David E.F. Slopek, LL.M.*/ **Jan Gottschalk**, LL.M.**

Düsseldorf

Das Patentmonopol im Faktencheck

INHALT

A. Einleitung

B. Der Zusammenhang zwischen Patenten und Monopolen

I. Das Patent als erfindungsbezogenes Ausschließungsrecht

II. Das Monopol als produktbezogene Wettbewerbssituation

III. Zwischenergebnis

C. Wohlfahrtsökonomische Auswirkungen

I. Wohlfahrt und vollkommene Konkurrenz

II. Monopolverluste

III. Die monopolfördernde Wirkung von Patenten

D. Zusammenfassung

Allenthalben ist zu lesen, dass Patente Monopole seien. Gibt man bei beck-online „Patentmonopol" als Suchwort ein, so spuckt die Datenbank nicht weniger als 145 Treffer aus. Der vorliegende Beitrag unterzieht die hinter diesem Begriff stehende These einer genaueren Betrachtung und zeigt auf, ob und inwieweit die verbreitete Gleichsetzung von Patenten und Monopolen berechtigt ist.

A. Einleitung

In der wirtschaftswissenschaftlichen Betrachtung werden Patente vielfach als Monopole beschrieben.[1] Die juristische Sicht fällt zwar insgesamt differenzierter aus[2], doch hat es sich auch hier eingebürgert, Patente mit Monopolen gleichzusetzen.[3] Gleich ob Lehrbuch[4], Kommentar[5] oder Aufsatz[6]: Überall begegnet einem die axiomatische Aussage, dass Patente ihren Inhabern eine gesetzlich geschützte Monopolstellung einräumen. Aber sind Patente tatsächlich Monopole? Die Frage ist keineswegs akademischer Natur. Ihre praktische Speerspitze tritt gerade bei den kartellrechtlichen Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht offen zu Tage, wenn es zu klären gilt, ob ein Patent zu einer marktbeherrschenden Stellung führt und ggf. eine Zwangslizenz zu erteilen ist. Daneben ergeben sich aus der Gleichsetzung von Patenten und Monopolen an anderer Stelle subtilere, indes nicht minder gewichtige Folgerungen. Schon *Rich*, der in den Vereinigten Staaten – womöglich etwas überschwänglich – als *Founding Father of Patent Law* bezeichnet wurde[7], stellte treffend fest, dass die Frage, ob Patente Monopole seien, mehr als eine Frage nach Worten sei. Nach *Rich* soll sie der Ausgangspunkt für zwei unterschiedliche Theorien sein, unter deren Einfluss die Gerichte und der Gesetzgeber zu weitgehend unterschiedlichen Schlüssen kommen könnten, wo die Grenzlinie zwischen den dem Erfinder zu gewährenden und den der Allgemeinheit vorzubehaltenden Rechten zu ziehen sei.[8] Die Sorge ist berechtigt. Auf der Ebene der Rechtssetzung werden Patente zuweilen als volkswirtschaftlich schädliche Monopole diffamiert, etwa wenn die Piratenpartei gegen die Erteilung von Softwarelizenzen wettert oder die Grünen gegen die Erteilung von Biopatenten mobil machen. Auf der Ebene der Rechtsanwendung wiederum werden Patente von Richtern und Rechtsanwälten rhetorisch geschickt als Monopole bezeichnet, um zu begründen, warum der Schutzbereich eines Patents eng zu ziehen oder das Patent in toto zu versagen ist. Vor diesem Hintergrund hat sich der vorliegende Beitrag zum Ziel gesetzt, den Zusammenhang zwischen Patenten und Monopolen herauszuarbeiten und zu untersuchen, welche volkswirtschaftlichen Konsequenzen sich hieraus ergeben.

B. Der Zusammenhang zwischen Patenten und Monopolen

I. Das Patent als erfindungsbezogenes Ausschließungsrecht

Für eine erste Annäherung an das Thema Patente und Monopole bietet es sich an, zunächst einen Blick auf die historischen Wurzeln des Patentbegriffs zu werfen. Der terminologische Ursprung des Patents liegt im 13. Jahrhundert.[9] Seit jener Zeit gab es in England von der Krone ausgestellte Urkunden. Es handelte sich um unversiegelte Briefe, die sich an alle Untertanen richteten. Sie wurden *letter patents* genannt, was sich von *litterae patentes* – dem lateinischen Wort für offener Brief – ableitete. Ein solcher konnte für unterschiedlichste Zwecke gewährt werden, etwa die Ernennung zum Offizier oder die Erlaubnis Land zu erobern. Durch Patente wurden auch Konzessionen vergeben oder aber Monopole auf den Handel mit bestimmten Gütern verliehen. Das erste Patent zum Schutz einer Erfindung wurde John of Utyman 1449 unter Heinrich VI. erteilt. Es betraf eine Erfindung auf ein Verfahren zur Herstellung von farbigem Glas. Später führte die ausufernde Vergabe von Privilegien zu

* Rechtsreferendar in Düsseldorf.

** Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Gewerblichen Rechtsschutz von Prof. Jan Busche an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

1) Nach *Pretnar*, GRUR Int. 2004, 776 soll dies sogar der h.L. in den Wirtschaftswissenschaften entsprechen.

2) So etwa *Busche*, Marktmachtmissbrauch durch Ausübung von Immaterialgüterrechten?, in: FS Tilmann, S. 645, 649; *ders.*, Patente in der Wettbewerbsordnung – Kartellrechtlicher Verwertungszwang versus Innovationsschutz, in: Jahrbuch der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2001, S. 345, 351; siehe auch *Kraßer*, Patentrecht, 6. Aufl., 2009, S. 47 m.w.N.

3) So auch *Dam*, 23 J. Legal Stud. 247, 249 (1994).

4) *Osterrieth*, Patentrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 327.

5) *Rogge*, in: Benkard: PatG, 10. Aufl., 2006, § 24 Rn. 3.

6) *Geiger*, EuZW 2004, 65; vgl. auch noch insoweit unsauber Slopek, GRUR Int. 2008, 479.

7) *Cohodas*, Legal Times v. 10.7.1995, S. 1.

8) Vgl. *Rich*, 15 W. New Eng. L. Rev. 239 (1993).

9) Vgl. zur Geschichte des englischen Patentrechts *Klitzke*, 41 JPOS 635 (1959).

viel Unmut. Sie erschien willkürlich und führte selbst bei Salz und anderen grundlegenden Gütern zu regelrechten Preisexplosionen. Um dem ein Ende zu bereiten, verabschiedete das Parlament am 25. Mai 1624 das *Statue of Monopolies*. Section 1 erklärte alle bislang erteilten Privilegien (*Monopolies, Commissions, Grants, Licences, Charters, Letters Patents*) für unwirksam. Section 6 machte hiervon für Erfindungen eine Ausnahme und bestimmte, die vorangegangenen Bestimmungen

„shall not extend to any letters patents and grants of privilege for the term of fourteen years or under, hereafter to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm to the true and first inventor (...)"

Auch wenn das *Statue of Monopolies* eines der frühesten Patentgesetze darstellt, so sieht man doch, dass es gerade nicht die Erteilung von Monopolen auf Erfindungen regelte, sondern – terminologisch von *monopolies* differenzierend – *letters patents and grants of privilege* auf Erfindungen betraf.

Andere Staaten folgten dem Beispiel Englands und verabschiedeten Patentgesetze, die den Schutz von Erfindungen durch die Verleihung von Exklusivrechten regelten. In Deutschland trat am 1. Juli 1877 das RPatG in Kraft – eine schwierige Spätgeburt der industriellen Revolution.[10] Sein Nachfolger, das heutige PatG, bestimmt, dass in Deutschland verliehene Patente in zwei Richtungen wirken. Einerseits räumen sie dem Patentinhaber exklusiv eine positive Benutzungsbefugnis ein, andererseits gewähren sie ihm eine negative Verbietungsfunktion. Nach § 9 S. 2 Nr. 1 PatG ist es jedem Dritten verboten, ohne die Zustimmung des Patentinhabers ein Erzeugnis, das Gegenstand des Patents ist, herzustellen, anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen oder zu den genannten Zwecken entweder einzuführen oder zu besitzen. Gem. § 9 S. 2 Nr. 2 und 3 PatG werden auch Verfahren sowie durch diese hergestellte Erzeugnisse unter Patentschutz gestellt. Damit ist festzuhalten, dass es sich bei Patenten um erfindungsbezogene Ausschließungsrechte handelt. Die Feststellung ist zwar trivial, für die Grenzziehung zum Monopol jedoch essentiell.

II. Das Monopol als produktbezogene Wettbewerbssituation

Stellen historischer Ursprung und rechtliche Wirkung von Patenten noch wohlvertrautes Terrain dar, erscheinen jedenfalls die exakten Wirkungen des Monopols einigen Patentrechtlern eher als terra incognita. Der Monopolbegriff bezeichnet eine Marktsituation, in der für ein ökonomisches Gut nur ein Anbieter (Angebotsmonopol) oder ein Nachfrager (Nachfragemonopol bzw. Monopson) vorhanden ist. Im Hinblick auf Patente stellt sich die Frage, ob diese ein Angebotsmonopol zugunsten des Patentinhabers bewirken. Nach der genannten Definition stellt das Monopol eine spezifische Marktsituation dar. Es liegt deshalb nahe, dass die Feststellung eines Monopols mit der Definition des betreffenden Marktes verknüpft ist. Es gibt Märkte für Arzneimittel, für Dienstleistungen, für Finanzinstrumente etc. Die Aufzählung ließe sich beliebig ergänzen und verfeinern. Die Vielzahl an Märkten macht eine Abgrenzung der einzelnen Märkte voneinander notwendig. Hierbei wird zwischen dem sachlich, dem zeitlich und dem räumlich relevanten Markt unterschieden.[11]

Der sachlich relevante Markt wird im deutschen und europäischen Kartellrecht vor allem durch das sog. Bedarfsmarktkonzept bestimmt.[12] Dieses stellt zur Marktabgrenzung auf die Sicht der Marktgegenseite ab und fragt nach dem Marktverhalten eines verständigen Nachfragers. Dem sachlich relevanten Markt sind alle Produkte und Dienstleistungen zuzurechnen, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass der verständige Nachfrager sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als gegeneinander austauschbar ansieht.[13] Das Bedarfsmarktkonzept kann ebenso für die Bestimmung des – in der Praxis weniger bedeutsamen – zeitlich relevanten und des räumlich relevanten Marktes[14] herangezogen werden. Letzterer wird definiert als „Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet."[15]

Kommission[16] und BKartA[17] sind zunehmend bemüht die Ergebnisse des Bedarfsmarktkonzeptes durch ökonomische Analysen zu fundieren. Namentlich die Prüfung der Angebotssubstituierbarkeit wird durch quantitative ökonomische Tests zur Bestimmung der Nachfrageelastizität unterstützt. Dabei wird der Umstand, dass Konsumenten bereits bei einer geringen Preissteigerung auf ein anderes Gut ausweichen, als Indikator für die Substituierbarkeit beider Produkte herangezogen. Diesen Zusammenhang zwischen Preisänderung und Konsumentenverhalten macht sich der SSNIP-Test (hypothetischer Monopoltest)[18] zu Nutze. Er geht von der Annahme aus, dass sich der Markt durch die Anbieter definiert, die den Marktpreis kontrollieren könnten, wenn sie vereint als ein einzelner Anbieter – der hypothetische Monopolist – auftreten würden. Soweit ihnen eine solche Kontrolle auch gemeinsam nicht gelänge, ist davon auszugehen, dass auch andere Produkte Wettbewerbsdruck ausüben und somit in den relevanten Markt aufgenommen werden müssen. Die Erweiterung erfolgt so lange, bis der hypothetische Monopolist keinem Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt ist und er somit den Preis für die letztendlich definierte Produktgruppe festsetzen kann. Für die Bestimmung des noch bestehenden Wettbewerbsdruckes wird geprüft, ob der hypothetische Monopolist eine kleine aber signifikante und dauerhafte Preiserhöhung[19] ohne Verluste durchsetzen kann.

10) So *Beier*, GRUR 1985, 606, 613.

11) Dazu *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, 4. Aufl., 2007, EGV Art. 82 Rn. 38.
12) *Götting*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., 2009, § 19 Rn. 12 ff.
13) Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372, 09.12.1997, S. 5 (Tz. 7).
14) Gerade bei der Bestimmung des räumlich relevanten Marktes hat sich die Kommission in der Entscheidung COMP/M.4734 – Ineos/Kerling vom 30.01.2008 zu einer umfassenden Anwendung des hypothetischen Monopoltestes bekannt.
15) Vgl. dazu Bekanntmachung der Kommission, a.a.O. (Fn. 13), Tz. 8.
16) Siehe dazu DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, S. 6.
17) Vgl. u.a. BKartA, Beschl. v. 02.07.2008, B2 – 359/07, S. 35 – Loose/Poelmeyer.
18) Dazu im Ganzen *Motta*, Competition Policy, 11. Aufl., 2009, S. 102 ff.
19) SSNIP = small but significant and nontransitory increase in price.

Für gewöhnlich wird eine Erhöhung um fünf bis zehn Prozent innerhalb eines Jahres als Richtwert zugrunde gelegt.[20] Die Anwendung des SSNIP-Tests erfolgt hierbei durch eine periodisch wiederholende Betrachtung von Produktgruppen, wobei solange weitere Produktgruppen hinzugenommen werden, bis der hypothetische Monopolist in der Lage ist, sich vom Wettbewerbsdruck zu emanzipieren und eine signifikante Preiserhöhung durchzusetzen.

Der SSNIP-Test ist mit Vorsicht zu genießen. Er suggeriert eindeutige Ergebnisse, die aber auf Ausgangsdaten beruhen, bei deren Definition nicht unerhebliche Wertungsspielräume bestehen.[21] Gerade in Fällen des Preismissbrauchs besteht die Gefahr, dass aufgrund der missbrauchsbedingt überhöhten Ausgangspreise eine zu weite Marktabgrenzung erfolgt.[22] Gleichwohl dient der SSNIP-Test der Kommission und dem BKartA im Rahmen des Bedarfsmarktkonzeptes als wichtiges Analysetool zur Bestimmung des relevanten Marktes. Dass sich hieraus durchaus auch patentrechtlich relevante Folgerungen ergeben können, hat zuletzt die *AstraZeneca*-Entscheidung[23] des EuG gezeigt. In ihr bestätigte das Gericht die vorangegangene Entscheidung der Kommission, die – vereinfacht ausgedrückt – zunächst mittels Bedarfsmarktkonzept und SSNIP-Test den relevanten Markt abgrenzte, darauf aufbauend feststellte, dass auf diesem Markt u.a. durch einen starken Patentschutz für ein Arzneimittel Marktmacht besteht und schließlich zu dem Ergebnis gelang, dass der Patentinhaber diese Marktmacht u.a. durch fälschliche Angaben zur Erschleichung eines ergänzenden Schutzzertifikats missbraucht hat.

III. Zwischenergebnis

Davon ausgehend, dass das Patent ein erfindungsbezogenes Ausschließungsrecht, das Monopol aber eine produktbezogene Wettbewerbssituation beschreibt, wird offenkundig, dass Patente schon per definitionem keine Monopole darstellen können. Die verbreitete Gleichsetzung von Patenten und Monopolen stellt deshalb einen gleichermaßen grundlegenden wie hartnäckig wiederholten Fehler dar.[24] Dies bedeutet freilich nicht, dass sich Patente und Monopole unverwandt gegenüberstehen. Tatsächlich handelt es sich um zwei Kategorien mit durchaus lebhafter Wechselwirkung. Das Patent ist eine primär rechtliche Kategorie, das Monopol eine primär wirtschaftliche. Die rechtliche Wirkung des Patents kann unter bestimmten Voraussetzungen handfeste ökonomische Auswirkungen auf die Marktstruktur nach sich ziehen. Im Extremfall kann sich in Folge der Patenterteilung ein Monopol bilden. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht werden, welche wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen Monopole haben und inwiefern die Erteilung eines Patents ursächlich für derlei Auswirkungen sein kann.

20) Bekanntmachung der Kommission, a.a.O. (Fn. 13), Tz. 17.
21) Zur Kritik: *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, 4. Aufl., 2007, EGV Art. 82 Rn. 45; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europ. WettbewerbsR, 2. Aufl., 2005, § 16 Rn. 8.
22) Zum Problem der „Cellophane Fallacy" Motta, Competition Policy, 11. Aufl., 2009, S. 105.
23) EuG, Urt. v. 01.07.2010, Az.: T 321/05 – AstraZeneca.
24) *Kitch*, 53 Vand. L. Rev. 1727, 1729 (2000).

C. Wohlfahrtsökonomische Auswirkungen

I. Wohlfahrt und vollkommene Konkurrenz

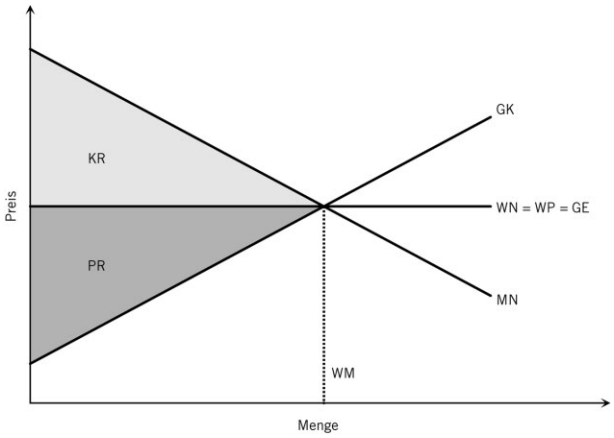
Die wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen von Monopolen werden primär durch die Analyse des Preisniveaus in dem relevanten Markt bestimmt. Ausgangspunkt ist der Leitgedanke, dass es der Gesellschaft dann am besten geht, wenn die zu verteilenden Güter zu den Personen gelangen, die diesen die größte Wertschätzung entgegen bringen.[25] Die Wertschätzung der Marktbeteiligten lässt sich am verständlichsten durch sog. Rentenmodelle wiedergeben, die durch das Gegenüberstellen der aggregierten Rente bzw. Nutzen der Nachfrager (Konsumentenrente) und Anbieter (Produzentenrente) eine Aussage zum jeweiligen Wohlfahrtsniveau des Marktes treffen können.[26] Soweit dieses maximiert ist und keiner der Marktteilnehmer bessergestellt werden kann, ohne einen anderen zu benachteiligen, ist eine effiziente Verteilung der Güter gegeben.[27] Dieser als Pareto-Optimum bezeichnete Zustand wird als Leitbild der wohlfahrtsökonomischen Betrachtung verstanden.[28] Das Monopol führt, wie noch zu zeigen ist, zu einer suboptimalen Angebotsmenge und damit gleichsam zu einem Zurückbleiben hinter dem Pareto-Optimum.

Um die wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen des Monopols zu veranschaulichen, wird in der Preistheorie auf das Vergleichsmodell der vollkommenen Konkurrenz zurückgegriffen.[29] Es handelt sich um ein idealtypisches Modell, das insbesondere dadurch gekennzeichnet ist, dass der relevante Markt atomistisch strukturiert ist, vollkommene Markttransparenz sowie Homogenität der Güter herrscht und die Marktteilnehmer auf Änderungen unendlich schnell reagieren.[30] Unter diesen Umständen bildet sich – um die Worte *Adam Smiths* aufzugreifen – durch die „unsichtbare Hand" der Wettbewerbsgesetze ein Wettbewerbs- bzw. Gleichgewichtspreis.[31]

Bei vollkommener Konkurrenz ist der einzelne Anbieter zu klein und zu schwach, um Einfluss auf den Gleichgewichtspreis ausüben zu können. Deshalb wird er als *Preisnehmer* bezeichnet.[32] Die vom einzelnen Anbieter beantwortete Nachfrage bleibt ebenso wie der Gleichgewichtspreis konstant. Der Anteil des einzelnen Anbieters an dem gesamten Marktangebot ist so gering, dass der Anbieter zum Gleichgewichtspreis jede beliebige ihm mögliche Produktmenge anbieten kann und folglich für jede angebotene Einheit denselben Marktpreis erhält. Aus diesem Grund korreliert im vollkommenen Wettbewerb der Gleichgewichtspreis auch zugleich mit dem Grenzerlös. Grenzerlös meint den zusätzlichen Erlös (erzielbarer Preis pro Produktionseinheit abzüglich der Kosten pro Produktionseinheit) für jede zusätzlich verkaufte Mengeneinheit.[33] Spiegelbildlich zum Grenzerlös verhalten sich die Grenzkosten. Hierunter ver-

25) *Bork*, The Antitrust Paradox, 2. Aufl., 1993, S. 90.
26) Dazu im Ganzen *Carlton/Perloff*, Modern Industrial Organization, 4. Aufl., 2005, S. 70 ff.
27) *Hovenkamp*, Federal Antitrust Policy, 3. Aufl., 2005, S. 75.
28) Ebd.
29) Hierzu *Chisum/Nard/Schwartz/Newman/Kieff*, Principles of Patent Law, 3. Aufl., 2004, S. 57 ff.
30) *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 2000, S. 85 f.
31) *Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776, Bd. IV, Kap. II 2.9.
32) *Mankiw*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 3. Aufl., 2004, S. 314.
33) Ebd., S. 316.

steht man diejenigen Kosten, die der Anbieter zusätzlich aufwenden muss, um eine weitere Einheit des Gutes zu produzieren.[34] Nach dem Marginalprinzip maximiert der Anbieter seinen Gewinn, indem er seine Produktions- und Angebotsmenge so setzt, dass der Grenzerlös den Grenzkosten entspricht.[35] Produziert der Anbieter so viel, dass die Grenzkosten über dem Grenzerlös liegen, macht er Verlust. Andersherum würde der Anbieter mögliche Gewinnmöglichkeiten ungenutzt lassen, wenn er so wenig produziert, dass die Grenzkosten unterhalb der Grenzerlöse liegen. Da unter den Bedingungen des vollkommenen Wettbewerbs der Gleichgewichtspreis dem Grenzerlös entspricht und die Anbieter zugleich unter Berücksichtigung des Marginalprinzips ihre Angebotsmenge so setzen, dass die Grenzkosten den Grenzerlösen entsprechen, stellt sich ein pareto-effizienter Zustand ein: Die Gesamtwohlfahrt ist maximal, weder die Konsumenten- noch die Produzentenrente könnte größer ausfallen, ohne die Marktgegenseite zugleich schlechter zu stellen.[36] Diese Marktsituation, wie sie in Abbildung 1 schematisch dargestellt wird, dient nachfolgend als Benchmark, um die wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen des Monopols zu veranschaulichen.



Legende:

MN	=	Marktnachfrage	GK	=	Grenzkosten
WN	=	Wahrgenommene Nachfrage	GE	=	Grenzerlös
WP	=	Wettbewerbspreis	KR	=	Konsumentenrente
WM	=	Wettbewerbsmenge	PR	=	Produzentenrente

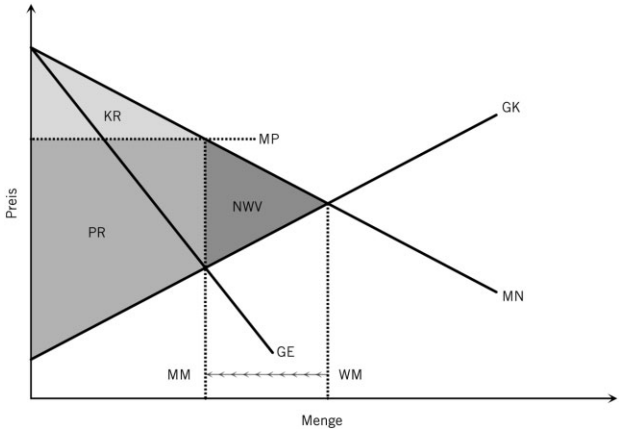
Abb. 1. Preis-Mengen-Entscheid bei vollkommener Konkurrenz

II. Monopolverluste

Das Marktverhalten des Monopolisten wird von abweichenden Prämissen determiniert. Hierzu gehört zuvorderst, dass es keinen Wettbewerb und also auch keinen Wettbewerbspreis gibt, den der Monopolist als fixe Größe hinnehmen muss. Der Monopolist selbst bestimmt den Preis, weshalb er auch als *Preissetzer* bezeichnet wird.[37] Und doch ist der Monopolist bei seinem Preis-/Mengenentscheid nicht vollkommen frei. Zwar kann er sich hierbei entlang der gesamten Marktnachfrage bewegen, ist durch diese aber auch begrenzt. Will heißen: Der Monopolist muss sich mit dem Umstand auseinandersetzen, dass fallende Preise zu größerer Nachfrage, steigende Preise hingegen zu sinkender Nachfrage führen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich der Monopolist verhalten muss, um seinen Gewinn zu maximieren. Zunächst gilt für den Monopolisten nichts anderes als für das Unternehmen im vollkommenen Wettbewerb: Nach dem Marginalprinzip fällt sein Gewinn maximal aus, wenn er eine Angebotsmenge am Schnittpunkt von Grenzerlös- und Grenzkostenfunktion setzt.[38] Entscheidend ist nun, dass sich die Grenzerlöse im Monopol anders verhalten, als bei vollkommener Konkurrenz. Während die Grenzerlöse bei vollkommener Konkurrenz der vom einzelnen Anbieter quasi aus der Froschperspektive subjektiv wahrgenommenen Nachfrage entsprachen (und im Schaubild eine waagerechte Linie beschreiben), sinken die Grenzerlöse im Monopol stärker als die Marktnachfrage. Der Grund ist einfach: Soweit der Monopolist die Nachfrager nicht preisdiskriminieren kann und für jedes Stück den gleichen Marktpreis bedienen muss, muss er, um eine einzelne Einheit mehr zu verkaufen, den Preis für alle angebotenen Einheiten senken.[39]

Verhält sich der Monopolist betriebswirtschaftlich klug und maximiert seinen Gewinn, so führt dies aus volkswirtschaftlicher Sicht zu unerwünschten Ergebnissen. Produziert der Monopolist nach der Formel „Grenzkosten gleich Grenzerlös" die für ihn optimale Menge, so produziert er weniger als die unter Wohlfahrtsgesichtspunkten effiziente Menge.[40] Er wird dafür einen Preis verlangen, der über seinen Grenzkosten liegt, so dass im Ergebnis die ineffizient niedrige Gütermenge mit einem ineffizient hohen Preis einhergeht.[41] Das tatsächliche Problem des Monopols sind deshalb nicht die steigenden Preise, sondern die Tatsache, dass der Monopolist seinen Gewinn dann maximiert, wenn er eine Gütermenge produziert und verkauft, die unter der Menge liegt, die für das volkswirtschaftliche Maximum an Gesamtrenten erforderlich ist. Es kommt also nicht nur zu Nachteilen für die Konsumenten, die größtenteils mit Vorteilen des Produzenten korrespondieren, sondern es kommt zu einem Nettowohlfahrtsverlust für die gesamte Gesellschaft.[42] Das Monopol ist somit pareto-ineffizient.



Legende:

MN	=	Marktnachfrage	MM	=	Monopolmenge
GK	=	Grenzkosten	KR	=	Konsumentenrente
GE	=	Grenzerlös	PR	=	Produzentenrente
MP	=	Monopolpreis	NWV	=	Nettowohlfahrtsverlust
WM	=	Wettbewerbsmenge			

Abb. 2. Wohlfahrtseffekte eines (Erzeugnis-) Patents

34) *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomie, 7. Aufl., 2007, S. 437.
35) *Bork*, a.a.O. (Fn. 24), S. 94.
36) Dazu *Feess*, Mikroökonomie, 3. Aufl., 2004, S. 296 ff.
37) *Schumann/Meyer/Ströbele*, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 8. Aufl., 2007, S. 283.
38) *Bester*, Theorie der Industrieökonomie, 4. Aufl., 2007, S. 27.
39) *Feess*, a.a.O. (Fn. 36), S. 317.
40) *Feess*, a.a.O. (Fn. 36), S. 320.
41) *Bester*, a.a.O. (Fn. 38), S. 27.
42) Vgl. *Varian*, a.a.O. (Fn. 34), S. 510.

III. Die monopolfördernde Wirkung von Patenten

Wären Patente mit Monopolen gleichzusetzen, dann ließe sich das vorgestellte Modell eins zu eins auf sie übertragen. Wie bereits ausgeführt, verbietet sich eine solche Gleichsetzung jedoch. Deshalb ist zu klären, ob und inwieweit das Modell auch auf Patente anwendbar ist. Dazu gilt es zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen das Patent eine monopolfördernde Wirkung hat und wie weit diese reicht. Das Patent schützt eine Erfindung, die Erfindung fließt in ein Produkt ein, das Produkt wird vermarktet. Das Produkt stellt damit den Konnex zwischen patentierter Erfindung und Marktgeschehen dar. Aber welche Auswirkung hat der Umstand, dass ein Produkt eine patentierte Erfindung enthält – mit ihr womöglich sogar weithin deckungsgleich ist – auf den Markt? An dieser Stelle lässt sich auf die zuvor dargestellten Grundsätze zur Marktabgrenzung zurückgreifen.

Im Hinblick auf den sachlich relevanten Markt stellt sich die Frage, inwieweit das Patent dazu führt, dass die Nachfrager nicht mehr auf Substitute ausweichen können, um ihren Bedarf zu decken. Anders gewendet: Verbleibt trotz des patentrechtlichen Schutzes die Möglichkeit, dass Konkurrenten vergleichbare Produkte anbieten und die Nachfrager bei einer signifikanten Preiserhöhung auf diese ausweichen können? Ein solches Ausweichen ist z.B. dann ausgeschlossen, wenn das Patent auf eine Erfindung erteilt wird, die für sich genommen ein für die Marktgegenseite alternativloses Produkt darstellt. Dies kann z.B. bei Arzneimittelpatenten der Fall sein, wenn ein Wirkstoff für eine Krankheit patentiert wird, zu deren Behandlung kein anderes Präparat existiert. In einer solchen Konstellation würde sich die zunächst nur formale Wettbewerbsbeschränkung (wenn man so möchte das „rechtliche Monopol“) zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung (einem „wirtschaftlichen Monopol“) ausweiten.[43] Dies wird jedoch nur in Ausnahmefällen, nämlich bei Pioniererfindungen mit entsprechend breitem Schutzumfang der Fall sein. Daneben kann ein Patent auch dann ausnahmsweise einen (Lizenzierungs- oder Technologie-) Markt abdecken, wenn das Patent selbst das Handelsgut darstellt und die Nachfrager auf die Lizenzierung angewiesen sind. Hierzu führte der BGH in seiner Entscheidung *Standard-Spundfass* aus:

„Ist durch eine Industrienorm oder durch ein anderes, von den Nachfragern wie eine Norm beachtetes Regelwerk eine standardisierte, durch Schutzrechte geschützte Gestaltung eines Produkts vorgegeben, so bildet die Vergabe von Rechten, die potentielle Anbieter dieses Produkts erst in die Lage versetzen, das Produkt auf den Markt zu bringen, regelmäßig einen eigenen, dem Produktmarkt vorgelagerten Markt. Denn die Erlangung solcher Rechte ist für ein Unternehmen, welches das „Normprodukt“ herstellen oder vertreiben will, unersetzlich.“[44]

Der Regelfall ist jedoch ein anderer. Insbesondere führt die zunehmende „Routinisierung erfinderischer Tätigkeit“[45] dazu, dass Erfindungen und Produkte entstehen, die den Nachfragern Raum lassen, auf andere Angebote auszuweichen. Denn „[d]ie Forschungs- und Entwicklungslabore zweier konkurrierender Firmen produzieren oftmals Innovationen, welche jeweils unvollkommene Substitute füreinander sind. Ein (Produkt) ist dem anderen in einigen Eigenschaften überlegen, in anderen dafür unterlegen. Oder eines ist nur geringfügig unterlegen, kann aber dafür zu einem Preis verkauft werden, der ein wenig niedriger als der des anderen ist.“[46] Hinzu kommt, dass Produkte oft durch hunderte, manchmal sogar tausende Patente geschützt werden – man vergegenwärtige sich nur einmal, wie viele große und kleine Innovationen in einem einzigen Auto enthalten sind. Hier gilt: Je mehr Patente ein Produkt in sich vereinigt, desto weniger Auswirkungen wird das einzelne auf den Markt haben.

Im Hinblick auf den räumlich relevanten Markt gilt es zu beachten, dass dieser durchaus weiter reichen kann, als die Wirkung des Patentes. Das Patent entfaltet nur eine territorial auf das Gebiet des erteilenden Staates begrenzte Wirkung. Der tatsächliche Markt, auf dem ein Produkt angeboten wird, wird indes nicht normativ, sondern ökonomisch abgegrenzt.[47] Will heißen, der Markt, auf dem sich Angebot und Nachfrage tatsächlich begegnen, reicht oftmals über die patentrechtlich relevanten Landesgrenzen hinaus, ist oftmals sogar global.

In Bezug auf den zeitlich relevanten Markt muss man berücksichtigen, dass das Patent zeitlich begrenzt erteilt wird. Das Marktgeschehen unterliegt demgegenüber keiner zeitlichen Begrenzung. Ein Produkt kann und wird oftmals länger angeboten werden, als der Patentschutz auf eine oder mehrere seiner Komponenten reicht. Ein plastisches Beispiel hierfür sind Arzneimittelpatente. Der Wettbewerb wird nur für die Dauer des Patentschutzes (ggf. erweitert durch die Erteilung eines ergänzenden Schutzzertifikats) eingeschränkt. Ist der Patentschutz abgelaufen, besteht der Markt für das Arzneimittel oftmals fort und das vormals patentgeschützte Arzneimittel muss mit Generika konkurrieren.

D. Zusammenfassung

Patente werden verbreitet mit Monopolen gleichgesetzt. Indes hat sich gezeigt, dass diese Gleichsetzung verfehlt ist. Patente sind erfindungsbezogene Ausschließungsrechte, wohingegen der Monopolbegriff eine produktbezogene Wettbewerbssituation beschreibt. Zuzugeben ist, dass Patenten durchaus eine – im Übrigen vom Patentrecht unter Anreizgesichtspunkten intendierte – tendenziell monopolfördernde Wirkung immanent ist. Aber nur in wenigen Ausnahmefällen wird das Patent zu einem (sachlich, räumlich und zeitlich eingeschränkten) Monopol mit volkswirtschaftlich relevanten Auswirkungen führen. Gleicht man den Schutzbereich eines Patents mit den für die Bestimmung eines Monopols heranzuziehenden Marktabgrenzungskriterien ab, so zeigt sich, dass das Patent regelmäßig nur begrenzte Wirkung entfaltet. Der sachlich relevante Markt reicht meist weiter als der Schutzbereich des Patents, denn die Nachfrager können normalerweise auf andere Produkte ausweichen. Auch der räumlich relevante Markt reicht oftmals wei-

43) Vgl. *Busche*, a.a.O. (Fn. 2); die Differenzierung zwischen rechtlichem und wirtschaftlichem Monopol findet sich etwa bei *Riziotis*, GRUR Int. 2004, 367, 370.
44) BGH, GRUR 2004, 966, 967 f. – Standard-Spundfass.
45) Baumol, The Free-Market Innovation Machine, 2002, S. 4 f.
46) Ebd., S. 28; deutsche Übersetzung zitiert nach Pretnar, GRUR Int. 2004, 776, 777.
47) Siehe auch *Schmitz/Slopek*, WRP 2008, 1312 zur räumlichen Marktabgrenzung.

ter als der Schutzbereich des Patents, namentlich dann, wenn er über die patentrechtlich relevanten Landesgrenzen hinausreicht. Schließlich ist das Patent zeitlich befristet, das Marktgeschehen läuft aber grundsätzlich zeitlich unbefristet. Dabei ist die hier angestellte Differenzierung zwischen Monopol und Ausschließungsrecht mit monopolfördernder Wirkung keineswegs Haarspalterei. Eine saubere Begriffsbildung ist nicht nur Grundlage des wissenschaftlichen Diskurses, sondern auch deshalb dringend notwendig, um der sachlich nicht gerechtfertigten Instrumentalisierung des Kampfbegriffs „Monopol" in politischen und gerichtlichen Auseinandersetzungen entgegenzuwirken.

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht

BIO TABAK

UWG §§ 3, 4 Nr. 11; VTabakG § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2

Bundesgerichtshof, Urteil vom 4. November 2010 – I ZR 139/09 – OLG Hamburg

Das in § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VTabakG enthaltene Verbot, in der Werbung für Tabakerzeugnisse Angaben zu verwenden, die darauf hindeuten, dass die Tabakerzeugnisse natürlich oder naturrein seien, setzt nicht voraus, dass die Angaben für den angesprochenen Verkehr eine konkrete Irreführungsgefahr begründen. Es handelt sich vielmehr um ein abstraktes Verbot, das den Werbenden nicht an einer sachlichen Information über die einzelnen Eigenschaften seines Produkts und der zu seiner Herstellung verwendeten Ausgangsstoffe hindert.

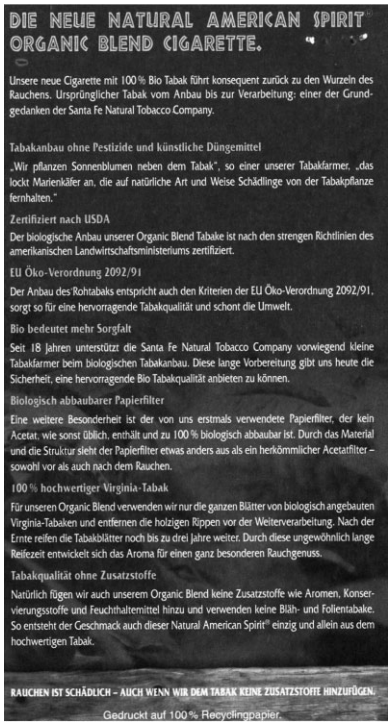
Aus dem Tatbestand:

1 Die Beklagte bietet seit dem Jahr 2005 in Deutschland unter der Marke „Natural American Spirit" einen Feinschnitt zum Selbstdrehen von Zigaretten und seit September 2007 auch Zigaretten an. Die zu deren Herstellung verwendeten Tabake werden in den USA nach den Bestimmungen des National Organic Program des United States Department of Agriculture angebaut, wobei diese den Kriterien der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel entsprechen.

2 Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband. Er beanstandet das nachfolgend wiedergegebene Werbeblatt, mit dem die Beklagte im Oktober 2007 ihre Zigaretten unter anderem mit dem Begriff „BIO TABAK" bewarb (s. Abb):

3 Das Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg (Berlin) hat den Kläger mit Schreiben vom 7. Januar 2008 über diese Werbung der Beklagten informiert und zugleich gebeten, hiergegen vorzugehen. Der Kläger hat die Beklagte nach vorangegangener erfolgloser Abmahnung mit der bei Gericht am 28. April 2008 eingegangenen und der Beklagten am 19. Mai 2008 zugestellten Klage wegen dieser Werbung auf Unterlassung und Ersatz der Abmahnkosten in Anspruch genommen. Zur Begründung hat er ausgeführt, die Werbung verstoße gegen das Vorläufige Tabakgesetz und sei daher auch wettbewerbswidrig. Sie erwecke

Rauchen kann tödlich sein.


DIE NEUE NATURAL AMERICAN SPIRIT ORGANIC BLEND CIGARETTE.

Unsere neue Cigarette mit 100 % Bio Tabak führt konsequent zurück zu den Wurzeln des Rauchens. Ursprünglicher Tabak vom Anbau bis zur Verarbeitung; einer der Grundgedanken der Santa Fe Natural Tobacco Company.

Tabakanbau ohne Pestizide und künstliche Düngemittel

„Wir pflanzen Sonnenblumen neben dem Tabak", so einer unserer Tabakfarmer, „das lockt Marienkäfer an, die auf natürliche Art und Weise Schädlinge von der Tabakpflanze fernhalten."

Zertifiziert nach USDA

Der biologische Anbau unserer Organic Blend Tabake ist nach den strengen Richtlinien des amerikanischen Landwirtschaftsministeriums zertifiziert.

EU Öko-Verordnung 2092/91

Der Anbau des Rohtabaks entspricht auch den Kriterien der EU Öko-Verordnung 2092/91, sorgt so für eine hervorragende Tabakqualität und schont die Umwelt.

Bio bedeutet mehr Sorgfalt

Seit 18 Jahren unterstützt die Santa Fe Natural Tobacco Company vorwiegend kleine Tabakfarmer beim biologischen Tabakanbau. Diese lange Vorbereitung gibt uns heute die Sicherheit, eine hervorragende Bio Tabakqualität anbieten zu können.

Biologisch abbaubarer Papierfilter

Eine weitere Besonderheit ist der von uns erstmals verwendete Papierfilter, der kein Acetat, wie sonst üblich, enthält und zu 100 % biologisch abbaubar ist. Durch das Material und die Struktur sieht der Papierfilter etwas anders aus als ein herkömmlicher Acetatfilter – sowohl vor als auch nach dem Rauchen.

100 % hochwertiger Virginia-Tabak

Für unseren Organic Blend verwenden wir nur die ganzen Blätter von biologisch angebauten Virginia-Tabaken und entfernen die holzigen Rippen vor der Weiterverarbeitung. Nach der Ernte reifen die Tabakblätter noch bis zu drei Jahre weiter. Durch diese ungewöhnlich lange Reifezeit entwickelt sich das Aroma für einen ganz besonderen Rauchgenuss.

Tabakqualität ohne Zusatzstoffe

Natürlich fügen wir auch unserem Organic Blend keine Zusatzstoffe wie Aromen, Konservierungsstoffe und Feuchthaltemittel hinzu und verwenden keine Blähtabake. So entsteht der Geschmack auch dieser Natural American Spirit® einzig und allein aus dem hochwertigen Tabak.

RAUCHEN IST SCHÄDLICH – AUCH WENN WIR DEM TABAK KEINE ZUSATZSTOFFE HINZUFÜGEN.

Gedruckt auf 100 % Recyclingpapier.