41. FIW-Symposion
Innovation und Wettbewerb

Immaterialgüterrechte im Wettbewerb –

Förderung von Innovation durch Monopole oder schlimmste Wettbewerbsbeschränkung der Gegenwart?

Innsbruck, 26. Februar 2009

Josef Drexl
MPI für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht

1. Einführung (1)

Was wäre wenn,

man auf die Idee käme, das geistige Eigentum einem *more economic approach* zu unterziehen?

(1) Wirkungsbezogener Ansatz

Geistiges Eigentum wäre nur zu schützen, soweit die **positiven ökonomischen Auswirkungen** im konkreten Fall **überwiegen**

(2) Nachweis der Innovationsförderung

Geistiges Eigentum wäre nur zu schützen, soweit der Nachweis der Innovations- bzw. Kreativitätsförderung geführt ist

(3) Nachweis des Verbrauchernutzens

Geistiges Eigentum wäre nur zu schützen, soweit die **Verbraucherwohlfahrt gemehrt** wird. Kein Schutz ohne Nachweis des konkreten Verbrauchernutzens

Ergebnis: Tod des Immaterialgüterrechts!!

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

1. Einführung (2)

Vielleicht doch keine Provokation?

- Die Schaffung geistigen Eigentums beruht auf einem **regulierenden Eingriff des Staates in den Markt** und bedarf daher der ökonomischen Rechtfertigung
- **Komplementaritätsthese**
  - Kartellrecht und Immaterialgüterrecht als **komplementäre Rechtsgebiete**
  - Verpflichtung auf das selbe **Ziel**: **dynamischer Wettbewerb**

➔ **Begründungsmaßstab** müsste für beide Rechtsgebiete **identisch** sein

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

Übersicht

2. **Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in geistiges Eigentum**

3. **Gründe für die wachsende Kritik am geistigem Eigentum**

4. **Zum besseren Verständnis des Verhältnisses von geistigem Eigentum und Kartellrecht**

5. ***eBay v. MercExchange* (US Supreme Court, 2006)**

6. **Schlussfolgerungen und ein Blick in die Zukunft**

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht

2. Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in geistiges Eigentum (1)

(1) Strömungen in der Wettbewerbsökonomik

- ➔ ***Joseph Schumpeter:*** kreative Zerstörung
- ➔ ***Neo-Chicago:*** Aussicht auf Monopolrendite als Voraussetzung für Investitionen in Innovation
- ➔ ***Moderne Ökonomik:*** Komplementarität von geistigem Eigentum und Wettbewerb erzeugt dynamische Effizienz
- ➔ ***Neo-Chicago:*** Fehleranalyse = denkbare „false positives“ (Verlust an dynamischer Effizienz) wiegen schwerer als denkbare „false negatives“ (Verlust an statischer Effizienz)

Kritik:

- ➔ Keine Differenzierung nach Schutzrechten (Bsp.: *Magill*)
- ➔ Keine Differenzierung nach ökonomischen Kontext (z.B. Bedeutung von Netzwerkeffekten)
- ➔ Unterstellung, dass eine kartellrechtliche Maßnahme nur Preiswettbewerb fördern könne (Bsp.: *Microsoft*)

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

2. Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in geistiges Eigentum (2)

(2) Praktische Anwendung des Kartellrechts

- ➔ Unklarheiten über die Anwendung v.a. des **Art. 82 EG**
- ➔ Problem der Abgrenzung des Missbrauchs vom zulässigen Wettbewerb bei einseitigen Verhaltensweisen
- ➔ ökonomischer Ansatz favorisiert eine Orientierung am Verbraucher (***consumer harm approach***)

  Bsp.: ***Rambus v. FTC*** (**D.C. Cir.** 2008)

  > „Überhöhte Lizenzgebühren schädigen nur die Chiphersteller; hohe Preise fördern Wettbewerb“

  Kommission: **Guidance Paper Art. 82 EC** (Dez. 2008)

  > Verbraucherschaden als Kriterium für Prioritäten – Geistiges Eigentum findet kaum mehr Erwähnung

Kritik:

- ➔ Oft **kollidierende Verbraucherinteressen** im Zusammenhang mit geistigem Eigentum (Bsp.: *GSK*)
- ➔ Gegenkonzept: „***Foreclosure effects***“ (Bsp.: *Microsoft*)

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

2. Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in geistiges Eigentum (3)

Praktische Auswirkungen:

„The mere possession of monopoly power, and the concomitant **charging of monopoly prices**, is not unlawful; it is an **important element of the free-market system**. The **opportunity to charge monopoly prices** – at least for a short period – is what attracts business acumen in the first place; it **induces risk taking that produces innovation and economic growth**. **To safeguard the incentive to innovate**, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.“

Justice Scalia, US Supreme Court
***Verizon v. Trinko* , 2004**

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

3. Gründe für die wachsende Kritik am geistigen Eigentum

(1) „Expansives“ Immaterialgüterrecht

- Datenbankschutz in Europa
- US-Patente für Software und Geschäftsmethoden
- Schutzfristverlängerung (z.B. Urheberrecht)
- International: WTO/TRIPS + bilaterale Abkommen

(2) Problem der „*patent thickets*“

- Idealbild: „one product – one patent“
- heute oft tausende von Patenten in einem Produkt

(3) Netzwerkeffekte und Standards

- geistiges Eigentum als Marktzutrittshindernis

➔ wachsende Forderung nach einer *liability rule*!!

(4) Funktionswandel (+ „*patent trolls*“)

- Geistiges Eigentum als Anlageobjekt und Einnahmequelle
- Keine Absicht zur eigenen Nutzung

Folge: Verlagerung des Wettbewerbs vom Markt in die Gerichtssäle

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

4. Zum Verhältnis von geistigem Eigentum und Wettbewerb (1)

Die Insel des geistigen Eigentums im Meer des Wettbewerbs:

Geistiges Eigentum

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

4. Zum Verhältnis von geistigem Eigentum und Wettbewerb (2)

Die Inseln des geistigen Eigentums im Meer des Wettbewerbs:

Halong Bay, Vietnam

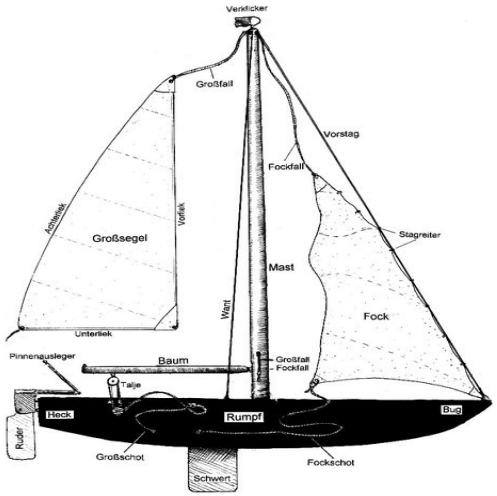
MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht

4. Zum Verhältnis von geistigem Eigentum und Wettbewerb (3)

Geistiges Eigentum als Mittel des Wettbewerbs:



Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

4. Zum Verhältnis von geistigem Eigentum und Wettbewerb (4)

Geistiges Eigentum als Mittel des Wettbewerbs:

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht

4. Zum Verhältnis von geistigem Eigentum und Wettbewerb (5)

„Wettbewerbswidriges“ Immaterialgüterrecht und der Gesetzgeber:

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

5. *eBay v. MercExchange* (1) (US Supreme Court, 2006)

Sachverhalt:

1995: Antrag von *Thomas G. Woolsten* (Va., US) beim US PTO auf ein Patent für die Geschäftsidee einer elektronischen Auktionsplattform

2000: eBay und MercExchange, ein Unternehmen, das das Patent von Woolsten erworben hat, verhandeln erfolglos über eine Lizenz

2003: MercExchange gewinnt eine Verletzungsklage gegen eBay, nachdem die Jury das Patent aufrecht erhalten hat; aber der **District Court verweigert den Unterlassungsanspruch**

2005: Der **Federal Circuit hebt auf** und verweist zurück:

„(…) general rule that courts will issue **permanent injunctions** against patent infringement **absent exceptional circumstances**."

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

5. *eBay v. MercExchange* (2)

Die Entscheidung des Supreme Court:

(1) Unterscheidung zwischen *law* and *equity*

➔ **Unterlassung als *equitable relief*** im Verhältnis zum Schadensersatz als *relief in law* **nur unter besonderen Voraussetzungen** auch im Patentrecht

(2) Vier Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs:

(i) nicht wieder gut zu machender Schaden;
(ii) Geldersatz entschädigt nicht ausreichend;
(iii) nach einer Abwägung der Folgen für die Parteien muss der Unterlassungsanspruch geboten sein;
(iv) das **öffentliche Interesse** darf dem Unterlassungsanspruch **nicht entgegenstehen**

"[T]he Patent Act expressly provides that injunctions 'may' issue 'in accordance with the principles of equity.'"

(3) Konzeption als Eigentum steht nicht entgegen!!

"[T]he Patent Act also declares that 'patents shall have the attributes of personal property,' (…). But the creation of a right is distinct from the provision of remedies for violations of that right."

➔ **Einstimmige Aufhebung und Zurückweisung**

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

5. *eBay v. MercExchange* (3)

Eine wettbewerbspolitische Analyse:

(1) Verweigerung der Unterlassung = gesetzliche Lizenz

Folge: Kein wertungsmäßiger Unterschied zur Annahme einer Lizenzpflicht nach Art. 82 EG

(2) Kontrolliert das Patent eine wesentliche Einrichtung?

➔ Patente für ein Geschäftsmodell können den Zutritt zu einem Markt versperren

Im eBay-Fall liegt die Erfindung im „Entdecken eines neuen relevanten Marktes“!!

(3) Missbrauch i.S. von Art. 82 EG?

EuGH: „**exceptional circumstances**“ (*Magill*) erforderlich (vgl. **Fed. Cir**.)!

EuGH: Verhinderung eines neuen Produkts zum **Nachteil der Verbraucher** (*Magill*) (vgl. **Supreme Court:** „**public interest**“)

(4) Aber: Marktbeherrschung i.S. von Art. 82 EG?

Problem: MercExchange ist im Markt von eBay nicht tätig!

➔ Fall des **Ausbeutungsmissbrauchs**!!

➔ **Der Supreme Court verstößt ohne jegliche ökonomische Analyse gegen alle Grundsätze, die er selbst im Antitrust-Recht entwickelt hat und unterstützt**

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

5. *eBay v. MercExchange* (3)

"In cases now arising trial courts should bear in mind that in many instances the **nature of the patent** being enforced and the **economic function of the patent holder** present considerations quite **unlike earlier cases**. An **industry has developed** in which **firms use patents not as a basis for producing** and selling goods but, instead, **primarily for obtaining licensing fees**. (…) For these firms, an injunction, and the potentially serious sanctions arising from its violation, can be employed as a **bargaining tool to charge exorbitant fees** to companies that seek to buy licenses to practice the patent. When the **patented inventions is but a small component of the product** the companies seek to produce and the threat of an injunction is employed simply for undue leverage in negotiations, **legal damages may well be sufficient** to compensate for the infringement and an **injunction may not serve the public interest**."

***Justice Kennedy* (concurring)**

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht

6. Schlussfolgerungen und Ausblick

(1) Forderung nach einer **einheitlichen Wettbewerbspolitik**, die geistiges Eigentum und Kartellrecht im Kontext sieht

(2) Der **ökonomische Ansatz im Kartellrecht** war bislang nicht in der Lage, überzeugende Antworten für die Behandlung problematischer Fälle zu geben

(3) Wettbewerbspolitischer Fehler im Bereich des geistigen Eigentums führt zu einer **Überforderung des Kartellrechts**

(4) Eine zu **zurückhaltende Anwendung des Kartellrechts** führt zu **Ausweichreaktionen des Immaterialgüterrechts**

(5) **Ausblick**

EU: **Gefahr des Zurückweichens des Kartellrechts** trotz ***Microsoft*** (Guidance Paper)

USA: **Hoffnung** auf stärkere **Anwendung von Section 2**

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht

Herzlichen Dank!

MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT

Prof. Dr. Josef Drexl
Abteilung Recht des
Geistigen Eigentums
und Wettbewerbsrecht

Max-Planck-Institut für
Geistiges Eigentum, Wett-
bewerbs- und Steuerrecht