

Justus Haucap | Oliver Budzinski [Hrsg.]

# Recht und Ökonomie



**Nomos**

Die Reihe „Wettbewerb und Regulierung von Märkten und Unternehmen“ wird herausgegeben von

Prof. Dr. Justus Haucap, Heinrich-Heine-Universität  
Düsseldorf

Prof. Dr. Gregor Krämer, Alanus Hochschule für  
Kunst und Gesellschaft, Alfter

Prof. Dr. Jürgen Kühling, Universität Regensburg

Prof. Dr. Gerd Waschbusch, Universität des Saarlandes,  
Saarbrücken

Band 37

Justus Haucap | Oliver Budzinski [Hrsg.]

# Recht und Ökonomie



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-2562-5 (Print)

ISBN 978-3-8452-6667-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Der vorliegende Tagungsband enthält die Beiträge des 48. Forschungsseminars Radein, das bereits im Februar 2015 in den Südtiroler Alpen unter dem Oberthema „*Recht und Ökonomie*“ im Zirmerhof stattfand. Das Haus ist ein uralter Bauernsitz aus dem 12. Jahrhundert und seit über 100 Jahren Anziehungspunkt für Gäste aus aller Welt, darunter viele berühmte Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler inklusive einer ganzen Reihe von Nobelpreisträgern. Fernab der Stadt und der Straße, eingebettet in die Natur, ist der Zirmerhof als Ort des Rückzugs auf über 1.560 Metern Höhe ein idealer Ort für den wissenschaftlichen Diskurs.

Als Thema des Seminars haben wir ganz bewusst nicht die „ökonomische Analyse des Rechts“ gewählt, wie der englische Fachbegriff „Law and Economics“ oft im Deutschen übersetzt wird, sondern uns für die wörtliche Übersetzung – Recht und Ökonomie – entschieden. Denn die ökonomische Analyse des Rechts beschreibt eine in gewisser Weise einseitige Beziehung: Ökonomische Methoden werden genutzt, um die Wirkungsweise von Recht und dessen Folgen zu analysieren und letztlich auch normative Aussagen über das Recht abzuleiten. Im Gegensatz dazu beschreibt „*Recht und Ökonomie*“ eine symbiotische Beziehung, in der sich beide Disziplinen gegenseitig befruchten, Ökonomen also auch Erkenntnisse aus der Rechtswissenschaft – etwa über Ziele eines Gesetzes, den Willen des Gesetzgebers, mögliche Auslegungen des Rechts oder institutionelle Aspekte der Rechtsdurchsetzung (welche von Ökonomen oft genug vernachlässigt werden) – berücksichtigen.

Das Seminar war daher so konzipiert, dass nach zwei grundlegenden Beiträgen über Recht und Ökonomie aus juristischer Perspektive (Josef Drexl) und ökonomischer Sicht (Florian Baumann) einzelne Politikfelder juristisch *und* ökonomisch beleuchtet wurden. Diese Politikfelder reichen von der Geld- und Währungspolitik über Gesundheitspolitik und Arbeitsmarktproblemen bis hin zum Kartellrecht. In letzterem Bereich dürfte die Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen dabei vielleicht am weitesten fortgeschritten sein, und zwar nicht erst seit dem Erfolg des sog. More Economic Approach im Kartellrecht.

Der Tagungsband erscheint zwar sehr spät, aber in gewisser Weise doch auch zur rechten Zeit, denn die stärkere interdisziplinäre Zusammenarbeit

von Ökonomen mit anderen Disziplinen ist gerade nach den globalen Finanz- und Wirtschaftskrise immer wieder eingefordert worden. Wie fruchtbar diese sein kann, belegt der vorliegende Tagungsband aus Sicht der Herausgeber in beeindruckender Weise.

Als wissenschaftliche Leiter und Herausgeber des Tagungsbandes danken wir allen Seminarteilnehmerinnen und -teilnehmern für die stimulierenden Diskussionen, die – zumindest uns – zu erheblichen Erkenntnisgewinnen verholfen haben. Dr. Lisa Schlesewsky (ehemals Universität Münster) danken wir für die tatkräftige Unterstützung bei der Organisation des Seminars. Der Familie Perwanger und den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Zirmerhofs sei für ihre Gastfreundschaft gedankt. Den Autorinnen und Autoren danken wir für ihre Engelsgeduld bis zur Fertigstellung des Tagungsbandes. Für finanzielle Unterstützung schließlich danken wir der DICE Consult GmbH, der Konrad-Henkel-Stiftung, der Marburger Gesellschaft für Ordnungsfragen der Wirtschaft und dem Verein zur Förderung der wettbewerbsökonomischen Forschung, ohne deren großzügige Unterstützung das Seminar nicht möglich gewesen wäre.

Oliver Budzinski und Justus Haucap

# Inhalt

<b>Teil 1: Grundlagen</b>	<b>9</b>
Recht und Ökonomie aus Sicht der Rechtswissenschaften <i>Josef Drexl</i>	11
Recht und Ökonomie aus Sicht der Wirtschaftswissenschaften <i>Florian Baumann</i>	43
<b>Teil 2: Politikfelder</b>	<b>79</b>
Das Patentrecht aus institutionenökonomischer Sicht <i>Martin Leschke und Michael Neumann</i>	81
Digital Platforms and Antitrust: Towards a More <i>Techno-Economic</i> Approach <i>Simonetta Vezzoso</i>	119
Ökonomische Auswirkungen des Medienrechts <i>Frank Fechner</i>	133
Wettbewerbspolitik versus sektorspezifische Regulierung im Medien- und Telekommunikationssektor <i>Ulrich Heimeshoff</i>	149
Konventionelle und unkonventionelle Maßnahmen des Eurosystems im Zuge der Staatsschuldenkrise: Ökonomische und rechtliche Aspekte <i>Ralph Hirdina, Albrecht Michler und Franz Seitz</i>	171

*Inhalt*

Am Ende gewinnt immer die Bank – über die Regulierung als Game Changer <i>Thomas Weck</i>	213
Wettbewerbsschutz durch Kartellrecht: Normative Grenzen einer am ökonomischen Anspruch ausgerichteten Marktordnung <i>Jens-Uwe Franck</i>	235
Ökonomische und rechtliche Implikationen von Streiks im Verkehrswesen <i>Claudia Hipp und Andreas Knorr</i>	273
Krankenhausreform 2015: Eine ökonomische Einschätzung <i>Heidi Dittmann und Björn A. Kuchinke</i>	305
Kartellrecht und Ökonomik: Institutions matter! <i>Oliver Budzinski und Justus Haucap</i>	331
Liste der Autorinnen und Autoren	363

# **Teil 1: Grundlagen**



# Recht und Ökonomie aus Sicht der Rechtswissenschaften

*Josef Drexl\**

## *1 Einleitung*

Das Thema ist weder neu noch besonders aktuell. Über das Verhältnis von Recht und Ökonomie wird schon seit Jahrzehnten nachgedacht und kontrovers diskutiert. Deshalb kann es im Folgenden nicht darum gehen, alte Diskussionen neu aufzuwärmen. Ziel dieses Beitrags ist es vielmehr, über eine Bestandsaufnahme hinaus neue und in die Zukunft weisende Denkanstöße für die Zusammenarbeit von Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlern zu geben.

Der Titel verlangt nach einem rechtswissenschaftlichen Blick auf das Verhältnis von Recht und Ökonomie. Was mit „Recht und Ökonomie“ gemeint ist, ist keineswegs eindeutig. Übersetzt man das Begriffspaar in das Englische, gelangt man zu „Law and Economics“ und damit zur immer wieder geführten Debatte, ob das Recht ökonomische Effizienz als Ziel akzeptieren sollte. Den nicht rein positiven (beschreibenden), sondern normativen Ansatz<sup>1</sup> der sog. „ökonomischen Analyse des Rechts“ haben viele Rechtswissenschaftler als Diktat und damit unzulässige Einmischung in das Normative verstanden, obwohl zurückhaltende Vertreter des Law-and-Economics-Ansatzes die eigenständige Wertigkeit des Rechtlichen durchaus akzeptieren und ihre „Analysen“ nur als Anregungen zur rechtspolitischen Reform einbringen.<sup>2</sup> Die jüngere Diskussion vor allem über die Zie-

---

\* Der Dank des Autors gebührt den Teilnehmern des Radein-Seminars 2015 sowie Peter Picht vom Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb für wertvolle Hinweise und Anregungen. Etwaige Mängel gehen ausschließlich zu Lasten des Autors.

1 Zu dieser Unterscheidung siehe etwa Drexl (1998, S. 163-167).

2 Angesprochen ist damit vor allem der Gesetzgeber, wenn ihm Ökonomen zur Verbesserung wirtschaftlicher Effizienz Reformen vorschlagen. Aber auch geltendes Recht lässt Spielraum für Effizienzerwägungen im Rahmen der Auslegung von Vorschriften und ihrer Anwendung. Die Frage, ob das Effizienzziel vom Recht überhaupt akzeptiert werden kann, muss letztlich getrennt für die verschiedenen Rechtsordnungen beantwortet werden. Das Recht selbst, insbesondere vor dem Hinter-

le des Kartellrechts,<sup>3</sup> für das die Relevanz der Wirtschaftswissenschaften wie für kaum ein anderes Rechtsgebiet auf der Hand liegt, belegt, dass die Debatte um die ökonomische Analyse des Rechts keineswegs beendet ist, sondern ganz im Gegenteil immer wieder thematisiert und wohl auch reflektiert werden muss.

So wichtig diese Debatten für das Verhältnis von Recht und Ökonomie sind, so sehr liegt darin doch eine Verkürzung. Zum einen ist ganz unbestreitbar, dass es für das Recht auf die Ökonomie ankommt, denn das Recht regelt unterschiedlichste Lebensverhältnisse von ökonomischer Bedeutung. Vor allem dort, wo das Recht unmittelbar wirtschaftliches Handeln regelt, müssen auch der Gesetzgeber, die regulierende Behörde, der Richter und der Rechtswissenschaftler stets kritisch hinterfragen, ob ihre ökonomischen Grundannahmen zutreffen und das Recht die erhofften Steuerungsziele auch verwirklicht. Und selbst in jenen Bereichen, wie z. B. im Familienrecht, wo es um private Verhältnisse geht, sind die ökonomischen Auswirkungen nicht auf den Einzelnen beschränkt, sondern prägen die Gesellschaft und deren Sozialordnung insgesamt.<sup>4</sup>

Deshalb muss im Hinblick darauf, was die Wirtschaftswissenschaften für das Recht leisten können, der Blick über den Law-and-Economics-Ansatz hinaus gerichtet werden. Soweit der Jurist auf die Wirtschaftswissenschaften als Erkenntnisquelle angewiesen ist, sollte er die Vielfalt ökonomischer Methoden, die sich gerade nicht auf die effizienzorientierte neoklassische Analyse beschränken, aber auch die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zur Kenntnis nehmen. Nicht anders als bei den Rechtswissenschaften handelt es sich auch bei den Wirtschaftswissenschaften um eine dis-

---

grund der bestehenden Verfassungsordnung, setzt den notwendigen normativen Rahmen für die Beantwortung dieser Frage. Im verfassungsrechtlichen Rahmen ist sodann die weitere Frage zu stellen, welcher Stellenwert dem Effizienzziel bei Auslegung und Anwendung von bestehenden Rechtsnormen zukommt. Zur Debatte in Deutschland siehe die frühe Kontroverse zwischen Fezer (1986, 1988) einerseits und Ott/Schäfer (1988) andererseits. Siehe auch umfassend Eidenmüller (1995). Zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung in den USA siehe die gegensätzlichen Positionen der Rechtsphilosophen Dworkin (1980a; 1980b) einerseits sowie von Calabresi (1979–1980) und Posner (1981) als Vertreter des Law-and-Economics-Ansatzes andererseits. Zu diesem Disput siehe auch Drexl (2010).

3 Siehe nur Künzler (2008) sowie die Beiträge bei Zimmer (2012).

4 Daher ist selbst der wirtschaftswissenschaftlichen Befassung mit diesen Themen die Legitimität keineswegs abzusprechen. Dies gilt auch für das Werk von Posner (1992), das angesichts seines Titels „Sex and Reason“ – gleichwohl unberechtigtes – Misstrauen auslösen kann.

kursive Disziplin, deren Fortschritte letztlich durch Theorienbildung, Falsifikation und Lernfähigkeit erzielt werden. Das Forschen in den Wirtschaftswissenschaften ist auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse und tiefere Einblicke in die ökonomischen Prozesse ausgerichtet; entsprechend werden ihre Methoden, Annahmen und Aussagen von ihren eigenen Vertretern kontinuierlich hinterfragt. Deshalb besteht auch für den Juristen keinerlei Anlass, sich einem Absolutheitsanspruch einzelner ökonomischer Erkenntnisse auszuliefern. Diese Relativierung der Wirtschaftswissenschaften kann auch diese selbst gegen den Vorwurf des Komplettversagens schützen, wenn Fehlentwicklungen des Marktes Irrtümer und verfehlte wirtschaftswissenschaftliche Handlungsanweisungen – wie im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise oft behauptet – offenlegen.

Damit ist das Feld bestellt für einen erweiterten und grundsätzlicheren Blick auf das Verhältnis von Recht und Ökonomie aus der Perspektive der Rechtswissenschaft. In der folgenden Analyse geht es zunächst darum, den Standort und die Rolle der „Ökonomie“ in den Rechtswissenschaften abstrakt zu bestimmen (unten 2.). Danach wird anhand eines aktuellen Beispiels dargestellt, wie wichtig es für den Juristen auch in der dogmatischen Rechtsanwendung ist, bei der Auswahl juristischer Methoden den konkreten ökonomischen Kontext zu berücksichtigen, um überzeugende Entscheidungen zu fällen (unten 3.). Sodann wird ein Blick auf die Nutzbarmachung unterschiedlicher wirtschaftswissenschaftlicher Methoden für Zwecke der Rechtswissenschaft geworfen (unten 4.). Die Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen soll jedoch keine Einbahnstraße zugunsten der Juristen sein. Deshalb soll abschließend auch der Frage nachgegangen werden, welche Nutzen die Ökonomen aus der Beschäftigung mit dem Recht ziehen können (unten 5.).

## *2 Zum Standort der Ökonomie in den Rechtswissenschaften*

Die Frage nach dem Standort der Ökonomie in den Rechtswissenschaften fordert zum Nachdenken über die Rechtswissenschaft als solche auf. Die Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit sich selbst, d. h. als Wissenschaftsdisziplin, geschieht höchst selten,<sup>5</sup> was nicht zuletzt daran liegt,

---

5 Siehe jedoch aus jüngerer Zeit Steininger (2015) mit dem Plädoyer der Fortentwicklung der Rechtswissenschaft zu einer Strukturwissenschaft, die das Recht als komplexes gesellschaftliches System erforschen soll.

dass ihre Methoden als selbstverständlich und geradezu gegeben angesehen werden und entsprechend, ganz anders als in den Wirtschaftswissenschaften, eine Methodendiskussion kaum stattfindet. Diese geringe Bedeutung der Methoden tritt besonders deutlich im Rahmen von Promotionen hervor. Strukturierte Promotionsstudiengänge, die noch dazu besonderes Gewicht auf die Ausbildung in verschiedenen rechtswissenschaftlichen Methoden legen, gibt es nicht. Zumal in Deutschland wird schlicht unterstellt, dass ein hervorragender Absolvent des juristischen Studiums auch in der Lage ist, eine Dissertation zu schreiben. Dem entspricht es, dass in Forschungsarbeiten nur selten eine bewusste Methodenentscheidung gefällt und begründet wird. Dieser Befund mag Außenstehende gar zur Frage veranlassen, ob die Rechtswissenschaften überhaupt das Prädikat einer Wissenschaftsdisziplin verdienen.

### *2.1 Der Standort der Ökonomie in der juristischen Methodenlehre*

Trotzdem sind den Rechtswissenschaften Methoden nicht fremd. Den „Methoden der Rechtswissenschaft“ i. S. der „juristischen Methodenlehre“ kommt gerade in der deutschen Rechtswissenschaft eine besondere Bedeutung zu.<sup>6</sup> Das Besondere der juristischen Methodenlehre ergibt sich aus dem Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. Versteht man diese als „diejenige Wissenschaft ..., die sich mit der Lösung von Rechtsfragen im Rahmen und auf der Grundlage einer bestimmten, historisch gewachsenen Rechtsordnung befasst“,<sup>7</sup> sind die Methoden des Rechts als jene zu verstehen, die der Jurist zur Lösung von Rechtsfragen, im kontinentaleuropäischen System also vor allem bei Auslegung und Anwendung gesetzlicher Vorschriften, heranzieht. Diese Methoden des Rechts machen die „Rechtsdogmatik“ aus. Die Rechtswissenschaft als sog. „Jurisprudenz“ versteht sich insoweit als „Normwissenschaft“.<sup>8</sup>

Die Methoden des Rechts bilden mithin das Handwerkszeug des praktisch arbeitenden Juristen und identifizieren die Rechtswissenschaft als sehr praxis- und anwendungsbezogene Wissenschaftsdisziplin. Im rechtsstaatlichen System kommt der juristischen Methodenlehre des Rechts eine

---

6 Siehe vor allem Bydlinski (1991); Fikentscher (1975–1977); Larenz/Canaris (1995).

7 So die Definition nach Larenz/Canaris (1995, S. 7).

8 So Larenz/Canaris (1995, S. 17 ff.).

äußerst wichtige Aufgabe zu. Sie bildet den Maßstab für „richtige“ Antworten des Juristen auf gestellte Rechtsfragen. Sie bindet den Rechtsanwender an das Recht und macht für den Bürger die Anwendung des Rechts im Sinne des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz vorhersehbar.

Die Rechtswissenschaft als dogmatische Jurisprudenz unterscheidet sich damit wesentlich von anderen Wissenschaftsdisziplinen. Sie ist nicht auf das Erforschen des Rechts als ihren Gegenstand ausgerichtet, so dass zwischen der forschenden Wissenschaft und ihrem Gegenstand unterschieden werden könnte. Die Jurisprudenz ist vielmehr „Teil des Rechts“. So wird verständlich, weshalb die meisten juristischen Dissertationen, die ganz überwiegend dogmatisch angelegt sind, ohne größere methodische Ausführungen auskommen, sondern mit großer Selbstverständlichkeit auf der Grundlage der juristischen Methodenlehre Rechtsfragen diskutieren. Da Juristen in Deutschland vom ersten Universitätssemester an in der Fallmethodik trainiert werden und diese im Staatsexamen unter Beweis stellen müssen, erübrigt sich im weiteren Promotionsstudium jede Notwendigkeit, den Promovierenden zusätzliche Methoden beizubringen.

Was nun das Verhältnis von Ökonomie und Recht betrifft, wäre an dieser Stelle zu klären, welche Rolle der Ökonomik im Rahmen der juristischen Methodenlehre und damit bei Auslegung und Anwendung der rechtlichen Vorschriften zukommt. Der Jurist unterscheidet nach dem traditionellen Auslegungskanon zwischen vier Auslegungsgrundsätzen, nämlich der (grammatikalischen) Wortlautauslegung, der historischen Auslegung im Lichte des feststellbaren Willens des historischen Gesetzgebers, der systematischen Auslegung unter Bezugnahme auf die Stellung der jeweiligen Vorschrift im Gesetz sowie schließlich der teleologischen Auslegung.<sup>9</sup> Ein Einfallstor für ökonomische Gesichtspunkte bildet dabei vor allem die teleologische Auslegung. Bei ihr wird das Verständnis der Vorschrift auf den Zweck der Vorschrift hin ausgerichtet. Die teleologische Auslegung gibt dem Rechtsanwender Raum für die Übernahme ökonomischer Argumentationsmuster, wie sie in der amerikanischen Rechtsprechung durchaus üblich sind. So ließe sich der Begriff der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB durchaus i. S. der US-amerikanischen Learned-Hand-Formel

---

9 Daneben sind heute auch noch die verfassungskonforme und die europarechtskonforme Auslegung zu berücksichtigen.

verstehen.<sup>10</sup> Danach wäre davon auszugehen, dass sich jemand fahrlässig verhält, wenn er nicht handelt, obwohl sein Aufwand zur Vermeidung des Schadens geringer wäre als der drohende Schaden multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.<sup>11</sup>

Das Beispiel zeigt, dass das ökonomische Denken Rationalität in die Auslegung einer Vorschrift bringen kann. Aber zu sehen ist auch, dass damit das Kriterium ökonomischer Effizienz als ein – möglicherweise sogar als ausschließliches – Kriterium zur Bestimmung des Gesetzeszweckes eingeführt wird. Dies erklärt, weshalb die ökonomische Analyse auf entsprechende Widerstände in der deutschen Rechtswissenschaft gestoßen ist. In ihr liegt das Potenzial, die normativen Wertungen und Zielbestimmungen des Gesetzes zu verändern.

## 2.2 Die Ökonomik im System der Dreidimensionalität des Rechts und der Rechtswissenschaften

Mit der Berücksichtigung des ökonomischen Effizienzziels im Rahmen der teleologischen Auslegung erschöpft sich aber keineswegs die Berücksichtigungsfähigkeit der Ökonomik in den Rechtswissenschaften. Dies liegt daran, dass die Rechtswissenschaften nicht auf die dogmatische Rechtsanwendungs- und Entscheidungslehre reduziert werden dürfen.

Tatsächlich bildet die dogmatische Jurisprudenz nur eine Dimension des insgesamt dreidimensionalen Rechts. Der Gegenstand der dogmatischen Rechtswissenschaft ist das „Normative“ des Rechts. Daneben steht die Erforschung der „Idealität“ des Rechts durch die Rechtsphilosophie und der sozialen „Realität“ des Rechts durch die Rechtssoziologie.<sup>12</sup>

In der Ausbildung der Juristen schlägt sich diese Dreidimensionalität des Rechts in der Unterscheidung zwischen der dogmatischen, anwendungsbezogenen Ausbildung im geltenden Recht einerseits und den

---

10 Dies erscheint vor allem deshalb möglich, weil auch das deutsche Recht von einem „objektiven“ Fahrlässigkeitsbegriff i. S. der „im Verkehr erforderlichen“ Sorgfalt ausgeht. Zur Übernahme der Learned-Hand-Formel für das deutsche Recht siehe Schäfer/Ott (2012, S. 181 ff.).

11 Dieser Grundsatz wurde entwickelt vom US-amerikanischen Richter Learned Hand in *U.S. v. Carroll Towing*, 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947). Die Learned Hand-Formel lautet danach mathematisch ausgedrückt:  $B < PL$  (burden < probability  $\times$  loss).

12 Siehe Rehbinder (2014, Rn. 1).

Grundlagenfächern andererseits nieder. Zu den Letzteren gehören auch die Rechtsphilosophie und die Rechtssoziologie. Man kann sich trefflich darüber streiten, ob mit den genannten drei Dimensionen alle Aspekte des Rechts abgedeckt sind. Zu den Grundlagenfächern zählt man klassischerweise auch die Rechtsgeschichte. Nicht unerwähnt bleiben sollte die in Deutschland an Universitäten leider vernachlässigte Rechtsanthropologie.<sup>13</sup> Denkbar wäre aber auch eine eher naturwissenschaftlich ausgerichtete Rechtspsychologie zur Erforschung der psychologischen Grundlagen menschlichen Verhaltens in Bezug auf das Recht. Das Beispiel der Psychologie zeigt, dass das Recht im weiteren Sinne auch in Bezug auf seine biologischen Grundlagen mit naturwissenschaftlichen Methoden erforscht werden kann.<sup>14</sup>

Die Verwendung des Begriffs der Rechtswissenschaften im Plural ist danach also durchaus gerechtfertigt. Im Vergleich zur dogmatischen Jurisprudenz erscheinen die Grundlagenfächer jedoch als Grenzwissenschaften. Während Erstere über ihre eigene Methodenlehre verfügt, bedienen sich die Grundlagenfächer der Methoden anderer Wissenschaften. Der Rechtshistoriker wendet primär Methoden der Geschichtswissenschaften und der Rechtssoziologie soziologische (empirische) Methoden an. Der Rechtsanthropologe ist primär Anthropologe und betreibt als solcher vielleicht Feldforschungen. Und selbst die Rechtsphilosophie arbeitet nicht dogmatisch, sondern bedient sich philosophischer Kategorien in ihrem Bemühen um das richtige Recht.

In der angloamerikanischen Terminologie begegnen einem die deutschen Grundlagenfächer typischerweise als „Law & ...“-Fächer (Law & Sociology, Law & Anthropology“ oder schlicht als „History of Law“). Nichts spräche dagegen, an deutschen Fakultäten wie in den USA, wo „Law & Economics“ schon seit vielen Jahren an den Law Schools gelehrt wird, das Fach der „Rechtsökonomik“ einzuführen. Tatsächlich ist der Begriff der Rechtsökonomik als Wissenschaftsdisziplin auch in Deutschland durchaus gebräuchlich.<sup>15</sup>

---

13 Eine Ausnahme bildete hier die Universität München, an der Wolfgang Fikentscher das Fach bis kurz vor seinem Tod im Jahre 2015 betreute und lehrte. Siehe Fikentscher (2009). Außerdem besteht am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung in Halle eine Abteilung für Rechtsanthropologie unter der Leitung von Marie-Claire Foblets.

14 Siehe hierzu Gruter (1991).

15 Siehe etwa Weigel (2003).

Dennoch stellt sich die Frage, ob einer Rechtsökonomik neben der Dreidimensionalität des Rechts in Gestalt des Normativität, der Idealität und der Realität eigenständige Bedeutung zukommt. Dies ist zu verneinen. Vielmehr sollte zur Kenntnis genommen werden, dass der Ökonomik Relevanz in Bezug auf alle drei Dimensionen zukommt. Die Möglichkeit und Notwendigkeit, die von der Ökonomik vertretenen Ziele auch im Bereich des Normativen zu berücksichtigen und damit in die juristische Methodenlehre zu integrieren, bildet, wie bereits dargestellt (oben 2.1), den Kern der kontrovers geführten Debatte um die normative Ausprägung der ökonomischen Analyse des Rechts. Die Frage nach der Bedeutung des Ökonomischen für das Recht stellt sich aber auch für dessen Idealität und Realität. Während die dogmatische Jurisprudenz eine Antwort darauf geben muss, ob das Ziel der ökonomischen Effizienz als Rechtsprinzip „gilt“ und geltendes Recht im Hinblick auf die Verwirklichung wirtschaftlich effizienter Ergebnisse ausgelegt und angewendet werden soll, geht es in der rechtsphilosophischen Forschung darum, ob ökonomische Effizienz als Grundlage einer Theorie der Gerechtigkeit anerkannt werden kann. Das entspricht dem Gedankengut der frühen Rechtsphilosophen des Utilitarismus (vor allem Jeremy Bentham, John Stuart Mill). Jüngere Rechtsphilosophen stehen dagegen dem Effizienzziel und dem utilitaristischen Ansatz durchaus kritisch bis ablehnend gegenüber.<sup>16</sup> Die Ausschließlichkeit des Effizienzziels liefe vor allem Gefahr, die Grundrechtspositionen des Individuums dem Kollektivwohl im Lichte des Kaldor-Hicks-Kriteriums unterzuordnen. Am wenigstens kontrovers erscheint dagegen die Berücksichtigung ökonomischer Forschung in der Rechtssoziologie. Sowohl der Gesetzgeber als auch der Rechtsanwender sind darauf angewiesen, dass ihre Grundannahmen in Bezug auf den ökonomischen Kontext des Rechts zutreffen und das Recht seine Steuerungsfunktion in Bezug auf die Wirtschaft tatsächlich erreicht. Insoweit sind auch der Jurist und vor allem der Rechtswissenschaftler, der rechtspolitisch das Für und Wider alternativer Regelungen beurteilt, zentral auf ökonomische Erkenntnisse angewiesen. Vor allem in dieser Hinsicht eröffnet sich ein weites und vor allem fruchtbares Feld der Zusammenarbeit zwischen Ökonomen und Juristen jenseits der Frage nach Anerkennung ökonomischer Effizienz als Ziel des Rechts.

---

16 Siehe vor allem Rawls (1971, S. 183-192), der darlegt, weshalb der utilitaristische Ansatz nicht als Grundlage für eine Gerechtigkeitstheorie taugt. Ähnlich Dworkin (1980a, 1980b).

Letzteres ist keine neue Erkenntnis. Vor allem ökonomisch-empirische Forschung lässt sich aus der Sicht der Rechtswissenschaften als Teil der Rechtssoziologie verstehen.<sup>17</sup> „Rechtstatsachenforschung“ wurde schon früh gefordert und betrieben.<sup>18</sup> Diese Rechtstatsachenforschung verstand sich in den Anfängen als Kritik an der dogmatischen Rechtswissenschaft und legte den Fokus auf die Erforschung der tatsächlichen Verhältnisse in der Rechtswirklichkeit. In heutiger Zeit ist solche Forschung in den Rechtswissenschaften wieder populär geworden. Wer in einem rechtswissenschaftlichen Journal in den USA veröffentlichen möchte, tut gut daran, in einem einleitenden Abschnitt den ökonomischen Kontext der zu behandelnden Thematik darzustellen und, soweit möglich, noch mit empirischen Erkenntnissen zu untermauern. Hierin mag man bis zu einem gewissen Grade eine Modeerscheinung erkennen. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass der Rechtswissenschaftler darauf angewiesen ist, sich der Richtigkeit seiner Grundannahmen im Hinblick auf das Ökonomische zu versichern, wenn er rechtspolitische Empfehlungen ausspricht. Entsprechendes gilt aber auch für Gerichte, denn selbst dogmatische Jurisprudenz erfolgt nicht in einem nach außen hin abgeschirmten Bereich des rein Normativen, sondern muss dort, wo das Recht Auslegungsspielraum zulässt, die involvierten Interessen wertend zur Kenntnis nehmen und damit ihre Entscheidungen auf verlässliche ökonomische Grundannahmen stützen.

Wie die ökonomische Realität des Rechts in der dogmatischen Jurisprudenz berücksichtigt werden kann und sollte, wird im Folgenden (unten 3.) anhand eines aktuellen Beispiels aus dem Wirtschaftsrecht dargestellt. Ferner wird zu zeigen sein, dass die Rechtswissenschaft nicht allein aus der empirischen Forschung Nutzen ziehen kann, sondern grundsätzlich offen sein sollte gegenüber den verschiedenen methodischen Ansätzen der Ökonomik (unten 4.).

### *2.3 Die Wirtschaft als gemeinsamer Gegenstand der Rechtswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften*

Mit der soeben vorgenommenen Verortung der Ökonomik in Bezug auf die Dreidimensionalität des Rechts ist das Verhältnis von Ökonomie und

---

17 Als Begründer der Rechtssoziologie gilt Eugen Ehrlich. Siehe Ehrlich (1911, 1989).

18 Grundlegend Nussbaum (1914).

Recht aber noch nicht vollständig bestimmt. Dieses Verhältnis ist nicht nur spannungsgeladen, weil der „normativen“ ökonomischen Analyse der Übergriff in den Bereich der dogmatischen Jurisprudenz gleichsam inne-wohnt. Beide Wissenschaftsdisziplinen stehen auch in Wettbewerb zueinander, soweit sie die „Wirtschaft“ zu ihrem gemeinsamen Gegenstand haben. Die Wirtschafts- und Rechtswissenschaften agieren hier in sehr ähnlicher Weise, indem sie Handlungsempfehlungen an staatliche Stellen aussprechen.

Soweit sich Rechtswissenschaftler – *de lege lata* – zur Auslegung und Anwendung bestehender Gesetze äußern, sind deren Schlussfolgerungen primär an die Gerichte gerichtet. In der Tat liegt eine wesentliche Aufgabe der normativen Rechtswissenschaft in der dogmatischen Aufarbeitung und Diskussion von Gerichtsentscheidungen. Soweit der Rechtswissenschaftler darüber hinaus – *de lege ferenda* – Vorschläge zur Gesetzesreform unterbreitet, muss auch er im völker-, europa- und verfassungsrechtlichen Rahmen eine Auswahl im Hinblick auf die zu erreichenden Ziele treffen, die, soweit es um das Wirtschaftsrecht geht, notwendig ökonomisch geprägt sein werden. Es liegt dann im gesetzgeberischen Ermessen, sich diesen Zielen und den Reformvorschlägen anzuschließen.

Die Umsetzung aller Empfehlungen bleibt also den staatlichen Entscheidungsträgern – Gesetzgebern, Behörden und Richtern – überlassen. Dies gilt erst recht für die Handlungsempfehlungen von Ökonomen. Sie sind grundsätzlich auf die Umsetzung durch das Recht angewiesen. Auch soweit sich Ökonomen am Ziel wirtschaftlicher Effizienz orientieren, ist dies keineswegs illegitim. Es entscheidet weiterhin der Gesetzgeber, in welchem Maße er sich der ökonomischen Rationalität anschließt oder andere Gesichtspunkte, wie die individuellen Rechtspositionen der Bürger oder Verteilungsgerechtigkeit, stärker gewichtet. Die Gefahr der Okkupation des Rechtlichen durch das Ökonomische verwirklicht sich nur dort, wo das Recht zum reinen Instrument der Durchsetzung wirtschaftlicher Effizienz und die Jurisprudenz zur Hilfswissenschaft des Ökonomischen werden. Sichtbar wurde eine solche Gefahr vor allem im europäischen Kartellrecht, wo im Zuge der Durchsetzung des sog. *more economic approach* die Leitlinien der Europäischen Kommission seit der Jahrtausendwende nicht mehr wie klassische Rechtsnormen mit Tatbestand und Rechtsfolge formuliert sind, sondern im Stile wirtschaftswissenschaftlicher Analyseanleitungen, die dazu gedacht sind, richtige ökonomische Entscheidungen herbeizuführen. Im Kartellrecht steht damit nicht nur die Durchsetzung der von der Ökonomik vertretenen Ziele im Raum, sondern auch die Sub-

stitution rechtswissenschaftlicher Methodenlehre durch solche der Ökonomik. So verwundert es nicht, dass Rechtswissenschaftler das Ökonomische als Bedrohung wahrnehmen und auf die „Ökonomisierung“ des Kartellrechts abwehrend reagieren.<sup>19</sup>

#### *2.4 Schlussfolgerungen für interdisziplinäres Arbeiten*

Trotz der beschriebenen normativen Spannungen erscheint danach die Zusammenarbeit zwischen den beiden Disziplinen vielversprechend, da sich Juristen und Ökonomen für denselben Gegenstand interessieren und oftmals sogar an denselben Fragen forschen.

Es besteht aber die Gefahr von Übergriffen, die wiederum beide Seiten zu Rücksichtnahme verpflichten sollte. Dem Ökonomen wird der Respekt vor dem Normativen, d. h. vor normativen Werten abverlangt, die nicht notwendig jene der Wirtschaftswissenschaften sind. Das Recht ist nicht bloßes Durchsetzungsinstrument der Ökonomik. Umgekehrt sollte der Jurist davon Abstand nehmen, die Wirtschaftswissenschaften zur bloßen Hilfswissenschaft zu degradieren. Vor allem sollte er nicht versuchen, die Forschungsagenda des Ökonomen zu definieren. Denn die Kriterien, nach denen Forschungsfragen als „interessant“ eingestuft werden, sind in den beiden Disziplinen durchaus unterschiedliche. Der Jurist orientiert sich an der praktischen Relevanz der Fragestellung vor allem im Lichte der Rechts- und Rechtsprechungsentwicklung. Dagegen bewertet sich die Qualität der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung ganz wesentlich nach methodischen Gesichtspunkten. Für den Juristen entsteht daraus nicht selten der Eindruck, dass der Ökonom sich zu sehr für die Methode als Selbstzweck interessiert, anstatt sich mit den drängenden Problemen der Gesellschaft zu beschäftigen. Frustration stellt sich ein, wenn dem Ökonomen unter großem methodischen Aufwand endlich der Nachweis dafür gelungen ist, „was die Juristen schon immer wussten“. Zu finden ist daher ein Mittelweg. Fortschritte in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung werden vor allem durch neue und verfeinerte Methoden erreicht. Daher ist die wissenschaftliche Wertschätzung der Methoden durchaus legitim. Dem Rechtswissenschaftler schadet es auch nicht, wenn er sich

---

19 Zur Ökonomisierung des Kartellrechts siehe u. a. Drexl (2009, S. 918 ff.). Zur Nutzung auch anderer als neoklassischer Theorien im Kartellrecht siehe die Beiträge in Drexl/Kerber/Podszun (2011).

hieran ein Beispiel nimmt und sein eigenes Methodenbewusstsein schärft. Umgekehrt ist es auch für den Wirtschaftswissenschaftler wichtig zu wissen, welche Themen aktuell und von praktischer Relevanz sind.

### *3 Zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des ökonomischen Kontextes bei der Anwendung juristischer Methoden*

Geht der Rechtsanwender von falschen ökonomischen Grundannahmen aus oder – schlimmer – unterlässt er es bei seiner Entscheidungsfindung schon grundsätzlich, sich überhaupt Gedanken zu den ökonomischen Gegebenheiten zu machen, sind Fehlentscheidungen vorprogrammiert. Dies soll im Folgenden anhand eines jüngeren Beispiels aus der Rechtsprechung dargestellt werden. Dabei soll einerseits aufgezeigt werden, dass durchaus auch der Jurist die Möglichkeit hat, zwischen unterschiedlichen rechtlichen Methoden zum Zwecke der Entscheidungsfindung zu wählen, und andererseits, wie wichtig es ist, bei der Methodenauswahl von den richtigen ökonomischen Grundannahmen auszugehen. Juristische Argumentationsstränge können und sollen Entscheidungen plausibel machen. Sie führen trotzdem zu Fehlentscheidungen, wenn sie nur mechanisch zur Anwendung gebracht werden, ohne dass der ökonomische Kontext ausreichend berücksichtigt wird.

Das gewählte Beispiel betrifft die kartellrechtliche Kontrolle der Ausschließlichkeit von standardessenziellen Patenten (im Folgenden: SEPs). Hierzu traf der EuGH im Fall *Huawei*, aufgrund einer Vorlage des LG Düsseldorf,<sup>20</sup> im Juli 2015 eine wichtige Grundlagenentscheidung.<sup>21</sup> Veranlasst wurde die Vorlage durch eine Rechtsprechung deutscher Gerichte, die dazu tendierte, die gestellte Rechtsfrage zivilrechtlich im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben zu entscheiden, was letztlich den Zugang von Nutzern zum technologischen Standard und damit dessen Implementierung zu sehr erschwerte. Die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit europäischem Kartellrecht wurde auch von der Europäischen Kom-

---

20 LG Düsseldorf v. 21. März 2013 – Akz. 4 b O 104/12, NZKart 2013, 256 – Klagepatent LTE, auch abrufbar unter <http://openjur.de/u/617729.html> (abgerufen am 30. August 2018).

21 EuGH v. 16. Juli 2015, Rs. C-170/13, *Huawei Technologies*, EU:C:2015:477.

mission verneint, was wiederum das LG Düsseldorf veranlasste, durch eine Vorlage zum EuGH die Rechtslage möglichst frühzeitig zu klären.<sup>22</sup>

In zugrunde liegenden Fall hat Huawei, ein chinesischer Hersteller von Smartphones und Telekommunikationsanlagen, Klage gegen seinen chinesischen Konkurrenten ZTE auf Unterlassung des Vertriebs bestimmter Bodenanlagen der Telekommunikation wegen Verletzung eines Huawei gehörenden SEP in Bezug auf die vierte Generation der Mobilfunktechnologie erhoben. Huawei hatte sein Patent bei der Standardisierungsorganisation ETSI<sup>23</sup> als standardessenziell angemeldet und entsprechend der IPR Policy von ETSI<sup>24</sup> eine sog. FRAND-Bereitschaftserklärung abgeben. ZTE war bekannt, dass Huawei über SEPs verfügte; ZTE hält sogar selbst SEPs in Bezug auf denselben Standard. Entsprechend trat ZTE in Verhandlungen mit Huawei über eine Lizenzierung ein und bot Huawei eine Kreuzlizenzierung an, was Huawei jedoch ablehnte.

Vor dem LG Düsseldorf, das die Benutzung des Klagepatents durch ZTE feststellte, berief sich ZTE jedoch auf das Kartellrecht. Huawei sei nach Abgabe der FRAND-Bereitschaftserklärung zur Eingehung eines Lizenzvertrages zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden (fair, reasonable and non-discriminatory) Bedingungen verpflichtet. Entsprechend sei Huawei die Erhebung eines Unterlassungsanspruchs mit dem Ziel der Durchsetzung FRAND-widriger Lizenzgebühren kartellrechtlich verboten.

Aus juristischer Sicht ist in diesem Fall das Verhältnis des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs zu den kartellrechtlichen Vorschriften über den Missbrauch marktbeherrschender Stellung (Art. 102 AEUV; § 19

---

22 Das LG Düsseldorf reagierte schon auf die bloße Mitteilung der Beschwerdepunkte gegen die Inhaber von SEPs in den beiden Kommissionsverfahren gegen Samsung und Motorola. Erst nach der Vorlageentscheidung des LG Düsseldorf brachte die Kommission die Verfahren zum Abschluss. Siehe die Verpflichtungszusagenentscheidung der Kommission v. 29. April 2014, Rs. AT.39939 – *Samsung – Enforcement of UMTS standard essential patents* (Langfassung, nur in Englisch verfügbar), abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_doc/s/39939/39939\\_1501\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_doc/s/39939/39939_1501_5.pdf) (abgerufen am 30. August 2018); Untersagungsentscheidung der Kommission v. 29. April 2014, Rs. AT.39985 – *Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents*, C(2014) 2892 final.

23 European Telecommunications Standards Institute ([www.etsi.org](http://www.etsi.org)).

24 Siehe ETSI Guide on Intellectual Property Rights (IPRs), in: ETSI Directives, Version 32, October 2013, S. 50, 53, abrufbar unter: [http://portal.etsi.org/Directives/32\\_directives\\_oct\\_2013r.pdf](http://portal.etsi.org/Directives/32_directives_oct_2013r.pdf) (abgerufen am 30. August 2018).

GWB) zu konkretisieren. In Bezug auf SEPs hatte der BGH bereits im Jahre 2009 im Verfahren *Orange-Book-Standard* entschieden.<sup>25</sup> Auch in diesem Fall hatte die Beklagte geltend gemacht, dass die klagende Inhaberin eines SEP nach kartellrechtlichen Grundsätzen verpflichtet sei, eine Lizenz zu erteilen.<sup>26</sup> Der BGH ließ jedoch die Frage nach dem Bestehen eines kartellrechtlichen Anspruchs auf Lizenzerteilung offen und verweigerte den Kartellrechtseinwand schon deshalb, weil die Beklagte nicht das ihrerseits Erforderliche getan habe, um selbst bei Bejahung eines kartellrechtlichen Zwangslizenzanspruchs das Klagepatent benutzen zu dürfen. Dazu stellte der BGH zwei Voraussetzungen auf: Zum Ersten müsse der Lizenzpetent dem Patentinhaber ein unbedingtes Angebot zum Abschluss eines Lizenzvertrages unterbreitet haben, das der Patentinhaber nach Treu und Glauben nicht ablehnen darf. Habe der Patentinhaber das unbedingte Angebot abgelehnt, dürfe zum Zweiten der Lizenzpetent das Patent nur nutzen, wenn er diejenigen Verpflichtungen erfüllt, die sich aus dem abzuschließenden Lizenzvertrag ergeben würden. Dies setze vor allem voraus, dass der Lizenzpetent bei Gericht eine angemessene Lizenzgebühr hinterlegt.<sup>27</sup>

Dogmatisch stützte sich der BGH auf den Grundsatz von Treu und Glauben des deutschen Zivilrechts (§ 242 BGB) und dabei insbesondere auf den sog. *dolo facit*-Einwand.<sup>28</sup> Danach handelt treuwidrig, wer etwas aufgrund eines rechtlichen Anspruchs fordert, was er infolge eines anderen rechtlichen Grundes sofort wieder zurückgewähren müsste.<sup>29</sup> So erklärt sich, dass der Patentinhaber sich nicht auf den Unterlassungsanspruch als Ausfluss des ausschließlichen Immaterialgüterrechts berufen darf, wenn er seinerseits kartellrechtlich zur Erteilung einer Lizenz verpflichtet ist. In *Orange-Book-Standard* fordert der BGH aber auch, dass sich der Patentverletzer nur dann auf den Grundsatz von Treu und Glauben in Form des *dolo facit*-Einwandes berufen darf, wenn er seinerseits im Einklang mit Treu und Glauben gehandelt und – konkreter formuliert –

---

25 BGH v. 6. Mai 2009, Az. KZR 29/06, BGHZ 180, 312 = GRUR 2009, 694 = GRUR Int. 2009, 747 – *Orange-Book-Standard*.

26 Dass das deutsche Kartellrecht grundsätzlich unter bestimmten Voraussetzungen einen solchen Anspruch auf Lizenzierung eines SEP geben kann, hatte der BGH schon zuvor in einem anderen Verfahren entschieden. Siehe BGH v. 13.7.2004 – Az. KZR 40/02, BGHZ 160, 67 = GRUR 2004, 966 – *Standard-Spundfass*.

27 BGH (Fn. 25), Tz. 32.

28 BGH (Fn. 25), Tz. 27 und 29 f.

29 *Dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est*.

sich entsprechend den Verpflichtungen des gebotenen Lizenzvertrages verhalten hat. Damit strebt der BGH einen Mittelweg an zwischen den beiden Extremen des unbedingten und sofortigen Nutzungsrechts des Beklagten und der Notwendigkeit, den Lizenzerteilungsanspruch erst gerichtlich durchsetzen zu müssen. Dieser Ansatz entbehrt nicht der Plausibilität, indem er letztlich die Parteien auf die Erfüllung eines Vertrages verpflichtet, den sie nach Treu und Glauben abzuschließen hätten. Die dogmatische Begründung erfolgte hier aber ausschließlich mit den Methoden des Zivilrechts.

In der Folge haben sich deutsche Instanzgerichte auf die Entscheidung in *Orange-Book-Standard* berufen, um auch FRAND-Fälle zu beurteilen.<sup>30</sup> Diese Rechtsprechung ist in doppelter Hinsicht problematisch: Zum einen handelte es sich in *Orange-Book-Standard* um keinen Fall, in dem der Inhaber des SEPs vorher eine FRAND-Selbstverpflichtung eingegangen war. Vielmehr ging es um Patente in Bezug auf einen *de facto*-Standard.<sup>31</sup> Mit anderen Worten: Der BGH hatte damit in *Orange-Book-Standard* gar keine Gelegenheit, auf den besonderen Standardisierungszusammenhang Rücksicht zu nehmen. Die Beklagte hatte ein Patent, das für den Standard als essenziell angesehen wurde, einfach benutzt und später versucht, sich unter Berufung auf das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB a. F. vor der Verurteilung wegen Verletzung des Patents zu retten. Dass im Falle einer vorherigen FRAND-Selbstverpflichtung der BGH die Grundsätze aus *Orange-Book-Standard* ebenfalls anwenden würde, war also keinesfalls sicher. Es wäre durchaus denkbar, dass dieser dem Standardisierungszusammenhang besondere Bedeutung zugemessen und die dem Lizenzpetenten aufgebürdeten Pflichten aufgeleicht hätte, wäre er mit einem solchen Fall befasst worden.<sup>32</sup>

Zum anderen wandten die deutschen Instanzgerichte die Grundsätze von *Orange-Book-Standard* noch dazu in besonders strenger Weise an. So ging das LG Mannheim in dem Verfahren von Motorola gegen Apple über

---

30 Siehe insbes. LG Mannheim v. 9. Dezember 2011, Az. 7 O 122/11, BeckRS 2011, 29013 = MittPatA 2012, 120; OLG Karlsruhe v. 23. Januar 2012, Az. 6 U 136/11, GRUR-RR 2012, 124 = <http://openjur.de/u/357860.html> (abgerufen am 30. August 2018); LG Mannheim v. 2. Mai 2012, Az. 2 O 240/11, BeckRS 2012, 11804.

31 So zu Recht der Hinweis bei Barthelmeß/Rudolf (2013, S. 122); Körber (2013, Tz. 1); Petit (2013, S. 678, Fn. 5).

32 Ähnlich auch Petit (2013, S. 691).

*Orange-Book-Standard* hinaus, soweit es verlangte, dass der Lizenzpetent bei Angabe seines unbedingten Angebots auch für in der Vergangenheit liegende Nutzungshandlungen eine Schadensersatzpflicht anerkennen müsse.<sup>33</sup> Entsprechend wurde Apple verurteilt, den Vertrieb bestimmter Versionen des iPhones und des iPads wegen Verletzung von SEPs, die von Motorola in Bezug auf den GPRS-Mobilfunkstandard gehalten werden, zu unterlassen. Im Rechtsmittelverfahren verneinte dann auch das OLG Karlsruhe das Vorliegen eines unbedingten Angebots, da Apple sich geweigert hatte, in den Vertrag ein Kündigungsrecht für Motorola für den Fall aufzunehmen, dass Apple die Wirksamkeit des lizenzierten Patents angreift.<sup>34</sup> Erst nachdem sich Apple auf dieses Kündigungsrecht einließ, ordnete das OLG Karlsruhe die Einstellung der Zwangsvollstreckung an.<sup>35</sup>

Im Gegensatz dazu hatte der BGH in *Orange-Book-Standard* keineswegs umfassend erläutert, welche Anforderungen an ein unbedingtes Angebot zu stellen sind. Insbesondere lässt sich der Entscheidung keine Aussage dahingehend entnehmen, der Lizenzpetent müsse in seinem Angebot die Wirksamkeit des Patents anerkennen. Jedoch hatte schon der BGH dem Lizenzpetenten die Möglichkeit verweigert, sein Vertragsangebot unter die Bedingung zu stellen, „dass ein Verletzungsgericht die von ihm gelegnete Verletzung des Klagepatents durch die angegriffene Ausführungsform bejaht“.<sup>36</sup>

Aus ökonomischer Sicht ist diese Rechtsprechung höchst kritikwürdig. Sie blendet das Vorliegen eines doppelten ökonomischen Problems aus, nämlich des sog. *patent hold-up* und des *royalty stacking*.<sup>37</sup>

Mit dem Problem des *patent hold-up* wird das Phänomen beschrieben, dass der Inhaber eines SEP letztlich über den Unterlassungsanspruch monopolistische Preise erpressen kann. Dieses Erpressungspotenzial ist besonders groß, wenn der Beklagte die Nutzung bereits begonnen hat und damit rechnen muss, dass seine Investitionen in die Produktion verloren gehen (Problem der versunkenen Kosten). Auf diese Problematik soll der

---

33 LG Mannheim v. 9. Dezember 2011, Az. 7 O 122/11, BeckRS 2011, 29013 = MittPatA 2012, 120.

34 OLG Karlsruhe (Fn. 30), Tz. 28. Siehe dazu die Kritik bei *Barthelmeß/Rudolf* (2013, S. 118 und 123), wonach das OLG Karlsruhe den Rechtsschutz des angeblichen Verletzers in kartellrechtswidriger Weise beschneide. Ebenso kritisch *Körber* (2013, S. 240).

35 OLG Karlsruhe vom 27. Februar 2012, Az. 6 U 136/11, GRUR 2012, 736.

36 Siehe BGH (Fn. 21), Tz. 36.

37 Grundlegend der Beitrag v. Lemley/Shapiro (2007).

kartellrechtliche Zwangslizenzanspruch gerade reagieren. Mit der Entscheidung in *Orange-Book-Standard* werden aber dem Lizenzpetenten Steine statt Brot gegeben. Denn sie bürdet allein dem Lizenzpetenten das Risiko der Angemessenheit der Lizenzgebühr auf und schafft keinerlei Anreize für den Patentinhaber, sich im Rahmen der Lizenzverhandlungen auf den Lizenzpetenten zuzubewegen.<sup>38</sup>

In den Folgeentscheidungen der deutschen Instanzgerichte zu den FRAND-Fällen wurde dann noch dazu der Standardisierungszusammenhang ignoriert. Die Anmeldung als SEP erlaubt dem Patentinhaber, dem Markt zu signalisieren, dass der technologische Standard nicht implementiert werden kann, ohne dass man Gefahr läuft, das jeweilige Patent zu verletzen. Dabei garantiert aber ETSI weder die Wirksamkeit des Patents, noch prüft ETSI, ob das jeweilige Patent überhaupt standardessenziell ist.<sup>39</sup> Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte versetzt hier den Inhaber von Patenten in die Lage, ohne rechtliche Kontrolle einseitig Monopolmacht in Anspruch zu nehmen, um von den Nutzern überhöhte Lizenzgebühren zu erpressen, und nimmt gleichzeitig dem Lizenzpetenten die Möglichkeit, die juristischen Grundlagen der Monopolmacht des SEP-Inhabers, wonach das Patent wirksam und standardessenziell ist, in Frage zu stellen.

Das Problem des *royalty stacking* besteht schließlich darin, dass angesichts der u. U. durchaus hohen Zahl von Inhabern (angeblich) standardessenzieller Patente jeder einzelne Inhaber versuchen kann, Monopolrenditen in Bezug auf die Gesamttechnologie zu erwirtschaften. Gerade im *Huawei-Fall* ist die Zahl angemeldeter SEPs und die Zahl von Inhabern solcher Patente sehr hoch. Insgesamt wurden ETSI bis 30. November 2011 3.116 SEPs für diesen Standard angezeigt.<sup>40</sup> Huawei stand zu diesem Zeit-

---

38 So von Anfang an die Kritik an der Entscheidung. Siehe Barthelmeß/Gauß (2010); de Bronett (2009), Picht (2014, S. 14 f.); Ullrich (2010).

39 ETSI weist ausdrücklich darauf hin, dass eine solche Prüfung nicht erfolgt. Siehe ETSI, Intellectual Property Rights (IPRs): Essential or potentially Essential, IPRs notified to ETSI in respect of ETSI standards, Doc. ETSI SR 000 314, March 2014, S. 4, abrufbar unter: [https://www.etsi.org/deliver/etsi\\_sr/000300\\_000399/00314/02.23.01\\_60/sr\\_000314v022301p.pdf](https://www.etsi.org/deliver/etsi_sr/000300_000399/00314/02.23.01_60/sr_000314v022301p.pdf) (abgerufen ab 30. August 2018).

40 Angabe nach Phelps/Milone. Der EuGH erwähnt in seiner Entscheidung sogar mehr als 4.700 SEPs für diesen Standard; EuGH in *Huawei* (Fn. 21), Tz. 40.

punkt mit 116 SEPs an neunter Stelle der wichtigsten Inhaber solcher Patente; ZTE folgt an zehnter Stelle mit 84 SEPs.<sup>41</sup>

Kontrolliert man die Geltendmachung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs nicht, droht die Vereitelung des Ziels der Standardisierung und des Systems der FRAND-Bereitschaftserklärung, für eine schnelle Durchsetzung des Standards zu sorgen und schließlich auch Folgeinnovationen durch die Nutzer, vor allem durch die Implementierung standardisierter Technologie in komplexe Produkte, zu ermöglichen.

Diese Analyse bedeutet aber keineswegs, dass die deutschen Instanzgerichte ihre Entscheidungen zu den FRAND-Fällen ohne jegliche ökonomischen Grundannahmen gefällt haben. Das Problem dürfte eher darin bestehen, dass ihre Grundannahmen als verfehlt anzusehen sind. Diese Gerichte haben den ausschließlichen Patentschutz als gegeben angenommen, ohne die Fähigkeit des ausschließlichen Patentschutzes, Innovationen zu fördern, für die konkrete Fallkonstellation in Frage zu stellen. Zum Ausdruck kommt damit ein starker Glaube an die ökonomische Leistungsfähigkeit des Patentschutzes im Hinblick auf das Ziel der Innovationsförderung. Dagegen hätten diese Gerichte kontextbezogen zur Kenntnis nehmen müssen, dass die ökonomischen Auswirkungen der Ausschließlichkeit bei einem SEP ganz andere sind als bei einem gewöhnlichen Patent.

Es verwundert daher nicht, dass die Europäische Kommission in Antwort auf zwei Beschwerden von Nutzern von SEPs, die vor deutschen Gerichten unterlegen waren, schließlich eine andere Position eingenommen hat.<sup>42</sup> Schon anlässlich der Mitteilung ihrer Beschwerdepunkte brachte die Kommission zum Ausdruck, dass es für die Geltendmachung des Lizenzanspruchs ausreichen müsse, dass der Lizenzpetent seine Bereitschaft gezeigt habe, einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen einzugehen, und dass vom Lizenzpetent nicht verlangt werden dürfe, dass er auf sein Recht, die Wirksamkeit des Patents und dessen Standardessenzialität vor Gericht anzuzweifeln, verzichte.<sup>43</sup> In ihrer Untersagungsentscheidung gegen Motorola betonte sodann die Kommission auch ganz besonders die Notwendigkeit, das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Standardisierungsprozesses als Voraussetzung der technologischen Entwicklung in dem auf Interoperabilität angelegten Markt der Mobiltelefonie zu schützen, sowie die

---

41 Angaben zum Stichtag 30. November 2011 nach Phelps/Milone. Huawei klagte nur aufgrund eines seiner Patente.

42 Europäische Kommission (Fn. 22).

43 Europäische Kommission (2013).

Notwendigkeit, diesen Standard Verbrauchern möglichst schnell zugänglich zu machen.<sup>44</sup>

In seiner Entscheidung zum *Huawei*-Verfahren schloss sich der EuGH jedenfalls im Ergebnis dieser Sichtweise der Kommission an.<sup>45</sup> Der Gerichtshof bezieht sich ähnlich wie die Kommission ausdrücklich auf den Standardisierungskontext und die Abgabe einer FRAND-Erklärung, um einen Missbrauch zu begründen.<sup>46</sup> Dennoch ist die Begründung des EuGH sehr viel stärker juristisch geprägt. Der Gerichtshof präsentiert seine Entscheidung als Ergebnis einer Abwägung zwischen dem primärrechtlichen Ziel des Schutzes des freien Wettbewerbs mit den Grundrechten des Patentinhabers nach der Europäischen Grundrechtecharta.<sup>47</sup> Sogar noch weiter gegangen war Generalanwalt Wathelet in seinem Schlussantrag zu diesem Verfahren, in dem er in diese Abwägung auch noch das Grundrecht des Patentnutzers auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 der Grundrechtecharta einbezog.<sup>48</sup> Dabei akzeptiert er das Recht des geistigen Eigentums des Patentinhabers nach Art. 17 Abs. 2 GrCh und dessen Recht auf Zugang zu den Gerichten nach Art. 47 GrCh, betont aber gleichzeitig das Potenzial der Unterlassungsklage, die unternehmerische Freiheit des Lizenzpatenten nach Art. 16 GrCh „erheblich“ einzuschränken, und damit die Geeignetheit dieser Klage, „den Wettbewerb zu verfälschen“.<sup>49</sup>

Diese Formulierungen könnten zum Anlass genommen werden, den Generalanwalt dafür zu kritisieren, die Wettbewerbsbeschränkung anhand des überholten Kriteriums der Beschränkung unternehmerischer Freiheit festzustellen – ein Eindruck, den der EuGH vielleicht nachfolgend vermeiden wollte. Eine solche Kritik bliebe gleichwohl sehr vordergründig und kann letztlich nicht überzeugen. Das Wesentliche der juristischen Argumentation des Generalanwalts liegt darin, dass er mit seiner Grundrechts-

---

44 Europäische Kommission in *Motorola* (Fn. 22), Tz. 415 ff.

45 EuGH (Fn. 21).

46 EuGH (Fn. 21), Tz. 49-51.

47 EuGH (Fn. 21), Tz. 42. Noch weiter gegangen war Generalanwalt Wathelet in diesem Verfahren, der nicht primär die Frage nach den wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwarf, sondern eine Abwägung der Rechte der beteiligten Parteien einschließlich des Rechts des Nutzers der Patente auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 Grundrechtecharta anstrebte; s. GA Wathelet, Schlussantrag vom 20. November 2014, Rs. C-17013, *Huawei Technologies*, Tz. 59 ff.

48 GA Wathelet, Schlussantrag vom 20. November 2014, Rs. C-17013, *Huawei Technologies*, Tz. 59 ff.

49 GA Wathelet (Fn. 48), Tz. 59 ff.

abwägung den Weg dafür bereitet, das Ausschließlichkeitsdogma des Patentrechts zu hinterfragen. Die eigentliche Begründung erfolgt dann vor dem Hintergrund der technologischen Abhängigkeit des Patentverletzers und dem Umstand, dass der Patentinhaber sich zur FRAND-Lizenzierung bereit erklärt hat. Dem hat sich, wie gesehen, der EuGH in seiner Entscheidung auch voll und ganz angeschlossen.

Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Grundrechtspositionen des Patentinhabers erkennt der EuGH aber auch an, dass der Standardisierungszusammenhang und insbesondere die FRAND-Erklärung nicht dazu führen können, dass dem Patentinhaber der Unterlassungsanspruch generell versagt wird.<sup>50</sup> Auch ökonomisch ist dies überzeugend, denn würde man die Patentnutzung nach der FRAND-Erklärung durch den Patentinhaber ohne weitere Anforderungen an den Nutzer erlauben, käme man zu einer Situation des *reverse hold-up* oder *patent hold-out*, bei dem der Patentinhaber gezwungen würde, sich auf für ihn besonders nachteilige Bedingungen eines Lizenzvertrag einzulassen, um überhaupt in absehbarer Zeit eine Vergütung zu bekommen.<sup>51</sup>

Die alles entscheidende Frage war daher, wie die Pflichten der Parteien in Bezug auf das Verhandeln und den Abschluss eines Lizenzvertrages verteilt werden sollten. Hier setzte sich der EuGH deutlich vom Ansatz des BGH in *Orange-Book-Standard* ab und betont ganz besonders die Pflichten des Patentinhabers. Zu diesem Schluss kommt der EuGH sowohl mit juristischen als auch ökonomischen/rechtstatsächlichen Argumenten. Zum einen habe der Patentinhaber mit seiner FRAND-Erklärung bei potenziellen Nutzern die berechtigte Erwartung begründet, dass er Lizenzen zu entsprechenden Konditionen erteilen werde.<sup>52</sup> Zum anderen verweist der EuGH auf die spezifische Fallkonstellation.<sup>53</sup> Angesichts der großen

---

50 EuGH (Fn. 21) Tz. 57 ff., GA Wathelet (Fn. 48), Tz. 79 ff.

51 Vor allem müsste der Patentinhaber das Risiko der zwischenzeitlichen Insolvenz des Nutzers tragen.

52 EuGH (Fn. 21) Tz. 53. Damit stellt der EuGH seine Begründung in einen fast schon vertragsrechtlichen Zusammenhang, ohne aber einen Anspruch des Nutzers auf Abschluss eines entsprechenden Vertrages anzunehmen. Diesen letzteren Schritt hätte der EuGH auch nicht machen können, denn ob ein solcher Anspruch tatsächlich besteht, kann sich nicht aus dem Europarecht ergeben, sondern allein aus dem anwendbaren nationalen Vertragsrecht. Der EuGH bedient sich somit des einheitlichen europäischen Kartellrechts, um eine angemessene Lösung für die gesamte EU zu erreichen.

53 EuGH (Fn. 21) Tz. 56.