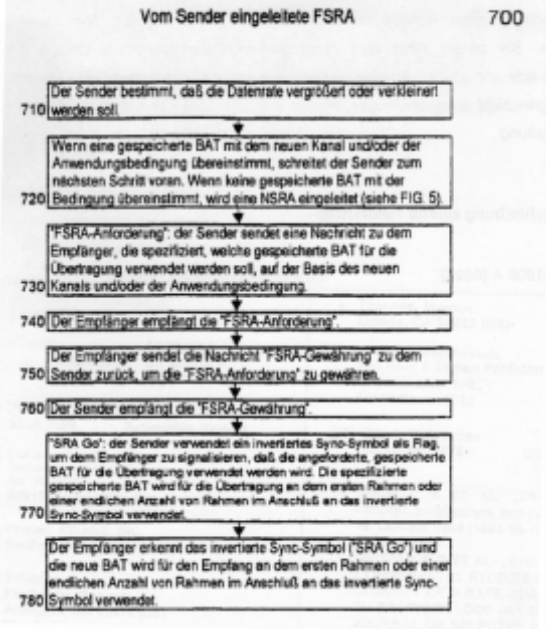
560 "NSRA-Gewährung": der Empfänger sendet die neue BAT unter Verwendung des AOC- oder EOC-Kanals auf der Basis der neuen Datenrate zum Sender.

570 Der Sender empfängt die "NSRA-Gewährung".

580 "SRA Go": der Sender verwendet ein invertiertes Sync-Symbol als Flag, um dem Empfänger zu signalisieren, daß die neue BAT verwendet werden wird. Die neue Tabelle wird für die Übertragung an dem ersten Rahmen oder einer endlichen Anzahl von Rahmen im Anschluß an das invertierte Sync-Symbol verwendet.

590 Der Empfänger erkennt das invertierte Sync-Symbol ("SRA Go") und die neue Tabelle wird für den Empfang an dem ersten Rahmen oder einer endlichen Anzahl von Rahmen im Anschluß an das invertierte Sync-Symbol verwendet.





Die Figuren 4 und 5 betreffen eine Übertragungsbitratenänderung des normalen, nahtlosen und ratenadaptiven Typs (englisch „normal, seamless and rate adaptive“, abgekürzt NSRA), wobei Figur 4 das Flussdiagramm der Übertagungsbitratenänderung durch einen Empfänger und Figur 5 das zugehörige Flussdiagramm der Übertragungsbitratenänderung durch einen Sender ist. Hingegen betreffen die Figuren 6 und 7 eine Übertragungsbitratenänderung des schnellen, nahtlosen und ratenadaptiven Typs (englisch „fast, seamless and rate adaptive“, kurz FSRA) und Figur 6 ist das Flussdiagramm dieser Übertragungsbitratenänderung durch den Empfänger und Figur 7 das zugehörige Flussdiagramm dieser Übertragungsbitratenänderung durch den Sender. 20

Die Beklagten bieten in der Bundesrepublik Deutschland unter anderem Telekommunikationsdienstleistungen im Bereich des Festnetzes an. Dazu gehört der von den Beklagten unterhaltene Betrieb von DSL-Anschlüssen nach den Standards ADSL2+ und VDSL2 (im Folgenden: angegriffene Verfahren), im Zuge dessen als teilnehmerseitige Transceiver DSL-Modems zum Einsatz kommen, die nach den Standards ADSL2+ und VDSL2 betrieben und von den Beklagten angeboten werden (im Folgenden: angegriffene Ausführungsformen). So bietet die Beklagte zu 2) auf ihrer Webseite unter anderem den „R“ an, der zur Verwendung mit ADSL2+ und VDSL2-Anschlüssen geeignet ist. Die Beklagte zu 1) bewirbt im Internet z.B. den „S“ unter Hinweis auf dessen VDSL2-Tauglichkeit. 21

Die Streithelferin P beliefert die Beklagten mit DSL-Transceivern und DSL-Boards, solchen Vorrichtungen, die im jeweiligen Netz eingesetzt werden, um einen Dienst nach den vorliegend relevanten Standards ADSL2+ und VDSL im Netz zu unterhalten. 22

Die Streithelferin T entwickelt und liefert Telekommunikationstechnologie, welche sie an Netzbetreiber und Diensteanbieter vertreibt. Die Beklagten wurden von ihr jedenfalls bis 2008 mit Transceivern für DSL-Systeme ausgestattet. Darunter befindet sich sowohl Ausrüstung, welche nach dem ADSL2+ Standard arbeitet, als auch solche, die für VDSL2 eingerichtet ist und dafür betrieben wird. Die Transceiver sind im Netz der Beklagten derzeit auch aktiv. 23

Die Streithelferin U beliefert die Beklagten mit Transceivern für DSL-Systeme. 24

Die frühere Inhaberin des Klagepatents, die Firma V, hat gegenüber der Standardorganisation der Internationalen Fernmeldeunion ITU, der ITU-T, eine Erklärung des 25

Inhalts abgegeben, dass sie sich verpflichtet, Lizenzen am Klagepatent zu fairen, vernünftigen und nicht-diskriminierenden Bedingungen („FRAND“) gegenüber Lizenzwilligen zu erteilen.

Die Klägerin hat die Beklagten wegen der Verletzung des Klagepatents bereits in einem vor dem hiesigen Gericht geführten Verfahren (Az. 4c O 5/16) auf Auskunft und Rechnungslegung sowie Schadensersatzfeststellung in Anspruch genommen. Daneben hat die Klägerin – wie auch im Hinblick auf die im hiesigen Verfahren geltend gemachten Unterlassungsansprüche – zeitgleich die O (nachfolgend: O; Az. 4c O 6/16) sowie die Q (nachfolgend: Q; Az. 4c O 4/16) auf Auskunft und Rechnungslegung sowie Schadensersatzfeststellung in Anspruch genommen. 26

Die Klägerin hat im parallelen Schadensersatzverfahren (Az. 4c O 5/16) die Verletzung des Klagepatentes durch die angegriffenen Ausführungsformen behauptet. Nach Klageerhebung haben die Beklagten ihre Lizenzbereitschaft (erneut) spezifisch für das Klagepatent erklärt (Anlage HRM 17). Am 25. März 2016, insoweit zwei Monate nach Erhebung der Schadensersatzklage (27. Januar 2016), hat die Klägerin ein erstes Lizenzangebot unterbreitet (vgl. Anlagekonvolut K 46; nachfolgend: erstes Lizenzangebot). Die Beklagten nahmen dieses erste Lizenzangebot nicht an und legten der Klägerin stattdessen mit Schreiben vom 6. Juni 2016 ein Gegenangebot (vgl. Anlagen K 54/K 54a; nachfolgend: Gegenangebot) nebst Begleitschreiben (vgl. Anlagen K 55) vor, legten Rechnung und leisteten Sicherheit (vgl. Anlage HRM 20). Im Zuge des Schadensersatzverfahrens unterbreitete die Klägerin am 13. März 2017 ein modifiziertes Lizenzangebot (vgl. Anlagenkonvolut K 46; nachfolgend: zweites Lizenzangebot), wobei dieses Angebot anders als das ursprüngliche Lizenzangebot die "W" (nachfolgend: W) als Lizenzgeberin vorsah. Die Klägerin teilte den Beklagten zudem mit, dass durch das zweite Lizenzangebot das erste Lizenzangebot erloschen sei. Schließlich überreichte die Klägerin mit der Replik vom 19. Februar 2018 ein drittes Lizenzangebot (vgl. Anlagenkonvolut K (Kart)1/K (Kart)1a; nachfolgend: drittes Lizenzangebot). In der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2018 erklärte die Klägerin, dass sie sich im Hinblick auf ihre FRAND-Obliegenheiten nur noch auf das dritte Lizenzangebot stütze. Wegen der weiteren Einzelheiten der Lizenzangebote wird auf die vorgenannten Anlagenkonvolute Bezug genommen. 27

Die Klägerin ist der Auffassung, die angegriffenen Verfahren verwirklichten die technische Lehre nach den Ansprüchen 1 und 7 des Klagepatentes unmittelbar und wortsinngemäß. Die angegriffenen Ausführungsformen verwirklichten die klagepatentgemäße Lehre nach den Ansprüchen 13 und 19 unmittelbar wortsinngemäß und diejenige nach den Ansprüchen 1 und 7 mittelbar wortsinngemäß. Dies ergebe sich einerseits aus dem Umstand, dass die angegriffenen Ausführungsformen und Verfahren – unstreitig – den technischen Standards der Nachrichtentechnik ADSL2+ und VDSL2 genügten, sowie andererseits aus der technischen Würdigung der Spezifikationen zu diesen Standards, nämlich den Standard-Dokumentationen der ITU G.992.5 (Anlage K 5 / K 5a) in Verbindung mit dem Dokument G.992.3 (Anlage K 6 / K 6a) zum Standard ADSL2+ und dem zugrundeliegenden Standard ADSL sowie der Standard-Dokumentation G.993.2 (Anlage K 7 / K 7a) zum Standard VDSL2. Insbesondere werde im Betrieb der angegriffenen Ausführungsformen und Verfahren ein Übertragungsparameter im Sinne des Klagepatents geändert, nämlich die Bitanzahl pro Subträger, und es werde die Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols verschoben, nämlich durch eine Invertierung des DMT-Symbols. 28

Sie ist der Auffassung, der Kartellrechtseinwand finde keine Anwendung, da es an einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin fehle. Insoweit seien andere Technologien wie 29

beispielsweise das Kabelnetz oder LTE vorhanden, die sowohl aus Sicht der Beklagten wie auch aus Sicht der Verbraucher mit DSL austauschbar seien. Entsprechendes stellten die Beklagten auch in ihrer Werbung heraus. Selbst wenn man eine marktbeherrschende Stellung annehme, habe sich die Klägerin FRAND verhalten. Jedenfalls das mit der Replik vorgelegte Lizenzangebot aus Februar 2018 entspreche den Anforderungen an ein FRAND-Angebot. Demgegenüber hätten sich die Beklagten nicht wie willige Lizenznehmer und damit nicht FRAND verhalten.

Die Klägerin meint, eine Aussetzung des Rechtsstreits bis zu einer Entscheidung über die Nichtigkeitsklagen sei nicht geboten, da sich das Klagepatent als rechtsbeständig erweisen werde. 30

Die Klägerin beantragt, 31

den Beklagten es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu EUR 250.000,00 – ersatzweise Ordnungshaft – oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft im Hinblick auf die Beklagten an ihren gesetzlichen Vertretern zu vollziehen ist, zu verbieten, 32

- 1. ein Verfahren zum Ändern von Übertragungsparametern in einem Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, wobei ein nicht datentragendes DMT-Symbol nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen gesendet wird, 33 34

in der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden oder anzubieten, 35

wenn das Verfahren ein Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfasst; 36

- 2. einen Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, und welcher dazu geeignet ist, ein Verfahren zum Ändern von Übertragungsparametern in dem Mehrträger-Sender auszuführen, wobei ein nicht datentragendes DMT-Symbol nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen gesendet wird, wobei das Verfahren ein Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfasst, 37 38

in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten oder zu liefern; 39

- 3. ein Verfahren zum Ändern von Empfangsparametern in einem Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, 40 41

in der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden oder anzubieten, 42

43

wenn das Verfahren ein Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfasst;

- 4. einen Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen und welcher dazu geeignet ist, ein Verfahren zum Ändern von Empfangsparametern in dem Mehrträger-Empfänger auszuführen, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, wobei das Verfahren ein Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfasst,

in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten oder zu liefern;

- 5. einen Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol gesendet wird, mit Mitteln zum Ändern von Übertragungsparametern

in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen, zu gebrauchen und/oder zu dem genannten Zweck einzuführen und/oder zu besitzen,

wenn die Mittel ein Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfassen;

- 6. einen Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen, wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, mit Mitteln zum Ändern von Empfangsparametern,

in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, in Verkehr zu bringen, zu gebrauchen und/oder zu dem genannten Zweck einzuführen und/oder zu besitzen

wenn die Mittel ein Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols umfassen.

Die Beklagten und die Streithelferinnen beantragen,

die Klage abzuweisen,

hilfsweise

den Rechtsstreit bis zur erstinstanzlichen Entscheidung über die u.a. von der Beklagten zu 2) erhobene Nichtigkeitsklage (5 Ni 50/16) auszusetzen.

Die Beklagten sind der Ansicht, dass die angegriffenen Ausführungsformen und -verfahren von der Lehre nach dem Klagepatent keinen Gebrauch machen würden. Die – ursprünglich angemeldete – klagepatentgemäße Lehre sei allein auf eine unterbrechungsfreie Anpassung der Datenübertragungsrate gerichtet gewesen, so dass der Fachmann den in den Ansprüchen verwendeten Begriff der „Übertragungs- bzw. Empfangsparameter“ allein auf die

Datenratenanpassung bezogen verstehe. Im Betrieb der angegriffenen Ausführungsformen und -verfahren würden keine Übertragungsparameter verändert, sondern lediglich die Zuordnung von Bits auf Subkanäle der Übertragung. Auch fehle es an einer patentgemäßen Phasenverschiebung, die DMT-Symbole würden nämlich invertiert, was nicht mit einer Phasenverschiebung einhergehe.

Die Beklagten sind ferner der Auffassung, dass der von ihnen erhobene Kartellrechtseinwand die Klägerin an der Durchsetzung ihres Anspruchs hindere. Der Einwand finde Anwendung, da die Klägerin eine marktbeherrschende Stellung inne habe. Die von der Klägerin als Alternative zur DSL-Technik angeführten Techniken wie das Kabelnetz, LTE, Richtfunk, Satellit usw. würden kein Substitut darstellen und das Verhalten der Klägerin und die vorgelegten Lizenzangebote seien nicht FRAND. Die Klägerin habe bereits deswegen den Anforderungen des EuGH an ein FRAND-konformes Verhalten nicht genügt, da sie die Beklagten nicht vor Erhebung der Klage auf eine Verletzung hingewiesen habe. Insoweit sei nicht auf die Erhebung der hiesigen Unterlassungsklage, sondern auf die Erhebung der Schadensersatzklage im Januar 2016 abzustellen. Das erste Lizenzangebot sei jedoch erst im März 2016, mithin zwei Monate nach Klageerhebung vorgelegt worden. In den Lizenzangeboten fehle es an ausreichenden und nicht diskriminierenden Regelungen zur Anpassung an eine Veränderung des Lizenzgegenstandes sowie zu erschöpften Komponenten. Die Klägerin setze ihre Rechte zudem nur selektiv und damit diskriminierend durch. Die seitens der Klägerin gewählten Bezugsgrößen, nämlich der geforderte Lizenzsatz und das Netzentgelt als Ausgangspunkt, seien industrieunüblich und insoweit ebenfalls diskriminierend. Schließlich sei nicht nachzuvollziehen, wieso die Lizenzangebote das Whole-Sale-Geschäft der Beklagten ausnähmen. Die seitens der Klägerin zur Begründung der Berechnungsgrundlage vorgelegten Vergleichslizenzverträge seien ungeeignet, den geforderten Lizenzsatz und die konkrete Berechnungsgrundlage zu erläutern, da es sich zum einen um Lizenzverträge handele, die aus Prozessvergleichen stammten, und zum anderen jeweils eine Einmalzahlung als Lizenzgebühr umfassten, die nicht auf eine Stücklizenz umgerechnet werden könnten. 60

Die Beklagten sind ferner der Auffassung, das Klagepatent werde sich in der Entscheidung über die beim Bundespatentgericht anhängige Nichtigkeitsklage als nicht rechtsbeständig erweisen. Insbesondere beruhe die klagepatentgemäße Lehre – soweit der von der Klägerin vertretenen weiten Auslegung der Ansprüche gefolgt werde – auf einer unzulässigen Erweiterung. Die ursprüngliche Anmeldung sei nur auf eine Änderung der Datenrate gerichtet gewesen, wohingegen die erteilten Ansprüche von Übertragungsparametern sprechen. Sollten unter den Begriff Übertragungsparameter auch andere Parameter als die Datenrate zu fassen sein, sei dies in der Ursprungsanmeldung nicht offenbart. Darüber hinaus sei die von Klagepatent beanspruchte technische Lehre nicht neu und habe jedenfalls durch den Stand der Technik nahegelegen. Das Klagepatent habe die Priorität der US B aus formalen wie materiellen Gründen nicht wirksam in Anspruch genommen, da die Klägerin zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht Inhaberin des Prioritätsrechts gewesen und der Erfindungsgegenstand des Klagepatents nicht von der Prioritätsanmeldung offenbart sei. Schließlich stehe auch die Stammanmeldung dem Klagepatent entgegen. 61

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie auf die zu der Akte gereichten Unterlagen ergänzend Bezug genommen. 62

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 63

Die zulässige Klage ist derzeit unbegründet. 64

I. 65

Die Klägerin ist in Bezug auf den geltend gemachten Unterlassungsanspruch aktivlegitimiert. 66

Gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 PatG kommt es für die Frage, wer grundsätzlich zur Geltendmachung von Ansprüchen wegen einer Patentverletzung prozessführungsbefugt ist, auf den Registerstand an. Danach bleibt – solange die Übertragung eines Patentes nicht im Register vermerkt wurde – allein der (zuvor) eingetragene Patentinhaber berechtigt, Ansprüche wegen Verletzung des Streitpatents gerichtlich geltend zu machen. Diese Wirkung tritt nicht nur in Verfahren vor dem Patentamt und dem Patentgericht sowie gerichtlichen Verfahren zur Überprüfung patentamtlicher Entscheidungen ein, sondern auch in einem Rechtsstreit wegen der Verletzung des Patents (vgl. BGH GRUR 2013, 713, 716f. – Fräsverfahren; Kühnen, Hdb. Patentverletzung, 10. Auflage, Kap. D, Rn. 83). 67

Die Eintragung im Patentregister hat jedoch keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage (Schäfers in Benkard, Kommentar zum Patentgesetz, 11. Auflage 2015, § 139 PatG, Rn. 16; Voß/Kühnen in Schulte, Kommentar zum Patentgesetz, 10. Auflage 2017, § 139, Rn. 7). Sie wirkt weder rechtsbegründend noch rechtsvernichtend mit der Folge, dass ihre Legitimationswirkung auf die Befugnis zur Führung von Rechtsstreitigkeiten aus dem Patent beschränkt ist (vgl. BGH GRUR 2013, 713, 716f. – Fräsverfahren). Für die Sachlegitimation im Verletzungsrechtsstreit maßgeblich ist daher nicht der Eintrag im Patentregister, sondern die materielle Rechtslage (vgl. BGH GRUR 2013, 713, 716f. – Fräsverfahren; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.09.2013, I-2 U 19/09, BeckRS 2013, 17381; OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.09.2013, I-2 U 100/07, BeckRS 2013, 18737). Soweit – wie im Streitfall – nur in die Zukunft gerichtete Unterlassungsansprüche geltend gemacht werden, ist die vorgenannte Differenzierung ohne Belang, weil die beklagte Partei nicht zur Unterlassung gegenüber einem bestimmten Berechtigten, sondern zur Unterlassung schlechthin verurteilt wird (BGH GRUR 2013, 713, 716f. – Fräsverfahren; vgl. auch Ohly, GRUR 2016, 1120ff.; Pitz, GRUR 2010, 688, 689; Kühnen, a.a.O., Kap. D, Rn. 86). 68

Unter Heranziehung der vorgenannten Grundsätze ist die Klägerin aktivlegitimiert. Denn die Klägerin war zum Zeitpunkt der Klageerhebung im – maßgeblichen – deutschen Patentregister eingetragen (vgl. Anlage K 3). 69

II. 70

1. 71

Das Klagepatent betrifft Kommunikationssysteme und Verfahren, die eine Mehrträgermodulation verwenden und insbesondere ein Kommunikations-Mehrträgersystem und Verfahren mit ratenadaptiver Mehrträgermodulation. 72

Wie das Klagepatent in seinen einleitenden Bemerkungen ausführt (Absatz [0002]) ist die Mehrträgermodulation ein für die Kommunikation über schwierige Medien geeignetes Verfahren, bei dem das Übertragungsfrequenzband in mehrere Träger, sogenannte Subkanäle, unterteilt wird und jeder Träger für sich ein einzelnes oder eine bestimmte Anzahl Bits moduliert. Dementsprechend moduliert der Sender bei der Mehrträgermodulation den Eingangsdatenstrom mit einem oder mehreren Trägern, während der Empfänger alle Träger demoduliert, um die übertragene Information als Ausgangsdatenstrom wiederherzustellen. 73

Das Klagepatent erkennt an (Absatz [0003]), dass die Mehrträgermodulation (englisch: Discrete Multitone Modulation, kurz DMT) gegenüber der Einzelträgermodulation vorteilhaft 74

ist im Hinblick auf eine größere Immunität gegenüber Impulsrauschen und gegenüber Schmalbandstörungen, niedrigere Anforderungen an die Komplexitätsentzerrung bei der Verwendung mehrfacher Übertragungswege und eine höhere Flexibilität bei den Datenraten und der Bandbreite. Aus diesen Gründen kommt die Mehrträgermodulation zum Einsatz in Systemen für ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line mit unterschiedlich Upload- und Downloadraten), für drahtlose LANs (local area F) und Systeme der Kommunikation über Stromleitungen. In diesem Zusammenhang nimmt das Klagepatent Bezug auf die Standards G.992.1 und G.992.2 der ITU (International Telecommunication Union) und den Standard T1.413 des ANSI (American National Standard Institute), die jeweils Standardimplementierungen der Mehrträgermodulation für ADSL-Sender und -Empfänger spezifizieren.

Wie das Klagepatent weiter in Absatz [0005] zum technischen Hintergrund ausführt, wird bei der Mehrträgermodulation eine inverse diskrete Fouriertransformation (englisch: Inverse Discrete Fourier Transform, kurz IDFT) des zu übertragenden Signals verwendet, um eine bestimmte Anzahl von Bits in jeden der Subkanäle zu modulieren. Die Anzahl der Bits auf jedem Subkanal hängt vom Signal/Rausch-Verhältnis (englisch: Signal to Noise Ration, kurz SNR) und den Anforderungen an die Bitfeh-lerrate (englisch: Bit Error Rate, kurz BER) auf der Übertragungsstrecke ab. Wie viele Bits eines sog. DMT-Symbols, also einer im Wege der Mehrträgermodulation zu übertragenden Information, auf welchen Subkanal moduliert werden, wird dabei in sogenannten Bit-Zuteilungstabellen (englisch: Bit Allocation Table, kurz BAT) festgelegt, wie sie beispielhaft in Tabelle 1 des Klagepatents (Absatz [0006]) für ein Mehrträgersystem mit 16 Subkanälen gezeigt ist. Ferner erläutert das Klagepatent (Absatz [0007]), dass sich die Übertragungsbedingungen wie beispielsweise die SNR ändern und sich dabei auf bestimmte Subkanäle beschränken können. Das kann es erforderlich machen, die Modulation auf die Subkanäle, also die jeweils verwendete BAT zu ändern, um eine sinnvolle Codierung und Übertragung zu gewährleisten. 75

Die vorbekannten Standards G.992.1 und T1.413 sehen einen Mechanismus zur on-line Anpassung der Datenrate vor, also der Anpassung der Datenrate während der Übertragung, und zwar die sogenannte dynamische Ratenanpassung (englisch: Dynamic Rate Adaption, kurz DRA). Dabei wird aber in diesen Standards ausdrücklich herausgestellt, dass der Wechsel der Datenrate nicht nahtlos geschehen kann. Ferner nutzen die derzeitigen ADSL Modems zur Mehrträgermodulation im Allgemeinen Bit Swapping und DRA als Verfahren zur online Anpassung an Kanaländerungen. Nach den Standards der ITU und des ANSI ist Bit Swapping als ein Verfahren spezifiziert, durch welches die Anzahl der einem bestimmten Subkanal zugewiesenen Bits verändert wird. Dabei ist Bit Swapping nahtlos, führt also nicht zu einer Unterbrechung der Übertragung oder des Empfangs von Daten. Allerdings gestattet Bit Swapping keine Veränderung der Datenrate, sondern ist auf die Veränderung der Zuweisung von Bits zu den einzelnen Trägern (Subkanälen) bei gleichbleibender Datenrate beschränkt. DRA hingegen erlaubt zwar eine Veränderung der Datenrate, funktioniert aber nicht nahtlos und ist außerdem sehr langsam, weil es eine Entscheidung des Modems im sogenannten Central Office (CO) über die abschließende Konfiguration der Datenrate voraussetzt. Sowohl Bit Swapping als auch DRA folgen einem spezifischen Protokoll, das in den Standards G.992.1 und G.992.2 sowie T1.413 festgelegt ist. Dieses Protokoll ist empfindlich gegenüber Impulsrauschen und Rauschpegeln. Denn bei einer fehlerhaften Übertragung können Sender und Empfänger in einen Zustand geraten, in dem sie unterschiedliche Übertragungsparameter nutzen, so dass die weiteren Daten fehlerhaft empfangen werden und die Modems drastische Maßnahmen ergreifen müssen wie beispielsweise die vollständige erneute Initialisierung, was bis zu 10 Sekunden dauern kann, während derer die Übertragung völlig unterbrochen ist. 76

Das Klagepatent erachtet es daher als Notwendigkeit (Absatz [0023]), ein verbessertes Übertragungssystem mit Mehrträgermodulation zu schaffen und bezeichnet es insoweit als technische Aufgabe, die genannten technischen Probleme mit den vorbekannten Übertragungssystemen zu überwinden. 77

Als Stand der Technik würdigt das Klagepatent in diesem Zusammenhang die US X, die ein Kommunikationssystem unter Nutzung der Mehrträgermodulation offenbart, bei dem eine primäre Übertragungsstelle in regelmäßigen Abständen von sekundären Übertragungsstellen die Aktualisierung einer Bit-Belastungs-Information anfordert. Sobald die primäre Empfangsstelle die aktualisierte Bit-Belastungs-Information empfangen hat, bestimmt sie eine aktualisierte Rufbit-Belastungstabelle für jede aktive Verbindung. 78

Ferner würdigt das Klagepatent die WO Y als vorbekannt, die eine adaptive Bit-Zuweisung bei veränderlicher Bandbreite in einer Mehrträgerkommunikation offenbart. Bei der Verteilung von Daten auf die Kanäle eines ADSL-Kommunikationssystems misst ein adaptiver Algorithmus von Zeit zu Zeit das Signal/Rausch-Verhältnis der einzelnen Kanäle und bestimmt einen Bereich für jeden Kanal in Abhängigkeit der zu erreichenden Bit-Fehlerrate und der gewünschten Datenübertragungsrate. 79

Vor dem Hintergrund dieses Standes der Technik formuliert es das Klagepatent in Absatz [0026] als Aufgabe (technisches Problem), eine verbesserte Übertragung mit Mehrträgermodulation bereitzustellen, bei der die Übertragungsparameter auf sowohl einfache als auch verlässliche Weise geändert werden können. 80

Zur Lösung dieser Aufgabe schlägt das Klagepatent in seinem Anspruch 1 ein Verfahren mit folgenden Merkmalen vor: 81

1 Verfahren zum Ändern von Übertragungsparametern in einem Mehrträger-Sender, 82

1.a der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, 83

1.b wobei ein nicht datentragendes DMT-Symbol nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen gesendet wird, 84

gekennzeichnet durch 85

1.c Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols. 86

Ferner schlägt das Klagepatent in seinem Anspruch 7 ein Verfahren mit folgenden Merkmalen vor: 87

7 Verfahren zum Ändern von Empfangsparametern in einem Mehrträger-Empfänger, 88

7.a der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen, 89

7.b wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, 90

gekennzeichnet durch 91

92

7.c Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols.

Außerdem lehrt das Klagepatent in Anspruch 13 einen Mehrträger-Sender mit folgenden Merkmalen: 93

13 Mehrträger-Sender, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu senden, 94

13.a wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol gesendet wird, 95

13.b mit Mitteln zum Ändern von Übertragungsparametern, 96

gekennzeichnet durch 97

13.c Signalisieren einer Änderung von Übertragungsparametern mit einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols. 98

Schließlich schlägt das Klagepatent in seinem Anspruch 19 einen Mehrträger-Empfänger mit den folgenden Merkmalen vor: 99

19 Mehrträger-Empfänger, der dafür ausgelegt ist, datentragende DMT-Symbole und nicht datentragende DMT-Symbole zu empfangen, 100

19.a wobei nach jeden N datentragenden DMT-Symbolen ein nicht datentragendes DMT-Symbol empfangen wird, 101

19.b mit Mitteln zum Ändern von Empfangsparametern, 102

gekennzeichnet durch 103

19.c Detektieren einer Änderung der Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols. 104

2. 105

Die Parteien streiten – zu Recht – alleine um die Verwirklichung der Merkmale 1 / 7 / 13.b und 19.b einerseits sowie um die Verwirklichung der Merkmale 1.c / 7.c / 13.c und 19.c andererseits. Es lässt sich indes feststellen, dass auch diese streitigen Merkmale durch die angegriffenen Ausführungsformen und -verfahren verwirklicht werden. 106

a) 107

Die untereinander parallelen Merkmale 1, 7, 13.b und 19.b, die eine Veränderung von Übertragungsparametern in einer Mehrträger-Kommunikation lehren und voraussetzen, sind verwirklicht. 108

aa) 109

Die Änderung von Übertragungsparametern in einer Mehrträger-Kommunikation setzt voraus, dass einer oder mehrere der maßgeblichen technischen Gegebenheiten, die Art und Geschwindigkeit der digitalen Kommunikation innerhalb eines Mehrträger-Systems bestimmen, während der laufenden Kommunikation verändert werden können. Zu diesen maßgeblichen Parametern gehört auch die Datenübertragungsrate. Es kommt aber nicht alleine die Änderung dieses Parameters in Betracht, sondern auch die Änderung anderer 110

Parameter, die die Kommunikation kennzeichnen, beispielsweise die Verteilung der übertragenen Bits auf einen anderen Sub-Kanal (Bit Swapping).

Dies folgt aus dem für die Bestimmung des Schutzbereichs maßgeblichen Wortlaut der jeweiligen Ansprüche in ihrem Gesamtzusammenhang. Nach Art. 69 Abs. 1 S. 1 EPÜ wird der Schutzbereich eines Patents durch die Patentansprüche bestimmt, wobei auch die Beschreibung und die Zeichnungen heranzuziehen sind (Art. 69 Abs. 1 S. 2 EPÜ). Die Auslegung der Patentansprüche dient nicht nur der Behebung etwaiger Unklarheiten, sondern auch zur Erläuterung der darin verwendeten technischen Begriffe sowie zur Klärung der Bedeutung und der Tragweite der dort beschriebenen Erfindung. Dabei ist bei der für die Bestimmung des Schutzbereichs gebotenen Auslegung des Patentanspruchs nicht die sprachliche oder logisch-wissenschaftliche Bedeutung der im Patentanspruch verwendeten Begriffe maßgeblich, sondern deren technischer Sinn, der unter Berücksichtigung von Aufgabe und Lösung, wie sie sich objektiv für den von dem Klagepatent angesprochenen Fachmann aus dem Patent ergeben (BGH GRUR 1975, 422, 424 – Streckwalze). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang der Sinngehalt des Patentanspruchs in seiner Gesamtheit und der Beitrag, den die einzelnen Merkmale zum Leistungsergebnis der patentierten Erfindung beitragen (BGH GRUR 2007, 410, 413 – Kettenradanordnung). Unerheblich ist grundsätzlich, ob sich aus anderen, außerhalb des zulässigen Auslegungsmaterials liegenden Unterlagen ein anderes Verständnis von einem in der Patentschrift verwendeten Begriff ergibt, solange sich nicht in der Patentschrift Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass ein solches Verständnis auch im Zusammenhang mit der geschützten Lehre zugrunde zu legen ist. Denn die Patentschrift stellt gleichsam ihr eigenes Lexikon dar (BGH GRUR 2002, 515ff. – Schneidmesser I; GRUR 1999, 909ff. – Spannschraube). 111

Der Fachmann erkennt mit Blick auf die zueinander parallelen Merkmale 1, 7, 13.b und 19.b, dass die technische Funktion der klagepatentgemäßen Lehre in der Änderung von Übertragungsparametern innerhalb einer laufenden Mehrträger-Kommunikation liegt, wobei die Ansprüche 1 und 13 den Blickwinkel des Senders und die Ansprüche 7 und 19 denjenigen des Empfängers betreffen. Dem Fachmann ist dabei – zumal aus dem vom Klagepatent gewürdigten Stand der Technik – bekannt, dass eine Mehrträger-Kommunikation in der Übertragung von DMT-Symbolen besteht. Die Übertragungsparameter sollen klagepatentgemäß während der laufenden Kommunikation geändert werden, Merkmale 1.b, 7.b, 13.a bzw. 19.a, in welchen das Klagepatent die Übertragung eines nicht datentragenden DMT-Symbols in bestimmten Abständen innerhalb der laufenden Kommunikation vorschreibt, nämlich nach einer bestimmten Anzahl N datentragender DMT-Symbole. Diesem Zusammenhang entnimmt der Fachmann, dass die Änderung der Übertragungsparameter erstens nur in diesen Intervallen, nämlich nach Übertragen von N datentragenden DMT-Symbolen möglich ist, und zweitens nicht jedes Mal nach Ablauf dieses Intervalls geschieht, sondern nur dann, wenn die Phase des nicht datentragenden Symbols geändert wird. 112

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann der Fachmann dem Anspruchswortlaut hingegen keine Beschränkung in der Weise entnehmen, dass der einzige zu ändernde Übertragungsparameter die Datenübertragungsrate wäre. Im Gegenteil ist ihm bekannt – und dieser Stand der Technik ist in Absatz [0006] des Klagepatents im Einzelnen gewürdigt –, dass ein wichtiger Parameter der Mehrträger-Kommunikation die Zuordnung von einzelnen Bits zu bestimmten Subkanälen ist. Dies ist, wie der Fachmann weiß, deshalb von Bedeutung, weil sich die Qualität der drahtlosen Übertragung auf den einzelnen Subkanälen verändern und sich deshalb die Notwendigkeit ergeben kann, die Zuweisung der Bits auf die Subkanäle und damit die der Kommunikation zugrunde liegende Bitzuweisungstabelle (BAT) 113

zu verändern.

Gestützt wird diese Sichtweise durch die allgemeine Beschreibung der klagepatentgemäßen Lehre, die gemäß Art. 69 Abs. 1 Satz 2 EPÜ für die Auslegung des Patenanspruchs heranzuziehen ist. Dort führt das Klagepatent in Absatz [0021] aus (Hervorhebung hinzugefügt): 114

„Sowohl Bitswapping als auch DRA verwenden ein spezifisches Protokoll, das in ANSI T1.413, G.992.1 und G.992.2 spezifiziert wird, zur Aushandlung der Änderung. Dieses Protokoll handelt Parameter unter Verwendung von Nachrichten aus, die über einen AOC-Kanal, der ein eingebetteter Kanal ist, gesendet werden. Dieses Protokoll reagiert empfindlich gegenüber Impulsrauschen und hohen Rauschpegeln. Wenn die Nachrichten verfälscht werden, können Sender und Empfänger in einen Zustand eintreten, in dem sie verschiedene Übertragungsparameter (z.B. BAT, Datenrate, R-S-Codewortlänge, Verschachtelungstiefe usw.) verwenden. 115

Dem entnimmt der Fachmann, dass es – mit Blick auf die erfindungsgemäße Lehre – verschiedene Übertragungsparameter gibt und das Klagepatent insoweit unter dem im Anspruchswortlaut verwendeten Begriff „Übertragungsparameter“ nicht nur die Datenrate, sondern vielmehr auch andere für die Übertragung relevante Parameter versteht, die geändert werden können. Dem Fachmann ist insoweit auf Grund seines Fachwissens auch bewusst, dass sämtliche der vorgenannten Parameter geändert werden können und zwar unabhängig voneinander. 116

Das gegen dieses Verständnis des Klagepatentes erhobene Argument der Beklagten, die Stammanmeldung zum Klagepatent WO DD(vorgelegt als Anlage BDP 2WO zur als Anlage HRM 12 vorgelegten parallelen Nichtigkeitsklage), habe lediglich die Änderung der Datenrate, nicht aber die Änderung anderer Übertragungsparameter offenbart und beansprucht, vermag bereits aus rechtlichen Gründen nicht durchzugreifen: Die Stammanmeldung kann, ebenso wie andere Dokumente aus dem Erteilungsverfahren, nicht als Auslegungsmaterial herangezogen werden, sondern allenfalls als Indiz für ein etwaiges Verständnis des Anmelders dienen (vgl. BGH GRUR 2002, 511 – Kunststoffrohrteil; Kühnen, a.a.O., Kap. A, Rn. 73ff. m.w.N.). 117

bb) 118

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass im Zuge der angegriffenen Verfahren und im Betrieb der angegriffenen Ausführungsformen jedenfalls die Bitzuweisung auf die Subkanäle laufend überprüft und wenn notwendig verändert wird (Bit Swapping). Damit findet eine klagepatentgemäße Änderung von Übertragungsparametern statt. 119

b) 120

Auch die zueinander parallelen Merkmale 1.c, 7.c, 13.c und 19.c, gemäß denen die Phase des nicht datentragenden DMT-Symbols geändert werden muss, werden durch die angegriffenen Verfahren und Ausführungsformen verwirklicht. 121

aa) 122

Das Klagepatent setzt insoweit voraus, dass dasjenige nicht-datentragende DMT-Symbol, welches eine Änderung der Übertragungsparameter signalisiert, aus dem zuvor übertragenen nicht-datentragenden DMT-Symbol durch eine Phasenänderung des für das nicht- 123

datentragende DMT-Symbol übertragenen Signals gewonnen wird, wobei ein DMT-Symbol eine Abfolge von Bits ist, die im Wege der Quadratur-Amplituden-Modulation (QAM) in ein Signal umgewandelt wird. Eine durch die Phasenänderung bewirkte Änderung der Bitfolge eines zweiten gegenüber einem ersten nicht-datentragen DMT-Symbol kann im Einzelfall auch zu einer Invertierung der Bitfolge führen, also der stellenweisen Vertauschung der Ziffern 1 und 0 gegeneinander. Dies ist jedoch nicht zwingend, so dass eine Invertierung der Bitfolge nicht vorausgesetzt wird.

Auch diese Schutzbereichsbestimmung ergibt sich aus dem Wortlaut der jeweiligen Ansprüche in ihrem Gesamtzusammenhang. Wie oben unter Ziff. II.2.a) ausgeführt, erkennt der Fachmann, dass klagepatentgemäß die Änderung von Übertragungsparametern innerhalb einer laufenden Mehrträger-Kommunikation geschieht. Zum allgemeinen Fachwissen des Fachmanns gehört außerdem, dass die Modulation innerhalb einer Mehrträger-Kommunikation durch eine Quadratur-Amplituden-modulation (englisch: Quadrature Amplitude Modulation, kurz QAM) geschieht, was sich beispielsweise aus dem in Absatz [0005] des Klagepatents gewürdigten Stand der Technik ergibt. Auch erkennt der Fachmann, dass die Phasenänderung des nicht-datentragenden DMT-Symbols bezogen sein muss auf das zuvor gesendete nicht-datentragende DMT-Symbol, die Phase der beiden – im Abstand von N datentragenden DMT-Symbolen – aufeinander folgenden DMT-Symbole muss also zueinander verschoben sein, damit die Übertragungsparameter klagepatentgemäß geändert werden. 124

Weil dem Fachmann die Funktionsweise der QAM bekannt ist (siehe dazu die von den Beklagten vorgelegte Darstellung Anlage HL 3), würdigt er den vom Klagepatent verwendeten Begriff der Phasenänderung in der Weise, dass es um die Änderung der Phase des übertragenen Signals geht, und zwar vor dem Hintergrund, dass das Signal aus der Addition zweier Basisbandsignale, jeweils multipliziert mit gegeneinander phasenverschobenen Kreisfrequenzen, besteht und sich das Ergebnis als komplexer Wert in einem Koordinatensystem darstellen lässt. 125

Eine nach der Lehre des Klagepatents erforderliche Phasenänderung um einen bestimmten Winkel setzt – anders als die Beklagten meinen – nicht etwa die Drehung um einen bestimmten Winkel innerhalb der Darstellung der quantisierten QAM im Koordinatensystem voraus, sondern es genügt die Verschiebung des Signals um eine Phase, also die Verschiebung um einen bestimmten Wert auf der Abszisse des Koordinatensystems. Eine solche Verschiebung (Phasenänderung) führt zu einem anderen Punkt in der Darstellung der quantisierten QAM im Koordinatensystem, aber nicht notwendiger Weise zu demjenigen Punkt, der um den betreffenden Winkel versetzt liegt und der insoweit der invertierten Bitfolge entspricht. Anders ausgedrückt kann eine Phasenänderung des QAM-Signals auch zu einer bitweisen Invertierung der kodierten Bitfolge führen, muss es aber nicht zwingend. 126

Dieses Verständnis wird insbesondere auch durch die abhängigen Ansprüche gestützt. So ist nach dem auf Anspruch 1 rückbezogenen Unteranspruch 2 des Klagepatents beispielsweise eine Phasenänderung von 180 Grad gelehrt, nach dem weiteren, auf Anspruch 2 und Anspruch 1 rückbezogenen Unteranspruch 5 ein invertiertes Sync-Symbol. Dem entnimmt der Fachmann, dass auch eine Phasenänderung um einen anderen Winkel als 180 Grad klagepatentgemäß ist, dass aber ein (bitweise) invertiertes Symbol ein um 180 Grad phasenverändertes Signal sein kann, aber nicht sein muss. 127

Dieses Verständnis wird ferner durch die Beschreibung belegt, die – wie zuvor ausgeführt – gemäß Art. 69 Satz 2 EPÜ für die Auslegung der Ansprüche heranzuziehen ist. In Absatz [0079] wird als Ausführungsbeispiel der klagepatentgemäßen Lehre die normale nahtlose 128

Ratenanpassung (englisch: normal seamless rate adaption, kurz NSRA) dargestellt und dabei ein invertiertes Sync-Symbol als das für die Datenratenänderung maßgebliche DMT-Symbol vorgestellt und zugleich als um die Phase 180 Grad verschobenes Symbol definiert. Zugleich wird es als Möglichkeit genannt, eine andere Phasenverschiebung als 180 Grad zu verwenden. Ferner wird in Absatz [0094] des Klagepatents der Übergang in den Low-Power-Modus als weiteres Ausführungsbeispiel erläutert. Auch dort wird wiederum das invertierte Sync-Symbol als um 180 Grad phasenverschobenes Signal definiert und zugleich die Möglichkeit einer anderen Phasenverschiebung genannt.

bb) 129

Demnach lässt sich bei den angegriffenen Verfahren und Ausführungsformen eine Verwirklichung der Merkmale 1.c, 7.c, 13.c bzw. 19.c feststellen: Die Beklagten behaupten lediglich, die Änderung der Übertragungsparameter im ADSL2+ und VDSL2-Standard werde durch ein invertiertes Symbol signalisiert. Das steht aber nicht der Annahme entgegen, dass die Invertierung des Symbols auf einer klagepatentgemäßen Phasenverschiebung beruht. 130

III. 131

Das allein auf eine Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung gerichtete Klagebegehren hat jedoch keinen Erfolg, weil insoweit derzeit der kartellrechtliche Zwangslizenzeinwand der Beklagten durchgreift (Art. 102 AEUV), welcher vorliegend Anwendung findet. 132

1. 133

Die Klägerin verfügt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV. 134

a) 135

„Marktbeherrschung“ meint in diesem Kontext die wirtschaftliche Macht, die es einem Unternehmen erlaubt, einen wirksamen Wettbewerb auf dem (zeitlich, räumlich und sachlich relevanten) Markt zu verhindern und sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten (EuGH Slg 78, 207 Rn 65 f. - United Brands; EuGH Slg 79, 461 Rn 38 f. - Hoffmann-La Roche). Es handelt sich um einen objektiven Begriff, der auf eine tatsächliche wirtschaftliche Lage verweist (vgl. EuGH Az. C 170/13, Urt. v. 16. Juli 2015 idF des Berichtigungsbeschlusses vom 15. Dezember 2015; GRUR 2015, 764 Rn. 45 – P Technologies/CC, nachfolgend kurz: „EuGH-Urteil a.a.O.“; de Bronett, in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 22, Rn. 11 m.w.N.). 136

Die notwendige exakte Abgrenzung des (sachlichen und räumlichen) Marktes, auf dem Unternehmen konkurrieren, kann mittels des sog. Bedarfsmarktkonzepts (vgl. näher dazu etwa Wiedemann, in: Wiedemann, a.a.O., § 23, Rn. 11 ff m.w.N.) erfolgen. Es sind diejenigen Wettbewerbskräfte zu eruieren, denen die betreffenden Unternehmen unterliegen. Ferner werden diejenigen Unternehmen bestimmt, welche tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und einen Entzug vom Wettbewerbsdruck verhindern. Es ist zu klären, welche Produkte bzw. Dienstleistungen aus der Sicht der Nachfrager funktionell gegeneinander austauschbar sind. Demselben sachlichen Markt wird zugeordnet, was aufgrund der jeweiligen Eigenschaften, Preise und Verwendungszwecke aus Sicht der Nachfrager nicht durch andere Produkte bzw. Dienstleistungen substituierbar ist. Zu berücksichtigen ist dabei ein Zusammentreffen mehrerer Faktoren (etwa Marktanteil; Unternehmensstruktur; Wettbewerbssituation; Verhalten auf dem Markt; grds. jedoch nicht der Preis, vgl. Wiedemann, a.a.O., § 23, Rn. 12). 137

Einzelne Faktoren müssen jeweils für sich betrachtet nicht notwendig den Ausschlag geben. Das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stellt – wie jeder Mitgliedsstaat – insoweit zugleich einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes dar (vgl. EuGH Slg. 1983, 3461, Rn. 103 – Michelin/Komm).

Im Zusammenhang mit den hier geltend gemachten Verbietungsrechten aus einem Patent ist die geschilderte Abgrenzung in Bezug auf den Lizenzvergabemarkt vorzunehmen (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 206): Anbieter ist der Patentinhaber, dem allein eine Lizenzvergabe am jeweiligen Patent möglich ist; Nachfrager ist der an der patentgeschützten Technik interessierte Anwender. Grundsätzlich führt jedes Patent zu einem eigenen sachlich relevanten Markt, es sei denn, dass im Einzelfall eine - aus der Sicht der Nachfrager - gleichwertige Technologie für dasselbe technische Problem zur Verfügung steht. Anerkanntermaßen ist mit der bloßen Inhaberschaft von Patenten allein noch keine marktbeherrschende Stellung verbunden. Erhält der Patentinhaber allerdings aufgrund hinzutretender Umstände die Möglichkeit, mittels seiner Monopolstellung wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt (hier: auf dem nachgeordneten Produktmarkt für (aufgrund des Patents) lizenzpflichtige Waren/Dienstleistungen) zu verhindern, so liegt eine marktbeherrschende Stellung vor (EuGH GRUR Int 1995, 490 – Magill TVG Guide; EuGH WuW 2013, 427 – Astra Zeneca). 138

Selbst ein standardessentielles Patent („SEP“) als solches begründet nach zutreffender Auffassung noch keine hinreichende Bedingung für eine Marktbeherrschung; auf die Standardessentialität allein ist nicht einmal eine (widerlegliche) Vermutung zu stützen, dass der SEP-Inhaber wirksamen Wettbewerb gerade deshalb verhindern kann, weil das SEP aufgrund der Standardessentialität benutzt werden muss, um mit dem Standard kompatible Produkte erzeugen zu können (LG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juli 2017, Az. 4a O 16/16, BeckRS 2017, 129534; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 220; de Bronett, a.a.O., § 22, Rn. 27; Müller, GRUR 2012, 686; a.A. scheinbar Schlussanträge Generalanwalt Wathelet v. 20. November 2014 in der Sache C-170/13 Rn. 57 = BeckRS 2014, 82403; EuGH a.a.O., Rn. 43 hat die Frage offen gelassen, weil die Marktbeherrschung im vorgelegten Einzelfall unstreitig und daher nicht Gegenstand der Vorlagefragen war). Einem zwingenden Schluss von der Standardessentialität auf eine marktbeherrschende Stellung steht bereits entgegen, dass ein Standard regelmäßig eine hohe Anzahl an Patenten als standardessentiell deklariert, ohne dass all diese Schutzrechte tatsächlich die Wettbewerbsfähigkeit der Waren/Dienstleistungen auf dem nachgeordneten Produktmarkt (entscheidend) beeinflussen. Es bedarf daher in Bezug auf jedes einzelne Patent der auf die Umstände des Einzelfalles abstellenden Beurteilung seiner wettbewerblichen Bedeutung für den nachgelagerten Produktmarkt (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 209 bis Rn. 212): Ergibt sich insoweit, dass die Nutzung des jeweiligen SEP geradezu eine Marktzutrittsvoraussetzung begründet, ist eine marktbeherrschende Stellung selbst dann zu bejahen, wenn zwar die aus dem jeweiligen SEP resultierende technische Wirkung die Marktteilnahme nicht entscheidend beeinflusst, jedoch aus technischen Gründen zutrittsrelevante Funktionen nicht genutzt werden könnten, so dass die generelle Interoperabilität/Kompatibilität nicht mehr gesichert wäre. Entsprechendes gilt, wenn ein wettbewerbsfähiges Angebot ohne eine Lizenz am betreffenden SEP nicht möglich wäre (z.B. weil für nicht patentgemäße Produkte nur ein Nischenmarkt besteht). An einer marktbeherrschenden Stellung fehlt es jedoch, wenn das SEP eine Technik bereitstellt, die für die Mehrzahl der Nachfrager am betreffenden Produktmarkt allenfalls eine untergeordnete Bedeutung hat. 139

Im Hinblick auf Rechte am geistigen Eigentum ist kartellrechtlich relevant, dass die Benutzung des Patents für die Tätigkeit des Lizenzsuchers auf einem gegenüber dem Patent 140

nachgelagerten Markt unerlässlich sein muss (vgl.: EuGH GRUR Int. 1995, 490, Rn 47 – Magill: EuGH Slg. 1998, I-7791 – Bronner; EuGH Slg. 2004, I-5039 – IMS Health; BGH NJW-RR 2010, 392ff. – Reisestellenkarte). Unerlässlichkeit liegt vor, wenn ein tatsächlicher oder potentieller Ersatz standardisierter Technik unmöglich oder unzumutbar ist und zwar auch bei gehöriger Anstrengung des Nachfragers. Dieser nachgelagerte Produktmarkt als sachlich relevanter Markt ist im Hinblick auf die vom Patent geschützte technische Lehre genauer zu qualifizieren. Bezogen auf ein standardessentielles Patent ist der relevante Markt im Grundsatz der Markt, auf dem diejenigen Produkte angeboten werden, die den Standard mit der SEP-geschützten Technik verwirklichen. Dabei erfolgt die Marktabgrenzung nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept. Hiernach werden alle Leistungen einem Markt zugeordnet, die aus Sicht der Marktgegenseite funktionell austauschbar sind (BGH WuW/E DE-R 1355-1360 – Staubsaugerbeutelmarkt m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urt. vom 13. März 2008, Az.: VI-U (Kart) 29/06, zitiert nach juris). Ziel der Marktabgrenzung ist es stets, die den Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite entsprechende Realität des Wettbewerbs zu erfassen (Langen/Bunte/*Nothdurft/Ruppelt*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 13. Auflage 2018, § 19, Rn. 20 m.w.N.). Voraussetzung für die Annahme einer marktbeherrschenden Position ist, dass ohne den Zugang zur Nutzung des streitgegenständlichen Patents ein wettbewerbsfähiges Angebot nicht möglich ist, d.h. allein mit Produkten ohne die patentierte Funktion kein wirksamer Wettbewerb zu den übrigen Anbietern stattfindet.

Grundsätzlich bestimmt sich die relevante Marktgegenseite nach den Parteien der (potentiellen) Austauschbeziehung. Es entscheidet die Sicht der Nachfrager auf der betroffenen Stufe (BGH WuW/E DE-R 3033 Rn. 12 – MAN-Vertragswerkstatt). Die Sicht von Nachfragern und deren Bedarf auf einer nachgelagerten Marktstufe kann sich jedoch auf das Verhalten der Nachfrager auf der vorgelagerten Marktstufe auswirken (Füller, Münchner Kommentar zum KartellR, 2. Aufl., Art. 102 AEUV, Rn. 1055). Stehen unterschiedliche Systeme zur Bedarfsdeckung zur Verfügung, so ist eine Austauschbarkeit zu verneinen, wenn nach den Verbrauchsgewohnheiten der Abnehmer nicht davon auszugehen ist, dass diese von einem System zum anderen wechseln. Bei Konsumgütern erfolgt die Feststellung der Sicht der Abnehmer auf Grund der eigenen Lebenserfahrung und Sachkunde der Rechtsanwender, mithin der Mitglieder der Kammer, sofern diese dem betroffenen Abnehmerkreis angehören (BGH WuW/E 2433, 2437 – Gruner + Jahr / Zeit II; vgl. zum deutschen Recht: Wiedemann, a.a.O., § 23, Rn. 17; Kühnen, a.a.O., Kap. E., Rn. 214 f.). 141

Darlegungs- und beweisbelastet für die Voraussetzungen der Marktbeherrschung ist der Lizenzsucher: Dieser hat konkrete Tatsachen vorzutragen, aufgrund derer sich eine Beherrschung des sachlich und räumlich relevanten Marktes feststellen lässt. 142

b) 143

Unter Berücksichtigung der vorstehend geschilderten Grundsätze ist in einem ersten Schritt der sachlich relevante Markt abzugrenzen. Der sachlich relevante Markt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Abnehmern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Schwerpunkt der Substituierbarkeitsbetrachtung ist die Nachfragerseite. Dabei kommt es vor allem auf die spezifischen Charaktereigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung und auf die Verwendbarkeit aus Sicht des Abnehmers an. Neben der Nachfragesubstitution ist die Angebotssubstituierbarkeit zu betrachten, d.h. ob Anbieter verwandter Produkte ihre Produktion kurzfristig auf die relevanten Erzeugnisse umstellen und auf die Weise die Wettbewerbsverhältnisse auf dem 144

relevanten Markt verstärken können (vgl. EuG, Urt. v. 17. September 2007, Slg. 2007, II-3601. Rn. 494 – K).

Grundsätzlich führt jedes standardessentielle Patent zu einem eigenen sachlich relevanten Markt, es sei denn, dass im Einzelfall eine - aus der Sicht der Nachfrager - gleichwertige Technologie für dasselbe technische Problem zur Verfügung steht. Dies vermag die Kammer im vorliegenden Fall nicht festzustellen. Im Einzelnen: 145

aa) 146

Zunächst umfasst der maßgebliche Lizenzvergabemarkt unstreitig Lizenzen an allen technischen Schutzrechten, die für die Nutzung der technischen Standards ADSL2, ADSL2+ und VDSL2 relevant sind, die also bei Nutzung dieser Standards zwingend genutzt werden müssen. Die Klägerin stützt ihr Vorbringen zur Nutzung der in den geltend gemachten Ansprüchen 1, 7, 13 und 19 beanspruchten Lehre vollständig durch Bezugnahmen auf die in den für diese Standards maßgeblichen Spezifikationen, nämlich auf die Dokumente ITU-T G.992.3 und ITU-T G.992.5 für die Standards ADSL2 und ADSL2+ sowie auf das Dokument ITU-T G.993.2 für den Standard VDSL2. Die Klägerin hat nichts dafür dargelegt, die angegriffenen Ausführungsformen oder die angegriffenen Verfahren konkret untersucht und anhand dieser eine Verwirklichung des Klagepatents ermittelt zu haben. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, die angegriffenen Ausführungsformen und Verfahren als solche zu kennzeichnen, die die Standards ADSL2 und ADSL2+ sowie VDSL2 und das implementierte Bit-Swapping nutzen, und sodann darzulegen, warum eine Nutzung dieser Standards eine Nutzung der klagepatentgemäßen Lehre bedingt. Demnach bedingt schon nach dem klägerischen Vorbringen jede Nutzung dieser Standards zwingend die Nutzung des Klagepatents. Damit ist eine Lizenz am Klagepatent zwingende Voraussetzung für die Nutzung der genannten Standards. 147

bb) 148

Zum relevanten Markt gehören grundsätzlich jedoch nicht nur die Vertragsprodukte (also lizenzierte Produkte), sondern auch Produkte, die auf Grund ihrer Eigenschaften, ihres Preises und ihres Verwendungszwecks als mit den Vertragsprodukten substituierbar angesehen werden können (Leitlinien zur Anwendung von Art. 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen vom 28. März 2014, Abl. C. 89/3, Rn. 21 ff.). Der nachgelagerte Produktmarkt kann mithin durch die Einbeziehung der Substitute aus Nachfragersicht größer sein als der Markt der Vertragsprodukte. 149

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Der dem maßgeblichen Lizenzvergabemarkt nachgelagerte Produktmarkt ist vielmehr zu bestimmen als der Markt für Waren und Dienstleistungen, die einen Internetzugang mittels drahtgebundener oder drahtloser Anbindung der genutzten Endgeräte in einem drahtgebundenen oder drahtlosen lokalen Netzwerk (LAN, local area network, oder WLAN, wireless local area network) durch die Technologie der Digital Subscriber Line (DSL), also der Anbindung mittels eines digitalen Protokolls, ermöglichen. 150

Aus Sicht der Nachfrager können die von der Klägerin aufgezeigten technischen Alternativen keine Substitute im Hinblick auf ihre Eigenschaften, ihren Preis, ihre Verfügbarkeit und ihren Verwendungszweck zu DSL darstellen. Im Einzelnen: 151

aaa) 152

153

Die von der Klägerin als Alternative zu xDSL genannte Übertragungsmethode des (Fernseh-)Kabelanschlusses (Hybrid-Fiber-Coax (HFC)-Netz) stellt kein kartellrechtlich relevantes Substitut dar. Dabei mag die Schnelligkeit der Datenratenübertragung im Kabelnetz 47-mal schneller als bei einer DSL-Verbindung sein, wie sich aus der von der Klägerin als Anlage K 21 vorgelegten Präsentation mit dem Titel „Breitbandausbau im Gigabit Zeitalter“ ergibt. Auch wird von den Beklagten ein Kabel-Internetanschluss mit einer Geschwindigkeit von maximal 500 Mbit/s angeboten (Anlage K 24 und K 25), während der schnellste DSL-Internetanschluss nur 100 Mbit/s ermöglicht.

Diese Übertragungsmethode setzt jedoch das Vorhandensein eines entsprechenden Kabelnetzanschlusses voraus. Das entsprechende Kabelnetz ist, wie sich aus den von der Klägerin selbst vorgelegten Unterlagen ergibt, bezogen auf die Kabelnetze der über 50 Anbieter für insgesamt ca. 74 % der Bevölkerung (Anlage K(Kart)25) und damit in geringerem Umfang örtlich verfügbar als das öffentliche Telefonnetz, an welches die DSL-Technologie angebunden ist. Insbesondere in den ostdeutschen Bundesländern ist eine deutlich geringere Abdeckung des Kabelnetzes vorhanden, beispielsweise beträgt die Verfügbarkeit in Thüringen lediglich 40,6 % und in Sachsen-Anhalt 36,5 % (Anlage K 26 Seite 18). 154

Hinzukommt, dass nicht abschließend festgestellt werden kann, ob über die insgesamt bestehenden Kabelnetze das derzeit über DSL abgewickelte Datenaufkommen aufgefangen werden könnte. Die Verfügbarkeit von DSL liegt in Deutschland bei nahezu 100 %. So gab es im Jahr 2016 ca. 24 Millionen DSL-Anschlüsse (Anlage HRM 25 Seite 51) und 8 Millionen sonstige Anschlüsse wie das Kabelnetz. Damit nehmen die DSL-Anschlüsse einen Anteil von 75 % ein bei insgesamt 32 Millionen Breitbandanschlüssen. Entsprechend wurde nahezu 75 % des Datenaufkommens über DSL abgewickelt. Da es sich bei der Kabelnetzstruktur um ein „Shared Medium“ handelt, ist fraglich, ob dieses ohne durchgreifende technische Erweiterung den Datentransfer im DSL-Netz ersetzen kann. 155

Letztlich bedeutet die Teilnahme am Kabelnetz aus Sicht des Endverbrauchers jedoch auch die Entscheidung, ein zusätzliches (ggfs. zu installierendes) Übertragungsmedium zu wählen, während ein Telefonanschluss in der Regel ohnehin vorhanden sein wird. Es ist daher mehr als fraglich, ob das Kabelnetz aus Sicht des Endverbrauchers eine alternative Lösung beinhalten kann. 156

bbb) 157

Auch das Mobilfunknetz der jüngsten Generation („long term evolution“, LTE) stellt keine kartellrechtlich relevante Ausweichmöglichkeit dar. Denn dieses bietet gegen-über der Nutzung von DSL im öffentlichen Telefon(fest)netz wenigstens zwei erhebliche Nachteile: Die Datenübertragungsraten sind zwingend niedriger als bei der Nutzung von DSL im Telefonnetz und der höhere technische Aufwand der Netzbetreiber führt bei allen Anbietern, so auch bei der Beklagten, zur Begrenzung des nutzbaren Datenvolumens und höheren Kosten. Beide Nachteile sind auch dem Endverbraucher bekannt, so dass er eine Anbindung ans Internet über Mobilfunk als Ergänzung, nicht aber als gleichwertigen Ersatz für die Anbindung ans Internet über das öffentliche Telefonnetz unter Nutzung von DSL betrachten wird. 158

Die Klägerin geht bei ihrer Bezugnahme auf Datenraten durchweg nur von dem theoretischen Maximum aus, also von einer Situation, in welcher sich nur ein Nutzer innerhalb einer Funkzelle befindet. Da es sich jedoch bei LTE um ein sog. „Shared Medium“ handelt, reduziert sich die Datenrate mit jedem zusätzlichen Nutzer. Alle aktiven Nutzer in einer Funkzelle müssen sich die Gesamtkapazität der Funkzelle und die damit zur Verfügung stehende maximale Datenrate teilen. Bei hoher Zellauslastung sinken dementsprechend die 159

möglichen Datenraten im Up- und Downlink für den einzelnen Nutzer, teilweise spürbar. Darüber hinaus hängt die tatsächlich erzielbare Datenrate von der vom Netzbetreiber für LTE eingesetzten Frequenz ab. LTE kann mit verschiedenen Kanalbandbreiten zwischen 1,4 MHz und 20 MHz betrieben werden. Die maximal erzielbare Datenrate hängt dabei direkt von der Kanalbandbreite ab. Weiterhin steht die erzielbare Datenrate im Zusammenhang mit der Signalstärke, die wiederum von der Entfernung des Nutzers zur Basisstation abhängt. Auch physikalische Einflussfaktoren wie Funkhindernisse, schlechte Wetterbedingungen oder Abschattungen schwächen die Verbindung. Entsprechend nennen die LTE-Angebote der Beklagten auch nur Datenraten bis zu 100 Mbit/s (Anlage K 29 und K 30) und verdeutlichen auch das Auftreten geringerer Datenraten in der Werbung (siehe Anlage HL (kart) 7 im Parallelverfahren 4c O 81/17). Da die für LTE zur Verfügung stehenden Funkressourcen daher nur sehr begrenzt zur Verfügung stehen, ist die Nutzung von LTE im Gegensatz zu DSL auf ein bestimmtes Datenvolumen beschränkt. Der Hinweis der Klägerin auf den Umstand, dass LTE als Ergänzung für langsamere DSL-Anschlüsse angeboten und vermarktet, führt dabei nicht weiter. Vielmehr bestätigen die insoweit überreichten Anlagen, dass ein Abfangen des derzeitigen DSL-Datenverkehrs durch LTE nicht möglich ist. So geht aus den Folien der Anlage K 30 (Folien 8 und 9) hervor, dass LTE im Einzelfall als Zusatz zu einem weiterhin bestehenden DSL-Anschluss genutzt wird.

Um das über DSL-Verbindungen abgewickelte Datenaufkommen über LTE kompensieren zu können, wäre die Errichtung weiterer Basisstationen bzw. weiterer Mobilfunkzellen erforderlich. Dem sind aus technischen Gründen Grenzen gesetzt, da sich Funkübertragungen im gleichen Frequenzbereich gegenseitig stören können. In praktischer Hinsicht bedarf es der Erfüllung diverser Voraussetzungen, um weitere Stationen einzurichten, was erhebliche finanzielle Aufwendungen zur Folge hat. Es ist auch fraglich, ob ein Datenaufkommen von 16,8 Milliarden GB (75 % von 22,5 Milliarden GB Gesamtvolumen über Festnetz) im Jahr 2016, wie es über DSL erfolgt (Anlage HRM 25 Seite 53), tatsächlich über die LTE-Technologie kompensiert werden kann, welche 2016 918 Millionen GB (Anlage HRM 25 Seite 58) übertragen hat, wobei die zu übertragenden Datenmengen wegen des Nutzerverhaltens stetig zunehmen dürften. Angesichts dieser Zweifel an den tatsächlich übertragbaren Datenraten sieht der Endkunde, zu welchen auch die Mitglieder der Kammer zählen, LTE nicht als Substitut im Vergleich zum herkömmlichen DSL-Anschluss an. Für den Endverbraucher mag LTE daher allenfalls eine Ergänzung zu DSL bedeuten. 160

Die von der Klägerin angeführten Entscheidungen, die die Europäische Kommission als europäische Kartellbehörde zur Fusionskontrolle erlassen hat, erlauben keine andere Feststellung zur Umgrenzung des relevanten Markts. Zwar macht die Klägerin zu Recht geltend, dass die Marktabgrenzung auch im Rahmen der Fusionskontrolle auf denselben Betrachtungen beruht wie bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung. Ein erheblicher Unterschied besteht aber darin, dass bei der Fusionskontrolle mögliche zukünftige Entwicklungen derjenigen Märkte berücksichtigt werden müssen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung zwar noch nicht übereinstimmen, aber zukünftig konvergieren und deswegen von einer Unternehmensfusion betroffen sein können. Dies kommt in den beiden von der Klägerin angeführten Entscheidungen deutlich zum Ausdruck. Während die frühere, aus dem Jahr 2014 stammende Entscheidung in der Fusionsanmeldung „O / Z“ (Anlage K14/14a) noch zum Ergebnis gelangt, dass mobile Breitbandanmeldungen „derzeit“, das heißt vom zeitlichen Standpunkt der damaligen Entscheidung aus betrachtet, kein Ersatz für Festnetz-Dienstleistungen sind und deshalb nicht zum selben Markt gehören, geht die Europäische Kommission in der späteren Entscheidung in der Fusionsanmeldung „O / AA / BB“ (Anlage K15/15a) davon aus, dass die Märkte für Festnetz- und mobilen Breitbandzugang konvergieren, sich also aufeinander zu bewegen und innerhalb eines für die 161

Fusion relevanten Zeitrahmens ineinander aufgehen können. Trotzdem gelangt die Kommission auch in dieser späteren Entscheidung noch zu dem Ergebnis, dass der relevante Markt zu bestimmen ist als derjenige für leitungsgebundene Dienstleistungen, so dass auch hiernach LTE nicht zum selben Markt gehört und damit keine Ausweichtechnologie zu DSL auf demselben Markt ist.

ccc) 162

Auch eine Kombination des Kabelnetzes mit LTE kann die derzeit bestehenden DSL-Anschlüsse nicht ersetzen. Denn selbst bei einer solchen Kombination ergäbe sich keine ausreichende Netzabdeckung. Dass die technischen Gegebenheiten der LTE-Infrastruktur ausreichend sind, die verbleibende Lücke bei den DSL-Kunden zu schließen, ist anhand der vorstehend beschriebenen technischen Restriktionen nicht zu erkennen. 163

ddd) 164

Die Varianten HDSL, SHDSL, ADSL, SDSL und VDSL stellen auch keine gleichwertige Alternative dar. Es ist von der Klägerin nicht dargelegt worden, dass den Beklagten eine entsprechende Infrastruktur für einen vollständigen Rückgriff auf die anderen (älteren) Standards zur Verfügung steht. Die Beklagten haben im Ergebnis unwidersprochen vorgetragen, dass die gesamte Systemarchitektur auf die Nutzung des derzeit geltenden ADSL2+ und VDSL2 Standards ausgelegt ist. Der ADSL-Standard mag zwar wegen der Abwärtskompatibilität von allen deutschen DSL-Komponenten unterstützt werden. Dennoch könnte eine Umstellung auf die älteren Standards nicht ohne weiteres erfolgen. Vielmehr würde die Entwicklung und Implementierung eines Alternativstandards einige Zeit in Anspruch nehmen und hohe Kosten nach sich ziehen. Entsprechend macht auch die Anlage LSG F-41 des Parallelverfahrens 4c O 77/17 deutlich, dass beispielsweise VDSL nur in 60 Städten in Deutschland verfügbar ist, von einer flächendeckenden Versorgung kann daher nicht die Rede sein. 165

Überdies ist fraglich, ob aus Sicht des Endkunden eine entsprechende Akzeptanz bestehen würde. Zum einen sind die Datenraten dieser symmetrischen DSL-Varianten (mit also gleich schnellem Downstream und Upstream) auf etwa 1,5 bzw. etwa 2 MBit/s begrenzt, während die asymmetrischen – vom Klageangriff erfassten – Varianten Datenraten von 12 MBit/s bis zu 100 MBit/s ermöglichen. Die Klägerin geht selbst davon aus, dass Datenraten oberhalb von etwa 6 MBit/s eine entscheidende praktische Bedeutung auch für den durchschnittlichen Nutzer eines DSL-Anschlusses haben. Soweit die Klägerin vorgetragen hat, dass der ADSL-Standard in der Praxis viel häufiger die tatsächlich versprochene Leistung als die Verbindungen mit ADSL2 oder ADSL2+ liefert, wurden entsprechende Tatsachen zur Begründung nicht vorgetragen. 166

eee) 167

Die Varianten Glasfaser- und G.fast-Anschlüsse stellen auch keine gleichwertige Alternative dar. Beide Anschlussarten werden zwar u.a. von den Beklagten angeboten. Es ist aber nicht zu erkennen und von der Klägerin auch nicht dargelegt worden, dass die Beklagten und auch die sonstigen Wettbewerber zum jetzigen Zeitpunkt die für einen entsprechenden Wettbewerb vorhandene Infrastruktur aufweisen, insbesondere ist nicht zu erkennen, dass mit dieser Technik auch der Endverbraucher vollflächig versorgt werden könnte. Es ist der Klägerin zwar zuzugestehen, dass es sich bei der Glasfaser um eine sehr schnell wachsende und mittlerweile auch in Ballungszentren zukünftig breitflächig vorhandene Anschlussvariante handelt. Dennoch ist der Glasfaserausbau nach dem Vorbringen der Beklagten noch weit von 168

einer breitflächigen Verfügbarkeit entfernt. Die Verfügbarkeitsquote der Anschlussvariante FTTC (Glasfaser von der Vermittlungsstelle (HVt) bis zum Verteilerkasten (KVZ)), bei der die Strecke zwischen Verteilerkasten und Vermittlungsstelle aus einer Glasfaserleitung besteht, liegt in Deutschland bei 45 % (Anlage HRM 25). Bei dieser Variante ist G.fast nur beschränkt einsetzbar, weil die letzte Meile in Gestalt einer Kupferleitung die maximale Länge von 250 Metern in der Regel überschreitet. Die Anschlussvariante FTTB bzw. FTTH (Glasfaser von der Vermittlungsstelle bis zum Anschlusspunkt (AP) bzw. bis zur Teilnehmerdose (TAE)) wies im Jahr 2016 lediglich eine Verfügbarkeit von 1,87 % auf (Anlage HRM 25). Ähnliche Werte zeigt auch der TÜV-Bericht nach Anlage K 26. Die Tabelle 32 macht deutlich, dass die durchschnittliche Verfügbarkeit von Glasfaser in Höhe von 4,59 % besteht. Damit wird deutlich, dass es sich zwar um eine zukunftsträchtige Technologie handeln mag, deren Umsetzung jedoch noch weit von einer generellen Versorgung mit Internetanschlüssen entfernt ist. Die von der Klägerin als Anlage K(Kart) 29 im Parallelverfahren 4c O 81/17 vorgelegte Heise-Meldung gibt insoweit auch nur wieder, dass die Beklagte 100.000 Unternehmen mit Glasfaser-Anschlüssen versorgen will. Von einer flächendeckenden Versorgungsmöglichkeit kann derzeit daher nicht die Rede sein.

Soweit die Klägerin zuletzt auf die WTTX-Technologie als Alternative verwiesen hat, ist nicht zu erkennen, dass ein großflächiger Einsatz bereits möglich ist, geschweige denn geplant ist (vgl. Anlage K 44). 169

fff) 170

Der Richtfunk stellt keine gleichwertige Alternative zur DSL-Technologie dar. So liegen bereits keine Zahlen vor, anhand welcher sich die Abdeckung mittels Richtfunk ergeben könnte. Dies mag darin begründet liegen, dass es sich lediglich um Leistungen in einzelnen Fällen handelt. Entsprechend betreiben die Beklagten zwar ein deutschlandweites Richtfunknetz, das insbesondere außerhalb von Ballungsgebieten liegenden Unternehmen Datenraten von bis zu 300 Mbit/s ermöglicht (Anlage K 36). Wie der Anlage K 36 entnommen werden kann, unterstützen die Beklagten 9.000 Richtfunkstrecken, die insgesamt 90.000 km ausmachen, einen Bruchteil der zu versorgenden DSL-Kunden. Es ist auch von der Klägerin nicht in Abrede gestellt worden, dass es in Deutschland zahlreiche Gebiete gibt, die nicht von der 10km-Reichweite eines WLL-Standorts erfasst sind (vgl. Seite 13 und 14 der Anlage K 35), eine Voraussetzung für die Versorgung von Gebäuden mit Internet. Eine flächendeckende Verfügbarkeit der Richtfunk-Technologie ist danach nicht zu erkennen. Überdies muss der Kunde eine Richtfunkantenne sowie weitere Komponenten wie eine „Outdoor Unit“ und eine „Indoor Unit“ anschaffen. Das Aufstellen der Antenne ist von der Genehmigung durch den Gebäudeeigentümer abhängig und mit weiteren baulichen Maßnahmen verbunden. Die Kosten für die Errichtung eines solchen Systems betragen nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten etwa 4.400,00 EUR. Ausweislich der Anlage HRM 27 bietet der Anbieter EE einen Richtfunkanschluss für die niedrigste verfügbare Datenrate von 2 Mbit/s für 279,00 € monatlich an, für eine 100 Mbit/s Anbindung ist grundsätzlich mit monatlichen Kosten von ca. 900 bis 1.400 € zu rechnen. Angesichts dieser immens höheren Kosten sieht der Endkunde, zu welchen auch die Mitglieder der Kammer zählen, den Richtfunk nicht als Substitut im Vergleich zum herkömmlichen DSL-Anschluss an, so dass es für die Beklagten als austauschbare Alternative ausscheiden muss. 171

ggg) 172

Gleiches gilt für die Bereitstellung von Internetdiensten via Satellit. So ist bereits fraglich, ob eine flächendeckende Versorgung mittels Satellit technisch möglich ist. Internet über Satellit unterliegt dabei den gleichen technischen Beschränkungen wie der Einsatz von Mobilfunk 173

(vgl. Anlage K 37 Seite 2). Die Bandbreitenbeschränkung hat wie auch bei LTE eine tarifliche Beschränkung des Datenvolumens sowie, bei Erreichen des Datenvolumens, eine Drosselung der Übertragungsgeschwindigkeit auf wenige kbit/s zur Folge. Hinzukommt, dass auch hier eine Außeneinheit, nämlich eine Satellitenschüssel, am Gebäude anzubringen ist, was für einen Großteil der zur Miete wohnenden Endkunden (etwa die Hälfte der Bevölkerung) problematisch sein könnte und gegen eine entsprechende Austauschbarkeit spricht.

c) 174

Im zweiten Prüfungsschritt ist zu entscheiden, ob die Beklagten auf dem unter Ziff. 1.b) definierten relevanten Markt auch ohne die Benutzung des Klagepatents ein wettbewerbsfähiges Produkt bzw. eine wettbewerbsfähige Dienstleistung anbieten könnten. Dies ist zu verneinen. Angesichts dessen, dass sich der relevante Markt – wie oben dargestellt – auf DSL-Produkte beschränkt, für deren Technik das Klagepatent essentiell ist, ist es den Beklagten zum gegenwärtigen, maßgeblichen Zeitpunkt nicht möglich, eine wettbewerbsfähige Konkurrenz zu bilden. 175

Selbst wenn man LTE in den relevanten Markt miteinbeziehen würde, käme man zu keinem anderen Ergebnis. Zwar mag es grundsätzlich möglich sein, die Übertragungsressourcen für LTE derart auszubauen, dass der gesamte Datenverkehr, der derzeit über DSL abgewickelt wird, mit stabilen Datenraten über LTE abgedeckt wird. Ein solcher Aufbau von Ressourcen ist aber, und auch das ist zwischen den Parteien unstreitig, mit sehr hohen Kosten verbunden, die die Beklagten jedenfalls nicht aus dem Stand aufbringen könnten, um auf LTE als Technologie anstelle der genannten DSL-Standards auszuweichen. Aus kartellrechtlicher Sicht ist das entscheidend, weil die Beklagten in diesem Sinne auf die Nutzung der fraglichen DSL-Standards angewiesen sind, um ihren Kunden ein wettbewerbsfähiges Angebot machen zu können. Müssten sie abrupt auf LTE als alternativer Internet-Technologie vollständig umsteigen, könnten sie ihr Produkt/ihre Dienstleistung nicht zu wettbewerbsfähigen Preisen und Konditionen anbieten. 176

Gleiches gilt für Technologie über Glasfaser. Zwar wäre es durchaus vorstellbar, sämtliche Haushalte in Deutschland mit einem Glasfaserkabel bis in das Haus auszustatten. Aber auch hier könnten die Beklagten und ihre Wettbewerber auf Grund der immensen Kosten (70 bis 80 Milliarden Euro, Anlage HL (kart) 23 des Verfahrens 4c O 81/17) kurzfristig kein wettbewerbsfähiges Alternativprodukt anbieten. 177

Auch die Einbeziehung des Kabelnetzes führt zu keinem anderen Ergebnis. Es ist nicht zu erkennen, dass die Beklagten aktuell mit ihrem Kabelnetz die mit DSL-Anschlüssen verbundenen Haushalte versorgen können. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagten aus regulatorischen Gründen gehalten waren, das von ihr gehaltene Kabelnetz in den Jahren 2000 und 2001 zu veräußern und daher über ein solches Netz seitdem nicht mehr verfügen. Insoweit sind sie daher an einem Wettbewerb auf diesen Gebieten aus rechtlichen Gründen gehindert. Die derzeit von den Beklagten angebotene Dienstleistung „Zuhause Kabel Surfen und Telefonieren XXL“ richtet sich, wie die Beklagten unwidersprochen vorgetragen haben, spezifisch und ausschließlich an die Wohnungswirtschaft, in welcher die Beklagten im Einzelfall und in sehr beschränktem Maße im Rahmen einzelner Wohnungsbauprojekte Fernsehkabel verlegen. Im März 2016 waren in Deutschland rund 147.000 Wohnungen bzw. 2 % des Gesamtmarktes durch die Beklagten versorgt (vgl. Anlage HRM 24). Entsprechend führt auch die von der Klägerin als Anlage K 25 überreichte Übersicht über die Verfügbarkeit von Kabelanschlüssen die Beklagten nicht als Anbieter auf. 178

2. 179

Die Klägerin ist ihren nach der Rechtsprechung des EuGH aus dem kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot folgenden FRAND-Obliegenheiten bislang nicht ausreichend nachgekommen mit der Folge, dass sie ihren dem Grunde nach bestehenden Unterlassungsanspruch derzeit nicht durchsetzen kann. 180

Der EuGH hat in der Sache P /CC (s. EuGH-Urteil) Vorgaben dazu gemacht, wann die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs (und auch des Rückrufanspruchs) aus einem von einer Standardisierungsorganisation normierten standardessentiellen Patent (nachfolgend: "SEP"), dessen Inhaber sich gegenüber dieser Organisation zur Erteilung von FRAND-Lizenzen an jeden Dritten verpflichtet hat, keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV darstellt. 181

Hiernach muss der Inhaber eines SEPs, bevor er seinen Unterlassungs- oder Rückrufanspruch geltend macht, den angeblichen Verletzer (nachfolgend: "Verletzer") auf die Patentverletzung hinweisen (Leitsätze und Rn. 61 EuGH-Urteil). Soweit der Verletzer zu einer Lizenznahme grundsätzlich bereit ist, muss der SEP-Inhaber ihm ein konkretes schriftliches Angebot auf Lizenzierung des SEPs zu fairen, angemessenen und nicht-diskriminierenden Bedingungen unterbreiten und dabei auch die Art und Weise der Berechnung der geforderten Lizenzgebühren darlegen (Rn. 63 EuGH-Urteil). Hierauf muss der Verletzer nach Treu und Glauben und insbesondere ohne Verzögerungstaktik reagieren (Rn. 65 EuGH-Urteil). Nimmt er das Angebot des SEP-Inhabers nicht an, muss der Verletzer innerhalb einer kurz zu bemessenden Frist ein Gegenlizenzangebot unterbreiten, welches die FRAND-Vorgaben beachtet (Rn. 66 EuGH-Urteil). Lehnt der SEP-Inhaber dieses Gegenangebot seinerseits ab, muss der Verletzer ab diesem Zeitpunkt über die Benutzung des SEPs abrechnen und für die Zahlung der Lizenzgebühren Sicherheit leisten, was auch für Nutzungen in der Vergangenheit gilt (Rn. 67 EuGH-Urteil). Dem Verletzer darf dabei jedoch kein Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens daraus gemacht werden, dass er während der Lizenzverhandlung den Rechtsbestand oder die Standardessentialität des SEPs angreift oder sich vorbehält, dies später zu tun (Rn. 69 EuGH-Urteil). Die vom EuGH für den Unterlassungs- und Rückanspruch explizit vorgesehenen, kartellrechtlichen Einschränkungen gelten nach allgemeiner Auffassung ebenfalls für den Vernichtungsanspruch (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016 - 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040 m.w.N.). 182

Der EuGH ging beim Aufstellen dieser wechselseitig und stufenweise zu erfüllenden Obliegenheiten ersichtlich von dem Leitbild der lizenzwilligen Parteien und insbesondere eines lizenzwilligen Verletzers aus, der – sobald er auf die Benutzung des Klagepatents hingewiesen wurde – eine zügige Lizenzierung zu FRAND-Bedingungen anstrebt. Gegenüber einem solchen Verletzer besteht kein kartellrechtlich legitimierbares Interesse an der Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs aus einem SEP. Stattdessen haben die beiden Parteien sich zu bemühen, zunächst durch außergerichtliche Verhandlungen einen FRAND-gemäßen Lizenzvertrag abzuschließen (LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040; Urt. v. 13. Juli 2017, 4a O 154/15, Rn. 254 zitiert nach juris). 183

Nach den allgemeinen im deutschen Zivilprozess geltenden Grundsätzen muss der SEP-Inhaber nach Erhebung des Kartellrechtseinwands in dem Verletzungsprozess darlegen und beweisen, dass er die vom EuGH aufgestellten Obliegenheiten erfüllt hat, damit er den Unterlassungsanspruch ohne Missbrauch geltend machen kann. Soweit es sich hingegen um Obliegenheiten handelt, die seitens des Verletzers zu erfüllen sind, liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung der jeweiligen Obliegenheit auf seiner Seite. Demnach ist der SEP-Inhaber für die Verletzungsanzeige und die Unterbreitung eines FRAND-Angebots 184

darlegungs- und beweisbelastet; der Patentbenutzer für die Lizenzierungsbitte, das ggf. erforderliche FRAND-Gegenangebot sowie die Abrechnung und Sicherheitsleistung (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 352f.).

Unter Beachtung dieser Grundsätze vermag die Kammer nicht festzustellen, dass die Klägerin ihre Obliegenheiten ausreichend erfüllt hat. Im Einzelnen: 185

a) 186

Der nach der EuGH-Rechtsprechung zunächst erforderliche Verletzungshinweis der klagenden SEP-Inhaberin gegenüber der verklagten Patentbenutzerin liegt vor. 187

aa) 188

Nach dem EuGH-Urteil und dem darin aufgestellten Verfahrensprocedere obliegt es zunächst dem Patentinhaber vor der gerichtlichen Geltendmachung den vermeintlichen Verletzer auf die Patentverletzung, die ihm vorgeworfen wird, hinzuweisen und dabei das fragliche SEP zu bezeichnen und anzugeben, auf welche Weise es verletzt worden sein soll. Der Patentinhaber und spätere Kläger muss insofern die gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs (und ggf. des Rückrufanspruchs) ankündigen und den Verletzer zuvor anhören (Rn. 60 EuGH-Urteil). Der EuGH verlangt also vom SEP-Inhaber als Voraussetzung für die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs eine sog. Verletzungsanzeige gegenüber dem Verletzer. 189

Da bei der Verletzungsanzeige das fragliche SEP zu bezeichnen und anzugeben ist, auf welche Weise es verletzt worden sein soll (vgl. Rn. 61 EuGH-Urteil), ist zumindest die Angabe der Veröffentlichungsnummer des Klagepatents, die angegriffene Ausführungsform und die vorgeworfene(n) Benutzungshandlung(en) (im Sinne von §§ 9f. PatG) gegenüber dem Verletzer erforderlich (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. März 2017, Az. I-15 U 66/15, zitiert nach juris; LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 328). Die Verletzungsanzeige erfordert hingegen keine detaillierten (technischen und/oder rechtlichen) Erläuterungen zur Verletzung; der andere Teil muss nur in die Lage versetzt werden (ggf. unter Bemühung sachverständiger Hilfe), den ihm gemachten Verletzungsvorwurf zu prüfen (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 328). Entgegen der Ansicht des LG Mannheim bedarf die Verletzungsanzeige daher auch (noch) keines Hinweises auf die Standardessentialität des geltend gemachten Patents und/oder der Vorlage von Claim-Charts (LG Mannheim, Urt. v. 29. Januar 2016, Az.7 O 66/15 zitiert nach juris). Denn die (inhaltlichen) Anforderungen an die Verletzungsanzeige dürfen nicht derart überspannt werden, dass der Patentinhaber zu diesem frühen Zeitpunkt der Auseinandersetzung schon verpflichtet wird, detailliert zu begründen, wodurch die einzelnen Merkmale des Patentanspruchs verwirklicht werden, und seine Ansprüche rechtlich herzuleiten. Den Verletzungsvorwurf inhaltlich zu überprüfen, ist zunächst Sache des Verletzers (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 328). 190

Es spielt für die Erfüllung der FRAND-Obliegenheiten auf Seiten des SEP-Inhabers keine Rolle, ob Verletzungsanzeige und/oder FRAND-Angebot von dem Patentinhaber selbst oder von einer verbundenen Konzerngesellschaft kommt, insbesondere, wenn es sich hierbei um die Muttergesellschaft handelt. Gerade bei kartellrechtlichen Fragestellungen ist es sinnvoll und anerkannt, Konzerne als eine Einheit anzusehen. Daraus folgt auch, dass der Adressat der Verletzungsanzeige nicht zwingend die später verklagte Gesellschaft sein muss; insofern reicht es im Allgemeinen aus, sich an die Konzernmuttergesellschaft zu wenden (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. März 2017, Az. I-15 U 66/15, zitiert nach juris; LG Düsseldorf, Urt. v. 191

04. November 2015, Az. 4a O 93/14 zitiert nach juris; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 329).

Der EuGH verlangt einen Verletzungshinweis vor der gerichtlichen Geltendmachung (Rn. 61 EuGH-Urteil). Dabei kann die Verletzungsanzeige auch zeitgleich mit dem FRAND-Angebot des SEP-Inhabers übermittelt werden (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 328). Bei einem solchen Vorgehen wird die eigentlich zwischen Verletzungsanzeige und FRAND-Angebot vorgesehene Lizenzierungsbitte übersprungen. Zwar sieht der EuGH wechselseitig zu erfüllende Obliegenheiten vor, die in einer bestimmten Reihenfolge abgearbeitet werden müssen. Gleichwohl erscheint es zulässig, wenn Verletzungsanzeige und FRAND-Angebot von dem SEP-Inhaber zeitgleich an den Patentbenutzer übermittelt werden. Damit bringt der SEP-Inhaber zum Ausdruck, dass er von einer Lizenzierungsbereitschaft ausgeht, jedenfalls aber deren Erklärung nicht abwarten möchte. Dies ist aber für die Erfüllung seiner kartellrechtlichen Obliegenheiten unschädlich. Ist der Patentbenutzer tatsächlich lizenzwillig, so spart ein solches Vorgehen nur Zeit ein, wobei dem Patentbenutzer eine längere Reaktionsfrist auf das Angebot eingeräumt werden muss, da er Zeit für die Prüfung der Verletzungsanzeige und des (FRAND-)Angebots benötigt. Ist der Patentbenutzer tatsächlich nicht lizenzwillig, so geht es nur zu Lasten des SEP-Inhabers, wenn dieser ein tatsächlich gar nicht geschuldetes Lizenzvertragsangebot abgibt. 192

Der Zugang einer den Anforderungen des EuGH genügenden Verletzungsanzeige beim Verletzer muss vom SEP-Inhaber dargelegt und ggf. bewiesen werden (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 334). 193

bb) 194

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Klägerin ihre Obliegenheiten in Bezug auf die Verletzungsanzeige erfüllt. Spätestens mit Erhebung der parallelen Schadensersatzklage 4c O 5/16 und damit lange vor Erhebung der einen anderen Streitgegenstand betreffenden Unterlassungsklage hat sie die Beklagten vollumfänglich über den Verletzungsvorwurf in Kenntnis gesetzt und im Einzelnen dargelegt, warum sie das Klagepatent als verletzt ansieht. Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt es hingegen nicht darauf an, dass eine entsprechende Anzeige vor Erhebung jeglicher Klagen erfolgt sein muss, sondern allein darauf, dass sie vor Erhebung der Unterlassungsklage ergeht. Das vom EuGH aufgestellte Verfahrensprocedere soll die (ersten) Lizenzverhandlungen gerade von dem Druck befreien, der von der gerichtlichen Geltendmachung des in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch und einer etwaigen und ggf. mit schwerwiegenden (wirtschaftlichen und unternehmerischen) Folgen behafteten Verurteilung auf der Beklagtenseite lastet. In dem Schadensersatzverfahren geht es auf Grund der kürzeren Restlaufzeit des Klagepatents in erster Linie um Ansprüche für die Vergangenheit. Zudem würde – wenn man mit der Beklagten auf den Zeitpunkt der Erhebung der Schadensersatzklage abstellen würde – der im deutschen Prozessrecht geltende Grundsatz der Unabhängigkeit der einzelnen Verfahren und die jeweilige Folge der zeitlich sich unterscheidenden An- und Rechtshängigkeit mehrerer Klagen unterlaufen. 195

b) 196

Die auf der nächsten (zweiten) Stufe des Lizenzierungsprocedere erforderliche Lizenzbereitschaftserklärung der Beklagten liegt ebenfalls vor. 197

aa) 198

199

Auf einen Verletzungshinweis des SEP-Inhabers hin muss der andere Teil seinen Willen zum Ausdruck bringen, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen schließen zu wollen (EuGH a.a.O. Rn. 63). Weil es dem Benutzer untersagt ist, den Abschluss eines Lizenzvertrages mittels einer Verzögerungstaktik hinauszuschieben, muss er – dem Gedanken des willigen und redlichen Lizenznehmers folgend – binnen angemessener Frist auf den Verletzungshinweis reagieren. Die maßgebliche Frist ist nicht starr zu bestimmen (a.A. wohl Cordes/Gelhausen, Mitt. 2015, 426, 432: generelle Frist von einem Monat). Entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles, wobei die Reaktionsfrist namentlich vom Grad der Detailierung des Verletzungshinweises abhängen kann: Ein Hinweis, der – überobligatorisch – umfangreiche Ausführungen und Erläuterungen zu den Einzelheiten des mutmaßlichen Verletzungstatbestandes aufweist, kann unter Umständen dem Adressaten bzw. seinen Konzerngesellschaften eine schnellere Reaktion abverlangen, weil der eigene Prüfungsaufwand dann gegebenenfalls geringer ausfallen kann (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040). Auch im Falle, dass sich der SEP-Inhaber im Rahmen seines Hinweises auf die Angabe des absolut Notwendigen beschränkt, ist – jedenfalls in aller Regel – ein Zeitablauf von mehr als drei Monaten (vgl. LG Mannheim WuW 2016, 86) oder gar von fünf Monaten (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040) nicht mehr angemessen, so dass dem Patentinhaber kein längeres Zuwarten mehr zumutbar ist und er folglich in einer solchen Situation unmittelbar Klage erheben kann, ohne befürchten zu müssen, dass die Klageerhebung als solche als missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV bewertet werden wird.

Inhaltlich sind an die Lizenzierungsbitte keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. auch (LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040): Es genügt eine formlose und pauschale Erklärung des Lizenzsuchers, in der seine Lizenzwilligkeit eindeutig zum Ausdruck kommt; selbst schlüssiges Handeln kann je nach Lage des Einzelfalles ausreichen. In diesem Stadium des Lizenzierungsprocedere muss der Lizenzsucher insbesondere (noch) keine Ausführungen zum Inhalt der von ihm gewünschten Lizenz machen, eine einfache Lizenzierungsbitte genügt, da der SEP-Inhaber ein entsprechendes Angebot vorlegen muss. 200

bb) 201

Die Anwendung vorstehender Grundsätze auf den Einzelfall ergibt, dass die Beklagten ihre Lizenzwilligkeit hinreichend zum Ausdruck gebracht haben. Jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung lag eine (konkludent erklärte) Lizenzbereitschaftserklärung vor. 202

Nachdem die Intellectual Ventures International Licensing (IVIL) die Beklagten mit Schreiben vom 6. Oktober 2015 (Anlage HRM 15) erstmals über insgesamt neun konkrete Patente – ohne dass das Klagepatent enthalten war – informierte und die Beklagten aufforderte entsprechend dem EuGH-Procedere zu erklären, ob sie zu FRAND-Lizenzverhandlungen bereit seien, erklärten die Beklagten mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 (Anlage HRM 16) ihre Bereitschaft bezüglich sämtlicher Patente, die die Klägerin als standard-essentiell ansieht, ihre Lizenzwilligkeit im Einklang mit der EuGH-Rechtsprechung. Mit Klageschrift vom 27. Januar 2016 im Schadensersatzverfahren (4c O 5/16) wurden die Beklagten auf das vorliegend streitgegenständliche Klagepatent hingewiesen und erklärten mit Schreiben vom 25. Februar 2016 (Anlage HRM 17) ihre Lizenzbereitschaft in Bezug auf das Klagepatent. 203

Danach bestehen keine Zweifel an der Einhaltung der (zeitlichen) Anforderungen an die Lizenzwilligkeit der Beklagten. Indem die Beklagten bereits ihre Lizenzbereitschaft erklärt hatten und zudem das von der Klägerin geforderte Gegenlizenzangebot abgegeben, Rechnung gelegt und Sicherheit geleistet haben, haben sie ausreichend zu erkennen 204

gegeben, dass an dem Abschluss einer Lizenz auch an dem Klagepatent Interesse besteht. Entsprechendes zieht die Klägerin auch nicht in Zweifel.

cc) 205

Entgegen der Ansicht der Klägerin traten in der Folgezeit auch keine Umstände zutage, die Anlass zu der Annahme gäben, die Lizenzwilligkeit der Beklagten sei zwischenzeitlich wieder weggefallen. Sie hat durchgehend ihren Willen zum Ausdruck gebracht, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen zu schließen. 206

So haben die Beklagten ihre Lizenzbereitschaft noch einmal dadurch bekräftigt, dass sie der Klägerin im Parallelverfahren 4c O 5/16 ein Gegenangebot unterbreitet haben und kontinuierlich Auskunft und Sicherheit geleistet haben. Ob das Gegenangebot der Beklagten ihrerseits FRAND ist, kann dahinstehen, da die Klägerin insoweit vorleistungspflichtig ist. Abweichungen der Beklagten von den FRAND-Grundsätzen wären allenfalls dann beachtlich, wenn sich daraus die ernsthafte und endgültige Weigerung, eine Lizenzvereinbarung zu FRAND-Bedingungen abzuschließen, ableiten ließe (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2017, Az. I-15 U 66/15; auch Kühnen, a.a.O. Kapitel E., Rn. 315), was vorliegend nicht der Fall ist. 207

Das Infragestellen der Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung von Ansprüchen für die Vergangenheit in dem Parallelverfahren 4c O 5/16 lässt die Lizenzbereitschaft nicht entfallen, da das Bestreiten der Aktivlegitimation ein zulässiges prozessuales und rechtliches Mittel darstellt, wenn sich für die Beklagten die Berechtigung der Klägerin nicht unweigerlich aus ihren Darlegungen folgern lässt (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18. Juli 2017, I-2 U 23/17). 208

Auch der Vorwurf der vermeintlichen Verweigerung zur Unterzeichnung einer angemessenen Geheimhaltungsvereinbarung begründet keine Zweifel an der fortdauernden Lizenzbereitschaft der Beklagten. Denn es fehlt bereits an Darlegungen auf Seiten der Klägerin, dass es für die Vorlage der Vergleichslizenzverträge einer Geheimhaltungsvereinbarung bedarf und die Klägerin auf den Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung angewiesen ist, worauf die Kammer zuletzt mit Beschluss vom 13. März 2018 hingewiesen hat. Die Beklagten haben auf diesen Umstand mehrfach schriftsätzlich hingewiesen, so dass ihnen eine etwaige unterstellte Weigerung des Abschlusses einer Geheimhaltungsvereinbarung, welche eine erhebliche Vertragsstrafe zum Gegenstand hat, nicht vorgeworfen werden kann (zur Verweigerung eines Geheimhaltungsabkommens: LG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juli 2017, 4a O 16/16). 209

Es kann daher nicht festgestellt werden, dass die Beklagten in einer Weise gegen ihre Mitwirkungsobliegenheiten verstoßen haben, die es erlaubt, sie als lizenzunwillig anzusehen bzw. ihre Lizenzbereitschaftserklärung als nicht wirksam zu betrachten. 210

3. 211

Es lässt sich nicht feststellen, dass das bzw. die Lizenzangebot(e) der Klägerin den Anforderungen, die an ein FRAND-konformes Lizenzangebot zu stellen sind, genügen. 212

a) 213

Liegt – wie vorliegend – ein Verletzungshinweis der Patentinhaberin und eine Lizenzierungsbitte (Lizenzbereitschaftserklärung) des Verletzers vor, so steht es sodann nach 214

den vom EuGH aufgestellten Maßstäben im Pflichtenkreis des SEP-Inhabers, *"ein konkretes schriftliches Lizenzangebot zu FRAND-Bedingungen zu unterbreiten und insbesondere die Lizenzgebühr sowie die Art und Weise ihrer Berechnung anzugeben"* (Rn. 63 EuGH-Urteil). Damit legt der EuGH neben den inhaltlichen und formellen Anforderungen an ein FRAND-konformes Lizenzangebot vor allem auch den Zeitpunkt fest, an dem der SEP-Inhaber dem Patentverletzer sein Lizenzvertragsangebot unterbreiten muss. Dem SEP-Inhaber obliegt es, dem Patentbenutzer ein FRAND-gemäßes Lizenzvertragsangebot bereits vor Erhebung der Klage zu unterbreiten.

aa) 215

Der EuGH verlangt von dem SEP-Inhaber *"vor Erhebung der Klage"* (bzw. *"vor der gerichtlichen Geltendmachung des SEP"*) nicht nur einen Hinweis gegenüber dem Verletzer auf die Verletzung des SEPs, sondern (bei Lizenzwilligkeit des Verletzers) auch die Unterbreitung eines FRAND-konformen Angebots und die Angabe der Art und Weise der Berechnung der geforderten Lizenzgebühr. Dies ergibt sich bereits aus dem 1. Leitsatz, 1. Spiegelstrich des EuGH-Urteils. Hiernach ist Voraussetzung für die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs, dass der SEP-Inhaber "*vor Erhebung der Klage zum einen den angeblichen Verletzer auf die Patentverletzung, die ihm vorgeworfen wird, hingewiesen hat (...), und zum anderen, nachdem der angebliche Patentverletzer seinen Willen zum Ausdruck gebracht hat, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen zu schließen, dem Patentverletzer ein konkretes schriftliches Lizenzangebot zu diesen Bedingungen unterbreitet (...)"*. Entsprechendes findet sich auch in den Urteilsgründen wieder: Die Worte *"vor der gerichtlichen Geltendmachung"* in Rn. 61 des EuGH-Urteils beziehen sich auch auf die Verpflichtung zur Angebotsunterbreitung und Begründung. Diese zeitliche Vorgabe ist mittels der Worte *"zum einen"* auf den Verletzungshinweis bezogen; sie beziehen sich über die einleitenden Worte *"zum anderen"* in Rn. 63 des EuGH-Urteils aber auch auf die Verpflichtung zur Abgabe eines FRAND-Angebots. 216

Der insoweit relevante Zeitpunkt der *"gerichtlichen Geltendmachung"* stellt im deutschen Patentverletzungsprozess die Einreichung der Klage nebst Einzahlung des Kostenvorschusses dar, selbst wenn die Zustellung noch nicht erfolgt ist (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040; Urt. v. 13. Juli 2017, Az. 4a O 154/15 zitiert nach juris; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 336). Denn mit der Einzahlung des Kostenvorschusses ist die Klage unweigerlich auf den Weg gebracht und der Kläger hat keinen Einfluss mehr auf den zeitlichen Ablauf. 217

bb) 218

In der Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der SEP-Inhaber der ihm obliegenden Pflicht zur Unterbreitung eines FRAND-gemäßen Lizenzangebots auch noch während eines laufenden gerichtlichen Verfahrens nachholen kann. 219

Zu Recht unstreitig ist, dass eine Nachholbarkeit jedenfalls insofern gegeben ist, als der SEP-Inhaber die erhobene Klage zurücknehmen und erneut einreichen kann, wenn er zwischenzeitlich seine kartellrechtlichen Obliegenheiten erfüllt hat. Allgemein führt ein erfolgreich erhobener kartellrechtlicher Zwangslizenzeinwand nämlich nicht zu einem dauerhaften materiellen Rechtsverlust des SEP-Inhabers. Die Klage ist vielmehr, soweit der Einwand durchgreift, als "derzeit unbegründet" abzuweisen (Weber/Dahm, GRUR-Prax 2017, 67). Dann tritt bei einer verspäteten, weil eben nicht vor der gerichtlichen Geltendmachung erfolgten Erfüllung der Pflichten erst recht kein materieller Rechtsverlust ein (Kühnen, a.a.O., 220

Kap. E, Rn. 357). Eine grundsätzliche, außerprozessuale Nachholbarkeit ist also gegeben.

Das LG Mannheim (Urt. v. 1. Juli 2016, Az. 7 O 209/15 zitiert nach juris) lehnt die grundsätzliche Möglichkeit einer Nachholung bzw. Nachbesserung eines Lizenzangebots im laufenden Prozess mit der Begründung ab, dass entsprechende Nachholungshandlungen des Patentinhabers nicht geeignet seien, die *„Intention* [des EUGH*] zu erfüllen, die Verhandlungen unbelastet von der Erhebung einer auf Unterlassung, Rückruf, Entfernung und Vernichtung gerichteten Klage führen zu können“*. Demgegenüber ist in der Düsseldorfer (Instanz-)Rechtsprechung mittlerweile anerkannt, dass eine Nachholung auch mit Wirkung für den bereits laufenden Prozess – jedenfalls im Einzelfall – noch möglich sein soll (LG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juli 2017, Az. 4a O 154/15, BeckRS 2016, 08040). Das OLG Düsseldorf geht davon aus, dass die vom SEP-Inhaber geforderten Erklärungen deshalb nachgeholt werden dürfen, weil ein entsprechendes Versäumnis grundsätzlich weder zu einer materiellen noch zu einer prozessualen Präklusion führen dürfe (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016, Az. I-15 U 66/15; Beschl. v. 9. Mai 2016, Az. I-15 U 35/16; für eine Nachholbarkeit jedenfalls in Übergangsfällen: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31. Mai 2016, Az. 6 U 55/16 jeweils zitiert nach juris). Kühnen lässt eine Nachholung während des Prozesses ebenfalls zu, verweist jedoch darauf, dass aufgrund der prozessualen Verspätungsregeln ein verzögertes Angebot ggf. unberücksichtigt bleiben kann oder sogar muss (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 354ff.). Anknüpfungspunkt für eine etwaige Nichtberücksichtigung bildet der vom SEP-Inhaber ggf. begangene Verstoß gegen seine Prozessförderungspflicht. 221

Die Frage der Nachholbarkeit des Verletzungshinweises und des FRAND-Angebots nach der gerichtlichen Geltendmachung wird im EuGH-Urteil zwar nicht ausdrücklich behandelt. Jedoch würden Sinn und Zweck des vom EuGH ersonnenen Systems ausgehebelt, wenn man eine Nachholung unbegrenzt zulassen würde. Die EuGH-Vorgabe des Angebots *"vor der gerichtlichen Geltendmachung"* würde gänzlich untergraben, wenn man eine Nachholung uneingeschränkt zulässt, insbesondere noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Verletzungsgericht. Denn würde man uneingeschränkt zulassen, dass der SEP-Inhaber seine vorprozessual nicht erfüllten Obliegenheiten im Verlauf des Verfahrens sanktionslos nachholt, so würde der Leitgedanke der Entscheidung des EuGH, Verhandlungen unbelastet von einem anhängigen Verfahren führen zu können und während des Verfahrens über alle Informationen zu verfügen, die eine Beurteilung zulassen, ob das unterbreitete Lizenzvertragsangebot FRAND-konform ist oder nicht, verfehlt (so LG Mannheim, Urt. v. 1. Juli 2016, Az. - 7 O 209/15 zitiert nach juris). Das austarierte System des EuGH soll es den Parteien ermöglichen, ohne den Druck eines Unterlassungsklageverfahrens und damit gleichsam auf Augenhöhe zu verhandeln. Wenngleich der Verletzer auch während des Verfahrens ein nicht FRAND-konformes Lizenzvertragsangebot ablehnen und sich mit dem kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand wehren kann, so wirkt sich ein laufendes Unterlassungsklageverfahren trotzdem negativ auf seine Verhandlungsposition aus. Aufgrund der Ungewissheit, ob der Einwand durchgreifen wird – insbesondere, welche Lizenzgebührenhöhe vom Verletzungsgericht als (noch gerade) FRAND angesehen wird –, muss auch ein an sich lizenzwilliger Verletzer fürchten, am Ende zur Unterlassung verurteilt zu werden, wenn er grenzwertigen Lizenzgebührenforderungen nicht nachgibt. Dies könnte ihn dazu verleiten, während eines laufenden Verletzungsverfahrens höhere Lizenzgebühren zu akzeptieren als im Stadium vor der gerichtlichen Geltendmachung. Hinzu kommt, dass der Patentbenutzer bei den Verhandlungen zeitlich unter Druck gesetzt ist, um die (Zwischen-)Ergebnisse der Verhandlungen rechtzeitig in den Prozess einführen zu können. Dies geht regelmäßig zu Lasten des Patentverletzers: Wenn der SEP-Inhaber seine Pflichten erfüllt hat, so muss der Patentverletzer unter dem Zeitdruck eines drohenden Unterlassungstitels das 222

Lizenzvertragsangebot des SEP-Inhabers prüfen, ein Gegenangebot machen und die Abrechnung und Sicherheitsleistung vorbereiten, falls er das Angebot nicht annehmen will (LG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juli 2017, Az. 4a O 154/15 zitiert nach juris).

Soweit darauf hingewiesen wird, dass auch bei der Möglichkeit einer Nachholung die kartellrechtswidrige Klageerhebung nicht sanktionslos bleiben muss, da insofern eine Bestrafung durch die Kartellbehörden droht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. Mai 2016, Az. I-15 U 35/16 zitiert nach juris), ändert dies nichts daran, dass im Unterlassungsverfahren das Verhalten sanktionslos bliebe, wenn man eine Nachholbarkeit uneingeschränkt zuließe. Dass auf einer anderen Ebene Sanktionen drohen, erlaubt es dem Verletzungsgericht zumindest nicht ohne weiteres, das vom EuGH vorgegebene System aufzuweichen. Wäre der Druck durch die Kartellbehörden ausreichend, so hätte es wohl gar nicht des vom EuGH ersonnenen Systems bedurft (LG Düsseldorf, Urt. v. 13. Juli 2017, Az. 4a O 154/15 zitiert nach juris). 223

Gegen eine uneingeschränkte Nachholbarkeit mag zudem indiziell sprechen, dass der EuGH im Berichtigungsbeschluss vom 15. Dezember 2015 klargestellt hat, dass sich die Worte *"vor Erhebung der Klage"* sowohl auf die Verletzungsanzeige als auch auf das FRAND-Angebot und die Erläuterung der geforderten Lizenzgebühr beziehen, und so die Bedeutung dieser zeitlichen Vorgabe unterstrichen hat. 224

Aus den vorgenannten Gründen folgt indes nach Ansicht der Kammer nicht, dem klagenden Patentinhaber absolut, d.h. ohne Ausnahme, eine Nachbesserungsmöglichkeit zu versagen. Vielmehr ist ihm eine – die Grenzen der prozessualen Verspätungsvorschriften beachtende – Nachholbarkeit im Einzelfall zuzugestehen, da es dem SEP-Inhaber möglich sein muss, auf – berechtigte – Einwände des Verletzers einzugehen und sein Angebot ggf. zu modifizieren. Sofern dies rechtzeitig im Laufe eines Verfahrens geschieht, verbleibt der Gegenseite ausreichend Zeit zu reagieren. Zudem würde eine absolute Versagung der Nachbesserungsmöglichkeit der Prozessökonomie zuwiderlaufen, da der Patentinhaber immer gezwungen wäre, die Klage zurückzunehmen und nach Unterbreitung eines modifizierten Angebots neu zu klagen. Dieses Vorgehen ist jedoch weder im Interesse des Klägers noch des Beklagten. 225

cc) 226

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze erscheint es fraglich, ob das dritte Lizenzangebot der Klägerin aus Februar 2018 im Rahmen der FRAND-Prüfung überhaupt zu berücksichtigen ist. 227

Ihr drittes und – nach ausdrücklicher Klarstellung in der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2018 – allein gültiges Lizenzangebot hat die Klägerin erst mit der Replik und somit 5 Monate nach Erhebung der Unterlassungsklagen überreicht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das zweite, im Rahmen der Schadensersatzklage überreichte Lizenzgebot aus März 2017 datiert und dieses Lizenzangebot seitdem auch zwischen den Parteien umfassend diskutiert wurde. Vor dem Hintergrund, dass die hier zu entscheidende Unterlassungsklage ‚erst' im September 2017, mithin 6 Monate nach Unterbreitung des zweiten Lizenzangebots, erhoben wurde, ist kein Grund dafür ersichtlich, wieso die Klägerin den Beklagten nicht vor Erhebung der Unterlassungsklage bereits ein modifiziertes (drittes) Lizenzangebot vorgelegt hat. Die Klägerin hat hierzu auch nichts vorgetragen. Insoweit spricht vieles dafür, dass der Klägerin ein Verstoß gegen die ihr obliegende Pflicht zur Prozessförderung zur Last zu legen ist mit der Folge, dass das dritte Lizenzangebot der FRAND-Prüfung nicht zu Grunde zu legen wäre. 228

229

Im Ergebnis kann aber dahinstehen, ob das dritte Lizenzangebot der Klägerin (noch) rechtzeitig erfolgte, da auch dieses Angebot ebenso wie das vorherige zweite Lizenzangebot – wie nachfolgend noch ausgeführt wird – nicht den Anforderungen an ein FRAND-konformes Angebot genügt.

b) 230

Neben den vorstehend erörterten Anforderungen in zeitlicher Hinsicht muss das Angebot insbesondere inhaltlich FRAND-Bedingungen enthalten (FRAND = fair, reasonable and non-discriminatory, d.h. faire, nachvollziehbare und diskriminierungsfreie Bedingungen). 231

aa) 232

Es ist umstritten, ob das Verletzungsgericht das Vorliegen eines FRAND-Angebots nur summarisch im Sinne einer negativen Evidenzkontrolle prüfen muss (so LG Mannheim WuW 2016, 86 Rn. 221) oder ob es tatrichterlich feststellen muss, ob ein Angebot FRAND ist (so OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016 – I-15 U 66/15 – Rn. 13 zitiert nach juris; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31. Mai 2016 – 6 U 55/16 – Rn. 30 zitiert nach juris – Dekodiervorrichtung). Aber auch wenn man eine tatrichterliche Feststellung und nicht nur eine Evidenzkontrolle verlangt, so besteht zumindest ein richterlicher Beurteilungsspielraum (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 31. Mai 2016 – 6 U 55/16 – Rn. 32 zitiert nach juris – Dekodiervorrichtung). Denn es gibt beispielsweise nicht eine bestimmte Lizenzgebührenhöhe, die FRAND ist, sondern eine Bandbreite nicht ausbeuterischer Gebühren (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016 – I-15 U 66/15 – Rn. 13 zitiert nach juris). 233

Letztlich kann die erforderliche Prüfungstiefe des Gerichts dahingestellt bleiben, denn hier liegt ein FRAND-Angebot schon deshalb nicht vor, weil es nicht fair und diskriminierungsfrei ist. 234

bb) 235

Inhaltlich soll das Angebot des SEP-Inhabers fair, angemessen und nicht-diskriminierend (= FRAND) sein (Rn. 63 EuGH-Urteil). Dies umfasst Vorgaben einerseits zur absoluten Höhe der Lizenzgebühren, die fair und angemessen sein muss (hierzu unter aaa)), andererseits zur relativen Höhe der Lizenzgebühren verglichen mit anderen Lizenznehmern, wo ein Diskriminierungsverbot besteht (hierzu unter bbb)). Gleiches gilt neben der Höhe der Lizenzgebühren auch zu den anderen Inhalten des Angebots (hierzu unter ccc)). 236

aaa) 237

Das Angebot darf nicht ausbeuterisch sein, sondern muss „fair, reasonable“ sein. Es liegt kein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung vor, wenn der Patentinhaber Vertragsbedingungen anbietet, die so auch ohne seine marktbeherrschende Stellung zustande gekommen wären. 238

bbb) 239

Neben der Vorgabe „fair, reasonable“, die sich auf die Höhe der Lizenzgebühren per se bezieht, muss das Lizenzvertragsangebot auch diskriminierungsfrei (non-discriminatory) sein. Ein marktbeherrschendes Unternehmen muss gemäß dem Diskriminierungsverbot Handelspartnern, die sich in der gleichen Lage befinden, dieselben Preise und sonstigen Geschäftsbedingungen einräumen. Allerdings gilt dies nur für vergleichbare Sachverhalte – 240

eine Pflicht zur schematischen Gleichbehandlung besteht also nicht. Eine Ungleichbehandlung ist zulässig, soweit diese sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast für eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung (Diskriminierung) trägt der Verletzer, wobei den SEP-Inhaber eine sekundäre Darlegungslast trifft. Diese umfasst Angaben zu den anderen Lizenznehmern und den mit diesen vereinbarten Bedingungen, die der SEP-Inhaber vortragen muss. Sofern eine Ungleichbehandlung vorliegt, ist der SEP-Inhaber für deren Rechtfertigung darlegungs- und beweispflichtig.

ccc) 241

Das Angebot muss auch in Bezug auf die anderen Vertragsbedingungen FRAND sein, also etwa hinsichtlich des Umfangs der lizenzierten Schutzrechte und der territorialen Reichweite. Bei der Frage, ob eine – ggf. weltweite – Portfolio-Lizenz FRAND-Vorgaben entspricht, ist insbesondere auch die Branchenüblichkeit relevant. Werden auf dem relevanten Markt üblicherweise weltweite Konzernlizenzverträge für ganze Schutzrechtsportfolios geschlossen, verstößt ein entsprechendes Vertragsangebot nicht gegen FRAND, es sei denn die Umstände des Einzelfalls lassen eine Abweichung erforderlich erscheinen, etwa wenn der Verletzer nur auf einem geographischen Markt tätig ist (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040, Rn. 220). 242

cc) 243

Schließlich stellt das EuGH-Urteil an das vom SEP-Inhaber zu unterbreitende Angebot – neben den vorstehend erörterten zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben – auch (eher) formelle Anforderungen: Das Angebot muss zum einen konkret und schriftlich erfolgen. Zum anderen muss die Art und Weise der Berechnung der verlangten Lizenzgebühr angegeben werden (1. Leitsatz, 1. Spiegelsprich und Rn. 63 EuGH-Urteil), wobei letzteres auch in einem Begleitschreiben o.Ä. erfolgen kann, sofern es gleichzeitig mit dem Angebot übermittelt wird (LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040, Rn. 252; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016 – I-15 U 66/15 – Rn. 12, zitiert nach juris; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 308 / Fn. 458). 244

dd) 245

Als „Art und Weise ihrer Berechnung“ verlangt der EuGH nicht nur die Angabe der Höhe der Lizenzgebühr und ihrer Berechnung. Vielmehr muss der SEP-Inhaber dem Verletzer konkret und für diesen nachvollziehbar erläutern, warum die vorgesehenen Lizenzgebühren FRAND sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016 – I 15 U 66/15 = BeckRS 2016, 21067 Rn.19; LG Mannheim, Urt. vom 08. Januar 2016 – 7 O 96/14 – Rn. 76 zitiert nach juris; LG Mannheim, Urteil vom 17. November 2016 – 7 O 19/16 = BeckRS 2016, 108197 Rn. 58; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 309). 246

aaa) 247

Die vom SEP-Inhaber zur „Art und Weise ihrer Berechnung“ im Rahmen des Angebots zu machenden Angaben entsprechen inhaltlich dem, was er als Kläger in einem Verletzungsverfahren vortragen muss, um die FRAND-Gemäßheit seines Angebots gegenüber dem Gericht ausreichend darzulegen. Hierbei ist Vortrag insbesondere zu bereits abgeschlossenen Lizenzverträgen und zu relevanten Gerichtsentscheidungen erforderlich. 248

bbb) 249

250

Die Art und Weise der Lizenzgebührenberechnung erfordert nicht zwingend eine streng mathematische Herleitung. Sofern dies im konkreten Fall möglich ist, ist es erforderlich und regelmäßig hinreichend, die Akzeptanz der verlangten (Standard-) Lizenzsätze am Markt über bereits abgeschlossene Lizenzverträge darzulegen (LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040, Rn. 253). Hat der SEP-Inhaber bereits Lizenzverträge über das Klageschutzrecht oder ein Portfolio, welches dieses beinhaltet, abgeschlossen, so muss er zu diesen Verträgen konkret vortragen (Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 310). Zum einen kann der Verletzer nur so feststellen, ob das Angebot tatsächlich diskriminierungsfrei (non-discriminatory) ist. Denn der Verletzer hat ansonsten üblicherweise keine Möglichkeit, Kenntnis von von anderen Unternehmen gezahlten Lizenzgebühren zu erlangen. Zum anderen kann über bereits abgeschlossene Lizenzverträge oftmals die Akzeptanz der verlangten Lizenzgebühren auf dem Markt belegt werden und damit, dass diese fair und angemessen (Fair / Reasonable) sind (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 31. März 2016, Az. 4a O 126/14, BeckRS 2016, 08040, Rn. 219 m.w.N.). Ob die Vorlage von anderen Lizenzverträgen alleine ausreicht, um die Angemessenheit der Lizenzgebühren zu belegen, hängt vom Einzelfall und insbesondere von der Zahl der abgeschlossenen Lizenzverträge ab. Bei einer ausreichenden Anzahl von Lizenzverträgen und einer so nachgewiesenen Akzeptanz am Markt (beispielsweise über den Marktanteil der zu einer bestimmten Gebührenhöhe lizenzierten Produkte), werden im Regelfall keine weitere Angaben zur Angemessenheit der Lizenzgebührenhöhe mehr erforderlich sein.

Die Darlegung der Art und Weise der FRAND-gemäßen Lizenzgebühren über bereits geschlossene Lizenzverträge ist vorranging. Über das Ergebnis verschiedener, schon erfolgter, tatsächlicher Lizenzverträge lässt sich die FRAND-Gemäßheit einfacher belegen und sicherer feststellen, als über den Vortrag der einzelnen Faktoren, die in Lizenzvertragsverhandlungen jeweils eine näher zu bestimmende, mehr oder weniger gewichtige Rolle spielen könnten oder sollten, und welche der Verletzer und das Gericht jeweils erst zu einer Lizenzgebührenhöhe „zusammensetzen“ müssten. 251

Um die Höhe der Lizenzgebühren rechtfertigen zu können, muss der SEP-Inhaber grundsätzlich zu allen wesentlichen Lizenzverträgen vortragen – andernfalls besteht stets die Gefahr, dass selektiv nur solche Verträge vorgelegt werden, die die geforderte Lizenzgebührenhöhe stützen. Auch eine Diskriminierungsfreiheit lässt sich nur nachprüfen, wenn zu allen Lizenzverträgen Angaben gemacht werden. 252

ccc) 253

Neben den bereits geschlossenen Lizenzverträgen muss der SEP-Inhaber zum Nachweis der Art und Weise der Berechnung der geforderten Lizenzgebühren zudem etwaige Gerichtsentscheidungen vorlegen, die sich mit den abgeschlossenen Lizenzverträgen befassen. Denn gerichtliche Entscheidungen oder Hinweise zur Angemessenheit der vorgeschlagenen Lizenzbedingungen sind jedenfalls als neu-trale und sachverständige Stellungnahmen zu berücksichtigen. Der Verletzer hat ein legitimes Interesse an solchen Entscheidungen, während es dem SEP-Inhaber obliegt, solche relevanten Aspekte transparent zu machen. 254

Zumindest wenn keine oder eine nicht ausreichende Anzahl von Lizenzverträgen abgeschlossen worden ist, muss der SEP-Inhaber auch sonstige Entscheidungen zur Verletzung und zum Rechtsbestand des oder der zu lizenzierenden Schutzrechte vorlegen. 255

Ob neben den vorzutragenden, bereits abgeschlossenen Lizenzverträgen und ggf. Gerichtsentscheidungen zusätzlich noch weitere Angaben zwingend erforderlich sind, hängt 256

davon ab, ob mit den vorgelegten Verträgen die FRAND-Gemäßheit schon nachgewiesen werden kann, was vorranging von der Anzahl und ggf. Reichweite der abgeschlossenen Lizenzverträge abhängt.

Ist dies nicht der Fall, muss der SEP-Inhaber zum Nachweis der angemessenen Lizenzgebührenhöhe etwa zu ihm bekannten vergleichbaren Lizenzverträgen (möglichst im selben oder einen vergleichbaren technischen Gebiet) vortragen. Auch sind nähere Erläuterungen des Portfolios und dessen Auswirkungen auf die Gebührenhöhe erforderlich, wenn das Klagepatent nicht einzeln lizenziert wird. Was konkret vorzutragen ist, ist eine Frage des Einzelfalls – letztlich muss der SEP-Inhaber darlegen, wie er die Lizenzgebühren festgelegt hat und warum die festgelegte Höhe angemessen ist. 257

dd) 258

Die oben erläuterten zeitlichen Vorgaben für die Abgabe des Angebots gelten auch für die Darlegung der Art und Weise der Berechnung der Lizenzgebühren (so ausdrücklich: LG Mannheim, Urt. v. 01. Juli 2016 – 7 O 209/15 – Rn. 119 zitiert nach juris = BeckRS 2016, 18389). Erst wenn der Verletzer diese Angaben erhalten hat, liegt ein Angebot vor, dessen FRAND-Gemäßheit er hinreichend überprüfen und auf das er nach den Vorgaben des EuGH reagieren muss. 259

c) 260

Die Lizenzangebote der Klägerin sind, wobei dahingestellt bleiben kann, ob auf das zweite oder dritte Angebot konkret abzustellen ist, nicht FRAND. 261

aa) 262

Die Beklagten werden bereits ohne sachliche Rechtfertigung diskriminiert: 263

aaa) 264

Eine tatbestandlich eine Diskriminierung im kartellrechtlichen Sinne begründende Ungleichbehandlung liegt nicht nur vor, wenn die marktbeherrschende Patentinhaberin einzelnen Lizenznehmern vertragliche Sonder- bzw. Vorzugskonditionen einräumt, die sie anderen Lizenznehmern verweigert, sondern gleichermaßen dann, wenn sie ihre Verbietungsrechte aus dem SEP selektiv durchsetzt. Eine solche selektive Durchsetzung ist anzunehmen, wenn die Patentinhaberin gegen einzelne Wettbewerber Verletzungsklage erhebt, um sie in einen Lizenzvertrag zu zwingen, andere Wettbewerber hingegen bei der Benutzung ihres Schutzrechts frei gewähren lässt. In ihrer faktischen Folge bedeutet eine solche Prozessstrategie nichts anderes, als dass einem Teil der Wettbewerber eine Freilizenz gewährt wird, während der andere Teil ein Lizenzentgelt zahlen muss (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E., Rn 243). 265

Nicht jede selektive Durchsetzung der Rechte durch Erhebung einer bzw. über einen gewissen Zeitraum objektiv unterlassenen Verletzungsklage begründet jedoch einen kartellrechtwidrigen Missbrauch der Stellung als SEP-Inhaber. Ein solcher Missbrauch setzt vielmehr voraus, dass es sich bei den verschonten Konkurrenten um einen der Schutzrechtsinhaberin bekannten oder lediglich infolge Verletzung der Markbeobachtungspflicht unbekannten Verletzer handelt, gegen den vorzugehen der Patentinhaber nach den gesamten Umständen – zu denen beispielsweise der Umfang der Benutzungshandlungen und die Rechtsschutzmöglichkeiten im Verfolgungsland zählen – 266

zuzumuten ist (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 243). Im Interesse der kartellrechtlich gebotenen Gleichbehandlung ist die Zumutbarkeitsschwelle freilich nicht allzu hoch anzusetzen (vgl. LG Düsseldorf, Urt. v. 30. November 2006, Az. 4b O 508/05 zitiert nach juris). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Patentinhaber gerade in der Anfangsphase einer Etablierung des Standards in seinen finanziellen und personellen Mitteln beschränkt und deswegen auch bei gutem Willen außerstande sein kann, gleichzeitig gegen eine Vielzahl von auf dem Markt auftretenden Verletzern vorzugehen. Hier kann es durchaus sinnvoll und gerechtfertigt sein, seine Kräfte zu konzentrieren und Verbietungsrechte zunächst gegen marktstarke Verletzer durchzusetzen, nicht zuletzt auch in der Erwartung, dass nach erfolgter gerichtlicher Klärung kleinere Verletzer außergerichtlich einlenken werden (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 243).

bbb) 267

Das Verhalten der Klägerin ist deswegen nicht FRAND-konform, da sie die Beklagten durch ihre (Prozess-)Strategie in Form der selektiven Rechtdurchsetzung gegenüber anderen Unternehmen diskriminiert. Das Verhalten der Klägerin, die Erhebung von Verletzungsklagen gegen die Beklagten und ihre beiden Hauptkonkurrenten sowie die Nichterhebung von Verletzungsklagen gegen die übrigen Wettbewerber bzw. Lieferanten, stellt eine Diskriminierung dar. 268

Zwar dürfte der Umstand, dass die Klägerin zunächst nur Verletzungsklagen gegen die drei größten nationalen Netzbetreiber erhoben hat, für sich genommen zunächst nicht zu beanstanden sein, da es der Klägerin aus finanziellen und personellen Gründen nicht zuzumuten sein dürfte, gleichzeitig eine Vielzahl von großen (Wirtschafts-)Unternehmen zu verklagen. Insoweit erscheint es nachvollziehbar, zunächst die größten Netzbetreiber zu verklagen. Jedoch entbindet die gewählte Prozessstrategie die Klägerin unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht davon, gegen die zunächst verschonten Unternehmen – ggf. nach Abschluss der hiesigen Verfahren – vorzugehen und sie jedenfalls bereits zum jetzigen Zeitpunkt um den Abschluss eines Lizenzvertrages zu ersuchen. Ein solches Vorgehen wäre der Klägerin auch zuzumuten, da weder Umstände ersichtlich, noch solche vorgetragen sind, die ein Vorgehen allein gegen die aktuell verklagten Unternehmen rechtfertigen könnte. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Klagepatent eine nur noch begrenzte Restlaufzeit zukommt und ein Vorgehen nach Abschluss des hiesigen Verfahrens schon wegen des Auslaufs des Patentschutzes evident ausscheidet. Insoweit wäre von der Klägerin zum jetzigen Zeitpunkt zu fordern, das FRAND-Procedere gegenüber den übrigen Wettbewerbern der Beklagten mittels Übermittlung eines Verletzungshinweises zu starten. Dass die Klägerin die bislang noch nicht in Anspruch genommenen Unternehmen derart über eine Verletzung informiert hat, hat sie nicht vorgetragen. 269

Soweit sich die Klägerin zur Begründung einer Nichtdiskriminierung auf den Umstand beruft, dass es sich bei den ausgenommenen Unternehmen um Investoren der Klägerin bzw. Mandaten ihrer hiesigen Prozessbevollmächtigten handelt, vermögen diese Konstellationen eine Verschonung der Unternehmen nicht zu rechtfertigen. Denn soweit sich die Klägerin auf die Investoreneigenschaft einiger ausgenommener Unternehmen beruft, hat sie bereits nicht substantiiert vorgetragen, welche Unternehmen mit welchen Beträgen an der Klägerin beteiligt sein sollen und welche Gegenleistung sie für die Nutzung der geschützten Lehre entrichten. Ein solcher Vortrag oblag jedoch der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin, da die Beklagte die Investoreneigenschaft in zulässiger Weise mit Nichtwissen im Sinne von § 138 Abs. 4 ZPO bestritten hat und insoweit nicht festzustellen ist, ob die ausgenommenen Unternehmen überhaupt eine finanzielle Gegenleistung für die faktische 270

Einräumung einer Freilizenz zahlen.

Von vornherein abwegig ist die Argumentation der Klägerin, eine Inanspruchnahme der ausgenommenen Unternehmen scheitere an dem Umstand, dass es sich bei diesen Unternehmen um Mandanten ihrer Prozessbevollmächtigten handele. Auch hier belässt es die Klägerin bei der bloß pauschalen Behauptung, ohne näher darzulegen, welche Unternehmen denn Mandaten der Prozessvertreter sein sollen. Selbst wenn diese pauschale Behauptung zutreffend wäre, würde die Mandanteneigenschaft ein Vorgehen gegen diese Unternehmen nicht ausschließen. So wäre es der Klägerin ohne weiteres möglich, die entsprechenden Unternehmen unter Beauftragung anderer Prozessbevollmächtigter in Anspruch zu nehmen, so dass die hiesigen Prozessvertreter keine standesrechtlichen Probleme bekommen. Dass dies beabsichtigt ist, wurde auch trotz Hinweises in der mündlichen Verhandlung, nicht behauptet. 271

ccc) 272

Schließlich stellt das (prozess-)strategische Verhalten der Klägerin auch insoweit eine Diskriminierung dar, als die Klägerin den Streithelfern P und T trotz unstreitig erfolgter Lizenzierungsbitte kein Lizenzangebot gemacht hat und stattdessen selektiv Klage gegen die hiesigen Beklagten erhoben hat. Die Streithelferin **P** beliefert die in Deutschland tätigen Festnetz-Provider und demnach auch die Beklagten mit DSL-Transceivern und DSL-Boards, mithin Vorrichtungen, die im jeweiligen Netz eingesetzt werden, um einen Dienst nach den vorliegend relevanten Standards ADSL2+ und VDSL im Netz zu unterhalten. Die Streithelferin T hat die Beklagten jedenfalls bis 2008 mit Transceivern für DSL-Systeme ausgestattet, welche auch zum heutigen Zeitpunkt noch in Benutzung sind. Nicht nachzuvollziehen ist, wieso die Klägerin den Beklagten eine Lizenz gewähren will, ihren Zuliefern aber nicht. Eine Begründung für diese Verhaltensweise hat die Klägerin nicht gegeben. 273

bb) 274

Die Lizenzangebote der Klägerin sind auch deswegen nicht FRAND, da sie nicht fair und reasonable sind. 275

aaa) 276

Der Gesichtspunkt der *Erschöpfung* wird nicht auf angemessene Weise behandelt. 277

(1) 278

Erschöpfung im patentrechtlichen Sinne bedeutet, dass die Ausschließungsrechte der Patentinhaberin verbraucht sind. Das heißt, dass der Gegenstand der patentgemäßen Erfindung von jedem Dritten in Verkehr gebracht, angeboten und benutzt werden kann. Alle diese Tathandlungen unterliegen nicht mehr dem Verbietungsrecht aus dem Patent. Anders als in anderen Rechtsgebieten findet der Erschöpfungseinwand im Patentrecht aus allgemeinen Rechtsgedanken Berücksichtigung, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt. Der Einwand des Verbrauchs (der Erschöpfung) ist begründet, wenn die Patentinhaberin selbst oder ein mit ihrer Zustimmung handelnder Dritter das patentierte Erzeugnis oder das unmittelbare Erzeugnis eines patentierten Verfahrens in einem der Vertragsstaaten der Europäischen Union in Verkehr gebracht hat (Mes in Kommentar zum PatG, 4. Auflage 2015, § 9, Rn. 78 m.w.N.). 279

280

Folge des grundsätzlich anerkannten Erschöpfungsgedankens ist, dass Lizenzangebote einem möglichen Erschöpfungseinwand grundsätzlich Rechnung tragen müssen, um FRAND zu sein. Denn ein solches Angebot ist nur dann „fair und angemessen“, wenn die Patentinhaberin dem potentiellen Lizenznehmer keine Bedingungen unterbreitet, die im Ergebnis auf die Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung hinauslaufen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17. November 2016, Az. 15 U 66/15 zitiert nach juris). Die Einbeziehung der Erschöpfungs- und damit zugleich Wertschöpfungsproblematik ist insbesondere in den Fällen erforderlich, wo – wie vorliegend – mehrstufiger Vertrieb und Leistungsketten üblich sind.

(2) 281

Diesen Anforderungen wird die Klausel 5.5(e) nicht gerecht. Sie lautet wie folgt (deutsche Übersetzung, Anlage K(kart)1a): 282

„Der Lizenznehmer hat das Recht, eine angemessene Verringerung der Freistellungsgebühr gemäß 5.3 und/oder der laufenden Lizenzgebühr gemäß 5.4 zu verlangen, soweit die in dieser Vereinbarung erteilten Rechte an den lizenzierten Patenten erschöpft oder an den Lizenznehmer lizenziert sind. Falls W und der Lizenznehmer sich nicht auf eine solche Verringerung einigen können, so wird diese Verringerung von zuständigen Gerichten gemäß 8.2 bestimmt. Der Lizenznehmer trägt die Beweislast für seinen Anspruch auf angemessene Vergütung.“ 283

Diese Klausel ist schon deshalb nicht fair, weil sie unbestimmte Rechtsbegriffe ohne Anknüpfungstatsachen beinhaltet sowie dem Lizenznehmer die Darlegungs- und Beweislast für eine angemessene Verringerung der Lizenzgebühr aufbürdet. Dadurch wird der Lizenznehmer im Falle einer – gerichtlichen – Auseinandersetzung von vornherein einem unangemessenen Verlustrisiko ausgesetzt. Der Lizenznehmer muss das Vorliegen der Erschöpfung als solcher darlegen und nötigenfalls beweisen, um eine Reduzierung des Lizenzsatzes zu erreichen. Auf den ersten Blick entspricht diese Regelung zwar der allgemeinen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für den als Einwand ausgestalteten Grundsatz der Erschöpfung. Praktisch wird dem Lizenznehmer dieser Nachweis aber häufig nur schwer gelingen. Denn bei den zur Erschöpfung führenden Tatsachen handelt es sich um interne, auf das Unternehmen der Lizenzgeberin bezogene Daten. Nur sie hat Kenntnis davon, über welche Produkte und mit welchen Unternehmen Lizenzverträge geschlossen worden sind. Für den Lizenznehmer ist es faktisch unmöglich, derart fundierte Kenntnisse zu erlangen, so dass hinreichend substantiierter schriftsätzlicher Vortrag im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung gelingen könnte. An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts, wenn der Lizenzgeberin eine sekundäre Darlegungslast auferlegt würde. Denn Voraussetzung dafür, dass sie dieser nachkommen muss, ist (zumindest), dass die Lizenznehmerin überhaupt von weiteren abgeschlossenen Lizenzvereinbarungen Kenntnis erlangt, die sie in einem gerichtlichen Verfahren pauschal vortragen könnte. Erst dieser Vortrag würde die sekundäre Darlegungslast der Lizenzgeberin auslösen. Dabei dürfte aber schon diese bloße Kenntniserlangung überwiegend vom Zufall abhängen, wenn nicht gar gänzlich ausgeschlossen sein, da es in dem Bereich standardessenzieller Lizenzen üblich sein dürfte, in solchen Lizenzverträgen eine Geheimhaltungsklausel zu vereinbaren, wodurch den Vertragspartnern die Mitteilung über den Abschluss eines Lizenzvertrages untersagt ist. 284

Hinsichtlich der Höhe der anzusetzenden Reduzierung besteht für den Lizenznehmer das weitere Risiko, ohne gerichtliche Auseinandersetzung eine solche überhaupt nicht durchsetzen zu können. Bei dem insoweit in der Regelung des Lizenzangebotes verwendeten Begriff „angemessen“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. 285

Zwar ist grundsätzlich zulässig, dass ein Gericht unter Berücksichtigung des Einzelfalls diesen unbestimmten Rechtsbegriff ausfüllt, namentlich hier die „Angemessenheit“ beziffert. Allerdings besteht für den Lizenznehmer mit dieser Regelung die Gefahr, dass die Lizenzgeberin eine außergerichtlich vorgeschlagene Reduzierung nicht für angemessen erachtet und den Lizenznehmer somit in ein gerichtliches Verfahren drängen kann, welches zugleich mit einem erheblichen Kostenrisiko einhergeht. Diese Gefahr besteht umso mehr, weil weder die oben zitierte Klausel noch andere Passagen des Lizenzangebotes Anhaltspunkte oder Kriterien vorgeben, an denen sich das Maß der Reduzierung orientieren könnte. Dass gegen eine komplikationslose außergerichtliche Einigung eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, ergibt sich nicht zuletzt aus dem vorliegenden Rechtsstreit, in welchem nämlich die verschiedenen Ansichten der Parteien bezüglich der „richtigen“ Bemessung dargelegt werden. Die Bestimmung der Angemessenheit dem Gericht zu überlassen, ist für den Lizenznehmer im Übrigen auch deshalb nicht angemessen, weil ihm während der Dauer eines Gerichtsverfahrens praktisch keine andere Wahl bleiben dürfte, als den bisherigen Lizenzsatz, ggf. unter Vorbehalt, weiterhin zu zahlen, weil für eine verringerte Lizenzzahlung keine hinreichende Rechtssicherheit besteht.

Vorstehende Ausführungen bedingen, dass das Problem der Doppellizensierung nur unangemessen berücksichtigt wird. Die Klägerin wäre nämlich aufgrund der oben dargestellten Klausel in der Lage, Lizenzen von den jeweiligen Herstellern für die Netzwerkkomponenten zu verlangen und außerdem noch Lizenzen von den Netzbetreibern für den Verkauf entsprechender Komponenten zur Durchführung des erfindungsgemäßen Verfahrens. Sie würde damit Lizenzgebühren für die Vorrichtungen mehrfach erhalten und zwar unabhängig von der Frage, ob mit der Erschöpfung der Vorrichtung auch eine Erschöpfung des erfindungsgemäßen Verfahrens erfolgt. Genau dies widerspricht jedoch den Grundsätzen der patentrechtlichen Erschöpfungslehre (s.o.). 286

Dabei ist der Klägerin das nicht nur theoretische Problem der Doppellizensierung aber auch bekannt. Denn die Klägerin weiß um die Tatsache, dass die Beklagten für die Bereitstellung der DSL-Leistungen Komponenten anderer Hersteller benutzen (z.B. M-Chips), die ihrerseits möglicherweise aus dem Lager der Klägerin schon lizensiert worden sind. Dieses Bewusstsein der Klägerin äußert sich in den streitgegenständlichen Klageanträgen. Aus dem Unterlassungsanspruch wurden nämlich gezielt Verfahren bzw. Vorrichtungen, die mit Komponenten von u.a. durchgeführt werden, ausgenommen, um eine Beweisaufnahme, wie sie im parallelen **M** Schadensersatzfeststellungsverfahren von der Kammer als notwendig erachtet wird, zu umgehen. 287

Unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen ist das Lizenzangebot der Klägerin vom 13. März 2017 (zweites Lizenzangebot) erst recht nicht FRAND, da dieses keinerlei Regelungen zur Erschöpfungsproblematik beinhaltet. 288

bbb) 289

Das Lizenzangebot der Klägerin genügt auch deswegen nicht den Anforderungen an ein FRAND-konformes Angebot, da es eine Klausel („Release Royalty“) aufweist, die eine *abschließende Abgeltung für (Zahlungs-)Ansprüche für die Vergangenheit* seit dem 1. März 2008 beinhaltet ohne die Möglichkeit einer Ausnahme und/oder Rückvergütung zu bieten. 290

Die Klausel 5.3 des Lizenzvertragsangebots (Anlagen K (Kart) 1 / K (Kart) 1a) lautet: 291

„*Lizenzgebühr in Bezug auf die Freistellung von früheren Verpflichtungen. Als aufschiebende Bedingung für die Erlangung der in Absatz 4.1 definierten Freistellung durch die* 292

*Lizenznehmerparteien hat der Lizenznehmer an W eine einmalige Zahlung zu leisten (die „**Freistellungsgebühr**"); die Berechnung hierfür erfolgt auf der Grundlage des Lizenzgebührensatzes, der mit dem Gesamterlös aus den Teilnehmergebühren für den Zeitraum ab dem 01. März 2008 bis zum Datum des Inkrafttretens multipliziert wird."*

Eine solche Klausel ist im vorliegenden Fall aus Sicht verständiger Lizenzvertragsparteien nicht fair und daher auch nicht nachvollziehbar. Die Parteien streiten im parallelen Schadensersatzverfahren 4c O 5/16 insbesondere auch über die Frage, ob die Klägerin für solche Ansprüche in der Vergangenheit aktivlegitimiert ist, die vor ihrer Eintragung in das Register entstanden sind. In diesem Zusammenhang ist im Parallelverfahren eine umfangreiche Beweisaufnahme erforderlich, da die Beklagten unter anderem die Übertragung des Klagepatents und die Abtretung der Schadenersatzansprüche auf den jeweiligen Zessionar bestritten haben. Bei Abschluss des vorgelegten Lizenzangebots müsste die Beklagte jedoch unabhängig davon, ob die Klägerin überhaupt zur Geltendmachung der Ansprüche ab März 2008 berechtigt ist, Lizenzgebühren für diesen Zeitraum zahlen. 293

Dieser Umstand ist bereits deswegen nicht nachvollziehbar, da die Beklagten dem Risiko ausgesetzt sind, dass die Ansprüche nicht wirksam an die Klägerin abgetreten wurden und einer Zahlung dementsprechend dann auch kein schuldbefreiender Charakter zuerkannt werden kann. Dies bedeutet, dass die Beklagten dem tatsächlichen Berechtigten weiterhin Vergütung für die Vergangenheit schulden und zugleich das Risiko tragen würden, die gezahlte Summe von der Klägerin nicht zurückzuerlangen bzw. zunächst einen Rechtsstreit über die Rückerstattung führen zu müssen. Vernünftige Vertragsparteien würden für diesen Fall auf eine entsprechende Klausel verzichten oder jedenfalls einen Mechanismus vorsehen, der einen Vergütungsanspruch der Klägerin für die Vergangenheit für den Fall entfallen lässt, das die Kammer bzw. die Berufungsinstanz im Parallelverfahren zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Klägerin für diese Ansprüche nicht aktivlegitimiert ist. 294

Soweit die Klägerin pauschal vorbringt, im Lizenzangebot sei eine Garantieerklärung enthalten, ist schon nicht ersichtlich, welchen Inhalt diese Erklärung haben sollte. Ein Verweis auf eine konkrete Klausel und deren Erläuterung fehlt. 295

Auch der Abschluss von Vergleichslizenzverträgen vermag die derzeit berechtigte Unsicherheit über die Anspruchsinhaberschaft der Klägerin zur Geltendmachung von Ansprüchen für die Vergangenheit nicht zu beseitigen. Denn wie den von der Klägerin vorgelegten Unterlagen entnommen werden kann, stand die Berechtigung der Klägerin zwischen den Parteien der Vergleichslizenzverträge zu keinem Zeitpunkt in Streit mit der Folge, dass der Abschluss der Verträge keinen Anhaltpunkt für die Berechtigung darstellen kann. Gleiches gilt im Übrigen für die Behauptung, die Unsicherheiten bei der Aktivlegitimation seien bei der Festlegung des Lizenzsatzes berücksichtigt worden. Die Klägerin hat weder konkret dargelegt, wie sie die Unsicherheit betragsmäßig bestimmt hat, noch welche Faktoren sie dabei mit einbezogen hat. Der SEP-Inhaber ist jedoch nach den allgemeinen Regeln darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass sein Angebot FRAND-konform ist. Was die Attribute fair & reasonable angeht, hat die Klägerin deswegen entweder darzutun, dass die herangezogenen Vergleichslizenzen missbrauchsfrei sind (und deshalb direkt übertragen werden können) oder aber zwar unter Machtmissbrauch zustande gekommen sind, im Lizenzangebot allerdings hinreichende Abschläge zugunsten des Verletzers berücksichtigt sind, die die angebotene Lizenz ausbeutungsfrei machen (vgl. Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 352). 296

ccc) 297

Dadurch, dass in dem Lizenzangebot der Klägerin das Großhandelsgeschäft der Beklagten (sogenanntes *„Whole-Sale-Geschäft“*) von der Lizenzierung ausgenommen wird, werden die Beklagten unangemessen benachteiligt. 298

In Klausel 2.1(a) des Lizenzangebots heißt es – wie schon ähnlich in den vorherigen Angeboten – zum Umfang der angebotenen Lizenz unter anderem: 299

„Die gemäß diesem Abschnitt 2.1.a(1) erteilte Lizenz umfasst lediglich die Geschäftstätigkeiten der Lizenznehmerparteien mit gewerblichen und nicht gewerblichen Endkunden, d.h. sie erstreckt sich nicht auf das Großhandelsgeschäft der Lizenznehmerparteien.“ 300

Damit ist derjenige Geschäftsbereich der Beklagten von der Lizenzierung ausgeschlossen, der die Bereitstellung von DSL-Vorleistungen an Großabnehmer betrifft. Die Beklagten ermöglichen es hierbei Großabnehmern, auf die von den Beklagten genutzte DSL-Infrastruktur und die DSL-Netzwerkkomponenten zuzugreifen. Hierdurch wird es den Großabnehmern ermöglicht, ebenfalls DSL-Leistungen gegenüber potentiellen Endkunden anzubieten. 301

Soweit sich die Klägerin hinsichtlich dieser Gestaltung des Lizenzangebots nur damit verteidigt, dass es ihr unbenommen sei, auf welcher Vertriebsstufe Lizenzverträge in welchem Umfang geschlossen werden, führt dieses Argument nicht dazu, dass das Angebot als FRAND-konform zu bewerten ist. 302

Zwar ist es einem Patentinhaber zuzugestehen, die Vertriebsstufe frei auswählen zu dürfen, auf der er Lizenzverträge zu schließen beabsichtigt. Denn auch für den Patentinhaber gilt der Grundsatz der vertraglichen Privatautonomie, wonach er seinen Vertragspartner auswählen kann. Hier liegt der Fall allerdings anders. Die Klägerin als Inhaberin eines standardessentiellen Patents, die sich zudem auch zur Erteilung von Lizenzen verpflichtet hat, hat den Beklagten den Marktzutritt zu fairen Bedingungen zu gewähren. Zu diesem Markt gehört für die Beklagten als Netzbetreiber aber nicht nur der Markt der Endkunden. Vielmehr beruht nach dem Vorbringen der Beklagten ein erheblicher Teil ihres Umsatzes als Netzbetreiberin auf Geschäften mit Drittanbietern von Telekommunikationsdienstleistungen, also gerade mit Großabnehmern, welchen sie ihre Netzinfrastruktur zur Verfügung stellt. 1 & 1, der größte Whole-Sale-Kunde der Beklagten, besaß im dritten Quartal 2017 einen Marktanteil von 13,7 % auf dem DSL-Markt, beansprucht mithin einen beträchtlichen Teil des Geschäfts der Beklagten. Dieses Geschäftsfeld als Teil des DSL-Geschäfts muss deshalb in die Betrachtung, ob der Marktzutritt fair ist, einfließen und darf den Beklagten nicht durch Verweigerung eines Lizenzangebots faktisch abgeschnitten werden. 303

Darüber hinaus ist hier erschwerend zu berücksichtigen, dass das Whole-Sale-Geschäft der Beklagten nicht vom Streitgegenstand der Unterlassungsklage ausgenommen worden ist, so dass sich die Beklagten dem Risiko des Verlusts eines Teils ihres Geschäftsfelds ausgesetzt sehen ohne überhaupt die Möglichkeit zu haben, diese Gefahr durch Abschluss eines Lizenzvertrags abzuwenden. Ohne die Einbeziehung des Whole-Sale-Geschäfts in einen Lizenzvertrag mit der Klägerin besteht für die Beklagten zudem die erhebliche Gefahr, gegenüber ihren Großabnehmern schadensersatzpflichtig zu werden. Denn ab Vertragsschluss dürften die Beklagten ihren Abnehmern keine DSL-Leistungen mehr zur Verfügung stellen, da dies dann rechtswidrig wäre. Gleichzeitig läge darin aber ein Verstoß gegen vertragliche Pflichten im Verhältnis zu den Abnehmern, da diesen gegenüber Erfüllung, also Bereitstellung von DSL-Leistungen, geschuldet ist. 304

305

4.

Der erfolgreich erhobene Zwangslizenzeinwand führt zur (vorläufigen) Abweisung der auf Unterlassung gerichteten Klage. Der Anspruch der Klägerin auf Unterlassung aus Art. 64 EPÜ i.V.m. § 139 Abs. 1 PatG ist damit als derzeit unbegründet abzuweisen. Wie dargelegt, haben die Beklagten erfolgreich den kartellrechtlichen Zwangslizenzeinwand erhoben. Die Klägerin hat die aus dem EuGH-Urteil folgenden Vorgaben nicht erfüllt. Solange dies nicht der Fall ist, ist der Anspruch auf Unterlassung nicht durchsetzbar (Rn. 52 und 73 des EuGH-Urteils). Erfüllt die Klägerin aber ihre Obliegenheiten, während die Beklagten sich nicht FRAND-gemäß verhalten, sind diese Ansprüche wieder durchsetzbar (OLG Karlsruhe, Mitt. 2016, 321 – Informationsaufzeichnungsmedium; Kühnen, a.a.O., Kap. E, Rn. 300). 306

Da das Lizenzangebot auf Grund der zuvor dargelegten Punkte als nicht FRAND-konform anzusehen ist und insoweit ein kartellrechtlich missbräuchliches Verhalten festgestellt werden kann, ist nicht mehr abschließend zu klären, ob die Klägerin in ihrem Lizenzangebot eine FRAND-gemäße Bezugsgröße (Umsatz- oder Stücklizenz) gewählt hat und die Berechnungsgrundlage für die geforderte Lizenzgebühr ausreichend dargelegt hat. Aus dem gleichen Grund muss keine Entscheidung über die über diese genannten Diskussionspunkte hinausgehenden von den Parteien aufgeworfenen Fragen erfolgen. 307

Ebenso bedarf es daher auch keiner Entscheidung mehr darüber, ob das Gegenangebot der Beklagten FRAND-konform ist und ob sich die Beklagten durch Rechnungslegung und Hinterlegung von Lizenzgebühren ihrerseits wie willige Lizenznehmer verhalten haben (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 30. März 2017, Az. I-15 U 66/15 zitiert nach juris). 308

IV. 309

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. 310

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO. 311

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 2. Juli 2018 ist verspätet und bietet keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 312

Klepsch	Dr. Schmitz	Wimmers

313

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE