

Jan Busche

Patente in der Wettbewerbsordnung – Kartellrechtlicher Verwertungszwang versus Innovationsschutz?¹

Schutz vor Wettbewerb oder Schutz des Wettbewerbs

Ein tendenziell zur Monopolisierung von Märkten führender Schutz *vor* Wettbewerb, wie er im Institut des Patentrechts angelegt ist, bedarf in einer auf den Schutz *des* Wettbewerbs angelegten Rechts- und Wirtschaftsordnung der Rechtfertigung. Die überkommene Lehre von den Patentfunktionen sieht diese überwiegend in der Antriebs- und Belohnungsfunktion des Patents.² Mit dem Patent als Ausschließlichkeitsrecht, das seinem Inhaber unter zeitlich begrenztem Ausschluss (potentieller) Wettbewerber ein Verwertungsmonopol an der Erfindung einräumt (§ 9 Patentgesetz), soll danach einerseits der Erfinder für seine technische Innovation belohnt werden, andererseits sollen Dritte durch die Aussicht auf eine derartige Belohnung selbst zu Innovationen „angetrieben“ werden. Im Idealfall führt das zu einem steten Wettlauf um die besten technischen Konzepte und damit gegebenenfalls auch zur Initialisierung von (Substitutions-)Wettbewerb, obwohl das Patent selbst eine formale Wettbewerbsbeschränkung darstellt.³ In der Sichtweise des Patentrechtlers erscheint das Patent als Schutzrecht daher zuweilen sogar als notwendiger Bestandteil wettbewerblicher Systeme. Der Wettbewerbsrechtler dagegen, der gelernt hat, dass Wettbewerb unter anderem auch von freier Nachahmung fremder Leistungen lebt, wird die Worte seines patentrechtlichen Kollegen mit Skepsis, vielleicht sogar mit Unverständnis zur Kenntnis nehmen und den Patentschutz aus wettbewerbstheoretischer Sicht eher für einen Fremdkörper in einer auf dem Wettbewerb basierenden Wirtschaftsordnung halten.⁴ Nimmt man beide Sichtweisen zur Kenntnis, stehen die Anwendung des Patentrechts und des Wettbewerbsrechts offenbar in einem Zielkonflikt: einerseits der Schutz *vor* Wettbewerb, andererseits der Schutz *des* Wettbewerbs. Dieses (vermeintliche) Dilemma ist seit jeher Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung: So hat sich etwa Wolfgang Fikentscher der Problematik im Jahre 1958 in seiner bekannten Habilitationsschrift *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz* angenommen, seinerzeit unter dem Eindruck der

¹ Die Abhandlung beruht auf der Antrittsvorlesung, die der Verfasser am 11. Juli 2001 an der Heinrich-Heine-Universität gehalten hat.

² Näher dazu etwa Bernhardt und Krasser (⁴1986: 24); Schiuma (2001: 5ff.); Kurz (2000: 576ff.).

³ Vgl. auch Fikentscher (1958: 278).

⁴ So in der Tendenz § 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 des so genannten Böhm-Entwurfs zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache des Deutschen Bundestages II/1269, basierend auf der Lehre Böhms, wonach rechtspolitisches Ziel des Kartellrechts die Entmachtung der Monopolisten zur Herstellung vollkommenen Wettbewerbs ist (vgl. Böhm 1933: 12ff.); in der Tendenz auch Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Drucksache des Deutschen Bundestages I/3462 (= *Wirtschaft und Wettbewerb* 1952: 460, 462).

Ablösung des alliierten Dekartellierungsrechts durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Lösungsvorschläge – Primat des Patentrechts oder des Wettbewerbsrechts – variieren je nach Standpunkt des Betrachters.⁵ Manche halten den Zielkonflikt schlicht für nicht auflösbar.⁶ Vordergründig sieht es so aus, als seien die wesentlichen Argumente ausgetauscht.

Patentschutz in der Diskussion

Angesichts aktueller Entwicklungen auf dem Arzneimittelmarkt hat das Thema „Patente in der Wettbewerbsordnung“ unvermittelt wieder an Aktualität gewonnen: Im Jahre 2001 ist die Öffentlichkeit Zeuge eines heftigen Streits zwischen der Pharmaindustrie und der südafrikanischen Regierung geworden.⁷ In Südafrika sind derzeit zehn Prozent der 43 Millionen Einwohner mit dem Aids-Virus infiziert. Die Ausbreitung der Krankheit hat damit ein verheerendes Ausmaß angenommen. Eine Heilung der Immunschwäche mit Hilfe von Medikamenten ist zwar derzeit nicht möglich; immerhin kann aber ihr Ausbruch verzögert werden. Freilich sind die Medikamente für die Patienten in Südafrika zumeist unerschwinglich. Der relativ hohe Preis erklärt sich daraus, dass für die dort angebotenen Präparate Patentschutz besteht. Dieser ermöglicht es den Patentinhabern, ihre Preise frei von der Kontrolle des Wettbewerbs festzusetzen. Das ist in der Sicht der patentrechtlichen Belohnungstheorie kaum zu beanstanden: Schließlich soll das mit dem Patent verbundene Ausschließlichkeitsrecht auch eine Amortisation jener für die Innovationsleistung aufgewendeten Forschungs- und Entwicklungskosten ermöglichen, die in der Arzneimittelindustrie bis zu 500 Mio. € pro Medikamentenentwicklung betragen können. Die Investitionssicherung durch Patente ist schließlich ein wichtiges Argument für die Bewertung von Unternehmensleistungen, insbesondere an den Börsen. So soll allein die Ankündigung des Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika und des britischen Premierministers vom März 2000, über die Einschränkung von Patenten auf menschliche Gene nachzudenken, dazu geführt haben, dass der Börsenwert von Biotech-Unternehmen an einem Tag um 50 Milliarden Dollar einbrach.⁸

Der individuelle wirtschaftliche Vorteil des Patentschutzes ist die eine Seite. Auf der anderen Seite sind Nachteile für die Allgemeinheit nicht auszuschließen, wenn die geschützte Leistung wie in Südafrika nicht an den Ort ihrer nützlichsten Verwendung gelangt. Ist nämlich die Marktgegenseite trotz Anwendungsbedarfs nicht in der Lage, die vom Patentinhaber geforderten Preise zu zahlen und ist der Patentinhaber seinerseits zu keinen Preiszugeständnissen bereit, verhindert das formale Patentmonopol die gerechte Güterverteilung, die sich unter Wettbewerbsbedingungen selbstregulativ einstellen könnte:⁹ es

⁵ Im Ergebnis für Vorrang des Patentrechts etwa Beier (1991: 15, 31f.); Benkard und Rogge (⁸1988), § 24 Patentgesetz Rn. 19; Fahrenschon (1955: 281, 281f., 283); Miller (1994: 415, 416ff., 421); Möhring (1952: 469, 470, 471); Möhring (1955: 512, 516ff.); für Vorrang des Kartellrechts Deselaers (1995: 563, 565); Mennicke (1996: 626, 658f.).

⁶ Busse und Keukenschrijver (⁵1999), Einl. Rn. 60; § 15 Rn. 143; Joliet (1992: 240, 241).

⁷ Vgl. nur *Der Tagesspiegel* vom 20.4.2001, S. 2.

⁸ Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 29.6.2001, S. 16.

⁹ Dazu v. Hayek (1945: 519ff.).

kommt zu einem Marktversagen. Die südafrikanische Regierung hat dieses Marktversagen durch ein Gesetz aus dem Jahre 1997 abzuwenden versucht, das den Import und die Herstellung preiswerter Nachahmerpräparate (Generika) erlaubt und damit den Patentschutz im Ergebnis aushöhlt. In Brasilien, wo ebenfalls Klage über zu teure Aids-Medikamente geführt wird, wurde über die Erteilung einer Zwangslizenz an ein brasilianisches Unternehmen nachgedacht, um das entsprechende Präparat preiswerter produzieren zu können.¹⁰ Eine entsprechende Diskussion hat in den USA und Kanada im Zusammenhang mit dem Patentschutz für das Milzbrand-Antibiotikum „Ciprobay“ eingesetzt.¹¹

Grenzen des Patentschutzes

Angesichts dieser Fälle stellt sich die Frage nach den Grenzen der Ausschließlichkeitwirkung des Patents. Biotechnologische Erfindungen im Allgemeinen und gentechnologische Erfindungen im Besonderen erschließen dem Patentrecht eine neue Dimension des Innovationsschutzes, der vor allem bei Basiserfindungen, wie sie durch den Einsatz der Gentechnologie etwa in der Arzneimittelindustrie zu erwarten sind, auch die Gefahr der Marktmonopolisierung, des Missbrauchs der Monopolstellung und damit einer Behinderung des technischen Fortschritts einschließt. Die anhaltende Diskussion über „Patente auf Leben“ deutet unabhängig von der Tragfähigkeit der gegen eine Patentierung gentechnologischer Erfindungen vorgebrachten Argumente darauf hin, dass die sensibilisierte Öffentlichkeit geneigt ist, den Patentschutz zumindest sektoral in Frage zu stellen. In den beschriebenen Arzneimittelfällen ist der Konflikt letztendlich auf dem Verhandlungsweg zwischen den Regierungen und den betroffenen Patentinhabern gelöst worden. Die rechtlichen Grenzen der Patentwirkungen wurden dort nicht ausgelotet.

Diese Grenzen werden für die betroffenen deutschen Märkte nicht nur durch das deutsche Patent- und Kartellrecht, sondern ebenso durch das europäische Gemeinschaftsrecht abgesteckt. Die weitgehende internationale Vereinheitlichung des Patentrechts, das mit dem TRIPS¹²-Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums einen Mindeststandard erhalten hat, lässt freilich darüber hinausgehende Verallgemeinerungen zu, zumal TRIPS eben nicht nur einen wirksamen Schutz für Erfindungen auf allen Gebieten der Technik verlangt (Art. 27 Abs. 1 TRIPS), sondern den Mitgliedstaaten auch gestattet, mit geeigneten Maßnahmen gegen den Missbrauch geistiger Eigentumsrechte vorzugehen (Art. 8 Abs. 2 TRIPS).¹³ Das schließt patentrechtliche, aber auch kartellrechtliche Maßnahmen ein.

Patentrechtliche Schutzschränken

Zunächst ein Blick auf das Patentrecht: Die gesetzgeberische Entscheidung, überhaupt einen Patentschutz zu gewähren, ist entstehungsgeschichtlich allein wirtschaftspolitisch

¹⁰ Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 24.8.2001, S. 20.

¹¹ Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 24.10.2001, S. 24; *Süddeutsche Zeitung* vom 29.10.2001, S. 24; *Der Tagespiegel* vom 27.10.2001, S. 19.

¹² Abkürzung für englisch *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum.

¹³ Zum Kartellrecht des TRIPS-Übereinkommens vgl. Heinemann (1995: 535ff.).

motiviert. Der Patentschutz ist nicht naturrechtlich vorgegeben.¹⁴ Er wird nicht im Individualinteresse des Erfinders gewährt, auch wenn die bereits erwähnten Theorien von der individuellen Belohnung des Erfinders und der Anspornung zu neuen Erfindungen Gegenteiliges vermuten lassen. Peter Kurz hat in seiner kürzlich erschienenen *Weltgeschichte des Erfindungsschutzes* eindrucksvoll herausgearbeitet, dass die inhaltliche Gestaltung des Patentrechts stets von wirtschaftlichen Interessen des Allgemeinwohls geleitet war.¹⁵ Es ging früher und geht auch heute noch um Wirtschafts- und Technologieförderung im Allgemeininteresse. Der Erfindung wird nur deshalb Schutz gewährt, weil dies wirtschaftspolitisch nützlich ist. Viel stärker als heute stand dabei früher die Überlegung im Vordergrund, Erfindungen für den Wettbewerb der Volkswirtschaften untereinander zu instrumentalisieren. Es verwundert daher nicht, dass der Patentschutz ursprünglich einmal mit einem Ausübungszwang verbunden war. Dieser ist zwar in Deutschland bereits 1911 beseitigt worden. Nach wie vor gilt jedoch, dass das Patentrecht den Erfinder nur insoweit mit individuellen Rechten ausstattet, als dies im Gemeinwohlinteresse geboten ist. Die individuelle Berechtigung wie auch Belohnung und Ansporn sind somit bloßer Reflex des übergeordneten Ziels der Technologieförderung.¹⁶ Schon Boufflers, der Schöpfer des französischen Patentgesetzes von 1791, das erstmals den Gedanken des geistigen Eigentums kodifizierte, hat daher davon gesprochen, es sei keineswegs das Ziel der Gesellschaft, den Erfinder zu bereichern, vielmehr wolle sich die Gesellschaft an der Erfindung bereichern.¹⁷ Dazu ist die Gesellschaft in der Lage, weil sie den Erfinder quasi als Gegenleistung für die Gewährung des Patents zur Offenlegung der Erfindung verpflichtet (vgl. § 32 Patentgesetz, Art. 83, 93 Europäisches Patentübereinkommen).

Die inhaltliche Begrenzung des Patentschutzes durch das Interesse der Allgemeinheit an einer effizienten Technologieförderung erklärt, dass nicht bereits irgendeine Erfindungsleistung als solche den Patentschutz eröffnet, sondern erst der Nachweis einer bestimmten Erfindungshöhe. Darüber hinaus hat die Allgemeinheit ein Interesse daran, dass bereits erteilte Patente den technologischen Fortschritt nicht behindern. Daraus resultieren Schranken des Patentschutzes, die insbesondere aus den patentrechtlichen Instituten des Versuchsprivilegs (§ 11 Nr. 2 Patentgesetz) und der Zwangslizenz (§ 24 Patentgesetz) folgen. In beiden Fällen handelt es sich um immanente Begrenzungen der Patentwirkungen,¹⁸ die der Gesetzgeber als Inhaltsbestimmung des Patents in den Grenzen der grundrechtlichen Eigentumsgarantie (nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz) vornehmen kann.¹⁹

Für das Versuchsprivileg, das Dritten Handlungen zu Versuchszwecken erlaubt, die sich auf den Gegenstand der patentierten Erfindung erstrecken, hat das Bundesverfassungsgericht in einer Kammerentscheidung aus dem Jahr 2000 festgestellt, dass hierdurch die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung

¹⁴ Dazu Kaufer (1994: 1, 10).

¹⁵ Kurz (2000: 239f.).

¹⁶ In diesem Sinne auch von Meibom und Pitz (1998: 244, 251); Beier und Strauss (1977: 282f.); Beier (1979: 227, 231); Bernhardt und Krasser (⁴1986: 35ff.); Pfanner (1983: 362, 363ff.).

¹⁷ Vgl. dazu Kurz (2000: 240).

¹⁸ Fikentscher (1958: 280) [zur Zwangslizenz].

¹⁹ Bundesverfassungsgericht *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2001: 43f. – Klinische Versuche.

an den Patentinhaber nicht unverhältnismäßig beschränkt wird, da gerade das mit dem Patentgedanken verknüpfte Ziel der Forschungsförderung gebiete, solche Versuchshandlungen nicht auszuschließen, die der Forschung und Weiterentwicklung der Technik dienen.²⁰ Der uneingeschränkte Schutz des Patents ist dort nicht gerechtfertigt, wo er die Weiterentwicklung der Technik behindert.²¹ Im Arzneimittelbereich muss daher der Inhaber eines Stoffpatents hinnehmen, dass Dritte mit dem Stoff Versuche durchführen, die zur Gewinnung von Erkenntnissen über den Gegenstand der patentierten Erfindung und damit zu neuen Verwendungspatenten führen können.²² Dieses Ergebnis der Versuchshandlungen beeinträchtigt zwar tendenziell die Wertschöpfung aus dem älteren Stoffpatent, ist jedoch durch das Ziel des Patentrechts – die Technologieförderung – gerechtfertigt. Es wäre im Allgemeininteresse nicht hinnehmbar, wenn Dritte die Arbeit an Verbesserungserfindungen erst mit Ablauf des ursprünglichen Patents aufnehmen könnten.²³ Umgekehrt ist anzunehmen, dass die gesetzliche „Drohung“ mit dem Versuchsprivileg den Patentinhaber selbst zu eigener Forschungsarbeit „motiviert“, um Versuche Dritter von vornherein überflüssig zu machen.²⁴

Selbst wenn der Forscherdrang der Konkurrenz übermächtig sein sollte, bleibt der Erfinder eines bereits patentierten Stoffes, der Versuchshandlungen dulden muss, in der Regel nicht schutzlos. Kann nämlich das aus Versuchshandlungen hervorgegangene jüngere Verwendungspatent nur durch gleichzeitige Benutzung des älteren Stoffpatents verwertet werden, ist hierfür die Zustimmung des Stoffpatentinhabers erforderlich. Der Inhaber des Verwendungspatents muss sich wegen dieser Abhängigkeit um eine Lizenz des Stoffpatentinhabers bemühen. Wird ihm diese verweigert, sieht das Patentgesetz – gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr – die Erteilung einer Zwangslizenz vor.²⁵ Die Hürde für die Erteilung einer Zwangslizenz liegt freilich so hoch, dass es nach 1945 in der Bundesrepublik zu keiner bestandskräftigen Zwangslizenzierung gekommen ist. Das Patentgesetz verlangt hierfür ein öffentliches Interesse an der Erteilung der Zwangslizenz und daneben, dass die abhängige Erfindung im Vergleich mit derjenigen des Patents mit älterem Zeitrang einen wichtigen technischen Fortschritt von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung aufweist (§ 24 Abs. 2 Patentgesetz). Damit ist klar, dass allein das individuelle, ökonomi-

²⁰ Bundesverfassungsgericht *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2001: 43f. – Klinische Versuche.

²¹ Bundesgerichtshof *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996: 109, 114 – Klinische Versuche I.

²² Vgl. bereits grundlegend Bundesgerichtshof vom 17.4.1997 = Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1997: 253 – Klinische Versuche II; sowie Bundesgerichtshof vom 11.7.1995 = *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996: 109ff. = Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1995: 275ff. – Klinische Versuche I; zu dieser Rechtsprechung von Meibom und Pitz (1998: 244ff.), insbesondere S. 249.

²³ Die Einführung des ergänzenden Schutzzertifikats für patentierte Arzneimittel bzw. Wirkstoffzusammensetzungen (SPC) hat immerhin zu einer Verlängerung des Patentrechtsschutzes um bis zu fünf Jahre geführt.

²⁴ Bundesgerichtshof *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996: 109, 115 – Klinische Versuche I.

²⁵ Zur Gesetzgebungsgeschichte siehe Entw. Drucksache des Deutschen Bundesrates 879/97; Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsrechtsausschusses, Drucksache des Deutschen Bundestages 13/10847; die Novellierung von § 24 Patentgesetz geht auf Art. 31lit. I TRIPS-Übereinkommen zurück.

sche Interesse des Inhabers des jüngeren Patents, seine Erfindung zu vermarkten, für die Erteilung einer Zwangslizenz nicht ausreicht.²⁶

In der älteren Entscheidungspraxis des Reichsgerichts und des Reichspatentamtes, die freilich aufgrund der veränderten ökonomischen und rechtlichen Rahmenbedingungen heute nicht mehr unbesehen übernommen werden kann, ist ein öffentliches Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz demgemäß unter technischen, sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten diskutiert worden.²⁷ Sieht man allerdings die Rechtfertigung des Patentschutzes allein in der Technologieförderung, dann kommt ein öffentliches Interesse an der Erteilung einer Zwangslizenz von vornherein nur dann in Betracht, wenn die Erfindung für die Allgemeinheit einen wesentlichen technischen Fortschritt beinhaltet.²⁸ Das Erfordernis des öffentlichen Interesses ist bei Zwangslizenzen für abhängige Patente also kongruent mit der weiteren Erteilungsvoraussetzung des wichtigen technischen Fortschritts. Daher ändert der im Rahmen der Biopatent-Novelle zur Erleichterung der Zwangslizensierung bei abhängigen Patenten derzeit geplante Verzicht auf das Erfordernis des „öffentlichen Interesses“ im Ergebnis nichts.²⁹ Der Technologieförderungsaspekt bleibt entscheidend. Andere Gesichtspunkte aus der älteren Entscheidungspraxis, wie die Förderung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Wirtschaftsbereiche³⁰, die Vermeidung von Arbeitslosigkeit oder auch die Förderung der Arbeitssicherheit³¹ bzw. der öffentlichen Gesundheit³² spielen allenfalls ergänzend eine Rolle.³³ Bezogen auf den Arzneimittelmarkt bedeutet dies, dass eine patentrechtliche Zwangslizenz bei abhängigen Erfindungen nur dann in Betracht kommt, wenn durch ein neues Verwendungspatent ein erheblicher Behandlungsfortschritt zu erwarten ist.³⁴

Handelt es sich dagegen nicht um eine „abhängige“ Verbesserungserfindung, sondern lediglich um den „Nachbau“ von Präparaten, wie er in den eingangs erwähnten Beispiel-

²⁶ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 130, 360, 365 (Preissmissbrauch); Patentblatt 26, 149, 151; ferner Benkard und Rogge (⁸1988), § 24 Patentgesetz Rn. 16.

²⁷ So zumindest im Ausgangspunkt auch Bundesgerichtshof *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996: 190, 192f. – Polyferon.

²⁸ Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 130, 360, 366; Reichsgericht *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1936: 489f.

²⁹ Vgl. Art. 1 Nr. 7 a des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, Drucksache des Deutschen Bundesrates 655/00, S. 5, 21.

³⁰ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 130, 360, 363 (Kohlenbergbau).

³¹ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 130, 360, 367.

³² Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 130, 360, 367; vgl. auch Bundesgerichtshof *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996, 190, 193 – Polyferon.

³³ Sie können im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen dem Allgemeininteresse an der Technologieförderung und dem individuellen Interesse des Patentinhabers an der alleinigen Verwertung des Patents allenfalls ergänzend im Rahmen des Technologieförderungsaspekts berücksichtigt werden, etwa bei der Ermittlung der wirtschaftlichen Bedeutung der Erfindung.

³⁴ Einen Behandlungsfortschritt hat auch der Bundesgerichtshof (*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1996: 190, 193ff. – Polyferon) als öffentliches Interesse anerkannt, ohne freilich in der noch zur alten Rechtslage ergangenen Entscheidung andere Gründe auszuschließen. Die Voraussetzungen für eine Zwangslizenz wurden in der Polyferon-Entscheidung verneint, da der Behandlungsfortschritt nicht beweiskräftig gemacht wurde.

fällen erwogen wurde, also die bloße Ausnutzung einer für einen Konkurrenten patentierten Erfindung, so ist für die Erteilung einer Zwangslizenz naturgemäß kein Behandlungsfortschritt gefordert. Es kommt allein auf das öffentliche Interesse an der Zwangslizensierung an (§ 24 Abs. 1 Patentgesetz). Das soll auch nach der Biopatent-Novelle so bleiben. Ein solches Interesse ist nach dem maßgeblichen Technologieförderungsgedanken anzunehmen, wenn der Patentinhaber die mit der Schutzrechtseinräumung bezweckte Technologieförderung vereitelt. Scheitert die Verbreitung des technologischen Fortschritts dauerhaft an der fehlenden Marktdurchdringung der Erfindung, weil sich der Patentinhaber der Verwertung verweigert oder Dritte mit Hilfe des Patents von der Anwendung der Technologie fernzuhalten sucht, so sind m. E. zumindest nach deutscher Rechtslage die Voraussetzungen für eine patentrechtliche Zwangslizenz und damit für einen Verwertungszwang gegeben. Das entspricht auch den Leitgedanken des TRIPS-Übereinkommens, das Maßnahmen gegen die nachteilige Beeinflussung des Technologietransfers ausdrücklich zulässt (Art. 8 Abs. 2 TRIPS).

Daneben hat das Reichsgericht allerdings auch dann ein öffentliches Interesse an der Erteilung einer patentrechtlichen Zwangslizenz angenommen, wenn der Patentinhaber eine wirtschaftliche Monopolstellung missbraucht.³⁵ Dabei handelt es sich freilich nicht um einen Aspekt der Technologieförderung und Innovationssicherung. Der Missbrauch eines wirtschaftlichen Monopols ist aus heutiger Sicht vielmehr Regelungsgegenstand des Kartellrechts. Zu Zeiten der reichsgerichtlichen Judikatur existierten keine einschlägigen kartellrechtlichen Vorschriften, so dass das Patentrecht insoweit mit sachfremden Inhalten überfrachtet wurde. Das öffentliche Interesse an einer möglichst günstigen Arzneimittelversorgung, das etwa bei einem Preismissbrauch tangiert sein kann, ist für sich genommen jedenfalls kein patentrechtlich legitimes Interesse für eine Zwangslizensierung. Dieses Institut soll nur unter eng begrenzten Voraussetzungen zum Tragen kommen, da es notwendig zu einer Aushöhlung des Schutzrechts führt.

Kartellrechtliche Schutzschränken

Es bleibt zu untersuchen, inwieweit aus der Anwendung des Kartellrechts weitergehende Einschränkungen der Patentwirkungen folgen. Das Beispiel des Preismissbrauchs zeigt zunächst, dass neben dem Patentrecht durchaus noch Raum für die Anwendung des Kartellrechts ist. Das wird zwar, wie eingangs angedeutet, zum Teil bestritten. Nicht wenige sehen in den Kodifikationen der gewerblichen Schutzrechte abschließende Sonderregelungen, die diese Rechte gegen die Anwendung des Kartellrechts abschirmen.³⁶ Der Regelungsanspruch des Patentrechts ist jedoch begrenzt: Mit der Einräumung des Patentschutzes wird nicht, wie häufig zu hören ist, ein wirtschaftliches Monopol begründet³⁷, dem Patentinhaber wird nur die Möglichkeit zur ausschließlichen wirtschaftlichen Verwertung seiner Erfindung eingeräumt. Es handelt sich zunächst nur um eine formale, noch keine materielle Wettbewerbsbeschränkung. Der Regelungsanspruch des Patentrechts be-

³⁵ Reichsgericht *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1936, 489, 491; Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 83, 9, 14.

³⁶ Vgl. erneut Fußnote 4.

³⁷ So schon richtig Möhring (1955: 512f.); vgl. ferner Eilmansberger (1992: 625); Mestmäcker (1995: 419, 425); Pietzke (1983: 3); Schäfer und Ott (³2000: 577).

schränkt sich dementsprechend darauf, die Voraussetzungen und Grenzen dieser formalen Wettbewerbsbeschränkung zu definieren. Gelingt es dem Patentinhaber, die mit dem Begriff der Innovationssicherung beschriebene formale Wettbewerbsbeschränkung zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung auszubauen, so verlassen wir den Anwendungsbereich des Patentrechts und begeben uns in die Sphäre des Kartellrechts. Nun ist allerdings klar, dass nicht jede Verwertung einer patentrechtlich geschützten Erfindung zu einer kartellrechtlich angreifbaren Wettbewerbsbeschränkung führt. Selbst die Begründung eines wirtschaftlichen Monopols durch geschickte Vermarktung der Erfindung muss als solche kontrollfrei bleiben, weil das Patent gerade das Potential in sich birgt, die im Ausgangspunkt formale Wettbewerbsbeschränkung zu einer materiellen Wettbewerbsbeschränkung ausbauen zu dürfen. Dies ist der Wettbewerbsvorsprung, den der Gesetzgeber dem Patentinhaber im Interesse der Technologieförderung zubilligt. Erst wenn der Patentinhaber den Wettbewerbsvorsprung zu wettbewerbsfremden Handlungen missbraucht, gerät er in den Bereich der Wettbewerbsaufsicht.³⁸ Diese greift mit anderen Worten sukzessiv ein und ist wertmaßstäblich an das Patentrecht gebunden. Diese Regelungssituation ist durchaus nicht ungewöhnlich:³⁹ Die örtlichen Energieversorgungsmonopole, die der Gesetzgeber 1998 durch die Energierechtsnovelle beendete, beruhten auf der Freistellung der Energieversorgungsunternehmen von bestimmten Bindungen des Kartellrechts. Es handelte sich wie beim Patent um gesetzlich legitimierte formale Wettbewerbsbeschränkungen, die einer durch die Wertungen des Energierechts modifizierten Missbrauchskontrolle unterworfen waren.⁴⁰

Weitere Voraussetzung für eine Wettbewerbsaufsicht über Patente – ein missbräuchliches Verhalten vorausgesetzt – ist darüber hinaus, dass es dem Patentinhaber gelungen sein muss, die formale Wettbewerbsbeschränkung am relevanten Markt zu einer signifikanten materiellen Wettbewerbsbeschränkung auszubauen. Für das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot ist insoweit zumindest eine relative Marktstärke erforderlich, für das Eingreifen der Marktmissbrauchsaufsicht eine Marktbeherrschung, die bei stark zersplitterten Märkten bereits bei relativ geringen absoluten Marktanteilen gegeben sein kann, wenn ansonsten durch andere Faktoren eine überragende Marktstellung begründet wird (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Auf dem Arzneimittelsektor, für den die Eingangsbeispiele stehen, ist dies durchaus denkbar, wenn zum Beispiel der Patentinhaber aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen im Verhältnis zu seinen Mitbewerbern über eine exponierte Marktstellung verfügt, die es ihm etwa erlaubt, über den Preiswettbewerb den Markt zu kontrollieren. Die Missbrauchskontrolle ist jedoch nicht nur auf den Preiswettbewerb beschränkt. Sie kann sich im Grundsatz auf alle Wettbewerbsparameter beziehen, die bei der Vermarktung gewerblicher Schutzrechte eingesetzt werden, also etwa auch auf die Definition von Distributionswegen. Wegen der beschriebenen Rückbindung der Missbrauchsaufsicht an den Gegenstand des Patentrechts ist dabei jeweils zu fragen, ob der konkrete Parametereinsatz notwendig mit dem Schutzrecht verbunden, ihm also immanent ist. Nur, wenn dies verneint werden kann,

³⁸ Dazu auch Mailänder (1979: 378f.).

³⁹ Vgl. auch Mennicke (1996: 626, 648).

⁴⁰ Diese „Anbindung“ der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle an die Sonderwertungen des Energierechts ergab sich seinerzeit ausdrücklich aus § 103 Abs. 5 und 7 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aF.

ist Raum für die Anwendung des Kartellrechts. Das gilt beispielsweise für die Festsetzung unangemessener Abgabepreise⁴¹ oder auch für Wettbewerberbehinderungen durch gezielte Lizenzverweigerungen. Im Ergebnis handelt es sich um eine situationsgebundene Entscheidung.⁴² Hervorzuheben bleibt freilich, dass die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wie auch das Diskriminierungsverbot traditionell nur eingreifen, wenn der Normadressat sich bereits auf dem der Kontrolle unterliegenden Markt bewegt. Die privatautonome Entscheidung, am Wettbewerb teilzunehmen, steht mit anderen Worten vor der Wettbewerbskontrolle. Wer also als Patentinhaber von der Verwertung seiner Erfindung absieht, kann im Grundsatz auch nicht Adressat eines kartellrechtlichen Verwertungszwangs werden.⁴³ Jeder Unternehmer ist frei, darüber zu entscheiden, ob er seine Ressourcen im Wettbewerb einsetzen will oder nicht.⁴⁴ Das gilt auch für die Verwertung patentrechtlich geschützter Erfindungen. Hierin unterscheidet sich das Kartellrecht grundlegend von der patentrechtlichen Zwangslizenz.

Seit dem Inkrafttreten der 6. Kartellrechtsnovelle am 1. Januar 1999 scheint sich die kartellrechtliche Rechtslage freilich – im Sinne einer Annäherung an die Wirkungen der patentrechtlichen Zwangslizenz – geändert zu haben. Der deutsche Gesetzgeber hat zu diesem Zeitpunkt in die Vorschrift des § 19 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich mit der Kontrolle der missbräuchlichen Ausübung von Marktmacht beschäftigt, ein Regelbeispiel aufgenommen, das unter Bruch der bisherigen Regelungstradition eine Missbrauchskontrolle auch dann zulässt, wenn der Normadressat auf dem zu regulierenden Markt noch gar nicht agiert und dies auch nicht vorhat.⁴⁵ Beispielhaft sei auf den Inhaber des Stoffpatents verwiesen, der seine Erfindung nicht verwerten will. Bei der Vorschrift, von der die Rede ist, handelt es sich um eine Ausprägung der aus dem US-amerikanischen Recht bekannten und mittlerweile auch in der europäischen Kartellpraxis (zu Art. 82 EG-Vertrag) etablierten *essential facilities*-Doktrin.⁴⁶ Danach hat ein Unternehmen einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen „wesentlichen Einrichtungen“ zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf einem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs ist dabei vollständig unabhängig davon, ob der Normadressat die wesentliche Einrichtung schon einmal Dritten zur Verfügung gestellt hat oder dort gar eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Es genügt allein ein formales Monopol des Normadressaten, wie es etwa bei gewerblichen Schutzrechten gegeben

⁴¹ Die ehemals bestehende Möglichkeit, Lizenznehmern Preisvorgaben für Drittgeschäfte zu machen, ist durch Streichung von § 17 Abs. 2 Nr. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aF mit der 6. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 1998 entfallen.

⁴² Zur Rückwirkung auf den Inhalt des Schutzrechts Ebenroth und Bohne (1995: 397, 401).

⁴³ In ähnlicher Weise wurde seinerzeit aus dem kartellrechtlichen Freistellungsbereich für Energieversorgungsunternehmen (§ 103 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen aF) der Rückschluss auf einen nicht existenten Geschäftsverkehr gezogen.

⁴⁴ Dazu ausführlicher Busche (1999: 352ff.).

⁴⁵ Vgl. dazu auch Bunte (1997: 302, 313ff.).

⁴⁶ Näher zu den US-amerikanischen Wurzeln der *essential-facilities*-Doktrin Klaue (1996: 51ff.); ferner Bunte (1997: 302, 308f.); Müller (1998: 232f.); Busche (1999: 363ff.).

ist. Wie das Beispiel der Arzneimittelentwicklung zeigt, kann die Mitbenutzung bestehender Stoffpatente im dargelegten Sinne durchaus „wesentlich“ für die Entwicklung neuer Medikamente auf nachgelagerten Märkten sein. Es liegt daher nahe, die *essential facilities*-Doktrin auch für Zwecke einer kartellrechtlichen Zwangslizensierung von Patenten und anderen Schutzrechten zu instrumentalisieren. Dafür spricht auch, dass das TRIPS-Übereinkommen für das Eingreifen einer Missbrauchskontrolle über gewerbliche Schutzrechte lediglich das durch das Schutzrecht vermittelte rechtliche Monopol voraussetzt (Art. 8 Abs. 2 TRIPS-Übereinkommen), nicht jedoch eine wirtschaftliche Monopolstellung, wie sie herkömmlich Anknüpfungspunkt für das Kartellrecht ist.⁴⁷

So verlockend sich das Gedankengebäude der *essential facilities* auf den ersten Blick auch ausnimmt – zuweilen ist gar von einer „Zauberformel“ die Rede⁴⁸ – umso mehr Vorsicht ist bei einer Umsetzung in eine konkrete Rechtsanwendung geboten. Dafür gibt es mehrere Gründe: Zunächst hat der deutsche Gesetzgeber das unter mancherlei Geburtswehen entstandene Regelbeispiel der *essential facilities*-Doktrin in § 19 Abs. 4 Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen so formuliert, dass damit lediglich natürliche Monopole aufgebrochen werden können, wozu die im Gesetz ausdrücklich genannten Infrastruktureinrichtungen wie Telekommunikations- und Energienetze, aber etwa auch Hafenanlagen gezählt werden. Gewerbliche Schutzrechte sollen nach den Gesetzesmaterialien durch das Regelbeispiel ausdrücklich unangetastet bleiben.⁴⁹

Nun hat allerdings der Europäische Gerichtshof in der vielbeachteten so genannten Magill- Entscheidung aus dem Jahre 1995 die *essential facilities*-Doktrin – zwar nicht ausdrücklich, wohl aber ihrem Sinn nach – zur Begründung einer Zwangslizenz an einem Urheberrecht herangezogen.⁵⁰ Die Europäische Kommission hat diese Rechtsprechung in jüngerer Zeit in der Sache „IMS“ erneut aufgegriffen.⁵¹ Diese Entscheidungspraxis stützt sich auf die Generalklausel der Missbrauchsaufsicht im europäischen Kartellrecht (Art. 82 EG-Vertrag). Ein entsprechender Verwertungszwang ließe sich wohl auch mit dem deutschen Kartellrecht begründen,⁵² wenn man annimmt, dass trotz des eng gefassten Regel-

⁴⁷ Heinemann (1995: 535, 537f.).

⁴⁸ Markert (1996: 661, 671).

⁴⁹ Im ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung zur 6. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sollte nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen „der Zugang eines anderen Unternehmens zu den eigenen Netzen oder anderen für die Aufnahme von Wettbewerb wesentlichen Einrichtungen“ ermöglicht werden (Drucksache des Deutschen Bundestages 13/9720: 8). Der Bundesrat schlug in seiner Gegenäußerung u. a. vor, den Begriff „Einrichtungen“ durch „Infrastruktureinrichtungen“ zu ersetzen, um deutlich zu machen, dass lediglich natürliche Monopole aufgebrochen werden sollen (Drucksache des Deutschen Bundestages 13/9720: 73). Dem hat sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung ausdrücklich mit dem Hinweis angeschlossen, es solle zum Ausdruck gebracht werden, dass der Tatbestand nicht darauf abziele, Ansprüche auf Nutzung fremder gewerblicher Schutzrechte zu begründen (Drucksache des Deutschen Bundestages 13/9720: 79f.).

⁵⁰ Europäischer Gerichtshof *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995: 339, 342, Tz. 53f. – Magill; zu diesem Rechtsstreit Deselaers (1995: 563ff.); Doutrelepoint (1994: 302ff.); Mestmäcker (1995: 419, 425ff.); vgl. auch Europäischer Gerichtshof *Kommunikation und Recht* 1999: 81, 85, Tz. 40 – Bronner.

⁵¹ Vgl. Pressemitteilung der Kommission – IP/01/941 vom 3.7.2001; *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 7.7.2001; Gericht erster Instanz, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2002: 67 und 70.

⁵² Dazu Möschel (³2001), § 19 Rn. 194 (mit Fn. 1039), Rn. 218.

beispiels der Infrastrukturen für die Anwendung der deutschen Generalklausel noch ein hinreichender Spielraum zur Erfassung des an sich breiter angelegten *essential facilities*-Gedankens gegeben ist.

Schaut man sich jedoch das erwähnte Judikat des Europäischen Gerichtshofes und seine tragenden Gründe etwas genauer an, dann hat der Gerichtshof zwar die formale Monopolstellung des Schutzrechtsinhabers ausreichen lassen, den Missbrauch aber damit begründet, dass die Verweigerung des Zugangs zu der wesentlichen „Einrichtung“ das Erscheinen eines neuen Produkts auf einem nachgelagerten Markt zum Schaden der Verbraucher verhindert hat.⁵³ Konkret hatten irische Rundfunksender einem Verlag den Zugang zu Programminformationen verwehrt, die für den Verlag zur Herausgabe einer Programmzeitschrift „wesentlich“ waren. In Irland gab es seinerzeit – für deutsche Verhältnisse unvorstellbar – lediglich Programmzeitschriften der einzelnen Rundfunkgesellschaften, die auch nur ihre eigenen Programme enthielten. Der Verlag wollte nun erstmals eine Zeitschrift mit einer Übersicht über alle Programmanbieter herausbringen und fand insoweit beim Europäischen Gerichtshof Unterstützung. Das Ergebnis mag alle Nutzer von Programmzeitschriften erfreuen. Übertragen auf das Patentrecht und den Arzneimittelmarkt käme die kartellrechtliche Zwangslizenzierung eines Stoffpatents nach dieser Rechtsprechung immer dann in Betracht, wenn der Zugang zu dem Stoffpatent in dem Sinne „wesentlich“ ist, um einem neuen Arzneimittelprodukt mit bisher nicht bekannter therapeutischer Wirkung zum Marktauftritt zu verhelfen.

Nun handelt es sich dabei allerdings, wie bereits dargestellt, um genau jene, aus dem Aspekt der Technologieförderung ableitbaren Gründe, auf die auch eine patentrechtliche Zwangslizenz gestützt werden kann. Und in der Tat führt die Sichtweise des Europäischen Gerichtshofes und der Kommission zu einem unzulässigen Übergriff des Kartellrechts in den Bereich der gewerblichen Schutzrechte.⁵⁴ Die Frage, ob es Dritten erlaubt sein soll, mit eigenen Produkten, die auf der Ausbeutung fremder Schutzrechte beruhen, neue Märkte zu erschließen, ist eine Frage des Umfangs der Innovationssicherung und damit des Bestandes der Schutzrechte. Dieser Fragenkreis gehört systematisch in die Regelungszuständigkeit der speziellen Schutzrechtssysteme.⁵⁵ Dem Kartellrecht ist insoweit der Boden entzogen. Die US-amerikanische *essential facilities*-Doktrin, die von ihrem Regelungsansatz her ein typisches Deregulierungsinstrument für Monopolmärkte ist, kann – vielleicht sollte man auch sagen: darf – gerade aus diesem Grunde keine Wirksamkeit im Bereich rechtlich gewollter Monopolstellungen entfalten. Ein kartellrechtlicher Verwertungszwang darf nach allgemeinen Regeln hier nur Platz greifen, wenn der Patentinhaber sich privat-autonom dazu entschieden hat, mit der Erfindung „auf den Markt“ zu gehen.

⁵³ Europäischer Gerichtshof *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1995: 339, 342, Tz. 54 – Magill; vgl. auch Eilmansberger (1992: 625, 632f.); Jestaedt (1995: 483); umstritten ist, ob der Angebotsverbesserung eine selbstständige Bedeutung zukommt; ablehnend etwa Mennicke (1996: 626, 653f.); Markert (1995: 560, 564); Müller (1998: 232, 236); wohl auch Deselaers (1995: 563, 565) („zusätzliches, nicht aber notwendiges Begründungselement“).

⁵⁴ So auch Doutrépoint (1994: 302, 304); Eilmansberger (1992: 625, 633); vgl. auch Jestaedt (1995: 483, 485); für eine Übertragung der Magill-Rechtsprechung auf andere gewerbliche Schutzrechte dagegen ausdrücklich Deselaers (1995: 563, 565).

⁵⁵ Mennicke (1996: 626, 659).

Auch insgesamt kann die im Ganzen recht großzügige US-amerikanische Praxis zur Zwangslizenzierung wegen der nach europäischem Recht bedeutsamen Abgrenzung der Normanwendungsbereiche von Patentrecht und Kartellrecht keine Vorbildfunktion übernehmen. Die amerikanische Praxis kennt dieses Problem nicht: Die Zwangslizenzierung beruht dort allein auf der Anwendung von Kartellrecht. Patentrechtliche Zwangslizenzierungsbestimmungen existieren nicht.

Resümee

Die Analyse der patentrechtlichen und kartellrechtlichen Schranken des Patentschutzes zeigt, dass sich die Anwendungsbereiche beider Rechtsgebiete sehr wohl harmonisch gegeneinander abgrenzen lassen.⁵⁶ Der kartellrechtliche Verwertungszwang ist allein ein Korrektiv für ein strukturelles Versagen des Patentrechts, das immer dann vorliegt, wenn der Patentinhaber den ihm aus Gründen der Technologieförderung eingeräumten Wettbewerbsvorsprung zu anderen, nämlich wettbewerbsfremden Zwecken missbraucht. Darüber hinaus kann ein Verwertungszwang nur unter den bewusst engen Voraussetzungen der patentrechtlichen Zwangslizenz begründet werden. Das Kartellrecht darf in diesen Regelungsbereich nicht vordringen.⁵⁷ Insoweit handelt es sich um ein kommunizierendes, materiell ausbalanciertes System, das den patentrechtlichen Innovationsschutz mit dem kartellrechtlichen Wettbewerbsschutz zum Ausgleich bringt.

Bibliographie

- BEIER, Friedrich-Karl und Joseph STRAUSS, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1977).
- BEIER, Friedrich-Karl, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1979).
- BEIER, Friedrich-Karl, in: Harm Peter WESTERMANN (Hrsg.). *Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag*. Berlin u. a. 1991.
- BENKARD, Georg und Rüdiger ROGGE. *Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz: Kurz-Kommentar*. München ⁸1988.
- BERNHARDT, Wolfgang und Rudolf KRASSER. *Lehrbuch des Patentrechts: Recht der Bundesrepublik Deutschland, Europäisches und Internationales Patentrecht*. München ⁴1986.
- BÖHM, Franz. *Wettbewerb und Monopolkampf*. Berlin 1933.
- BUNTE, Hermann-Josef, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* (1997).
- BUSCHE, Jan. *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*. Tübingen 1999.
- BUSSE, Rudolf und Alfred KEUKENSCHRIJVER. *Patentgesetz*. Berlin u. a. ⁵1999.
- DESELAERS, Wolfgang, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1995).

⁵⁶ Mit diesem Ergebnis auch Ewing (1980: 333, 335ff.); Kaufer (1970: 220); Mailänder (1979: 378f.); Pietzke (1983: 3).

⁵⁷ Im Ergebnis ebenso Möschel (³2001), § 19 Rn. 218.

- DOUTRELEPONT, Carine, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1994).
- EBENROTH, Carsten Thomas und Michael BOHNE, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* (1995).
- EWING, Ky P., in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1980).
- EILMANSBERGER, Thomas, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1992).
- FAHRENSCHON, Otto, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1955).
- FIKENTSCHER, Wolfgang. *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*. München u. a. 1958.
- HAYEK, Friedrich A. v. „The Use of Knowledge in Society“, *American Economic Review* 35 (1945).
- HEINEMANN, Andreas, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1995).
- JESTAEDT, Thomas, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* (1995).
- JOLIET, René, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1992).
- KAUFER, Erich. *Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt*. Bad Homburg 1970.
- KAUFER, Erich, in: Claus OTT und Hans-Bernd SCHÄFER (Hrsg.). *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen: Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994)*. Tübingen 1994.
- KLAUE, Siegfried, in: *Recht der Energiewirtschaft* (1996).
- KURZ, Peter. *Weltgeschichte des Erfindungsschutzes*. Köln u. a. 2000.
- MAILÄNDER, Peter, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1979).
- MARKERT, Kurt, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* (1995).
- MARKERT, Kurt, in: Ulrich IMMENGA (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden 1996.
- MEIBOM, Wolfgang v. und Johann PITZ, in: *Mitteilungen der deutschen Patentanwälte* (1998).
- MENNICKE, Petra, in: *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 160 (1996).
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, in: Jürgen BECKER (Hrsg.). *Liber amicorum für Reinhold Kreile: zu seinem 65. Geburtstag am 1. Dezember 1994*. Baden-Baden 1995.
- MILLER, Clifford G., in: *European Intellectual Property Review* (1994).
- MÖHRING, Philipp, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1952).
- MÖHRING, Philipp, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1955).
- MÖSCHEL, Wernhard, in: Ulrich IMMENGA und Ernst-Joachim MESTMÄCKER. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB; Kommentar*. München ³2001.

- MÜLLER, Matthias, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1998).
- OTT, Claus und Hans-Bernd SCHÄFER (Hrsg.). *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen: Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23. - 26. März 1994)*. Tübingen 1994.
- PFANNER, Klaus, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (1983).
- PIETZKE, Rudolf. *Patentschutz, Wettbewerbsbeschränkungen und Konzentration im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika*. Köln u. a. 1983.
- SCHÄFER, Hans-Bernd und Claus OTT. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin ³2000.
- SCHIUMA, Daniele. *Formulierung und Auslegung von Patentansprüchen nach europäischem, deutschem und italienischem Recht*. Köln u. a. 2001.