

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 316

Wettbewerb und geistiges Eigentum

Von

Stefan Bechtold, Ansgar Ohly, Jürgen Schade,
Dieter Schmidtchen

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 316

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 316

Wettbewerb
und geistiges Eigentum



Duncker & Humblot · Berlin

Wettbewerb und geistiges Eigentum

Von

Stefan Bechtold, Ansgar Ohly, Jürgen Schade,
Dieter Schmidtchen

Herausgegeben von

Peter Oberender



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0505-2777
ISBN 978-3-428-12500-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ⊗

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

Vorwort

Von einem Randthema ist die Diskussion um den Schutz geistigen Eigentums innerhalb der letzten 15 Jahre zu einem zentralen Thema nationaler und internationaler Wirtschaftspolitik geworden. Dies ist einerseits zwar sicher auf den von vielen in westlichen Industriestaaten als bedrohlich empfundenen Mangel effektiv durchsetzbarer Schutzrechte in sich rasch entwickelnden Volkswirtschaften – allen voran selbstredend die Volksrepublik China – zurückzuführen sowie durch die häufig sehr emotional geführte Debatte über den Zugang zu patentgeschützten Medikamenten für Entwicklungsländer (v. a. in Bezug auf HIV-Präparate) bedingt. Andererseits jedoch vermehren sich auch innerhalb der entwickelten Staaten im Zuge der Digitalisierung der Ökonomien sowie der Erweiterung des Schutzumfangs insbesondere des Patentrechts die Konfliktlinien. Vor allem diese letztgenannten Entwicklungen haben dazu geführt, dass geistiges Eigentum auch und gerade für die Wettbewerbspolitik zum zentralen Feld geworden ist. Dies wird nicht zuletzt belegt durch einige höchstrichterliche Entscheidungen in jüngerer Zeit (vgl. insb. den Fall *IMS Health* und den Beitrag von *Ohly* in diesem Band); jedoch zeigt gerade die Umstrittenheit dieser Entscheidungen unter Ökonomen und Juristen auch, in welch frühem Stadium sich die wissenschaftliche Aufarbeitung des Spannungsfelds zwischen den Rechten geistigen Eigentums – ganz gleich ob in der Form von Patenten, Urheberrechten oder Gebrauchsmustern – und der Wettbewerbspolitik derzeit noch befindet.

Soll die praktische Wettbewerbspolitik also in diesem Mienengebiet nicht dauerhaft auf theoretisch wenig haltbare ad hoc-Konstruktionen angewiesen sein und so der Herausbildung eines wenig Rechtssicherheit bietenden, systemlosen Einzelfallrechts Vorschub geleistet werden, ist es dringend erforderlich, die wettbewerbs-theoretische Forschung und den interdisziplinären Austausch auf diesem Gebiet voran zu treiben.

Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe Wettbewerb des Wirtschaftspolitischen Ausschusses im Verein für Socialpolitik ihre Jahrestagung 2006 in Göttingen unter das Generalthema „Wettbewerb und geistiges Eigentum“ gestellt. Die Ergebnisse der Tagung, deren besonderes Anliegen es wieder war, sowohl Wissenschaftler als auch Praktiker zu Wort kommen zu lassen und so den Austausch zu befördern, sind in diesem Band vereint.

Aus ökonomischer Sicht analysiert zunächst Prof. Dr. *Dieter Schmidtchen* (Universität des Saarlandes, Saarbrücken) die Beziehungen zwischen Wettbewerb (-recht) und geistigem Eigentum. Er gibt in seinem Beitrag einen Überblick über mögliche Spannungsfelder und nutzt ihn gleichzeitig, um normativ einige Prin-

zipien für eine theoretisch begründete Arbeitsteilung zwischen beiden Rechtsgebieten zu entwickeln.

Im folgenden Beitrag erläutert Prof. Dr. *Ansgar Ohly* (Universität Bayreuth) die Gestalt einer „Arbeitsteilung“ zwischen Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht anhand konkreter Gerichtsfälle. Er plädiert dabei, die Beziehung als symbiotisch zu charakterisieren und so der bei aller Übereinstimmung feststellbaren, wohl begründeten Eigenständigkeit beider Rechtsgebiete gerecht zu werden.

Aus Sicht des (deutschen) Praktikers packt im nachfolgenden Beitrag Dr. *Jürgen Schade*, Präsident des deutschen Patent- und Markenamtes (München), die Thematik an, liefert empirische Befunde aus der Vergabepraxis des Patentamtes und plädiert für ein sich stetig fortentwickelndes Immaterialgüterrecht.

Der letztgenannte Aspekt wird besonders im nächsten Beitrag deutlich. Dr. *Stefan Bechtold* (Max Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn) widmet sich in seinem Beitrag „Immaterialgüterrechte und die technische Kontrolle von Sekundärmärkten“ einer insbesondere wegen der stetig zunehmenden IT-gestützten Ausschlusstechniken höchst aktuellen speziellen Frage. Er analysiert, welche Konsequenzen sich für das Immaterialgüterrecht ergeben, wenn dessen Schutzmöglichkeiten mit technischen Schutzsystemen kombiniert werden und dadurch Marktschließung auf Sekundärmärkten wesentlich effektiver durchsetzbar ist. Es sind zwar infolge der Dynamik der Entwicklung noch keine endgültigen Antworten, inwieweit das Rechtssystem darauf reagieren muss, möglich, jedoch wird die derzeitige Entwicklungsdynamik des Themenkomplexes „Wettbewerb und geistiges Eigentum“ deutlich.

Im abschließenden Beitrag spiegelt Prof. Dr. *Dieter Schmidtchen* schließlich den Tagungsverlauf an den in seinem Eingangsreferat vertretenen Thesen.

Abschließend verbleibt es dem Herausgeber nur noch, den Referenten und seinen Kollegen für ihre Teilnahme sowie ihre Diskussionsbeiträge und Denkanstöße zu danken. Herrn Dr. Jochen Fleischmann dankt er für die Unterstützung bei der Planung der Tagung; für Unterstützung bei Vorbereitung und Durchführung der Tagung sowie für die redaktionelle Vorbereitung der Herausgabe des Tagungsbandes ist außerdem Herrn Dipl.-Volkswirt Christoph Reiß zu danken. Nicht zuletzt gilt der Dank des Herausgebers seiner Göttinger Kollegin Renate Ohr und Herrn PD Dr. André Schmidt für die reibungslose und vorbildliche lokale Organisation und den angenehmen Tagungsrahmen an der Universität Göttingen.

Bayreuth, im Dezember 2006

Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Oberender

Inhalt

Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung?

Von *Dieter Schmidchen*, Saarbrücken 9

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose?

Von *Ansgar Ohly*, Bayreuth 47

Rechte geistigen Eigentums und Auswirkungen auf den Wettbewerb: Ein Praxisbericht aus Sicht des Deutschen Patent- und Markenamtes

Von *Jürgen Schade*, München 69

Immaterialgüterrechte und die technische Kontrolle von Sekundärmarkten

Von *Stefan Bechtold*, Bonn 77

Abschlussreferat: Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht – eine ökonomische Analyse

Von *Dieter Schmidchen*, Saarbrücken 93

Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung?*

Von *Dieter Schmidtchen*, Saarbrücken

I. Einleitung

Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums gilt seit jeher als problematisch. Für viele ist sie inhärent konfliktär.¹ Während das Wettbewerbsrecht darauf gerichtet sei, Marktmacht zu zerstören, bestehe der Zweck des Rechts geistigen Eigentums wie z. B. des Patentrechts, Urheberrechts und Markenschutzrechts darin, Marktmacht zu schaffen. Vertreter der Konfliktthese gestehen zwar zu, dass beide Rechtsmaterien der Förderung der ökonomischen Wohlfahrt dienen, aber sie tun dies angeblich doch in verschiedener Weise. Ihrer Ansicht nach ist das Wettbewerbsrecht eher myopisch und kurzfristig orientiert. Es fördere Praktiken, die die Preise in Richtung Grenzkosten treiben und überdurchschnittliche Gewinne beseitigen, und es bekämpfe Praktiken, die dies verhindern. Ziel sei statische allokativen und technische Effizienz.

Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht sei das Recht geistigen Eigentums durch eine Langfristperspektive gekennzeichnet: Es wolle die Schaffung immaterieller Vermögensgüter z. B. in Form neuen Wissens, neuen Ausdrucks von Ideen oder von Warenzeichen dadurch anregen, dass es den Kreatoren ein exklusives Nutzungsrecht an den geschaffenen Gütern einräumt. Ziel sei dynamische Effizienz. Mit dem exklusiven Nutzungsrecht korrespondiere das Recht, andere von der Nutzung eines immateriellen Vermögensgutes auszuschließen. Solche Rechte könnten zur Quelle signifikanter Marktmacht werden, wenn keine „hinreichenden“ Substitute im Markt existieren. Dadurch würden Marktmachtgewinne erzeugt, deren Bekämpfung gerade Zweck des Wettbewerbsrechts sei. Das Konfliktpotential werde noch erhöht, wenn die Rechteinhaber Vereinbarungen treffen oder Verhaltensweisen praktizieren, die nicht ausdrücklich durch das Recht geistigen Eigentums gedeckt sind und antiwettbewerbliche Wirkungen erzeugen.

* Ich danke PD Roland Kirstein und Diplom-Kauffrau Birgit E. Will für wertvolle Hinweise.

¹ Es gibt kaum einen Beitrag zur Beziehung zwischen beiden Rechtsmaterien, der nicht mit einer Darlegung dieses Konflikts startet (siehe Katz 2005; Korah 2005; Hovenkamp 2005; Kirchner 1994; Koboldt 1994; Koboldt/Schmidtchen 1991).

Offensichtlich hängt es von der Definition der Aufgaben der Wettbewerbspolitik ab, ob zwischen beiden Rechtsmaterien ein Konflikt existiert. Attestiert man der Wettbewerbspolitik eine Langfristperspektive, die nicht nur die Nutzung bereits geschaffener Immaterialgüter umfasst, sondern auch die Anreize zu deren Schaffung selbst, dann erscheint der Konflikt zwischen beiden Rechtsmaterien übertrieben zu sein.

Eben dies behaupten die Anhänger der Harmoniethese. Nach Kirchner lässt sich diese These folgendermaßen umschreiben: „Oberstes Ziel ist die Herstellung von Allokationseffizienz; dies gilt für das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen und das Patentrecht gleichermaßen“ (Kirchner 1994: 165). Zum Beleg zitiert Kirchner *Posner/Easterbrook* in deutscher Übersetzung: „Oberflächlich betrachtet befinden sich die Grundsätze des Patentrechts und die des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in einem unauflöslichen Widerspruch, indem die ersten Monopolstellungen schaffen, die anderen sie zu zerstören trachten. Dieser Konflikt existiert nur an der Oberfläche, da die grundlegenden ökonomischen Zwecksetzungen von Grundsätzen des Patentrechts und des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen identisch sind, nämlich die Effizienz der Ressourcenallokation zu fördern“ (zitiert nach Kirchner 1994: 158, Fn. 3).²

Liest man Äußerungen von Vertretern der beiden Thesen, dann wird nicht immer klar, ob sich die Thesen auf tatsächlich vorhandene Zusammenhänge beziehen (positive Thesen) oder ob sie normativer Natur sind (normative Thesen).

In diesem Beitrag wird die (normative) These vertreten, dass die Beziehung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht arbeitsteiliger Natur sein sollte. Beide Rechtsgebiete definieren und schützen Nutzungsrechte an immateriellen Vermögensgütern, die in der Ökonomie auch Informationsgüter genannt werden. Das Immaterialgüterrecht definiert und schützt die Nutzungsrechte mit eigentumsrechtlichen Mitteln. Leitidee ist der Schutz vor Imitation, um Anreize zur Innovation zu geben. Zwei Probleme stellen sich in diesem Zusammenhang:

- (1) Der Schutz vor Imitation ist unter Effizienzgesichtspunkten überzogen; dadurch kann nicht nur der imitatorische Wettbewerb, sondern auch der innovatorische Wettbewerb behindert werden, insofern letzterer die Nutzung eigentumsrechtlich geschützter Informationsgüter voraussetzt.
- (2) Der Schutzmfang von Nutzungsrechten an Informationsgütern ist nicht überzogen, aber der Rechteinhaber nutzt sein Recht, um den Wettbewerb in einer Weise zu beschränken, die mit der Leitidee des Rechts geistigen Eigentums, dem Schutz vor Imitation, nicht in Einklang steht.

Das erste Problem sollte mit Mitteln des Eigentumsrechts angegangen werden, die Lösung des zweiten Problems ist Aufgabe des Wettbewerbsrechts.

² Nach Kirchner lässt sich zwar der vielfach angenommene Wertungswiderspruch zwischen z. B. Patentrecht und dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen nicht begründen, aber die Harmoniethese, die von einem einheitlichen Ziel der effizienten Allokation der Ressourcen ausgeht, erscheint ihm doch zu stark vereinfacht (siehe Kirchner 1994: 183 f.).

Während der Fokus des Rechts geistigen Eigentums auf der Begrenzung der Handlungsmöglichkeiten von Imitatoren liegt (Was dürfen andere als der Rechteinhaber ohne dessen Zustimmung nicht tun?), legt das Wettbewerbsrecht primär fest, was der Inhaber eines geistigen Eigentumsrechts nicht tun darf.

Das Wettbewerbsrecht definiert wie das Immateriagüterrecht Nutzungsrechte an Informationsgütern. „Definieren“ heißt abgrenzen, also festlegen, was der Rechteinhaber tun und nicht tun darf. So darf er sein Nutzungsrecht nicht wettbewerbswidrig einsetzen. Insofern ist die spätere Kontrolle der Nutzung von geistigen Eigentumsrechten durch Wettbewerbsbehörden Bestandteil der Definition von Nutzungsrechten an Informationsgütern.

Das Recht geistigen Eigentums sollte sich darauf beschränken, *Property-rights „adäquat“* zu definieren und zu schützen (was „adäquat“ bedeutet, wird im folgenden erläutert und ist Hauptgegenstand der ökonomischen Analyse des Rechts geistigen Eigentums); das Wettbewerbsrecht sollte sich ausschließlich mit derjenigen Nutzung dieser *Property-rights* beschäftigen, die Marktmacht erzeugt, erhält oder vergrößert, welche von Funktion und Ziel der Einräumung von Nutzungsrechten an Informationsgütern nicht gedeckt ist und wettbewerbspolitische Bedenken hervorruft. Diese Marktmacht sei restriktive Marktmacht genannt. Die Arbeitsteilungsthese beruht auf der Idee, dass Marktmacht als solche kein Antitrust-Thema ist (wenn sie aus Effizienzgründen erforderlich ist); wettbewerbspolitisch problematisch sind nur solche Verhaltensweisen, bei denen die exklusiven Nutzungsrechte an Immateriagütern benutzt werden, um den Wettbewerb zu beschränken (siehe *Katz 2005; Abbott 2005*).³ Wenn die geistigen Eigentumsrechte „adäquat“ definiert sind, dann ist auch die daraus möglicherweise resultierende Marktmacht „adäquat“ (legitimiert) und „off-limits“ für Wettbewerbspolitik, so lange sie nicht in antiwettbewerblicher Weise missbraucht wird (siehe auch *von Weizsäcker 1981*). Weil die Erwartung dieser Marktmacht als Anreiz zur Erfindung und Bereitstellung wertvoller immaterieller Vermögensgüter (also zusätzlicher Wertschöpfung) dient, sei sie prozessuale Marktmacht genannt.

Auf Immateriagüterrechte gestützte Handlungen sind antiwettbewerblich, wenn dadurch die Wahrscheinlichkeit steigt, dass die Wertschöpfung in einem Markt kleiner ist als sie sein könnte. Dieser Effekt kann (muß aber nicht) bei folgenden Verhaltensweisen auftreten (siehe *OECD 1998; Régibeau / Rockett 2004*):

- Unternehmenszusammenschlüssen;
- Lizenzierungen und Überkreuzlizenzierungen;

³ „The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‚business acumen‘ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct“ (*Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398, 407, 124 S. Ct. 827 [2004]).

- Patent Pools; Setzen von Standards;
- Praktiken, die das gesetzlich eingeräumte Patentmonopol zeitlich verlängern oder verbreitern;
- Verheimlichung von für Interoperabilität erforderliche Schnittstelleninformation; „umbrella branding“;
- Verweigerung von Warenzeichenlizenzierung oder Auferlegung von „restriktiven“ Regeln in Verträgen zur Lizenzierung von Warenzeichen.

Bevor es das Wettbewerbsrecht gab, wurden solche Verhaltensweisen bei Missbrauch des Eigentumsrechts rein eigentumsrechtlich bekämpft (siehe *Hovenkamp* 2005).

Was die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts anlangt, so sollte Marktmacht, die aus geistigen Eigentumsrechten resultiert, nicht als Sonderkategorie von Marktmacht behandelt werden, etwa mit der Begründung, diese Rechte wiesen wegen ihrer Bedeutung für Neuerungen oder der Öffentlichen-Gut-Eigenschaft von Informationen Besonderheiten auf (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 3). Denn diesen Besonderheiten ist bereits bei der „adäquaten“ Definition von geistigen Eigentumsrechten Rechnung getragen worden.

Die im Titel dieses Beitrags angesprochene Thematik ist nicht neu. Die einschlägige ökonomische Literatur ist umfangreich und komplex (siehe *OECD* 1989; *Landes/Posner* 2003; *Régibeau/Rockett* 2004; *Hovenkamp* 2005; *Geroski* 2005; *Katz* 2005; *Korah* 2005; *Lévéque/Shelanski* 2005; *von Weizsäcker* 1981; *Koboldt/Schmidtchen* 1991; *Kirchner* 1994; *Koboldt* 1994). Die folgende Darstellung muss notwendigerweise vereinfachen und sich auf die Betrachtung der wesentlichen Zusammenhänge beschränken. Insbesondere können die Feinheiten des Patentrechts, des Urheber- und des Warenzeichenrechts nicht analysiert werden.⁴ Es geht lediglich darum, die Leitideen des Rechts geistigen Eigentums darzustellen und einfache Prinzipien zu benennen, die beim Entwurf und Vollzug beider Rechtsmaterien beachtet werden sollten.

Der Beitrag ist wie folgt aufgebaut. Kapitel II liefert einen Grundriss der ökonomischen Theorie der geistigen Eigentumsrechte, in dessen Zentrum ein sogenanntes Informationsdilemma steht. Kapitel III befasst sich mit dem Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts, dem Begriff des Wettbewerbs und der Wettbewerbsbeschränkung. Kapitel IV behandelt die Schnittstelle zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht und bestimmt den goldenen Mittelweg im Sinne eines effizienten Schnittstellenmanagements. Kapitel V behandelt wettbewerbspolitische Probleme, die aus Besonderheiten der Schnittstelle zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht resultieren und die kaum in den Fällen zu beobachten sind, wo die Marktmacht aus Eigentumsrechten an materiellen Ressourcen resultiert. Kapitel VI schließt den Beitrag ab.

⁴ Einen guten Gesamtüberblick liefern *Landes/Posner* 2003 und *Scotchmer* 2004.

II. Ökonomische Analyse des Rechts geistigen Eigentums

1. Leitidee: Aneignung geschaffener Werte

Die das Recht geistigen Eigentums beherrschende Leitidee ist einfach: Bei Abwesenheit geistiger Eigentumsrechte besteht die Gefahr, dass die Bereitstellung von immateriellen Vermögensgütern – wir wollen diese im Folgenden unter dem Begriff Informationsgut zusammenfassen – nicht belohnt wird. Solche Informationsgüter sind häufig die Quelle ökonomischen Werts, und wenn der Originator des Informationsgutes nicht erwarten kann, dass er sich zumindest einen Teil des neu geschaffenen Werts – er sei Mehrwert genannt – aneignen kann, dann leidet der Anreiz zur Schaffung von potentiell wertvollen Informationsgütern; insbesondere dann, wenn für deren Bereitstellung Kosten aufzuwenden sind.⁵ Geistige Eigentumsrechte sind rechtliche Monopole bezüglich der Nutzung von Informationsgütern, die dem Rechteinhaber prozessuale Marktmacht ermöglichen – nicht garantieren! – sollen. Dadurch soll er in die Lage versetzt werden, sich wenigstens einen Teil des dadurch geschaffenen ökonomischen Wertes anzueignen.⁶ Man beachte, dass ein rechtliches Monopol bezüglich der Nutzung eines Informationsgutes nicht zwingend ein ökonomisches Monopol impliziert.

2. Wohlfahrtseffekte (Wertschöpfung)

Die Wohlfahrtseffekte von Informationsgütern bestehen in der durch sie ermöglichten zusätzlichen Wertschöpfung (Mehrwert). Darüber wird in dem Markt entschieden, bei dessen Versorgung Informationsgüter genutzt werden. Die Wohlfahrt der Gesellschaft steigt, wenn ein neues Produkt angeboten wird (Produktinnovation), für das hinreichend große Nachfrage existiert; gleiches gilt für die Verbesserung der Qualität eines bereits existierenden Produktes. Die Wohlfahrt steigt auch, wenn die Produktionskosten bereits existierender Produkte gesenkt werden (Prozessinnovation; technischer Fortschritt). Schließlich steigt die Wohlfahrt, wenn ein neues Informationsgut – man denke an Warenzeichen – Transaktionskosten senken sollte (institutionelle Innovation). Zu den institutionellen Innovationen zählen auch Neuerungen bezüglich der organisatorischen Architektur von Unternehmen (neue Verteilung von Entscheidungsrechten, Verbesserung von Anreizverträgen).

Die Vorteile eines neuen Produktes spiegeln sich in der Nachfragekurve wider; die Vorteile der Verbesserung der Qualität eines Gutes in der mit der Verschiebung

⁵ Der Originator ist derjenige, der das Informationsgut der Verwertung zuführt. Er kann, muss aber nicht der Erfinder sein. Anstelle des Begriffs Originator werden auch die Begriffe Kreativ, Schöpfer, Neuerer, Investor oder Innovator verwendet.

⁶ Die Aneignung zusätzlich geschaffener Werte kann auf zweierlei Weise geschehen: zum einen durch Selbstverwertung des neuen Wissens; zum anderen durch Übertragung des Nutzungsrechts gegen Kompensation an andere.

der Nachfragekurve verbundenen zusätzlich möglichen Wertschöpfung. Wenn ein neues Informationsgut die Produktionskosten senkt, werden weniger Produktionsfaktoren benötigt; die frei gesetzten Ressourcen können Mehrwert an anderer Stelle der Volkswirtschaft schaffen. Sollten schließlich Transaktionskosten gesenkt werden, dann können Wohlfahrtssteigerungen über mehrere Wirkungskanäle auftreten:

- Die Zahl der Transaktionen nimmt zu;
- die Arbeitsteilung vertieft sich;
- es werden weniger Ressourcen zur Informationsbeschaffung aufgewendet.

Grundsätzlich nähert sich die Volkswirtschaft dem Zustand an, in dem alle Ressourcen am Ort ihrer höchsten Wertschöpfung eingesetzt werden.

Während bei Produktinnovationen und institutionellen Innovationen die Nachfrager bereits während der Schutzdauer für das Informationsgut Vorteile aus seiner Bereitstellung genießen können, erhalten sie diese bei Verfahrensinnovationen möglicherweise erst nach Ablauf der Dauer eines Immaterialgüterrechts. Man betrachte einen Lizenzvertrag, der die Nutzung neuen technischen Wissens regelt, das die Grenzkosten der Produktion senkt. Der Inhaber des geistigen Eigentumsrechts sei nicht in der Produktion engagiert, in der das durch dieses Recht geschützte Informationsgut genutzt wird. Sollte es dem Inhaber des geistigen Eigentumsrechts gelingen, sich im Wege einer konstanten Lizenzgebühr pro Stück den gesamten Mehrwert seiner Innovation anzueignen, dann bleiben die Grenzkosten im betreffenden Markt unverändert.⁷ Es hängt also von der Verhandlungsmacht des Anbieters und der des Nachfragers des Informationsgutes ab, inwieweit es während der Schutzdauer für das Informationsgut bereits zu einer Grenzkostenenkung im betreffenden Markt kommt. Sollte die Lizenz gegen die Zahlung einer fixen Gebühr (nicht mengen- und nicht umsatzabhängig) vergeben werden, profitieren die Nachfrager im betreffenden Markt bereits während der Schutzdauer des Informationsgutes von der Prozessinnovation, weil mit der Verringerung der Grenzkosten der Marktpreis sinkt. Wenn die Schutzperiode abgelaufen ist, tritt dieser Effekt ohnehin auf.

3. Effizienz

In der Ökonomik wird zwischen statischer und dynamischer Effizienz unterschieden. Statische Effizienz – häufig allokativer Effizienz genannt – wird erreicht, wenn Unternehmen und Verbraucher bei ihrer Entscheidungsfindung die marginalen volkswirtschaftlichen Opportunitätskosten des mit ihrer Entscheidung verbundenen Ressourceneinsatzes in Rechnung stellen. Betrachtet man einen Markt isoliert, so ist dies der Fall, wenn der Marktpreis die gleiche Höhe hat wie die mar-

⁷ Obwohl die Grenzkosten nicht sinken, nimmt die Wertschöpfung zu, weil dieselbe Menge mit weniger Ressourcen produziert wird. Der Mehrwert der Innovation hat die Höhe der Lizenzentnahmen des Lizenzgebers.

ginalen volkswirtschaftlichen Opportunitätskosten. Ist er höher als diese Kosten – was bei Existenz von Marktmacht der Fall ist –, dann ergibt sich allokativer Ineffizienz. Es wird zuwenig produziert und es entsteht ein toter Wohlfahrtsverlust.

Betrachtet man mehrere Märkte, dann erfordert allokativer Effizienz, dass der Wert der marginalen Erträge aller Ressourcen in allen ihren Verwendungsrichtungen gleich groß wird.

Dynamische Effizienz spielt bei allen Arten von Investitionsentscheidungen eine Rolle. Solche Entscheidungen betreffen die Errichtung neuer Produktionsanlagen, die Erhaltung von Produktionsanlagen – aber auch die Bereitstellung von Informationsgütern.

Dynamische Effizienz verlangt, dass ein Projekt dann und nur dann durchgeführt wird, wenn dessen gesellschaftliche Vorteile die Opportunitätskosten der verbrauchten Ressourcen übersteigen. Wenn z. B. der Strom der privaten Einzahlungen (= Erlöse) aus dem Projekt vom Strom der gesellschaftlichen Vorteile abweicht, dann ergeben sich Anreize für ineffiziente Investitionsentscheidungen.

Misst man den Strom gesellschaftlicher Vorteile anhand der Wertschöpfung, dann kommt es zu dynamisch ineffizienten Entscheidungen, wenn der Investor sich (in der Erwartung!) von der zusätzlichen Wertschöpfung – etwa im Wege der Kreation eines neuen Marktes (Produktes) – nicht genug aneignen kann. Es wird zuwenig investiert (im Grenzfall unterbleibt gar die Investition). Auf der anderen Seite wird zuviel investiert, wenn der Investor nicht berücksichtigt, dass sein Verhalten an anderer Stelle der Volkswirtschaft die Wertschöpfung verringert („business stealing effect“; siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 6). Es ist unwahrscheinlich, dass beide Effekte sich ausgleichen.

4. Geistige Eigentumsrechte und Effizienz

Geistige Eigentumsrechte sollen aus ökonomischer Sicht zwei Funktionen erfüllen, die mit dynamischer Effizienz zusammenhängen. Die erste ist die Entlohnungsfunktion, die zweite die Wissensverbreitungsfunktion.

Die Entlohnungsfunktion leuchtet unmittelbar ein: Ein rationaler Investor wird nur dann Kosten zur Kreation von Neuerungen aufwenden, wenn er erwarten kann, dass er diese Kosten durch Erträge wieder „hereinholt“. Dem dient die rechtliche Gewährung prozessualer Marktmacht. Man beachte, dass der Rechtsschutz in der ökonomischen Perspektive nicht primär persönlichkeitsrechtlich motiviert ist, sondern als Schutz des Prozesses der Bereitstellung von gesellschaftlich wertvollen Informationsgütern. Dies ist analog dem Wettbewerbsrecht, das den Wettbewerb schützen soll und nicht die Wettbewerber. Die gesellschaftliche Funktionalität ist entscheidend (siehe auch *Valkonen/White* 2006).

Zur Illustration sei der einfachste Fall einer Produktinnovation, die durch ein 20-jähriges Patent geschützt ist, betrachtet. Das Produkt sei neu und wertvoll aus

der Sicht der Nachfrager. Es schafft eine völlig neue Nachfrage N (in Abbildung 1). Mit Patentschutz kann sich der Innovator wie der Lehrbuchmonopolist verhalten. Gemäß der Gewinnmaximierungsregel setzt er den Preis in Höhe von OP, bei dem die Grenzkosten (GK) gleich dem Grenzerlös (GE) sind, und verkauft zu OP die Menge OQ. Er erzielt einen Monopolgewinn in Höhe von PABC. Zur Kreation des Marktes seien einmalig Forschungs- und Entwicklungsausgaben in nicht veränderbarer Höhe zu tätigen. Der Innovator möge diese Ausgaben über Kredit finanziert haben, der 20 Jahre lang eine Annuität in Höhe des Rechteckes DEBC impliziert. Wenn das Patent 20 Jahre dauert, dann verdient der Monopolist mehr als die jährlichen Ausgaben für Forschung und Entwicklung (Fläche PAED). Man beachte, dass nicht nur der Innovator sich durch die Innovation besserstellt, sondern auch die Nachfrager (siehe die Konsumentenrente FAP). Der vom Innovator geschaffene Brutto-Mehrwert beträgt Konsumentenrente plus Produzentenrente. Von diesem Mehrwert eignet er sich $2/3$ an, wenn die Kreditannuitäten nicht mitgerechnet werden; der Rest geht an die Nachfrager.⁸

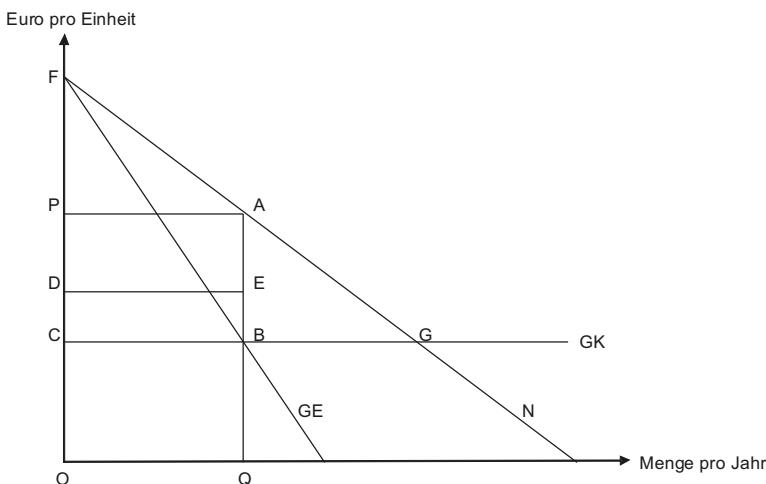


Abbildung 1: Marktergebnis bei patentgeschützten Produktinnovationen

Gäbe es keine geistigen Eigentumsrechte, dann könnte jedermann das neue Wissen nutzen, so dass die Früchte aus der Kreation nicht oder nur zum Teil dem zufließen, der Kosten für die Kreation aufgewendet hat. Die Anreize zur Kreation leiden.

Man betrachte der Einfachheit halber wieder eine Produktinnovation. Kann das neue Wissen von jedermann – kostenlos – genutzt werden, dann bildet sich im Wettbewerb ein Preis in Höhe der Grenzkosten in Abbildung 1. Da der Innovator

⁸ Werden die Kreditannuitäten als Kosten berücksichtigt, dann ist der Brutto-Mehrwert kleiner, und der Neuerer erhält davon die Hälfte.

für die Kreation aber Kosten aufzuwenden hatte – typischerweise fixe Kosten –, wird er die Kreation nur vornehmen, wenn er einen Preis erwarten kann, der mindestens seine langfristigen Durchschnittskosten deckt (diese werden neben GK auch durch die Annuität bestimmt; die Durchschnittskostenkurve verläuft oberhalb der GK-Kurve). Da die Grenzkosten niedriger sind als die Durchschnittskosten, wird er ohne ein Eigentumsrecht an seiner Kreation diese unterlassen – wodurch zusätzliche Wertschöpfung unterbleibt. Der Markt versagt; dynamische Effizienz wird verfehlt.⁹

Ein Recht zur exklusiven Nutzung des neuen Wissens soll gewährleisten, dass der Originator einen hinreichend hohen Anteil an der zusätzlichen Wertschöpfung erwarten kann und damit einen Anreiz hat, das neue Wissen zu schaffen. Geistige Eigentumsrechte erlauben es, eine künstliche Knappheit bezüglich der Nutzung neuen Wissens zu erzeugen, oder anders gewendet: Sie sind die Quelle der Erwartung von prozessualer (kreativer) Marktmacht.¹⁰

Es ist wichtig zu sehen, dass geistige Eigentumsrechte eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für das Entstehen prozessualer Marktmacht darstellen, m. a. W.: Geistige Eigentumsrechte garantieren nicht, dass prozessuale Marktmacht entsteht oder erhalten bleibt. Ein Patent schließt nicht aus, dass in Abbildung 1 ein Konkurrent ein ähnliches Produkt ohne Patentverstoß auf den Markt bringt und damit die Gewinne des Innovators schmälert. In diesem Sinne schützt ein Patent nicht vor Wettbewerb oder anders gewendet: Ein Patent impliziert nicht ein Property Right an der Nachfrage N.

Geistige Eigentumsrechte sollen nicht nur Anreize zur Schaffung neuen Wissens setzen, sondern zugleich die Verbreitung des neuen Wissens fördern (siehe *Carlton/Perloff* 2000: 505 ff.; *Régibeau/Rockett* 2004: 8). Neues Wissen könnte ja auch heimlich genutzt werden, und es könnten Ressourcen aufgewendet werden, um anderen den Zugang zum neuen Wissen zu versperren.¹¹ Eine solche Geheim-

⁹ Aus dem Umstand, dass geistige Eigentumsrechte hinreichend sind, um dynamische Effizienz zu gewährleisten, darf nicht geschlossen werden, dass sie auch notwendig sind. Wie im Beitrag von *Bechtold* (siehe in diesem Band) ausgeführt wird, können sich Innovatoren vor Imitation auch dadurch schützen, dass sie private Imitationssperren (technische Schutzmechanismen) errichten. Dafür müssen allerdings Kosten aufgewendet werden, deren Höhe steigende Tendenz haben kann, wenn Imitatoren die „Schutzmechanismen“ unterlaufen. Durchsetzbare geistige Eigentumsrechte stellen ein kostengünstigeres Substitut für Selbstschutz dar. In dem Maße, in dem geistige Eigentumsrechte durch den Gesetzgeber oder durch Gerichte abgeschwächt werden, nimmt der Bedarf an Selbstschutz zu.

¹⁰ Aus Sicht der Prinzipal-Agent-Theorie können Neuerer als Agenten des Prinzipals Gesellschaft angesehen werden, die nur dann tätig werden, wenn die Mitmachbedingung erfüllt ist. Sie ist erfüllt, wenn der Agent erwarten kann, dass er die Kosten der Bereitstellung des Informationsgutes durch Erlöse decken kann. Dazu dienen die Marktmachtgewinne. Bei Innovationen, die nicht veränderbare Investitionen erfordern, ist mit der Erfüllung der Mitmachbedingung auch die Anreizkompatibilitätsbedingung erfüllt.

Können Neuerer zwischen verschiedenen Investitionsniveaus wählen, dann ist die Erfüllung der Mitmachbedingung notwendig, aber nicht hinreichend, um das effiziente Investitionsniveau zu erreichen.

haltung ist aus zweierlei Gründen gesellschaftlich unerwünscht (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 8): Die zur Verheimlichung des neuen Wissens aufgewendeten Ressourcen könnten an anderer Stelle der Volkswirtschaft Werte schaffen. Ein Alleinutzungsrecht von allgemein bekanntem neuen Wissen erspart diesen Ressourcenaufwand. Wenn das neue Wissen nützlich für die Entwicklung anderer Ressourcen einschließlich „neuen“ neuen Wissens ist, dann hindert Geheimhaltung die ökonomische Entwicklung und ist dynamisch ineffizient.

Man betrachte den Fall, in dem neues Wissen durch „reverse engineering“ oder Dekompilierung in Erfahrung gebracht werden könnte, wenn keine Ressourcen in die Installation von Schutzvorkehrungen investiert würden. Mit der Installation solcher Schutzvorkehrungen möge der Zugriff auf das neue Wissen verunmöglich werden. Geistige Eigentumsrechte sind deshalb einerseits nicht erforderlich, um dem Investor die hinreichenden Anreize zur Vornahme der Investition zu geben. Der Investor wird andererseits sein Wissen offenbaren, wenn er hinreichend gegen Imitation geschützt ist. Er spart die Verheimlichungskosten und ist nicht nur gegen direkte Imitation geschützt, sondern er kann auch (z. B. im Wege des Abschlusses von Lizenzverträgen) am Wert neuer Innovationen partizipieren, die auf seinem geschützten Wissen aufbauen.¹² Bei Geheimhaltung neuen Wissens würde diese Kumulation nicht auftreten können.

Die Öffentliche-Gut-Eigenschaft von Wissen und die Bedeutung der Diffusion des Wissens zur Erreichung dynamischer Effizienz unterscheidet die Ressource Wissen von materiellen Ressourcen. Dieser Unterschied wird auch in den jeweiligen Eigentumsrechten reflektiert.

Die wichtigsten Unterschiede liegen in der Dauer und dem Schutzmfang des Rechts (wobei letzterer grob durch die Menge von Nutzungsmöglichkeiten definiert werden kann, die durch das Recht geschützt sind und von denen Dritte ausgeschlossen werden können). So währt der Schutz geistiger Eigentumsrechte (anders als wir dies typischerweise bei materiellen Eigentumsrechten kennen) nicht ewig und die inhaltliche Reichweite ist häufig beschränkt, was z. B. sequentielle (kumulative) Innovationen anlangt oder die Freiheit der Preissetzung bei der Verwertung des Wissens. Die ökonomische Analyse erlaubt nicht nur eine Erklärung der Unterschiede zwischen Eigentumsrechten an materiellen Ressourcen und Wissen, sondern sie kann auch die Unterschiede in den Schutzregimen erklären, die wir bei patentierbarem Wissen, durch Urheberrechte geschütztem Wissen und bei Warenzeichen in der Realität beobachten können (siehe dazu *Régibeau / Rockett* 2004).

¹¹ Geistige Eigentumsrechte beeinflussen deshalb die Grenze zwischen Unternehmen und Markt. Je schwächer der Rechtsschutz, um so größer ist der Anreiz zur vertikalen Integration (siehe *Bar-Gill / Pachomovsky* 2005).

¹² Unter Umständen dadurch, dass er diese Entwicklung verzögert. Dies könnte z. B. dann der Fall sein, wenn er durch Ressourceneinsatz Dekompilierung nicht verhindern kann und das neue Wissen direkt imitiert oder zur Kreation neuen „neuen“ Wissens genutzt werden könnte, was den Wert seiner Innovation beeinträchtigen könnte.

5. Der „trade-off“ zwischen Nutzen und Kosten

a) Grundsätzliches

Wir haben gesehen, dass der Anreizeffekt und der Informationsoffnenbarungseffekt als Hauptgründe für die Existenz von geistigen Eigentumsrechten zu gelten haben.¹³ Beide Effekte implizieren einen „trade-off“ zwischen dynamischer und statischer Effizienz, der Informationsdilemma genannt worden ist (siehe *Koboldt* 1994). Das Recht, andere von der Nutzung neuen Wissens auszuschließen, liefert nur dann Anreize für den Rechteinhaber, Informationsgüter bereitzustellen, wenn damit die Erwartung hinreichend großer prozessualer Marktmacht erzeugt wird. Je größer diese erwartete Marktmacht, um so größer ist die (erwartete) Belohnung in Form von Gewinnen und um so größer sind die Anreize, die Belohnung zu kassieren. Aber um so größer ist auch (im Erfolgsfall) die Abweichung von der statischen Effizienz (der tote Wohlfahrtsverlust). In Abbildung 1 beträgt der tote Wohlfahrtsverlust Fläche ABG.¹⁴

Wirksame Anreize zur dynamischen Effizienz implizieren Opportunitätskosten in Form statischer Ineffizienz. Gegeben diesen „trade-off“, lässt sich folgende Leitlinie zur Ausgestaltung von geistigen Eigentumsrechten formulieren: Suche die Kombination aus Schutzdauer und Schutzmfang, die eine erforderliche Beloh-

¹³ Empirische Untersuchungen über die Stärke des Anreizeffektes – ermittelt als Wirkungen von Patentrechtsänderungen – bei Patenten liefern gleichwohl gemischte Ergebnisse (siehe *Lerner* 2001, 2002).

¹⁴ Wenn bei einer Produktinnovation nur die Monopolmenge angeboten wird, dann unterliegt diese Verknappung des Angebots und der damit verbundene Wohlfahrtsverlust nicht der gleichen Kritik wie sie gegen die Monopole in den Lehrbüchern der Mikroökonomie geäußert wird. Bei dieser wird typischerweise unterstellt, dass der Markt bereits existiert, und es wird nicht gefragt, unter welchen Voraussetzungen er geschaffen wird. Im Gegensatz zur restriktiven Marktmacht geht es hier um prozessuale Marktmacht, die ein potentieller Innovator mindestens erwarten muss, um zur Innovation motiviert zu werden. Es ist dann fraglich, ob man den ex post auftretenden toten Wohlfahrtsverlust überhaupt als Wohlfahrtsverlust interpretieren sollte: Denn der Patentmonopolist hat das Produkt erst verfügbar gemacht. Es gibt keine Nachfrager, deren Zahlungsbereitschaft die Grenzkosten übersteigt und deren Nachfrage ohne das Monopol befriedigt worden wäre. Der Patentinhaber hat das Produkt kreiert. Die Netto-Freigabe des Produkts ist von Null auf die Monopolmenge gesteigert worden. Das ist ein Wohlfahrtsgewinn aus Sicht der Gesellschaft. Er ist zugleich der maximal mögliche Wohlfahrtsgewinn, wenn über Schutzdauer und Schutzmfang die mindestens erforderliche prozessuale Marktmacht ermöglicht wird. Es ist deshalb auch fraglich, ob man Erfinderpatente als Marktzutrittschranke ansehen sollte (siehe von *Weizsäcker* 2005: 64 ff.).

Es sei hinzugefügt, dass positive Transaktionskosten die Ursache für das Auftreten eines toten Wohlfahrtsverlustes darstellen. Bei Transaktionskosten von Null gilt das „value maximization principle“ (siehe *Milgrom/Roberts* 1992: 35 ff.), und es würde die statisch effiziente Menge im Markt angeboten. Dafür wäre perfekte Preisdifferenzierung erforderlich. Sind die Kosten der Schaffung der Voraussetzungen für perfekte Preisdifferenzierung „zu hoch“, dann wählt der Innovator die Konstellation, bei der sein Gewinn mit dem Setzen eines einheitlichen Preises maximal ist (siehe Konstellation [OP, OQ] in Abbildung 1).

nung für den Originator zu den geringstmöglichen Kosten in Form von induzierter Ineffizienz erzeugt (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 11).¹⁵

Valkonen und White (2006) haben in kritischer Auseinandersetzung mit *Landes / Posner* (2003) ein Modell zur optimalen Lösung des „trade-offs“ zwischen Nutzen und Kosten im Urheberrecht entwickelt, das sich auch auf andere geistige Eigentumsrechte anwenden lässt.

Sei $z = (z_1, z_2, \dots, z_n)$ ein Vektor, der das Schutzniveau eines Informationsgutes beschreibt; z_1 bis z_n repräsentieren die verschiedenen Dimensionen eines Rechts, z. B. Dauer, Umfang, Erzwingbarkeit.

Mit steigendem z nehmen die Anreize von Originatoren zu, in die Bereitstellung von Informationsgütern zu investieren. Seien I die Investitionen, dann gelte folgender Zusammenhang: $I = I(z)$, mit $dI/dz = I'(z) > 0$ und $d^2I/dz^2 = I''(z) < 0$. Für die Wohlfahrt (W) gelte: $W = (I(z \cdot v)/r)$, mit $r > 0$ als Diskontierungsfaktor und $v > 0$ als durchschnittlichem Wohlfahrtswert der Investitionen. Die Ableitungen der Wohlfahrt W nach z lauten: $dW/dz = W'(z) > 0$ und $d^2W/dz^2 = W''(z) < 0$.

Eine Vergrößerung des Schutzniveaus erhöht die diskontierte gesellschaftliche Wohlfahrt. Dieser Erhöhung stehen jedoch zusätzliche Kosten in Form höherer statischer und dynamischer Ineffizienz sowie zusätzlicher Transaktionskosten gegenüber. Die größere statische Ineffizienz resultiert aus der prozessualen Marktmacht; die größere dynamische Ineffizienz resultiert aus dem Umstand, dass stärkerer Schutz von Informationsgütern die Schaffung neuer Informationsgüter aufgrund strategischen Verhaltens der Rechteinhaber behindern kann. Die Transaktionskosten können aus zwei Gründen steigen. Die Kosten der Suche nach Inhabern der für die Schaffung neuer Informationsgüter erforderlichen Rechte nehmen zu; schließlich steigen die Kosten der Rechtsdurchsetzung. Seien K die Kosten, dann gelte folgender Zusammenhang:

$$K = K(z), \quad \text{mit} \quad dK/dz = K'[(z) > 0, d^2K/dz^2 = K''(z) > 0].$$

Das gesellschaftlich optimale Schutzniveau z^* maximiert die Netto-Wohlfahrt $W(z) - K(z)$. Dies ist der Fall, wenn $W'(z) = K'(z)$: Der marginale Wohlfahrtsanstieg ist gleich groß wie die damit verbundenen marginalen Kosten.

Was solche und andere Optimierungsregeln im einzelnen für Patente, Urheberrechte und Warenzeichenrechte bedeuten, wird ausführlich und kontrovers in der Literatur diskutiert. Diese Literatur kann und braucht hier nicht im einzelnen referiert zu werden. Von Interesse ist lediglich die Interaktion zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht, und dann sind zwei Fragen entscheidend:

¹⁵ Im Jargon der Prinzipal-Agent-Theorie geht es um die Bestimmung der Mitmach- und der Anreizkompatibilitätsbedingung.

1. Angenommen der „trade-off“ könne mit eigentumsrechtlichen Mitteln optimal gelöst werden, wozu dann noch Wettbewerbspolitik?
2. Wenn der oben genannte „trade-off“ mit eigentumsrechtlichen Mitteln nicht optimal gelöst werden kann, hilft die Wettbewerbspolitik weiter?

Um die Antworten auf diese beiden Fragen zu verstehen, muß man die Grundzüge der Debatte um die optimale Lösung des „trade-off“ kennen.

b) Patente

Während die ältere ökonomische Literatur über Patente hauptsächlich an der Frage der optimalen Dauer interessiert war (siehe Arrow 1962; Nordhaus 1969), hat sich der Schwerpunkt in letzter Zeit auf die Frage der optimalen Breite (Umfang) und der optimalen Kombination von Dauer und Breite verlagert (siehe Klemperer 1990; Gilbert und Shapiro 1990). Die Parametrisierung des Umfangs des Rechts ist weitaus schwieriger als die der Dauer. In der Literatur werden folgende Möglichkeiten diskutiert: der Preiserhöhungsspielraum (siehe Gilbert und Shapiro 1990); die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung, gemessen durch die Wirkung auf enge Substitute (siehe Klemperer 1990); die Zahl der Seitenbezüge oder die Kosten des „Drumherum-Erfindens“ (siehe Lerner 1994).

In der modernen ökonomischen Literatur über Patente lassen sich zwei Abteilungen unterscheiden: In der einen wird unterstellt, dass die durch ein Patent erzeugte Marktmacht bis zum Ende der Patentlaufzeit hält. In der zweiten wird berücksichtigt, dass die effektive Lebenszeit eines Patents verkürzt werden kann durch Folgeinnovationen, die das durch das Patent geschützte Wissen entwerten.

In der ersten Abteilung lässt sich zeigen, dass optimalerweise der Umfang eines Patents durch die Schutzdauer substituiert werden sollte. Nimmt man an, dass der Umfang eines Patents durch jede Maßnahme vergrößert wird, die die Kosten der Imitation erhöhen, dann bedeutet eine Verringerung des Umfangs, dass die Marktmacht pro Periode (die Preis-Grenzkosten-Relation) sinkt – und damit der maximale Periodengewinn. Das dämpft die Anreize zur Kreation neuen Wissens. Deshalb sollte zum Ausgleich die Schutzdauer des neuen Wissens verlängert werden. Der „trade-off“ zwischen Schutzdauer und Umfang des Rechts lässt sich an Abbildung 1 verdeutlichen (siehe dazu auch Tandon 1982). Bei einer zwanzigjährigen Schutzdauer muß der Innovator mindestens einen jährlichen Gewinn in Höhe der Annuität (Rechteck DEBC) realisieren. Der in Abbildung 1 enthaltene jährliche Überschussgewinn (in Höhe Flächeninhalt PAED) resultiert daraus, dass der Umfang des Schutzrechts – gemessen durch den Preissetzungsspielraum – zu groß ist. Eine Beschränkung des Spielraums auf z. B. OD würde sowohl dem Monopolisten erlauben, die Annuität zu verdienen, als auch die Konsumentenrente erhöhen. In der Folge dehnt der Monopolist seine Angebotsmenge beim Höchstpreis aus, wodurch sich zugleich der tote Wohlfahrtsverlust verkleinert. Der opti-

male Höchstpreis liegt auf der Strecke D C, und zwar derart, dass der realisierte Gewinn gleich groß der Annuität (Fläche DEBC) ist.

Als Alternative bietet sich eine Verkürzung der Schutzdauer an. In diesem Fall steigt die Annuität (Punkt D bewegt sich nach oben) und der zur Finanzierung erforderliche Mindestgewinn. Eine Verkürzung der Schutzdauer derart, dass die Annuität in Abbildung 1 beispielsweise auf die Größe des Rechtecks PACB anwächst, vergrößert die Wohlfahrt, weil der tote Wohlfahrtsverlust nun in weniger Perioden anfällt. Wird die mit einem Höchstpreis verbundene Mengenvergrößerung und der dadurch zu erzielende Mehrgewinn berücksichtigt, könnte eine derart vergrößerte Annuität auch bei einem Höchstpreis unterhalb von OP finanziert werden. Dadurch würde nicht nur die Zahl der Perioden reduziert, in denen ein toter Wohlfahrtsverlust anfällt, sondern auch dessen Größe. Die Ergebnisse im einzelnen sind annahmensensitiv. Extrempositionen sind kaum haltbar. *Régibeau/Rockett* (2004: 13) resümieren: „The best route might therefore lie somewhere in between, arguing for a finite duration and moderate breadth“.

Die optimale Schutzdauer ist von Gut zu Gut (Markt zu Markt) verschieden. Man wird vermuten können, dass es Informationsgüter gibt, bei denen der Marktmachtgewinn einer Periode ausreicht, um einen Anreiz zu ihrer Bereitstellung zu schaffen. Bei anderen Informationsgütern braucht man mindestens 2 oder 3 oder mehr Perioden. Hieraus resultiert ein Optimierungsproblem: Je länger die Schutzdauer, um so mehr Informationsgüter werden geschaffen und desto größer ist die gesamte volkswirtschaftliche Wertschöpfung. Auf der anderen Seite nehmen auch die gesamten Kosten in Form des aggregierten toten Wohlfahrtsverlusts zu. Je kürzer die notwendige Schutzdauer und je länger die tatsächliche Schutzdauer für ein gegebenes Informationsgut, desto größer sind die volkswirtschaftlichen Kosten in Form des über alle Perioden berechneten toten Wohlfahrtsverlusts. Die volkswirtschaftlich optimale Schutzdauer liegt dort, wo die marginalen volkswirtschaftlichen Kosten der Verlängerung der Schutzdauer um eine Zeitperiode gleich groß sind den marginalen volkswirtschaftlichen Vorteilen (siehe *Kaplow* 1984).

Berücksichtigt man, dass eine Verlängerung der Schutzdauer eines Informationsgutes *ceteris paribus* die Belohnung (den Preis) für den Innovator erhöht, dann wird man mit einer Zunahme der Zahl potentieller Innovatoren rechnen müssen. Diese Überlegung verdeutlicht, dass die Möglichkeit von Patentrennen in Betracht gezogen werden muss. Daraus resultiert ein Problem der Bestimmung der optimalen Zahl von am Rennen beteiligten Unternehmen. Eine größere Zahl mag die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass ein Informationsgut bereitgestellt wird, so dass der erwartete marginale Vorteil aus dem Einsatz einer zusätzlichen Firma (errechnet als mathematisches Produkt aus Bereitstellungswahrscheinlichkeit und dem gesellschaftlichen Wert des Gutes) positiv ist. Auf der anderen Seite stehen die marginalen Kosten der Beteiligung zusätzlicher Unternehmen am Patentrennen.

Es ist denkbar, dass die Gesamtkosten des Patentrennens größer sind als der Barwert der gesellschaftlichen Vorteile aus der Innovation (Rentendissipation). Die

optimale Zahl der Firmen wird durch die Gleichheit von marginalen Kosten und marginalen Vorteilen determiniert (siehe dazu *Carlton / Perloff* 2000: 513 ff.).

In der zweiten Abteilung der ökonomischen Literatur zu Patenten spielt die Unterscheidung in „lagging breadth“ und „leading breadth“ eine zentrale Rolle (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 13 f.): „Lagging breadth“ bezieht sich auf den Schutz gegen Imitation, während „leading breadth“ den Schutz bezüglich zukünftiger Verbesserung eines Informationsgutes adressiert. Eine Neuerung möge eine neue Forschungsrichtung eröffnen, bei der spätere Neuerungen auf früheren aufbauen. Aus gesellschaftlicher Sicht sollten die Vorteile der ganzen Innovationskette bei der Ausgestaltung des Patentrechts berücksichtigt werden. Da der Ersterfinder positive externe Effekte – in Form darauf aufbauender Neuerungen – erzeugt, sollten seine Anreize durch einen umfassenden Patentschutz positiv beeinflusst werden.¹⁶ Das ist allerdings eine zweischneidige Angelegenheit, weil Verbesserungen als Patentverstoß eingeschätzt werden könnten, was die Innovationsanreize schädigen kann.¹⁷ Auf der anderen Seite kann eine zu feinkörnige, also zu enge Definition von Schutzrechten, zu dem Anticommons-Problem führen. Der Zugriff auf eine Vielzahl von separat geschützten Wissensstücken (jedes jeweils mit geringer Schutzbreite) mag erforderlich sein, um eine „neue“ Neuerung zu schaffen, aber jeder einzelne Patentinhaber hat eine Veto-Position.¹⁸ Zu große Zersplitterung (geringe Schutzbreite) von Rechtspositionen kann zu einer Unternutzung aller Informationsgüter führen.¹⁹ *Régibeau / Rockett* (2004: 16) fassen die wesentlichen Ergebnisse so zusammen: „there appears to be little robust argument for either of the extreme policies of very long, narrow patents or very short, wide patents. Some middle ground appears to be the more reasonable path that balances the need to

¹⁶ Man betrachte den Fall, in dem eine grundlegende patentgeschützte Neuerung marktmäßig nicht verwertbar ist, eine auf diesem Wissen aufbauende Neuerung aber verwertbar wäre. Die Breite (der Umfang) des Patents sollte beide Neuerungen umfassen.

¹⁷ Dieses Problem kann exemplarisch anhand des Rechtsstreits „Lab Cop v. Metabolite Laboratories“ verdeutlicht werden, mit dem sich der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten zu befassen hat: „Im Mittelpunkt steht die Frage, ob ein Patent nur eine konkrete Erfindung schützt oder den gesamten Sachverhalt, der ihr zugrunde liegt“ (*Schwägerl* 2006). Sollte letzteres der Fall sein, dann erstreckt sich das Patent auf beliebige medizinische Symptome, die zum Zeitpunkt der Patentanmeldung noch gar nicht bekannt waren und auch heute noch nicht bekannt sind.

Um ein Beispiel zu bringen: Zum Zeitpunkt einer Patentanmeldung für einen medizinischen Wirkstoff sei dieser nur in einer einzigen kristallinen Form bekannt gewesen. Eine Verbesserung der Meßtechnik hat es in der Zwischenzeit erlaubt, verschiedene kristalline Formen für denselben Wirkstoff zu identifizieren. Die Frage lautet nun: Erstreckt sich das Patent auf alle kristallinen Formen oder nur auf die, die bei der Anmeldung bekannt war?

¹⁸ Die Schaffung des DVD-Standards beruhte auf der Nutzung von 4.500 Patenten.

¹⁹ Dazu kann auch ein Phänomen beitragen, das „royalty stacking“ genannt wird (siehe dazu *Godt* 2006; *Koboldt* 2006). Bei kumulativen (sequentiellen) Innovationen erfolgt eine Staffelung von Lizenzgebühren auf den Vorstufen der Endinnovation, die zu einer „übermäßigen“ Verteuerung der Nutzung von vorgelagerten Informationsgütern führen kann. Das Phänomen hat Ähnlichkeiten mit dem der Doppel-Marginalisierung in vertikal verknüpften Märkten.

compensate early innovators for the externality they generate in terms of stimulating future innovation, while both providing sufficient incentives for researchers to take those follow-on steps in a timely manner.“

In Auseinandersetzung mit der Demsetz-Theorie, dass eine effiziente Nutzung knapper Ressourcen in einem Marktsystem die vollständige Internalisierung von externen Effekten durch die Gewährung von umfassenden Property-rights verlange, hat *Frischmann* (2005) den Begriff der „Semicommons“ geprägt. Unter Semicommons versteht er Güter, die sowohl rivalisierende als auch nicht-rivalisierende Nutzung erlauben. Ein Beispiel liefert eine Straße: Der Autofahrer, der sich an einem bestimmten Punkt befindet, hat dann ein ausschließliches Nutzungsrecht; aber bevor dies der Fall ist, haben alle Autofahrer das Recht, dieses Stück zu befahren. *Frischmann* zeigt am Beispiel des Urheberschutzrechts, dass solche Rechte Informationsgüter zu Semicommons machen sollten, was impliziert, nicht alle Externalitäten über private Property-rights zu internalisieren (siehe auch *Frischmann/Lemley* 2006; früher bereits von *Weizsäcker* 1981). Der Gedanke ist auf Patente übertragbar.

In Abbildung 1 entsteht beim Preis OP ein nicht-internalisierter externer Effekt in Höhe der Konsumentenrente FAP. Eine Internalisierung über ein entsprechendes Property-right des Monopolisten ist nicht erforderlich, um diesen zur Kreation des Marktes (der Nachfragekurve N) zu bewegen. Auch ist der Monopolpreis OP nicht zwingend erforderlich, um die Annuität zu verdienen.

Wird das Patentrecht abgeschwächt, indem ein zweiter Anbieter den Markt ebenfalls bedienen darf und betreiben die beiden z. B. Cournot-Wettbewerb, dann kann der Anreiz zur Schaffung des Marktes durchaus erhalten bleiben. Die Voraussetzung dafür ist, dass der Gewinn im Cournot-Gleichgewicht ausreicht, die Annuität zu bedienen.²⁰

Interpretiert man die Gewinne des Konkurrenten sowie die Konsumentenrente als positive Externalität der Produktinnovation, dann ist eine vollständige Internalisierung beim Innovator aus Gründen dynamischer Effizienz nicht erforderlich. Nur Pareto-relevante externe Effekte gilt es zu internalisieren (siehe dazu *Buchanan/Stubblebine* 1962).

In der Literatur wurde auch nach Substituten für das Patentrecht gesucht. In einem frühen Beitrag argumentiert *Wright* (1983), dass der Staat Preise für Forschungsergebnisse aussetzen könnte, die an den Gewinner des Forschungsrennens ausgezahlt werden (siehe auch *Carlton/Perloff* 2000: 518 ff.; siehe dazu auch *Kolmar* 2006 und *Kirstein* 2006). Der Staat erhält das Nutzungsrecht am neuen Wissen und stellt es allen Interessierten kostenlos zur Verfügung. Die Idee ist, dynamische Effizienz ohne die Kosten statischer Ineffizienz zu erzeugen. Neuere Arbeiten benutzen die Instrumente des Mechanism Design, um diese Idee weiter zu entwickeln

²⁰ Cournot-Wettbewerb beschränkt den Umfang des Patentrechts in ähnlicher Weise wie ein Höchstpreis.

(siehe *Kremer* 1998; *Régibeau/Rockett* 2004: 18). Diese Ansätze stellen jedoch hohe informationelle Ansprüche an den Staat, so dass ein unvollkommenes Patentrecht „second-best“ optimal sein dürfte.

c) Urheberrechte

Während Patente Funktionen und Zwecke (Ideen, Mechanismen, Methoden, Vorkehrungen) schützen, schützen Urheberrechte den Ausdruck einer Idee. Dieser Ausdruck ist das Informationsgut (siehe dazu *Koboldt/Schmidtchen* 1991; *Koboldt* 1994; *Landes/Posner* 2003).

Urheberrechte können in ähnlicher Weise untersucht werden wie Patente, nämlich als Schutzrechte, die die Bereitstellung von Informationsgütern belohnen sollen (siehe *Koboldt/Schmidtchen* 1991; *Schmidtchen/Koboldt/Kirstein* 1998; *Kirstein/Schmidtchen* 2001; *Schmidtchen/Kirstein* 2002; *Landes/Posner* 2003). Allerdings braucht die Veröffentlichungsfunktion nicht beachtet zu werden, und auch die Marktmacht dürfte in der Regel geringer sein als bei patentgeschützten Informationsgütern. Aus diesem Grund ist richtigerweise die Schutzdauer bei Urheberrechten größer und der Schutzmfang kleiner als bei Patenten.

d) Warenzeichenrecht

Warenzeichen sind Worte, Symbole, Bilder, die ein Gut oder eine Dienstleistung eines Anbieters von denen anderer Anbieter unterscheidbar machen. Wenn ein Konsument ein mit einem Warenzeichen versehenes Produkt kauft, dann erhält er im Grunde drei Produkte im Paket: ein physisches Produkt (oder eine Dienstleistung), eine Information über die Eigenschaften des physischen Produkts (oder der Dienstleistung) und bei berühmten Marken ein immaterielles, aber wertvolles Produkt wie Prestige, gutes Gefühl, Statussymbol (der Käufer will Informationen über sich selbst an die Öffentlichkeit senden). Warenzeichen signalisieren den Aufbau von Reputation bezüglich der Qualität von Gütern und Leistungen und senken Informationskosten. Rechtlicher Schutz von Warenzeichen mit im Prinzip unbeschränkter Schutzdauer dient der Vermeidung von Irreführung der Konsumenten durch Produzenten, die Warenzeichen nachahmen, ohne die dadurch signalisierten Eigenschaften des Produkts (oder der Dienstleistung) zu gewährleisten. Der rechtliche Schutz von Warenzeichen fördert insoweit sowohl die Interessen der Kreatoren der Warenzeichen wie die der Konsumenten.

Als ökonomische Nachteile werden angeführt: Übertriebene Produktdifferenzierung, Schaffung von Marktzutrittsbarrieren und – wegen der Werbung – Verschwendungen von Ressourcen, die anderweitig Werte schaffen könnten. An dieser Stelle sei nur soviel angemerkt: Ein ökonomischer Nachteil liegt dann vor, wenn die Wertschöpfung mit Warenzeichen geringer ist als ohne (oder mit eingeschränkten) Warenzeichen (siehe auch *von Weizsäcker* 2005). Dies kann, muss aber nicht,

der Fall sein. Erst eine Einzelfalluntersuchung kann eine ökonomisch begründete Antwort liefern. Die entscheidende Frage lautet auch hier: Sind Warenzeichen Quelle prozessualer oder restriktiver Marktmacht? Das Informationsdilemma dürfte im Warenzeichenrecht im allgemeinen weniger gravierend sein als bei Patenten und Urheberrechten.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist bezüglich Patenten, Urheberrechten und Warenzeichenrechten folgendes zu sagen: Die moderne ökonomische Forschung über Informationsgüter rechtfertigt im großen und ganzen den gegenwärtigen Schutz durch Eigentumsrechte nach Dauer und Umfang (siehe *Régibeau/Rockett* 2004). Ein geringerer Schutzmfang geht einher mit einer längeren Schutzdauer.

III. Wettbewerbsrecht

1. Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung

Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts ist der Wettbewerb.

Es ist zweckmäßig und entspricht neueren Entwicklungen in der Ökonomie, Wettbewerb als ein Spiel zu definieren, das sich als marktlicher Parallel- und Austauschprozess vollzieht, und in dem es um die Schaffung von Werten und deren Aneignung geht (siehe *Schmidtchen* 2005a, b, c; 2006; *Brickley/Smith/Zimmerman* 2001: 177 ff.; *Brandenburger/Nalebuff* 1996).²¹ Diese Definition trifft den Kern dessen, was seit den Klassikern unter Wettbewerb verstanden wurde. Die im Laufe der Zeit entwickelten und verfeinerten Wettbewerbskonzepte akzeptieren diese Idee und unterscheiden sich lediglich hinsichtlich der Voraussetzungen (Bedingungen), insbesondere bezüglich der Marktstruktur und der rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen es zur größtmöglichen Wertschöpfung kommt. Ein solcher Marktprozess beruht auf der Existenz von Property-rights an den ausgetauschten Leistungen, wozu nach der Property-rights-Theorie auch das Recht zur Veräußerung von Nutzungsrechten (usus, usus fructus) gehört.

Wettbewerb ist kein Konstantsummenspiel, bei dem die Interessen der Spieler nur gegensätzlich sind, sondern ein Variabelsummenspiel, bei dem sich gegensätzliche und parallel laufende Interessen untrennbar miteinander verknüpfen. Die Spieler sind die Unternehmen und die Konsumenten. Die Auszahlungen der Spie-

²¹ Ein Spiel ist vollständig beschrieben durch die Spielform und die Auszahlungsmengen. Eine Spielform ist durch die Menge der Spieler, die Informationsannahmen, die Menge der Strategiekombinationen und die Menge der Ergebnisse, die der Menge der Strategiekombinationen zugeordnet ist, charakterisiert. Spielformen definieren Spielregeln. Fügt man die Bewertung der Ergebnisse durch die Spieler hinzu, dann erhält man ein Spiel. Wettbewerbspolitik besteht in der Gestaltung von Spielformen.

ler im Wettbewerbsspiel bestehen in Anteilen an der Kooperationsrente (sozialer Überschuss). Rationale Spieler streben danach, möglichst große Anteile an der Kooperationsrente zu erhalten. Deshalb lässt sich individuell maximierendes Verhalten im Wettbewerb auch als rentensuchendes Verhalten bezeichnen. Das gilt für Anbieter wie für Nachfrager. Die parallel laufenden Interessen aller Spieler richten sich auf die Größe des sozialen Überschusses. Je größer der soziale Überschuss ausfällt, um so größer ist bei gegebenen Anteilen die auf jeden Spieler entfallende Rente. Variabelsummen-Charakter, Verknüpfung von Parallel- und Austauschprozeß sowie rentensuchendes Verhalten zeigen sich anschaulich in Laborexperimenten vom Typ „double oral auction“ (siehe *Smith* 1982; *Kirstein/Schmidtchen* 2002; *Schmidtchen/Kirstein* 2003).

Im hier skizzierten Konzept des Wettbewerbs ist dieser ein dynamischer Wettbewerb. Wenn er den maximal möglichen sozialen Überschuss verwirklicht, sei er dynamischer perfekter Wettbewerb genannt (siehe *Schmidtchen* 2005a). Dynamischen perfekten Wettbewerb kann es bei gegebenen Angebots- und Nachfragebedingungen in einem Markt geben. Verwiesen sei auf die „double oral auction“, bei der im Wettbewerb die den sozialen Überschuss maximierende Allokation entdeckt wird (siehe *Kirstein/Schmidtchen* 2002 und *Schmidtchen/Kirstein* 2003). Dieser Zustand besitzt die Eigenschaft statischer Effizienz. Die Wertschöpfung kann aber auch vergrößert werden durch Schaffung eines neuen Marktes (unter Berücksichtigung des „market stealing“ Effekts), durch Erhöhung der maximalen Zahlungsbereitschaft (Verschiebung der Nachfragekurve) im Wege der Qualitätsverbesserung oder durch Grenzkostensenkung (Verschiebung der Angebotskurve). Wenn dieses Potential (unter Berücksichtigung der dafür erforderlichen Kosten) ausgereizt ist, liegt dynamische Effizienz vor. Wird das Maximum des sozialen Überschusses verfehlt, dann heißt der Wettbewerb dynamischer imperfekter Wettbewerb.²²

Im Konzept dynamischen perfekten Wettbewerbs bietet sich eine natürliche Definition des Begriffs Wettbewerbsbeschränkung an: Wettbewerbsbeschränkungen sind Handlungen, die restriktive Marktmacht erzeugen, erhalten oder vergrößern. Sie bewirken (oder erhöhen die Wahrscheinlichkeit dafür), dass die Wertschöpfung kleiner ist, als sie sein könnte. Als Beispiele seien klassische (stationäre) Monopolstellungen und nackte Preiskartelle genannt; Markteintrittsbarrieren und vertikale Restriktionen können ebenfalls zur Erzeugung, Erhaltung oder Vergrößerung von restriktiver Marktmacht eingesetzt werden.

2. Wettbewerbspolitik

Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik auf der operativen Ebene besteht darin, Wettbewerbsbeschränkungen zu identifizieren und zu bekämpfen. Dazu genügt es nicht, lediglich die Form eines Verhaltens zu betrachten und von dieser auf das

²² Siehe dazu *Makowski, Ostroy* 2001: 479 – 535; *Schmidtchen*: 2005a.

Potential zur Wettbewerbsbeschränkung zu schließen. Die moderne Wettbewerbstheorie stützt ein solches Vorgehen nicht. Nach ihr sollte im Einzelfall geprüft werden, ob die Wirkungen eines Verhaltens wettbewerblich sind oder nicht. Diese „effect-based“ Wettbewerbspolitik (siehe dazu Report der *EAGCP* 2005; *European Commission* 2005) stellt das Herzstück des „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik dar (siehe auch das Abschlussreferat *Schmidtchen* 2007a in diesem Band).

Praktische Wettbewerbspolitik besteht in der Formulierung und Durchsetzung von Rechtsnormen. Geschützt werden soll die Freiheit des Wettbewerbs. Dabei arbeitet der Gesetzgeber hauptsächlich mit Verbotsnormen. Konkurrierende Normenzwecke machen es aber erforderlich, für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorzusehen oder Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen. Es ist deshalb nicht übertrieben zu behaupten, dass Antitrust von einer impliziten und expliziten „rule of reason“ beherrscht wird (siehe *Schmidtchen* 2007b). Viele Verhaltensweisen haben unterschiedliche Wirkungen unter unterschiedlichen Umständen: Sie behindern den Wettbewerb an einer Stelle, aber fördern Effizienz und Innovation an anderer Stelle. Als Konsequenz ergibt sich: Die pro- und antiwettbewerblichen Wirkungen von unternehmerischen und staatlichen Verhaltensweisen sollten gegeneinander abgewogen werden. Zu fragen ist, ob die negativen wettbewerblichen Effekte durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden. In solchen Fällen sollte die Wettbewerbspolitik nicht Per-se-Regeln, sondern einem „rule-of-reason“-Standard folgen; wobei allerdings dirigistischer Aktivismus und ein „fine-tuning“ vermieden werden sollten.²³

Effekte müssen auch geprüft werden, wenn es um die wettbewerbspolitische Veränderung von Zuständen geht. Die Frage lautet hier: Ist die Veränderung wettbewerblich oder nicht? Um ein Beispiel zu bringen: Ein Unternehmen möge eine Monopolstellung am Markt besitzen und den Monopolgewinn maximieren. Das Preis-Grenzkosten-Verhältnis ist größer 1, was Marktmacht indiziert. Sollte die Wettbewerbspolitik gegen diese Marktmacht vorgehen und einen Zustand im Markt ansteuern, bei dem das Verhältnis 1 wird? Dies wäre ohne eine genaue Untersuchung der Wirkungen dieses Vorgehens sehr voreilig: Es könnte nämlich die Bereitstellung von Informationsgütern in der Zukunft gefährdet werden, weil dieses Vorgehen von potentiellen Innovatoren „rational“ erwartet werden könnte. Auch ist nach den Ursachen des Entstehens dieser Monopolstellung zu fragen. Es könnte sich um prozessuale Marktmacht handeln. Man sieht, dass im „more economic approach“ derselbe „trade-off“ zwischen dynamischer und statischer Effizienz existiert, wie wir ihn bei der Diskussion optimaler geistiger Eigentumsrechte kennengelernt haben.

²³ In *Schmidtchen* (2007b) wird mit Hilfe von Ron Heiners Theorie regelgeleiteten Verhaltens (Theorie eingeschränkt rationalen Entscheidens) untersucht, wann per se Regeln einem „rule of reason“-Standard vorzuziehen sind.

IV. Die Schnittstelle zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht

Die Bestimmung der Schnittstelle in normativer Absicht setzt zweierlei voraus:

- (1) die Identifikation von Funktionen und Zielen der beiden Rechtsgebiete und
- (2) die Art ihrer Interaktion.

Wir werden zunächst die Funktionen und Ziele identifizieren und dann das Problem der Interaktion behandeln (siehe dazu *Régibeau / Rockett 2004: 25 ff.*).

1. Funktionen und Ziele

Die Hauptfunktion des Rechts geistigen Eigentums besteht darin, Property-rights an Informationsgütern adäquat zu definieren und zu schützen. Es bestimmt, welche Nutzungen des Informationsgutes der Rechteinhaber vornehmen und von welchen Nutzungen er andere ausschließen darf. Eine solche Abgrenzung nimmt auch das Wettbewerbsrecht vor. Es schließt eine Lücke, die vom Recht geistigen Eigentums (im engeren Sinne) nicht ausgefüllt wird. Diese Lücke besteht aus Nutzungen des Informationsgutes, die mit Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind. Salopp formuliert: Das Wettbewerbsrecht erfüllt die Funktion einer Missbrauchsaufsicht über die Nutzung geistiger Eigentumsrechte, wenn sie dazu benutzt werden, restriktive Marktmacht zu erzeugen, zu erhalten oder zu vergrößern.

Auch im Recht geistigen Eigentums findet man Regelungen (insbes. bezüglich Schutzdauer und Schutzmfang), die die Nutzung des Informationsgutes betreffen, aber es dient nicht dazu, die Extension von Marktmacht zu regulieren (siehe *Hovenkamp 2005*). Die Sicherung der Entlohnungs- und Wissensverbreitungsfunktion ist zentral.

Faßt man den Begriff des Rechts geistigen Eigentums weiter als dies üblicherweise geschieht, dann ist das Wettbewerbsrecht Teil des Rechts geistigen Eigentums, weil es zusammen mit dem Recht geistigen Eigentums im engeren Sinne (also Patentrecht, Urheberrecht und Warenzeichenrecht) die Property-rights an Informationsgütern definiert.

Was die Ziele beider Rechtsmaterien anlangt, so unterscheiden sie sich in Folgendem: Während das Recht geistigen Eigentums die richtige Balance zwischen statischer und dynamischer Effizienz zu finden und diese durch Bestimmung von Dauer und Umfang der Rechte zu implementieren versucht, besteht das Hauptziel des Wettbewerbsrechts darin, statische und dynamische Ineffizienz durch missbräuchliche Nutzung von eigentumsrechtlich legitimierter Marktmacht zu vermeiden.

2. Interaktionsformen

Es wäre verfrüht, aus dem Umstand, dass die Funktionen und Ziele beider Rechtsgebiete unterschiedlich sind, zu schließen, dass Gestaltung und Durchsetzung der Rechtsregeln in einem Gebiet ohne Rücksicht auf die Funktionen und Ziele des anderen Rechtsgebietes erfolgen sollten. Die These von der Arbeitsteilung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht impliziert, dass das Wettbewerbsrecht nicht in die Domäne des geistigen Eigentumsrechts eindringen sollte, falls letzteres den „trade-off“ zwischen dynamischer und statischer Effizienz optimal austariert haben sollte. Wie aber wäre zu urteilen, wenn das Recht geistigen Eigentums dieses Optimum verfehlt sollte? Gründe dafür gibt es durchaus. Zwei seien näher untersucht: Informationsmängel und Unterschiede in der für Informationsgüter mindestens notwendigen Schutzdauer.

a) Informationsmängel

Beide Rechtsgebiete werden zu unterschiedlichen Zeitpunkten im Lebenszyklus eines Informationsgutes bedeutsam. Ein intellektuelles Eigentumsrecht wird zu Beginn (vor der Markteinführung) gewährt, während die Wettbewerbspolitik später eingreift, wenn Marktmacht genutzt wird. Aus dieser zeitlichen Asymmetrie entspringt eine Informationsasymmetrie (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 26): Wettbewerbsbehörden haben bessere Informationen über die ökonomische Bedeutung einer Innovation und die Marktverhältnisse als etwa ein Patentamt. Diese Informationsasymmetrie erzeugt die Versuchung, den „trade-off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz zu re-optimieren, was einen Konflikt zwischen beiden Rechtsmaterien implizieren würde.

Es gibt allerdings mehrere Gründe dafür, dass der unterstellte Konflikt zwischen beiden Rechtsbereichen weniger scharf ist, als es auf den ersten Blick erscheinen mag (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 27 ff.).

Der Hauptgrund liegt darin, dass die Stärke des Anreizeffektes von der Struktur und Höhe der erwarteten Belohnung des Rechteinhabers abhängt. Zum Zeitpunkt der Innovation ist er unsicher, ob die Innovation erfolgreich sein wird. Einige Innovationen sind Misserfolge, weil kein hinreichend großer Markt entsteht oder weitere Neuerungen die „alte“ Innovation entwerten. Auf der anderen Seite mag es Innovationen geben, die profitabler sind als ursprünglich gehofft. Dazwischen spannt sich ein Kontinuum von Ergebnissen auf. Was zählt, ist der erwartete Ertrag. Daraus leiten sich zwei Konsequenzen ab (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 27), was die Reaktion des Eigentumsrechts auf das erwartete Tätigwerden der Wettbewerbspolitik anlangt:

- (1) Wenn zu erwarten ist, dass die Wettbewerbspolitik im Durchschnitt sehr strikt gegen Marktmacht vorgeht, dann kann dem durch ein stärkeres Eigentumsrecht *ex ante* (größere Dauer oder größerer Umfang) entgegengewirkt werden.

(2) Wenn die Wettbewerbspolitik sich nach der Gewährung des Eigentumsrechts (unerwartet) verschärfen sollte (wettbewerbspolitischer Schock), dann sollte das Eigentumsrecht nur bei starken Veränderungen (Regimewechseln) dem Rechnung tragen. Kleinere Veränderungen gehören zum Innovationsrisiko.

Entscheidend ist also das Gesamtpaket an Regelungen, m. a. W.: Das faktische Property-right an einem Informationsgut wird von der Wettbewerbspolitik mitdefiniert.

Sollte die Wettbewerbspolitik systematisch den „trade-off“ zwischen statischer und dynamischer Effizienz überprüfen und im Zweifel neu justieren?

Die Antwort lautet grundsätzlich nein. Denn dieser „trade-off“ wurde ja bereits bei der Definition der Property-rights nach Schutzdauer und Schutzmfang berücksichtigt. Gewiss, die Wettbewerbsbehörden haben ex post einen besseren Informationsstand als die Instanzen, die die Property-rights ex ante festlegen: Was sie aber nicht besitzen, ist ein robustes Wissen darüber, wie z. B. die Marktstruktur auf die Anreize zu künftigen Innovationen wirkt. Eine Wettbewerbspolitik, die die Marktstruktur ex post im Wege des „fine-tuning“ auf die Kreation effizienter Innovationsanreize umsteuern will, kann sich nicht auf robuste theoretische Aussagen stützen: Treibt ex post Wettbewerb die Innovationen, oder sind es eher – im Sinne Schumpeters – die marktmächtigen Unternehmen (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 28)?

Régibeau / Rockett (2004: 29) erwähnen noch einen weiteren Grund dafür, dass das Wettbewerbsrecht – konkret: Kartellbehörden und Gerichte – den „trade-off“ nicht systematisch erneut beurteilen sollten: regulatorischer Opportunismus. Mit diesem Begriff ist der Umstand gemeint, dass Kartellbehörden und Gerichte der Versuchung erliegen, nur die ex post Situation zu betrachten und nicht den Einfluss auf die ex ante Situation, in der die Anreize zur Innovation die zentrale Rolle spielen. Das optimale Niveau an Marktmacht ex post ist Null. Die Innovation ist bereits getätigter – was soll schon geschehen, wenn im Einzelfall die Marktmacht bekämpft wird? Man sollte jedoch die potentiellen Innovatoren nicht für so dumm halten, dass sie in ihrem Kalkül die Gefahr einer systematischen Entwertung ihrer Eigentumsrechte nicht berücksichtigen. Sie müssen hinreichend sicher sein, dass sie nicht systematisch ex post enteignet werden, um Kosten der Bereitstellung des Informationsgutes unter Marktunsicherheit zu tragen. Dies geschieht am besten durch eine glaubwürdige Verpflichtung der Wettbewerbspolitik darauf, den „trade-off“ zwischen dynamischer und statischer Effizienz nicht systematisch zu überprüfen (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 29).

Der Verzicht auf systematische Überprüfung impliziert nicht den generellen Verzicht. Erst wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass die eigentumsrechtlich korrekt justierte ex-post-Marktmacht dazu benutzt wird, neue (restriktive) Marktmacht zu kreieren oder sie zu vergrößern, dann sollte die Wettbewerbspolitik eingreifen.

Ein kleines Beispiel kann diesen Gedanken verdeutlichen. Der Umfang eines Patentschutzes sei durch die maximal zulässige Abweichung des Preises von den

Grenzkosten (nach oben) definiert. Gegeben die Laufzeit, reiche der dadurch ermöglichte Marktmachtgewinn aus, um die Bereitstellung des Informationsgutes zu sichern. Setzt der Patentinhaber den Preis höher als maximal zulässig, liegt ein Missbrauch des Eigentumsrechts vor, den die Wettbewerbspolitik zu bekämpfen hätte. In Deutschland spricht man von einer Politik gegen Preishöhenmissbrauch.

b) Unterschiedliche Mindestschutzdauern

Wir haben gesehen, dass Eigentumsrechte häufig nicht dem Umstand Rechnung tragen, dass Informationsgüter unterschiedliche effiziente (Mindest-)Schutzdauern aufweisen. Die Definition der Eigentumsrechte erfolgt in verallgemeinernder Weise: Alle Erfindungen sind z. B. 20 Jahre geschützt. Sollte die Wettbewerbspolitik zum „fine-tuning“ benutzt werden? Davon ist aus zweierlei Gründen abzuraten:

Erstens haben Unternehmen manchmal ein Portfolio von Informationsgütern, das eine zeitliche Struktur der Mindestschutzdauern aufweist, bei der die marginalen volkswirtschaftlichen Kosten der Verlängerung der Schutzdauer um eine Zeitperiode gleich groß sind wie die marginalen volkswirtschaftlichen Vorteile (siehe *Kaplow* 1984). Dann kommt es darauf an, dass die tatsächliche Schutzdauer durchschnittlich „richtig“ ist.

Zweitens würde die Wettbewerbspolitik eine Redefinition von Eigentumsrechten selbst vornehmen, was nicht ihre Aufgabe ist. Sie soll die missbräuchliche Nutzung von Eigentumsrechten verhindern.

V. Wettbewerbsbeschränkende (Marktmacht erzeugende) Praktiken

Es sei im Folgenden unterstellt, dass geistige Eigentumsrechte nach Dauer und Umfang so zugeteilt worden sind, dass der „trade-off“ zwischen dynamischer und statischer Effizienz optimal entschieden wurde. Die daraus resultierende prozessuale Marktmacht hat die Wettbewerbspolitik hinzunehmen. Für sie entsteht erst Eingriffsbedarf, wenn diese Marktmacht als Hebel benutzt wird, restriktive Marktmacht zu erzeugen, zu erhalten oder zu vergrößern. Mit anderen Worten: Es erfolgt eine Nutzung rechtlich geschützter Informationsgüter, die a) mit dem Beweggrund der Einräumung des Rechtsschutzes nichts zu tun hat und b) restriktive (wertschöpfungsverringernde) Marktmacht erzeugt, erhält oder vergrößert oder – allgemeiner – die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass es zu solchen Effekten kommt (Missbrauch von geistigen Eigentumsrechten).

Im Folgenden werden Verwendungsarten von rechtlich geschützten Informationsgütern betrachtet, die sowohl wertschöpfend als auch wertschöpfungsvernichtend wirken können. Erst eine genaue Analyse des Einzelfalls kann zeigen, was der Fall ist.²⁴

Auf jeden Fall sind dies Verhaltensweisen, die von der Wettbewerbspolitik systematisch beobachtet werden sollten. Das Schwergewicht der folgenden Ausführungen liegt auf dem Gebiet der Nutzung von Patenten.

1. Patente

Durch das Recht geistigen Eigentums nicht legitimierte (d. h. für optimale Belohnung nicht erforderliche) Marktmacht kann auf dem Markt für das „neue Wissen“ oder auf nachgelagerten Märkten erzeugt, erhalten oder vergrößert werden. Nachgelagerte Märkte sind solche Märkte, auf denen das patentierte Wissen genutzt werden kann. Der diesem Markt vorgelagerte Markt ist der Markt für „neues Wissen“ selbst. Hier können Unternehmen anderen Unternehmen der „Wissensindustrie“ vertraglich Nutzungsrechte am patentierten Wissen einräumen. Eine wettbewerbspolitische Analyse eines bestimmten Verhaltens erfordert die Betrachtung aller relevanten Märkte (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 31).

Zu beachten ist, dass die Marktmacht, die ein Patent gewährt, nicht direkt proportional zum Umfang des Patents ist (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 32). Der Umfang eines Patents kann zahlreiche relevante Märkte umfassen – mit jeweils geringer Marktmacht des Patentinhabers. Der Umfang kann aber auch alle möglichen Varianten eines Produktes in einem einzigen relevanten Markt erfassen. Dann hätte der Patentinhaber das Potential zur Monopolisierung des Marktes.

a) Unternehmenszusammenschlüsse

Bei der Prüfung der Frage, ob ein Unternehmenszusammenschluss in einem Produktmarkt Marktmacht erzeugt, erhält oder vergrößert, wird bekanntlich auf die Veränderung der Marktanteile und den Anteil der betreffenden Unternehmen an der Industriekapazität geachtet. In Industrien, in denen Informationsgüter eine wichtige Rolle spielen, müssen aber auch die Marktanteile der betreffenden Unternehmen im vorgelagerten Markt geprüft werden (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 32). Im einzelnen wären die gehaltenen Lizenzen und das Patentportfolio zu identifizieren; und es wäre zu prüfen, welchen geschützten Wissensanteil die Unternehmen für jeden nachgelagerten Markt besitzen. Je größer diese Anteile, um so geringer ist die Bestreitbarkeit eines nachgelagerten Marktes und um so größer ist die Gefahr des Entstehens, der Erhaltung oder Vergrößerung restriktiver Marktmacht.

Diese Überlegungen entsprechen der gängigen Spruchpraxis.

²⁴ Die folgenden Ausführungen basieren im wesentlichen auf dem Beitrag von *Régibeau/Rockett* 2004; siehe auch *OECD* 1989.

b) Lizenzierungen

Der Patentinhaber hat das Recht, andere von der Nutzung der Erfindung auszuschließen. Daraus folgt, dass eine einseitige und unbedingte Weigerung, eine Lizenz zu vergeben, von der Wettbewerbspolitik nicht angegriffen werden sollte – es sei denn, dies ist bei der Festlegung des Umfangs des Patentes in Ausnahmefällen vorgesehen. Aus dem exklusiven Nutzungsrecht folgt ferner, dass der Patentinhaber nach Belieben den Preis für den Verkauf des Rechts oder – bei Lizenzierung – die Höhe der Lizenzgebühr festlegen kann – es sei denn, der Umfang des Patentrechts wird überschritten.

Bei der Beurteilung von Lizzenzen als Hebel zur Schaffung von eigentumsrechtlich nicht legitimierter Marktmacht müssen auch einige Besonderheiten des Gutes „Wissen“ beachtet werden, die Schutzklauseln gegen eine Entwertung des geistigen Eigentumsrechts erfordern. Die wesentliche Besonderheit ist der Umstand der Nicht-Rivalität in der Nutzung des Wissens. Diese Besonderheit kann die vertragliche Einschränkung des Weiterverkaufs von Wissen durch den Lizenznehmer rechtfertigen (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 34). Auch kann der Schutz der Reputation der lizenzierten Technologie Klauseln zur Qualitätskontrolle rechtfertigen (siehe ebenda 2004: 34). Schließlich kann die Schwierigkeit, die Intensität der Nutzung des Wissens zu messen, gewisse Kontrollen der Verteilungswege im nachgelagerten Markt durch den Lizenzgeber erforderlich machen (siehe ebenda 2004: 35).

Die begründete Erwartung, solche Nutzungseinschränkungen wirksam vertraglich vereinbaren zu können, fördert grundsätzlich die Anreize zur Bereitstellung neuen Wissens, und die Einschränkungen sind im Grundsatz wettbewerbspolitisch unbedenklich. Aber diese Einschränkungen können auch zur Schaffung restriktiver Marktmacht (Wettbewerbsbeschränkung) benutzt werden.

Insgesamt schließen wir uns dem Urteil von *Régibeau/Rockett* (2004: 56) an, dass die Wettbewerbsbehörden eine wohlwollende Beurteilung der Verweigerung von Lizenzvergaben und der Existenz restriktiver Klauseln in Lizenzverträgen vornehmen sollten. Trittbrettfahrerverhalten von Lizenznehmern vernichtet Werte. Allerdings sollte bei Verweigerungen von Lizzenzen geprüft werden, ob das verweigernde Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung besetzt. In diesem Falle könnte die Verweigerung einen Missbrauch darstellen. Die Europäische Kommission geht in einem Diskussionspapier zur Anwendung von Art 82 EG (siehe *European Commission* 2005) davon aus, dass die Verweigerung einer Lizenz unter anderem dann missbräuchlich sein kann, wenn:

1. das die Lizenzierung verweigernde Unternehmen marktbeherrschend ist;
2. das geistige Eigentumsrecht für die Entwicklung eines bestimmten Marktes unerlässlich ist und dessen Entwicklung zum Nachteil der Verbraucher verhindert wird;²⁵

²⁵ Die Produkte, für die das Immaterialgüterrecht unerlässlich ist, dürfen nicht reine Reproduktionen sein, sondern es muss sich um neue Produkte handeln, für die eine potentielle

3. die Verweigerung höchstwahrscheinlich einen nachteiligen Einfluss auf den Wettbewerb hat;
4. die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt ist (siehe European Commission 2005, Rdn. 239).

Patente haben manchmal die Eigenschaft einer „essential facility“. Ohne den Zugriff auf diese ist die Versorgung des nachgelagerten Marktes nicht möglich. Der Patentinhaber kann den Zutritt zum nachgelagerten Markt sperren, wenn er sich weigert, eine Lizenz zu vergeben. Zwangslizenzen sind ein Mittel zur Öffnung des Zugangs zum nachgelagerten Markt. Das patentierte Informationsgut wird über Zwangslizenzen zu einem Semicommons-Gut.

Marktzugangsprobleme tauchen auch auf dem vorgelagerten Markt auf, wenn z. B. die Nutzung einer patentierten Innovation den Zugriff auf ein anderes Patent erfordert oder das neue Patent das alte beeinträchtigt (siehe dazu *Régibeau/Rockett* 2004: 47 f.). Auch hier können Zwangslizenzen marktzugangsfördernd sein. Diesen wettbewerbsfördernden Wirkungen von Zwangslizenzen stehen wertschöpfungsmindernde Effekte gegenüber, wenn man berücksichtigt, dass die Erwartung einer Zwangslizenzierung die Innovationsanreize negativ beeinflussen kann (siehe auch *Abbott* 2005: 12).

Im folgenden sollen einige vertragliche Arrangements betrachtet werden, die als Hebel zur Schaffung restriktiver Marktmacht dienen können (aber nicht müssen).²⁶

- Wechselseitige Lizenzierung (cross-licensing)

Man betrachte zwei Firmen A und B. Firma A überträgt – typischerweise gegen Entgelt – der Firma B das Recht, das patentierte Wissen A zu nutzen und Firma B tut das gleiche gegenüber Firma A.

Die wettbewerbspolitischen Implikationen hängen davon ab, ob das Wissen substitutiv oder komplementär ist (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 35).

Wissen ist substitutiv, wenn die damit herstellbaren Produkte Substitute sind. Wissen ist komplementär, wenn die gemeinsame Nutzung der Wissensstücke erst die Schaffung eines nachgelagerten Marktes erlaubt oder die Qualität eines Gutes verbessert und/oder seine Produktionskosten senkt. Wechselseitige Lizenzierung komplementären Wissens ist in der Regel wertschöpfend und deshalb wettbewerbspolitisch unbedenklich (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 36).

Dies ist anders bei substitutivem Wissen. Angenommen, Firma A und B sind in demselben Markt tätig. A benutzt die lizenzierte Technologie von B und B die

Verbrauchernachfrage besteht. Das lizenzierte neue Wissen muss nicht in ein klar abgrenzbares neues Produkt integriert werden, es kann auch Forschungs- und Weiterentwicklungs- zwecken dienen (siehe European Commission 2005, Rdn. 240; sowie *Wirtz/Möller* 2006: 232 f.).

²⁶ Das Folgende orientiert sich im Wesentlichen an der Argumentation von *Régibeau/Rockett* 2004 und *OECD* 1989.

von A. Die Lizenzgebühren seien direkt proportional zur abgesetzten Menge (oder zum Verkaufswert). Durch geschickte Festsetzung der Höhe der Lizenzgebühren können beide Unternehmen – ohne explizite oder implizite Koordination – ein Marktergebnis wie im Monopol erreichen. Hierfür sind zwei Wirkungskanäle verantwortlich (siehe *Katz/Shapiro* 1985; *Fershtman/Kamien* 1992): Zum einen erhöhen die Lizenzgebühren die Kosten beider Firmen, wodurch der Anreiz für jeden, aggressiven Wettbewerb zu betreiben, verringert wird. In die gleiche Richtung wirkt die Einsicht einer jeden Firma, dass aggressiver Wettbewerb zwar den eigenen Marktanteil erhöhen mag, (gleichzeitig) dies aber wegen des Absatzrückgangs bei der anderen Firma mit geringeren Lizenzeinnahmen einhergeht. Beiden Effekten liegt zugrunde, dass Wettbewerb kostspielig ist. Allerdings hängt letzterer Effekt von der Ausgestaltung der Lizenzgebühren ab. Bei fixen Lizenzgebühren tritt dieser Effekt nicht auf (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 37).

Wechselseitige Lizenzierungen können auch dadurch wettbewerbsbeschränkend wirken, dass sie „*tacit collusion*“ erleichtern. Sie erhöhen in iterierten Spielen die Härte der Bestrafung bei Abweichung vom kooperativen Verhalten und stärken damit die Anreize, sich kooperativ – also wettbewerbsbeschränkend – zu verhalten (siehe dazu *Régibeau/Rockett* 2004: 37 ff.). Der Lizenzaustausch stellt eine Geiseltugend dar. Die Geiseln werden benutzt, falls die Bedingung für die Auslösung von Bestrafung erfüllt ist. Tatsächlich werden im kollusiven Gleichgewicht die lizenzierten Technologien nicht benutzt. Sollten Unternehmen wechselseitig eingeräumte Lizenzen (vom substitutiven Typ) nicht nutzen, so kann kollusives Verhalten vermutet werden (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 39).

- Patentpools

Bei Patentpools räumen sich mehrere Unternehmen individuelle Zugriffsrechte auf die in den Pool eingebrachten Patente ein. Patentpools haben große Ähnlichkeit mit wechselseitigen Lizenzierungen.

In Abhängigkeit vom Modus der Gebührenerhebung und bei substitutiven Patenten wirken sie wettbewerbsbeschränkend. Sie können auch „*tacit collusion*“ etwa bezüglich der Preissetzung fördern (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 39). Wegen der größeren Zahl der Patente steigt die Zahl der Instrumente zur Bestrafung, was die „*tacit collusion*“ unterstützt (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 39). Patentpools können zudem den Marktzutritt von potentiellen Konkurrenten dadurch erschweren, dass Lizenzen nicht für einzelne Patente, sondern nur für Bündel von Patenten vergeben werden (siehe dazu *Whinston* 1990).

Auf der anderen Seite können Patentpools bei komplementären Patenten die Effizienz und den Wettbewerb fördern (siehe *Abbott* 2005: 15 ff.). Die Herstellung von komplexen Produkten erfordert häufig den Einsatz zahlreicher patentgeschützter Informationsgüter. Die Sammlung dieser Rechte kann schwierig und kostspielig sein, insbesondere dann, wenn die Rechte von verschiedenen Eigentümern gehalten werden (Anti-Commons-Problem). Patentpools reduzieren die Transaktions-

kosten zur Schaffung eines neuen Produktes oder einer neuen Technologie, indem der Innovator eine Lizenz auf das gesamte Portfolio, also ein Paket von Rechten, erwirbt: „Pool licenses simplify access to intellectual property rights that are necessary to make a product according to industry standard. Pools offer what we call ‚one stop‘ shopping, whereby a manufacturer can obtain all IP rights in one place, which reduces its transaction costs and will often keep prices down for consumers. Pools can have other practical aspects as well. They can integrate complementary aspects of a technology and eliminate blocking positions, also allow licensees to avoid costly infringement litigation“ (Abbott 2005: 16).

Patentpools sind komplexe Arrangements, deren pro- und antiwettbewerblichen Wirkungen aufgrund einer sorgfältigen Einzelfalluntersuchung gegeneinander abgewogen werden müssen.

- Vergleiche

Lanjouw/Schankerman (2002) berichten, dass in den USA mehr als 95 % der Patentstreitfälle durch Vergleich der Parteien beendet werden.²⁷ Häufig sind wechselseitige Lizenzierungen und die Bildung von Patentpools Gegenstand des Vergleichs, so dass auf die oben genannten wettbewerbspolitischen Konsequenzen verwiesen werden kann. Hinzu kommen drei weitere Faktoren (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 41 f.), die wettbewerbspolitische Bedenken gegen Vergleiche rechtfertigen: Während des Gerichtsstreits wäre die Marktrivalität erhalten geblieben. Ein Urteil mag den Umfang des Patents reduzieren und so die Marktmacht des Patentinhabers. Schließlich wird kollusives Verhalten durch Vergleiche gefördert.

- Grant-backs

Lizenzverträge enthalten manchmal die Verpflichtung für den Lizenznehmer, Verbesserungen des Wissens, die er erzielt, dem Lizenzgeber mitzuteilen (so genannte Grant-backs). Die Verträge sind vielgestaltig (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 42): Zur Weitergabe kann der Lizenznehmer ohne oder gegen Zahlung eines Entgelts seitens des Lizenzgebers verpflichtet sein; beide Parteien oder nur der Lizenzgeber dürfen das neue Wissen nutzen; Grant-backs können auch wechselseitig sein.

Grant-backs haben den Nachteil, dass sie die Anreize der Parteien, die Technologie zu verbessern, reduzieren können (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 43). Technologieverbesserung kann Kosten verursachen, die nur aufgewendet werden, wenn man ein exklusives Nutzungsrecht an der Verbesserung hat (residual claim). Allerdings lässt sich dieser Fehlanreiz dadurch vermeiden, dass jede Partei sich bereit erklärt, eine angemessene Zahlung für das neue Wissen zu leisten (siehe *Régibeau/Rockett* 2004: 44).

²⁷ Jüngstes Beispiel ist der Vergleich zwischen Schwarz Pharma und Pfizer (siehe *o. V.*, F.A.Z. 2006).

Grant-back-Klauseln beeinflussen andererseits auch die Anreize des Lizenzgebers, Lizzenzen zu vergeben (siehe *Choi 2004; Régibeau / Rockett 2004: 45 ff.*). Auf diese Frage soll hier nicht näher eingegangen werden.

- Exklusive Lizzenzen

Exklusive Lizzenzen werden nicht an jeden Interessierten vergeben, sondern an eine handverlesene kleine Schar – im Zweifel an einen Einzigen. Aus der exklusiven Vergabe von Lizzenzen wird manchmal geschlossen, dass diese Praxis den Wettbewerb beschränke. Dies kann, muss aber nicht der Fall sein. Exklusive Lizzenzen können effizienzfördernd und damit wertschöpfend sein: „Exclusive licenses can provide the sole licensee incentives to develop a technology without the fear of free-riding by third party licensees. Moreover, exclusive licensing can be viewed as a lesser-included right of a IPR holder to exclude others from using the invention – instead of excluding others entirely, one licensee is allowed to use the invention“ (*Abbott 2005: 15*).

- Patente und Standards

Standards sind technische Vorschriften zur einheitlichen Gestaltung von Produkten oder Prozessen. Standardsetzung gilt gemeinhin als effizienzfördernd und pro-wettbewerblich (siehe *Abbott 2005: 10*).

Wettbewerbspolitische Bedenken röhren daher, dass das Setzen von Standards vom Inhaber eines geistigen Eigentumsrechts dazu benutzt werden kann, die Marktmacht aus seinem Recht über das Maß hinaus zu vergrößern, das in einer legitimen Nutzung des Rechts impliziert ist (siehe *Abbott 2005: 10 ff.*). Wenn z. B. die Nutzung eines patentierten Gutes oder Verfahrens im Standard festgelegt wird („capture of industry standards“), wird konkurrierenden Produkten oder Prozessen die Marktverwertung erschwert. Haben die Produzenten sich mit Aufwand von Kosten auf einen Standard eingestellt, kann der Patentinhaber versuchen, höhere Lizenzgebühren durchzusetzen.

Abbott fasst die Beurteilung von Standardsetzung folgendermaßen zusammen (*Abbott 2005: 18*): „The interrelationships among IPR, standard setting, and licensing are complex. Standards-setting, often succeeded by IPR licensing, may enhance the value of intellectual property; this tends to promote welfare by enhancing IPR holders' incentive to innovate. At the same time, some IPR holders may use anticompetitive means in standard-setting and / or licensing to obtain market power greater than the power that is inherent in the legitimate exercise of their property rights. Proper application of antitrust can counteract this competitive concern without undermining legitimate protection for IPR. In short, the interests of IPR holders, affected producers, and consumers are best mediated through a competitive, market-driven standard setting process characterized by open access, transparency, arms' length negotiation, informed decisionmaking, efficient licensing practices, and appropriate law enforcement. Such a market-driven process is

the most likely to produce an efficient standard that will both protect the legitimate rights of IPR holders and promote the interests of consumers.“

Angesichts der Komplexität von Standardsetzung ist eine wettbewerbspolitische Beurteilung nach der „rule-of-reason“ erforderlich.

- Erhaltung der Marktmacht über die Patentlebensdauer hinaus

Durch Vereinbarung von Grant-backs oder Zahlungen an den Lizenzgeber auch nach Ablauf der Patentdauer könnte der Lizenzgeber versuchen, seine Marktmachtposition über die Dauer des Patents hinaus zu sichern. Dies dürfte zwar kaum den Intentionen des Eigentumsrechts entsprechen, aber entsteht dadurch ein Antitrust Problem?

Wir diskutieren im Folgenden Zahlungen, die für die Zeit nach Patentablauf vereinbart wurden.

Solchen Zahlungen hat der Lizenznehmer zugestimmt, obwohl er wusste, dass er nach Patentablauf das Wissen frei nutzen könnte. Er wird deshalb niemals einen gesamten Zahlungsstrom (über die Patentdauer und Nach-Patentzeit) akzeptieren, der im Barwert seine maximale Zahlungsbereitschaft für das Recht, das Wissen während der Patentlaufzeit nutzen zu dürfen, übersteigt (siehe *Régibeau / Rockett 2004: 51*). Der relevante Vergleich aus Sicht des Patentgebers lautet also: Gegeben ein gesamtes (diskontiertes) Zahlungsvolumen: Was ist besser, niedrigere Lizenzgebühren pro Einheit über eine längere Periode oder höhere Lizenzgebühren pro Einheit bis zum Ende der Patentlaufzeit?

Kann der Patentinhaber seine für die Laufzeit des Patents vorhandene Marktmacht als Hebel benutzen, um seine Marktmacht nach Ablauf der Schutzfrist zu erhöhen?

Ein vordergründiger Blick auf die Theorie der Koppelungsgeschäfte könnte eine solche Interpretation nahelegen. Hier brauchte man nur den Markt vor Ablauf der Schutzfrist und den nach Ablauf als verschiedene Märkte zu interpretieren, um eine Analogie zu den für Koppelungsgeschäfte abgeleiteten Ergebnissen herstellen zu können. Tatsächlich wäre ein solcher Versuch der Koppelung aber zum Scheitern verurteilt (siehe *Régibeau / Rockett 2004: 52*). Denn anders als in der Theorie der Koppelungsgeschäfte unterstellt wird, ist der Zutritt zum Markt nach Patentablauf frei. Die Praxis greift denn auch auf andere Methoden zu einer de facto Verlängerung der Schutzdauer für ein und dasselbe Informationsgut zurück. Man modifiziert das Informationsgut nur unwesentlich und versucht, für dieses modifizierte Informationsgut ein Patent zu erhalten.

2. Urheberrechte

Zahlreiche Überlegungen, die für Patente relevant sind, gelten auch für Urheberrechte. Deshalb kann auf die Ausführungen zu Patenten verwiesen werden. Aller-

dings ist der Schutzmfang von Urheberrechten geringer als der von Patenten; deshalb können diese kaum als Quelle beträchtlicher Marktmacht gelten (siehe auch *Régibeau/Rockett 2004: 52*).

Eine Besonderheit ergibt sich beim Schutz von Computersoftware durch Copyrights. Ein Rechteinhaber könnte versuchen, die Interoperabilität zwischen seiner geschützten Software und der Software oder Hardware anderer Anbieter zu behindern. Man denke an die Verfahren gegen Microsoft.

Ein legitimes unternehmerisches Interesse an der Vermeidung von Interoperabilität resultiert daraus, dass Kunden Störungen des Zusammenwirkens von Komponenten irrtümlich dem Copyright-Inhaber zurechnen, während sie tatsächlich auf mangelnde Qualität der Hardware oder Software des anderen Anbieters zurückgehen. Die Überlegung ist grundsätzlich akzeptabel, aber sie rechtfertigt nicht die Blockade des Zugangs zum Copyright-geschützten Informationsgut, sondern bestenfalls eine Zugangskontrolle zur Vermeidung solcher Störungen.

Die wettbewerbspolitische Beurteilung solcher Blockade-Praktiken hängt wiederum im Wesentlichen davon ab, ob die involvierten Produkte Substitute oder Komplemente sind (siehe *Régibeau/Rockett 2004: 53*).

Die Existenz von Netzwerkexternalitäten erzeugt bei Inkompatibilität von Substituten einen starken Anreiz, eine „installed basis“ von Nutzern zu schaffen. Benötigen diese dauerhafte Güter, um die Netzwerkdienste zu nutzen, spielen die Erwartungen über die Größe des Netzwerks eine zentrale Rolle. Wer schnell ein großes Netzwerk aufbaut, setzt den Standard und erhält eine marktbeherrschende Position. Es handelt sich dabei häufig um wenig bestreitbare natürliche Monopolbereiche. Interoperabilität zwischen rivalisierenden Techniken wird deshalb als wettbewerbsfördernd angesehen.

Allerdings muss man die davon ausgehenden negativen Anreize zur Innovation in Rechnung stellen, denn eine Verbesserung der eigenen Netzdienste erhöht auch den Wert der Konkurrenzprodukte (siehe dazu *Farrell/Katz 1998*). Der negative Anreiz würde gedämpft, wenn der Innovator an dieser Wertsteigerung partizipieren könnte.

Sind die Produkte komplementär, nimmt der Anreiz zur Verheimlichung von Schnittstelleninformation ab, weil die Nutzung komplementärer Produkte den Wert des eigenen Netzwerks erhöht (siehe *Régibeau/Rockett 2004: 54*).

In der EU ist versucht worden, das Schnittstellenproblem durch eine Verringerung des Umfanges des Copyrightschutzes zu lösen. Mit einer Richtlinie wurde das Dekompilieren von Software als rechtmäßig erklärt, wenn und insofern dies lediglich der Gewinnung von Schnittstelleninformation dient.²⁸

²⁸ Eine spieltheoretische Analyse dieser Einschränkung des Eigentumsrechts findet man in *Schmidchen/Koboldt 1994*.

3. Warenzeichen

Warenzeichen dienen der Erzeugung und Erhaltung von Erwartungen bezüglich der Qualität von Produkten (Reputation). Sie können die Quelle sowohl von restriktiver wie von prozessualer Marktmacht sein. Folgt man Hayek und der modernen Theorie der Märkte bei unvollkommener Information, dann besteht eine wesentliche Leistung des Wettbewerbs darin, über den Aufbau von Reputation einen Beitrag zur Lösung des Informationsproblems zu leisten (siehe von Weizsäcker 2005: 52 f.). Von Weizsäcker (2005: 50 ff.) zeigt, warum weder Markentreue von Kunden, noch Substitutionskosten eine Marktzutrittsschranke darstellen (siehe auch Schmidtchen 1983: 64 ff.).

Warenzeichen werden häufig zu „umbrella branding“ (brand extension) benutzt – ein Verfahren, bei dem eine Firma die Marke eines wohleingeführten Produkts benutzt, um in einen anderen Markt einzudringen. Wettbewerbspolitische Bedenken könnten daraus resultieren, dass die Marktmacht, die in einem Markt errungen wurde, auf einen anderen übertragen wird. Aber wenn dadurch Mehrwert geschaffen wird, ist dies Ausdruck dynamischen perfekten oder imperfekten Wettbewerbs. Die Firma wird im neuen Markt nicht ihre bereits erworbene Reputation durch Lieferung schlechter Qualität aufs Spiel setzen. Auch handelt es sich bei „umbrella branding“ nicht um wettbewerbspolitisch bedenkliche Koppelungsgeschäfte (siehe Régibeau/Rockett 2004: 56).

VI. Schluss

Dieser Beitrag plädiert dafür, die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums im Sinne einer Arbeitsteilung auszugestalten: Das Recht geistigen Eigentums sollte die Nutzungsrechte an Informationsgütern so definieren und schützen, dass die Entlohnungs- und die Wissensverbreitungsfunktion optimal erfüllt werden. Das Wettbewerbsrecht übernimmt die Rolle einer Missbrauchsaufsicht bei der Nutzung dieser Rechte. Die Wettbewerbspolitik ist immer dann gefordert, wenn diese geistigen Eigentumsrechte dazu benutzt werden, um restriktive Marktmacht zu erzeugen, zu erhalten oder zu vergrößern. Im Beitrag wurden Gefährdungspotentiale bei der Nutzung von Patenten, Urheberrechten und Warenzeichen identifiziert. Solche Gefährdungspotentiale können bei folgenden Aktivitäten auftreten: Unternehmenszusammenschlüssen, wechselseitigen Lizenzierungen (cross-licensing), Patentpools, Rechtsvergleichen bei Patentstreitigkeiten, Grant-backs, Setzen von Standards, Verheimlichung von für Interoperationalität erforderlicher Schnittstelleninformation und „umbrella branding“ (bei Warenzeichen). Es hat sich gezeigt, dass diese Praktiken sowohl pro- wie antiwettbewerbliche Wirkungen erzeugen können. Was der Fall ist, kann nicht aus der Form der Praktik abgeleitet werden, sondern erfordert eine genaue Untersuchung der Wirkungen im Einzelfall. Diese kann nur von einer wirkungsbasierten Wettbewerbspolitik geliefert werden – wie z. B. dem „more economic approach“.

Fünf Prinzipien sollten bei der Gestaltung der Interaktion zwischen Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums beachtet werden (siehe *Régi-beau/Rockett 2004: 30 f.*):²⁹

1. Wettbewerbsrecht sollte ex post nicht Rechte in Frage stellen, die durch das Recht geistigen Eigentums gewährt wurden, um die zur Sicherung dynamischer Effizienz erforderlichen Investitionsanreize zu erzeugen (siehe auch *Abbott 2005*). Regulatorischer Opportunismus ist kontraproduktiv.
2. Das Wettbewerbsrecht sollte nur Handlungen adressieren, die der Schaffung, Erhaltung oder Vergrößerung restriktiver Marktmacht dienen. Diese Art von Marktmacht geht über das Maß hinaus, das notwendig ist, um adäquate Anreize zur Bereitstellung von Informationsgütern zu erzeugen. Solche Marktmacht resultiert aus Wettbewerbsbeschränkungen, die die Existenz geistiger Eigentumsrechte zur Voraussetzung haben.
3. Es existiert keine Notwendigkeit, in wettbewerbsrechtlichen Fällen den „trade-off“ zwischen Anreizen (ex ante) und Ineffizienz (ex post) systematisch zu re-optimieren. Zwar verfügen Wettbewerbsbehörden zum Zeitpunkt ihres Tätigwerdens über bessere Informationen als der Gesetzgeber zu dem Zeitpunkt, als er Schutzdauer und Schutzmfang geistiger Eigentumsrechte festlegte. Aber die ökonomische Theorie liefert bisher noch keine für ein erfolgreiches wettbewerbspolitisches „fine-tuning“ erforderlichen Konzepte. Darüber hinaus würde die Möglichkeit einer systematischen Re-optimierung des „trade-offs“ die Gefahr eines „regulatorischen Opportunismus“ eröffnen. Dem kann durch eine glaubwürdige Bindung entgegengewirkt werden, den „trade-off“ nicht systematisch zu re-optimieren.
4. Nur starke Kursänderungen der Wettbewerbspolitik (Paradigmenwechsel) erfordern eine Anpassung der Property-rights Regime.
5. Alle Quellen von Marktmacht – seien es Property-rights an Informationsgütern oder an „materiellen“ Ressourcen – sollten wettbewerbspolitisch gleich behandelt werden. Die durchaus vorhandenen sachlichen Unterschiede von marktmachtbegründenden materiellen und geistigen Ressourcen sind nämlich bereits in den spezifischen eigentumsrechtlichen Regimes berücksichtigt worden. Aus wettbewerbspolitischer Sicht ist allein die Schaffung von Marktmacht relevant, die aus den Eigentumsrechten fließt. Würde die Wettbewerbspolitik Marktmacht aus geistigem Eigentum anders behandeln als gleich große Marktmacht aus Eigentum an materiellen Gütern, dann würden die Investitionsanreize verzerrt und die optimale Allokation der Ressourcen verhindert.

²⁹ Diese Prinzipien decken sich weitgehend mit den im Referat *Ohly 2007* enthaltenen Thesen.

Literatur

Abbott, A. (2005): The Harmonization of Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Unified Approach to Economic Progress, Fassung v. 4. Mai 2006, download: <http://www.ftc.gov/bc/international/does/abbottichina.pdf>.

Arrow, K. (1962): Economic Welfare and the allocation of resources for inventions, in: Nelson, R. (ed.): The Rate and Direction of Inventive Activity, Princeton University Press.

Bar-Gill, O. / Pachomovsky, G. (2005): Intellectual Property Law and the Boundaries of the Firm, New York University Law and Economics Working Papers, No. 18.

Brandenburger, A. / Nalebuff, B. (1996): Co-opetition – kooperativ konkurrieren. Mit der Spieltheorie zum Unternehmenserfolg, Frankfurt am Main.

Brickley, J. / Smith, C. / Zimmerman, J. (2001): Managerial Economics and Organizational Architecture, sec. ed., Boston et. al.

*Buchanan, J. / Stubblebine, W. (1962): Externality, *Economica*, 29: 371 – 384.*

Carlton, D. / Perloff, J. (2000): Modern Industrial Organization, 3. ed., Reading [Mass.] et. al. [Addison-Wesley].

*Choi, J. (2002): A Dynamic Analysis of Licensing: The „Boomerang“ Effect and Grant-Back Clauses, in: *International Economic Review*, 43(3): 803 – 829.*

EAGCP, Economic Advisory Group for Competition Policy (2005): Report „An economic approach to Article 82“, July 2005.

European Commission, DG Competition (2005): DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

Farrell, J. / Katz, M. (1998): The Effect of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation, working paper, University of California – Berkeley, Department of Economics, April 1998.

*Fershtman, L. / Kamien, M. (1992): Cross-Licensing of Complementary Technologies, in: *International Journal of Industrial Organization*, 10: 329 – 348.*

*Frischmann, B. (2005): Evaluating the Demsetzian Trend in Copyright Law, mimeo, Loyola University Chicago, School of Law (erscheint in: *Review of Law and Economics* 2006).*

Frischmann, B. / Lemley, M. (2006): Spillovers, Stanford Law School, John Olin Programm in Law and Economics, Working Paper No. 321, download: <http://ssrn.com/abstract=898881>.

Geroski, P. A. (2005): Intellectual Property Rights, Competition Policy and Innovation, Script-ed., vol. 2, Issue 4, December.

*Gilbert, R. / Shapiro, C. (1990): Optimal patent length and breadth, in: *RAND Journal of Economics*, 21(1): 106 – 112.*

*Godt, Chr. (2006): The Role of Patents in Scientific Competition – A Closer Look on the Phenomenon of Royalty Stacking, in: *Conferences on New Political Economy* (vol. 24): *Scientific Competition. Theory and Policy*, Tübingen.*

Hovenkamp, H. (2005): IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview, University of Iowa Legal Studies Research Paper 05-31, December 2005.

Kaplow, L. (1984): The Patent Antitrust Intersection: A Reappraisal, *Harvard Law Review*, (97): 1813 ...

Katz, A. (2005): Intellectual Property, Antitrust, and the Presumption of Market Power: Making Sense of Alleged Nonsense, http://law.bepress.com/alea/15th/art8.

Katz, M. / Shapiro, C. (1985): On the Licensing of Innovations, in: *Rand Journal of Economics*, vol. 16: 505 – 520.

Kirchner, Chr. (1994): Patentrecht und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ott, C. / Schäfer, H.-B. (Hrsg.): *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Tübingen: 157 – 185.

Kirstein, R. (2006): Comment: Market versus Contests for the Provision of Information Goods, in: Albert, M. / Schmidtchen, D. / Voigt, St. (eds.): *Scientific Competition, Theory and Policy, Conferences on New Political Economy*, vol. 24, Tübingen (erscheint demnächst).

Kirstein, R. / Schmidtchen, D. (2001): Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive, in: Deffains, B. / Kirat, F. (Hrsg.): *Law and Economics in Civil Law Countries*, Amsterdam et. al.: 231 – 248.

Kirstein, R. / Schmidtchen, D. (2002): Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, in: *ORDO*, Bd. 53: 227 – 240.

Klempner, P. (1990): How broad should the scope of patent protection be?, in: *RAND Journal of Economics*, 21(1): 113 – 130.

Koboldt, Chr. (1994): Property rights und Urheberschutz, in: Ott, C. / Schäfer, H.-B. (Hrsg.): *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Tübingen: 69 – 114.

Koboldt, Chr. (2006): Comment on: The Role of Patents in Scientific Competition – A Closer Look on the Phenomenon of Royalty Stacking, in: *Conferences on New Political Economy* (vol. 24): *Scientific Competition. Theory and Policy*, Tübingen.

Koboldt, Chr. / Schmidtchen, D. (1991): Copyrights: A und O in Literatur und Musik?, in: *ORDO*, Bd. 42: 295 –

Kolmar, M. (2006): Markets versus Contests for the Provision of Information Goods, in: Albert, M. / Schmidtchen, D. / Voigt, St. (eds.): *Scientific Competition, Theory and Policy, Conferences on New Political Economy*, vol. 24, Tübingen (erscheint demnächst).

Korah, V. (2005): The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries, *Script-ed.*, vol. 2, Issue 4, December.

Kremer, M. (1998): Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation, in: *Quarterly Journal of Economics*, vol. CXIII: 1137 – 1167.

Landes, W. / Posner, R. (2003): *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge (Mass.) [Harvard University Press].

Lanjouw, J. / Schankerman, M. (2002): Enforcing Intellectual Property Rights: Suits, settlements and the Explosion in Patent Litigation, *mimeo*, Department of Economics, Yale University.

Lerner, J. (1994): The importance of patent scope: an empirical analysis, in: *RAND Journal of Economics*, 25(2): 319 – 333.

Lerner, J. (2001): 150 years of patent protection, *NBER Working Paper No. 7478*.

Lerner, J. (2002): Patent protection and innovation over 150 years, NBER Working Paper No. 8977.

Lévéque, F. / Shelanski, H. (2005): Antitrust, Patents and Copyright, Cheltenham (UK) [Edward Elgar].

Makowski, L. / Ostroy, J. (2001): Perfect Competition and the Creativity of the Market, in: Journal of Economic Literature, June, vol. XXXIX, No. 2: 479 – 535.

Milgrom, P. / Roberts, J. (1992): Economics, Organization and Management, Englewood Cliffs.

Nordhaus, W. (1969): Invention, Growth and Welfare, Cambridge (Mass.) [MIT Press].

OECD (1989): Competition Policy and Intellectual Property Rights, Paris.

Ohly, A. (2007): Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose, in diesem Band.

o. V. (2006): Schwarz Pharma legt Patentstreit bei, in: F.A.Z. (Frankfurter Allgemeine Zeitung) vom 15. April 2006, Nr. 89: 14.

Régibeau, P. / Rockett, K. (2004): The Relationship between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach, University of Essex and CEPR.

Schmidtchen, D. (1983): Property rights, Freiheit und Wettbewerbspolitik, Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze, 89, Tübingen.

Schmidtchen, D. (2005a): Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 9 – 41.

Schmidtchen, D. (2005b): Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 173 – 179.

Schmidtchen, D. (2005c): Wettbewerb und Kooperation (Co-opetition): Neues Paradigma für Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik?, in: Zentes, J. u. a. (Hrsg.): Kooperationen, Allianzen und Netzwerke, 2. Aufl., Wiesbaden: 65 – 93.

Schmidtchen, D. (2006): Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 1: 6 – 17.

Schmidtchen, D. (2007a): Abschlußreferat: Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Recht des geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht – eine ökonomische Analyse, in diesem Band.

Schmidtchen, D. (2007b): Wettbewerbsschutz durch regelgeleitete Wettbewerbspolitik – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, erscheint in ORDO, Bd. 57.

Schmidtchen, D. / Kirstein, R. (2002): Die EU-Richtlinie zum Folgerecht – Eine ökonomische Gesetzesfolgenanalyse, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 10: 860 – 866.

Schmidtchen, D. / Kirstein, R. (2003): Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ORDO, Bd. 54: 75 – 92.

Schmidtchen, D. / Koboldt, Chr. (1993): A Pacemaker that Stops Halfway: The Decompilation Rule in the EEC Directive on the Legal Protection of Computer Programs, in: International Review of Law and Economics, 13: 413 – 429.

Schmidtchen, D. / Koboldt, Chr. / Kirstein, R. (1998): Rechtsvereinheitlichung beim „droit de suite“? Ökonomische Analyse des Richtlinienentwurfs der Europäischen Kommission, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, Tübingen: 774 – 799.

Schwägerl, Chr. (2006): Patentstreit vor höchsten Richtern, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. 03. 2006, Nr. 76, S. 42.

Scotchmer, S. (2004): Innovation and Incentives, Camb. [MIT Press].

Smith, V. (1982): Markets as Economizers of Information: Experimental Examination of the „Hayek-Hypothesis“, in: Economic Inquiry, vol. 20: 165 – 179.

Tandon, P. (1982): Optimal Patents with Compulsory Licensing, in: Journal of Political Economy, 90: 470 – 486.

Valkonen, S. / White, L. (2006): An Economic Model for the Incentive / Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Proposed New § 514 to the Copyright Act, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 06 – 15, NYU Center for Law and Economics, download: <http://ssrn.com/abstract=895554>.

Weizsäcker von, C. C. (1981): Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, Eugen von Böhm-Bawerk Vorlesung, Kyklos, 34 / 3: 345 – 376.

Weizsäcker von, C. C. (2005): Marktzutrittsschranken, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 43 – 61.

Whinston, M. (1990): Tying, Foreclosure, and Exclusion, in: American Economic Review, 80(4): 837 – 859.

Wirtz, M. / Möller, S. (2006): Das Diskussionspapier der Kommission zur Anwendung von Art 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, in: Wirtschaft und Wettbewerb, WuW, 3: 226 – 234.

Wright, B. (1983): The Economics of Invention Incentives, in: American Economic Review, 73: 691 – 707.

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose?

Von *Ansgar Ohly*, Bayreuth*

I. Einleitung

Äußert sich ein Immaterialgüterrechtler über das Verhältnis des geistigen Eigentums zum Wettbewerbsrecht – hier verstanden als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder Kartellrecht¹ – so begibt er sich auf ein schwieriges Terrain. Es gibt wohl nicht viele Rechtswissenschaftler, die von sich in Anspruch nehmen können, auf beiden Gebieten gleichermaßen zu Hause zu sein. Im akademischen Bereich wie auch in der Praxis bleiben beide Bereiche oft getrennt. Dabei betrachten sich die Vertreter beider Lager oft nicht ohne Misstrauen.² Traditionell sahen Kartellrechter in den Rechten des geistigen Eigentums tendenziell ärgerliche Wettbewerbsbeschränkungen, während Immaterialgüterrechtler befürchteten, das Kartellrecht greife mit groben und unpräzisen Werkzeugen in das feine Uhrwerk des geistigen Eigentums mit seiner sorgfältigen Abwägung zwischen Schutzinteressen und Allgemeininteressen ein. Nach *Hanns Ullrich* ist das gegenseitige Misstrauen

„due, in part, to the fact that intellectual property people and antitrust lawyers or economists are firm believers in the good cause they defend, and in part to the fact that the arguments used to defend the respective views are speculative by nature rather than amenable to precise verification on the facts (...).“³

* Dr. jur., LL.M. (Cambridge), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht an der Universität Bayreuth.

¹ Der Begriff des Wettbewerbsrechts ist mehrdeutig, da er zwei verwandte, aber doch zu unterscheidende Bereiche bezeichnen kann. In der Tradition der deutschen Rechtssprache steht er eher für das im UWG geregelte Lauterkeitsrecht, das eine Marktverhaltenskontrolle bezieht, während im englischen Sprachgebrauch und in der Terminologie des EG-Vertrags mit dem Wettbewerbsrecht das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, verkürzend auch als Kartellrecht bezeichnet, gemeint ist. Nur das Letztere ist Gegenstand dieses Beitrags.

² Zu diesem Spannungsverhältnis *Kaplow*, 97 Harv. L. Rev. 1813 (1816 ff.) (1984); *Ullrich*, GRUR Int 1996, 555 (insb. Fn. 1); aus betont kartellrechtlicher Sicht *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. (2001), § 17 Rdn. 4 und 2. Aufl. (1992), § 20 Rdn 4, 11 f.; aus betont immaterialgüterrechtlicher Sicht *Beier*, in: *Westermann/Rosener* (Hrsg.), *Festschrift für Karlheinz Quack* (1991), S. 15 (29 f.).

Freilich ist die These vom Konflikt zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht mittlerweile weitgehend überholt. Die moderne Lehre, sowohl in den USA als auch in Europa, hält beide Gebiete für komplementär.⁴ Im Kartellrecht hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die dem Immaterialgüterrecht eigene Beschränkung des Imitationswettbewerbs letztlich der Intensivierung des Innovationswettbewerbs dient und dass damit Kartellrecht und Immaterialgüterrecht keine gegenläufigen, sondern gemeinsame Zielsetzungen verfolgen.⁵ Umgekehrt akzeptiert die große Mehrheit der Immaterialgüterrechtler mittlerweile,⁶ dass die Rechte des geistigen Eigentums gegenüber der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle nicht immun sind.⁷ Fraglos unterliegen Lizenzverträge der Kontrolle des Art. 81 EGV⁸ und § 1 GWB⁹. Und während die Ausschlusswirkung des geistigen Eigentums nicht gleichbedeutend mit einem Monopol im kartellrechtlichen Sinn ist,¹⁰ können die Schutzrechte doch marktbeherrschende Stellungen festigen oder entstehen lassen, deren Missbrauch nicht per se ausgeschlossen ist.¹¹ Selbst das im Rahmen des Welthandelsrechts 1994 abgeschlossene TRIPS-Übereinkommen,¹²

³ *Ullrich*, Technology Transfer Agreements Under EC Competition Law: A Conservative Reform, CEIPI (1996), S 1 (27 f.).

⁴ Hierzu eingehend *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung (2002), S. 24 ff.; s. auch *Anderman*, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, S. 5 f.; *Drexel*, IIC 2004, 788 (791 ff.); *Tom/Newberg*, 66 Antitrust L.J.167 ff. (1997); *Ullrich*, GRUR Int. 555 (562 ff.).

⁵ Vgl. die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 EGV auf Technologie-transfer-Vereinbarungen, Rdn. 7, ABl. C 101 v. 27. 4. 2004, S. 4; *Anderman* (Fn. 4), S. 5 f.; *Drexel*, IIC 2004, 788 (791 ff.); *Heinemann* (Fn. 4) a. a. O., S. 27 f.; *Kraßer*, Patentrecht, 5. Aufl. (2004), § 3 V 2 (S. 46); *Jan Bernd Nordemann* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Kartellrecht, Bd. 2 (2006), § 1, Rdn. 203.

⁶ Für einen Vorrang des Immaterialgüterrechts im älteren Schrifttum *Bodenhausen*, Der EWG-Vertrag und der gewerbliche Rechtsschutz, GRUR Ausl. 1958, 218 (220 ff.); *Möhring*, GRUR 1952, 469 (471); und GRUR 1955, 512 (516 ff.); in der neueren Literatur *Beier*, *Fs Quack* (Fn. 2); *Miller*, 1994 (10) E.I.P.R. 415 ff.

⁷ Vgl. für das Patentrecht *Kraßer* (Fn. 5), § 3 V 3 f. (S. 46 ff.); für das Urheberrecht *Mees*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts (2003), § 3, Rdn. 26; *Schricker*, in: *Schricker* (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. (2006), Einl., Rdn. 45 f.

⁸ EuGH v. 13. 7. 1966, Slg. 1966, 321 (394) – *Grundig/Consten*; EuGH v. 11. 2. 1971, Slg. 1971, 69, Tz. 4 ff. – *Sirena/Eda; Fikentscher*, in: *Beier/Götting/Lehmann/Moufang* (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, S. 149 (170 ff.); zu Art. 81 *Ullrich*, in: *Immenga/Mestmäcker*, EG-Wettbewerbsrecht (1997), GRUR B Rdn. 1, und GRUR Int. 1996, 555 ff.

⁹ *Fikentscher* (Fn. 8), S. 170 ff.; *Nordemann* (Fn. 5) § 1, Rdn. 205 ff.

¹⁰ EuGH v. 6. 4. 1995, verb. Rs. C-241/91 P, C-242/91 P, Slg. 1995, I-743, Tz. 46 – *RTE und ITP/Kommission (Magill)*. Auch im Schrifttum insoweit trotz unterschiedlicher Nuancen Einigkeit zwischen *Beier*, in: *Westermann/Rosener* (Hrsg.), Festschrift für Karlheinz Quack (1991), S. 15 (16 f., 29 f.); *Busche*, in: *Keller/Plassmann* von Falck, Festschrift für Winfried Tilmann (2003), S. 645 (649); *Heinemann* (Fn. 4), S. 28, 442 ff.; *Kraßer* (Fn. 5), § 3 Nr. 2 (S. 46); *Ullrich* (Fn. 8), A 3, B 38.

¹¹ *Ullrich* (Fn. 8), B 40; *Heinemann* (Fn. 4), S. 442; zurückhaltender *Beier*, FS *Quack* (Fn. 2), S. 29 f.; *Busche*, FS *Tilmann* (Fn. 10), S. 645 (649 f., 654 f.); *Govaere*, The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EEC Law (1996), S. 305.

das vielfach wegen seiner einseitigen Tendenz zugunsten eines starken immateri-algüterrechtlichen Schutzes kritisiert wird,¹³ erlaubt in Art. 8 II den Mitgliedstaaten Maßnahmen gegen den Missbrauch der Rechte des geistigen Eigentums.¹⁴

Gleichwohl bleibt ein Spannungsverhältnis, das bisher alles andere als aufgelöst wurde. Vor allem Urteile des EuGH in den Fällen *Magill*¹⁵ und *IMS Health*¹⁶ haben zu einer intensiven Diskussion über die Frage geführt, wann die Ausübung immaterialgüterrechtlicher Befugnisse und die Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden können. Diese spannende Frage wird auch im Vordergrund der folgenden Überlegungen stehen. Sie gliedern sich in zwei Teile: „Geistiges Eigentum und Wettbewerb“ und „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“.

II. Geistiges Eigentum und Wettbewerb

Rechte des geistigen Eigentums sind sämtliche absoluten subjektiven Rechte, die an immateriellen, durch menschliche gedankliche Tätigkeit geschaffenen Gegenständen bestehen. Die wichtigsten Schutzrechte sind das Patent, das Urheberrecht, das Geschmacksmusterrecht (moderner: Designrecht) und die Kennzeichenrechte, insbesondere das Markenrecht. Der Begriff des geistigen Eigentums wird unter Ökonomen auf weniger Widerspruch stoßen als unter Zivilrechtsdogmatikern, die gern darauf verweisen, dass § 903 BGB nur ein Eigentum an Sachen anerkennt.¹⁷ Wesentlicher als der Unterschied zwischen materiellen und immateriellen Gütern ist aber die Gemeinsamkeit beider Arten von „property rights“¹⁸:

¹² Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBI. 1994 II 1730.

¹³ In diesem Sinne etwa mehrere der in 10 Marquette Int. Prop. Law. Rev. 156 ff. (2006) veröffentlichten Beiträge zu dem 2005 an der Marquette Law School abgehaltenen Symposium „The First Ten Years of the TRIPS Agreement“, s. *Pager*; a. a. O., S. 215 (266 ff.); *Ragavan*, a. a. O., S. 274 (302 ff.); *Yu*, a. a. O., S. 370; vgl. auch *Bhagwati*, In Defense of Globalization 182 ff. (2004); *Correa*, Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options, S. 44 f., 215 ff.; *Pacón*, GRUR Int 1995, 875 (885).

¹⁴ Dazu *Ricolfi*, 10 Marquette Int. Prop. L. Rev. 305 ff. (2006).

¹⁵ Fn. 10.

¹⁶ EuGH v. 29. 4. 2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health / NDC Health*.

¹⁷ Grundlegend *Josef Kohler*, AcP 82 (1894) 141 (161): Die Konstruktion eines geistigen Eigentums würde „den Eigentumsbegriff so sehr ausdehnen und verflüchtigen (...), daß er wenig mehr geeignet wäre, die juristische Erkenntnis zu fördern und ihr Halt und Stütze zu geben.“ Die moderne Begriffskritik formuliert pointiert *Rehbinder*, Urheberrecht, 14. Aufl. (2006), Rdn. 79.

¹⁸ Zum Begriff der „property rights“ allgemein *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347 ff. (358 f.) (1967); *Calabresi / Melamed*, 85 Harv.L.Rev. 1089 ff. (1972); *Furubotn / Pejovich* (Hrsg.), The Economics of Property Rights (1974); zu Rechten des geistigen Eigentums als „property rights“ *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356 ff.

Sie weisen einen Gegenstand mit Ausschließlichkeitswirkung einer Person zu und verschaffen ihr so ein Bündel negativer Ausschluss- und positiver Handlungsbefugnisse. Auch im Wettbewerbsrecht gelten für das Sacheigentum und das geistige Eigentum die gleichen allgemeinen Grundsätze,¹⁹ auch wenn die besondere wirtschaftliche Funktion des geistigen Eigentums unterschiedliche Akzentsetzungen im Einzelfall veranlassen kann. Daher spricht nach moderner Terminologie alles dafür, den auch international geläufigen Begriff des „geistigen Eigentums“ zu verwenden,²⁰ was allerdings eine synonyme Benutzung des von Josef Kohler geprägten Terminus „Immaterialgüterrecht“²¹ nicht ausschließt.

Auf den ersten Blick haben die Rechte des geistigen Eigentums eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Als besonders einschneidend stellt sie sich beim Patent dar, denn es erlaubt seinem Inhaber, jede Verwendung der geschützten Erfindung – also einer technischen Information – für den Zeitraum von 20 Jahren zu unterbinden.²² Das gilt selbst dann, wenn der betroffene Konkurrent die Erfindung nicht nachgeahmt, sondern unabhängig entwickelt hat.²³ Das Urheberrecht schützt den Urheber gegen die unbefugte Verwertung seines Werkes der Sprache, Kunst oder Wissenschaft, insbesondere in der Form der Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung.²⁴ Das Markenrecht ist insofern ein Grenzfall des geistigen Eigentums, als sie das geschützte Zeichen nicht absolut, sondern nur für bestimmte Produktkategorien und nur für den Fall der Verwechslungsgefahr schützt,²⁵ wobei allerdings der Ruf bekannter Marken in weitergehender Form geschützt ist.²⁶ Diese Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich aber – so jedenfalls die Überzeugung der Immaterialgüterrechtler – rechtfertigen, wenn auch für jedes Recht auf spezifische Weise.²⁷

¹⁹ Anderman (Fn. 4), S. 247; Heinemann, IIC 2005, 63 (66, 75).

²⁰ Hierzu ausführlich Götting GRUR 2006, 353 ff.; Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sachenrecht? (2002), S. 349 ff. und passim; Ohly JZ 2003, 545 ff.

²¹ Kohler, AcP 82 (1894) 141 ff.; Buschs Archiv 47 (1887) 169 ff. = UFITA 123 (1993) 99 ff.; dazu Dölemeyer/Klippe (Fn. 15), Bd. 1, S. 185 (227 ff.); Dölemeyer in: Wadle (Hrsg.), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa (1993), S. 139 (141 ff.); Klippe, ZNR 1982, 132 (149 ff.).

²² §§ 9; 16 PatG.

²³ Nur Personen, die zur Zeit der Anmeldung die Erfindung schon in Benutzung hatten oder die hierfür die erforderlichen Vorkehrungen getroffen haben, können dem Vorwurf der Patentverletzung eine Vorbenutzungsrecht entgegenhalten, § 12 PatG.

²⁴ §§ 15 ff. UrhG.

²⁵ § 14 II Nr. 2 MarkenG.

²⁶ § 14 II Nr. 3 MarkenG.

²⁷ Vor einer Reduktion der Funktion sämtlicher Rechte des geistigen Eigentums auf den Anreizgedanken warnt auch das Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs und Steuerrecht in Rdn. 8 seiner Stellungnahme vom 31. 3. 2006 zum Diskussionspapier der GD Wettbewerb zur Anwendung des Art. 82 EGV auf den Missbrauch von Ausschließlichkeitsrechten, im Internet unter <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/comment1.pdf>.

Am deutlichsten beruht das Patentrecht auf einem ökonomischen Kalkül, das erstmals im englischen Statute of Monopolies von 1623 erkannt und von Abraham Lincoln in die Worte gefasst wurde: „The patent system adds the fuel of interest to the fire of genius in the discovery and production of new and useful things.“ Das Patent beschränkt den Imitationswettbewerb auf der Produktionsebene, um den Wettbewerb auf der Innovationsebene zu fördern.²⁸ Im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen unterliegen Informationen nicht dem Prinzip der Rivalität der Nutzung, sondern können durch eine beliebige Zahl von Personen parallel genutzt werden und wären daher ohne Intervention des Rechts öffentliche Güter. Erst durch das Patentrecht erhält die technische Information ihren Preis.²⁹ Die Belohnung des Erfinders bildet sich im Wettbewerb heraus.³⁰ Genauer kann sie auf zwei Märkten erzielt werden: zum einen dem Markt für die Information selbst, die durch Lizenzverträge verwertet werden kann, zum anderen dem Markt für die geschützten Produkte. Investitionen in Forschung und Entwicklung werden so gefördert, indem sie sich mit Hilfe der Mechanismen des Marktes finanzieren lassen. Ob diese Theorie einer empirischen Überprüfung standhalten würde, lässt sich allerdings angesichts vergleichbarer Wirtschaftssysteme ohne Patentrecht kaum sagen. *Fritz Machlup* gelangte in seiner bekannten Untersuchung in den 1950er Jahren zu dem, was *Andreas Heinemann*³¹ treffend die Pilatus-Theorie nennt: Da sich der Effekt des Patentsystems nicht sicher feststellen lässt, kann man weder Systemen mit bestehendem Patentsystem dessen Abschaffung noch Systemen ohne Patentsystem dessen Einführung empfehlen.³² Möglicherweise ist der Anreizgedanke in Branchen mit hohen F&E-Kosten wie der pharmazeutischen Industrie plausibler als im Bereich der Computer-Software, in dem die Erfahrung mit der Linux-Software die Notwendigkeit von Schutzrechten in Frage stellt. Immerhin erscheint der Gedanke der Belohnung durch Marktmechanismen so plausibel, dass im neueren Schrifttum erwogen wird, ihn auf andere Bereiche zu übertragen. So könnte bei der Nutzung indigener Ressourcen wie etwa biologischen Materials aus Ländern der dritten Welt die Gewährung eines handelbaren Ausschließlichkeitsrechts an die jeweilige Gemeinschaft einen fairen Ausgleich ermöglichen,³³ auch wenn hier sicherlich noch Vieles klärungsbedürftig ist.

Das Urheberrecht ist nur nach dem anglo-amerikanischen „copyright“-Denken ein reines Wirtschaftsrecht, das sich im Wesentlichen mit dem für das Patentrecht

²⁸ Grundlegend C. C. v. Weizsäcker 34 Kyklos 345 ff. (1981); s. auch *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356 (360 ff.); *Heinemann* (Fn. 4), S. 14 f.; *Landes / Posner*, The Economic Structures of Intellectual Property Law (2003).

²⁹ *Ullrich* GRUR Int. 1996, 555 (565 f.).

³⁰ *Ullrich*, a. a. O., S. 566.

³¹ *Heinemann* (Fn. 4), S. 13.

³² *Machlup*, GRUR Ausl. 1961, 373, 473, 524 (537).

³³ So der Vorschlag von *Godt*, Patentschutz und allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information (2006).

entwickelten Anreizgedanken begründen lässt.³⁴ In der kontinentaleuropäischen Tradition, die in Deutschland mit den Namen *Pütter*³⁵, *Kant*³⁶ und *Fichte*³⁷ verbunden ist, steht neben dem wirtschaftlichen der persönlichkeitsrechtliche Aspekt: Das Werk ist Ausdruck der Individualität seines Urhebers.³⁸ Ist nach US-Sicht der Urheber reiner homo oeconomicus, so steht nach französischer und deutscher Auffassung das Urheberrecht nicht im Zeichen des Hermes, sondern des Apollon. Damit wird nicht bestritten, dass für viele geschützte Werkkategorien, etwa für Software und Datenbanken, ganz der Investitionsschutzgedanke im Vordergrund steht. Auch kann bei der Verwertung klassischer Werkarten für den Urheber der persönlichkeitsrechtliche Aspekt relevant sein, während für den Verleger das Verlagsrecht reines Investitionsschutzrecht ist. Diese tripolare Struktur des Urheberrechts ist Gegenstand neuerer Forschungen.³⁹ Gleichwohl muss aus kontinentaleuropäischer Perspektive davor gewarnt werden, das Urheberrecht unkritisch auf das ökonomische Kalkül zu reduzieren, das dem Patentrecht zugrunde liegt, auch wenn aus wettbewerbsrechtlicher Sicht vielleicht eher die Urheberrechte von Microsoft als diejenigen von Thomas Mann, Pablo Picasso und Richard Strauss Schwierigkeiten bereiten.

Das Markenrecht unterscheidet sich jedenfalls in seinem Kern deutlich von den anderen Rechten, weil es nicht eine kreative Leistung, sondern ein Kennzeichen schützt. Wenn ein Generalanwalt in einer frühen EuGH-Entscheidung bemerkt, die Gesellschaft schulde dem Erfinder des Penicillins größere Dankbarkeit als dem Erfinder der Rasierwassermarke „Prep Good Morning“,⁴⁰ so ist das ebenso zutref-

³⁴ Dieser Gedanke findet schon in der Verfassung der USA Ausdruck. Gemäß Art. I, Sec. 8 hat der Kongress die Kompetenz, „to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries“, dazu Dietz, GRUR Int. 2006, 1 (2 f.). Vgl. zum Anreizgedanken im anglo-amerikanischen Urheberrecht auch *Bently/Sherman*, Intellectual Property Law, 2. Aufl. (2004), S. 35 f.; *Ellins*, Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der EG (1997), S. 78, 254 ff.; *Breyer*, 84 Harv. L.Rev. 281 (291 ff.) (1970); aus ökonomischer Sicht *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (358 f.) (1967); *Landes/Posner* (Fn. 28).

³⁵ *Pütter*, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts geprüft (1774).

³⁶ *Kant*, Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks (1785), Nachdruck in UFITA 106 (1987) 137 ff.

³⁷ *Fichte*, Beweis von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks (1793), Nachdruck in UFITA 106 (1987), 155 ff.

³⁸ So definiert § 2 Abs. 2 UrhG das schutzfähige Werk als „persönliche geistige Schöpfung“. Vgl. zum persönlichkeitsrechtlichen Element des Urheberrechts nach deutschem Verständnis *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. (1980), § 1 II (S. 2 ff.); *Schricker/Dietz* (Fn. 7) Vor §§ 12 ff., Rdn. 11 ff.

³⁹ Vgl. *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, 5. Aufl. (2003), Rdn. 9–42; *Geiger*, Droit d'auteur et droit du public à l'information (2004), Rdn. 19 ff.; *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820) und in: *Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann* (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts (2005), S. 325 ff.

⁴⁰ Schlussanträge des Generalanwalts *Dutheillet de Lamothe* in EuGH Rs. 40 / 70, *Sirena/Eda*, Slg. 1971, 69 (88).

fend wie nichtssagend. Entscheidend ist, dass die Marke dem Abnehmer die Unterscheidung von Produkten ermöglicht und so einen Kommunikationskanal schafft.⁴¹ Das Markenrecht schafft also nicht primär einen Anreiz zur Schaffung neuer Zeichen, sondern es schützt – verkürzt formuliert⁴² – eine Informationsbeziehung, die Investitionen in Qualität und Produktimage erst sinnvoll werden lassen. Allerdings wird diese Rechtfertigung dort brüchig, wo das moderne Markenrecht den Ruf bekannter Marken auch unabhängig von einer Verwechslungsgefahr schützt und durch die Einbeziehung von Warenformen in den Schutzbereich die Unterscheidung zwischen Zeichen und Ware im Einzelfall unmöglich machen kann.

Dieser kleine Überblick zeigt, dass die Gründe, die das Patentrecht rechtfertigen begründen, nicht unbesehen auf die anderen Rechte des geistigen Eigentums übertragen werden können. Auch wenn in der Öffentlichkeit bisweilen fälschlich jedes Immaterialgüterrecht als „Patent“ bezeichnet wird,⁴³ ist es von entscheidender Bedeutung, dass sich die Immaterialgüterrechte unterschiedlichen Funktionen dienen.

III. Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

1. Überblick

Damit ist das Verhältnis zwischen dem geistigen Eigentum und dem Wettbewerbsrecht, verstanden als Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, erreicht. Berührungspunkte bestehen in zweifacher Hinsicht. Zum einen unterliegen horizontale Vereinbarungen zwischen Schutzrechtsinhabern oder vertikale Vereinbarungen zwischen Schutzrechtsinhabern und Lizenznehmern der Kontrolle am

⁴¹ *Lehmann*, GRUR Int. 1986, 6 (15); *van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int 1992, 588 (598); *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. (2001), Einl., Rdn. 34; *Schönfeld*, Die Gemeinschaftsmarke (1994), S. 157 ff.

⁴² Im juristischen Schrifttum sind die Markenfunktionen Gegenstand einer umfangreichen Diskussion, vgl. den Überblick bei *Fezer* (vorige Fn.), Einl., Rdn. 30 ff.; *Nägele*, Die rechtsverletzende Benutzung im Markenrecht (1999); S. 110 ff.; *Sambuc*, WRP 2000, 985 ff., deren praktische Bedeutung man allerdings mit Fug und Recht bezweifeln kann, s. *Ingerl/Rohnke*, *MarkenR*, 2. Aufl. (2003), Einl., Rdn. 67. Von der normativen Fragestellung, welche Funktionen des MarkenG schützt, ist die Frage nach den tatsächlichen Marketingfunktionen der Marke zu unterscheiden, vgl. hierzu *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher (1988), Bd. 1, S. 4 ff.; *Kranz*, die Relevanz der Unternehmensmarke (2004). Eine aufschlussreiche Gesamtschau von juristischer und ökonomischer Funktionenlehre stellen *Bröcher/Hoffmann/Sabel*, Dogmatische Grundlagen des Markenrechts, Interdisziplinäre Untersuchung der Funktionenlehre und des gesetzlichen Schutzbereichs (2005) an.

⁴³ Vgl. etwa die Meldung im „Panorama“ der Süddeutschen Zeitung vom 8./9. 1. 2005, Rubrik „Leute“: Eine sächsische Prostituierte halte nunmehr die Patentrechte an den Putten von Raffael, eine solche Teilpatentierung sei möglich, wenn ein Künstler länger als 70 Jahre tot sei. Gemeint ist ein Markenrecht, der Hinweis auf die 70-Jahres-Frist bezieht sich auf das Urheberrecht. Nur das genannte Patentrecht spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

Maßstab des Art. 81 EGV, an den sich das deutsche Recht in der 7. GWB-Novelle⁴⁴ weitgehend angenähert hat. Zahlreiche Einzelheiten des Lizenzkartellrechts im Bereich der technischen Schutzrechte und des Know-Hows werden durch die Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen von 2004⁴⁵ geregelt, die die frühere Gruppenfreistellungsverordnung für Patentlizenzen abgelöst hat. Zudem hat die direkte Anwendbarkeit des in Art. 81 III EGV formulierten Ausnahmetatbestands,⁴⁶ der Freistellungen im Einzelfall durch die Kommission inzwischen entbehrlich gemacht hat, einen erheblichen Spielraum für die Beurteilung von Schutzrechtsverträgen durch die nationalen Gerichte und Behörden eröffnet. Dass horizontale Vereinbarungen über Schutzrechte – man denke etwa an Patentpools⁴⁷ – und Lizenzverträge wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben können und daher der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegen, ist mittlerweile ebenso unbestritten wie der Umstand, dass derartige Vereinbarungen im Ergebnis zu einer Förderung des Wettbewerbs führen können, etwa indem sie die Erschließung neuer Märkte ermöglichen oder den Inter-brand-Wettbewerb intensivieren. Holzschnittartige Lösungen wie die Inhaltstheorie des früheren § 17 GWB, der zufolge Beschränkungen nicht über den „Inhalt“ des Schutzrechts hinausgehen durften, verbieten sich. Dieser Teilbereich der Problematik soll hier ausgeklammert werden,⁴⁸ weil die Grundsätze weitgehend unstreitig sind und die Beurteilung einzelner Klauseln und die Bewertung der neuen Verordnung zu langwierigen Detailausführungen zwingen würden.

Jedenfalls aus immaterialgüterrechtlicher Sicht wird mit größerer Spannung, vielleicht auch Sorge, die Entwicklung der Rechtsprechung zum Missbrauch marktbeherrschender Stellungen verfolgt.⁴⁹ Denn hier stellt sich die Frage, ob und

⁴⁴ BGBI. I 2005, S 2114; dazu *Bechthold/Buntscheck* NJW 2005, 2966 ff.; *Fuchs* WRP 2005, 1384 ff.; *Hartog/Noack* WRP 2005, 1396 ff.

⁴⁵ Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. 4. 2004 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. L 123 v. 27. 4. 2004, S. 11; dazu *Drexel*, GRUR Int. 2004, 716 ff.; *Feil*, IIC 2005, 31 ff.; *Lübbig*, GRUR 2004, 483 ff.

⁴⁶ Ermöglicht durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4. 1. 2003.

⁴⁷ Vgl. zur Beurteilung von Patentpools nach US-Recht das White Paper des USPTO von 2000 „Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents?“, S. 4 ff., im Internet unter <http://www.uspto.gov/>; zum deutschen Recht *Folz*, Technologiegemeinschaften und Gruppenfreistellung (2002), S. 237 ff.; *Emmerich* in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), GWB, 3. Aufl. (2001), § 17, Rdn. 52 f.; *Kraßer* (Fn. 5), § 3 V 3 f. (S. 46 ff.).

⁴⁸ Weiterführend hierzu *Axster/Schütze* in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Kartellrecht, Bd. 1 (2006), Art. 81, Anh. 3; *Jan-Bernd Nordemann*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampf*, Kartellrecht, Bd. 2 (2006), § 1, Rdn. 203 ff.; *Ullrich*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), GRUR B, Rdn. 11 ff.; *Kreutzmann*, WRP 2006, 435 ff.; *Heinemann*, CR 2005, 715 (718 ff.).

⁴⁹ Vgl. hierzu *Anderman* (Fn. 4), S. 169 ff.; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16 ff.; *Drexel*, IIC 2004, 788 ff.; *Govaere* (Fn. 11); *Heinemann* (Fn. 4), S. 441 ff., CR 2005, 715 ff. und

in welchem Maße die Ausschließlichkeitsrechte des geistigen Eigentums nicht nur den internen, also in den jeweiligen Schutzgesetzen geregelten Schranken, sondern auch externen Schranken unterliegen, die das Kartellrecht setzt. Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen *Magill* und *IMS Health*, das *Spundfass*-Urteil des BGH und die Entscheidungen der Kommission in den Fällen *Microsoft* und *Astra-Zeneca* lassen eine gewisse Tendenz erkennen, beantworten aber bei weitem nicht alle offenen Fragen. Es bietet sich an, diese Entscheidungen kurz zusammenzufassen und damit gleichsam die einzelnen Mosaiksteinchen darzustellen, um dann in einem zweiten Schritt den Versuch zu unternehmen, sie zusammenzufügen.

2. Die Entscheidungen

a) Magill oder die Tragödie des überschießenden Urheberrechtsschutzes

In einer Zeit vor der Verbreitung des Internet und der Entstehung zahlreicher Privatsender gab es in der Republik Irland und in Nordirland keine wöchentliche Programmzeitschrift, aus der die Programme des irischen Senders RTE und der britischen Sender BBC und ITV insgesamt ersichtlich waren. Die Sender veröffentlichten jeweils ihre eigenen Programmzeitschriften und gestatteten Tageszeitungen den Abdruck des jeweiligen Tagesprogramms. Ein in Dublin ansässiger Verlag beabsichtigte, diese Lücke zu schließen und eine wöchentliche Programmzeitschrift herauszugeben. Dieser Plan wurde aber durch die genannten Sender verhindert, die sich auf ihr Urheberrecht an den Programmvoranschauen beriefen.

Die Kommission, deren Entscheidung mit unterschiedlicher Begründung sowohl vom Gericht erster Instanz⁵⁰ aus auch vom EuGH⁵¹ bestätigt wurde, sah hierin den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Als relevanten Markt sieht der EuGH nicht den Markt für alle Programminformationen an, sondern nimmt einzelne Märkte für die Programminformationen der jeweiligen Sender an. Hier verfügen die Sender über ein Monopol,⁵² wobei der Gerichtshof nicht mit dem Urheberrecht, sondern mit dem faktischen Monopol an den jeweiligen Informationen argumentiert. Nachdem der Gerichtshof zunächst im Anschluss an sein Urteil *Volvo/Veng* erneut feststellt, dass die bloße Lizenzverweigerung noch nicht als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist,⁵³ hebt er für den vorliegenden Fall drei „außergewöhnliche Umstände“ hervor,⁵⁴ die die Anwendung des

IIC 2005, 63 ff.; Höppner, GRUR Int. 2005, 457 ff.; Kaestner, Missbrauch von Immateri-algüterrechten (2005); Wielisch, EuZW 2005, 391 ff.

⁵⁰ EuG, Rs. T-69 / 89, Slg. 1991, II-485 *RTE / Kommission*.

⁵¹ S. oben, Fn. 10.

⁵² A. a. O., Tz. 47.

⁵³ A. a. O., Tz. 49, im Anschluss an EuGH v. 5. 10. 1988, Rs. 238 / 87, Slg. 1988, I-6211, Tz. 8 – *Volvo/Veng*.

⁵⁴ A. a. O., Tz. 52 ff.

Art. 82 EGV rechtfertigen und die deutliche Anklänge⁵⁵ an die Essential facilities-Doktrin des US-Antitrustrechts aufweisen. Erstens verhinderten die Sender, indem sie dem Verlag die Nutzung der Programminformationen vorenthielten, das Angebot eines neuen Produkts, für das ein Bedarf der Verbraucher bestand. Zweitens monopolisierten die Sender durch ihr Verhalten neben ihrem eigentlichen Primärmarkt einen Sekundärmarkt. Drittens hielt der Gerichtshof die Weigerung der Fernsehsender, Dritten die Veröffentlichung der Programme zu gestatten, nicht für gerechtfertigt. Mit dieser Begründung erhielt der EuGH das von der Kommission ausgesprochene Gebot an die Sender aufrecht, dem Verlag eine Lizenz zu angemessenen Bedingungen einzuräumen, ließ also eine wettbewerbsrechtlich begründete Zwangslizenz zu.

In Urheberrechtskreisen wurde dieses Urteil mit großer Sorge zur Kenntnis genommen,⁵⁶ allerdings auch mit den Besonderheiten des britischen und irischen Urheberrechts erklärt.⁵⁷ In der Tat gehört es zu den Grundsätzen des Urheberrechts, dass nicht die Information als solche, sondern nur ihre konkrete Ausdrucksform geschützt wird. Durch die sehr niedrige Schutzzwelle des anglo-irischen Urheberrechts, die häufig auf die Formel „what is worth copying is prima facie worth protecting“⁵⁸ gebracht wird, wurde diese Unterscheidung hinfällig, wodurch das Allgemeininteresse am Zugang zu Informationen über Gebühr beschränkt wurde. Mittlerweile wäre der Fall nach der EG-Datenbankrichtlinie bzw. den zu ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Gesetzen zu beurteilen, und bei der Auslegung der Richtlinie hat der EuGH mittlerweile geklärt, dass nicht die Generierung der einzelnen Datensätze, sondern nur ihre Zusammenstellung schutzbegründend wirkt.⁵⁹ Außerdem hat der britische Gesetzgeber reagiert, indem er in Art. 176 Broadcasting Act 1990 Sendeunternehmen zur Bereitstellung ihrer Programminformationen verpflichtet hat. Praktisch wurde also in diesem Fall auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage ein Versagen des nationalen Urheberrechtssystems korrigiert. Kluge immaterialgüterrechtliche Gesetzgebung hätte das Problem verhindert.

Allerdings ist die Begrenzung des exzessiven Urheberrechtsschutzes nicht die einzige Facette des Falls. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist er insoweit un-

⁵⁵ Allerdings bezieht sich der Gerichtshof nicht ausdrücklich auf die Essential Facilities-Doktrin, vgl. *Leistner*, ZWeR 2005, 138.

⁵⁶ Zu den Gründen Heinemann (Fn. 4), S. 494.

⁵⁷ So etwa *Cohen Jehoram/Mortelmanns*, GRUR Int 1997, 11 (15); *Cornish/Llewelyn* (Fn. 39), Rdn. 18–16; *Doutrelepont*, GRUR Int. 1994, 302 (306 f.); *Götting*, JZ 1996, 307 (309 f.); *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. (2005), S. 130, 168; dazu Heinemann (Fn. 3), S. 493 ff.

⁵⁸ *University of London Press* [1916] 2 Ch. 601 (610) per Peterson J.; näher zur niedrigen Schutzzwelle des britischen Urheberrechts *Cornish/Llewelyn* (Fn. 39); Rdn. 10–05 ff.; Bently / Sherman (Fn. 34), S. 88 ff.

⁵⁹ EuGH v. 9. 11. 2004, Rs. C-203 / 02, Slg. 2004, I-10415, Tz. 42 – *British Horseracing Board/Hill*; EuGH v. 9. 11. 2004, Rs. C-338 / 02, Slg. 2004, I-10497, Tz. 24 – *Fixtures Marketing/Svenska Spel*.

typisch, als die marktbeherrschenden Unternehmen ihre Marktmacht zur Kontrolle eines Sekundärmarktes einsetzen, den sie selbst gerade nicht bedienen wollten.⁶⁰ So kamen zwei Gesichtspunkte zusammen: die Ausdehnung der Marktmacht auf einen benachbarten Markt, im US-Recht als „leveraging“ bezeichnet,⁶¹ und die Verhinderung eines neuen Produkts.⁶² Es lässt sich kaum bestreiten, dass beide Aspekte zusammen auch unabhängig von den urheberrechtlichen Besonderheiten zur Begründung des Missbrauchs hinreichen. Gestritten wurde nach der *Magill*-Entscheidung lediglich darüber, ob jeder einzelne Aspekt für sich genommen ausgereicht hätte.⁶³ Eine bedenkliche Einschränkung des Urheberrechts ist mit *Magill* nicht verbunden. Selbst wenn man dem Urteil eine Korrektur des zu weitgehenden Urheberrechtsschutzes entnehmen will, stehen doch aus kartellrechtlicher Sicht die genannten besonderen Umstände im Vordergrund, die gar nicht an die Besonderheiten des Ausschließlichkeitsrechts anknüpfen. Der Fall wäre ebenso zu beurteilen gewesen, wenn die Sender nicht urheberrechtlich vorgegangen wären, sondern rein faktisch die Informationen nicht bereitgestellt hätten. Dass zusätzlich Urheberrechtsschutz in Anspruch genommen wurde, kann weder zu einer Privilegierung noch zu einer strengeren Beurteilung führen.

b) IMS Health oder die kumulative Anwendung der Kriterien

War nach *Magill* noch umstritten, ob die dort aufgestellten Kriterien alternativ oder kumulativ galten, so hat der EuGH diese Frage mittlerweile im *IMS Health*-Fall⁶⁴ beantwortet. *IMS Health* liefert Pharmaunternehmen Informationen über den Absatz von Arzneimitteln, aufgeschlüsselt nach geographischen Gebieten. Zu diesem Zweck entwickelte das Unternehmen nach Konsultation mit der pharmazeutischen Industrie eine Struktur aus 1860 sogenannten „Bausteinen“, die jeweils für ein nach geographischen und absatztechnischen Kriterien abgegrenztes Gebiet standen. Als ein konkurrierendes Unternehmen ebenfalls vergleichbare Absatzinformationen liefern wollte, musste es feststellen, dass sie die 1860-Struktur zu einem de facto-Standard entwickelt hatte. Da die Struktur allgemein akzeptiert war, wäre es für die einzelnen Kunden zu aufwändig gewesen, auf ein anderes System umzusteigen – in ökonomischer Terminologie ein Lock-in-Effekt. Das LG Frankfurt, das den Fall dem EuGH vorlegte,⁶⁵ ging ohne nähere Erläuterung von einem urheberrechtlichen Schutz der 1860-Struktur aus. Ob diese Annahme zu-

⁶⁰ *Heinemann*, IIC 2005, 63 (71 f.); *Drexel*, IIC 2004, 788 (808).

⁶¹ *Willman v. Heartland Hosp. East*, 34 F.3d 605, 613 (C.A.8 (Mo.), 1994); *Verizon Communications v. Trinko*, 540 U.S. 398, 124 S.Ct. 872 (U.S., 2004), insb. Fn. 4.

⁶² Ähnlich *Kaestner* (Fn. 48), S. 113 ff.

⁶³ *Heinemann*, IIC 2005, 63 (70). *Leistner*, ZWeR 2005, 138.

⁶⁴ Oben, Fn. 16.

⁶⁵ Der Vorlagebeschluss ist abgedruckt in ZUM-RD 2002, 94. Zur komplizierten Verfahrensgeschichte s. die Übersicht bei *Kasetner*, S. 272.

trifft, erscheint aus verschiedenen Gründen fragwürdig.⁶⁶ Jedenfalls ergab sich erneut die marktbeherrschende Stellung nicht aus dem Urheberrecht,⁶⁷ es wurde lediglich eingesetzt, um die faktisch mögliche Nutzung der Bausteinstruktur durch den Konkurrenten zu unterbinden.

Der EuGH bezieht sich auf die Urteile *Magill* und *Bronner*⁶⁸, in dem es nicht um die Ausübung von Immaterialgüterrechten, sondern um den Zugang eines Verlags zum Zeitungsvertriebsnetz eines Konkurrenten ging, und stellt drei kumulativ geltende Kriterien für den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung auf.⁶⁹ Erstens muss der potenzielle Lizenznehmer beabsichtigen, auf dem Markt für die Lieferung der betreffenden Daten neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber des geistigen Eigentumsrechtes bislang nicht angeboten hat und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht. Zweitens darf die Weigerung aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt sein. Drittens muss die Weigerung geeignet sein, dem Inhaber geistigen Eigentumsrechts den Zugang zu einem Sekundärmarkt vorzubehalten, indem jeglicher Wettbewerb auf diesem Markt ausgeschlossen wird.

Diese Argumentation folgt zu eng den Besonderheiten des *Magill*-Falls und verfehlt damit die eigentliche Problematik. In *IMS-Health* ging es – anders als in *Magill* – weder um ein neuartiges Produkt, noch um eine Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung auf einen benachbarten Markt, sondern um die Frage, ob ein Konkurrent mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln den Zugang zu einem Markt erzwingen kann, den bisher ein Monopolist beherrscht. Die kumulative Anwendung der *Magill*-Kriterien in *IMS Health* ist ein abschreckendes Beispiel dafür, wie man mit Präzedenzfällen nicht umgehen sollte. „Hard cases make bad law“: Voraussetzungen, die zu den ungewöhnlichen Umständen eines Sonderfalls passen, dürfen nicht unbesehen verallgemeinert werden. Der gemeinsame und verallgemeinerungsfähige Nenner zwischen *Magill* und *IMS Health* besteht darin, dass sich der Inhaber eines Immaterialgüterrechts weigert, anderen Unternehmen die Nutzung des Immaterialguts zu erlauben, obwohl sie für den Marktzutritt unentbehrlich ist. Man mag hier von der Information als einer „essential facility“ reden, doch ist mit dieser Einordnung noch nicht viel gewonnen.⁷⁰ Da die Freiheit, Lizenzen zu erteilen oder zu verweigern, gerade Kern des geistigen Eigentums

⁶⁶ Gegen urheberrechtlichen Schutz das OLG Frankfurt als Berufungsinstanz, MMR 2003, 45. Die 1860er Struktur war lediglich die Vorstufe einer Datenbank, selbst aber noch nicht Teil eines geschützten Datenbankwerks (§ 4 Abs. 2 UrhG) oder einer Datenbank gem. § 87a UrhG. Zudem war die Aktivlegitimation der Klägerin zweifelhaft.

⁶⁷ *Drexel*, IIC 2004, 788 (805).

⁶⁸ EuGH v. 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – *Bronner / Mediaprint*.

⁶⁹ Oben, Fn. 16, Tz. 38.

⁷⁰ Zu Recht weist *Leistner*, ZWeR 2005, 138 darauf hin, dass entscheidend nicht die Klassifizierung als „essential facilities“-Fall sondern die Einordnung in die Rechtsprechung des EuGH zur Lieferverweigerung seit dem *Commercial Solvents*-Fall, EuGH v. 6. 3. 1974, Rs. 6/73 u. 7/73, Slg. 1974, 223, ist, vgl. auch *Lober*, GRUR Int. 2002, 7 (10).

ist,⁷¹ kann die Weigerung als solche noch nicht ausreichen. Weitere Umstände müssen hinzutreten, die sich nur von Fall zu Fall entwickeln, zu Fallgruppen zusammenfassen und auf diese Weise ausdifferenzieren lassen. Die Verhinderung eines neuen Produkts, dessen Bereitstellung im Verbraucherinteresse liegt, und die Monopolisierung eines Sekundärmarktes sind nur Beispiele. Indem der EuGH beide Fallgruppen kumuliert, schränkt er die Anwendung des Art. 82 EGV auf untypische Sonderfälle ein, die mit der *Magill*-Konstellation vergleichbar sind. Das ist, wie mittlerweile die überwiegende Mehrheit aller Kommentatoren zu Recht bemängelt, nicht sachgerecht.⁷²

c) Spundfass oder die patentgeschützte Industrienorm

Nur kurz nach der *IMS-Health*-Entscheidung äußerte sich auch der BGH zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Zwangslizenz.⁷³ Die Klägerin war Inhaberin eines Patents für ein Industriefass. Dieses Fass war in Zusammenarbeit mit anderen Herstellern nach Vorgaben der chemischen Industrie entwickelt worden, die anschließend die Spezifikationen des Fasses in den VCI-Rahmenbedingungen fest-schrieb. Die anderen an der Entwicklung beteiligten Hersteller erhielten Freilizenzen. Die Beklagte gehörte nicht zu diesen Unternehmen und erhielt auf Nachfrage keine Lizenz. Als sie gleichwohl ein Fass vertrieb, das in den Schutzbereich des Patents fiel, hielt sie der Patentverletzungsklage die Behauptung entgegen, ihr stehe ein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz aus § 20 GWB zu.

Der BGH begründet in einem ersten Schritt, warum § 24 PatG, der die Voraussetzungen für die Erteilung einer patentrechtlichen Zwangslizenz regelt, einem Anspruch auf Lizenzerteilung aus dem GWB nicht entgegensteht: Die Voraussetzungen beider Arten des Lizenzzwangs seien unterschiedlich. Das öffentliche Interesse, das nach dem PatG für die Erteilung einer Zwangslizenz Voraussetzung sei, hänge nicht mit der Marktmacht des betreffenden Unternehmens zusammen. Der relevante Markt sei nicht der Markt für Fässer – hier gab es ja mehrere Konkurrenten – sondern der Markt für die Erteilung der erforderlichen Rechte. Dabei sei der entscheidende Grund für die Marktbeherrschung nicht, dass die Klägerin über ein Patent verfüge, sondern dass die geschützte technische Lehre wegen ihres Charakters als Industrienorm nicht substituierbar sei. Erteile ein Patentinhaber nur ausgewählten Mitbewerbern Lizenzen, so verstöße er nicht schon wegen dieser Unterscheidung gegen das Diskriminierungsverbot. Strengere Anforderungen beständen aber, wenn die technische Lehre zur Norm erhoben würde, denn in diesem Fall ergebe sich die marktbeherrschende Stellung nicht allein aus der Leistungsfähigkeit des Patentinhabers. Ob im konkreten Fall allerdings eine Diskriminierung

⁷¹ EuGH v. 5. 10. 1988, Rs. 238 / 87, Slg. 1988, I-6211, Tz. 8 – *Volvo / Veng*.

⁷² *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16 (25 ff.); *Drexel*, IIC 2004, 788 (798 ff.); *Heinemann*, IIC 2005, 63 (72 f.); *Leistner*, ZWer 2005, 138.

⁷³ BGH GRUR 2004, 966 – Standard-Spundfass.

vorlag, entschied der BGH nicht, sondern verwies den Fall an das OLG Düsseldorf zurück.

Der BGH unterscheidet zu Recht deutlich zwischen der Situation, in der ein Patentinhaber lediglich durch die Qualität seiner Erfindung eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat, und dem Sonderfall der Industrienorm, in dem ein Verstoß gegen das Diskriminierungs- oder Missbrauchsverbot eher in Betracht kommt. Dabei entwickelt der BGH ein im Kern ökonomisches Kriterium: Die Gefahr, dass die wirtschaftliche Funktion des Schutzrechts untergraben wird, besteht weniger, wenn die marktbeherrschende Stellung nicht nur Ergebnis der Qualität der Erfindung ist, sondern auch auf äußeren, aus Sicht des Rechtsinhabers unverdienten Umständen beruht. Die in der Literatur umstrittene Frage, ob der Lizenzsucher einen Anspruch auf Lizenzerteilung dem Unterlassungsanspruch des Patentverletzers einredeweise entgegenhalten kann,⁷⁴ lässt der BGH übrigens ausdrücklich offen. Jedenfalls bei der Schadensberechnung sei dieser Punkt zu berücksichtigen.

d) Microsoft oder die Ausdehnung einer marktbeherrschenden Stellung

Auch der nicht wettbewerbsrechtlich Interessierte hat vom *Microsoft*-Fall aus der Presse erfahren. Die Kommission verhängte bekanntlich ein Rekordbußgeld in Höhe von knapp 500 Mio. Euro gegen Microsoft und gab dem Softwaregiganten auf, anderen Herstellern Schnittstelleninformationen zur Herstellung der Interoperabilität zur Verfügung zu stellen („Interoperabilitätsverfügung“) und eine Windows-Version ohne den Windows Media anzubieten („Entkoppelungsverfügung“).⁷⁵

Ob der Fall überhaupt eine immaterialgüterrechtliche Facette hat, ist offen. Während der Kopplungsvorwurf vom Urheberrechtsschutz für Microsoft-Software unabhängig ist, hat Microsoft behauptet, die Schnittstellen seien urheberrechtlich oder sogar patentrechtlich geschützt.⁷⁶ Die Kommission lässt diese Frage ausdrücklich offen.⁷⁷ In der Tat hat schon der europäische Gesetzgeber bei Erlass der Richtlinie über den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen erkannt, dass Informationen über Schnittstellen zur Herstellung der Interoperabilität erforderlich sind, und hat daher ausdrücklich die Dekompilierung des Objektcodes zur Erlangung dieser Informationen zugelassen.⁷⁸ Einiges spricht daher dafür, dass

⁷⁴ Vgl. dazu *Kühnen*, FS *Tilmann* (Fn. 10), S. 513 ff., gegen die Berufungsentscheidung des OLG Düsseldorf im *Spundfass*-Fall, InstGE 2, 168, Rdn. 27.

⁷⁵ Entscheidung v. 24. 3. 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft, im Internet unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>; dazu *Heinemann*, IIC 2005, 63 ff.

⁷⁶ Ziff. 190 (insb. Fn. 249), 743, 1050 der Entscheidung (vorige Fn.).

⁷⁷ Ziff. 190 (insb. Fn. 249), *Heinemann*, IIC 2005, 63 (68 f.).

⁷⁸ Art. 6 der Richtlinie 91/250/EWG zum Schutz von Computerprogrammen, im deutschen Recht umgesetzt in § 69e UrhG.

die betreffenden Informationen allenfalls als Geschäftsgeheimnisse geschützt waren. Jedenfalls deutet die Entscheidung des urheberrechtlichen Gesetzgebers auf einen Grundsatz hin, der auch für das Patentrecht und das Recht der Unternehmensgeheimnisse einige Überzeugungskraft hat. Die Schutzwirkung des Immaterialgüterrechts reicht weit genug, wenn das Hauptprodukt – hier das Betriebssystem „Windows“ – hinreichend gegen Nachahmung geschützt wird. Der Schutz der Schnittstellen ist hierfür nicht erforderlich, sondern stellt nur den Hebel zur Beherrschung eines benachbarten Marktes dar. Der urheberrechtliche Schutz der Schnittstelleninformation tritt demgegenüber zurück, wie das Urheberrecht selbst anerkennt. Eine Intervention des Wettbewerbsrechts gerät in diesem Fall nicht in Konflikt mit Grundwertungen des Immaterialgüterrechts.

e) AstraZeneca oder die Erschleichung von Schutzrechten

Eine andere Facette der Problematik beleuchtet die *AstraZeneca*-Entscheidung der Kommission vom Juni 2005.⁷⁹ Dem schwedischen Unternehmen wurde ein Bußgeld in Höhe von 60 Mio. Euro auferlegt, da es nach Auffassung der Kommission das Patentsystem dazu missbraucht hat, den Markteintritt von Generika-herstellern zu verzögern. Nach den Feststellungen der Kommission, die das Unternehmen allerdings bestreitet, hatte AstraZeneca in verschiedenen Ländern ein ergänzendes Schutzzertifikat für das Arzneimittel Losec, das sich als echter Blockbuster erwiesen hat, durch falsche Angaben⁸⁰ gegenüber den jeweiligen Patentämtern erlangt. Mit dem ergänzenden Schutzzertifikat kann für Arzneimittel die 20jährige Schutzfrist des Patents um bis zu 5 Jahre verlängert werden, um der Verschiebung des Markteintritts während des arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahrens Rechnung zu tragen. Außerdem wurde dem Unternehmen vorgeworfen, das Arzneimittelzulassungsverfahren missbraucht zu haben, indem die Marktzulassung für Losec-Kapseln abgemeldet wurde und das Medikament stattdessen in Tablettenform angeboten wurde.

Für das Immaterialgüterrecht relevant ist nur der erste Vorwurf. Die Kommission übernimmt hier die sog. *Walker-Process*-Rechtsprechung der US-Gerichte,⁸¹ der zufolge ein Unternehmen kartellrechtswidrig handelt, wenn es ein Schutzrecht durch falsche Angaben gegenüber den Patentbehörden erlangt und anschließend

⁷⁹ Entscheidung v. 15. 6. 2005, COMP/A.37.507.F3 – *AstraZeneca*, bisher ist im Internet unter http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37507/prov_version.pdf nur der provisorische Text der Entscheidung verfügbar, in dem die Adressantin der Entscheidung Passagen aus Gründen des Geheimnisschutzes geschwärzt hat.

⁸⁰ Allerdings bestand zur Zeit der Anmeldung Rechtsunklarheit über die Auslegung einiger Begriffe der Verordnung über das ergänzende Schutzzertifikat, so dass AstraZeneca möglicherweise in gutem Glauben handelte, s. *Lawrance/Treacy*, (2005) 1 JIPLP 7.

⁸¹ *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, 86 S.Ct. 347 (U.S.III. 1965); einschränkend aber *Argus Chemical Corp. v. Fibre Glass-Evercoat Co., Inc.*, 812 F.2d 1381, (C.A.Fed. (Cal.), 1987).

durchsetzt.⁸² Allerdings bezieht sich die Kommission in ihrer Entscheidung weder ausdrücklich auf diese Rechtsprechung, noch geht die Begründung über die schlichte Argumentation hinaus, Art. 82 EGV verbiete missbräuchliche Wettbewerbsbeschränkungen und die Erlangung eines Schutzrechts durch falsche Angaben sei missbräuchlich.⁸³ Die Kommission erkennt selbst, dass dieser Ansatz mit der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung eines Schutzrechts, der in der früheren Rechtsprechung des EuGH als Abgrenzungskriterium verwandt wurde, unvereinbar ist, verweist aber darauf, dass dieses Kriterium in neueren Entscheidungen ohnehin aufgegeben worden sei.⁸⁴ Die wesentliche Aussage der Entscheidung fasst Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* in ihrer im Internet abrufbaren Stellungnahme wie folgt zusammen:

„I fully support the need for innovative products to enjoy strong intellectual property protection so that companies can recoup their R & D expenditure and be rewarded for their innovative efforts. However, it is not for a dominant company but for the legislator to decide which period of protection is adequate. Misleading regulators to gain longer protection acts as a disincentive to innovate and is a serious infringement of EU competition rules. Health care systems throughout Europe rely on generic drugs to keep costs down. Patients benefit from lower prices. By preventing generic competition AstraZeneca kept Losec prices artificially high. Moreover, competition from generic products after a patent has expired itself encourages innovation in pharmaceuticals.“⁸⁵

So sehr das auf den ersten Blick einleuchtet, so bedenklich erscheint es mir bei näherem Hinsehen. Falsche Angaben gegenüber den Erteilungsbehörden sind zwar wohl leider keine völlig untypische Seltenheit, doch ist das immaterialgüterrechtliche System hier nicht hilflos. Liegen etwa die Erteilungsvoraussetzungen für ein Patent nicht vor, so kann die Allgemeinheit gegen das Patent durch Einspruch und Nichtigkeitsklage vorgehen. Nach deutschem Recht ist aber – anders als in den USA – das Verletzungsgericht an die Patenterteilung gebunden. Dieser Grundsatz würde unterlaufen, wenn man dem Verletzer die Einrede der Wettbewerbswidrigkeit wegen falscher Angaben gegenüber den Patentbehörden ermöglicht. Außerdem sehen die meisten Rechtsordnungen Rechtsbehelfe gegen unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen vor. In dieses abgestufte Instrumentarium des Immaterialgüterrechts wird eingegriffen, wenn schon die Schutzrechtsanmeldung unter falschen Angaben zur Begründung des Missbrauchs hinreicht. Sofern man überhaupt einen Einwand der Patenterschleichung anerkennen will,⁸⁶ ist seine Rege-

⁸² *Hirsbrunner*, EWS 2005, 488 ff.

⁸³ Rdn. 741 ff. der Entscheidung (Fn. 79).

⁸⁴ Rdn. 741 der Entscheidung (Fn. 79).

⁸⁵ Pressemitteilung IP/05/737 v. 15. 6. 2005, im Internet unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/737&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

⁸⁶ So in der Tat RGZ 140, 184. Allerdings ist der Einwand, wie *Kühnen*, in: Schulte (Hrsg.), Patentgesetz, 7. Aufl. (2005), § 9, Rdn. 79 überzeugend annimmt, ausgeschlossen, sofern die Nichtigkeitsklage möglich ist, offen insoweit BGH GRUR 1954, 107 (110 f.) – *Mehrfachschelle*.

lung Aufgabe des materiellen Patentrechts. Dass schon eine Schutzrechtsanmeldung selbst Teil einer größeren missbräuchlichen Strategie sein kann, steht auf einem anderen Blatt. In diesem Fall können aber erst zusätzliche Umstände, etwa die vom Gerichtshof in *Magill* und *IMS Health* identifizierten, den Missbrauch begründen.⁸⁷

3. Analyse

Soweit die Entscheidungen. Es fällt nicht leicht, aus diesen Einzelfällen allgemeine Grundsätze abzuleiten. Im Gegenteil besteht die Notwendigkeit, bei der Beurteilung von Missbrauchstatbeständen die Umstände des jeweiligen Einzelfalls genau zu analysieren. Die Rezeption der *Magill*-Kriterien in *IMS Health* ist – wie gesehen – ein warnendes Beispiel einer vorschnellen Verallgemeinerung. Trotzdem sei versucht, die Fallanalyse in fünf Thesen zusammenzufassen.

Erstens entfaltet das Recht des geistigen Eigentums gegenüber dem Wettbewerbsrecht keine Sperrwirkung. Ebenso wie das Sacheigentum zur Erlangung oder Festigung einer marktbeherrschenden Stellung eingesetzt werden kann, die der Missbrauchskontrolle unterliegt, immunisiert auch das geistige Eigentum nicht gegenüber der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle. Die holzschnittartige Differenzierung zwischen Bestand und Ausübung der Schutzrechte, die der EuGH in seiner früheren Rechtsprechung zu Art. 82 EGV vornahm,⁸⁸ mittlerweile aber zumindest stark relativiert hat,⁸⁹ oder die Frage nach dem typischen Inhalt des Schutzrechts helfen dabei nicht weiter.⁹⁰ Die Geltendmachung des urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs durch die Rundfunkanstalten RTE, ITP und BBC im *Magill*-Fall war Ausübung einer urheberrechtlichen Kernbefugnis und wurde doch zu Recht wettbewerbsrechtlich beschränkt.

Zweitens ist es eine Trivialität, dass das formelle Ausschließlichkeitsrecht nicht zwangsläufig zu einer Marktbeherrschung im kartellrechtlichen Sinn führt, wohl aber bei besonderen Marktumständen führen kann.⁹¹ Der Begriff der Monopol-

⁸⁷ So die Situation im *Tetra-Pak*-Fall, EuGH v. 10. 07. 1990, Rs. T-51/89, Slg. 1990, II-309, Rdn. 23 f., in dem der Gerichtshof schon die Erlangung einer ausschließlichen Patentlizenz als missbräuchlich eingestuft hat: Die betreffende Lizenz war Voraussetzung für den Zutritt zum Markt für aseptische Getränkeverpackungen. Die Kommission zitiert in ihrer Entscheidung unter Rdn. 742 dieses Urteil als Beleg für die Aussage, dass schon die bloße Erlangung des Schutzrechts missbräuchlich sein kann, ignoriert aber den Hinweis des Gerichtshofs, dass der Missbrauch von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängt.

⁸⁸ Etwa in EuGH v. 13. 7. 1966, Rs. 56, 58/64, Slg. 1966, 321 (394) – *Grundig/Consten*; EuGH v. 11. 2. 1971, Rs. 40/70, Slg. 1971, 69, Tz. 4 ff. – *Sirena/Eda*; EuGH v. 5. 10. 1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, I-6211, Tz. 7 ff. – *Volvo/Veng*.

⁸⁹ Beckmerhagen, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und deutschen Kartellrecht, S. 152; Heinemann (Fn. 4), S. 491 f.; Kaestner (Fn. 49), S. 107 ff.

⁹⁰ Grundlegend Heinemann (Fn. 4), S. 327 ff., 553; s. auch Busche, FS Tilmann (Fn. 10), S. 645 (649); Kaestner (Fn. 48), S. 109 ff.; Leistner, ZWeR 2005, 138.

⁹¹ S. oben, Fn. 10.

rechte oder „monopoly rights“ ist irreführend und sollte zugunsten des präziseren Ausdrucks „Ausschließlichkeitsrecht“ vermieden werden. Wie in anderen Fallkonstellationen kommt der Marktabgrenzung besondere Bedeutung zu. Dabei lässt sich, wie sowohl der EuGH in *IMS Health* als auch der BGH im *Spundfass*-Fall annehmen, logisch zwischen Lizenzmarkt und Produktmarkt unterscheiden.⁹² Marktbeherrschung auf dem Lizenzmarkt setzt voraus, dass das geschützte Immateriagut nicht substituierbar ist. Diese Voraussetzung liegt in der Mehrzahl aller immaterialgüterrechtlichen Fälle nicht vor. Typische Konstellationen der Marktbeherrschung sind dagegen die Industrienorm – wie im *Spundfass*-Fall – und die de facto-Norm – wie in *IMS Health*, wobei gerade in letzterer Konstellation genau zu untersuchen ist, ob nicht doch eine Substitution in Betracht kommt.⁹³ Unterscheidet man allerdings zwischen Lizenzmarkt und Produktmarkt, so kann die Ausdehnung einer Beherrschung des Lizenzmarkts auf den Produktmarkt nicht schon den Missbrauch indizieren, denn das Patent schützt, wie der BGH im *Spundfass*-Fall zur Recht betont, gerade auch das Potential, die formale Ausschließlichkeitsstellung zu einem wirtschaftlichen Monopol auszubauen. Insofern besteht ein Unterschied zu Fällen, in denen wie in *Magill* zwei verschiedene Produktmärkte vorliegen.⁹⁴

Drittens darf ein Missbrauch nicht mit einer Erwägung begründet werden, die im Immateriagüterrecht bereits abschließend berücksichtigt wurde. Es steht dem Wettbewerbsrecht nicht an, eine nach Immateriagüterrecht dem Rechtsinhaber vorbehaltene Handlung abstrakt-generell für kartellrechtswidrig zu erklären, stets müssen besondere Umstände die Wettbewerbswidrigkeit begründen. Die Gesetze des geistigen Eigentums enthalten eine sorgfältige Abstufung zwischen völligen Ausschließlichkeitsbefugnissen, völliger Gemeinfreiheit und – vor allem im Urheberrecht – der gesetzlichen Lizenz, einer „liability rule“⁹⁵ bei der die Allgemeinheit das Immateriagüterrecht benutzen kann, diese Nutzung aber vergüten muss. Daraus ergibt sich zwingend, dass die bloße Lizenzverweigerung als solche ohne das Vorliegen außergewöhnlicher Fallumstände keinen Missbrauch darstellt. Auch ginge es zu weit, mit dem Instrumentarium des Wettbewerbsrechts im Fall der Marktbeherrschung eine allgemeine „liability rule“ zu schaffen, den Rechtsinhaber also stets zu zwingen, die Rechtsverletzung zu dulden und anschließend zu liquidierten. Aus ähnlichen Gründen erscheint die Übertragung der US-Grundsätze zur Durchsetzung erschlichener Schutzrechte durch die Kommission – wie gesehen – als fragwürdig, da das Immateriagüterrecht selbst Verfahren vorsieht, die eine Korrektur falscher Behördenentscheidungen ermöglichen.

⁹² Zur Kritik an dieser Unterscheidung *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16 (20).

⁹³ Hierfür sprach im *IMS-Health* Fall Einiges, vgl. *Leistner*, ZWeR 2005, 138. *Löber*, GRUR Int. 2002, 7 (10).

⁹⁴ Zutreffend *Conde Gallego*, a. a. O., S. 21.

⁹⁵ Zum Begriff und zur ökonomischen Analyse *Calabresi/Melamed*, 85 Harv.L.Rev. 1089 ff. (1972).

Viertens lässt sich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dann vergleichsweise überzeugend begründen, wenn konkrete Anhaltspunkte für ein Verhaltensunrecht vorliegen. Der Einsatz von Sperrpatenten, die lediglich der Behinderung von Konkurrenten dient, kann Indiz für einen Missbrauch sein, auch wenn insoweit noch weiterer Klärungsbedarf besteht. Hier überschneidet sich das Kartellrecht mit dem UWG, das in diesem Fall ebenfalls eine unlautere Wettbewerbshandlung durch Behinderung annehmen würde und – wie etwa im deutschen Recht vielfach für Sperrmarken entschieden⁹⁶ – auch angenommen hat. Auch die Diskriminierung, über die im *Spundfass*-Fall gestritten wurde – fällt in diese Kategorie. Allerdings gehört es zur Autonomie des Schutzrechtsinhabers, zwischen verschiedenen Lizenzsuchern zu unterscheiden, so dass eine selektive Lizenzierungspraxis nicht automatisch eine Diskriminierung begründet.

Fünftens bleibt die spannende Frage, unter welchen besonderen Umständen die bloße Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden kann. Aus immaterialgüterrechtlicher wie aus allgemein-zivilrechtlicher Sicht erscheint hier Zurückhaltung am Platz: Ebenso wie jeder Kontrahierungzwang in die Vertragsfreiheit eingreift, beschränken Zwangslizenzen die Autonomie des Rechtsinhabers, deren grundsätzliche Gewährung durch den Gesetzgeber das Wettbewerbsrecht hinzunehmen hat. Der EuGH hat in *Magill* und *IMS Health* der Sache nach eine Spielart der „essential facilities“-Theorie angewandt, sie aber an sehr restriktive Voraussetzungen geknüpft. Vor allem verlangt der Gerichtshof, dass durch die Weigerung des Schutzrechtsinhabers ein neues Produkt verhindert wird. Überzeugender wäre ein zweistufiger Test gewesen, der sich in zwei Fragen formulieren lässt:⁹⁷ (1) Ist die Nutzung des geschützten Immaterialguts für den Marktzutritt wirklich unerlässlich? (2) Wenn ja, lassen die besonderen Umstände des Einzelfalls die Lizenzverweigerung missbräuchlich erscheinen, etwa die Verhinderung eines neuen Produkts, die Monopolisierung eines Sekundärmarktes, die gezielte Behinderung eines Konkurrenten, eine Diskriminierung oder ein Preismissbrauch? Die in *Magill* entscheidende Verhinderung eines neuen Produkts müsste also eine Fallgruppe des Missbrauchs, nicht aber dessen notwendige Bedingung darstellen. Aber: *Bruxella locuta, causa finita*. Daher wird sich die Diskussion in Zukunft auf die Frage verlagern, was unter einem „neuen Produkt“ zu verstehen ist: ein andersartiges Produkt wie in *Magill*, ein technisch verbessertes Produkt oder vielleicht sogar ein funktionsgleiches, aber preisgünstigeres Produkt.⁹⁸ Dem EuGH ist wohl darin zuzustimmen, dass der Einsatz von Schutzrechten zur Verhinderung einer Innovation wettbewerbsrechtlich bedenklich ist, daher spricht

⁹⁶ BGH GRUR 1998, 1034 (1037) – *Makalu*; BGH GRUR 2000, 1032 (1034) – *EQUI 2000*; BGH GRUR 2005, 414 (417) – *Russisches Schaumgebäck*; BGH GRUR 2005, 581 (582) – *The Colour of Elegance*; Köhler, in: Hefermehl / Köhler / Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. (2006), § 4 Rdn. 10.84; Ohly, in: Piper / Ohly, UWG, 4. Aufl. (2006), § 4 Rdn. 10 / 79.

⁹⁷ Ähnlich die von Drexel, IIC 2004, 788 (798 ff., 807 f.); Leistner, ZWeR 2005, 138 und Conde Gallego, GRUR Int. 2006, 16 (28) vorgeschlagenen Lösungen.

⁹⁸ Für ein weites Verständnis Leistner, ZWeR 2005, 138.

einiges dafür, nicht nur das andersartige, sondern auch das verbesserte Produkt als „neu“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung anzusehen. So verstanden bietet das Kartellrecht möglicherweise Ansätze für sachgerechte Lösungen bei den Abhängigkeitsproblemen, die vor allem im Bereich der Biotechnologie durch die Patentierung von Gensequenzen entstehen, auf die künftige Forschungen aufbauen müssen. Allgemeiner lässt sich formulieren, dass der *funktionswidrige* Einsatz von Schutzrechten ein Grund für den Missbrauch einer durch ein Schutzrecht vermittelten marktbeherrschenden Stellung sein kann. Worin die Funktion besteht, hängt vom jeweiligen Recht ab. Das Patentrecht dient der Innovationsförderung, sein Einsatz zur Verhinderung von Innovation kann eine Intervention des Kartellrechts auslösen.

Sechstens ist das Recht des geistigen Eigentums gut beraten, in typischen Konfliktsituationen nach schutzrechtssimmanen Lösungen zu suchen. Zu weiter Urheberrechtsschutz wie im *Magill*-Beispiel ruft das Wettbewerbsrecht eher auf den Plan, als klug begrenzte Schutzbereiche. Die urheberrechtlichen Bestimmungen über die Dekomplizierung von Computerprogrammen zur Herstellung der Interoperabilität sind ein positives Beispiel. Ein weiteres Beispiel findet sich in der gegenwärtigen Diskussion über Ausnahmen vom Designschutz für „must match“-Teile, also Zubehör- und Ersatzteile, deren Aussehen zwangsläufig dem Original entsprechen muss – Paradebeispiel sind die oft etwas brutal als „crash“-Teile bezeichneten Ersatzteile für Autos. Erstreckt sich das Designrecht des Originalherstellers auf diese Teile, so vermittelt ihm sein Recht ein Monopol auf dem Ersatzteilmarkt. Einerseits läuft die Anreizstruktur des Designrechts hier leer, da das Schutzrecht für Ersatzteile für den Originalhersteller nicht Anreiz zur Schaffung neuer Produkte bildet und er seine Kosten für das innovative Design des Originals durch dessen Verkauf decken kann.⁹⁹ Andererseits profitiert auch der Ersatzteilhersteller vom ansprechenden und daher geschützten Design des Originals.¹⁰⁰ Ob man unter diesen Umständen, wie von der Kommission vorgeschlagen,¹⁰¹ eine generelle Reparaturausnahme vorsieht oder ob man den Nachbau von Ersatzteilen nur gegen Vergütung zulässt, ist eine Frage, die nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängt, sondern abstrakt-generell zu klären ist. Erstreckt sich das Designrecht uneingeschränkt auf Zubehör- und Ersatzteile, so ist die Lizenzverweigerung als solche kartellrechtlich nicht zu beanstanden, vielmehr hat das Kartellrecht die immaterialgüterrechtliche Wertung hinzunehmen.¹⁰² Dass zusätzliche besondere

⁹⁹ *Drexel/Hilty/Kur*; GRUR Int. 2005, 449 (455 ff.).

¹⁰⁰ *Straus*, GRUR Int. 2005, 965 (971 f.).

¹⁰¹ Vorschlag der Kommission vom 14. 9. 2004 zur Einführung einer Reparaturklausel für „must match“-Teile diskutiert: KOM (2004) 582, 2004/0203 (COD), im Internet unter http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2004/com2004_0582de01.pdf, dazu *Drexel/Hilty/Kur*; GRUR Int. 2005, 449 ff. einerseits, *Straus*, GRUR Int. 2005, 965 ff. andererseits, jeweils m. w. N. zur bisherigen Diskussion.

¹⁰² Insofern nach wie vor zutreffend EuGH v. 15. 10. 1988, Rs. C-53/87, Slg. 1988, 6039 – *CICRA/Renault*; und EuGH v. 5. 10. 1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, I-6211, Tz. 7 ff. – *Volvo/Veng*; s. *Drexel/Hilty/Kur*; GRUR Int. 2005, 449 (455 ff.); *Heinemann*, IIC 2005, 63 (74).

Umstände des Einzelfalls die Lizenzverweigerung missbräuchlich erscheinen lassen können,¹⁰³ steht auf einem anderen Blatt.

IV. Ausblick

Die These vom Konflikt zwischen geistigem Eigentum und Wettbewerbsrecht und vom notwendigen Vorrang eines der beiden Gebiete ist überholt. Das Wettbewerbsrecht muss anerkennen, dass die Funktion des geistigen Eigentums und diejenige des Kartellrechts sich nicht widersprechen, sondern sich ergänzen. Bei der allgemeinen Abwägung zwischen Schutzinteresse und allgemeiner Zugangsfreiheit hat der immaterialgüterrechtliche Gesetzgeber den Vorgriff, seine Entscheidungen sind kartellrechtlich zu akzeptieren. Umgekehrt kann das Immaterialgüterrecht keine Sonderstellung beanspruchen. Die allgemeinen Regeln der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht gelten auch hier. Konkret kann auch hier im Ausnahmefall ein Kontrahierungszwang wegen eines funktionswidrigen Einsatzes des betreffenden Schutzrechts begründet werden. Der EuGH ist hier allerdings aus gutem Grund zurückhaltend, auch wenn die in *IMS Health* formulierten Kriterien noch nicht der Weisheit letzter Schluss sind.

In der Biologie bezeichnet man das Zusammenwirken zweier Systeme zum gegenseitigen Vorteil als Symbiose. Symbiose bedeutet nicht Systemeinheit oder völlige Harmonie. Sie funktioniert aber nur, wenn beide Systeme die Lebensgrundlagen des jeweils anderen achten – ansonsten spricht der Biologe von Parasitismus. Das Nilpferd verliert ohne den Vogel seinen Schutz vor möglicherweise tödlichen Infektionen durch Insekten, aber der Vogel ist gut beraten, nur nach schädlichen Insekten zu picken.

¹⁰³ Hierzu das *Volvo*-Urteil (vorige Fn.), Tz. 9.

Rechte geistigen Eigentums und Auswirkungen auf den Wettbewerb: Ein Praxisbericht aus Sicht des Deutschen Patent- und Markenamtes

Von *Jürgen Schade*, München*

I. Patent- und Markenschutz – Eine Bestandsaufnahme

Das Deutsche Patent- und Markenamt ist mit seinen 2.600 Mitarbeitern eine große, dem Bundesjustizministerium nachgeordnete Bundesbehörde, deren Anteil am Ressort des Bundesjustizministeriums über 50 Prozent beträgt. Der gesetzliche Auftrag des Deutschen Patent- und Markenamts beinhaltet die Prüfung, Eintragung, Verwaltung und Sicherung des geistigen Eigentums in Form von gewerblichen Schutzrechten, Patenten, Marken, Gebrauchs- und Geschmacksmustern. Insbesondere Letztere verdienen besondere Aufmerksamkeit, werden sie doch in jüngster Zeit nur all zu gerne vergessen. Dabei stellt das Geschmacksmuster ein sehr wichtiges Schutzrecht dar, wenn es darum geht, gegen die Unmenge an Plagiaten vorzugehen.

Eine weitere Aufgabe des Deutschen Patent- und Markenamtes umfasst die Aufsicht über die Verwertungsgesellschaften wie GEMA und VG Wort. Alle Verwertungsgesellschaften zusammen haben im Jahr 2005 einen Umsatz in Höhe von 1,3 Mrd. EUR erzielt. Als Aufsichtsbehörde achtet das Deutsche Patent- und Markenamt darauf, dass diese beträchtliche Summe auch dorthin fließt, wofür sie gedacht ist: Zu den Schöpfern, Urhebern und Leistungsschutzberechtigten.

Ziel des Schutzes von geistigem Eigentum ist letztlich das effektive Vorgehen gegen Nachahmer, Plagiäte und Imitationen. Die wirtschaftlichen Schäden durch Produkt- und Markenpiaterie oder gar unmittelbare Fälschungen werden dabei in Deutschland auf etwa 25 Mrd. EUR jährlich – das entspricht umgerechnet ca. 45.000 Arbeitsplätzen – geschätzt. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass ca. fünf bis neun Prozent des Welthandels – also ca. 200 bis 300 Mrd. EUR – auf Fälschungen entfallen.

Allgemein lässt sich konstatieren, dass das einstige staatliche Monopol des Patentamtes längst nicht mehr in dieser Form existiert. Einerseits gibt es das Europäische Patentamt in München und andererseits das Harmonisierungamt in

* Der Autor ist Präsident des Deutschen Patent- und Markenamtes.

Alicante, welches Gemeinschaftsmarken und Gemeinschaftsgeschmacksmuster schützt.

Das Deutsche Patent- und Markenamt konkurriert mit diesen beiden Wettbewerbern, wobei sich jedoch die Wettbewerbssituation jeweils unterschiedlich darstellt. Dies liegt daran, dass es sich bei Patent und Marke um unterschiedliche Schutzrechte handelt. Beim Patent wird immer der jeweils weltweit gültige Stand der Technik recherchiert. Anders bei den Marken. Hier geht es um die älteren Rechte, welche abhängig davon sind, welcher Raum betrachtet wird. Beispielsweise gibt es auf dem Europäischen Binnenmarkt einen anderen Stand der Rechte als auf dem Territorium der Bundesrepublik Deutschland.

Während es im Jahr 2005 einen deutlichen Anstieg von Markenanmeldungen auf nationaler Ebene gab und gleichzeitig einen Rückgang auf europäischer Ebene, verhielt es sich bei den Patenten genau umgekehrt: Das Europäische Patentamt verzeichnet einen deutlichen Anstieg von geschätzten fünf bis sechs Prozent, das Deutsche Patentamt lediglich einen Anstieg von 1,7 Prozent.

Gegenwärtig existieren etwa 400.000 wirksame deutsche Patente. Deutschland rangiert damit weltweit auf Platz drei hinter den USA und Japan im Bereich der Patentanmeldungen. Auch bei Betrachtung der Pro-Kopf-Zahlen rangiert Deutschland weltweit an dritter Stelle, jedoch, und das dürfte überraschen, da diese Tatsache allgemein nur wenig bekannt ist, vor USA und Japan und hinter Finnland und Schweden. Als Faustregel kann ferner für die europäische Situation gelten, dass die Patentanmeldungen in Deutschland immer etwa doppelt so zahlreich ausfallen wie jene in England und Frankreich zusammen. Hierbei sind neben den Anmeldungen beim Deutschen Patent- und Markenamt auch die Anmeldungen von Inländern beim Europäischen Patentamt, abzüglich Doppelanmeldungen, mit zu berücksichtigen. Die 60.000 jährlichen Anmeldungen beim Deutschen Patent- und Markenamt sowie weitere rund 23.000 bis 25.000 beim Europäischen Patentamt treffen dabei auf den erwähnten Bestand an ca. 400.000 wirksamen deutschen Patenten.

Bei den Marken gibt es derzeit ca. 700.000 gültige Marken – mit, wie erwähnt, steigender Tendenz. Der Anstieg der Markenanmeldungen in Deutschland bezieht sich dabei sowohl auf Dienstleistungen als auch auf Waren, in einem Verhältnis von ca. 4:3 für Waren. Beim Harmonisierungsamt sind die deutschen Anmelder noch vor den USA auf Platz eins. Es bleibt also festzuhalten, dass die deutsche Wirtschaft hier im internationalen Vergleich insgesamt äußerst aktiv ist.

Das Deutsche Patent- und Markenamt hat sich neben dem Schutz geistigen Eigentums ferner ein zweites Standbein erarbeitet. Dabei handelt es sich um einen öffentlichen Informationsdienst über bestehende gewerbliche Schutzrechte in Deutschland. Die Bereitstellung dieser Informationen stellt sicherlich schon einen Wert an sich dar und kann daher als ein wichtiger Standortfaktor für die Industrie angesehen werden. Die entsprechenden Dokumente werden kostenfrei im Internet veröffentlicht – quasi als unentgeltliche Wirtschaftsförderung durch das Patentamt.

Es kann davon ausgegangen werden, dass bis zu drei Vierteln des weltweit veröffentlichten Wissens in Patentliteratur enthalten ist. Das elektronische Archiv des Patentamtes umfasst inzwischen mehr als 30 Mio. Patentdokumente, die immer mehr auch im Volltext recherchierbar sind.

Geistiges Eigentum hat eine herausragende Bedeutung für die Innovations- und Wettbewerbsfähigkeit eines Landes bzw. eines Wirtschaftsraumes und spielt folglich auch für Deutschland eine zentrale Rolle. Die gewerblichen Schutzrechte können als Bindeglied zwischen innovativen Prozessen in Forschung und Entwicklung und der anschließenden wirtschaftlichen Verwertung des Produkts angesehen werden. Damit stellen die gewerblichen Schutzrechte als solche schon einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor dar.

Die nachfolgenden Abschnitte befassen sich mit den Themen geistiges Eigentum in der Wissensgesellschaft (Abschnitt II), geistiges Eigentum und KMU (Abschnitt III), geistiges Eigentum und internationale Handelspolitik (Abschnitt IV), geistiges Eigentum und Entwicklungsländer (Abschnitt V) und Grenzen des geistigen Eigentums (Abschnitt VI).

II. Geistiges Eigentum in der Wissensgesellschaft

Die Struktur der Wertschöpfung hat sich in den letzten 200 Jahren massiv verändert. So trägt die Landwirtschaft nur noch etwa ein Prozent bei, während der Anteil des Dienstleistungssektors inzwischen auf über 60 Prozent gestiegen ist. Hieraus folgt unmittelbar, dass aufgrund dieser neuen Zusammensetzung der Wertschöpfung den geistigen Schutzrechten eine ganz andere Bedeutung beizumessen ist. Das geistige Eigentum spielt in unserer Gesellschaft eine immer größere Rolle und verlangt von daher besondere Aufmerksamkeit.

Geistiges Eigentum spielt für Unternehmen in zweierlei Hinsicht eine wichtige Rolle. Zum einen ist bei der Entwicklung neuer Produkte ein großes Portfolio erforderlich, da heute noch nicht abzusehen ist, was tatsächlich z. B. in fünf Jahren, wenn ein Produkt entwickelt und serienreif werden soll, gebraucht wird. Zum anderen spielt geistiges Eigentum bei der Zweit- und Drittnutzung eine immer wichtigere Rolle. So hat IBM beispielsweise im Jahr 2004 allein aus Lizenzgebühren einen Betrag in Höhe von 1,2 Mrd. EUR erwirtschaftet. Im Jahre 2000 wurden weltweit etwa 100 Mrd. US-Dollar an Lizenzgebühren eingenommen – das zehnfache von 1990, für 2010 werden gar 350 bis 400 Mrd. US-Dollar erwartet.

Arthur D. Little hat in einer Studie ferner nachgewiesen, dass Vermögenswerte von Unternehmen in Form von Patenten, Marken, Gebrauchs- und Geschmacksmuster von acht Prozent im Jahr 1990 auf bis zu 70 Prozent im Jahr 2001 gestiegen seien. Der Markenwert von DaimlerChrysler betrug im Jahr 2005 16,6 Mrd. EUR, jener von BMW 14,2 Mrd. EUR. Es werden hier nicht aus Zufall zwei Automobilunternehmen genannt. So ist die Automobilbranche in Deutschland besonders ton-

angebend und spielt auch bei Erfindungen eine herausragende Rolle. Der Markenwert großer Unternehmen hat sich insgesamt in den letzten fünf Jahren verdoppelt und verdreifacht. Es geht also immer noch bergauf, wenn auch nicht mehr so steil wie in den 1990er Jahren.

III. Geistiges Eigentum und KMU

Bei den großen Unternehmen ist zu beobachten, dass sie die Bedeutung der Schutzrechte kennen. Sie haben eigene Patentabteilungen, eigene Patentstrategien die mit den Produktstrategien integriert sind. Bei den kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) verhält es sich hingegen völlig anders. Es gibt zwar etwa 3,3 Mio. KMU in Deutschland, welche 40 Prozent der Bruttoinvestitionen tätigen, knapp die Hälfte aller Umsätze erwirtschaften und 70 Prozent aller Arbeitnehmer beschäftigen sowie 80 Prozent aller Auszubildenden. Aber im Patentbereich sind die KMU fast nicht vertreten. Von den 13.000 deutschen (inländischen) Patentanmeldern entfällt auf lediglich 400 über die Hälfte des gesamten Patentaufkommens. Die öffentliche Meinung ging immer davon aus, dass das Europäische Patentamt die Großindustrie betreut und das Deutsche Patentamt die KMU – weit gefehlt! Die Großindustrie meldet sowohl beim Europäischen Patentamt als auch beim Deutschen Patentamt an und hat einen Anteil unter den Anmeldern von 80 Prozent. Hieraus ergibt sich ein enormer Nachholbedarf bei den KMU im Patentbereich. Insgesamt lässt sich nämlich festhalten, dass nur 30 Prozent der KMU bislang Patente angemeldet haben, häufig auch nur ein Patent pro Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist in der Tat zu fragen, ob das Patentsystem in seiner jetzigen Form für KMU geeignet ist. Allerdings ist Vorsicht geboten bei der Behauptung, das System sei für KMU zu teuer und zu kompliziert. Dies mag vielleicht auch zutreffen, jedoch kommt noch etwas Entscheidendes hinzu. So korrespondieren die Ergebnisse der Wissenschaftsstatistik, welche angibt, wer in Forschung und Entwicklung investiert, sehr stark mit der Anzahl der Patentanmeldungen: Etwa 80 Prozent der Forschung und Entwicklung entfällt auf die Großindustrie, 20 Prozent auf KMU. Insofern wird es nicht reichen, einfach nur das Patentsystem zu reformieren. Vielmehr muss an der Quelle bzw. der Ursache angesetzt werden. KMU benötigen einen besseren Zugang zu Forschung und Entwicklung.

Bei den Marken sieht es hingegen wiederum völlig anders aus. Hier sind die KMU deutlich stärker vertreten. Auch sie melden Marken an und verteidigen diese.

IV. Geistiges Eigentum und internationaler Handel

Früher war das geistige Eigentum mehr oder weniger eine Insel, obwohl die Pariser Verbandsübereinkunft und die anderen internationalen Übereinkünfte am Ende des 19. Jahrhunderts schon Vorboten der Globalisierung waren. Schon diese

Vereinbarungen beinhalteten ein Inländerbehandlungsprinzip, so wie es heute in der EU zur Anwendung kommt, was damals international jedoch im Grunde unüblich war. Seit den 1990er Jahren lässt sich nun durch Institutionen wie die Welt-handelsorganisation (WTO) und das damit verbundene TRIPS-Abkommen eine ganz neue Aufstellung der internationalen Handelspolitik beobachten. Bis auf wenige Ausnahmen (insbesondere Russland) gehören fast alle Länder dieser Welt der WTO und damit auch dem TRIPS-Abkommen an. Dies gilt inzwischen auch für Länder wie Indien, China und Brasilien. Über die WTO wurden bestimmte Standards festgelegt, von denen nicht einfach abgewichen werden kann. So ist das Deutsche Patent- und Markenamt gar nicht in der Lage, Patente mit einer Laufzeit von drei, fünf oder zehn Jahren zu erteilen, da der WTO-Standard 20 Jahre vorgibt. Wenn Deutschland dieses internationale Recht nicht brechen will, dann ist auch das Deutsche Patent- und Markenamt an diese 20 Jahre gebunden. Deswegen sind mit dem TRIPS-Abkommen weitreichende Auswirkungen verbunden. Durch die Integration in die Handelspolitik ist eine Diskussion über geistiges Eigentum nicht mehr losgelöst von einer Diskussion über Handelspolitik möglich. Dies stellt einen Paradigmenwechsel dar, der von allen beteiligten Akteuren berücksichtigt werden muss. Die ganze Diskussion im internationalen Bereich dreht sich häufig um dieses TRIPS-Abkommen wodurch die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) etwas an Bedeutung verloren hat.

Trotz der im TRIPS-Abkommen vereinbarten Standards gestaltet sich die Situation weltweit noch immer äußerst uneinheitlich. China hat ein Schutzrecht bzw. Patentrechtssystem aufgebaut, welches dem deutschen fast identisch ist. Dies liegt daran, dass das Deutsche Patent- und Markenamt in den 1980er und 1990er Jahren dieses Patentsystem mit aufgebaut hat. Im Rahmen eines Entwicklungshilfe-projekts hat Deutschland quasi sein Rechtssystem nach China exportiert. Zum Teil haben die Chinesen auch ihre Prüferfächer identisch nachgebaut. Für die deutsche Industrie und auch für die deutsche Wissenschaft dürfte diese Kopie des deutschen Systems hoch interessant sein. Dennoch gibt es aufgrund von Plagiaten, Produkt- und Markenpiraterie bis hin zu ganz massiven Fälschungen immer noch große Probleme mit China. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat nach wie vor intensive Kontakte mit China, jedoch nicht mehr im Rahmen von Entwicklungshilfe-projekten. Inzwischen verbindet beide Länder ein Partnerschaftsabkommen, in dessen Rahmen sich Vertreter aus allen Bereichen (Juristen, Gerichte, Wissenschaft und Industrie) miteinander austauschen. Auch Japan ist ein interessanter Partner. Die Japaner haben sich das geistige Eigentum ganz oben auf die Fahne geschrieben: „Country built on intellectual properties“ wie sie sich selbst nennen. Nicht nur dass Ministerpräsident Koizumi sein ganzes Kabinett auf dieses Thema eingeschworen hat, auch das neu aufgebaute zentralisierte Gerichtssystem ist bemerkenswert. Deutschland und Japan sind richtige Partner geworden. Früher haben die Japaner viel von Deutschland gelernt. Inzwischen kann Deutschland nun auch von Japan lernen, insbesondere im Bereich der IT und Elektronik jeder Art, worin die Japaner führend sind.

Anders ist die Situation jedoch mit den USA. Hier gibt es permanent Konflikte, weshalb die weltweite Harmonisierung des materiellen Patentrechts nicht richtig vorankommt. Die Amerikaner sind anscheinend der Auffassung, dass Ihre Situation auch die Situation aller anderen sein sollte. Die USA haben aber zwei Nachteile, die Europa keinesfalls übernehmen will. Hierzu gehört das sog. Erfinderprinzip mit vielen Einbruchstellen, welches dem pragmatischen Anmelderprinzip deutlich unterlegen ist. Das zweite Problem liegt im weitreichenden Schutz von Computerprogrammen. In Europa werden technische Verfahren geschützt, nicht aber Computerprogramme. Durch die vollständige Abschaffung der Technizität in den USA wurde das Land mit Schutzrechten überschwemmt – mit entsprechenden Schwierigkeiten für die Wettbewerbssituation, für die ausländische Industrie und auch für die Amerikaner selbst. Durch diese Politik werden Handlungsspielräume sehr eng gefasst mit der Folge, dass Schutzrechte nicht mehr unbedingt Leistungsschutzrechte darstellen sondern reine Wirtschaftsmacht. Hier müssen sich die USA bewegen.

V. Geistiges Eigentum und Entwicklungsländer

In Zusammenhang mit den Entwicklungsländern sei hier das Thema der genetischen Ressourcen angesprochen. Hierbei handelt es sich um ein viel diskutiertes und schwieriges Thema, weil es von vielen überhaupt nicht verstanden wird. Der traditionelle Patentrechtler kann nicht verstehen, dass genetische Ressourcen geschützt werden sollen, da diese eine Entdeckung und keine Erfindung seien. Die Isolierung eines Wirkstoffs beispielsweise sei schon eine Erfindung, die Pflanze, aus der ein solcher Wirkstoff gewonnen wird jedoch nicht, denn diese ist einfach da. Wie oben erläutert darf geistiges Eigentum aber nicht mehr losgelöst von internationalen Verflechtungen betrachtet werden. Auch Entwicklungs- und Schwellenländer wollen ihre Assets (z. B. die Brasilianer ihren Urwald) einbringen. Hier muss also künftig weiter gedacht werden. Das Deutsche Patent- und Markenamt hat nun auch ein Partnerschaftsabkommen mit Brasilien geschlossen. Ziel ist es, den dortigen Stau an Patent- und Markenanmeldungen in den Griff zu bekommen. Diese Gelegenheit soll auch genutzt werden, um im Bereich der genetischen Ressourcen in der Zukunft einen Lösungsweg zu finden, der für alle Beteiligten einen Vorteil bringt. Es sollte hier nicht nur allein auf das traditionelle Patenrecht gesetzt werden.

VI. Grenzen des geistigen Eigentums

Auch über die Grenzen des geistigen Eigentums sollte immer wieder diskutiert werden, insbesondere mit Blick auf ethische Grenzen und gesellschaftliche Akzeptanz. Typisches Beispiel hierfür ist die aktuelle Diskussion über die Stammzellenforschung in der Bio- und Gentechnologie. Hier gibt es noch viele Unschärfen,

weshalb auch die Wissenschaft sehr gefordert ist, sich hier einzubringen. Es darf dabei nicht vergessen werden, dass Gene oder Mikroorganismen als komplizierte chemische Verbindungen grundsätzlich erst einmal patentfähig sind. Durch den funktionsgebundenen Stoffschutz hat das Deutsche Patent- und Markenamt gegenüber dem Europäischen Patentamt, welches den absoluten Stoffschutz kennt, einen Wettbewerbsnachteil. Eine andere Grenze, welche fast gar nicht diskutiert wird, ist jene bei der Berührung von Menschenrechten oder Eingriffen in den Bereich des Allgemeingutes. Konkret ist hier das Recht auf Informations- und Meinungsäußerung gemeint. Wird der Patentschutz zu weit ausgedehnt, kann es passieren, dass Wissenschaftler nicht mehr frei publizieren können. Eine solche Situation käme freilich einer Katastrophe gleich, denn Wissenschaftler müssen frei kommunizieren können, ohne gezwungen zu sein, vorher erstmal eine Patentanmeldung zu machen. Die Grundlagenforschung, ganz gleich in welchem Bereich, darf durch das Patentrecht nicht beeinträchtigt werden. Grundlagenforschung und angewandte Forschung dürfen insofern nicht miteinander vermischt werden. Während angewandte Forschung geschützt werden soll und wird, sollte die Grundlagenforschung möglichst von solchen Eingriffen ausgenommen werden. Hierzu ist es erforderlich, dass Politik und Gesellschaft durch die Wissenschaft unterstützt werden. Institutionen wie die Max-Planck-Gesellschaft spielen hier eine wichtige Rolle.

VII. Schlussbemerkungen

Wer, wie es manchmal geschieht, die Meinung äußert, wir hätten im Bereich des geistigen Eigentums schon alles erfunden, täuscht sich gewaltig. Beim geistigen Eigentum verhält es sich ähnlich wie bei den Naturwissenschaften. Hier wird es immer weiter gehen. Deshalb ist es auch wichtig, dass die beteiligten Akteure miteinander in Kontakt bleiben. Für die künftigen Aufgaben unserer Gesellschaft ist es wichtig zu überlegen, wie geistiges Eigentum an die Bedürfnisse der Gesellschaft weiter herangeführt werden kann. Es darf nicht von einem statischen Rechtsschutzsystem ausgegangen werden, sondern von einem langfristig dynamischen, sich immer im Wandel befindenden System. Geistiges Eigentum ist für die gesamte Gesellschaft von erheblicher Bedeutung.

Immaterialgüterrechte und die technische Kontrolle von Sekundärmärkten

Von *Stefan Bechtold*, Bonn

I. Einleitung

Im Jahr 1828 erfand William Woodworth, ein Maler aus Poughkeepsie im U.S.-Bundesstaat New York, eine Hobelmaschine mit rotierenden Schneidezylindern. Das darauf erteilte Patent erwies sich in der U.S.-amerikanischen Holzwirtschaft als äußerst lukrativ und währte nach mehrmaliger Verlängerung nahezu 30 Jahre lang. Die Durchsetzung des Patents führte zu umfangreichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen sich der U.S. Supreme Court insgesamt 14 Mal zu beschäftigen hatte.¹ In einem der Fälle ging es um die Frage, ob der Patentinhaber die Reparatur der Hobelmaschine durch einen Dritten aufgrund seines Patentrechts verhindern kann. Der U.S. Supreme Court entwickelte die Unterscheidung zwischen „repair“ und „reconstruction“ und befand, ein Patentinhaber könne die bloße Reparatur des patentierten Erzeugnisses aufgrund der Erschöpfung seines Patentrechts nicht verhindern. Anderes gelte erst, wenn faktisch eine Neuherstellung des patentierten Erzeugnisses vorliege.²

Bis zum heutigen Tag versuchen Unternehmen auf unterschiedlichem Wege, Sekundärmärkte zu kontrollieren. In zahllosen Wirtschaftsbereichen bieten Unternehmen Gebrauchsgüter zu niedrigen Preisen an, während sie für kompatible Ersatz- und Verbrauchsteile oder Wartungsleistungen erhöhte Preise verlangen. Paradebeispiel ist der billige Rasierer mit den teuren Rasierklingen. Ein anderes Beispiel sind billige Computerdrucker mit teuren Tinten- oder Tonerpatronen. Solche Geschäftsstrategien sind nur sinnvoll, wenn der Hersteller des Primärprodukts (beispielsweise Computerdrucker) den Wettbewerb auf dem Sekundärmarkt (beispielsweise Tonerpatronen) ausschließt oder zumindest einschränkt.

Zur Kontrolle von Sekundärmärkten setzen Hersteller Lieferverweigerungen, vertragliche Kopplungs- und Bezugsbindungen, Rabattprogramme, technische Inkompatibilitäten, Sacheigentum sowie eine Kombination der erwähnten Strategien ein. Die daraus entstehenden kartellrechtlichen Probleme sind dem Kartellrecht seit seinen Frühzeiten bekannt.³ Allerdings führte erst die *Kodak*-Entschei-

¹ S. die Nachweise in *Janis*, 58 Md. L. Rev. 423, 429 Fn. 30 (1999).

² *Wilson v. Simpson*, 50 U.S. 109 (1850).

dung des U.S. Supreme Court aus dem Jahr 1992⁴ auf beiden Seiten des Atlantiks zu einer äußerst ausdifferenzierten kartellrechtlichen und rechtsökonomischen Debatte.⁵

Wie das eingangs erwähnte Beispiel zeigt, ist auch dem Immaterialgüterrecht die Problematik einer Kontrolle von Sekundärmärkten seit über 150 Jahren bekannt.⁶ Die Beispiele ziehen sich vom Geschmacksmuster- über das Patent- und Urheber- bis ins Marken- und Lauterkeitsrecht. Paradebeispiel ist die auf europäischer Ebene seit mehr als 15 Jahren geführte Debatte um den geschmacksmusterrechtlichen Schutz von Kfz-Ersatzteilen.⁷

Da sowohl das Kartell- als auch das Immaterialgüterrecht der Kontrolle von Sekundärmärkten enge Grenzen setzen, versuchen Unternehmen zunehmend, Sekundärmärkte durch eine Kombination von Immaterialgüterrechten und technischen Systemen zu kontrollieren. Dieser Beitrag will dieser neueren Entwicklung in der Informations- und Biotechnologie nachgehen. Dafür gibt der Beitrag zunächst einen Überblick über die Kontrolle von Sekundärmärkten durch verschiedene Immaterialgüterrechte, insbesondere das Geschmacksmuster-, Patent-, Urheber- und Markenrecht (dazu unten II). Danach analysiert der Beitrag Strategien im Bereich der Informations- und Biotechnologie, die auf eine Kombination immaterialgüterrechtlicher und technischer Kontrolle setzen (dazu unten III).

II. Kontrolle durch Immaterialgüterrechte

In den meisten Gebieten des Immaterialgüterrechts müssen sich Gesetzgeber und Rechtsprechung seit Jahrzehnten mit Versuchen von Unternehmen auseinandersetzen, Sekundärmärkte mit Hilfe von Immaterialgüterrechten zu kontrollieren. Im Folgenden soll ein kurzer Überblick gegeben werden, wie die einzelnen Immaterialgüterrechte mit solchen Strategien umgehen.

Paradebeispiel einer immaterialgüterrechtlichen Kontrolle von Sekundärmärkten ist die Kontrolle des Kfz-Ersatzteilmarkts durch den geschmacksmusterrechtlichen Designschutz. Die Diskussion konzentriert sich auf sichtbare „must match“-Teile. Bei solchen Ersatzteilen sind regelmäßig bestimmte Abmessungen,

³ Zu entsprechenden frühen Konflikten in den USA s. Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co., 243 U.S. 502 (1917); United Shoe Machinery Corp. v. United States, 258 U.S. 451 (1922); Int'l Bus. Machines Corp. v. United States, 298 U.S. 131 (1936); Int'l Salt Co. v. United States, 322 U.S. 392 (1947).

⁴ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Serv., Inc., 504 U.S. 451 (1992).

⁵ Für einen Überblick über die U.S.-amerikanische Debatte s. *MacKie-Mason/Metzler* in: Kwoka/White (Hrsg.), S. 428. Für einen Überblick über die deutsche Debatte s. *Wendeburg/Fleischer*, RIW 2000, 22.

⁶ Zur Rechtsentwicklung im deutschen Patentrecht s. Ann in: Ann u. a. (Hrsg.), S. 17.

⁷ S. nur Europäische Kommission, KOM (2004) 582 endg.

nicht aber die Gesamtgestaltung des Teils vorgegeben.⁸ Im Schwerpunkt geht es um Karosserieteile wie Kotflügel, Motorhaube, Stoßstange, Türen und Kühlergrill, um Windschutzscheiben und Fenster sowie um Scheinwerfer und sonstige Beleuchtung.

Genießt ein Ersatzteil unbeschränkten geschmacksmusterrechtlichen Schutz, kann der Kfz-Hersteller konkurrierende Unternehmen auf dem Sekundärmarkt durch eine Lizenzverweigerung daran hindern, kompatible Ersatzteile herzustellen. Durch Liefer- und Lizenzverweigerungen kann der Kfz-Hersteller auch den Sekundärmarkt für Wartungsleistungen kontrollieren, sind Kfz-Reparaturbetriebe doch auf Ersatzteile angewiesen.

Zwischen den Extremen der vollständigen Gewährung oder Ablehnung eines Schutzes hat sich die Diskussion in den letzten Jahren auf die Einführung einer „Reparaturklausel“ konzentriert.⁹ Eine Reparaturklausel beschränkt den geschmacksmusterrechtlichen Schutz von Ersatzteilen insofern, als der Kfz-Hersteller zwar – zusätzlich zum Schutz kompletter Karosserien – Musterrechte an Ersatzteilen erlangen und im Primärmarkt – dem Neuwagengeschäft – gegenüber Wettbewerbern durchsetzen kann. Die Reparaturklausel hindert den Kfz-Hersteller aber daran, gegen Herstellung und Vertrieb von Ersatzteilen auf dem produktsspezifischen Sekundärmarkt vorzugehen und damit den Wettbewerb auf dem Ersatzteil- und Wartungsmarkt zu unterbinden. Obwohl die Diskussionen auf europäischer Ebene seit über 15 Jahren geführt wird, ist eine Harmonisierung des Geschmacksmusterschutzes für Ersatzteile bis heute nicht gelungen. In 15 Mitgliedstaaten besteht ein unbeschränkter Geschmacksmusterschutz auf Ersatzteile. 9 Mitgliedstaaten haben den geschmacksmusterrechtlichen Schutz für Ersatzteile entweder durch eine Reparaturklausel beschränkt oder vollständig abgelehnt. Als einziger Staat hat Griechenland eine Reparaturklausel mit einem – in der Praxis bisher bedeutungslosen – Vergütungsanspruch im Sinne einer „liability rule“ kombiniert. Inzwischen hat die Europäische Kommission die Initiative zur Reform der Geschmacksmuster-Richtlinie ergriffen, um in den Geschmacksmustergesetzen aller Mitgliedstaaten eine einheitliche Reparaturklausel zu verankern.¹⁰

Bei der patentrechtlichen Kontrolle von Sekundärmarkten geht es zunächst um Fälle, in denen Ersatzteile unmittelbar einem eigenständigen Patent unterliegen. So verbot das OLG Düsseldorf dem Unternehmen Pelikan im Jahr 2005, bestimmte Druckerpatronen zu vertreiben, die in Canon-Tintenstrahldrucker ein-

⁸ Damit unterscheiden sich „must match“- von „must fit“-Teilen, die vom geschmacksmusterrechtlichen Schutz nicht erfasst sind, s. § 3 Abs. 1 Nr. 2 GeschMG, Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. 10. 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, ABl. EG Nr. L 289 vom 28. 10. 1998, S. 28, sowie Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. 12. 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. EG Nr. L 3 vom 5. 1. 2002, S. 1.

⁹ Eine Darstellung des vollständigen Meinungsspektrums findet sich bei Heinemann, S. 533 ff.

¹⁰ Europäische Kommission, KOM (2004) 582 endg.

gesetzt werden können. Canon besaß an dem Tintenbehälter ein Patent, der Vertrieb durch Pelikan verstieß gegen § 9 PatG.¹¹ Ist die Kontrolle des Sekundärmarkts gerade der Hauptzweck des Patents, werden Überlegungen zur Sinnhaftigkeit einer solchen Kontrolle erst gar nicht angestellt.

Im Schwerpunkt befasst sich die patentrechtliche Debatte aber mit Fällen, in denen der Sekundärmarkt nicht im Mittelpunkt des Patentschutzes steht. Es geht um Fälle, in denen ein Primärprodukt patentrechtlich geschützt ist, während Verbrauchs- oder Ersatzteile an sich keinem eigenständigen Patentschutz unterliegen. Dann ist fraglich, ob der Vertrieb solcher Verbrauchs- oder Ersatzteile, die in das geschützte Primärprodukt eingesetzt werden können, durch einen Konkurrenten eine mittelbare Patentverletzung im Sinne des § 10 PatG Abs. 1 darstellt. Stimmt der Patentinhaber dem Vertrieb nicht zu, hängt dies maßgeblich davon ab, ob der Konsument, der ein solches Verbrauchs- oder Ersatzteil erwirbt und im geschützten Primärprodukt verwendet, dadurch die geschützte Erfindung im Sinne des § 9 PatG benutzt.¹²

Unter Zugrundelegung des Erschöpfungsgrundsatzes geht die Rechtsprechung regelmäßig davon aus, dass der Inhaber eines patentgeschützten Erzeugnisses nach Eintritt der Erschöpfung über dieses frei verfügen und sämtliche Benutzungshandlungen des § 9 S. 2 Nr. 1 PatG vornehmen darf. Dazu gehört grundsätzlich auch die Möglichkeit, das Erzeugnis zu warten und zu reparieren. Der Patentinhaber verfügt über kein Reparaturmonopol.¹³ Allerdings darf der Inhaber das Erzeugnis nicht in einem solchen Umfang reparieren, dass eine Neuherstellung der Erfindung vorliegt.¹⁴ Die Abgrenzung zwischen Reparatur und Neuherstellung ist in den Einzelheiten umstritten.¹⁵

Die Kontrolle von Sekundärmarkten durch Urheberrechte wird unter anderem am Beispiel von Diagnose-Software diskutiert. Es geht es unter anderem um so genannte „Operational Outputs“. Softwaregestützte Systeme generieren regelmäßig Datenströme, aus denen die Operationen und Fehlermeldungen des Systems ersichtlich sind. Wartungsunternehmen verwenden diese Informationen, um das System zu warten. Ohne einen Zugang zu und die Interpretation von solchen wartungsrelevanten Informationen ist eine Wartung des Systems oftmals unmöglich.

¹¹ OLG Düsseldorf, 17. 11. 2005, Az. 2 U 2/04.

¹² Dabei ist es unerheblich, ob der Konsument das Primärprodukt zu gewerblichen oder nichtgewerblichen Zwecken benutzt. § 11 Nr. 1 PatG greift wegen § 10 Abs. 3 PatG nicht ein.

¹³ BGH, GRUR 1959, 232, 235 – *Förderrinne*.

¹⁴ Ebda, S. 234; BGH, GRUR 1973, 518, 520 – *Spielautomat II*; BGH, GRUR 2004, 758, 762 – *Flügelradzähler*; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 41 – *Kaffee-Filterpads*. Insoweit ist zwischen der Erschöpfung des Patentrechts an einem konkreten verkörperten Erzeugnis und dem fortbestehenden Herstellungsrecht zu unterscheiden.

¹⁵ BGH, GRUR 1959, 232, 235 – *Förderrinne*; BGH, GRUR 2004, 758, 762 – *Flügelradzähler*; OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2006, 39, 41 – *Kaffee-Filterpads*. Zur U.S.-amerikanischen Rechtslage s. oben Fn. 1.

¹⁶ *Leary*, 85 B.U. L. Rev. 1389 (2005).

lich.¹⁶ Mitunter versuchen Hersteller, den Wartungsmarkt zu kontrollieren, indem sie den Zugang zu solchen Informationen unter Berufung auf angebliche Urheberrechte verweigern. Ob die wartungsrelevanten Informationen selbst urheberrechtlichen Schutz genießen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Regelmäßig wird ein urheberrechtlicher Schutz an der mangelnden Individualität und Schöpfungshöhe (§ 69a Abs. 3 S. 1 UrhG) scheitern.

Urheberrechte werden auch eingesetzt, um konkurrierenden Wartungsunternehmen sonstige Wartungsinformationen, Handbücher und Bedienungsleitungen vorzuenthalten. Mitunter werden solche Informationen dem urheberrechtlichen Schutz schon nicht unterfallen. Ist dies aber der Fall, kann das Urheberrecht auf die Weigerung des Herstellers allenfalls mit der Verhängung einer Zwangslizenz oder Zwangsbefüllung reagieren.¹⁷

Schließlich verfügt ein Nutzer eines Primärprodukts oftmals über Softwareprogramme, die zur Wartung seines Primärprodukts benötigt werden. Will ein konkurrierendes Wartungsunternehmen diese Software verwenden, stellt sich die Frage, ob der Hersteller des Primärprodukts dies aufgrund seines Urheberrechts an dem Softwareprogramm verhindern kann. Gemäß § 69d Abs. 1 UrhG benötigt der Nutzer grundsätzlich keine Zustimmung des Urhebers, wenn er die Software zu Zwecken der Fehlerberichtigung einsetzt. Dabei kann sich der Nutzer auch eines Dritten bedienen.¹⁸ Über diesen Umweg können auch Wartungsunternehmen von der Schrankenbestimmung des § 69d Abs. 1 UrhG profitieren.

Auch das Markenrecht beschäftigt sich seit langem mit der Kontrolle von Sekundärmarkten. Es geht im Wesentlichen um drei Konstellationen: den Schutz von Ersatzteilen als dreidimensionale Marken, das Nachfüllen leerer Verbrauchsteile sowie den Hinweis auf die Kompatibilität von Ersatzteilen.

Nachdem die Kontrolle von Sekundärmarkten über das Geschmacksmusterrecht zunehmend schwieriger wird, versuchen Hersteller ihr Glück über das Markenrecht. Da dreidimensionale Gestaltungen gemäß § 3 Abs. 1 MarkenG markenfähig sind, versuchen Hersteller, ihre Primärprodukte sowie Ersatz- und Verbrauchsteile als Warenformmarke zu schützen. Dann könnte der Vertrieb von Teilen durch konkurrierende Unternehmen eine Markenverletzung darstellen. In vielen Fällen

¹⁷ Mitunter existieren gesetzliche Spezialregelungen, die einen Rückgriff auf allgemeine kartellrechtliche Kategorien unnötig machen. So sieht Artikel 4 Absatz 2 der Kfz-GVO (Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. 7. 2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor („Kfz-GVO“), ABl. EG Nr. L 203 vom 1. 8. 2002, S. 30) vor, dass Kfz-Hersteller technische Informationen, Diagnosegeräte und einschlägige Software, die für die Kfz-Wartung notwendig sind, gegen Entgelt zur Verfügung stellen müssen. Sind diese Güter durch Immaterialgüterrechte geschützt, darf der Zugang gemäß Art. 4 Absatz 2 Unterabsatz 3 Satz 2 der Kfz-GVO nicht missbräuchlich verweigert werden.

¹⁸ BGH, GRUR 2000, 866, 868 – *Programmfehlerbeseitigung*; Dreier in: Dreier / Schulze (Hrsg.), § 69d Rdnr. 6, 9.

scheitert eine Markeneintragung an den Hürden des Markenrechts. Entweder ist die zu schützende Warenform technisch oder wertbedingt. Dann scheitert eine Markeneintragung an § 3 Abs. 2 Nr. 2, 3 MarkenG.¹⁹ Oder der Eintragung stehen die absoluten Schutzhindernisse fehlender Unterscheidungskraft oder eines Freihaltebedürfnisses (§ 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 MarkenG) entgegen.²⁰ In solchen Fällen betonen die Gerichte oftmals, dass der Hersteller den Sekundärmarkt für Ersatzteile nicht über den Umweg des Markenrechts monopolisieren kann.²¹

All dies bedeutet nicht, dass eine Kontrolle von Sekundärmärkten mit Hilfe dreidimensionaler Marken unmöglich wäre. Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob die Form eines Ersatz- oder Verbrauchsteils markenfähig ist oder nicht.²² Besteht ein solcher Markenschutz, ist der Schutz nicht auf den Primärmarkt beschränkt. Da ein Äquivalent zu einer geschmacksmusterrechtlichen Reparaturklausel fehlt, können mit Hilfe dreidimensionaler Marken auch Sekundärmarkte kontrolliert werden. In solchen Fällen bietet das Markenrecht derzeit keine allgemeine, der Reparaturklausel vergleichbare Lösung.

Neben dem Schutz von Ersatzteilen als dreidimensionale Marken kann der Hersteller versuchen, das Nachfüllen leerer Verbrauchsteile mit Hilfe des Markenrechts zu verhindern. Die Wiederaufbereitung leerer Verbrauchsteile (beispielsweise von Tonerpatronen) hindert Hersteller oftmals an einer effektiven Kontrolle des Verbrauchsteilmärkts. Weist das konkurrierende Unternehmen auf den wieder-aufbereiteten Verbrauchsteilen darauf hin, dass das Verbrauchsteil mit dem Primärprodukt des Hersteller kompatibel ist, stellt sich die Frage, ob darin eine Markenverletzung liegt. Die Diskussion setzt an den Beschränkungen der markenrechtlichen Erschöpfungswirkung nach § 24 Abs. 2 MarkenG an. Danach tritt die Erschöpfung einer Marke nicht ein, wenn sich der Markeninhaber der Benutzung der Marke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Ware aus berechtigten Gründen – zum Beispiel wegen einer Produktveränderung – widersetzt. Eine Markenverletzung im Sinne des § 14 Abs. 3 Nr. 2, 3 MarkenG liegt unter anderem vor, wenn ein mit der Marke des Herstellers des Primärprodukts gekennzeichnetes wiederbefüllbares Behältnis mit Waren eines anderen Unternehmens nachgefüllt wird und der Verkehr die Marke auf dem Behältnis nicht nur auf die betriebliche Herkunft des Behältnisses, sondern auch auf die betriebliche Herkunft des Inhalts

¹⁹ So das BPatG hinsichtlich des Markenschutzes von Karosserieteilen, s. BPatG, MarkenR 2005, 56 – *BMW-Motorhaube*; BPatG, GRUR 2005, 333 – *Kraftfahrzeugteile*.

²⁰ So das BPatG hinsichtlich zweier Warenformmarken für Tintenpatronen, s. BPatG, 3. 3. 2004, Az. 28 W (pat) 303 / 03; BPatG, 3. 3. 2004, Az. 28 W (pat) 304 / 03.

²¹ BPatG, MarkenR 2005, 56, 57 ff. – *BMW-Motorhaube*; BPatG, GRUR 2005, 333, 337 – *Kraftfahrzeugteile*; s. a. EuGH, 18. 6. 2002, Slg. 2002, S. I-5475, Tz. 78 f. – *Philips/Remington*.

²² Zum Markenschutz eines Kühlergrills s. EuG, 6. 3. 2003, Slg. 2003, S. II-701 – *DaimlerChrysler/HABM* (dabei beschäftigte sich das EuG nur mit der Frage der Unterscheidungskraft im Sinne des Art. 7 Absatz 1 lit. b der Gemeinschaftsmarken-Verordnung); s. a. BGH, GRUR 1985, 383 – *BMW-Niere*.

versteht.²³ So können das Nachfüllen markenrechtlich geschützter Feuerlöscher,²⁴ Papierhandtuchspender,²⁵ Sprudelflaschen²⁶ und Tonerkartuschen²⁷ ohne Zustimmung des Markeninhabers verboten sein. Wird die Marke des Herstellers dagegen nur als Herkunftshinweis für das Behältnis, nicht aber für deren Inhalt gedeutet, scheidet eine Markenverletzung aus.²⁸

Nach der Kontrolle von Sekundärmärkten durch den Schutz von Teilen als dreidimensionale Marken und die Verhinderung des Nachfüllens leerer Verbrauchsteile sei schließlich auf die Fälle eingegangen, in denen Hersteller von Sekundärprodukten in ihrer Werbung auf die Kompatibilität ihres Produkts mit dem Primärprodukt hinweisen (beispielsweise „passend für VW Golf IV“). Den Versuchen des Herstellers des Primärprodukts, solche Hinweise mit Hilfe des Markenrechts zu verhindern, sind enge Grenzen gesetzt. Gemäß § 23 Nr. 3 MarkenG stellt eine solche Benutzung der Marke keine Markenverletzung dar, wenn sie notwendig ist und nicht gegen die guten Sitten verstößt. So dürfen sich die erwähnten Hersteller und Dienstleister der Bezeichnung des Primärprodukts bedienen, da ansonsten der Vertrieb des Verbrauchs- oder Ersatzteils beziehungsweise die Dienstleistung erschwert oder gar unmöglich wäre.²⁹

Insgesamt zeigt sich, dass die Möglichkeiten von Herstellern, Sekundärmärkte durch Immaterialgüterrechte zu kontrollieren, begrenzt sind. In allen Bereichen des Immaterialgüterrechts lässt sich das Bemühen beobachten, Sekundärmärkte von der Kontrolle durch Immaterialgüterrechte freizuhalten. Besonders deutlich ist dies im Urheber- und Markenrecht sowie – mit der Einführung der Reparaturklausel – im Geschmacksmusterrecht.

Dennoch lassen sich bei allen Immaterialgüterrechten Konstellationen finden, in denen eine Kontrolle von Sekundärmärkten möglich ist. In solchen Fällen stellt sich die Frage, ob der Hersteller einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang in Form eines Lieferzwangs oder eines Lizenzierungszwangs unterliegt. Dies führt zu der allgemeinen Debatte um die Begründung und Reichweite von Zwangslizenzen im Schnittfeld von Kartell- und Immaterialgüterrecht, die hier nicht weiter vertieft werden kann.³⁰

²³ BGH, GRUR 2005, 162, 163 – *SodaStream*.

²⁴ BGH, GRUR 1952, 521 – *Minimax* (im Einzelfall jedoch Markenverletzung verneint).

²⁵ BGH, GRUR 1987, 438 – *Handtuchspender*.

²⁶ OLG Zweibrücken, GRUR 2000, 511 – *Nachfüllen von Brunneneinheitsflaschen*.

²⁷ OLG Frankfurt, GRUR 2000, 1062 – *Wiederbefüllte Toner-Kartusche*.

²⁸ So in BGH, GRUR 2005, 162, 163 – *SodaStream*. In einem solchen Fall ist die Wiederbefüllung auch nicht unlauter im Sinne der §§ 1, 3 UWG, OLG Düsseldorf, WRP 2001, 288 – *Wiederverwendbare Gaszyylinder*.

²⁹ BGH, GRUR 2005, 163 – *Aluminiumräder*; BGH, GRUR 2005, 423 – *Staubsaugertüten*; EuGH, 23. 2. 1999, Slg. 1999, S. I-905 – *BMW/Deenik*; EuGH, 17. 3. 2005, Slg. 2005, S. I-2337, Tz. 33 ff. – *Gillette/LA-Laboratories*; Bottenschein, GRUR 2006, 462; s. a. BGH, GRUR 2003, 878 – *Vier Ringe über Audi*; BGH, GRUR 2003, 340 – *Mitsubishi*. Auf weitere Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

III. Kontrolle durch Immaterialgüterrechte und technische Systeme

Hersteller kontrollieren Sekundärmarkte nicht nur mit Hilfe von Immaterialgüterrechten. Zunehmend wird die immaterialgüterrechtliche Kontrolle durch eine technische Kontrolle flankiert. Es geht darum, die Schnittstelle, die zwischen dem Primär- und dem Sekundärprodukt besteht, durch eine Kombination von Immaterialgüterrechten und technischen Schutzsystemen abzusichern. Durch eine Kombination immaterialgüterrechtlicher und technischer Kontrolle soll der Marktschließungseffekt hinsichtlich des Sekundärmarkts verstärkt werden. Entsprechende Ansätze zeigen sich sowohl in der Informations- als auch der Biotechnologie.

1. Informationstechnologie

Seit 1998 versuchen Hersteller von Laserdruckern zunehmend, mit Hilfe technischer Verfahren aus dem Bereich der IT-Sicherheit zu verhindern, dass konkurrierende Unternehmen mit billigen Tonerpatronen, die in der Regel wieder-auffüllbar sind, in den Sekundärmarkt für Tonerpatronen eindringen können. Hersteller wie Hewlett-Packard und Lexmark haben komplexe Sicherheitssysteme in ihre Drucker integriert, die die Kommunikation zwischen den Druckern und den Tonerpatronen kontrollieren.³¹ Diese Sicherheitssysteme bauen auf so genannten „Challenge-Response“-Protokollen, Verschlüsselungssystemen, sicheren „Hash“-Algorithmen und proprietären Kommunikationsprotokollen auf. Weiterhin werden in Drucker und Tonerpatrone manipulationsresistente und anwendungsspezifische Hardware-Bausteine integriert. Inzwischen kommunizieren manche Laserdrucker sogar per Funk mit den eingesetzten Tonerpatronen.

Durch diese Verfahren kann der Drucker erkennen, ob der Konsument eine originale Tonerpatrone von Lexmark oder eine (oftmals billigere) Patrone eines konkurrierenden Unternehmens in den Drucker einsetzen will. Manche Hersteller verwenden diese Funktionalität in ihren Druckern, um die Zusammenarbeit mit den Patronen konkurrierender Unternehmen zu verhindern. In den USA verklagte Lexmark ein Unternehmen, welches das Sicherheitssystem in Lexmark-Druckern analysiert hatte und Bausteine anbot, die konkurrierende Hersteller in ihre Tonerpatronen einbauen konnten, um mit den Lexmark-Druckern zusammenzuarbeiten.

³⁰ Aus der Rechtsprechung s. nur EuGH, 5. 10. 1988, Slg. 1988, 6211 – *Volvo/Veng*; EuGH, 6. 4. 1995, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; EuGH, 29. 4. 2004, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health/NDC Health*; BGH, 13. 7. 2004, WuW/DE-R 1329, 1332 – *Standard-Spundfass II*; Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994); Image Technical Serv., Inc. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997); In re Indep. Serv. Org. Antitrust Litig., 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000); Verizon Commc'n, Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004). Umfassend *Heinemann*; aus dem neueren Schrifttum s. *Heinemann*, ZWeR 2005, 198; *Drexel*, IIC 2004, 788; *Leistner*, ZWeR 2005, 138.

³¹ Zum Folgenden *Golden*, Recharger Magazine, December 2002, S. 36.

Lexmark argumentierte, es verwende in seinen Druckersystemen zwei Computerprogramme, die die Kommunikation mit der Tonerpatrone kontrollieren und mit den oben dargestellten Schutzsystemen versehen seien. Lexmark warf dem Unternehmen vor, durch die Herstellung und Vertrieb des Bausteins gegen allgemeine urheberrechtliche Vorschriften sowie gegen eine Spezialvorschrift des amerikanischen Urheberrechts zu verstößen, die die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbietet.³²

Im Oktober 2004 hob der Court of Appeals for the Sixth Circuit eine einstweilige Verfügung, die ein erstinstanzliches Gericht im Februar 2003 gegen den Hersteller erlassen hatte, auf und entschied, dass Lexmark die Herstellung und den Vertrieb der Bausteine nicht verhindern kann.³³ Das Gericht wies darauf hin, dass das technisch geschützte Computerprogramm, das sich auf der Original-Lexmark-Patrone befindet, ein äußerst kurzes und triviales Programm ist.³⁴ Unter Berufung auf die „merger doctrine“ und die „scènes à faire doctrine“ verneinte das Gericht den urheberrechtlichen Schutz des Computerprogramms. Dann greift auch der rechtliche Umgehungsschutz nicht ein.³⁵ Hinsichtlich des Computerprogramms, das sich in den Lexmark-Druckern befindet, bejahte das Gericht zwar einen urheberrechtlichen Schutz, verneinte aber, dass das Programm durch eine wirksame technische Maßnahme geschützt wird.³⁶ In einer „concurring opinion“ wies einer der Richter deutlich darauf hin, dass die urheberrechtlichen Spezialvorschriften des rechtlichen Umgehungsschutzes nicht dazu missbraucht werden dürfen, um künstliche Monopole in Sekundärmarkten zu erzeugen.³⁷

Einen ähnlichen Fall hatte der Court of Appeals for the Federal Circuit im August 2004 zu entscheiden.³⁸ Ein Unternehmen namens Chamberlain bietet ein automatisches Garagentor-Öffnungssystem an, das aus einem Elektromotor in der Garage und einer kleinen Fernbedienung zur Steuerung des Motors besteht. Herkömmlicherweise können anstatt der Fernbedienung dieses Unternehmens auch universelle Fernbedienungen konkurrierender Unternehmen verwendet werden. Chamberlain integrierte ein technisch geschütztes Computerprogramm in das

³² 17 U.S.C. § 1201. Die Vorschrift wurde 1998 durch den „Digital Millennium Copyright Act“ in den Copyright Act eingefügt. Zu der Frage, ob die technische Kontrolle von Lexmark dem Zweck diente, eine Preisdiskriminierung zwischen verschiedenen Arten von Tonerpatronen zu ermöglichen, s. *Picker* in: Lévêque / Shelanski (Hrsg.), S. 180, 188 f., 197 ff.

³³ Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522 (2004).

³⁴ „To illustrate the modest size of this computer program, the phrase ‚Lexmark International, Inc. vs. Static Control Components, Inc.‘ in ASCII format would occupy more memory than [the computer program in question]“, ebda. S. 529 f.

³⁵ Ebda. S. 533 ff., 546 ff.

³⁶ Ebda. S. 546 f.; s. a. *Library of Congress*, 68 Fed. Reg. 62011, 62017 (2003).

³⁷ Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc., 387 F.3d 522, 552 (2004) (Judge Merritt, concurring).

³⁸ Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004), *cert. denied*, 544 U.S. 923 (2005).

Garagentor-Öffnungssystem, welches verhindert, dass solche universellen Fernbedienungen mit dem Primärprodukt interoperabel sind. Chamberlain berief sich dabei auf Sicherheitsargumente.³⁹ Als ein konkurrierender Hersteller universeller Fernbedienungen das technische Schutzsystem umging, um eine interoperable Fernbedienung herzustellen, wurde er – ähnlich wie im Lexmark-Fall – von Chamberlain verklagt, weil der Hersteller angeblich die Vorschriften über die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verletzt habe.

Das Berufungsgericht verneinte wiederum eine Verletzung der Umgehungs-vorschriften. Es wies darauf hin, dass die Vorschriften über den rechtlichen Umgehungsschutz kein neuartiges „property right“, insbesondere kein vom herkömmlichen Urheberrecht unabhängiges Zugangsrecht, geschaffen habe.⁴⁰ Eine Verletzung allgemeiner urheberrechtlicher Vorschriften, an die angeknüpft werden könnte, liege nicht vor.⁴¹ In deutlichen Worten⁴² warnte das Gericht, dass ansonsten jeder Hersteller in sein Primärprodukt ein kurzes Computerprogramm integrieren, dieses mit einem technischen Schutzsystem versehen und dadurch die Interoperabilität des Primärprodukts mit den Sekundärprodukten konkurrierender Unternehmen unterbinden könnte.⁴³

Im August 2005 hatte sich der Court of Appeals for the Federal Circuit erneut mit der Frage zu beschäftigen, ob der Hersteller eines großen Datenspeicher-systems den Sekundärmarkt für Wartungsdienstleistungen kontrollieren kann, indem er Fehlermeldungen des Speichersystems in einem durch ein technisches Schutzsystem geschützten Computerprogramm versteckt. Das Gericht verneinte auf ein Neues eine Verletzung der Vorschriften zum rechtlichen Umgehungs-schutz.⁴⁴

Während die meisten U.S.-amerikanischen Gerichte der Kontrolle von Sekun-därmärkten durch eine Kombination urheberrechtlich geschützter Computerpro-gramme und technischer Schutzsysteme ablehnend gegenüber stehen, gilt dies nicht bei einer Kombination patentrechtlich geschützter Produkte mit technischen Schutzsystemen. In einem Fall, der sich wiederum um die technischen Schutzsys-teme drehte, die Lexmark in seine Drucker einbaut, befand der Court of Appeals for the Ninth Circuit in knappen Worten, die Unterstützung eines patentrechtlichen

³⁹ Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178, 1183 (Fed. Cir. 2004).

⁴⁰ Ebda. S. 1193 f., 1197 ff.

⁴¹ Kritisch *Picker* in: Lévéque / Shelanski (Hrsg.), S. 180, 195 ff.

⁴² „[T]he broad policy implications of considering ‚access‘ in a vacuum devoid of ‚protection‘ are both absurd and disastrous“, Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1178, 1200 f. (Fed. Cir. 2004).

⁴³ „Chamberlain’s construction of the DMCA would allow virtually any company to at-tempt to leverage its sales into aftermarket monopolies . . .“, ebda. S. 1201.

⁴⁴ Storage Technology Corp. v. Custom Hardware Engineering & Consulting, Inc., 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005).

Schutzes durch technische Schutzsysteme sei nicht wettbewerbswidrig, wenn er nicht den Schutzumfang des Patents künstlich ausdehne. Dies sei bei dem Patentschutz der Lexmark-Patronen nicht der Fall. Das fragliche Patent gebe dem Patentinhaber das Recht, ein solches Verhalten lizenzvertraglich zu unterbinden. Die technischen Schutzsysteme setzten nur durch, dass Konsumenten die Tonerpatronen nicht von dritten Unternehmen auffüllen ließen.⁴⁵

Die U.S.-amerikanische Rechtsprechung zur Kontrolle von Sekundärmarkten durch eine Kombination von Immaterialgüterrechten und technischen Schutzsystemen ist damit uneinheitlich. Während Gerichte im urheberrechtlichen Bereich einer solchen Kontrolle äußerst skeptisch gegenüberstehen,⁴⁶ existiert im Patentrecht eine entgegengesetzte Entscheidung.⁴⁷ Nachdem Lexmark mit dem Versuch gescheitert ist, den Sekundärmarkt für Druckerpatronen über eine Kombination von urheberrechtlichem und technischem Schutz zu kontrollieren, hat das Unternehmen mit dem Versuch, die Kontrolle durch eine Kombination von patentrechtlichem und technischem Schutz zu erreichen, mehr Erfolg gehabt.

In Europa sind bisher keine Fälle bekannt, in denen der Hersteller eines Primärprodukts versucht, einen Sekundärmarkt mit Hilfe von Immaterialgüterrechten und technischen Schutzsystemen zu kontrollieren. Dies liegt auch an der anders gearteten Rechtslage. Zwar kennt die Europäische Union ausdifferenzierte Regelungen zur Umgehung technischer Schutzsystemen. Sie finden sich in der Software-Richtlinie aus dem Jahr 1991,⁴⁸ der Zugangskontroll-Richtlinie aus dem Jahr 1998⁴⁹ und der Urheberrechtsrichtlinie aus dem Jahr 2001.⁵⁰ Jedoch verbietet keine dieser Regelungen die tatsächliche Umgehung technischer Schutzmaßnahmen, die Com-

⁴⁵ Arizona Cartridge Remanufacturers Association, Inc. v. Lexmark International Inc., 421 F.3d 981 (9th Cir. 2005).

⁴⁶ Die bisher entschiedenen urheberrechtlichen Fälle lassen aber nicht den Schluss zu, dass die Gerichte bei einer anderen technischen Ausgestaltung der Schutzsysteme nicht doch eine Kontrolle von Sekundärmarkten akzeptieren würden.

⁴⁷ Mit weiteren Entscheidungen ist zu rechnen. Der oben dargestellte ursprüngliche Rechtsstreit zwischen Lexmark und Static Control Components ist hinsichtlich der patentrechtlichen Dimension noch unter der „docket number“ Civ.A. 04-84-KSF beim U.S. District Court, E.D. Kentucky, anhängig.

⁴⁸ Art. 7 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. EG Nr. L 122 vom 17. 5. 1991, S. 42, in Deutschland umgesetzt durch § 69 f. Abs. 2 UrhG.

⁴⁹ Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. EG Nr. L 320 vom 28. 11. 1998, S. 54, in Deutschland umgesetzt durch das Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz – ZKDSG), BGBl. I Nr. 19 vom 22. 3. 2002, S. 1090.

⁵⁰ Art. 6 f. der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 167 vom 22. 6. 2001, S. 10, in Deutschland umgesetzt durch §§ 95a ff. UrhG.

puterprogramme schützen.⁵¹ Diese Schutzlücke im europäischen Recht kann nur durch Vorschriften des allgemeinen Urheber-, Wettbewerbs-, Delikts- und Strafrechts gefüllt werden. Ob solche allgemeinen Vorschriften eingreifen, hängt sehr von den Umständen des Einzelfalles ab.

Im Vergleich zu den USA steht den Herstellern eines Primärprodukts in Europa ein weniger schneidiges Schwert zur Verfügung, wenn sie Sekundärmärkte mit Hilfe von technischen Schutzsystemen kontrollieren wollen. Daraus sollte jedoch nicht geschlossen werden, dass entsprechende Konfliktfälle in Europa nicht auftreten können. Erstens können, wie bereits erwähnt, allgemeine zivilrechtliche Vorschriften die tatsächliche Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbieten. Zweitens könnte ein Konfliktfall aus der Verbreitung von Umgehungsvorrichtungen durch Wettbewerber auf Sekundärmärkten resultieren, die in der EU auch bei Computerprogrammen verboten ist. Drittens ist die tatsächliche Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen bei allen urheberrechtlich geschützten Werken außer Computerprogrammen verboten, so dass bei solchen Werken entsprechende Fälle denkbar wären.⁵²

Jedoch schiebt das europäische Recht Herstellern von Primärprodukten einen ganz unerwarteten Riegel vor, der die Monopolisierung von Sekundärmärkten mit Hilfe technischer Schutzsystemen erschwert. In der EG-Richtlinie über Elektro- und Elektronik-Altgeräte, die im März 2005 in deutsches Recht umgesetzt wurde, findet sich eine Vorschrift, wonach Hersteller die Wiederverwendung von Elektrogeräten, ihren Bauteilen und Werkstoffen nicht durch besondere Konstruktionsmerkmale verhindern dürfen. Unter diese Vorschrift fallen auch Kopierer, Laserdrucker und dazugehörende Tonerpatronen.⁵³

Der Gesetzgeber wollte aus Gründen des Umweltschutzes verhindern, dass Hersteller von Kopierern und Laserdruckern Tonerpatronen mit technischen Schutzsystemen versehen, die eine Wiederverwendung der Tonerpatrone verhindern. Ein Nebeneffekt dieser Vorschrift ist, dass Hersteller von Kopierern und Laserdruckern das Entstehen eines Sekundärmarkts für wiederaufbereitete Tonerpatronen nicht mit Hilfe technischer Schutzsysteme verhindern können. Dies ist wohl der einzige Fall, in dem ein Konflikt zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht mit Hilfe eines umweltrechtlichen Instrumentariums gelöst wird.

⁵¹ Art. 7 Abs. 1 lit. c der Software-Richtlinie bzw. § 69 f. Abs. 2 UrhG verbieten nur die Herstellung und den Vertrieb von Umgehungsvorrichtungen, nicht aber die tatsächliche Umgehung von Schutzmaßnahmen, die Computerprogramme schützen.

⁵² Dazu unter kartell- und lauterkeitsrechtlichen Aspekten *Arlt*, GRUR 2005, 1003.

⁵³ Art. 4 der Richtlinie 2002/96/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 2003 über Elektro- und Elektronik-Altgeräte, ABl. EG Nr. L 37 vom 13. 2. 2003, S. 24, umgesetzt durch § 4 des Gesetzes über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten (Elektro- und Elektronikgerätegesetz – ElektroG), BGBl. I Nr. 17 vom 23. 3. 2005, S. 762.

2. Biotechnologie

Nicht nur in der Informationstechnologie lassen sich Versuche beobachten, Sekundärmarkte mit Hilfe einer Kombination von Immaterialgüterrechten und technischen Schutzsystemen zu kontrollieren. In der Biotechnologie liegen ähnliche Strategien zumindest im Bereich des technisch Machbaren.⁵⁴ Zwar sind tatsächliche rechtliche Konfliktfälle noch nicht bekannt geworden. Im Rahmen dieses Ausblicks scheint es dennoch angebracht darauf hinzuweisen, dass die Kontrolle von Sekundärmarkten durch biotechnologische Schutzsysteme in Zukunft zum Rechtsproblem werden könnte. Zu diesem Zweck ist einerseits auf das so genannte „Roundup“-Patent von Monsanto, andererseits auf so genannte „Genetic Use Restriction Technologies“ (GURTs) einzugehen.

Der biotechnologische Agrarkonzern Monsanto stellt ein Totalherbizid namens „Roundup“ her, das nahezu alle Pflanzen – nicht nur Unkraut, sondern auch Nutzpflanzen – abtötet. Daneben bietet Monsanto genetisch modifizierte Sojabohnen, Raps, Baumwolle, Zuckerrüben und andere Samensorten an, die gegen Roundup resistent sind („Roundup Ready“).⁵⁵ Behandelt ein Landwirt einen Acker mit „Roundup“ und sät „Roundup Ready“-Samen aus, so kann er sicher gehen, dass auf dem Rasen nur die ausgesäten Pflanzen wachsen. Monsanto erhielt Anfang der 1990er Jahre auf beide Technologien Patente.⁵⁶ Aufgrund der Effektivität der Technologien erlangte Monsanto schnell große Marktanteile.⁵⁷

Es liegt im Bereich des technisch Möglichen, Pflanzensamen gentechnisch derart zu modifizieren, dass sie nur gegen bestimmte Totalherbizide resistent sind. Zwar verpflichtet Monsanto schon heute die Erwerber von „Roundup Ready“-Samen in einem Patentlizenzzvertrag, auf die Samen nur Totalherbizide von Monsanto anzuwenden.⁵⁸ Mit Hilfe einer biotechnologisch erzwungenen Inkompatibili-

⁵⁴ Auch wenn sich die rechtlichen Voraussetzungen und immaterialgüterrechtlichen Schutzvoraussetzungen biotechnologisch modifizierter Pflanzensorten zwischen Europa und den USA unterscheiden, soll hier auf die U.S.-amerikanische Diskussion eingegangen werden, wo solche Probleme traditionell als Erstes diskutiert werden.

⁵⁵ Das Totalherbizid Roundup besteht aus Glyphosat, das ein Enzym blockiert, welches Pflanzen zur Synthese bestimmter Aminosäuren benötigen. Ohne dieses Enzym werden die Pflanzen unfruchtbar. Monsanto manipulierte Pflanzen derart, dass ihre Toleranz gegen Glyphosat sehr stark ansteigt. Auch für die Herbizide Atrazine von Novartis sowie Gist und Glean von DuPont existieren entsprechend modifizierte Samen. Zu den Einzelheiten s. *Pendleton*, 23 Biotech. L. Rep. 1, 6 f. (2004).

⁵⁶ Die Patente führten im Jahr 2004 zu einer wichtigen Entscheidung des kanadischen Supreme Court, s. Supreme Court of Canada, Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, [2004] 1 S.C.R. 902.

⁵⁷ Der Supreme Court of Canada, Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, [2004] 1 S.C.R. 902, Tz. 10, spricht beispielsweise von 40% Marktanteil bezüglich der im Jahr 2000 in Kanada angepflanzten Rapsfläche.

⁵⁸ Im „2006 Monsanto Technology / Stewardship Agreement“ findet sich folgende Klausel: „Grower agrees ... to use on Roundup Ready crops only a labeled Roundup agricultural herbicide or other authorized non-selective herbicide which would not be used in the ab-

lität mit den Herbiziden konkurrierender Unternehmen kann ein Hersteller aber auch technisch sicherstellen, dass seine Pflanzensamen nur mit dem hauseigenen Herbizid behandelt werden.

Als zweites Beispiel einer Kontrolle von Sekundärmärkten durch eine Kombination von Patentrecht und biotechnologischen Schutzsystemen seien „Genetic Use Restriction Technologies“ (GURTs) angeführt. So genannte „T-GURT“ (das T steht für „trait“) ermöglichen es, mit Hilfe bestimmter Chemikalien bei Pflanzen bestimmte Eigenschaften (wie die Resistenz gegen ein bestimmtes Insektizid) einzuschalten, ohne dass die Pflanze unfruchtbar wird.⁵⁹ Die Chemikalie wirkt wie ein Schlüssel, die bestimmte Eigenschaften der Pflanze freischaltet.

Mit Hilfe von T-GURT kann erreicht werden, dass eine Pflanze die gewünschte Eigenschaft nur bei der regelmäßigen Behandlung mit einer patentrechtlich geschützten Chemikalie aufzeigt. Dies ermöglicht es dem Patentinhaber, seine Entwicklungskosten hinsichtlich des Pflanzensamens teilweise über den Sekundärmarkt der Chemikalie zu amortisieren, die die gewünschte Eigenschaft ein- und ausschaltet.⁶⁰ Eine solche Strategie kann durch eine Kontrolle des Sekundärmarkts mit Hilfe von Patenten und biotechnologischen Schutzsystemen ermöglicht werden.

Noch sind T-GURT in der Entwicklung. Aufgrund einer äußerst kritischen öffentlichen Debatte hinsichtlich der ethischen und Entwicklungspolitischen Auswirkungen ist auch unklar, ob und in welchem Umfang solche Technologien in Zukunft eingesetzt werden. Es zeigt sich jedoch, dass auch im Bereich der Biotechnologie eine Kontrolle von Sekundärmärkten durch eine Kombination von Immaterialgüterrechten und technischen Schutzsystemen denkbar erscheint.

IV. Schlussbemerkung

Seit Jahrzehnten versuchen Hersteller, Sekundärmärkte mit Hilfe von Immaterialgüterrechten zu kontrollieren. In den meisten Fällen sind diese Strategien nicht erfolgversprechend, wird die immaterialgüterrechtliche Kontrolle doch durch ent-

scence of the Roundup Ready gene ... Use of any selective herbicide labeled for the same crop without the Roundup Ready gene is not restricted by this Agreement“. Daneben verbietet der Lizenzvertrag dem Landwirt auch, Samen zu verkaufen oder in mehreren Saisons wiederholt zu pflanzen. Zur Verwendung der Totalherbiziden von Wettbewerbern s. den Monsanto 2006 Technology Use Guide, S. 36. Im vorliegenden Zusammenhang kann auf die Zulässigkeit solcher Kopplungsbindungen im Schnittfeld von Patent- und Kartellrecht nicht eingegangen werden.

⁵⁹ Die möglichen Eigenschaften, die mit Hilfe von T-GURT kontrolliert werden können, sind sehr breit gestreut. Dies reicht vom Einschalten gesteigerter Krankheits- oder Schädlingsabwehr, Herbizidresistenzen über eine Steuerung des Blühverhaltens der Pflanze bis zur Zuführung wachstumsfördernder Substanzen; s. *Burk*, 92 Cal. L. Rev. 1553, 1558 f. (2004); *Pendleton*, 23 Biotech. L. Rep. 1, 25 ff. (2004).

⁶⁰ *Pendleton*, 23 Biotech. L. Rep. 1, 26 (2004); *Burk*, 92 Cal. L. Rev. 1553, 1558 f. (2004).

sprechende schutzrechtsinterne Beschränkungen ausgeschlossen. Die Frage eines kartellrechtlichen Kontrahierungzwangs stellt sich damit nur in vergleichsweise seltenen Fällen.

Angesichts dieser Lage ist es nicht verwunderlich, dass Hersteller ausloten, inwiefern eine Kontrolle von Sekundärmarkten durch eine Kombination von Immateriagüterrechten und technischen Systemen möglich ist. Im Bereich der Informationstechnologie hat dies in den USA schon zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten geführt. Durch die technischen Systeme wird Wettbewerbern der Zutritt zum Sekundärmarkt rein faktisch erschwert. Auch kann ein Zutrittsversuch rechtliche Vorschriften verletzen, die die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen verbieten. In solchen Fällen haben U.S.-amerikanische Gerichte mitunter versucht, die Problematik – gleichsam schutzrechtsintern – dadurch zu lösen, dass sie ein Eingreifen der Vorschriften zum rechtlichen Umgehungsschutz verneint haben. Im Bereich der Biotechnologie sind ähnliche Konstellationen denkbar.

Noch ist die Entwicklung zu dynamisch, um ein abschließendes Fazit ziehen zu können. Unternehmen experimentieren erst seit einigen Jahren mit den Möglichkeiten, Sekundärmarkte durch eine Kombination von Immateriagüterrechten und technischen Schutzsystemen zu kontrollieren. Die technische Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen. Die Lehren, die wir aus der U.S.-amerikanischen und europäischen Fallpraxis ziehen können, sind noch recht beschränkt. Was bleibt, ist das Bemühen, diese Entwicklungen kritisch zu begleiten, eine Sensibilität für die entstehenden Problemdimensionen zu schaffen und allzu groben Missbräuchen entgegenzuwirken.

Literatur

Ann, Christoph (2003): Identität und Lebensdauer – Patentverletzung durch Instandsetzung patentierter Vorrichtungen, in: Ann / Anders / Dreiss / Jesteadt / Stauder (Hrsg.), *Materielles Patentrecht: Festschrift für Reimar König zum 70. Geburtstag*, Köln, S. 17–32.

Arlt, Christian (2005): Marktabschottend wirkender Einsatz von DRM-Technik – Eine Untersuchung aus wettbewerbsrechtlichem Blickwinkel, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1003 – 1011.

Burk, Dan L. (2004): DNA Rules: Legal and Conceptual Implications of Biological „Lock-Out“ Systems, *92 California Law Review* 1553 – 1587.

Dreier, Thomas / Schulze, Gernot (2006) (Hrsg.): *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*, 2. Auflage, München.

Drexl, Josef (2004): Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 788 – 808.

Europäische Kommission (2004): Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, KOM 582 endg.

Fleischer, Holger (2000): Marktmachtmißbrauch auf sekundären Produktmärkten. Vergleichende Betrachtungen zum deutschen, europäischen und amerikanischen Kartellrecht, Recht der internationalen Wirtschaft, 22–30.

Golden, Chad (2002): Toner Cartridge Computer Chip Usage and the Impact on the Aftermarket, Recharger Magazine, December, S. 36–46.

Heinemann, Andreas (2002): Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen.

Heinemann, Andreas (2005): Kartellrechtliche Zwangslizenz im Patentrecht, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 198–206.

Janis, Mark D. (1999): A Tale of the Apocryphal Axe: Repair, Reconstruction, and the Implied License in Intellectual Property Law, 58 Maryland Law Review 423–527.

Leary, Matthew J. (2005): Welding the Hood Shut: The Copyrightability of Operational Outputs and the Software Aftermarket in Maintenance and Operations, 85 Boston University Law Review 1389–1438.

Leistner, Matthias (2005): Intellectual Property and Competition Law: The European Development from Magill to IMS Health Compared to Recent German and US Case Law, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 138–162.

Library of Congress (2003): Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 68 Federal Register 62011–62018.

MacKie-Mason, Jeffrey K./Metzler, John (2004): Links between Markets and Aftermarkets: Kodak (1997), in: Kwoka / White (Hrsg.), The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy, 4. Auflage, New York, S. 428–452.

Pendleton, Cullen N. (2004): The Peculiar Case of „Terminator“ Technology: Agricultural Biotechnology and Intellectual Property Protection at the Crossroads of the Third Green Revolution, 23 Biotechnology Law Report 1–29.

Picker, Randal C. (2005): Copyright and the DMCA: Market Locks and Technological Contracts, in: Lévéque / Shelanski (Hrsg.), Antitrust, Patents and Copyright: EU and US Perspectives, Cheltenham, S. 180–202.

Wendenburg, Albrecht (2005): Marktmacht auf Sekundärmärkten, Köln.

Abschlussreferat:

Zur Aufgabenverteilung zwischen dem Recht geistigen Eigentums und dem Wettbewerbsrecht – eine ökonomische Analyse

Von *Dieter Schmidtchen*, Saarbrücken

Drei Problemkomplexe beherrschten den Verlauf der Tagung: (I.) Theorie und Empirie geistiger Eigentumsrechte; (II.) die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums; (III.) die Funktionsfähigkeit des „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik.

I. Theorie und Empirie geistiger Eigentumsrechte

Geistige Eigentumsrechte wie etwa Patente, Urheberrechte oder Warenzeichen gewähren ihrem Inhaber grundsätzlich ein ausschließliches – aber übertragbares – Nutzungsrecht an immateriellen Vermögensgütern. Da diese immateriellen Vermögensgüter aus Information bestehen, bezeichnet man sie auch als Informationsgüter. Als Transmissionsriemen zwischen Invention und Innovation sollen geistige Eigentumsrechte dynamische Effizienz im Sinne einer Erhöhung der Wertschöpfung (Mehrwert) fördern. In diesem Zusammenhang sind zwei Funktionen relevant: die Entlohnungsfunktion und die Wissensverbreitungsfunktion. Ein Neuerer wird nur dann in die Bereitstellung eines Informationsgutes investieren, wenn er eine Rentabilität dieser Investition (Entlohnung) erwarten kann. Schutz vor Imitation durch Einräumung eines Alleinnutzungsrechts soll dies gewährleisten.

Häufig sind einzelne Informationsgüter notwendiger Input für die Schaffung neuer Informationsgüter. Diese Sequenz (Kumulation) setzt aber voraus, daß das in den Informationsgütern „verkörperte“ Wissen offengelegt wird. Eine solche Offenlegung wird bei der Erteilung von Patenten gefordert und ergibt sich bei Urheberrechten und Warenzeichenrechten aus der Natur der Sache heraus.

Da für Informationsgüter Nicht-Rivalität in der Nutzung gilt, sollte ihre Nutzung ex post (nach ihrer Schaffung) aus Effizienzgründen nicht beschränkt werden. Geistige Eigentumsrechte tun aber genau dies durch Festlegung von Schutzdauer und Schutzmfang. Insofern sind sie die Quelle von (allokativer) Ineffizienz.

Will die Rechtsordnung das Gemeinwohl fördern, dann sollte sie folgende Leitlinie befolgen: Suche die Kombination aus Schutzdauer und Schutzmfang, die

eine erforderliche Belohnung für den Kreatör eines Informationsgutes zu den geringstmöglichen Kosten in Form von induzierter Ineffizienz erzeugt. Dabei ist u. a. zu beachten, daß es einen „trade-off“ zwischen Schutzdauer und Schutzmfang gibt (siehe dazu das Einleitungsreferat *Schmidtchen* 2007a in diesem Band).

Auf der Konferenz wurde von Praktikern sowohl die Bedeutung der Schutzdauer wie des Schutzmfangs für dynamische Effizienz unterstrichen. Zu lange Verfahrensdauern bei der Erteilung von Patenten können die effektive Schutzdauer so stark reduzieren, daß die Innovationsanreize leiden. Bestätigt wurde auch die Bedeutung des in der neueren ökonomischen Literatur fokussierten Problems der optimalen Schutzbreite („lagging breadth“, „leading breadth“; siehe dazu das Einleitungsreferat *Schmidtchen* 2007a in diesem Band). Ein zu großer Schutzmfang kann die Schaffung neuer Informationsgüter erschweren, weil der Rechtsinhaber leichter Verstöße gegen sein Recht geltend machen kann. Ein zu feinkörniger Schutzmfang kann aber ebenfalls Innovationen behindern, weil zur Schaffung neuer Informationsgüter die Nutzung einer Vielzahl separater geschützter Informationsgüter erforderlich ist. Jeder einzelne Rechtsinhaber hat dann eine Veto-Position und kann die Schaffung des neuen Informationsgutes verhindern. Dann aber bleiben auch die anderen Informationsgüter ungenutzt. Dieses Phänomen ist als Problem der „Anticommons“ bekannt (siehe *Heller* 1998). Ein ähnlicher Effekt tritt dadurch auf, daß es zu einer Kumulation von Lizenzzahlungen kommt, wenn ein neues Informationsgut geschaffen werden soll („royalty stacking“; siehe dazu *Godt* 2006; *Koboldt* 2006).

Auf der Konferenz (siehe Referat *Bechtold* 2007 in diesem Band) wurde auch die Möglichkeit des Selbstschutzes vor Imitation durch Rückgriff auf technische Schutzvorkehrungen behandelt. Solche Selbstschutzmaßnahmen sind jedoch ineffizient aus folgenden Gründen: Ihre Installation erfordert Kostenaufwand; ihre Durchbrechung erfordert ebenfalls Kostenaufwand. Und schlimmer noch: Im Zeitablauf zeigen sich Phänomene, die denen des Wettrüstens ähneln.

Die Möglichkeit eines Selbstschutzes verdeutlicht, dass geistige Eigentumsrechte nicht notwendig sind, um den aus Anreizgründen erforderlichen Schutz vor Imitation zu schaffen. Aber wirksamer Rechtsschutz ist billiger und schafft bessere Anreize. Auch wird das in Informationsgütern „verkörperte“ Wissen offengelegt. Aus diesem Blickwinkel ist die beobachtbare Zunahme von Selbstschutzvorkehrungen ein Indiz für ein Versagen oder für ein Umgehen der Rechtsordnung. In der Tat wurde von einem Teilnehmer die These vertreten, dass gewisse technische Vorkehrungen einen Ersatz für Koppelungsverträge darstellen. Wenn Koppelungsverträge verboten sein sollten, dann liegt es nahe, die Koppelung auf anderem Wege zu bewerkstelligen.

II. Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums

In der Literatur werden zwei Thesen bezüglich dieser Beziehung vertreten:

Konfliktthese: Das Wettbewerbsrecht ist darauf gerichtet, Marktmacht zu bekämpfen; das Recht geistigen Eigentums dagegen soll Marktmacht schaffen.

Harmoniethese: Oberstes Ziel ist die Herstellung von Allokationseffizienz; dies gilt für das Wettbewerbsrecht und das Recht geistigen Eigentums gleichermaßen.

Die Konfliktthese entspricht nicht mehr dem Stand modernen Wissens (siehe dazu Einleitungsreferat *Schmidtchen* 2007a in diesem Band; siehe auch *Ohly* 2007 in diesem Band). Auch die Harmoniethese erscheint zu vereinfacht. Die moderne Entwicklung interpretiert die Beziehung zwischen beiden Rechtsmaterien als komplementär oder symbiotisch (siehe Referat *Ohly* 2007 in diesem Band).

Diese Interpretation deckt sich weitgehend mit der im Einleitungsreferat (*Schmidtchen* 2007a) vertretenen Position. Danach sollte die Beziehung arbeitsteiliger Natur sein. Das Recht geistigen Eigentums sollte sich darauf beschränken, Property-rights so zu definieren und durchzusetzen, dass dynamische Effizienz zu geringstmöglichen Kosten gewährleistet wird. Das Wettbewerbsrecht sollte sich ausschließlich mit der Nutzung dieser Property-rights beschäftigen, die Marktmacht erzeugt, erhält oder vergrößert, welche nach Art und Umfang von Funktion und Ziel der Einräumung geistiger Eigentumsrechte nicht gedeckt ist und wettbewerbspolitische Bedenken hervorruft. Salopp formuliert: Das Wettbewerbsrecht erfüllt die Funktion einer Missbrauchsaufsicht über die Nutzung geistiger Eigentumsrechte.

Solche Gefährdungspotentiale können bei folgenden Aktivitäten auftreten: Unternehmenszusammenschlüssen, wechselseitigen Lizenzierungen (cross-licensing), Patentpools, Rechtsvergleichen bei Patentstreitigkeiten, „grant-backs“, Verheimlichung von für Interoperationalität erforderlicher Schnittstelleninformation und „umbrella branding“ (bei Warenzeichen).

Fünf Prinzipien sollten bei der Gestaltung der Interaktion zwischen Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums beachtet werden (siehe *Régibeau / Rockett* 2004: 30 f.).¹

1. Wettbewerbsrecht sollte ex post nicht Rechte in Frage stellen, die durch das Recht geistigen Eigentums gewährt wurden, um die zur Sicherung dynamischer Effizienz erforderlichen Investitionsanreize zu erzeugen. Regulatorischer Opportunismus ist kontraproduktiv.
2. Das Wettbewerbsrecht sollte sich nur für die Schaffung restriktiver Marktmacht, nicht aber für die Schaffung dynamischer (prozessualer) Marktmacht interessieren.

¹ Diese Prinzipien decken sich weitgehend mit den im Referat *Ohly* 2007 enthaltenen Thesen.

ren. Restriktive Marktmacht geht über das Maß hinaus, das notwendig ist, um adäquate Anreize zur Bereitstellung von Informationsgütern zu erzeugen. Solche Marktmacht resultiert aus Wettbewerbsbeschränkungen, die die Existenz geistiger Eigentumsrechte zur Voraussetzung haben.

3. Es existiert keine Notwendigkeit, in wettbewerbsrechtlichen Fällen den „trade-off“ zwischen Anreizen (ex ante) und Ineffizienz (ex post) systematisch zu re-optimieren. Zwar verfügen Wettbewerbsbehörden zum Zeitpunkt ihres Tätigwerdens über bessere Informationen als der Gesetzgeber zu dem Zeitpunkt, als er Schutzdauer und Schutzmfang festlegte. Aber die ökonomische Theorie liefert bisher noch keine Konzepte, die für ein erfolgreiches wettbewerbspolitisches „fine-tuning“ erforderlich sind. Darüber hinaus würde die Möglichkeit einer systematischen Re-optimierung des „trade-offs“ die Gefahr eines „regulatorischen Opportunismus“ eröffnen. Dem kann durch eine glaubwürdige Bindung entgegengewirkt werden, den „trade-off“ nicht systematisch zu re-optimieren.
4. Nur starke Kursänderungen der Wettbewerbspolitik (Paradigmenwechsel) erfordern eine Anpassung der Property-rights Regime.
5. Alle Quellen von Marktmacht – seien es Property-rights an Informationsgütern oder an „materiellen“ Ressourcen – sollten wettbewerbspolitisch gleich behandelt werden.

III. Die Funktionsfähigkeit des „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik

Auf der operativen Ebene besteht die Aufgabe der Wettbewerbspolitik darin, Wettbewerbsbeschränkungen zu identifizieren und zu bekämpfen. Dazu genügt es in vielen Fällen nicht, lediglich die Form eines Verhaltens zu betrachten und von dieser auf das Potential zur Wettbewerbsbeschränkung zu schließen. Die moderne Wettbewerbstheorie stützt ein solches Vorgehen nicht. Nach ihr sollte geprüft werden, ob die Wirkungen eines Verhaltens pro- oder antiwettbewerblich sind. Diese „effect-based“ Wettbewerbspolitik (siehe dazu *EAGCP 2005; European Commission 2005*) stellt das Herzstück des „more economic approach“ dar (siehe *Schmidchen 2005a, b; 2006a, b*).

Die wettbewerbspolitische Beurteilung unternehmerischen und staatlichen Handelns anhand einer einzelfallbezogenen Wirkungsanalyse hat nach Ansicht der Befürworter eines solchen Vorgehens mehrere Vorteile (siehe dazu *EAGCP 2005: 2*):

- Sie vermeidet eine Verwechslung von Schutz des Wettbewerbs mit dem Schutz von Wettbewerbern.
- Das letztendliche Ziel des Wettbewerbs, nämlich die Ausrichtung der Produktion an den Wünschen der Nachfrager, wird gefördert.

- Sie unterstützt eine konsistente Wettbewerbspolitik, weil zwei Praktiken, die die gleichen Wirkungen erzeugen, gleich behandelt werden. Damit wird verhindert, dass verbotene Praktiken (formal) umgangen werden und gleichwohl deren unerwünschte Wirkungen eintreten.
- Sie vermeidet, dass gesetzliche Regelungen unangemessen pro-wettbewerbliches Verhalten unterdrücken. Praktische Wettbewerbspolitik besteht in der Formulierung und Durchsetzung von Rechtsnormen. Geschützt werden soll die Freiheit des Wettbewerbs. Dabei arbeitet der Gesetzgeber hauptsächlich mit Verbotsnormen. Konkurrierende Normenzwecke machen es aber erforderlich, für grundsätzlich verbotene Wettbewerbsbeschränkungen besondere Ausnahmetatbestände vorzusehen oder Verbotsnormen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit auszulegen. Es ist deshalb nicht übertrieben zu behaupten, dass Antitrust von einer impliziten und expliziten „rule of reason“ beherrscht wird (siehe *Schmidtchen* 2007b). Viele Verhaltensweisen haben unterschiedliche Wirkungen unter unterschiedlichen Umständen: Sie behindern den Wettbewerb an einer Stelle, aber fördern Effizienz und Innovation an anderer Stelle. Als Konsequenz ergibt sich: Die pro- und antiwettbewerblichen Wirkungen von unternehmerischen und staatlichen Verhaltensweisen sollten gegeneinander abgewogen werden. Zu fragen ist, ob die negativen wettbewerblichen Effekte durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden. In solchen Fällen sollte die Wettbewerbspolitik nicht Perse-Regeln, sondern einem „rule-of-reason“-Standard folgen; wobei allerdings dirigistischer Aktivismus und ein „fine-tuning“ vermieden werden sollten.²

Wettbewerbspolitik besteht in der Anwendung von Wettbewerbsrecht, deshalb muß sie justitiabel sein. Justitiabilität verlangt nach konsistenten, transparenten und praktikablen Regeln. Ist ein „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik überhaupt justitiabel (*Schmidt* 2005, z. B., äußert Bedenken)? So wird etwa behauptet, der „more economic approach“ werfe Meßprobleme auf und seine zentralen Begriffe seien nicht operationabel; eine Einzelfallbewertung vertrage sich nicht mit der „Rule-of-Law“; ein „rule-of-reason“-Standard liefere keine kalkulierbare Rechtssicherheit; die Genauigkeit einer ökonomischen Einzelfallbetrachtung sei nur eine scheinbare; ein solcher Ansatz könne nicht funktionieren, weil die Beweisanforderungen zu hoch seien; man erzeuge die bekannten Probleme, die mit einer Missbrauchsaufsicht im Gegensatz zu einem Verbotsprinzip erzeugt werden.

Selbst wenn diese und andere Kritikpunkte zutreffend sein sollten, so ist ihre Bedeutung dennoch vom modernen methodologischen Standpunkt aus zu relativieren. Denn eine ähnliche Kritik kann an der traditionellen Wettbewerbspolitik geübt werden. Vergleicht man einen Politiktyp, d. h. eine Institution der Lebenswirklichkeit, mit einem Ideal, dann schneidet die reale Institution immer schlechter ab. Doch diese Art von Vergleich ist seit langem als „Nirvana-Fallacy“ (*Demsetz*) ge-

² In *Schmidtchen* (2007b) wird mit Hilfe von Ron Heiners Theorie regelgeleiteten Verhaltens (Theorie eingeschränkt rationalen Entscheidens) untersucht, wann per se Regeln einem „rule of reason“-Standard vorzuziehen sind.

ächtet. Tatsächlich geht es stets nur darum, unvollkommene Institutionen miteinander zu vergleichen und diejenige Institution zu identifizieren und zu implementieren, die am wenigsten unvollkommen ist. Dies ist das Prinzip des „comparative institutions approach“. Wendet man ihn an, dann ist zu fragen, ob die traditionelle Wettbewerbspolitik weniger Messprobleme aufwirft, besser operationalisierbare Begriffe bereithält, weniger Unsicherheit erzeugt und weniger Fehler begeht. Erst wenn man diese Prüfung vorgenommen hat, kann man ein abschließendes Urteil fällen.

Da das Problem der mit einem „more economic approach“ verbundenen Rechtsunsicherheit eine prominente Stellung auf der Agenda der Kritiker dieses Ansatzes einnimmt, seien hierzu einige Bemerkungen angefügt:

1. Rechtssicherheit ist ein wertvolles Gut, aber seine Bereitstellung ist kostspielig. Es existiert ein Optimum an Rechtssicherheit, bei dem die marginalen Kosten einer Erhöhung den marginalen Vorteilen entsprechen. Dieses Optimum an Rechtssicherheit impliziert ein Optimum an Rechtsunsicherheit. Zu zeigen wäre, dass der „more economic approach“ dieses Optimum verfehlt und eine form-basierte Wettbewerbspolitik es besser erreicht.
2. Welchen Nutzen hat die Gesellschaft aus der sicheren Anwendung von Regeln, die ineffiziente Ergebnisse liefern?
3. Rechtsunsicherheit kann selektiv wirken und die Wahrscheinlichkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens reduzieren.
4. Die Reduktion einer Quelle von Unsicherheit muss nicht zwingend die Markt ergebnisse verbessern, wenn gleichzeitig andere Quellen von Unsicherheit existieren.
5. Unternehmen mögen eine erhöhte Rechtsunsicherheit in Kauf nehmen, wenn dadurch die Einzelfallgerechtigkeit einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung verbessert wird.

In einem wirkungsbasierten Ansatz der Wettbewerbspolitik müssen die wettbewerbspolitischen Entscheidungen explizit auf Prognosen über Wirkungen, letztlich auf Kosten-Nutzen-Analysen, gestützt werden (Performance-Test).

Was ist, wenn man sich irrt? Dies ist zweifellos eine sehr berechtigte Frage, die man aber auch an die traditionelle Wettbewerbspolitik richten muss. Auch sie ist auf Prognosen angewiesen. Beide können sich irren; beide können den Fehler 1. Ordnung und den Fehler 2. Ordnung begehen, also ein wünschenswertes Handeln untersagen (Fehler 1. Ordnung) und ein unerwünschtes Handeln nicht verfolgen (Fehler 2. Ordnung). Die entscheidende Frage lautet deshalb: Bei welchem Typ von Wettbewerbspolitik sind die Fehlerwahrscheinlichkeiten höher, und wie sehen die Kosten von Entscheidungsfehlern aus – gemessen an verlorener Wohlfahrt.³

³ Schmidt (2005) ist der Meinung, dass eine umfassende ökonomische Analyse zwar Fehler 1. Ordnung vermeidet, jedoch zu Fehlern 2. Ordnung und damit zu einer Gefährdung des

Performance-Tests sind gewiss nicht einfach, und es ist aus verschiedenerlei Gründen verständlich, daß Kartellbehörden und Gerichte Struktur- und Verhaltens-tests bevorzugen. Doch wäre es eine Illusion zu glauben, dass man mit Struktur- und Verhaltenstests die Probleme von Performance-Tests vermeiden könne. Während bei Performance-Tests im Einzelfall Nutzen und Kosten unternehmerischen Verhaltens und von Marktstrukturen prognostiziert und verglichen werden müssen, ist ein solcher Nutzen- und Kostenvergleich bereits angestellt worden, um die Struktur- und Verhaltensnormen eines Tests zu bestimmen. Struktur- und Verhaltenstests basieren also auf generalisierenden Nutzen-Kosten-Vermutungen. Abgesehen von „nackten“ Preiskartellen finden diese Generalisierungen aber keine Unterstützung mehr in der modernen Ökonomie: One size does not fit all.

Literatur

Bechtold, St. (2007): Immaterialgüterrechte und die technische Kontrolle von Komplementärmärkten (in diesem Band).

EAGCP, Economic Advisory Group for Competition Policy (2005): Report „An economic approach to Article 82“, July 2005.

European Commission, DG Competition (2005): DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, December 2005.

Godt, Chr. (2006): The Role of Patents in Scientific Competition – A Closer Look on the Phenomenon of Royalty Stacking, in: Conferences on New Political Economy (vol. 24): Scientific Competition. Theory and Policy, Tübingen.

Heller, M. (1998): The Tragedy of the Anticommons. Property in the Transition from Marx to Markets, Harvard Law Review III: 621 – 688.

Koboldt, Chr. (2006): Comment on: The Role of Patents in Scientific Competition – A Closer Look on the Phenomenon of Royalty Stacking, in: Conferences on New Political Economy (vol. 24): Scientific Competition. Theory and Policy, Tübingen.

Ohly, A. (2007): Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose (in diesem Band).

Régibeau, P./Rockett, K. (2004): The Relationship between Intellectual Property Law and Competition Law: An Economic Approach, Essex Economics Discussion Paper No. 581, University of Essex and CEPR.

Schmidt, I. (2005): More economic approach versus Justitiabilität, in: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW), Heft 9: 877.

Wettbewerbs als erklärtem Schutzzweck führt, „da eine Untersagung bei geringer werdender Justitiabilität unwahrscheinlich wird“. Haben die Unternehmen die Beweislast, muss die Justitiabilität nicht leiden. *Schmidt* betont mit Recht, dass es in diesem Zusammenhang auf eine Optimierung ankommt, aber dabei sind nicht nur die Fehlerwahrscheinlichkeiten alternativer wettbewerbspolitischer Vorgehensweisen zu beachten, sondern auch die Kosten des Begehens der Fehler.

7*

Schmidtchen, D. (2005a): Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 9–41.

Schmidtchen, D. (2005b): Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin 173–179.

Schmidtchen, D. (2006a): Der „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 1: 6–17.

Schmidtchen, D. (2006b): Fehlurteile über den „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, WuW, Heft 7/8.

Schmidtchen, D. (2007a): Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung? (in diesem Band).

Schmidtchen, D. (2007b): Wettbewerbsschutz durch regelgeleitete Wettbewerbspolitik – Anmerkungen zum institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbild, erscheint in ORDO, Bd. 57.