

Schmidtchen, Dieter

Working Paper

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

CSLE Discussion Paper, No. 2006-09

Provided in Cooperation with:

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

Suggested Citation: Schmidtchen, Dieter (2006) : Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums: Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung?, CSLE Discussion Paper, No. 2006-09, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23087>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

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

–

The Relationship between Antitrust Law and Intellectual Property Law – Conflict, Accommodation or Division of Labour?

Abstract:

The relationship between the Antitrust Law and the Patent, Copyright and other Intellectual Property (IP) Laws has perplexed antitrust scholars and practitioners for a long time. Intellectual property and antitrust regimes both seek to advance the economic well-being of society. However, whereas the IP laws are designed to create exclusive rights – rights that sometimes rise to the level of monopolies – in order to encourage innovation and creativity, Antitrust Law is designed to foster competition and to prevent the formation of monopolies. Finding the right balance between maintaining competition and creating incentives to innovate is no easy task.

This paper emphasises a division of labour: IP law should concern itself with assigning and enforcing intellectual property rights, while Antitrust Law should concern itself with the use of those rights for anti-competitive purposes.

I develop the main thesis in three parts: The first part of the paper outlines the economics of IP rights. The second part presents basics of Antitrust Law. The third part deals with some specificity of the IP/Antitrust Law interface: Reasons giving rise for special concerns are found in the areas of mergers, licensing and cross-licensing, patent pools, grant-backs, practices to extend the legal patent monopoly beyond the life of the patent, interfaces and interoperability in networks, umbrella branding, and compulsory trademark licensing. The last part of the paper summarises with a set of principles for competition policy.

Keywords: competition policy, competition law, antitrust, intellectual property

JEL-classification: L4, 034

[Erscheint in Oberender, P. (Hrsg.): Wettbewerb und geistiges Eigentum, Berlin 2006]

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

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 Langfristsperspektive 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.

Offensichtlich hängt es von der Definition der Aufgaben der Wettbewerbspolitik ab, ob zwischen beiden Rechtsmaterien ein Konflikt existiert. Attestiert man der Wettbewerbspolitik eine Langfristsperspektive, 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 unauflösbaren Widerspruch, indem die ersteren 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. Das Wettbewerbsrecht definiert und schützt die Nutzungsrechte mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln. „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 wettbewerbspoli-

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).

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 einheit-

tische 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 Immaterialgütern 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 Immaterialgüterrechte 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; 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.

lichen Ziel der effizienten Allokation der Ressourcen ausgeht, erscheint ihm doch zu stark vereinfacht (siehe *Kirchner* 1994: 183 f.).

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

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; 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.

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 zu-

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)).

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

mindest 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 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 schließ-

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 Kreator, 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.

lich 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: Die Volkswirtschaft nähert sich dem Zustand, 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 Grenzkostensenkung 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 marginalen volkswirtschaftlichen Opportunitätskosten. Ist er höher als diese

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 Lizenzeinnahmen des Lizenzgebers.

Kosten – was bei Existenz von Marktmacht der Fall ist –, dann ergibt sich allokativer Ineffizienz. Es wird zu wenig 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 zu wenig 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).

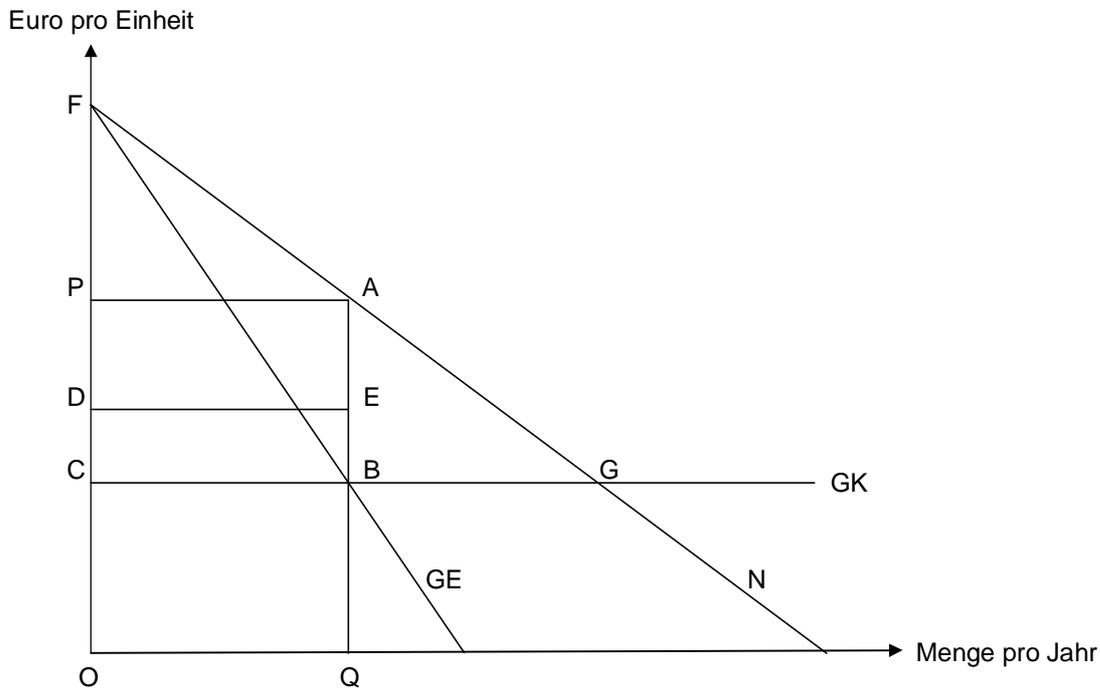


Abb. 1: Marktergebnis bei patentgeschützter Produktinnovation

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 Abb. 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 Pro-

duzentenrente. Von diesem Mehrwert eignet er sich $2/3$ an, wenn die Kreditannuitäten nicht mitgerechnet werden; der Rest geht an die Nachfrager.⁸

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 Abb. 1. Da der Innovator 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.:

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

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 Imitations-sperren (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.

Geistige Eigentumsrechte garantieren nicht, daß prozessuale Marktmacht entsteht oder erhalten bleibt. Ein Patent schließt nicht aus, daß in Abb. 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 Geheimhaltung 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 Alleinnutzungsrecht 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 verunmöglicht 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.

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/Parchomovsky* 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.

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 Schutzzumfang 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).

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

a) Grundsätzliches

Wir haben gesehen, daß der Anreizeffekt und der Informationsoffenbarungseffekt 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 Abb. 1 beträgt der tote Wohlfahrtsverlust Fläche ABG.¹⁴

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 Ge-

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 Schutzzumfang, die eine erforderliche Belohnung 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

gensatz 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-Verfügbarkeit 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 Schutzzumfang die mindestens erforderliche prozessuale Marktmacht ermöglicht wird. Es ist deshalb auch fraglich, ob man Erfinderpateute als Marktzutrittsschranke 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 Abb. 1).

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

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:

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

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:

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 Abb. 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 Abb. 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 optimale Höchstpreis liegt auf der Strecke DC, 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 Abb. 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 Innovations-

kette bei der Ausgestaltung des Patentrechts berücksichtigt werden. Da der Erfinder positive externe Effekte – in Form darauf aufbauender Neuerungen – erzeugt, sollten seine Anreize durch einen umfassenden Patentschutz positiv beeinflusst werden.¹⁶ Das ist allerdings eine zweiseitige 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 Vetoposition.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 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-These, 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

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 Informations-

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 Abb. 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 (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.

gütern führen kann. Das Phänomen hat Ähnlichkeiten mit dem der Doppel-Marginalisierung in vertikal verknüpften Märkten.

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

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 Schutzzumfang 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 – Verschwendung 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 Schutzzumfang 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

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.

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 Spieler 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 2005 a). 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

²²⁾ Siehe dazu Makowski, Ostroy 2001: 479-535; Schmidtchen: 2005 a.

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 Potential zur Wettbewerbsbeschränkung zu schließen. Die moderne Wettbewerbstheorie stützt ein solches Vorgehen nicht. Vielmehr muß im Einzelfall geprüft werden, ob die Wirkungen eines Verhaltens wettbewerbslich 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 2006 in diesem Band).

Effekte müssen auch geprüft werden, wenn es um die wettbewerbspolitische Veränderung von Zuständen geht. Die Frage lautet hier: Ist die Veränderung wettbewerbslich oder nicht? Um ein Beispiel zu bringen: Ein Unternehmen möge eine Monopolstellung am Markt besitzen und den Monopolverginn 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.

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 Schutzzumfang), 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 legitimer 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 sollte. 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 verfehlen 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 ent-

werten. 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 Schutzzumfang berücksichtigt. Gewiß, die Wettbewerbsbehörden haben ex post einen besseren Informationsstand als die Instanzen, die die Property-rights ex ante festlegten: 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 getätigt – 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 (wertschöpfungsverringende) 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.²³

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 vorgelegte 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).

²³ Die folgenden Ausführungen basieren im wesentlichen auf dem Beitrag von Régibeau/Rockett 2004; siehe auch OECD 1989.

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.

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 Patentbesitzes 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 Lizenzen als Hebel zur Schaffung von eigentumsrechtlich nicht legitimer 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 Lizenzen 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;²⁴
3. die Verweigerung höchstwahrscheinlich einen nachteiligen Einfluß auf den Wettbewerb hat;
4. die Verweigerung nicht objektiv gerechtfertigt ist (siehe European Commission 2005, Rdn. 239).

²⁴ 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 Verbrauchernachfrage besteht. Das lizenzierte neue Wissen muß nicht in ein klar abgrenzbares neues Produkt integriert werden, es kann auch Forschungs- und Weiterentwicklungszwecken dienen (siehe *European Commission* 2005, Rdn. 240; sowie *Wirtz/Möller* 2006: 232 f.).

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).²⁵

- 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 von A. Die Lizenz-

²⁵ Das Folgende orientiert sich im wesentlichen an der Argumentation von Régibeau/Rockett 2004 und OECD 1989.

gebühren 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 Lizaustausch stellt eine Geiselnahme 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 Transaktionskosten 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.²⁶ Häufig sind wechselseitige Lizenzierungen und die Bildung von Patentpools Gegenstand des Vergleichs, so daß auf die oben genannten wettbewerbsspolitischen Konsequenzen verwiesen werden kann. Hinzu kommen drei weitere Faktoren (siehe Régibeau/Rockett 2004: 41 f.), die wettbewerbsspolitische Bedenken gegen Vergleiche rechtfertigen: Während des Gerichtsstreits wäre die Markttrivalität 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 (sogenannte Grant-backs). Die Ver-

²⁶ Jüngstes Beispiel ist der Vergleich zwischen Schwarz Pharma und Pfizer (siehe o. V., F.A.Z. 2006).

träge 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).

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

- Exklusive Lizenzen

Exklusive Lizenzen werden nicht an jeden Interessierten vergeben, sondern an eine handverlesene kleine Schar – im Zweifel an einen Einzigen. Aus der exklusiven Vergabe von Lizenzen wird manchmal geschlossen, daß diese Praxis den Wettbewerb beschränke. Dies kann, muß aber nicht der Fall sein. Exklusive Lizenzen 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 prowettbewerblich (siehe Abbott 2005: 10).

Wettbewerbspolitische Bedenken rühren 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. Allerdings ist der Schutzzumfang 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 akzeptable.

bel, 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 Umfangs 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.²⁷

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 prozesualer Marktmacht sein. Folgt man Hayek und der modernen Theorie der Märkte bei unvollkommener Information, dann besteht eine wesentliche Leistung des Wettbewerbs darin, über

²⁷ Eine spieltheoretische Analyse dieser Einschränkung des Eigentumsrechts findet man in *Schmidtchen/Koboldt* 1994.

den Aufbau von Reputation einen Beitrag zur Lösung des Informationsproblems zu leisten (siehe Weizsäcker 2005: 52 f.). 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).

V. 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 aus Effizienzgründen erforderliche prozessuale Marktmacht dazu benutzt wird, 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, Grantbacks, 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 Régibeau/Rockett 2004: 30 f.):²⁸

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 Schutzzumfang 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

²⁸ Diese Prinzipien decken sich weitgehend mit den im Referat *Ohly* 2006 enthaltenen Thesen.

aus Eigentum an materiellen Gütern, dann würden die Investitionsanreize verzerrt und die optimale Allokation der Ressourcen verhindert.

Literaturverzeichnis

- 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., G. Parchomovsky (2005): Intellectual Property Law and the Boundaries of the Firm, New York University Law and Economics Working Papers, No. 18.
- Brandenburger, A., B. Nalebuff (1996): Co-opetition – kooperativ konkurrieren. Mit der Spieltheorie zum Unternehmenserfolg, Frankfurt/M.
- Brickley, J., C. Smith, J. Zimmerman (2001): Managerial Economics and Organizational Architecture, sec. ed., Boston et. al.
- Buchanan, J., W. Stubblebine (1962): Externality, *Economica*, 29: 371 – 384.
- Carlton, D., J. Perloff (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., M. Katz (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., M. Kamien (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., M. Lemley (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., C. Shapiro (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, M., C. Shapiro (1985): On the Licensing of Innovations, in: Rand Journal of Economics, vol. 16: 505 – 520.
- Katz, A. (2005): Intellectual Property, Antitrust, and the Presumption of Market Power: Making Sense of Alleged Nonsense, <http://law.bepress.com/alea/15th/art8>.
- Kirchner, Chr. (1994): Patentrecht und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ott, C., H.-B. Schäfer, (Hrsg.): Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Tübingen: 157 – 185.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2001): Do Artists Benefit from Resale Royalties? An Economic Analysis of a New EU Directive, in: Deffains, B., F. Kirat (Hrsg.): Law and Economics in Civil Law Countries, Amsterdam et. al.: 231 – 248.
- Kirstein, R., D. Schmidtchen (2002): Eigennutz als Triebfeder des Wohlstands – die invisible hand im Hörsaal-Experiment sichtbar gemacht, in: ORDO, Bd. 53: 227 – 240.
- Kirstein, R. (2006): Comment: Market versus Contests for the Provision of Information Goods, in: Albert, M., D. Schmidtchen, St. Voigt (eds.): Scientific Competition, Theory and Policy, Conferences on New Political Economy, vol. 24, Tübingen (erscheint demnächst).
- Klemperer, P. (1990): How broad should the scope of patent protection be?, in: RAND Journal of Economics, 21(1): 113 – 130.
- Koboldt, Chr., D. Schmidtchen (1991): Copyrights: A und O in Literatur und Musik?, in: ORDO, Bd. 42: 295 –
- Koboldt, Chr. (1994): Property rights und Urheberschutz, in: Ott, C., H.-B. Schäfer (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.
- Kolmar, M. (2006): Markets versus Contests for the Provision of Information Goods, in: Albert, M., D. Schmidtchen, St. Voigt (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., R. Posner (2003): The Economic Structure of Intellectual Property Law, Camb./Mass. [Harvard University Press].

- Lanjouw, J., M. Schankerman (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.
- Makowski, L., J. Ostroy (2001): Perfect Competition and the Creativity of the Market, in: Journal of Economic Literature, June, vol. XXXIX, No. 2: 479 – 535.
- Milgrom, P., J. Roberts (1992): Economics, Organization and Management, Englewood Cliffs.
- Nordhaus, W. (1969): Invention, Growth and Welfare, Camb./Mass. [MIT Press].
- OECD (1989): Competition Policy and Intellectual Property Rights, Paris.
- Ohly, A. (2006): 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., K. Rockett (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., Chr. Koboldt (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., Chr. Koboldt, R. Kirstein (1998): Rechtsvereinheitlichung beim „droit de suite“? Ökonomische Analyse des Richtlinienentwurfs der Europäischen Kommission, in: Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, Tübingen: 774 – 799.
- Schmidtchen, D., R. Kirstein (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., R. Kirstein (2003): Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ORDO, Bd. 54: 75 – 92.
- Schmidtchen, D. (2005 a): Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 9 – 41.
- Schmidtchen, D. (2005 b): Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 173 – 179.
- Schmidtchen, D. (2005 c): 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.
- 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 Patens with Compulsory Licensing, in: *Journal of Political Economy*, 90: 470 – 486.
- Valkonen, S., L. White (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., S. Möller (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.

Abschlußreferat:

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

Drei Problemkomplexe beherrschten den Verlauf der Tagung: (1) Theorie und Empirie geistiger Eigentumsrechte; (2) die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums; (3) die Funktionsfähigkeit des „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik.

(1) 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 Schutzzumfang. 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 Schutzzumfang, die eine erforderliche Belohnung für den Kreator 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 Schutzzumfang gibt (siehe dazu das Einleitungsreferat Schmidtchen 2006 b in diesem Band).

Auf der Konferenz wurde von Praktikern sowohl die Bedeutung der Schutzdauer wie des Schutzzumfangs 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 2006 b in diesem Band). Ein zu großer Schutzzumfang kann die Schaffung neuer Informationsgüter erschweren, weil der Rechtsinhaber leichter Verstöße gegen sein Recht geltend machen kann. Ein zu feinkörniger Schutzzumfang kann aber ebenfalls Innovationen behindern, weil zur Schaffung neuer Informationsgüter die Nutzung einer Vielzahl separat geschützter Informationsgüter erforderlich ist. Jeder einzelne Rechtsinhaber hat dann eine Vetoposition 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 2006 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 Wetttrüstens 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.

(2) 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 2006 b in diesem Band; siehe auch Ohly 2006 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 2006 in diesem Band).

Diese Interpretation deckt sich weitgehend mit der im Einleitungsreferat (Schmidtchen 2006 b) 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. 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, Rechtsver-

gleichen 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.):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. Regulatorischer Opportunismus ist kontraproduktiv.
2. Das Wettbewerbsrecht sollte sich nur für die Schaffung restriktiver Marktmacht, nicht aber für die Schaffung dynamischer (prozessualer) Marktmacht interessieren. 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 Schutzzumfang 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.

²⁹ Diese Prinzipien decken sich weitgehend mit den im Referat *Ohly* 2006 enthaltenen Thesen.

(3) 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 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. Vielmehr muß in jedem Einzelfall 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 Schmidtchen 2005 a, b, c; 2006 a).

Die wettbewerbspolitische Beurteilung unternehmerischen und staatlichen Handelns anhand einer genauen 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. 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 wettbewerbslichen Effekte durch Effizienzgewinne ausgeglichen werden. In solchen Fällen sollte die Wettbewerbspolitik nicht Per-se-Regeln, sondern einem „rule-of-reason“-Standard folgen; wobei allerdings ein dirigistischer Aktivismus und ein „fine-tuning“ vermieden werden sollten.

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) geächtet. 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 Marktergebnisse 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.³⁰

Performance-Tests sind gewiß nicht einfach, und es ist aus verschiedenerlei Gründen verständlich, daß Kartellbehörden und Gerichte Struktur- und Verhaltenstests 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. (2006): Immaterialgüterrechte und die technische Kontrolle von Komplementär-
märkten (in diesem Band).

³⁰ *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 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.

- 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. (2006): Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht – Konflikt oder Symbiose (in diesem Band).
- Régibeau, P., K. Rockett (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.
- Schmidtchen, D. (2005 a): Effizienz als Leitbild der Wettbewerbspolitik: Für einen „more economic approach“, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 9 – 41.
- Schmidtchen, D. (2005 b): Abschlußreferat: Die Neue Wettbewerbspolitik auf dem Prüfstand, in: Oberender, P. (Hrsg.): Effizienz und Wettbewerb, Berlin 173 – 179.
- Schmidtchen, D. (2006 a): Der “more economic approach” in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 1: 6 – 17.
- Schmidtchen, D. (2006 b): Die Beziehung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Recht geistigen Eigentums – Konflikt, Harmonie oder Arbeitsteilung? (in diesem Band).
- Schmidtchen, D. (2006 c): Fehltriteile über den „more economic approach“ in der Wettbewerbspolitik, in: Wirtschaft und Wettbewerb, WuW, Heft 7/8.