

## Besprechung / Compte rendu

### Immaterialgüterrechte und der relevante Markt

ALFRED FRÜH

#### Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation

Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Bd. 181

Carl Heymanns Verlag, Köln 2012, XXIV+512 Seiten, EUR 134.–, ISBN 978-3-4522-7746-6

Seit SCHUMPETER unterscheidet man zwischen Invention, Innovation und Imitation: Am Anfang stehen Forschungs- und Entwicklungsleistungen, die – geplant oder ungeplant – zu Produkt- oder Prozessfindungen führen, die sodann in den wirtschaftlichen Kreislauf eingeführt werden. Am Ende stehen neue oder dank der besseren Prozesse zumindest billigere Produkte. Die Innovationen werden sodann von anderen Unternehmen übernommen. Welche Märkte sind in dieser Wertschöpfungskette kartellrechtlich relevant? ALFRED FRÜH untersucht in seiner von RETO M. HILTY betreuten Dissertation die hergebrachten Kategorien und lotet ihre Brauchbarkeit aus. Anerkannt ist die Existenz von Produkt- und Technologiemarkten. Das Konzept des Innovationsmarkts ist hingegen weniger gesichert. Sollten Kooperationen und Konzentrationen wegen überlappender Forschungsaktivitäten eingeschränkt werden, auch wenn nicht klar ist, ob die Forschung erfolgreich sein wird, oder zur Entstehung welcher Produkte oder Prozesse sie führen wird? Auswirkungen auf Innovationsanreize werden deshalb in der kartellrechtlichen Praxis häufig nicht autonom, sondern in Bezug auf die nachgelagerten Technologie- und Produktmärkte geprüft. Etwas anderes gilt, wenn wegen des hohen Innovationsgrads ein Bezug zu existierenden Technologie- oder Produktmärkten nicht mehr besteht. Der Verfasser deckt die zahlreichen Widersprüche auf, die das geltende Recht und die Diskussion prägen. Er plädiert für die Annahme eigenständiger Produkt-, Technologie- und Innovationsmärkte und gründet seine Überlegungen auf eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Begriff des Marktes in historischer und ökonomischer Perspektive. Er diskutiert die verschiedenen Marktkonzepte, insbesondere das Bedarfsmarktkonzept und den hypothetischen Monopolistentest und räumt letzterem den Vorrang ein. Die Studie basiert im Wesentlichen auf EU- und US-Recht; das schweizerische Recht, das die Bürde des Art. 3 Abs. 2 Kartellgesetz trägt, wird an den geeigneten Stellen eingeflochten. Die Analyse ist allgemeingültig und lässt sich auf andere Rechtsordnungen übertragen. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf dem Kartell- und Immaterialgüterrecht, wobei der ökonomischen Durchdringung zu Recht ein hoher Stellenwert beigemessen wird.

Die Untersuchung überzeugt durch ihre gedankliche Tiefe, ihre logische Stringenz und die grosse Belesenheit; sie ist brillant geschrieben und zu Recht preisgekrönt. Der Verfasser ordnet die Problematik in den allgemeinen Rahmen ein. Hierzu untersucht er die dogmengeschichtliche Entwicklung des Verhältnisses von Immaterialgüter- und Kartellrecht, wobei er anschaulich macht, dass der heute ganz überwiegend akzeptierten Komplementaritätsthese die genaue Ausgestaltung des Ergänzungsverhältnisses zwischen den beiden Rechtsgebieten noch nicht zu entnehmen ist. Er begnügt sich deshalb nicht mit der Herausarbeitung der Grundlagen, sondern fügt dem Allgemeinen einen Besonderen Teil hinzu, in dem er aus kartell- und immaterialgüterrechtlicher Sicht wichtige Anwendungsfälle analysiert. So geht er auf zahlreiche Fragen des Lizenzkartellrechts und der Zwangslizenzen ein und legt originelle Deutungen wichtiger Missbrauchsfälle vor. So steht er der im Europäischen Kartellrecht entwickelten Eingriffsvoraussetzung der «aussergewöhnlichen Umstände» für immaterialgüterrechtliche Fälle ablehnend gegenüber und arbeitet heraus, dass der Microsoft-Fall einer solchen Begründung nicht bedurft hätte, wenn zwischen den verschiedenen Marktebenen unterschieden worden wäre. Auch für Kontrahierungszwang in Bezug auf standardessenzielle Patente bevorzugt er überzeugend eine Weiterentwicklung der Lehre von der Lieferverweigerung und der Hebelwirkung, statt neue Kriterien zu schaffen.

Was die immaterialgüterrechtliche Seite betrifft, so schliessen nach einer verbreiteten Formel die Rechte des geistigen Eigentums Imitationswettbewerb aus, um Substitutionswettbewerb zu fördern.

Konkurrenten dürfen eine patentgeschützte Maschine nicht nachbauen, sondern müssen eine neue Maschine entwickeln, die das Patent nicht verletzt, aber einen brauchbaren, im Idealfall sogar besseren Ersatz für das existierende Produkt darstellt. Der Verfasser stellt auf der Grundlage dieses Zusammenhangs die These auf, dass Immaterialgüterschutz immer dann dysfunktional sei, wenn Substitutionswettbewerb gar nicht möglich ist, z.B. bei Schlüsselgegenständen. Das Kartellrecht könne hier korrigierend eingreifen; es sei aber vorrangig die Aufgabe des Immaterialgüterrechts selbst, durch interne Schranken solche Dysfunktionalitäten auszuräumen oder zu minimieren. Der Autor geht diesem Grundsatzproblem in zahlreichen Verästelungen nach, wobei er der Anreizfunktion des Immaterialgüterrechts zu Recht einen hohen Stellenwert einräumt. Trotz aller Massnahmen zur Entschärfung der Unstimmigkeit bleibt aber am Ende das Kernproblem übrig: Ist eine immaterialgüterrechtlich begründete Alleinstellung dysfunktional, weil im konkreten Fall kein Substitutionswettbewerb möglich ist und auch durch geeignete Ausnahmen und Begrenzungen nicht hergestellt werden kann? Der Verfasser arbeitet heraus, wie das Kartellrecht hier für Linderung sorgen kann, ohne die Innovationsanreize übermässig zu beschneiden.

Dieser Zusammenhang führt zur These des Buchs, bei der wohl der grösste Diskussionsbedarf besteht. Der Verfasser betrachtet das Kartellrecht als ein überwiegend statisches Instrument, dem das Immaterialgüterrecht eine dynamische Sichtweise gegenüberstelle. Auch wenn man, wie vom Verfasser so anschaulich entwickelt, die verschiedenen Ebenen Produktmarkt, Technologiemarkt und Innovationsmarkt anerkennt, ändere sich hierdurch am statischen Charakter des Kartellrechts nichts, da die verschiedenen Marktebenen immer nur punktuell betrachtet würden. Übertragen in die Sprache der Mikroökonomie traut der Verfasser dem Kartellrecht also höchstens eine komparativ-statische, nicht aber eine dynamische Herangehensweise zu. Er verweist hierfür auf die Schwierigkeiten bei der Operationalisierung des Begriffs der dynamischen Effizienz im Kartellrecht. Dem Verfasser ist zuzugestehen, dass hier ein wunder Punkt liegt. Bei näherer Betrachtung sind die Defizite des Kartellrechts beim Umgang mit dem Begriff der Effizienz aber allgemeiner Natur. So herrscht Uneinigkeit, ob bei der Bestimmung der Effizienz auf die Gesamtwohlfahrt oder auf die Konsumentenwohlfahrt abzustellen ist, und ob der Bezugspunkt die ganze Welt, das eigene Land oder der eigene Integrationsverbund sein soll. Insbesondere in der Schweiz wird diskutiert, ob der Begriff der Effizienz im kartellrechtlichen Zusammenhang volkswirtschaftlich und/oder betriebswirtschaftlich zu bestimmen ist. Auch in Bezug auf den Begriff der statischen Effizienz bestehen also Unklarheiten. Was das Denken in Zeitachsen betrifft, so ist darauf zu verweisen, dass anerkannte Denkfiguren das Kartellrecht entscheidend dynamisiert haben. So lässt sich der traditionelle Begriff des Leistungswettbewerbs, der in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Renaissance erlebt, gut einsetzen, um nicht nachhaltige Verhaltensweisen von Marktbeherrschern zu identifizieren und zu unterbinden. So lässt sich häufig sehr einfach sehen, ob wirtschaftliche Macht eingesetzt wird, um bestehende Marktmacht zu sichern und benachbarte Märkte zu erobern, oder ob durch bessere Qualität oder bessere Preise gepunktet werden soll. Über allem steht die Mahnung des Gerichtshofs, dass nicht der (statische) Blick auf die Konsumentenwohlfahrt im Mittelpunkt steht, sondern dass auch gerade der Wettbewerb als solcher zu sichern ist. Dem folgen auch die Missbrauchsfälle, insbesondere Microsoft und Intel, wo es im Kern darum geht, dass die beherrschten Märkte angreifbar und die benachbarten Märkte trotz oder gerade wegen der Marktbeherrschung offen bleiben müssen. Wenn auch auf der theoretischen Ebene die Operationalisierung des dynamischen Aspekts Schwierigkeiten bereitet, so hat die kartellrechtliche Praxis doch ein bemerkenswertes Gespür dafür entwickelt, wo Schutzrechte im Interesse der mittel- oder langfristigen Auswirkungen einmal zurückzustehen haben. Dabei werden nicht nur die Auswirkungen auf die Innovationsanreize Dritter in Ansatz gebracht, sondern auch die Konsequenzen für die Innovationsanreize des Marktbeherrschers selbst.

Der dynamische Charakter des Kartellrechts wird häufig am Beispiel der Fusionskontrolle mit ihrer besonderen Zukunftsbezogenheit veranschaulicht. Erforderlich ist hier eine genaue Untersuchung der Marktzutrittsschranken, des potenziellen Wettbewerbs und der Entwicklung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts. Diese Kategorien sind aber nicht auf die Fusionskontrolle beschränkt. Auch beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ist der Entwicklung des Marktes in der Zukunft hohe Aufmerksamkeit zu schenken. Das Kartellrecht muss also alle Funktionen des Wettbewerbs im Auge behalten, zu denen neben der statischen Allokationsfunktion auch die dynamischen Funktionen der Anpassungsflexibilität und des technischen Fortschritts gehören. Es lässt sich ausserdem die Frage stellen, ob in Bezug auf die Zeitachse das Immaterialgüterrecht nicht ähnliche Schwierigkeiten wie das Kartellrecht hat: Sicherlich stellen die Anreizwirkung und das Innovationsziel des Immaterialgüterrechts wichtige dynamische

Elemente dar. Das Bedürfnis nach uniformer Definition privater Verfügungsrechte und ihrer Schutzdauer ist aber eher statisch. Daraus folgt, dass die Komplementarität beider Rechtsgebiete sehr tief reicht: Auf ihre Art und Weise zielen sowohl Immaterialgüterrecht als auch Kartellrecht auf die Hervorbringung von Innovationen. Die Gemeinsamkeiten überwiegen die Unterschiede: Spannungen zwischen beiden Rechtsgebieten im Einzelfall müssen unter Beachtung dieses Hintergrunds aufgelöst werden, ohne dass eine Arbeitsteilung zwischen Statik und Dynamik erfolgt.

Die Ausführungen machen den hohen Inspirationsgrad des Buchs deutlich. Viele andere Fragestellungen liessen sich anführen, z.B. die umsichtige Analyse der immaterialgüterrechtlichen Regelungsinstrumente, deren spezifischer Zweck der Ausgleich von Ausschliesslichkeitsrecht und Markt ist. Die Untersuchung hat einen klar definierten Gegenstand, nämlich die Definition der relevanten Märkte in technologiebezogenen Umgebungen. Aufgrund der Tiefe des Ansatzes geht sie aber weit darüber hinaus: ALFRED FRÜH hat eine Grundlagenschrift zum Verhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht vor dem Hintergrund technologischer Innovation vorgelegt. Wissenschaft und Praxis werden gut daran tun, hierauf aufzubauen.

*Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich*