

Dr. Bernhard Heitzer
Präsident des Bundeskartellamtes

FIW Symposium
„Innovation und Wettbewerb“

25. – 27. Februar 2009
Innsbruck

Rede zum Thema:
„Innovation und Wettbewerb aus
kartellrechtlicher Sicht“

Es gilt das gesprochene Wort!

(Anrede,)

Einleitung

Das Thema meines Vortrags lautet „Innovation und Wettbewerb aus **kartellrechtlicher** Sicht“.

Diese Formulierung könnte die Erwartung hervorrufen, dass ich als Präsident einer Kartellbehörde im Folgenden eine relativ einseitige Position einnehmen werde. Also eine Position, die ausschließlich auf das Ziel der Bekämpfung von Monopolstellungen ausgerichtet ist.

Sofern Sie eine solche Erwartung hegen sollten, muss ich Sie jedoch bis zu einem gewissen Grade enttäuschen.

Ich bin mir nämlich **einer** Gefahr sehr bewusst. Diese Gefahr wird in einem der zahlreichen Aufsätze zum Thema „Innovation und Wettbewerb“ wie ich meine sehr treffend wie folgt zusammengefasst.

Ich zitiere¹:

„Die Debatte zwischen auf das Kartellrecht fokussierten bzw. auf das Patentrecht fokussierten Anwälten, Ökonomen und Wissenschaftlern hat manchmal durchaus religiöse Züge.

Erstens gibt es klar identifizierbare Glaubensrichtungen. Entweder ist ein starkes Patentsystem oder aber die strikte Kartellrechtsdurchsetzung der heilsbringende Weg für mehr Innovationen.

Zweitens sind die unterschiedlichen Überzeugungen in vielen Fällen mehr eine Sache des Glaubens als der empirischen Belege.

Drittens gibt es Beschwörungsformeln (wie z.B. ‚Der Druck des Wettbewerbs wirkt Wunder!‘ oder ‚Monopole sind der wichtigste Anreiz für Innovationen!‘).

¹ Gilbert, Richard; Weinschel, Alan, Competition Policy For Intellectual Property: Balancing Competition and Reward, in American Bar Association, Issues in Competition Law and Policy, Band 3, Chapter 80, S. 2009 ff., S. 2010; Übersetzung durch Verfasser; das Originalzitat lautet: “In fact, the differences between antitrust-centric and patent-centric lawyers, economists and academics are suggestive of a theological conflict. The indicia [...] include (1) strong beliefs that either a strong patent system or vigorous antitrust enforcement is the better path to increased innovation, (2) the beliefs are in many cases faith-based rather than empirical, (3) there are incantations (‘competition’ versus ‘incentives to innovate’), (4) there are high priests [...] and [5] there are even attempts to convert.”

Viertens gibt es „Hohe Priester“ der jeweiligen Glaubensrichtungen und, fünftens, auch zahlreiche Versuche der gegenseitigen Bekehrung.“

Zitat Ende.

Ich bin mir zwar ziemlich sicher, dass im Verlaufe dieses Symposiums durchaus kontroverse Positionen sichtbar werden. Einen „Glaubenskrieg“ können wir aber hoffentlich vermeiden.

Ich möchte hierfür mein Möglichstes tun. Ich will – wenn Sie so wollen – im Folgenden einen Beitrag zur „Ökumene“ zwischen den Glaubenslehren des Kartellrechts und des Immaterialgüterrecht leisten.

Dabei werde ich mich für den Bereich des Immaterialgüterrechts allerdings auf den Bereich des Patentrechts beschränken.

I. Ordnungspolitische Einordnung von Kartellrecht und Immaterialgüter-/ Patentrecht: Gemeinsames Ziel, aber unterschiedliche Perspektiven

Der Grund, warum ich als ausgebildeter Volkswirt bei dem Thema „Innovation und Wettbewerb“ einseitige und dogmatisch verfestigte Sichtweisen für sehr schädlich halte, ist folgender:

Zumindest in der Wettbewerbs**ökonomie** ist die Zeit der Glaubenskriege längst vorbei.

Das war in den letzten 100 Jahren durchaus einmal anders.

Denn vor 100 Jahren, im Jahre 1908, hat Joseph A. Schumpeter seine Kritik an der damals vorherrschenden statischen Perspektive der ökonomischen Theorie erstmals formuliert². Mit dieser statischen Sichtweise könnten – so Schumpeters Hauptpunkt – insbesondere wichtige dynamische Phänomene wie z.B. das des technischen Fortschritts nicht analysiert werden.

² Vgl. Schumpeter, Joseph A., Das Wesen und der Inhalt der theoretischen Nationalökonomie, Leipzig 1908, insbesondere Teil II („Das Problem des statischen Gleichgewichts“), Kapitel 3 („Statik und Dynamik“), S. 176 ff. der Originalausgabe.

Diese Kritik wurde von Schumpeter in der Folgezeit weiter entwickelt und sie mündete unter anderem in die im Jahre 1942 geäußerte Vermutung, dass größere und marktmächtigere Unternehmen auch die innovativeren Unternehmen seien³.

Damit wurde er – von ihm vermutlich gar nicht gewollt – der „Hohe Priester“ all derer, die die Ausübung und ggf. sogar den Missbrauch von Markt- und Monopolmacht mit dem Ziel der Innovationsförderung zu rechtfertigen versuchen.

Es konnte daher nicht ausbleiben, dass sich auch die andere Glaubensrichtung einen „Hohen Priester“ erwählte.

Spätestens seit Anfang der 60er Jahre des vergangenen Jahrhunderts war dies der Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaft Kenneth Arrow. Denn schließlich wurden von diesem die Gründe für die äußerst geringe Innovationsbereitschaft marktmächtiger Unternehmen und Monopolisten besonders klar herausgearbeitet⁴.

Aber wie bereits gesagt – der Kontroverse „Schumpeter gegen Arrow“ ist in der Ökonomie ein Schlachtfeld der Vergangenheit.

Heute ist unter Ökonomen Folgendes unbestritten: Einerseits spornt der Druck des Wettbewerbs die Unternehmen zu Innovationen an. Ziel der Unternehmen muss es sein, sich von den Konkurrenten zumindest zeitweise erfolgreich abzusetzen.

Andererseits muss aber für die Unternehmen auch die Aussicht darauf bestehen, für die mit Innovationen verbundenen Anstrengung und Investition belohnt zu werden. Diese Belohnung kann durch die Patentierung von Innovationen und die damit ggf. einhergehende Marktmacht gewährleistet werden.

Dieses Zusammenspiel von Marktmacht und Wettbewerb als doppelte Triebkraft des Fortschritts und der Innovationstätigkeit lassen sich in ein Bild kleiden:

Innovative Unternehmen sind letztendlich die Zugtiere, die den Karren des Fortschritts und damit des Wohlstandes einer Volkswirtschaft ziehen.

Und wie, meine Damen und Herren, bringt man Zugtiere nach allgemeiner Lebenserfahrung am besten zum Laufen?

³ Das in dieser Hinsicht meist zitierte Werk von Schumpeter ist: Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, S. 83.

⁴ Die am häufigsten zitierte Arbeit von Arrow in diesem Zusammenhang ist: Arrow, Kenneth, J., *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: Nelson, Richard (ed.), *The Rate and Direction of Economic Activities: Economic and Social Factors*, 1962, S. 609 ff.

Im anglo-amerikanischen Sprachraum würde man den kombinierten Einsatz von „carrot **and** stick“ empfehlen – in Deutschland würde man diesen Ansatz als Strategie von „Zuckerbrot **und** Peitsche“ bezeichnen.

Durch dieses Bild wird eine wichtige und wohl unbestreitbare ordnungspolitische Schlussfolgerung deutlich. Sie lautet: **Kartellrecht und Patentrecht verfolgen aus ökonomischer Sicht das gleiche Ziel – das Ziel, die Zugtiere der Innovationen und mithin des Wohlstands auf Trab zu halten.**

Dieses gemeinsame Ziel sollte allerdings nicht den Blick auf die unterschiedlichen Mittel und Aufgaben und damit auch unterschiedlichen Perspektiven von Patent- und Kartellrecht verstellen.

Das Patentrecht definiert die Menge und Größe des „Zuckerbrots“ – sprich: die Dauer und Reichweite des Ausschließlichkeitsrechts. Das Kartellrecht hingegen hat darauf zu achten, dass die „Peitsche“ des Wettbewerbs wirksam bleibt.

II. Spannungsfeld Patentrecht - Kartellrecht: Marktbeherrschung durch Patente und Missbrauch der Marktbeherrschung

Die Übereinstimmung im Hinblick auf das angestrebte Ziel muss daher keineswegs zwangsläufig eine stets spannungsfreie Koexistenz bedeuten. Wir wären heute nicht hier, wenn dies nicht auch auf das Verhältnis von Patent- und Kartellrecht zuträfe.

Im Sinne des von mir anfangs betonten „**ökumenischen**“ **Grundansatzes** meiner Ausführungen ist an dieser Stelle jedoch folgende Feststellung wichtig:

Es gibt tatsächlich einen sehr breiten Bereich, in dem Kartellrecht und Patentrecht spannungsfrei koexistieren.

Der Grund ist evident. Patente werden für Produkte oder Produktionsprozesse erteilt. Das Kartellrecht hingegen agiert stets marktbezogen.

Oder um im Bild zu bleiben: Auf Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb muss das Kartellrecht nicht die „Peitsche“ schwingen. Es ist eine ausreichende Anzahl von Zugtieren (konkurrierenden Unternehmen) vorhanden, die mit Ihrem ständigen Hunger auf das Zuckerbrot eines Ausschließlichkeitsrechts (Patent) den Karren des technischen Fortschritts und der Innovationen auf dem betreffenden Markt ziehen.

Ein gutes Beispiel liefert die Automobilindustrie. Patentierte technische Details von Fahrzeugen und Neuentwicklungen eines Herstellers bedeuten zwar Vorsprünge vor anderen Anbietern. Diese Vorsprünge ermöglichen auch temporär eine gewisse „Marktmacht“ des innovativen Herstellers im Sinne von Preiserhöhungsspielräumen. Kartellrechtlich problematisch ist dies alles jedoch nicht.

Die Situation stellt sich jedoch ganz anders dar, wenn ein Patent die Grundlage für eine marktbeherrschende oder gar Monopolstellung auf einem Markt bildet.

Allerdings ist hier sogleich Folgendes zu betonen:

Es ist **nicht** der **Erwerb** des Patents und der marktbeherrschenden Stellung, der das Kartellrecht auf den Plan ruft. Die These, dass das Kartellrecht grundsätzlich nur auf die Beseitigung von Monopolstellungen abziele, greift daher zu kurz.

Die das Kartellrecht interessierende Frage ist, ob ein bestimmtes **Verhalten** auf der Grundlage der durch ein Patent erworbenen Marktstellung als **Missbrauch dieser Marktstellung** zu werten ist.

Diese Klarstellung ist bedeutsamer als sie auf den ersten Blick scheinen mag. Denn sie verdeutlicht einen entscheidenden Punkt:

Ziel und Aufgabe des Kartellrechts ist es keineswegs, auf allen Märkten das statische Idealmodell des „perfekten Wettbewerbs“ und der „vollkommenen Konkurrenz“ zu erzwingen.

Die Aufgabe des Kartellrechts im Bereich der Missbrauchsaufsicht ist vielmehr darauf beschränkt, die **missbräuchliche Ausnutzung** einer im Grundsatz hinzunehmenden marktbeherrschenden Stellung zu verhindern.

Die Perspektive des Kartellrechts ist deshalb keineswegs nur eine statische, sondern eben auch eine dynamische. Ziel des Kartellrechts ist es insbesondere auch, die Anreize für Innovationen zu bewahren.

Dass hier das Kartellrecht eine wichtige Aufgabe wahrnimmt, möchte ich erneut an dem bereits gebrauchten Bild verdeutlichen:

Die marktbezogene Monopolstellung eines Unternehmens, die auf einem Patent beruht, ist vergleichbar mit einem Karren, der nur von einem Zugtier gezogen wird. Und dieses Zugtier kaut bereits und genießt das „Zuckerbrot“ des Monopols.

Was können wir erwarten? Ein Zugtier, das mit großer Energie vorwärts strebt? Ich meine, die allgemeine Lebenserfahrung legt einen anderen Schluss nahe.

Der Anreiz des Zugtieres sich nun besonders stark in Zeug zu legen, dürfte vielmehr immer mehr nachlassen.

Das Ziel, in Ruhe genießen zu können und die lästige „Peitsche“ des aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs los zu werden, gewinnt die Oberhand.

Mit anderen Worten: Für vormals innovative Unternehmen, die letztendlich das Ziel erreicht haben, einen Markt zu beherrschen oder gar eine Monopolstellung zu erreichen, ändern sich die Anreize grundlegend!

Lassen Sie mich als Beleg für diesen Perspektivwechsel auf eine Äußerung von Bill Gates, dem bekannteren der beiden Gründer von Microsoft, zurückgreifen. Bill Gates hat gesagt – Zitat:

„Die größte **Gefahr** für unser Geschäft ist, dass ein Tüftler irgendetwas erfindet, was die Regeln unserer Branche vollkommen verändert, genau so, wie Michael und ich es getan haben“.

Zitat Ende.

Es ist nicht überliefert, ob sich Bill Gates tatsächlich die aktuelle Marktstellung von Microsoft vorgestellt hat, als er sich entschloss, seine Ideen zu vermarkten und den Softwaremarkt zu revolutionieren.

Das Zitat von Bill Gates macht aber Eines ganz deutlich. Jeder wettbewerbliche Vorstoß in den angestammten Märkten wird von Microsoft nicht mehr als Chance, sondern nur noch als Gefahr und Bedrohung wahrgenommen.

Können wir wirklich davon ausgehen, dass Microsoft den von Bill Gates erwähnten „Tüftlern“ freiwillig das Tor zum Markt öffnet? Können wir es insbesondere dann erwarten, wenn dies mit dem Verlust der eigenen Vormachtstellung verbunden wäre? Ich meine: Nein.

Die Forderung, dass sich die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht dennoch in Fällen, in denen gewerbliche Schutzrechte und Patente betroffen sind, zurückhalten sollte, wird teilweise mit folgendem Argument begründet:

Der kartellrechtliche Eingriff beschränke die mit der Erteilung eines Patents verbundenen eigentumsähnlichen Rechte. Der Umfang eines Rechts, das der Staat einmal gewährt habe, dürfe aber nicht durch eine andere staatliche Instanz wieder eingeschränkt werden.

Ich muss gestehen, dass mich dieses Argument nicht überzeugt. Und dies aus folgendem Grund:

Aus rechtlicher Sicht ist **jeder** kartellrechtliche Eingriff in gewisser Weise ein Eingriff in Eigentumsrechte oder eigentumsähnliche Rechte der betroffenen Unternehmen. Dies gilt für die Fusionskontrolle ebenso wie für die Missbrauchsaufsicht.

Die relevante Frage lautet also:

Was unterscheidet die durch ein Patent gewährten Rechte von anderen Eigentumsrechten, um eine bevorzugte kartellrechtliche Behandlung zu rechtfertigen?

Aus meiner Sicht gibt es keine derartigen **grundsätzlichen** Unterschiede.

Diese Sicht scheint derzeit auch die vorherrschende Meinung der Kartellbehörden zu sein – nicht nur in Europa, sondern auch in den USA.

Dies belegen nicht zuletzt die einschlägigen Leitlinien der Federal Trade Commission und des Department of Justice zur Lizenzierung gewerblicher Schutzrechte. Dort heißt es – ich zitiere in der deutschen Übersetzung:

“Die Ausschlussrechte der Inhaber intellektuellen Eigentums sind vergleichbar mit den Rechten anderer Formen von Eigentum. So wie für andere Formen des Eigentums können auch im Hinblick auf intellektuelle Eigentumsrechte einzelne Verhaltensweisen wettbewerbsschädliche Wirkungen haben, die das allgemeine Wettbewerbsrecht verhindern kann und sollte. Intellektuelles Eigentum ist daher weder der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen, noch gibt es Anlass, es kartellrechtlich besonders kritisch zu beurteilen“⁵.

Zitat Ende.

⁵ FTC / DOJ, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, S. 3; das Originalzitat lautet: “Intellectual property owner's rights to exclude are similar to the rights enjoyed by owners of other forms of private property. As with other forms of private property, certain types of conduct with respect to intellectual property may have anticompetitive effects against which the antitrust laws can and do protect. Intellectual property is thus neither particularly free from scrutiny under the antitrust laws, nor particularly suspect under them”.

Sofern man – wie ich es ausdrücklich tue – diese grundsätzliche Einschätzung teilt, sind die Schlussfolgerungen für das Verhältnis zwischen Patentrecht und kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht unausweichlich:

Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht muss – wie bei jedem anderem Eingriff auch – in Fällen, die Patente berühren, zwar mit der notwendigen Sorgfalt und Vorsicht vorgehen. Ein generelles kartellrechtliches Eingriffsverbot ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Die gegenteilige Ansicht würde implizit auf einer Annahme beruhen, die aus meiner Sicht unhaltbar ist. Der Annahme nämlich, dass das Patentrecht zu jeder Zeit und unter allen Marktbedingungen die richtigen Anreize für Innovationen setzt.

Dass diese Annahme nicht zutrifft, belegen nicht zuletzt einige Entwicklungen im Bereich des Patentrechts in den letzten Jahren:

III. Potentieller Missbrauch des Patentrechts mit dem Ziel der innovationsschädlichen Absicherung marktbeherrschender Stellungen

Das Patentrecht ist in den letzten Jahren durch eine Entwicklung gekennzeichnet, die mit dem Begriff des „**global warming**“ beschrieben werden kann⁶.

Drei Einzelaspekte kennzeichnen diese Entwicklung:

Erstens hat die Anzahl der beantragten Patente stark zugenommen. Viel wichtiger ist jedoch, dass diesem Anstieg kein entsprechender Anstieg der F&E- Ausgaben der Unternehmen gegenübersteht.

Zweitens hat die Zahl der Patenterteilungen mit der Zunahme der Anträge nicht Schritt gehalten. Die Anzahl der offenen Anträge ist entsprechend gewachsen.

Drittens hat sich offenkundig auch die Qualität der Anträge verändert. Glaubt man den entsprechenden Analysen, ist der Umfang des beantragten Schutzbereichs zunehmend „verwaschen“. In vielen Fällen dürfte dies auch beabsichtigt sein, um bewusst Rechtsunsicherheit zu Lasten von Wettbewerbern zu schaffen.

⁶ Vgl. OECD Competition Committee, Dialogue with European Patent Office, Issue Paper zum Thema „Patenting and Competition“, Oktober 2008.

Alle diese Einzelaspekte deuten in dieselbe Richtung. Sie legen die Vermutung nahe, dass das **Patentsystem von Unternehmen zunehmend als strategisches Instrument** eingesetzt wird.

Eine solche Entwicklung kann dem Kartellrecht nicht gleichgültig sein.

Im Gegenteil.

Das Hauptaugenmerk gilt dabei der Gefahr, dass derzeit bereits marktbeherrschende Unternehmen die strategischen Spielräume des Patentrechts nutzen, um ihre dominierende Marktposition abzusichern.

Dies kann nicht nur dadurch geschehen, dass aktuelle Wettbewerber behindert und gegebenenfalls aus dem Markt verdrängt werden. Unter dem Gesichtspunkt der Innovationsförderung bedeutsamer erscheint sogar die Behinderung potentieller, noch nicht auf dem Markt aktiver Wettbewerber, die allerdings ein überlegenes Produkt anbieten könnten.

Lassen Sie es mich so ausdrücken: **Das Kartellrecht kann nicht zulassen, dass es marktbeherrschenden Unternehmen gelingt, eine vermeintliche „Belohnung“ für vergangene Innovationsleistungen zu erhalten, die sie überhaupt nicht verdienen.**

Eine Reform des Patentrechts bzw. eine Anpassung der Anwendungspraxis, die einen Missbrauch des Patentsystems durch marktbeherrschende Unternehmen ausschließt, ist sicher wünschenswert.

Aber das Kartellrecht kann sich in der Zwischenzeit bis zu einer solchen Reform (wenn sie denn kommt!) wohl kaum zurücklehnen.

Andernfalls würden die Anreize für Innovationen nachhaltig beschädigt. Und zwar die Innovationsanreize derjenigen Unternehmen, die noch kein „Zuckerbrot des Monopols“ genießen und deren innovative Produkte die Marktreife gegebenenfalls noch nicht erreicht haben.

Die in den vorangegangenen Ausführungen durchschimmernde Skepsis bezüglich aktueller Entwicklungen im Bereich des Patentrechts sind keineswegs der Tatsache

geschuldet, dass ich zu Ihnen als Vertreter oder gar als „Hoher Priester“ des Kartellrechts spreche.

Diese Bewertung wird vielmehr auch von Patentrechtsexperten geteilt.

Dies wurde unter anderem im Rahmen eines Erfahrungsaustauschs zwischen Kartellbehörden und Vertretern des Europäischen Patentamtes deutlich, der unter dem Dach der OECD im Oktober letzten Jahres stattfand⁷.

Ich halte diesen Erfahrungsaustausch für sehr wichtig. Er muss fortgesetzt und sogar intensiviert werden.

Im Augenblick spielt das Spannungsfeld zwischen Patentrecht und kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht zwar in der Anwendungspraxis des Bundeskartellamtes noch keine herausgehobene Rolle.

Dies wird auch daran deutlich, dass die mit Sicherheit noch ausführlich zur Sprache kommenden Leitentscheidungen der deutschen Gerichte im Rahmen zivilrechtlicher Streitigkeiten ergangen sind⁸.

Dies muss aber keineswegs so bleiben. So hat z.B. auch der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft in seinem Gutachten zum Thema „Patentschutz und Innovation“ die Vermutung geäußert, dass die Zahl der Wettbewerbsfälle zunehmen wird, in denen intellektuelles Eigentum eine Rolle spielt⁹.

Auch ein Blick über den Atlantik und nach Brüssel zeigt, dass diese Problematik nicht nur vor den Türen der Kartellbehörden steht und wartet, sondern diese Tür bereits vielfach durchschritten hat.

Da aber Du, Philip, unmittelbar im Anschluss die Perspektive der Europäischen Kommission zu den hier relevanten Fragen erläutern wirst, kann ich es bei diesem kurzen Hinweis bewenden lassen¹⁰.

⁷ Vgl. OECD Competition Committee, Dialogue with European Patent Office, Issue Paper zum Thema „Patenting and Competition“, Oktober 2008.

⁸ Das vorliegende Programm sieht unter anderem einen Vortrag von Prof. Wolfgang Kirchhoff, Richter am Bundesgerichtshof, vor mit dem Titel „Zwangslizenzen in der Rechtsprechung von EuGH, EuG und BGH“.

⁹ Wissenschaftlicher Beirat, Patentschutz und Innovation, Gutachten 1/2007, März 2007, S. 20.

¹⁰ Der im Anschluss vorgesehene Vortrag von Philip Lowe trägt den Titel „Protecting and Supporting Innovation - finding the right balance in public policies“.

IV. Weitere Detailspekte des Verhältnisses zwischen Kartell- und Patentrecht

Dieser Zeitgewinn gibt mir die Möglichkeit, zumindest kurz einen weiteren Aspekt des Verhältnisses zwischen Patent- und Kartellrecht anzusprechen.

Denn der Bereich der Missbrauchsaufsicht ist keineswegs der einzige Bereich des Kartellrechts, in dem die Entwicklungen des Patentrechts und der entsprechenden Anwendungspraxis Bedeutung erlangen.

Betroffen ist vielmehr auch der Bereich der Fusionskontrolle. Im Fokus stehen die so genannten Technologiemarkte, auf denen der Innovationswettbewerb ein wichtiger Pfeiler der vorherrschenden Wettbewerbsintensität ist.

Die bereits oben dargelegten Entwicklungen im Bereich des Patentrechts haben auf manchen dieser Märkte zu dem Phänomen der „Patentdickichte“ geführt. Auch diese sind Ausdruck strategischer Reflexe der Unternehmen auf das Patentrecht.

Um für Klagen von Wettbewerbern wegen Patentverletzungen gut gerüstet zu sein, besteht ein großer Anreiz, durch ein eigenes großes Patentportfolio die notwendige „Verhandlungsmasse“ für einen außergerichtlichen Vergleich aufzubauen.

Man könnte fast meinen, dass hier der Wettbewerb im Markt zu einem „Wettbewerb im Gerichtssaal“ mutiert.

Die andere Seite der gleichen Medaille ist die Entstehung zahlreicher Patentpools, in dem Unternehmen – ebenfalls zur Vermeidung teurer Rechtsstreitigkeiten – ihre Patente bündeln.

An Stelle oder sogar als Ergänzung dieser Patentpools finden sich aber auch zum Teil ganze Netzwerke von bilateralen Kreuzlizenzierungsvereinbarungen.

Ein wirksamer Innovationswettbewerb kann sich in diesem Geflecht nicht entfalten. Im Gegenteil: Die zahlreichen Verflechtungen fördern vielmehr die Gefahr eines kollusiven Verhaltens.

Und dies gerade auf Märkten, die nach der herrschenden ökonomischen Lehre aufgrund der fehlenden Homogenität des Produkts und der großen Bedeutung des Innovationswettbewerbs hierfür eigentlich **nicht** anfällig sein sollten.

Das Bundeskartellamt und das OLG Düsseldorf hatten in jüngster Zeit Gelegenheit, einen in dieser Hinsicht vielleicht exemplarischen Markt fusionskontrollrechtlich zu bewerten.

Es handelt sich dabei um den Markt für Hörgeräte¹¹. Wie für viele andere Technologiemarkte waren auch für diesen Markt in den vergangenen Jahren der Übergang von der analogen zur digitalen Technik und eine stetige Verfeinerung dieser Digitaltechnik prägend.

Eigentlich ein ideales Umfeld für einen intensiven Innovationswettbewerb zu Gunsten des Verbrauchers.

Die auf umfangreiche Marktermittlungen im Zusammenschlussfall „Phonak / GN Resound“ basierenden Feststellungen des Bundeskartellamtes zum Zustand des Wettbewerbs in diesem Markt waren jedoch ernüchternd.

Der Zusammenschluss musste untersagt werden, weil eine Verstärkung einer bereits bestehenden gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung der führenden Anbieter zu erwarten war.

Das Bundeskartellamt hat selbstverständlich seine Analyse der Gefahr der – wie wir Ökonomen es nennen – „tacit collusion“ (impliziter Absprachen) auf dem betroffenen Markt auf eine umfassende Gesamtbetrachtung der Marktbedingungen gestützt.

Ein wesentlicher Baustein, der die kritische wettbewerbliche Bewertung des Falles getragen hat, war jedoch das zwischen den Anbietern bestehende Geflecht von Patentpools und Kreuzlizenzierungsvereinbarungen.

Das Oberlandesgericht ist dem Bundeskartellamt in dieser Bewertung zwar nicht in allen Punkten gefolgt. Hinsichtlich der Kernaussage stimmte das Oberlandesgericht aber mit dem Bundeskartellamt überein:

Das Geflecht von Patentpools und Kreuzlizenzierungsvereinbarungen hat den an sich zu erwartenden Innovationswettbewerb in diesem Markt in einem solchen Ausmaß beschränkt und reduziert, dass ein weiterer Anstieg der Marktkonzentration nicht mehr hinzunehmen war.

¹¹ Vgl. Untersagungsbeschluss des Bundeskartellamtes im Fall B3 – 578/06 „Phonak / GN Resound“ vom 11. April 2007; die Untersagungsentscheidung wurde bestätigt durch den Beschluss des OLG Düsseldorf Ende 2008 bestätigt.

V. Schlussbemerkungen

Meine Damen und Herren,

Dieser Fall zeigt exemplarisch, dass die Berührungspunkte zwischen Patent- und Kartellrecht immer zahlreicher werden.

Gerade das Problem der Patentpools und Kreuzlizenzen und deren potentiell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen haben den Wissenschaftlichen Beirat in seinem von mir bereits erwähnten Gutachten zu folgender Aussage veranlasst.

Ich zitiere:

„Die Wettbewerbsaufsicht muss Kompetenz im Umgang mit Patenten und anderen Schutzrechten entwickeln“.

Zitat Ende.

Diese Forderung führt mich zurück an den Anfang meiner Ausführungen. Ich hatte Ihnen zugesagt, einen Beitrag zur „Ökumene“ zwischen den Glaubenslehren des Kartellrechts und des Immaterialgüterrechts zu leisten.

Wie könnte dieser Versuch besser enden, als mit dem Aufruf, voneinander zu lernen?

Bei der Erläuterung der aus meiner Sicht ausschlaggebenden Argumente für einen „ökumenischen Ansatz“ zwischen Kartell- und Patentrecht habe ich bewusst darauf verzichtet, die Tiefen und Untiefen der rechtlichen Details zu durchschreiten.

Die weiteren Vorträge des außerordentlich reichhaltigen Programms werden dieses Versäumnis sicherlich beheben.

Ich jedenfalls freue mich darauf, der weiteren Diskussion zu folgen und – von ihr zu lernen und zu profitieren.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.