

For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good left in common for others.

John Locke, The Second Treatise of Government, Chapter V, Section 27.

Einleitung

A. Einführung in das Problemfeld

Das Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht existiert als solches bereits seit der frühen Entstehungsphase beider Rechtsgebiete und hat zu immer wieder aufkeimenden erheblichen Kontroversen im Abgrenzungsbereich geführt.¹ Trotz intensiver Theoriebildung und Fortentwicklung der Dogmatik sieht sich die Rechtswissenschaft und Entscheidungspraxis in diesem Bereich allerdings auch heute noch erheblichen Problemen ausgesetzt.²

Dies liegt vor allem an den zumindest vordergründig diametral auseinander gehenden Ansätzen dieser beiden Rechtsgebiete. Einerseits nehmen Immaterialgüterrechte, in Form von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten, eine immer wichtigere Stellung in der Informationsgesellschaft ein.³ Ihr Schutz wird stetig ausgebaut und forciert.⁴ Sie machen das ökonomische Fundament der heutigen Informationsgesellschaft aus; ohne sie wären Handel und Dienstleistung Produktpiraterie und ungezügelter Imitation ausgesetzt. Andererseits war man noch nie so stark wie in den letzten Jahren um die Öffnung von Märkten, den Abbau von Handelshemmnissen, die Verwirklichung des gemeinsamen europäischen Binnenmarkts und den Schutz eines freien Wettbewerbs bemüht.⁵

¹ *Conde Gallego*, Lizenzkartellrecht, S. 66; *Heinemann*, Immaterialgüterschutz, S. 1; *Schmidtchen*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, S. 9; vgl. zur historischen Einordnung sub Kapitel 1 A. II.

² Etwa *Lorenz*, WRP 2006, 1008; *Oberender*, Wettbewerb und geistiges Eigentum, Vorwort; *Würfel*, Gesamtharmonisierung, S. 118.

³ *Immenga/Mestmäcker/Ullrich*, Kartellrecht – EG-Wettbewerbsrecht, IV. Abschnitt A Rn. 5; *Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson*, Recht des geistigen Eigentums, S. 2; *Zeidler*, Urhebervertragsrecht, S. 1.

⁴ *Bassewitz/Kramer/Prinz zu Waldeck und Pyrmont*, GRUR Int. 2004, 607; *Cornish*, Geistiges Eigentum, S. 9; *Hohagen*, GRUR Int. 2000, 246 (247 f.); *Pierson/Ahrens/Fischer/Pierson*, Recht des geistigen Eigentums, S. 2; *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555 (562); *Immenga/Mestmäcker/ders.*, Kartellrecht – EG-Wettbewerbsrecht, IV. Abschnitt A Rn. 5, 30; *Würfel*, Gesamtharmonisierung, S. 118.

⁵ Zu den Zielen des Wettbewerbsrechts allgemein *Frenz*, Handbuch Europarecht II, Kap. 1 Rn. 1 ff.; zur Bedeutung des Wettbewerbschutzes im EG-Vertrag auch nach der anstehenden Änderung durch den Vertrag von Lissabon *Behrens*, EuZW 2008, 193.

Seinem Grundgedanken nach vermittelt das Immaterialgüterrecht einen Schutz des Verwertungsinteresses des jeweiligen Immaterialgüterschaffenden an seiner in einer bestimmten Form konkretisierten Idee. Es ist Ausdruck eines Kanons von Funktionen, die unter anderem darauf abzielen, den Schöpfer an der Weiterverwendung und Nutzung seiner Innovation partizipieren zu lassen und einen Anreiz zu innovativem Handeln, also zur Schaffung von Immaterialgütern zu bieten. Instrument aller immaterialgüterrechtlichen Regelungen zur Sicherung genau dieses Funktionenkanons ist die Einräumung von Schutzrechten, welche die Verwertung und Nutzung der geschützten Idee durch Dritte von der Zustimmung und Rechteinräumung des Immaterialgüterschaffenden abhängig machen. Gerade durch diese Zuerkennung eines Schutzrechts wird jedoch, bezogen auf die Verwertung und Weiterverwendung, etwa eines Patents oder eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms, dem Inhaber eine wettbewerbliche Ausschließlichkeitsposition gewährt. Diese ermöglicht ihm die alleinige wirtschaftliche Verwertung. Anderen Anbietern ist es nicht möglich, sich ohne vorherige Lizenzierung der, dem Recht zugrunde liegenden, geschützten Position zu bedienen. Genau diese Ausschließlichkeitsposition widerspricht aber zumindest vordergründig den Grundsätzen eines freien Wettbewerbs, in welchem ein jeder ohne Beschränkungen Handel betreiben und Dienstleistungen erbringen darf. Hier liegt der Ursprung der Spannungen zwischen beiden Rechtsgebieten.

Genau im Zentrum dieses Spannungsverhältnisses zwischen Verwertungsinteressen der Immaterialgüterrechtsinhaber einerseits und Bedürfnissen von Wettbewerbern und des freien Markts andererseits bewegt sich die dieser Arbeit zugrunde liegende Fragestellung. Ziel soll es sein, einen Beitrag zu einer allgemeinverbindlichen Lösung bezüglich der Ausgestaltung externer kartellrechtlicher Schranken der Immaterialgüterrechte vor dem Hintergrund eines funktionierenden Wettbewerbs herauszuarbeiten. Es gilt, brauchbare Kriterien zum funktionsfähigen Ausgleich der beiden Positionen zu ermitteln und nach Möglichkeit die bestehenden Differenzen zur Auflösung zu bringen.

Zwei unterschiedliche Problemfelder sollen ins Auge gefasst werden, in denen Immaterialgüterrechte konkret in Form der Lizenzierungspolitik von Schutzrechtsinhabern mit wettbewerbslichen Zielen kollidieren können. Einerseits ist es möglich, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen bezüglich Immaterialgüterrechten in Lizenzverträgen zu vereinbaren, andererseits kann eine immaterialgüterrechtlich vermittelte Marktmachtstellung missbraucht werden, etwa durch eine missbräuchliche Lizenzierung oder noch weitergehend eine Lizenzverweigerung.

Hinsichtlich der ersten Konstellation, dem so genannten Lizenzkartellrecht, sei an dieser Stelle nur beispielhaft auf eine jüngst eingeleitete Untersuchung der Europäischen Kommission gegen Apple verwiesen.⁶ Dem Konzern wird von

⁶ Vgl. hierzu die Presseveröffentlichung des Kommissariats für Wettbewerb MEMO

den Wettbewerbshütern vorgeworfen, in Lizenzvereinbarungen mit Tonträgerherstellern Verkaufsbeschränkungen vereinbart und hierdurch in der Folge gegenüber Kunden des von Apple betriebenen Onlineportals iTunes eine wettbewerbswidrige Abschottung der nationalen Vertriebskanäle bewirkt zu haben. Bezüglich der zweiten Konstellation, der Marktmachtmissbrauchskontrolle, bei welcher missbräuchliches Verhalten durch einen Schutzrechtsinhaber in Rede steht, kann der allseits bekannte Fall der Anordnung von Zwangslizenzen hinsichtlich Schnittstelleninformationen seitens der Kommission gegenüber Microsoft genannt werden.⁷

Die aufgegriffenen Beispiele verdeutlichen, dass gerade der Bereich der neuen Medien und der Informationstechnologie für weiterhin aufkommendes Streitpotential zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht sorgt⁸ und allgemeingültige und Rechtssicherheit schaffende Lösungen noch nicht gefunden sind. Die erwähnten Konstellationen stehen hierbei nur exemplarisch für eine Vielzahl aktueller Probleme.⁹ Ihnen allen ist gemein, dass es letztlich um die Frage geht, wie weit wettbewerbsschützende Eingriffsbefugnisse des Kartellrechts zur Sicherung eines funktionierenden und dynamischen Markts immaterialgüterrechtliche Rechtspositionen einschränken dürfen.

Die Frage nach der Grenze dieser Eingriffsbefugnisse betrifft beide aufgeworfenen Komplexe: Das Lizenzkartellrecht, in welchem Schutzrechtsinhaber und Lizenznehmer potenziell wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen treffen, aber auch die Marktmachtmissbrauchskonstellationen, in denen ein Schutzrechtsinhaber eine spezielle Marktsituation ausnutzt, um anderen Marktteilnehmern missbräuchlicherweise nicht oder nur diskriminierend Lizenzen zu erteilen und so einen freien Wettbewerb zu beeinträchtigen.

07/126.

⁷ Kommission, 24. März 2004, COMP/C-3/37.792 – Microsoft sowie die hiergegen erfolgte Nichtigkeitsklage, die die Kommissionsentscheidung bestätigte EuG, WuW EU-R 1307 ff. – Microsoft/Kommission.

⁸ Zum Problem des Lizenzkartellrechts bezogen auf die neuen Medien etwa *Kreutzmann*, Lizenzkartellrecht, S. 17 ff. sowie hinsichtlich der Sonderprobleme im Bereich der Internetökonomie *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1260 ff.). Allgemein zur zunehmenden Bedeutung der Frage in der rechtswissenschaftlichen Diskussion *Dreier/Schulze/Dreier*, Urheberrecht, Einl. Rn. 51.

⁹ Vgl. die Hinweise auf die Zunahme der Problematik bei *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16 (17).

B. Gang der Untersuchung

Vor dem Hintergrund der aufgezeigten Problemstellung soll nun kurz der Gang der Untersuchung dargestellt werden. Wie angekungen, steht im Mittelpunkt der Betrachtung die Beantwortung der Frage, wie weit die schutzrechtsvermittelten Ausschließlichkeitsbefugnisse von Immaterialgüterrechten im Wettbewerb reichen und wie weit anders gewendet diese zu Gunsten eines freien und unbehinderten Wettbewerbs durch das Kartellrecht eingeschränkt werden können. Gemäß der bereits dargelegten Differenzierung unterscheidet die Betrachtung zwischen den zwei aufgezeigten Problemfeldern, die sich beide im Bereich der kartellrechtlichen Verhaltenskontrolle abspielen:¹⁰ Einerseits dem Lizenzkartellrecht, andererseits der Marktmachtmissbrauchskontrolle. Für beide ist die Reichweite kartellrechtlicher Eingriffsbefugnisse durch die Bestimmung konkreter Abgrenzungskriterien zu ermitteln.

Nach einer im ersten Kapitel erfolgenden Herausarbeitung der immaterialgüterrechtlichen Grundlagen und Funktionen, welche für die spätere Bestimmung der Reichweite von Lizenzierungsbefugnissen zwingend notwendig ist, wird sich das zweite Kapitel den kartellrechtlichen Prämissen der Arbeit widmen und die für den Gang der Untersuchung relevanten Ausgangspunkte aufzeigen.

Mit Kapitel 3, welches das Feld des Lizenzkartellrechts analysiert, setzt der eigentliche Kernbereich der Untersuchung ein. Zunächst sind für ein grundlegendes Verständnis die tatbestandlichen Voraussetzungen der lizenzkartellrechtlichen Kontrolle und ihre immaterialgüterrechtlichen Bezüge zu untersuchen. Nach anschließender Betrachtung und Analyse des Zusammenwirkens von Kartell- und Immaterialgüterrecht unter Berücksichtigung der bestehenden Theorieansätze, gilt es dann eine grundsätzlich taugliche Abgrenzung kartellrechtlicher Eingriffsbefugnisse für die immaterialgüterrechtliche Lizenzierung herzuleiten. Im Anschluss soll diese Abgrenzungsformel anhand beispielhafter Klauseluntersuchung eine Konkretisierung erfahren. Dabei hat sich die Betrachtung an den durch Rechtsprechung und Wissenschaft gebildeten Typen von Lizenzabreden zu orientieren, muss diese einer für die Untersuchung geeigneten Strukturierung zuführen und die so gebildeten Gruppen von Abreden jeweils gesondert analysieren. In einem zusammenfassenden Teil werden die gewonnen Erkenntnisse der Einzeluntersuchungen dann im Wege eines induktiven Vorgehens zur Sondierung allgemeiner Kriterien herangezogen. Dieser Kriterienkatalog soll es ermöglichen, hinsichtlich aller Formen von

¹⁰ Unter dem Begriff der Verhaltenskontrolle ist die kartellrechtliche Kontrolle vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen und einseitigen missbräuchlichen Verhaltens zu verstehen. Begrifflich abzugrenzen ist er vom zweiten Hautkomplex des Kartellrechts, der Strukturkontrolle, die sich vor allem im Bereich der Fusionskontrolle abspielt. Hierzu *Hönn*, Kartellrecht, Rn. 52 ff.; *Mäger, T./Mäger, T.*, Europäisches Kartellrecht, Kap. 1 Rn. 2; *Wiedemann/Wiedemann*, Handbuch Kartellrecht, § 1 Rn. 1; vgl. auch die Ausführungen sub Kapitel 2 A.

Lizenzvertragsvereinbarungen zu bestimmen, ob es sich um legitime Gestaltungsmöglichkeiten des Immaterialgüterrechtsinhabers handelt oder ob eine entsprechende Lizenzklausel nicht mehr durch die dem Schutzrecht zukommenden wettbewerblichen Ausschließlichkeitsbefugnisse gedeckt ist. Schließlich wird der so gewonnene Ermittlungsstandard eine allgemeinverbindliche Formulierung erfahren und kann zeitgleich durch die Rückbindung an die Untersuchung der jeweiligen Fallgruppen legitimiert werden.

Das vierte Kapitel widmet sich dem Feld des Missbrauchs immaterialgüterrechtlich vermittelter Marktmacht und untersucht parallel zur Betrachtung des Lizenzkartellrechts den dortigen Abgrenzungsbereich von Kartell- und Immaterialgüterrecht. Auch hier ist das Auffinden einer allgemeinen Abgrenzungsformel Ziel der Untersuchung. Nach Betrachtung der kartellrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen und immaterialgüterrechtlichen Spezifika gilt es zunächst danach zu fragen, ob sich eine solche inhaltlich an der zum Lizenzkartellrecht gefundenen Formel orientieren kann oder ob eine abweichende Bestimmung notwendig ist.

Ausgangspunkt der Ermittlung einer solchen Abgrenzung ist die Frage, ab wann sich ein immaterialgüterrechtliches Verhalten als missbräuchlich darstellt. Hierzu sind zunächst die entwickelten Fallgruppen marktmissbräuchlichen Verhaltens daraufhin zu untersuchen, ob sie einen immaterialgüterrechtsspezifischen Bezug haben, eine kartellrechtliche Kontrolle also gerade den wettbewerblichen Ausschließlichkeitsbereich eines Schutzrechts tangiert. In den Fallgruppen, die einen solchen spezifischen Bezug aufweisen, müssen dann die Voraussetzungen kartellrechtlicher Eingriffsbefugnisse herausgearbeitet werden. Auch hier gilt es, im Anschluss an die konkrete Betrachtung einzelner Konstellationen, eine weitgehend allgemeinverbindliche Formulierung zur Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete herauszuarbeiten.

In methodischer Hinsicht ist das Vorgehen innerhalb der beiden Hauptteile stark induktiv geprägt: Vor dem Hintergrund der einzelnen gewonnenen Ergebnisse werden abstrakt tragfähige Kriterien zur Ermittlung der Reichweite des immaterialgüterrechtlichen Ausschließlichkeitsbereichs und damit kartellrechtlicher Eingriffsmöglichkeiten abgeleitet. Diese sollten sich zum einen zur Ermittlung praxistauglicher Ergebnisse eignen, zum anderen hinreichend dogmatisch rückgebunden sein. Bei der Untersuchung der beiden Komplexe soll insgesamt versucht werden, verstärkt auch marktvermittelte Besonderheiten¹¹ und immaterialgüterspezifische Aspekte in die Betrachtungen einzubeziehen. Die gefundenen Ergebnisse können schließlich herangezogen werden, um im Rahmen rechtspolitischer Folgevorschläge auf eine optimale Allokation wirt-

¹¹ Zu marktspezifischen Besonderheiten und unterschiedlichen Auswirkungen bestimmter Lizenzabreden auf Wettbewerb und Innovation je nach wirtschaftlichem und rechtlichem Kontext *Lübbig*, GRUR 2004, 483 (485); *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260 (1261 ff.).

schaftlicher Ressourcen im funktionierenden Wettbewerb bei bestehender Möglichkeit einer angemessenen Verwertung innovativer Güter hinzuwirken.

Abschließend sei angemerkt, dass sich die Untersuchung im ersten Hauptkomplex inhaltlich weitestgehend auf das Urheber- und Markenrecht konzentrieren wird. Dies begründet sich zum einen und zuvorderst im Fehlen allgemeingültiger Regeln zur Abgrenzung, etwa in Form einer Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) oder einer ausgeprägten Entscheidungspraxis für das urheber- und markenrechtliche Lizenzkartellrecht.¹² Zum anderen bedarf es vor dem Hintergrund des Untersuchungsumfangs zwingend einer Eingrenzung, da eine vollständige Betrachtung aller Immaterialgüterrechte und hinsichtlich dieser üblicher Typen von Lizenzvertragsabreden weder möglich noch angesichts des Versuchs allgemeinverbindliche Lösungen zu entwickeln, sinnvoll ist. Der zweite Hauptkomplex wird weniger an einer Begrenzung nach bestimmten Immaterialgüterrechten ausgerichtet sein, als mehr versuchen, die typischen und praxisrelevanten Fallkonstellationen durch einen Bezug zum existierenden Fallrecht in den Fokus der Betrachtung zu rücken.

Die Ergebnisse der Untersuchung sollen schließlich eine thesenartige Zusammenfassung finden.

¹² Dausen/*Emmerich*, EU-Wirtschaftsrecht, H. I § 1 Rn. 251; *Gleiss/Hirsch*, EGV, Art. 85 Rn. 732; für das Urheberrecht etwa *Langen/Bunte/Jestaedt*, Kartellrecht II, Art. 81 Rn. 284; *Schricker*, Verlagsrecht, Einl. Rn. 70 a.E.