

Erster Abschnitt: Einführung

Immateriälgüterrecht und Wettbewerbsordnung

Andreas Wiebe

I. Einleitung

Einführungsfall: Die beiden Schüler Michael K. und Johannes K. hatten die Idee, eine neue Methode zum Enteisen von Flugzeugen zu entwickeln und gewannen damit beim Young Scientist Contest in Stockholm den ersten Preis.¹ Dabei sollen Heizmatten in die Flugzeugoberfläche eingebaut und damit Eis abgesprengt werden: „Man braucht nur Strom, sonst nichts“, sagt einer der beiden Maturanten. Was sollen die beiden Entwickler nun mit ihrer Erfindung tun?

Der Rechtsschutz immaterieller Güter basiert auf der Idee des **geistigen Eigentums**, die sich in der französischen Revolution durchgesetzt und sich im 19. Jahrhundert mit der Industrialisierung voll entfaltet hat.² Im Mittelalter war die Gewährung von Privilegien zur ausschließlichen Nutzung von Marken oder Herstellung von Druckwerken an die Zünfte oder die Gnade des Fürsten gebunden. Mit John Locke kam die Idee auf, dass aufgrund der Investition von Arbeit und Mühe auch ein Anrecht auf die Auswertung der immateriellen Güter bestehen solle. Die Auffassung eines verfassungsrechtlich anerkannten, natürlichen geistigen Eigentums ist heute die Basis für das Immateriälgüterrecht, das durch die jeweiligen gesetzlichen Ausprägungen nur seine rechtliche Anerkennung und Bestätigung findet. Neben der auf ökonomische Verwertung ausgerichteten Eigentumstheorie kam im 19. Jahrhundert auch eine starke persönlichkeitsrechtliche Komponente hinzu, die sich vor allem im kontinentaleuropäischen Urheberrecht auswirkte.

II. Wettbewerb und Immateriälgüterrecht aus ökonomischer Sicht

Literatur: Kirchner, Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter, GRUR Int. 2004, 603; Granstrand, The Economics and Management of Intellectual Property (1999); Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁶ (2020); Eidenmüller Effizienz als Rechtsprinzip² (1998); Wiebe, Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums, in: Fielder/Ullrich (Hrsg), Information als Wirtschaftsgut (1995), 93; C.C.v. Weizsäcker, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, 34 KYKLOS 343 (1981).

¹ „Schüler auf patentiertem Höhenflug“, Standard 11.10.2006, S 18.

² Eine gute Darstellung der Entwicklung des Urheberrechts und der damit verbundenen Theorien findet sich bei Reh binder/Peukert, Urheberrecht¹⁸, 2018, Rz 22 ff.

1. Besonderheiten von Information

Um das Konzept des Immaterialgüterrechts zu verstehen, muss man auch einen Blick auf den ökonomischen Hintergrund werfen. Ökonomisch weisen Informationen und immaterielle Gegenstände gegenüber körperlichen Sachen eine Reihe von Besonderheiten auf, die auch für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes von grundlegender Bedeutung sind. In der Ökonomie bezeichnet man diese als „**öffentliche Güter**“: sie sind ubiquitär, können an vielen Orten gleichzeitig vorhanden sein; sie sind nicht ausschließbar, also im Zugang nicht begrenzt; sie verlieren durch Nutzung nicht an Qualität (nicht-rivalisierend).³ Das daraus entstehende Marktversagen beinhaltet, dass der Preis der Informationen den Grenzkosten deren Vervielfältigung durch Kopisten entspricht. Auch werden manche Konsumenten ihre Zahlungsbereitschaft nicht offenbaren, um von dem Kauf durch andere zu profitieren (free riding). Daraus kann sich zwar eine optimale Nutzung der Information ergeben, die Produktionskosten können aber nicht gedeckt werden. Es entsteht also das Problem der **Unterproduktion** mit der Folge zu geringer Anreize zur Produktion von Information.

2. Property Rights Theorie

Diesem Marktversagen soll durch die Konstituierung von Property Rights abgeholfen werden. Ausschließlichkeitsrechte begründen erst die Handelbarkeit informationeller Güter und konstituieren Märkte. Es wird künstliche **Exklusivität** hergestellt. Auf Märkten soll das Gut seiner effizientesten Verwertung zugeführt werden. Zusätzlich ist die Erstzuordnung nach dem Coase-Theorem von Bedeutung, da die Rechte aufgrund der Existenz von Transaktionskosten nicht immer den Ort der effizientesten Verwertung erreichen.

Mit der Etablierung von Ausschließlichkeitsrechten entstehen jedoch neue Probleme. Unter einer Effizienzanalyse beinhalten Monopolmärkte bestimmte **Wohlfahrtsverluste**. Der Monopolist legt Preise über den Grenzkosten fest und die Produzentenrente ist zu Lasten der Konsumentenrente höher als unter Wettbewerb, es findet also eine Wohlstandsumverteilung statt. Effizienzverluste treten durch den sog. „Deadweight Loss“ auf, wonach die Summe aus Konsumenten- und Produzentenrente insgesamt geringer ist. Dies gilt auch für den Rechtsschutz immaterieller Güter. Die Verringerung des Wohlfahrtsverlusts durch Unterproduktion wird erkaufte mit einem Wohlfahrtsverlust durch **Unternutzung**.

In diesem Spannungsfeld besteht ökonomisch die Aufgabe des Gesetzgebers, einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen. Auch ökonomisch hängt eine effiziente Gestaltung von einem angemessenen Ausgleich zwischen Anreiz und Verbreitung ab. Dieses **Fine Tuning** ist die zentrale Aufgabe der Ausgestaltung der Immaterialgüterrechte. Der Konflikt zwischen Verwertungsinteresse und Informationszugang ist sowohl ökonomisch als auch rechtlich im Immaterialgüterrecht angelegt.

³ Vgl. *Wiebe*, Information als Schutzgegenstand, 93, (102 ff). Zur Unterscheidung von Information und Daten vgl. *Wiebe*, Die semiotische Analyse als interdisziplinäre Methode, FS Walter, 2018, 13 ff.

3. Anreiz und Wettbewerb

Aus **volkswirtschaftlicher** Sicht hat *C.C v. Weizsäcker* drei Ebenen wirtschaftlicher Tätigkeit unterschieden: Innovation, Produktion, Konsum. Betrachtet man zunächst das Sacheigentum, so bewirkt die sich daraus auf Konsumebene ergebende Ausschließlichkeit Anreize zur Investition auf der Produktionsebene. In gleicher Weise bewirkt das Immaterialgüterrecht, das sich als Beschränkung auf der Produktionsebene auswirkt, Anreize zur Schaffung neuer Innovationen. So bewirkt das Patentrecht, dass patentgeschützte Maschinen nur mit Zustimmung des Rechteinhabers gebaut und eingesetzt werden können. Durch die ausschließliche Zuordnung der ökonomischen Verwertung werden Anreize geschaffen, neue Ideen für Maschinen und Produktionsverfahren zu entwickeln.⁴

Anhand dieser Zusammenhänge wird deutlich, dass Immaterialgüterrechte aus ökonomischer Sicht **keine Monopole** darstellen, sondern – im Gegenteil – Anreize für Innovation und Wettbewerb schaffen sollen. Ein Ausschlussrecht besteht nur im Hinblick auf das konkret geschützte immaterielle Gut. Soweit dieses im Ausnahmefall auch zur Wettbewerbsbeschränkung auf Märkten eingesetzt wird, besteht die „Zuständigkeit“ des Kartellverbots sowie der Missbrauchskontrolle nach §§ 1, 4 KartellG bzw. Art. 81, 82 EGv.

4. Wettbewerb und theoretische Grundlagen

Der **Wettbewerbsbegriff** kann unterschiedliche Inhalte bezeichnen:

- ein die Volkswirtschaft beherrschendes Ordnungsprinzip, dessen Ergebnisse den gesamtwirtschaftlichen Prozess bestimmen;
- die Marktlage für ein bestimmtes Erzeugnis, bei dem Alternativen für die Marktgegenseite bestehen;
- das Verhalten einzelner Unternehmen auf einem bestimmten Markt und die sich daraus ergebenden horizontalen Beziehungen zu konkurrierenden Unternehmen und vertikalen Austauschbeziehungen zu Unternehmen der vor- oder nachgeordneten Wirtschaftsstufen sowie den Endverbrauchern.

Damit sind aus verschiedenen Blickwinkeln die verschiedenen Aspekte des Wettbewerbs erfasst. Für das Wettbewerbsrecht erscheint eine verhaltensbezogene Sichtweise geeignet, wie sie sich in der Definition von Fikentscher niederschlägt: „Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindung mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsbedingungen“.⁵

⁴ Nach *C.C.v.Weizsäcker*, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, 34 KYKLOS 343 (349 ff).

⁵ *Fikentscher*, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 61, 788, 798.

Für Art und Umfang rechtlicher Regulierung sind die die Funktion von Wettbewerb beschreibenden theoretischen Annahmen von Bedeutung.⁶ Nach der Konzeption vom „**vollkommenen Wettbewerb**“ ging man zunächst aus von den Annahmen: möglichst große Zahl von Marktpartnern, homogene Güter, einheitlicher Preis und offene Märkte; unter diesen Bedingungen würde sich ein Gleichgewichtszustand zwischen Angebot und Nachfrage mit einheitlichem Preis bilden. Es wurde bald klar, dass diese Annahmen in der Realität nicht zutreffen, vielmehr ein Mix von kompetitiven und monopolistischen Elementen gegeben ist.

Clarke hat dann mit der „**dynamischen Theorie**“ eine zeitliche Komponente eingebracht, die eher als statische Modelle der Wirklichkeit gerecht werden. Danach ist der Wettbewerb ein dynamischer Prozess in der Zeit.⁷ Pionierunternehmen können durch Innovationen vorstoßen, Nachahmer stoßen nach und heben den Wettbewerb qualitativ auf eine höhere Ebene. Der Markt entwickelt sich in Phasen, wobei der Fortschritt gerade durch zeitweilige monopolistische Elemente gefördert werden kann. Das bedeutet, dass zeitweilige Monopole nicht grds schlecht sind, sondern im Gegenteil dynamisch den Wettbewerb fördern. Andererseits ist die Nachahmungsfreiheit ein essentieller Teil dieser Konzeption.

Welche Folgerungen ergeben sich daraus für die rechtliche Regulierung? Im Zusammenhang mit der Verbreitung des Kartellrechts nach dem Zweiten Weltkrieg wurde stark abgestellt auf eine Instrumentalisierung des Wettbewerbs zur Erreichung bestimmter Funktionen („**Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs**“). Als Grundfunktionen wurden dabei genannt: Lenkung des Angebots durch die Nachfrage, Optimalkombination der Produktionsfaktoren, Anpassung der Produktionskapazität an die Marktdaten, funktionelle Einkommensverteilung nach der Marktleistung (Verteilungsfunktion), Durchsetzung des technischen Fortschritts (Antriebsfunktion).

Eine ordnungspolitisch motivierte Steuerung des Wettbewerbs erscheint aber ebenfalls als wenig realistisch. Nach dem ua von v. Hayek vertretenen Konzept der Wettbewerbsfreiheit lassen sich keine gesicherten Korrelationen zwischen Marktstruktur,-verhalten und -ergebnissen nachweisen. Der Wettbewerb wird als **Entdeckungsverfahren** verstanden, das langfristig zu guten ökonomischen Ergebnissen und wirtschaftlichem Wohlstand führt.⁸ Ordnungspolitisch kann es also nicht um die Verwirklichung bestimmter Ziele gehen, sondern um die Gewährleistung eines freien, unbeschränkten Wettbewerbs.

Ziel des Wettbewerbsrechts ist also die Sicherung der **Wettbewerbsfreiheit**. Der Wettbewerb ist frei, wenn es jedem erlaubt ist, sich auf einem bestimmten Markt mit anderen Wirtschaftssubjekten um Geschäftsabschlüsse mit Marktpartnern zu bewerben. Das beinhaltet freien Zugang für neue Wettbewerber und die Möglichkeit für jeden Wettbewerber, Entschlüsse auf dem Markt frei fassen und durchführen zu können.

⁶ S dazu Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, dUWG³⁹ Einl Rz 1.11 ff.

⁷ Clark, Towards a Concept of Workable Competition, The American Economic Review (1940).

⁸ v. Hayek, Freiburger Studien (1969), 249 ff.

III. Rechtliche Funktion des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts

1. Immaterialgüterrechte als Rechtsobjekte

1.1. Rechtscharakter und Regulierungsansatz

Juristisch sind die Immaterialgüterrechte als **Vermögensrechte** an verselbständigten geistigen Gütern ausgestaltet. Sie sind subjektive Rechte und geben ihrem Inhaber damit eine Berechtigung an der Verwertung des immateriellen Guts, die dinglicher Natur ist. Sie sind außerdem absolute Rechte, verleihen ihrem Inhaber also sowohl die positive Nutzungsbefugnis als auch das negative Abwehrrecht. Diese Befugnisse wirken nicht nur innerhalb vertraglicher Verhältnisse, sondern gegenüber jedem Dritten. Hat der Rechteinhaber einem Lizenznehmer ein ausschließliches Verwertungsrecht eingeräumt, wirkt dieses sogar gegenüber dem Rechteinhaber (Lizenzgeber) selbst.

Der Gesetzgeber hat genau abgegrenzte Immaterialgüterrechte geschaffen, außerhalb derer grds Wettbewerbsfreiheit herrscht. Es besteht daher ein **Numerus Clausus** der Schutzrechte. Man kann auch umgekehrt von einem Prinzip der Gemeinfreiheit von Informationen sprechen. Neu entstehende immaterielle Güter müssen daher entweder den bestehenden Schutzrechten zugeordnet werden, oder der Gesetzgeber muss neue Schutzrechte schaffen.

Beispiel: *Mit der Verbreitung der Kommunikation über Internet wurden Domain Names zu einem wirtschaftlich bedeutenden immateriellen Gut. Das Domain Name System basiert auf einer Registrierung bei einem entsprechenden Diensteanbieter. Es besteht kein eigenes Schutzrecht für Domain Names. Über die Annahme einer Kennzeichnungsfunktion der Domain Names hinsichtlich des Betreibers des jeweils bezeichneten Rechners lassen sich Domain Names aber über das Marken- und Kennzeichenrecht schützen. Darüber hinaus sind sie zwar als pfändbarer Vermögensgegenstand anerkannt. Der deutsche BGH hat für das deutsche Recht hervorgehoben, dass Domains kein dingliches Recht darstellen, sondern die Gesamtheit der schuldrechtlichen Ansprüche des Anmelders gegen die Registrierungsstelle ein Vermögensrecht iSv § 857 Abs 1 dZPO darstellen, das insoweit pfändbar ist. Diese umfassen die Eintragung sowie die sich aus dem folgenden Dauerschuldverhältnis ergebenden Ansprüche auf Fortbestand der Konnektierung sowie die sich ergebenden Nebenansprüche.*

Die Ausgestaltung der immaterialgüterrechtlichen Schutzsysteme stellt einen Ausgleich der auf das immaterielle Gut gerichteten unterschiedlichen, teilweise aber gleichgerichteten **Interessen** dar. Aus Sicht des Schaffenden besteht das Interesse an wirtschaftlicher Verwertung, es gibt aber auch persönliche und ideelle Interessen, die vor allem im Urheberrecht als Urheberpersönlichkeitsrecht besonders ausgeprägt sind. Die Konsumenten ebenso wie die „Wettbewerber“ haben dagegen ein Interesse an einem möglichst ungehinderten und kostengünstigen Zugang zum Immaterialgut. Aus Sicht der Allgemeinheit besteht schließlich ein Interesse an der Bereicherung des Bestands an Kultur bzw technischem Wissen oder Formenreichtum. Dieses Allgemeininteresse läuft parallel zum Verwertungsinteresse des Rechteinhabers und schlägt sich in