

Geistiges Eigentum und Kartellrecht¹

Von Wiss. Referent Dr. Rupprecht Podszun, München

In der kartellrechtlichen Praxis werden immer häufiger Fälle relevant, in denen Immaterialgüterrechte, etwa Patent, Urheberrecht oder Marke, eine Rolle spielen. Die Schnittstellen von Kartellrecht und Recht des Geistigen Eigentums sind damit in den Fokus gerückt. Dies schlägt sich auch in den Prüfungen zum Schwerpunktbereich nieder. Entsprechende Fallgestaltungen ermöglichen Fragen zu den verschiedenen Rechtsgebieten, die im Schwerpunktbereich zusammengefasst sind.

I. Einführung

1. Ausgangsfall: *Magill*

Das Unternehmen *Magill* möchte eine wöchentliche Fernsehschrift für Irland produzieren, in der die Fernsehprogramme

der unterschiedlichen TV-Sender veröffentlicht werden. Bislang haben die TV-Sender ihre Programme unabhängig von einander veröffentlicht. Die Programmlisten genießen in Irland urheberrechtlichen Schutz. Die Sender verweigern *Magill* eine Lizenz zum Abdruck des Programms. Was kann *Magill* tun?

Der vom EuGH entschiedene *Magill*-Fall² ist ein Klassiker des

¹ Der Autor ist Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München sowie Lehrbeauftragter an der dortigen Ludwig-Maximilians-Universität. Er dankt Fredi Früh und Robert Kordic für wertvolle Anregungen sowie den Studenten des Institute of Law for Science and Technology an der National Tsing Hua University, Taiwan.

² Vgl. EuGH, Rs C-241 & 242/91 P, Slg. 1995, I-743 – *MAGILL*. Vgl. GÖTTING

Lizenzkartellrechts – ein Fall, in dem die Wertungen des Urheberrechts auf die des Kartellrechts treffen. Das Urheberrecht verleiht den TV-Sendern die Möglichkeit, andere von der Nutzung der Sende-Informationen auszuschließen. Indem sie dieses Ausschlussrecht durchsetzen, kann eine umfassende Fernsehprogrammzeitschrift nicht erscheinen. Das unternehmerische Projekt von Magill wird unmöglich, und die irischen Fernsehzuschauer müssen auf ein Nebenprodukt zum Fernsehgeschäft verzichten. Ihre (potentielle) Nachfrage wird also nicht befriedigt, obwohl es ein dazu passendes Angebot geben könnte. Die vorhandenen Ressourcen in der Volkswirtschaft werden nicht optimal ausgenutzt, was zu einem Wohlfahrtsverlust führt. Irland würde wirtschaftlich davon profitieren, wenn es diesen Produktmarkt geben würde. Diese ökonomische Erwägung findet ihren Ausdruck im Kartellrecht, das grundsätzlich dafür steht, Märkte offen zu halten. Die Eröffnung dieses Produktmarkts steht aber in Konflikt mit den Eigentumsrechten der Fernsehsender, die gleichfalls rechtlich geschützt sind.

Der Gerichtshof hat die Lizenzverweigerung als unzulässigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen und damit kartellrechtlich in das Urheberrecht eingegriffen. Zwar gibt es Vertragsfreiheit und insbesondere verleiht das Urheberrecht das Recht, andere von der Nutzung der geistigen Schöpfung auszuschließen. Marktbeherrschende Unternehmen (wie die Fernsehstationen bezüglich ihrer Programminformationen) dürfen ihre Stellung jedoch nicht ausnutzen, um einen Markt komplett abzuschotten. In außergewöhnlichen Umständen müssen daher marktbeherrschende Unternehmen Lizenzen an ihren Eigentumsrechten erteilen. Kartellrecht setzt sich dann gegen Urheberrecht durch – und Magill gegen die Fernsehsender.

2. Immaterialgüterrechtliche Grundbegriffe

Als Immaterialgüterrechte werden absolute Rechte bezeichnet, die an geistigen Leistungen bestehen – es geht also um »geistiges Eigentum« oder »Intellectual Property« (IP). Die wichtigsten Immaterialgüterrechte sind das Patent (geregelt im Patentrecht), das Urheberrecht (Urheberrechtsgesetz) und die Marke (Markengesetz). Die jeweiligen Gesetze nennen die Voraussetzungen für das Bestehen absoluter Rechtspositionen an den geistigen Schöpfungen, definieren deren Reichweite, Schranken und zeitliche Dauer. Sie benennen zudem die formalen Erfordernisse zur Anerkennung der Rechtspositionen. Wie beim Sacheigentum (§ 903 BGB) beinhaltet das geistige Eigentum das Recht, andere von der Benutzung auszuschließen. Der Gesetzgeber erkennt IP-Rechte an, um Innovationen und Investitionen zu fördern. Erfinder und die Schöpfer von künstlerischen Werken erhalten mit Erteilung eines Patents bzw. Anerkennung ihres Urheberrechts einen Anreiz zur kreativen Tätigkeit, da sie im Wege der Lizenzerteilung ihre Arbeiten vermarkten können³. Im Markenrecht wird eine geschäftliche Leistung geschützt⁴.

3. Kartellrechtliche Grundbegriffe

Das Kartellrecht (geregelt im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie in Art. 101 und 102 AEUV und in der Fusionskontrollverordnung (VO Nr. 139/2004, FKVO)) dient dem Schutz des freien Wettbewerbs. In den kartellrechtlichen Regelungen kommen die Grundprinzipien zum Ausdruck, nach denen die marktwirtschaftliche Ordnung funktionieren soll: Unternehmen sollen im Wettbewerb, auf Basis von Preis und Leistung miteinander um den Erfolg beim Verbraucher ringen⁵. Angestrebt wird eine Situation, in denen die Grundbedingungen des Marktes so sind, dass Unternehmen autonom entscheiden können und auch neu in Märkte eintreten können. Unternehmen, die im Wettbewerb stehen, müssen innovativ und effizient sein und Verbrauchern günstige Angebote machen. Das durch das Kartellrecht geschützte Marktprinzip

fördert daher ökonomische Effizienz und damit die volkswirtschaftliche Wohlfahrt.

4. Spannungsverhältnis

Die Prinzipien Eigentum und Wettbewerb stehen in einem Spannungsverhältnis: Immaterialgüterrechte sind absolute Rechte, die dem Inhaber das Recht geben, andere von der Nutzung auszuschließen. Wettbewerb hingegen dringt auf möglichst große Freiheit der unternehmerischen Entfaltung, die eine freie Nutzung der vorhandenen Ressourcen voraussetzt. Insbesondere der Marktzutritt soll offen gehalten werden. Fremde Eigentumsrechte können dem, wie im *Magill*-Beispiel gesehen, entgegen stehen. Die Dichotomie von Ausschlussrecht und Offenheit prägt das Verhältnis der beiden Rechtsgebiete. Allerdings haben beide Rechtsgebiete auch ein gemeinsames Ziel: Sie dienen der Innovationsförderung⁶.

Das Spannungsverhältnis spiegelt sich auf verfassungsrechtlicher Ebene: Immaterialgüterrechte sind sowohl im Europarecht⁷ als auch im Grundgesetz⁸ als Eigentumsrechte geschützt. Ebenso aber ergibt sich der Schutz der Wettbewerbsfreiheit aus europäischem⁹ und nationalem¹⁰ Verfassungsrecht. Wenn kartellrechtliche Grenzen der Immaterialgüterrechte diskutiert werden, geht es letztlich also um die Abwägung verfassungsrechtlich geschützter Grundpositionen.

Das Spannungsverhältnis lässt sich aber auch – entsprechend der Tendenz, Sachverhalte in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen zu analysieren¹¹ – ökonomisch fassen: Es sind demnach die Wohlfahrtsverluste durch die Ausschließlichkeit des IP-Rechts mit den Gewinnen des IP-Rechtsinhabers abzuwägen. Dies wird im Einzelfall kaum durchführbar sein. Dennoch sollte der Blick für die wirtschaftlichen Nachteile geschärft sein, die Verbraucher und Wettbewerber erleiden, wenn ein IP-Recht ausschließlich genutzt wird. Auf der anderen Seite sind die Investitionen seitens des Rechtsinhabers zu würdigen und sein Vertrauen in die wirtschaftliche Kompensation seiner Anstrengungen durch die Schutzrechte.

5. Leitfragen zur Analyse

Für die Auflösung des Spannungsverhältnisses von Kartell- und Immaterialgüterrecht in Konstellationen wie etwa dem *Magill*-Fall lassen sich drei Leitfragen formulieren.

Erstens: Treffen die Inhaber von IP-Rechten im Wettbewerb

JZ 1996, 307; COHEN JEHORAM/MORTELSMAN GRUR Int 1997, 11; MENNICKE ZHR 160 (1997), 626; BOHNE/EBENROTH EWS 1995, 397.

- 3 KRASSER Patentrecht, 6. Aufl (2009), S 37 ff.; SCHACK Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl (2005), Rdn. 2 ff.
- 4 FEZER Markenrecht, 3. Aufl (2001), Einl Rdn. 35 ff.
- 5 EMMERICH Kartellrecht, 11. Aufl (2008), § 1 Rdn. 7 f; LETTL Kartellrecht, 2. Aufl (2007), § 1 Rdn. 1 f.
- 6 Vgl ULLRICH/HEINEMANN in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl (2007), GRUR B Rdn. 42.
- 7 Art. 17 II EU-Grundrechte-Charta, vgl zur Rechtslage nach dem Verfassungsvertrag BROSINGER/FISCHER/FRÜH/JAEGER/POSTL Der Reformvertrag von Lissabon – IP und Wettbewerbsaspekte, 2008, S 4 ff.
- 8 Art. 14 GG, vgl PAPIER in Maunz/Dürig, GG, 53. Aufl (2009), Art. 14 Rdn. 197 ff.
- 9 Vgl ex-Art. 3 I lit g EG, IMMENGA/MESTMÄCKER Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), Einl A Rdn. 1 ff.; zur Rechtslage nach dem Verfassungsvertrag BROSINGER/FISCHER/FRÜH/JAEGER/POSTL Der Reformvertrag von Lissabon – IP und Wettbewerbsaspekte, 2008, S 52 ff. DREXL in von Bogdandy/Bast Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl (2008), S 905 ff.
- 10 Art. 2 I, 12, 14 GG, vgl Mangoldt/Klein/Starck GG I, 4. Aufl (1999), Art. 2 Rdn. 136 f; Art. 12 Rdn. 67; Art. 14 Rdn. 102.
- 11 Insbesondere im Kartellrecht gibt es einen solchen »more economic approach«, vgl IMMENGA/MESTMÄCKER Wettbewerbsrecht EG, 4. Aufl, 2007, Einleitung C Rdn. 28 ff.; KLING/THOMAS Kartellrecht, 2007, § 1 Rdn. 31 ff.; allgemein siehe EIDENMÜLLER Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl (2005); SCHÄFER/OTT Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl (2005).

besondere Verpflichtungen? Solche Pflichten entstehen insbesondere, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung hält. Das Kartellrecht knüpft hier an der Marktmacht der Unternehmen an. Marktmacht kann sich aus einem Schutzrecht ergeben, das ist aber nicht zwingend. Im *Magill*-Fall hat der EuGH die Fernsehsender als marktbeherrschend angesehen: sie hielten jeweils ein ausschließliches Recht auf ihre Programm-Informationen und es gab keine Konkurrenten, die diese Programm-Informationen hätten liefern können. Aus der Marktbeherrschung folgte der EuGH eine Lizenzierungspflicht. Er hat aber – mit Respekt vor dem Immaterialgüterrecht – solche Pflichten auf »außergewöhnliche Umstände« begrenzt¹².

Zweitens: Wurde der Schutz geistigen Eigentums überdehnt? Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass der Schutz geistigen Eigentums inzwischen zu weit geht¹³. Immer trivialere Leistungen, so die Auffassung, würden mit immer größerer Intensität durch Patent- und Urheberrecht geschützt. Der EuGH hat sich in *Magill* nicht dazu geäußert, ob er den Schutz der Programm-Listen mit Hilfe des Urheberrechts für übertrieben hält. Es handelte sich um ein Vorlageverfahren, in dem der nach irischem Recht gewährte Urheberschutz nicht thematisiert wurde. Der EuGH hatte nur die kartellrechtliche Seite zu entscheiden. Es ist aber durchaus denkbar, dass der Gerichtshof Zweifel an der Schutzwürdigkeit des »kreativen Akts« hatte, Programm-Listen zu kompilieren. Nach deutschem Urheberrecht würde diese bloße Zusammenstellung von Informationen nicht die für das Urheberrecht erforderliche Schöpfungshöhe erreichen¹⁴.

Drittens: Wie lassen sich die legitimen Interessen von Inhabern von Immaterialgüterrechten am Schutz ihres geistigen Eigentums auf der einen Seite und die legitimen Interessen von Verbrauchern, Wettbewerbern und der Allgemeinheit am freien Wettbewerb auf der anderen Seite in Ausgleich bringen? Denkbar wäre hier neben der verfassungsrechtlichen Abwägung ein wirtschaftliches Vorgehen, so wie es im Kartellrecht üblich geworden und in Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB auch angelegt ist. Dazu müssten die Effizienzvorteile bestimmter Verhaltensweisen oder Vereinbarungen herausgearbeitet werden und mit den Verbrauchernachteilen abgewogen werden¹⁵. Der EuGH hat in *Magill* keine Aussagen zu diesem Ausgleich gemacht. Wirtschaftlich lässt sich anführen, dass die Investition der Fernsehsender für die Programm-Listen-Erstellung gering gewesen sein dürfte und die diesbezügliche Investition nicht auf den Anreiz zurückzuführen war, dass Copyright-Schutz gewährt wird. Die Verbrauchernachfrage hingegen wurde nicht befriedigt, die Wohlfahrtsgewinne aus der Eröffnung des entsprechenden Marktes blieben der irischen Volkswirtschaft vorzuenthalten. Ein potentiell hohes Verbraucherinteresse stand also einer geringfügigen Investition gegenüber, bei deren Vorname die Aussicht auf urheberrechtlichen Schutz keine Rolle gespielt haben dürfte.

II. IP-Rechte in Fusionsfällen

Die Fusionskontrolle (geregelt auf europäischer Ebene in der FKVO, auf deutscher in §§ 35 ff. GWB) stellt eine präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen dar. Die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt können Unternehmenskäufe untersagen oder mit Auflagen versehen, wenn der Wettbewerb durch den Vollzug der Transaktion wesentlich beeinträchtigt würde (Art. 2 Abs. 3 FKVO) bzw. eine marktbeherrschende Stellung entstehen würde (§ 36 Abs. 1 GWB).

1. Rechtserwerb als Zusammenschluss

*Beispielsfall Warenzeichenerwerb*¹⁶: Das Unternehmen U erwirbt die Marke »Frapan«, die für Alu-Folie und Frischhaltebeutel bekannt ist. Handelt es sich um einen kontrollpflichtigen Zusammenschlussfall?

Fraglich ist, ob schon der bloße Erwerb eines IP-Rechts einen Zusammenschluss darstellen kann. Im europäischen Fusionskontrollrecht ist erforderlich, dass die Kontrolle über einen Teil eines anderen Unternehmens erworben wird (Art. 3 Abs. 1 b FKVO). Die Europäische Kommission sieht den Erwerb von immateriellem Vermögen nur dann als Zusammenschluss an, wenn damit auch ein Geschäftsbereich übertragen wird, dem Umsätze zugerechnet werden können¹⁷.

Das deutsche Recht sieht in § 37 Abs. 1 Nr. 1 GWB vor, dass der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens zu einem wesentlichen Teil als Zusammenschlussbestand genügt. So wurde der Erwerb der Marke »Frapan« geprüft, da die Marktstellung des Markeninhabers bei Alu-Folie und Frischhaltebeuteln im Wesentlichen von der Bekanntheit dieses Warenzeichens abhing¹⁸. Der bloße Erwerb einer Lizenz genügt allerdings nicht – es muss das Vollrecht übertragen werden. Dies hat der BGH im Fall *National Geographic* entgegen der Auffassung des Bundeskartellamts entschieden¹⁹: Das Amt hatte es als anmeldepflichtigen Zusammenschluss angesehen, dass ein Verlag die Lizenz erworben hatte, eine deutschsprachige Ausgabe der Zeitschrift *National Geographic* herauszugeben.

2. IP-Rechte und Marktbeherrschung

*Beispielsfall Hörgeräte*²⁰: Das Bundeskartellamt prüft den Erwerb des Unternehmens G durch das Unternehmen P und gibt diesen frei. Beide Unternehmen produzieren Hörgeräte. P hält gemeinsam mit zwei anderen großen Hörgeräteherstellern 80% der Marktanteile für Hörgeräte in Deutschland. P hat mit diesen beiden Unternehmen zudem seine Patente in einen gemeinsamen Pool eingebracht. G hat zwar nur geringe Marktanteile, ist aber besonders stark in der Grundlagenforschung und hält hier einige Patente. Der Wettbewerber H will gegen die Freigabe klagen mit der Begründung, der Zusammenschluss verstärke die marktbeherrschende Stellung von P auf dem deutschen Markt für Hörgeräte. P und die zwei anderen großen Unternehmen würden nämlich ein Oligopol bilden, das durch den Erwerb weiterer Patente gestärkt würde. Hat die Klage von H Aussicht auf Erfolg?

Bei der materiellen Beurteilung werden IP-Rechte in ihrer Wirkung für die Marktstellung berücksichtigt. Patent oder Urheberrecht bedeuten noch nicht per se, dass ein Unternehmen marktmächtig ist²¹. Ebenso wenig bilden patentgeschützte Produkte oder Technologien automatisch einen eigenen Markt²². Vielmehr ist zu prüfen, ob es alternative Technologien, Erfindungen oder Werke gibt, auf die die Abnehmer zugreifen können. Es wird also getreu dem Bedarfsmarkt-konzept²³ geprüft, ob Austauschbarkeit (Fachbegriff: Substituierbarkeit) mit anderen

¹² EuGH, Rs C-241 & 242/91 P, Slg 1995, I-743, Tz 50 – *MAGILL*.

¹³ Vgl HILTY in Ohly/Klippel Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit?, 2007, S 107 (144); OHLY GRUR Int 2008, 787 ff.

¹⁴ SCHACK Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl (2007), Rdn. 259 f, 665 f.

¹⁵ Siehe auch Europäische Kommission, Mitteilung zu den Prioritäten bei der Anwendung von Art. 82 EG, ABl C 45 v 24. 2. 2009, S 7, Tz 28.

¹⁶ Vgl BGHZ 119, 117 = WuW/E BGH 2783 – *Warenzeichenerwerb*.

¹⁷ Europäische Kommission, Konsolidierte Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen gemäß der FKVO, ABl C 43 v. 21. 2. 2009, S 10, Tz 24.

¹⁸ BGHZ 119, 117 = WuW/E BGH 2783 – *Warenzeichenerwerb*.

¹⁹ BGHZ 170, 130 = WuW/E DE-R 1979 – *National Geographic I*.

²⁰ Vgl Bundeskartellamt WuW/E DE-V 1365 – *Phonak/GN Resound*; vgl OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 – *Phonak/GN Resound*.

²¹ Vgl ULLRICH/HEINEMANN in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl (2007), GRUR B Rdn. 42; LÜBBERT in Wiedemann Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl (2008), § 25 Rdn. 2.

²² Vgl MÖSCHEL in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), Art. 82 Rdn. 246.

²³ Vgl BECHTOLD/BOSCH/BRINKER/HIRSBRUNNER, EG-Kartellrecht, Art. 82 Rdn. 7; VON WALLEMBERG Kartellrecht, 3. Aufl (2007), Rdn. 60.

Technologien oder Produkten gegeben ist. Dann gibt es auch Wettbewerb.

Durch den Zusammenschluss kann aber eine wettbewerbliche Situation eintreten, in der das neu entstehende Unternehmen mit Hilfe seiner IP-Rechte den Wettbewerb dominieren kann. IP-Rechte sind dann vor allem als Marktzutrittschranken einzustufen²⁴. In solchen Fällen kommt es vor, dass der Zusammenschluss gerade wegen seiner Wirkungen im Bereich des geistigen Eigentums untersagt oder mit Auflagen versehen wird²⁵. In diesem Sinne wurde auch der Beispielsfall vom Bundeskartellamt geprüft: Besonders in forschungsintensiven Branchen können die Verfügbarkeit von Know How und der Erwerb von Patenten so bedeutsam sein, dass eine marktbeherrschende Stellung damit abgesichert wird, selbst wenn die Marktanteilsaddition an sich unproblematisch wäre.

Zu beachten ist, dass die Lizenzerteilung selbst einen eigenen Markt darstellen kann²⁶: Denkbar ist, dass Hörgerätehersteller von Wettbewerbern Lizenzen für die Nutzung von Patenten zur Herstellung der Hörgeräte nachfragen. Dann gibt es einen eigenen, vom eigentlichen Produktmarkt unabhängigen Markt für Lizenzen. Diese Marktsegmentierung, die zu zwei separaten Märkten führt, ist nicht nur bei der Fusionskontrolle bedeutsam, sondern auch bei Missbrauchsfällen, in denen es um eine Hebelwirkung zwischen verschiedenen Märkten geht.

3. Lizenz-Erteilung als Abhilfemaßnahme

*Beispielsfall Fungizid*²⁷: Das Chemieunternehmen C will Wettbewerber B das Geschäft mit einigen Pflanzenschutzmitteln abkaufen. B will den Geschäftsbereich nur als Paket verkaufen. C hat allerdings bei Fungiziden zur Behandlung von Weizen hohe Marktanteile und hält Patente auf zwei wichtige Wirkstoffe. Das Patent auf den dritten Wirkstoff hält B. Eine Kombination der Wirkstoffe ist wichtig, um Resistenzen ausgleichen zu können: Wer mehrere Wirkstoffe anbieten kann, ist für Abnehmer wesentlich attraktiver. Was können die Parteien tun, um dennoch eine Freigabe für den Zusammenschluss zu erhalten?

In zahlreichen Fusionsfällen haben die beteiligten Unternehmen die Bedenken der Wettbewerbshüter ausgeräumt, indem sie Auflagen oder Bedingungen akzeptiert haben bzw. Zusagen gemacht haben (Art. 8 II FKVO, § 40 III GWB). Eine typische Abhilfemaßnahme ist die Verpflichtung, Rechte zu lizenzieren, auch wenn dies praktische Schwierigkeiten nach sich zieht²⁸. Der Beispielsfall wurde vom Bundeskartellamt unter der Bedingung freigegeben, dass einem anderen Unternehmen eine umfassende exklusive Vertriebslizenz für die patentgeschützten Wirkstoffe eingeräumt wird.

III. IP-Rechte und Kartellverbot

Das Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) sieht vor, dass Unternehmen keine wettbewerbsbeschränkenden Absprachen treffen dürfen. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Absprache Effizienzen generiert, die angemessen an Verbraucher weitergegeben werden. Die Absprache muss für die Effizienzgewinne unerlässlich sein und darf nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs führen (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB). Typischer Fall eines verbotenen Kartells ist eine Preisabsprache zwischen Wettbewerbern. Geprüft werden aber etwa auch Vertikalvereinbarungen zwischen Herstellern und Händlern, wenn diese Wettbewerbsbeschränkungen enthalten.

*Beispielsfall Testverfahren*²⁹: Die Unternehmen C und H wollen beim Vertrieb ihrer Produkte kooperieren und ihre Forschungs- und Entwicklungszusammenarbeit im Bereich von Testverfahren für Viren koordinieren. C hält ein Patent auf ein Genom, das für den Nachweis bestimmter Viren wichtig ist, H hat eine Polymerasekettenreaktion entwickelt, in der dieses Genom eingesetzt werden kann. Die Unternehmen bitten um anwaltlichen Rat,

welche kartellrechtlichen Grenzen ihrer Zusammenarbeit sie beachten müssen.

1. Verstoß gegen das Kartellverbot

In Vereinbarungen mit Bezug zu IP-Rechten geht es häufig um die gemeinsame Verwertung oder die Lizenzierung³⁰. Da der Umgang mit geistigem Eigentum ein wichtiger Wettbewerbsparameter sein kann, insbesondere in forschungsintensiven, technologiegetriebenen und mediennahen Branchen, können die entsprechenden Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkend wirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn sich ein Unternehmen dahingehend bindet, den Wettbewerbsparameter IP-Recht nicht mehr autonom einzusetzen, sondern sich diesbezüglich mit anderen zu koordinieren. Die wichtigsten Konstellationen lassen sich wie folgt systematisieren:

a) Vereinbarungen zu Forschung und Entwicklung

Unternehmen beschließen, ihre F&E zu koordinieren³¹. Damit beschränken sie den Innovationswettbewerb. Andererseits sind bei Zusammenlegung der Ressourcen auch Entwicklungen möglich, die einem Unternehmen allein nicht gelingen würden.

b) Technologietransfer-Vereinbarungen

Unternehmen erteilen Lizenzen für die Nutzung ihrer Technologien und ihres Know Hows und knüpfen dies ggf. an wettbewerbsbeschränkende Bedingungen³².

c) Standardisierungs-Vereinbarungen

Mehrere Unternehmen einer Branche oder Standardisierungsorganisationen einigen sich auf Standards³³. Hier können vor allem Patente eine Rolle spielen.

d) Kreuzlizenzierungsvereinbarungen und Patent Pools

Bei solchen Konstruktionen sichern sich Unternehmen gegen Patentverletzungsklagen ab, indem sie sich gegenseitig Rechte einräumen oder ihre Patente poolen, also zusammenführen. So ermöglichen sie sich gegenseitig Zugriff auf die Patentrechte. Damit können die Unternehmen besser kooperieren und durch Vermeidung von Patentverletzungsverfahren untereinander Produkte eher zur Marktrealisierung bringen. In Auseinandersetzungen mit Dritten können diesen zudem die Patentrechte anderer Parteien entgegen gehalten werden³⁴.

24 Vgl MÖSCHEL in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), Art. 82 Rdn. 250.

25 Vgl Europäische Kommission Fall M.1671, ABl L 245 vom 14. 9. 2001, Rdn. 107 ff. – *Dow Chemical/Union Carbide*; Europäische Kommission Fall IV/M.623, ABl L 183 vom 23. 7. 1996 – *Kimberly-Clark/Scott*.

26 Vgl ULLRICH/HEINEMANN in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl (2007), GRUR B Rdn. 46.

27 Vgl Bundeskartellamt WuW/E DE-V 801 – *BASF/BayerCropScience*.

28 Vgl Europäische Kommission Mitteilung über zulässige Abhilfemaßnahmen in der Fusionskontrolle, ABl C 267 v 22. 10. 2008, S 1, Tz 37 ff.; siehe WAGEMANN in Wiedemann Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl (2008), § 16 Rdn. 183 ff.

29 Vgl Europäische Kommission Fall COMP/38.152, ABl C 321 v 16. 11. 2001, S 11; PODSZUN ZWeR 2008, 193, 205.

30 Umfassend ULLRICH/HEINEMANN in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl (2007), GRUR B Rdn. 1 ff.

31 Vgl ZIMMER in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), Art. 81 Abs. 1, Rdn. 344; FUCHS in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), FuE-VO; KLAWITTER in Wiedemann Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl (2008), § 13 Rdn. 43 ff.; KLING/THOMAS Kartellrecht, 2007, § 4 Rdn. 88 ff.

32 Vgl FUCHS in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG I, 4. Aufl (2007), TT-VO; SCHROEDER in Wiedemann Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl (2008), § 8 Rdn. 120 ff.; DREXL GRUR Int 2004, 716.

33 Vgl KOENIG/NEUMANN WuW 2009, 382, 387 f; ULLRICH GRUR 2007, 817 ff.; WECK NJOZ 2009, 1177, 1184.

34 Vgl ULLRICH/HEINEMANN in Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht EG II, 4. Aufl (2007), GRUR B, Rdn. 35 f.

e) Verwertungsgesellschaften

Verwertungsgesellschaften sind Organisationen wie GEMA oder VG Wort, die die Ansprüche von Urhebern gebündelt geltend machen³⁵.

2. Freistellung

Entsprechende Vereinbarungen enthalten oft wettbewerbsbeschränkende Klauseln, die aber meist vom Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sind, da ihre wettbewerbsfördernden Wirkungen die nachteiligen überwiegen. Insbesondere können solche Vereinbarungen unter den Voraussetzungen der Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) für Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (VO 2659/2000) und der Technologietransfer-GVO (VO 772/2004) freigestellt sein. Da diese GVO nicht in den gängigen Textsammlungen zum Kartellrecht enthalten sind, müssten die relevanten Passagen in der Klausur ausgegeben werden.

Bei der Prüfung einer Freistellung nach GVO, etwa im Beispielsfall, empfiehlt sich die folgende Prüfungsreihenfolge: Zunächst ist zu prüfen, ob die konkrete Vereinbarung überhaupt in den Anwendungsbereich der GVO fällt. Sodann ist meist auf die in den GVO enthaltenen Marktanteils Grenzen einzugehen. Danach ist zu prüfen, ob die Vereinbarung eine verbotene Kernbeschränkung oder eine sonstige Beschränkung enthält. Fällt die konkrete Vereinbarung nicht unter die GVO (wie häufig bei Standardisierungsvereinbarungen oder Patent Pools), so ist Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB anzuwenden. Soweit die Angaben fehlen, wie im Beispielsfall, müsste der Anwalt diese erfragen oder hypothetisch die wichtigsten Punkte darstellen, die bei Vertragsabfassung zu berücksichtigen sind.

IV. Der Missbrauch von IP-Rechten

Besonders umstritten ist die Rolle von Immaterialgüterrechten im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot³⁶. Gemäß Art. 102 AEUV und § 19 GWB darf eine marktbeherrschende Stellung nicht missbräuchlich ausgenutzt werden. Unternehmen sollen, auch wenn sie mächtig sind, weiterhin auf Basis von Preis und Leistung konkurrieren (Leistungswettbewerb), statt sich auf ihre Marktmacht zu verlassen.

Wie bei der Fusionskontrolle gesehen sind die Inhaber ausschließlicher Rechte nicht immer automatisch marktbeherrschend. Marktbeherrschung kann aber mit einem Immaterialgüterrecht einher gehen. Fraglich ist, wann das Ausschlussrecht missbräuchlich ausgenutzt wird. Im *Magill*-Fall war bereits deutlich geworden, dass es außergewöhnlicher Umstände bedarf, um die aus dem Schutz fließenden Rechte einzuschränken. Es lassen sich vier wichtige Fallgruppen unterscheiden.

1. Missbräuchliche Kopplung

*Beispielsfall Trinkwassersprudler*³⁷: Das Unternehmen S ist marktbeherrschend bei Trinkwassersprudlern, also Geräten, mit denen Leitungswasser karbonisiert werden kann. Die dafür erforderlichen CO₂-Kartuschen müssen regelmäßig nachgefüllt werden. S ist auch im Nachfüll-Geschäft tätig. Auf den Kartuschen hat S seinen Markennamen angebracht. Kleinere Nachfüllunternehmen mahnt S unter Hinweis auf das Markenrecht sofort ab, sobald sie die Kartuschen von S befüllen. Kann sich das Nachfüllunternehmen N dagegen wehren?

In Kopplungsfällen geht es darum, dass ein Unternehmen seine starke Marktposition auf einem Markt auf einen anderen Markt zu übertragen versucht (sog. *leveraging* = Ausnutzen der Hebelwirkung). Hier kann der besondere Schutz von IP-Rechten in zwei Konstellationen auftreten: Zum einen kann die Marktmacht auf dem ersten Markt, dem Primärmarkt, der Stärke des Schutzrechts geschuldet sein. Zum anderen kann ein Schutzrecht benutzt werden, um Primär- und Sekundärmarkt zu koppeln, so

wie im Beispielsfall S sein Markenrecht benutzt hat. Die Kopplung wird als missbräuchlich angesehen, wenn die folgenden vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Es muss sich um zwei eigenständige Produkte handeln, für die ein unabhängiger Bedarf besteht; auf dem ersten Markt muss Marktbeherrschung gegeben sein; der zweite Markt wird durch das Verhalten abgeschottet; und es ist keine Rechtfertigung für das Verhalten gegeben³⁸.

Die Rechtsprechung hat insbesondere eine Rechtfertigung aus dem Ausschlussrecht verneint, wenn das Ausschlussrecht lediglich als Kampfmittel im Wettbewerb eingesetzt wird, aber kein Interesse an den eigentlichen Funktionen des Schutzrechts besteht³⁹.

2. Missbrauch bei Standardisierung

*Beispielsfall Spundfass*⁴⁰: S hält ein Patent auf ein besonderes Spundfass für Chemikalien. Dieses Spundfass hat die chemische Industrie zum Standard erklärt. A verlangt von S eine Lizenz, um das Spundfass ebenfalls herstellen zu können. S hat solche Lizenzen anderen erteilt, verweigert sie aber dem A. Was kann A tun?

Standardisierungsvereinbarungen sind schon deshalb problematisch, weil sie den Innovationswettbewerb beschränken. Wenn ein Patent eine Rolle spielt, kann das Unternehmen, das das Patent hält, den Markt willkürlich abschotten oder den Marktzutritt regulieren. Es entsteht dann ein Markt für die Lizenzierung des zum Standard erhobenen Patents. Auf diesem Markt ist das Unternehmen Monopolist. Es darf daher gemäß Art. 102 AEUV und § 19 GWB nicht willkürlich – missbräuchlich – den nachgelagerten Markt abschotten oder einzelne Unternehmen diskriminieren. Im Beispielsfall hat der BGH daher eine kartellrechtliche Zwangslizenz gewährt, um A den Zugang zur Produktion von Spundfässern zu ermöglichen. Ein Folgeproblem ist die Höhe der Lizenzgebühren, die gleichermaßen nicht ausbeuterisch oder diskriminierend sein darf⁴¹. Ist die Problematik schon zum Zeitpunkt der Standardsetzung bekannt, wird in der Praxis dem Rechtsinhaber eine FRAND-Verpflichtung auferlegt⁴². Das Unternehmen muss den übrigen Beteiligten eine Lizenz zu »fair, reasonable and non-discriminatory« Bedingungen einräumen.

Jüngst hat der BGH entschieden, dass der Einwand, ein Unternehmen müsse eine kartellrechtliche Zwangslizenz erhalten, auch in einem Patentverletzungsverfahren geltend gemacht werden kann⁴³. Dies war verfahrensrechtlich umstritten⁴⁴.

3. Missbräuchliche Lizenzverweigerung

*Beispielsfall IMS Health*⁴⁵: Das Unternehmen *IMS Health* bietet verschiedene Dienstleistungen für Apotheken und Pharma-

35 Vgl. EuG Rs T-410/08 R, EWS 2008, 518 – *CISAC*; ALICH GRUR Int 2009, 91; MESTMÄCKER WuW 2004, 754.

36 Vgl. etwa MESTMÄCKER/SCHWEITZER EuROP WettbewerbsR, 2. Aufl. (2004), § 28; RIZIOTIS GRUR Int 2004, 367; CONDE GRUR Int 2006, 16; HEINEMANN ZWeR 2005, 198; DERS GRUR 2006, 705; DREXL IIC 2004, 788; LEISTNER ZWeR 2005, 138.

37 Vgl. BGH NJW-RR 2008, 996 – *Soda Club II*, siehe BB 2008, 970 m Anm. PODSZUN, sowie JuS 2009, 89 m Anm. EMMERICH. Vgl. BGH GRUR 2005, 162 – *SodaStream*; OLG Düsseldorf MitttdtPatA 2001, 377 – *Wiederverwendbare Gaszylinder II*; siehe auch ZENTEK WRP 2005, 175.

38 Vgl. EuG Rs T-201/04, Slg 2007, II-3601, Tz 842, 859 ff. – *Microsoft*.

39 Vgl. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1935, 1940 f; vgl. PODSZUN ECLR 2007, 695, 697 f.

40 Vgl. BGHZ 160, 67 = GRUR 2004, 966 – *Standard-Spundfass*.

41 Vgl. Europäische Kommission Fall COMP/39.247, Mitteilung vom 1. 10. 2007 – *Qualcomm*; FISCHMANN GRUR Int 2010, 185 ff.

42 Vgl. ULLRICH GRUR 2007, 817, 821; FISCHMANN GRUR Int 2010, 185 ff.

43 BGH Az KZR 39/06, Urteil vom 6. 5. 2009, GRUR 2009, 694 – *Orange Book-Standard*; Vorinstanz OLG Karlsruhe GRUR-RR 2007, 177.

44 Vgl. VON MERVELDT WuW 2004, 19; WIRTZ/HOLZHÄUSER WRP 2004, 683; JESTAEDT GRUR 2009, 801 ff.

45 Vgl. EuGH, Rs C-418/01, Slg 2004, I-5039 – *IMS Health*.

Großhändler an. Grundlage dieser Dienstleistungen ist ein von *IMS* entwickeltes komplexes Datenerfassungssystem, das urheberrechtlichen Schutz genießt. Wettbewerber *W* möchte die selben Dienstleistungen anbieten, sein dazu entwickeltes Datenerfassungssystem wird aber von der Marktgegenseite (also Apothekern und Pharma-Großhändlern) nicht angenommen. Er verlangt daher von *IMS* eine Lizenz, um das *IMS*-System nutzen zu können und dann auf dem nachgelagerten Markt in Wettbewerb mit *IMS* treten zu können. Kann *W* von *IMS* eine kartellrechtliche Zwangslizenz verlangen?

Die Konstellation der Lizenzverweigerung ist bereits aus dem *Magill*-Fall bekannt. Die Rechtsprechung grenzt zwei Märkte ab: Den Markt für die Lizenzerteilung und den nachgelagerten Produktmarkt. Die Marktstellung auf dem erstgenannten Markt kann bei entsprechender Marktmacht auf den nachgelagerten Markt übertragen werden, es kommt also zu einer Hebelwirkung.

In *Magill* und *IMS Health* hat der EuGH die Bedingungen präzisiert, wann die Verknüpfung der beiden Märkte missbräuchlich ist und eine Lizenz eingeräumt werden muss. Eine kartellrechtliche Zwangslizenz muss erteilt werden,

- wenn der Zugang zum geschützten Gut unerlässlich ist, um auf dem nachgelagerten Markt tätig werden zu können;
- ein neues Produkt auf dem nachgelagerten Markt angeboten werden soll, für das potentiell Nachfrage besteht;
- keine sachliche Rechtfertigung für die Verweigerung der Lizenz gegeben ist;
- und die Lizenzverweigerung den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt ausschaltet.

Mit Hilfe dieser Kriterien hat der EuGH in *Magill* eine Lizenzierungspflicht bejaht (neues Produkt: umfassende Fernsehzeitschrift), in *IMS Health* aber verneint. Der Wettbewerber habe nämlich kein neues Produkt anbieten wollen. Die »new product rule« wurde kritisiert, da sie kleine Verbesserungen und Innovationen schwieriger macht⁴⁶. Im *Microsoft*-Urteil hat das Gericht erster Instanz das Kriterium des »neuen Produkts« daher etwas weniger streng gefasst und zudem mehr Bezug auf einen möglichen Verbraucherschaden genommen⁴⁷. In diesem Fall hatte die Europäische Kommission⁴⁸ dem marktbeherrschenden Software-Unternehmen erstens vorgeworfen, den Windows Media Player an das Betriebssystem Windows zu koppeln (missbräuchliche Kopplung). Zweitens hatte die Kommission von *Microsoft* verlangt, die Schnittstellen zu seinem Betriebssystem offen zu legen, um anderen Unternehmen die Chance zu geben, kompatible Programme zu schreiben. Diese Konstellation entspricht dem Fall der Lizenzverweigerung. Das Gericht erster Instanz hat der Kommission in diesem wichtigsten Missbrauch-Fall des europäischen Kartellrechts umfassend Recht gegeben⁴⁹. Das Gericht hatte dabei offen gelassen, ob die Schnittstellen immaterialgüterrechtlich geschützt sind, oder ob es sich um Geschäftsgeheimnisse handelt, die wie Patente oder Urheberrechte zu behandeln sind. Eine sachliche Rechtfertigung aus dem IP-Recht (3. Voraussetzung des kumulativen Tests aus *IMS Health*) hat das EuG ausdrücklich abgelehnt⁵⁰.

4. Missbräuchliche Erlangung von Schutzrechten

Beispielfall Patentschleichung⁵¹: Das Unternehmen *B* produziert das Medikament *L*. Dieses Blockbuster-Medikament soll in Kürze seinen Patentschutz verlieren. *B* wird dann gegen die günstigen Generika-Hersteller im Wettbewerb antreten müssen. Um den Patentschutz für *L* zu verlängern, reicht *B* Patentanmeldungen für sog. Follow-up-Patente ein. Im Rahmen der branchenweit durchaus üblichen Patentierungsstrategie geht es darum, den Patentschutz durch solche Patente zu verlängern, auch wenn diesen nur wenig Forschung zugrunde liegt und die neu angemeldeten Erfindungen kaum genutzt werden sollen. Eigentlich zielt *B* auf die Verlängerung des Patentschutzes für das Me-

dikament *L*. Handelt es sich um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung?

Die Europäische Kommission hat angenommen, schon die Erlangung von Patenten könne den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bedeuten. Im Fall *AstraZeneca* hatte die Kommission dabei an die bewusste Täuschung der Patentämter durch das Unternehmen angeknüpft⁵². Im noch nicht entschiedenen Fall *Boehringer*, dem der Beispielfall nachgebildet ist, geht sie noch einen Schritt weiter, indem sie eine branchenweit als legitim angesehene Patentierungsstrategie angreift. Das Besondere ist, dass die Kommission hier zu einem sehr frühen Zeitpunkt (Patent-Anmeldung = erster Schritt zur Entstehung des Immaterialgüterrechts) bereits kartellrechtlich eingreift. Damit berührt die Kommission institutionell den originären Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde (Patentamt). Sie sieht das Vorgehen der Unternehmen als missbräuchlich an, da diese kein eigentliches Interesse an dem Schutzrecht und den dahinter stehenden Investitionen haben, sondern das Schutzverfahren allein deshalb durchlaufen, um den Markt weiterhin abschotten zu können⁵³. Diese Meinung wird teilweise als zu weitgehend angesehen⁵⁴.

Eine weitere Konstellation im Pharma-Bereich hat die Europäische Kommission mit einer Verfahrenseinleitung wegen des Medikaments *Perindopril* im Juli 2009 aufgegriffen⁵⁵: In diesem Verfahren geht es neben Missbrauchsvorwürfen insbesondere um Vereinbarungen zwischen einem Patentinhaber und Generika-Unternehmen: Teil der Vereinbarung ist, dass der Patentinhaber den Generika-Herstellern dafür Geld zahlt, dass diese ihren Markteintritt verzögern. Dieser Abkauf von Wettbewerb, der im Pharma-Sektor verbreitet ist und hohe Preise länger aufrecht erhält als nötig, wird von der Kommission offenbar nach Art. 101 AEUV als wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung verfolgt. Hintergrund des Vorgehens der Kommission ist deren Bestreben, Märkte aufzubrechen, die als besonders wettbewerbsfern angesehen werden⁵⁶. Märkte, in denen Patente eine wichtige Rolle spielen, sind typischerweise solche Märkte.

V. Zusammenfassung

Fragen an der Schnittstelle von Geistigem Eigentum und Kartellrecht werden in der Praxis und damit auch in Prüfungen immer relevanter. Sie lassen sich, wie in den Beispielfällen gezeigt, sowohl in zivilrechtliche Konstellationen einkleiden als auch in Verfahren vor den Kartellbehörden. Immer wieder ist die Frage zu klären, inwieweit zu Gunsten des freien Wettbewerbs mit kartellrechtlichen Instrumenten in die Schutzrechte eingegriffen

46 Vgl DREXL IIC 2004, 788, 800 f.

47 EuG Rs T-201/04, Slg 2007, II-3601 – *Microsoft*; vgl ENSTHALER/BOCK GRUR 2009, 1, 4.

48 Europäische Kommission Fall COMP/37.792, WuW/E EU-V 931 – *Microsoft*; vgl HEINEMANN GRUR 2006, 705.

49 EuG Rs T-201/04, Slg 2007, II-3601 – *Microsoft*; vgl. DREXL in FS Loewenheim, 2009, S 437 ff.

50 EuG Rs T-201/04, Slg 2007, II-3601, Tz 690 – *Microsoft*.

51 Vgl *Europäische Kommission* Fall COMP/39.246, Mitteilung vom 29. 3. 2007 – *BOEHRINGER* (noch nicht entschieden) sowie die Darstellung von STRAUS GRUR Int 2009, 93.

52 Europäische Kommission Fall COMP/37.507, 15. 6. 2005, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37507/en.pdf> – *AstraZeneca*; vgl HIRSBRUNNER EWS 2005, 488.

53 Vgl im Übrigen schon die Entscheidung EuG Rs T-51/89, Slg 1990, II-309 – *Tetra Pak I*.

54 Vgl STRAUS GRUR Int 2009, 93 ff.

55 Europäische Kommission Fall COMP/39.612, siehe http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_79.html#i39_612 sowie Pressemitteilung vom 8. 7. 2009, MEMO/09/322.

56 Hier ist auch die Sektoruntersuchung der Kommission auf dem Pharma-Markt einzuordnen, siehe <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

werden darf. Die Auflösung des Spannungsverhältnisses der beiden Rechtsgebiete sollte dabei zwar juristisch erfolgen, aber die wirtschaftliche Komponente nicht aus dem Blick verlieren. Dies führt auch zu ersten Antworten auf die drei Leitfragen zur Analyse der Fälle.

1. Kartellrechtliche Verpflichtungen von IP-Rechtsinhabern

Aufgrund ihres Ausschlusscharakters können IP-Rechte marktbeherrschende Stellungen begründen oder besondere Marktmacht verleihen. Dies ergibt sich jedoch nicht automatisch, sondern ist abhängig von der Wettbewerbssituation auf dem betroffenen Markt. Dabei können eigene Märkte für die Lizenzerteilung abgegrenzt werden.

In der Fusionskontrolle werden IP-Rechte bei der materiellen Prüfung der Marktverhältnisse besonders gewichtet. Im Rahmen der Aufgreifkriterien spielen sie nur ausnahmsweise eine Rolle. Im Bereich des Kartellverbots gibt es weitreichende Freistellungen in den GVO für IP-intensive Formen der Zusammenarbeit. Die jüngere Praxis im Missbrauchsrecht ist von der Tendenz geprägt, IP-Rechte nicht als Rechtfertigung anzuerkennen. In mehreren viel diskutierten Fällen haben die europäischen Organe mit Hilfe von Art. 102 AEUV in die immaterialgüterrechtlichen Schutzsysteme eingegriffen.

2. Überdehnung des Immaterialgüterschutzes

Einige Missbrauchs-Fälle lassen ein Unbehagen der Kartellrichter am Schutzsystem des geistigen Eigentums erkennen. Damit wird die aktuelle politische Diskussion aufgegriffen, in der Immaterialgüterrechte vor dem Hintergrund von Digitalisierung und anderen Entwicklungen in Frage gestellt werden. Als wettbewerblich problematisch wird angesehen, dass die Schutzrechte nicht nur die eigentlichen Funktionen absichern, die Urheberrecht, Marke und Patent ausmachen, sondern darüber hinaus – wie übrigens auch das materielle Eigentum – als Ausschlussrecht im Wettbewerbskampf benutzt werden können. Diese Überlegung spielt auch in der Fusionskontrolle und beim Kartellverbot eine Rolle. Die Europäische Kommission scheint hier einen Missstand zu sehen, den sie mangels Kompetenzen im Bereich der Immaterialgüterrechte kartellrechtlich zu beheben versucht.

3. Interessenausgleich zwischen Rechtsinhabern und Verbrauchern

Grundsätzlich gilt, dass auch die Inhaber von absolut geschützten Rechtspositionen dem Kartellrecht unterworfen sind. In Kartell- und Fusionskontrollfällen werden IP-Rechte dann regelmäßig als die Marktmacht beeinflussende Faktoren angesehen. Bei der Anwendung des Missbrauchsverbots prallen das Interesse an der Ausübung der Ausschlussfunktion des Schutzrechts und das Interesse an der Offenhaltung des Wettbewerbs direkt aufeinander. Als Ausgangspunkt gilt, dass nur ausnahmsweise in das immaterialgüterrechtliche System eingegriffen wird. Wann eine Ausnahme zu machen ist, lässt sich aber mit Hilfe der bisherigen Praxis kaum vorhersagen, auch wenn mit *Magill*, *IMS Health* und *Microsoft* drei grundlegende Entscheidungen vorliegen.

In diesen drei Entscheidungen scheint eine wirtschaftliche Betrachtung auf, die möglicherweise fruchtbarer ist als eine rein rechtliche: Wenn das Verbraucherinteresse das Investitionsschutz-Interesse des Schutzrechtsinhabers überwiegt, ist ein kartellrechtlicher Eingriff wahrscheinlich. Das erinnert an die Abwägung in Art. 101 Abs. 3 AEUV, bei der der Nachweis zu erbringen ist, dass die Verbraucher angemessen an Vorteilen der Unternehmen beteiligt werden. Das erfordert eine stärker an der Konsumentenwohlfahrt orientierte Auslegung des Kartellrechts. Eine formale Marktstruktur-Betrachtung tritt demgegenüber in den Hintergrund. Die Richter scheinen zudem auch zu würdigen, ob dem Immaterialgüterrecht eine schutzwürdige Leistung zugrunde liegt, sodass an die Überlegungen zur Überdehnung des Immaterialgüterschutzes angeknüpft wird. Ob eine derartige *economic approach* in kartellrechtlichen Fällen positiv zu bewerten ist, ist ein weiteres großes Thema der aktuellen kartell- und immaterialgüterrechtlichen Diskussion⁵⁷.

⁵⁷ Siehe Fn 11. Zum More Economic Approach in anderen Rechtsbereichen als dem Kartellrecht siehe STEFAN BECHTOLD GRUR Int 2008, 484; HEINEMANN GRUR 2008, 949; PODSZUN WRP 2009, 509.