



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Giulia Mara Meier

## Die Exklusivlizenz

Eine wettbewerbsrechtliche Würdigung aus  
europäischer und schweizerischer Perspektive



# **Die Exklusivlizenz**

**Eine wettbewerbsrechtliche Würdigung aus  
europäischer und schweizerischer Perspektive**

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich  
zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Giulia Mara Meier  
von  
Zürich und Schleitheim SH

genehmigt auf Antrag von  
Prof. Dr. Andreas Heinemann  
Prof. Dr. Peter Georg Picht



Die Exklusivlizenz von Giulia Mara Meier wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2021 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Autorin:** Giulia Mara Meier

**Verlag:** EIZ Publishing

**Produktion, Satz & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-407-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-413-9 (Print – Hardcover)

978-3-03805-442-9 (PDF)

978-3-03805-443-6 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-407>

**Version:** 1.04a – 20211014

Die vorliegende Dissertation zur Erlangung der Würde einer Doktorin der Rechtswissenschaft wurde von Giulia Mara Meier eingereicht und von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, vertreten durch den Dekan Prof. Dr. Thomas Gächter, am 14. April 2021 angenommen. Sie wurde von den Referenten Prof. Dr. Andreas Heinemann und Prof. Dr. Peter Picht betreut.

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Das Werk ist als gedrucktes Buch und OpenAccess in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar.

Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.com/publikationen/die-exklusivlizenz/>.

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 14. April 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen. Die rechtlichen Entwicklungen wurden bis Frühling 2021 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt Prof. Dr. Andreas Heinemann, der das Thema angeregt und den erfolgreichen Abschluss der Arbeit durch seine engagierte Betreuung und seine stete Gesprächsbereitschaft gefördert hat. Ihm ist es auch zu verdanken, dass ich an seinem Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht ein hervorragendes Umfeld fand, um an diesem Projekt zu arbeiten. Prof. Dr. Peter Picht, LL.M. danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Dem Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung danke ich für die grosszügige Unterstützung im Zusammenhang mit der Publikation.

Ein besonderer Dank gilt dem Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, an dem ich während eines Forschungsaufenthalts in München weilen durfte. Sodann möchte ich mich bei allen bedanken, die mich durch ihre Anregungen und Empfehlungen weitergebracht haben. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Oliver Kronenberg, LL.M. und Dr. Urs Isenegger für ihre wertvollen Hinweise aus der Praxis. MLaw Robin Landolt, lic. iur. Dieter Kindlimann, LL.M. und Doris Meier-Kobler, MSc ETH Arch danke ich herzlich für ihre Durchsicht des Manuskripts.

Ein grosser Dank gebührt meinen Freunden und meinen Brüdern, die mich – immer zur rechten Zeit – abgelenkt und motiviert haben. Auch Dank ihnen werde ich meine Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten.

Der letzte und grösste Dank geht an meine Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich stets unterstützt haben.

Zürich, im August 2021

Giulia Mara Meier



# Inhaltsübersicht

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XIV</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXII</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XLII</b>
<b>Entscheidungsverzeichnis</b>	<b>XLV</b>
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
Ausgangslage	1
Aufbau der Arbeit	4
<b>Teil 1: Grundlagen</b>	<b>7</b>
Kapitel 1: Begriffliches	9
Kapitel 2: Lizenzverträge im Kartellrecht	31
<b>Teil 2: Europäisches Recht</b>	<b>39</b>
Vorbemerkungen	41
Kapitel 1: Geschichte des europäischen Lizenzkartellrechts	42
Kapitel 2: Normative Ansätze im europäischen Lizenzkartellrecht	54
Kapitel 3: Kartellrechtliche Ausgangslage für Exklusivlizenzen	67
Kapitel 4: Beurteilung von Exklusivlizenzen nach der TT-GVO und den TT-Leitlinien	97
Kapitel 5: Beurteilung von Exklusivlizenzen ausserhalb der Gruppenfreistellung	162
Kapitel 6: Zwischenfazit	171
<b>Teil 3: Schweizerisches Recht</b>	<b>175</b>
Vorbemerkungen	177
Kapitel 1: Immaterialgüterrechte im Kartellrecht und Art. 3 Abs. 2 KG	178
Kapitel 2: Unzulässige Wettbewerbsabreden	192
Kapitel 3: Analyse des Status quo	222
Kapitel 4: Potenzial einer lizenzkartellrechtlichen Regelung	228
Kapitel 5: Vorschlag einer lizenzkartellrechtlichen Regelung	236
Kapitel 6: Zwischenfazit	254
<b>Schlussbetrachtung und Ergebnisse</b>	<b>261</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VIII</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>XIV</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>XXII</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>XLII</b>
<b>Entscheidverzeichnis</b>	<b>XLV</b>
<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
Ausgangslage	1
Aufbau der Arbeit	4
<b>Teil 1: Grundlagen</b>	<b>7</b>
<b>Kapitel 1: Begriffliches</b>	<b>9</b>
Vorbemerkungen	9
I. <b>Exklusivlizenz</b>	<b>9</b>
1. <b>Umfassende Rechtseinräumung</b>	<b>9</b>
2. <b>Beschränkungen der Exklusivität</b>	<b>12</b>
2.1. <b>Sachliche Einschränkung</b>	<b>13</b>
2.2. <b>Räumliche Einschränkung</b>	<b>13</b>
2.3. <b>Zeitliche Einschränkung</b>	<b>13</b>
3. <b>Vor- und Nachteile der Exklusivlizenz</b>	<b>14</b>
4. <b>Konzernsachverhalte</b>	<b>15</b>
5. <b>Abgrenzungen</b>	<b>15</b>
5.1. <b>Übertragung</b>	<b>15</b>
5.2. <b>Alleinlizenz</b>	<b>18</b>
5.3. <b>Terminologische Klarstellung zur ausschliesslichen Lizenz</b>	<b>18</b>
II. <b>Weitere Begriffe</b>	<b>20</b>
1. <b>Technologierechte</b>	<b>20</b>
2. <b>Technologietransfer-Vereinbarung</b>	<b>21</b>
3. <b>Vertriebsvertrag</b>	<b>23</b>
4. <b>Wechselseitige und nicht wechselseitige Lizenzen</b>	<b>24</b>
5. <b>Exklusivgebiet und Exklusivkundengruppe</b>	<b>24</b>
6. <b>Absoluter und relativer Gebietsschutz</b>	<b>24</b>
7. <b>Absoluter Kundenschutz</b>	<b>28</b>
8. <b>Parallelhandel</b>	<b>28</b>
<b>Kapitel 2: Lizenzverträge im Kartellrecht</b>	<b>31</b>
Vorbemerkungen	31
I. <b>Problemstellung</b>	<b>31</b>



II.	<a href="#">Konflikt, Harmonie oder Komplementarität?</a>	32
1.	<a href="#">Konfliktthese</a>	32
2.	<a href="#">Harmoniethese</a>	33
3.	<a href="#">Komplementaritätsthese</a>	34
4.	<a href="#">Würdigung und Konsequenzen</a>	35
<b><a href="#">Teil 2: Europäisches Recht</a></b>		<b>39</b>
<b><a href="#">Vorbemerkungen</a></b>		<b>41</b>
<b><a href="#">Kapitel 1: Geschichte des europäischen Lizenzkartellrechts</a></b>		<b>42</b>
I.	<a href="#">Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes</a>	42
II.	<a href="#">Entstehungsgeschichte der TT-GVO</a>	44
1.	<a href="#">Bekanntmachung Patentlizenzverträge</a>	44
2.	<a href="#">Patentlizenz- und Know-how-Verordnung</a>	46
3.	<a href="#">TT-GVO 96</a>	48
4.	<a href="#">TT-GVO 04</a>	49
5.	<a href="#">TT-GVO 2014</a>	52
<b><a href="#">Kapitel 2: Normative Ansätze im europäischen Lizenzkartellrecht</a></b>		<b>54</b>
I.	<a href="#">Rein kartellrechtliche Bewertung</a>	54
1.	<a href="#">Kernaussagen</a>	54
2.	<a href="#">Stellungnahme</a>	54
II.	<a href="#">Bestand und Ausübung bzw. spezifischer Gegenstand</a>	55
1.	<a href="#">Kernaussagen</a>	55
2.	<a href="#">Stellungnahme</a>	55
III.	<a href="#">Wettbewerbseröffnungstheorie</a>	57
1.	<a href="#">Kernaussagen</a>	57
2.	<a href="#">Stellungnahme</a>	58
IV.	<a href="#">Markterschliessungsdoktrin</a>	60
1.	<a href="#">Kernaussagen</a>	60
2.	<a href="#">Stellungnahme</a>	60
V.	<a href="#">Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung</a>	61
VI.	<a href="#">Ökonomische Denkschulen</a>	62
1.	<a href="#">Ratio Test</a>	63
2.	<a href="#">Competitive Superiority Test</a>	64
3.	<a href="#">Stellungnahme</a>	64
VII.	<a href="#">Zwischenfazit</a>	66
<b><a href="#">Kapitel 3: Kartellrechtliche Ausgangslage für Exklusivlizenzen</a></b>		<b>67</b>
I.	<a href="#">Kartellverbot</a>	67
1.	<a href="#">Adressaten</a>	68
2.	<a href="#">Vereinbarung</a>	68
3.	<a href="#">Wettbewerbsbeschränkung</a>	68
3.1.	<a href="#">Immaterialgüterrechtliche Besonderheiten</a>	69
3.2.	<a href="#">Gebietsschutzklauseln als Regelbeispiel</a>	71
3.3.	<a href="#">Bezwecken oder bewirken</a>	72
3.4.	<a href="#">Tatbestandsrestriktion durch Nebenabreden</a>	75
4.	<a href="#">Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung</a>	77

5.	<a href="#">Zwischenstaatlichkeit</a>	78
6.	<a href="#">Die Exklusivlizenz als Wettbewerbsbeschränkung</a>	79
6.1.	<a href="#">Nungesser („Maissaatgut“)</a>	79
a.	<a href="#">Zwei Fallgruppen</a>	80
b.	<a href="#">Offene ausschliessliche Lizenz</a>	81
aa)	<a href="#">Erfordernis einer neuen Technologie und Generalisierbarkeit</a>	83
bb)	<a href="#">Beurteilung</a>	84
c.	<a href="#">Ausschliessliche Lizenz mit absolutem Gebietsschutz</a>	86
d.	<a href="#">Keine abstrakten Zulässigkeitsvoraussetzungen</a>	87
6.2.	<a href="#">Football Association Premier League und Karen Murphy</a>	89
a.	<a href="#">Erwägungen</a>	89
b.	<a href="#">Analyse</a>	90
6.3.	<a href="#">Grenzüberschreitender Zugang zu Pay-TV</a>	91
a.	<a href="#">Erwägungen</a>	91
b.	<a href="#">Analyse</a>	92
II.	<a href="#">Freistellung</a>	93
1.	<a href="#">Einzelfreistellung</a>	93
2.	<a href="#">Gruppenfreistellung</a>	94
2.1.	<a href="#">Konzeptionelle Einordnung der TT-GVO</a>	94
2.2.	<a href="#">Prinzip der Legalausnahme</a>	95
<b>Kapitel 4: Beurteilung von Exklusivlizenzen nach der TT-GVO und den TT-Leitlinien</b>		<b>97</b>
I.	<a href="#">Vorbemerkungen</a>	97
II.	<a href="#">Legaldefinition der Exklusivlizenz</a>	99
III.	<a href="#">Anwendungsbereich</a>	101
1.	<a href="#">Sachlicher Anwendungsbereich</a>	101
1.1.	<a href="#">Technologie</a>	101
1.2.	<a href="#">Transfer</a>	101
2.	<a href="#">Räumlicher Anwendungsbereich</a>	102
3.	<a href="#">Zeitlicher Anwendungsbereich</a>	102
4.	<a href="#">Verhältnis zu anderen Gruppenfreistellungsverordnungen</a>	103
IV.	<a href="#">Konzept der Schirmfreistellung</a>	106
1.	<a href="#">Wirtschaftsorientierter Ansatz</a>	106
2.	<a href="#">Marktanteilsschwellen</a>	106
2.1.	<a href="#">Konkurrierende und nicht konkurrierende Unternehmen</a>	107
2.2.	<a href="#">Sachlich relevanter Markt</a>	108
a.	<a href="#">Produktmarkt</a>	109
aa)	<a href="#">Konkurrierende Unternehmen</a>	109
bb)	<a href="#">Marktanteilermittlung</a>	110
cc)	<a href="#">Kritik an der Marktanteilermittlung</a>	110
b.	<a href="#">Technologiemarkt</a>	111
aa)	<a href="#">Konkurrierende Unternehmen</a>	111
bb)	<a href="#">Marktanteilermittlung</a>	111
cc)	<a href="#">Kritik an der Marktanteilermittlung</a>	112
c.	<a href="#">Innovationsmarkt</a>	114
2.3.	<a href="#">Räumlich relevanter Markt</a>	118

V.	<a href="#">Kernbeschränkungen</a>	120
1.	<a href="#">Einführung</a>	120
1.1.	<a href="#">Funktion</a>	120
1.2.	<a href="#">Systematik</a>	121
1.3.	<a href="#">Rechtsfolge</a>	123
2.	<a href="#">Kernbeschränkungen zwischen Wettbewerbern</a>	124
2.1.	<a href="#">Zuweisung von Märkten oder Kunden</a>	124
2.2.	<a href="#">Ausnahme zugunsten der Exklusivität der Vertragsparteien</a>	126
a.	<a href="#">Umfassende Schutzmöglichkeiten</a>	126
b.	<a href="#">Zwischenfazit: Abgestufte Zulässigkeit von Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern</a>	128
c.	<a href="#">Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung</a>	130
aa)	<a href="#">Keine Übereinstimmung</a>	130
bb)	<a href="#">Gleichlauf von Kommission und Gericht</a>	131
cc)	<a href="#">Beurteilung</a>	132
2.3.	<a href="#">Ausnahme zugunsten der Exklusivität von Drittlizenznehmern</a>	133
a.	<a href="#">Kein Schutz vor passiven Verkäufen</a>	134
b.	<a href="#">Kein Schutz für Konkurrenten des Lizenzgebers</a>	136
c.	<a href="#">Zwischenfazit: Was möglich bleibt</a>	136
d.	<a href="#">Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung</a>	137
aa)	<a href="#">Kritik</a>	137
bb)	<a href="#">Stellungnahme</a>	138
2.4.	<a href="#">Würdigung der Ausnahmen</a>	139
a.	<a href="#">Differenzierung zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer</a>	139
b.	<a href="#">Schutzlücke für Lizenznehmer im Bereich der Hochtechnologie</a>	141
3.	<a href="#">Kernbeschränkungen zwischen Nichtwettbewerbern</a>	143
3.1.	<a href="#">Beschränkungen des Lizenznehmers bezüglich passiver Verkäufe</a>	143
3.2.	<a href="#">Ausnahme zugunsten der Exklusivität des Lizenzgebers</a>	144
3.3.	<a href="#">Verbote des passiven Verkaufs zugunsten der Exklusivität von Drittlizenznehmern</a>	145
a.	<a href="#">Regelung nach der TT-GVO 04</a>	145
b.	<a href="#">Regelung nach der aktuellen Fassung</a>	146
c.	<a href="#">Bewertung</a>	147
3.4.	<a href="#">Zwischenfazit: Was möglich bleibt</a>	149
3.5.	<a href="#">Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung</a>	150
VI.	<a href="#">Nichtfreigestellte Beschränkungen</a>	151
1.	<a href="#">Exklusive Rücklizenzierung und Übertragung</a>	152
1.1.	<a href="#">Keine Freistellung für exklusive Rücklizenzierungs- und Übertragungspflichten</a>	152
1.2.	<a href="#">Bewertung</a>	153
2.	<a href="#">Nichtangriffsklausel</a>	156
2.1.	<a href="#">Wertvolle Technologien</a>	157
2.2.	<a href="#">Bewertung</a>	157
3.	<a href="#">Kündigungsklausel</a>	158
3.1.	<a href="#">Privilegierung des Exklusivlizenzgebers</a>	158
3.2.	<a href="#">Bewertung</a>	159
VII.	<a href="#">Entzug der Gruppenfreistellung im Einzelfall</a>	160

<b>Kapitel 5: Beurteilung von Exklusivlizenzen ausserhalb der Gruppenfreistellung</b>	<b>162</b>
I. <u>Einzelfreistellung für Technologietransfer-Vereinbarungen</u>	162
1. <u>4-Plus-Test</u>	163
2. <u>Formulierung und Struktur der TT-Leitlinien</u>	164
II. <u>Die Einzelfreistellung für Exklusivlizenzen im Besonderen</u>	165
1. <u>Produktion</u>	165
2. <u>Vertrieb</u>	166
III. <u>Der Vorschlag einer rule of reason-Analyse</u>	167
1. <u>Vorschlag der Übernahme ins Europäische Recht</u>	167
2. <u>Würdigung</u>	168
<b>Kapitel 6: Zwischenfazit</b>	<b>171</b>
<b>Teil 3: Schweizerisches Recht</b>	<b>175</b>
<b>Vorbemerkungen</b>	<b>177</b>
<b>Kapitel 1: Immaterialgüterrechte im Kartellrecht und Art. 3 Abs. 2 KG</b>	<b>178</b>
I. <u>Historischer Hintergrund und Entwicklungen</u>	178
II. <u>Umfang des geistigen Eigentums</u>	183
III. <u>Ausschliesslichkeitserfordernis</u>	184
1. <u>Einschränkende Auslegung</u>	184
2. <u>Lizenzverträge im Besonderen</u>	186
3. <u>Deklaratorische Natur</u>	188
IV. <u>Zwischenfazit</u>	190
<b>Kapitel 2: Unzulässige Wettbewerbsabreden</b>	<b>192</b>
I. <u>Anwendung des Art. 5 KG</u>	192
1. <u>Wettbewerbsabrede</u>	192
2. <u>Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs</u>	193
3. <u>Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs</u>	195
4. <u>Effizienzrechtfertigung</u>	196
5. <u>Rechtsfolgen</u>	199
II. <u>Exklusivlizenzen im schweizerischen Recht: Versuch einer Zuordnung</u>	199
1. <u>Horizontale Gebiets- oder Kundenbeschränkungen</u>	200
2. <u>Vertikale Gebietsbeschränkungen</u>	202
2.1. <u>Ausgangslage des Gaba-Entscheids</u>	203
2.2. <u>Sonderbeurteilung von Lizenzverträgen?</u>	204
a. <u>Vertriebsvertrag und Lizenzvertrag</u>	204
b. <u>Technologietransfer-Vereinbarungen und Art. 5 Abs. 4 KG</u>	206
c. <u>Effizienzrechtfertigung</u>	207
2.3. <u>Würdigung</u>	209
a. <u>Grenzen der Parallelität</u>	209
b. <u>Bei paralleler Anwendung bestehende Unklarheiten</u>	211
3. <u>Offene exklusive Lizenz</u>	213
3.1. <u>Wettbewerbsbeseitigung</u>	214
3.2. <u>Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung</u>	214
a. <u>Anforderungen an die Erheblichkeit bei Abreden i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG</u>	214
aa) <u>Doppelprüfung</u>	214

bb)	<a href="#">Bagatellschwelle und Gesamterheblichkeit</a>	215
cc)	<a href="#">Würdigung</a>	216
b.	<a href="#">Qualitative Erheblichkeit</a>	217
c.	<a href="#">Quantitative Erheblichkeit</a>	218
3.3.	<a href="#">Effizienzrechtfertigung</a>	220
3.4.	<a href="#">Zwischenfazit</a>	221
<b><a href="#">Kapitel 3: Analyse des Status quo</a></b>		<b>222</b>
I.	<a href="#">Keine spezialgesetzliche Grundlage</a>	222
II.	<a href="#">Vergleichbarkeit mit dem europäischen Recht</a>	223
1.	<a href="#">Regelungssystematik</a>	223
2.	<a href="#">Schwerpunkt auf der Rechtfertigungsebene</a>	224
3.	<a href="#">Rechtsfolge der Unzulässigkeit</a>	225
<b><a href="#">Kapitel 4: Potenzial einer lizenzkartellrechtlichen Regelung</a></b>		<b>228</b>
I.	<a href="#">Bedürfnis nach Rechtssicherheit</a>	228
II.	<a href="#">Standortpolitische Argumente</a>	230
III.	<a href="#">Rechtsgrundlage in Art. 6 KG</a>	230
1.	<a href="#">Allgemeines</a>	231
2.	<a href="#">Fehlende Aktivität</a>	232
3.	<a href="#">Erlaubnis ohne Verbotssystem?</a>	233
<b><a href="#">Kapitel 5: Vorschlag einer lizenzkartellrechtlichen Regelung</a></b>		<b>236</b>
I.	<a href="#">Form</a>	236
II.	<a href="#">Materielles</a>	237
1.	<a href="#">Anwendungsbereich</a>	238
2.	<a href="#">Beschränkung auf Regelfälle</a>	241
3.	<a href="#">Marktanteilsschwellen</a>	242
3.1.	<a href="#">Ganzheitlicher Schutz des Wettbewerbs</a>	243
3.2.	<a href="#">Berücksichtigung der Wettbewerbereignschaft</a>	244
4.	<a href="#">Besonders schädliche Abreden: Absoluter Gebiets- oder Kundenschutz</a>	246
4.1.	<a href="#">Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs</a>	246
4.2.	<a href="#">Erhebliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs</a>	247
a.	<a href="#">Konkurrierende Unternehmen</a>	248
b.	<a href="#">Nicht konkurrierende Unternehmen</a>	250
4.3.	<a href="#">Europakompatibilität</a>	252
5.	<a href="#">Relativer Gebietsschutz</a>	252
<b><a href="#">Kapitel 6: Zwischenfazit</a></b>		<b>254</b>
<b><a href="#">Schlussbetrachtung und Ergebnisse</a></b>		<b>261</b>

# Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AB	Amtliches Bulletin
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (konsolidierte Fassung vom 26. Oktober 2012, ABl. 2012/C 326/1)
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALJ	<i>Austrian Law Journal</i>
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bekanntmachung Patentlizenzverträge	Bekanntmachung über Patentlizenzverträge vom 24. Dezember 1962 (ABl. 1962/P 139)
Bekanntmachung relevanter Markt	Bekanntmachung der Kommission vom 9. Dezember 1997 über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. 1997/C 372/5)
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Bot.	Botschaft
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
COVID-19-Verordnung 2	Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (SR 818.101.24)
CR	Computer und Recht
CR Concurrence	<i>Commentaire romand, Droit de la concurrence</i>
d.h.	das heisst

---

<i>De-minimis</i> - Bekanntmachung	Mitteilung der Kommission vom 30. August 2014, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken ( <i>De-minimis-Bekanntmachung</i> ) (ABl. 2014/C 291/1)
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design vom 5. Oktober 2001 (SR 232.12)
Diss.	Dissertation
dRSK	digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
EBOR	<i>European Business Organization Law Review</i>
ECLR	<i>European Competition Law Review</i>
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKSV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951
Einl	Einleitung
Entwurf TT-GVO 04	Entwurf von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2003/C 235/17)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuKartR	Europäisches Kartellrecht
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 13. Dezember 2007 (Konsolidierte Fassung vom 26. Oktober 2012, ABl. 2012/C 326/1)
EuWettBR	Europäisches Wettbewerbsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV/EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (Konsolidierte Fassung mit den Änderungen von Nizza vom 26. Februar 2002, ABl. 2002/C 325/1)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F&E	Forschung und Entwicklung

F&E-GVO	Verordnung (EU) Nr. 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl. 2010/L 335/36)
f./ff.	folgend/e
FK	Frankfurter Kommentar
Fn	Fussnote
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedenkschrift
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
Habil.	Habilitation
Harv. L. Rev.	<i>Harvard Law Review</i>
Horizontal-Leitlinien	Mitteilung der Kommission vom 14. Januar 2011, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (ABl. 2011/C 11/1)
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	<i>in casu</i>
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/im Sinne der
i.V.m.	in Verbindung mit
IIC	<i>International Review of Intellectual Property and Competition Law</i>
Inc.	<i>incorporated</i>
insb.	insbesondere
InTeR	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
IP	<i>Intellectual Property</i>



IP Guidelines	<i>Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Fassung vom 12. Januar 2017</i>
JEP	<i>Journal of Economic Perspectives</i>
JTHTL	<i>Journal of Telecommunication and High Technology Law</i>
JZ	JuristenZeitung
Kartellverfahrensordnung	Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003/L 1/1)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KMU-Bekanntmachung	Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 19. Dezember 2005
Know-how-GVO	Verordnung (EWG) Nr. 556/89 der Kommission vom 30. November 1988 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Know-how-Vereinbarungen (ABl. 1989/L 61/1)
Leitlinien Beeinträchtigung zwischenstaatlicher Handel	Bekanntmachung der Kommission vom 27. April 2004, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (ABl. 2004/C 101/81)
LIEI	<i>Legal Issues of Economic Integration</i>
lit.	<i>litera/e</i>
LSR	Life Science Recht
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MLR	<i>Modern Law Review</i>
MüKo	Münchener Kommentar
N	Randnummer/n
N.W.J. Int. L. & Bus.	<i>Northwestern Journal of International Law &amp; Business</i>
NBER	<i>National Bureau of Economic Research</i>
Nr.	Nummer

NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
Patentlizenzen-GVO	Verordnung (EWG) Nr. 2349/84 der Kommission vom 23. Juli 1984 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Patentlizenzvereinbarungen (ABl. 1984/L 219/15)
PatG	Bundesgesetz über Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
Protokoll Nr. 27 zum AEUV über den Binnenmarkt und den Wettbewerb	Konsolidierte Fassung des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ABl. 2008/C 115/1)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Rev.	Revision
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rs.	Rechtssache/n
S	Ständerat
Sec.	Section
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
Sherman Act	<i>Sherman Antitrust Act</i> (15 U.S.C. §§ 1-38)
SHK	Stämpfli Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations-, und Wettbewerbsrecht
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJ	<i>Semaine Judicaire</i>
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht

---

Spezialisierungs-GVO	Verordnung (EU) Nr. 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl. 2010/L 335/43)
SR	Systematische Rechtssammlung
SSNIP	<i>small but significant non-transitory increase in price</i>
sui generis	juristische Open-Access-Zeitschrift
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994 (SR 0.632.20)
TT	Technologietransfer
TT-GVO	Verordnung (EU) Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2014/L 93/17)
TT-GVO 04	Verordnung (EG) Nr. 772/2004 der Kommission vom 27. April 2004 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2004/L 123/11)
TT-GVO 96	Verordnung (EG) Nr. 240/96 der Kommission vom 31. Januar 1996 zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 1996/L 31/2)
TT-Leitlinien	Mitteilung der Kommission vom 28. März 2014, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2014/C 89/3)
TT-Leitlinien 04	Bekanntmachung der Kommission vom 27. April 2004, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen (ABl. 2004/C 101/2)
U.S.	<i>United States (of America)</i>
U.S.C.	<i>United States Code</i>

US	<i>United States (of America)</i>
USA	<i>United States of America</i>
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.	<i>versus</i>
verb.	verbunden/e
VertBek	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 (Stand am 22. Mai 2017)
VertBek-Erläuterungen	Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 12. Juni 2017 (Stand am 9. April 2018)
VertBM	Vertikalbekanntmachung
Vertikal-GVO	Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (ABl. 2010/L 102/1)
Vertikal-Leitlinien	Mitteilung der Kommission vom 19. Mai 2010, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. 2010/C 130/1)
Vgl./vgl.	Vergleiche/vergleiche
VO	Verordnung
VO 2020/402	Durchführungsverordnung (EU) Nr. 2020/402 vom 14. März 2020 über die Einführung der Verpflichtung zur Vorlage einer Ausfuhrgenehmigung bei der Ausfuhr bestimmter Produkte (ABl. 2020/LI 77/1)
Weissbuch Modernisierung Art. 85 und 86 EGV	Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/27 (ABl. 1999/C 132/1)
WEKO	Wettbewerbskommission
World Competition	<i>World Competition, Law and Economics Review</i>
wrp	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
XX	

z.B.	zum Beispiel
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer/n
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

# Literaturverzeichnis

- ACKERMANN THOMAS, Art. 85 Abs. 1 EGV und die rule of reason, Zur Konzeption der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, Diss., Köln 1997.
- ALBERINI ADRIEN, Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence, Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution, Diss., Zürich 2010.
- ALBERTSKIRCHINGER GEORG, Die Gruppenfreistellung Patentlizenzverträge, GRUR Int. 1984, 565 ff.
- ALTENPOHL MARTINA, Zur Zulässigkeit des Parallelimportes von urheberrechtlich geschützten Produkten, sic! 1998, 145 ff.
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel 2010 (zit. BEARBEITER/IN, BSK KG).
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel Walter A. (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 70 ff.
- ANDERMAN STEVEN D./KALLAUGHER JOHN, Technology Transfer and the new EU Competition Rules, Intellectual Property Licensing after Modernisation, Oxford 2006.
- ANDERSON MARK/WARNER VICTOR, Technology Transfer, 4. A., Haywards Heath 2020.
- ARMILLOTTA MONICA, Technology Pooling Licensing Agreements: Promoting Patent Access Through Collaborative IP Mechanisms, Diss., Baden-Baden 2010.
- ARNDT HELMUT, Irrwege der Politischen Ökonomie, Die Notwendigkeit einer wirtschaftstheoretischen Revolution, München 1979.
- AXSTER OLIVER, Die Maissaatgut-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR Int. 1982, 646 ff.
- AXSTER OLIVER/OSTERRIETH CHRISTIAN, Kartellrecht, in: Osterrieth Christian (Hrsg.), Lizenzverträge, Formularkommentar, München 2018, 29 ff.
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz, Bern 2007 (zit. BEARBEITER/IN, SHK KG).
- BAKHOUM MOR/CONDE GALLEGGO BEATRICE, TRIPS and Competition Rules: From Transfer of Technology to Innovation Policy, in: Ullrich Hanns/Hilty Reto M./Lamping Matthias/Drexel Josef (Hrsg.), TRIPS plus 20, From Trade Rules to Market Principles, Berlin/Heidelberg 2015, 529 ff.
- BALDI MARINO, Zur „Grundsätzlichkeit“ der Bundesgerichtsurteile GABA und BMW, Die WEKO im Widerspruch zu „Lausanne“ und informierter Sachlogik, AJP 2018, 68 ff. (zit. BALDI, AJP 2018).

- 
- BALDI MARINO, „Zweimal hü und zweimal hott“ beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, 315 ff. (zit. BALDI, AJP 2016).
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, 20 Jahre – und kein bisschen weiter?, Zum wettbewerbspolitischen Verständnis von Art. 5 Kartellgesetz, AJP 2015, 1529 ff. (zit. BALDI/SCHRANER, AJP 2015, 20 Jahre).
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ – revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, 269 ff. (zit. BALDI/SCHRANER, AJP 2015, Urteile).
- BALDI MARINO/SCHRANER FELIX, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 501 ff. (zit. BALDI/SCHRANER, SJZ 2014).
- BANGERTER SIMON, DCC-Urteil reduced, Wesentliche Fragen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen DCC, Jusletter vom 14. Oktobber 2019.
- BARTENBACH KURT, Patenlizenz- und Know-how-Vertrag, 7. A., Köln 2013.
- BASTIDAS VENEGAS VLADIMIR, Shifting Towards a Dynamic Efficiency Test?: Evaluating Licensing Agreements under Antitrust Law, in: Anderman Steven D./Ezrachi Ariel (Hrsg.), Intellectual Property and Competition Law, New Frontiers, Oxford 2011, 461 ff.
- BAUDENBACHER CARL, Kartellrecht: Mit wievielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter vom 2. Februar 2015 (zit. BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Februar 2015).
- BAUDENBACHER CARL, Immaterialgüterrechte und Vertikalbeschränkungen im revidierten Kartellgesetz, Die Volkswirtschaft 2003, 14 ff. (zit. BAUDENBACHER, Die Volkswirtschaft 2003).
- BECHTOLD RAINER/BOSCH WOLFGANG/BRINKER INGO (Hrsg.), EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. A., München 2014 (zit. BECHTOLD/BOSCH/BRINKER).
- BEHRENS PETER, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, Eine systematische Darstellung der Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der EU, Heidelberg 2017.
- BEIER KARL-FRIEDRICH, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten, GRUR Int. 1989, 603 ff.
- BERG WERNER/MÄSCH GERALD (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, 2. A., Köln 2015 (zit. BEARBEITER/IN, Berg/Mäsch).
- BERNHARD JOCHEN, Nützlichkeit oder Notwendigkeit? – Zum Prüfmassstab für notwendige Nebenabreden, NZKart 2019, 577 ff. (zit. BERNHARD, NZKart 2019).
- BERNHARD RICHARD C., Courts, Cartels and the Rule of Reason, Economic Inquiry 1964, 175 f. (zit. BERNHARD, Economic Inquiry).
- BESEN MARC/SLOBODENJUK DIMITRI, Die neue TT-GVO – Überblick über wesentliche praxisrelevante Änderungen, GRUR 2014, 740 ff.

- BIRKHÄUSER NICOLAS/REINERT MANI, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, zsr 2018, 121 ff.
- BIRKHÄUSER NICOLAS/STANCHIERI ALESSANDRO, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba, Fragwürdige Auslegung von Artikel 5 Kartellgesetz durch das Schweizerische Bundesgericht: Grundsätzliche Erheblichkeit von Preis-, Mengen-, und Gebietsabreden, Jusletter vom 11. September 2017.
- BODEWIG THEO, Neue Guidelines für Lizenzverträge in den USA, GRUR Int. 1997, 958 ff.
- BOHLIG MANFRED, Möglichkeiten und Grenzen der Gruppenfreistellung für Lizenzverträge, GRUR Int. 1986, 97 ff. (zit. BOHLIG, GRUR Int. 1986).
- BOHLIG MANFRED, Verbundene Rechtssachen Grundig/Consten, GRUR Int. 1966, 580 ff. (zit. BOHLIG, GRUR Int. 1966).
- BORER JÜRIG (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Kommentar, 3. A., Zürich 2011 (zit. BORER, OFK Wettbewerbsrecht I).
- BORER JÜRIG, Kooperationen und strategische Allianzen, AJP 1996, 876 ff. (zit. BORER, AJP 1996).
- BORK ROBERT, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York 1978.
- BÖTTGER FABIAN/KRESKEN JAN, Nichtangriffsklauseln, Kündigungsrechte und andere Sanktionsklauseln in Lizenz- und Streitbeilegungsvereinbarungen nach EU- und US-Recht, EuZW 2014, 653 ff.
- BOWMAN WARD, Patent and Antitrust Law: A Legal and Economic Appraisal, Chicago 1973.
- BRANDI-DOHRN MATTHIAS, Die Ausschliesslichkeit von Lizenzen, in: Haesemann Manfred/Gennen Klaus/Bartenbach Britta/Bartenbach Anja (Hrsg.), Festschrift für Kurt Bartenbach zum 65. Geburtstag am 9. Dezember 2004, Köln 2005, 439 ff. (zit. BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach).
- BREDIES LONI, Das Patentlizenzvertragsrecht in Deutschland, in der Schweiz und im Vereinigten Königreich, Rechtsvergleich und EU-Richtlinienvorschlag, Diss., Baden-Baden 2017.
- BRUCH DAVID, Entwicklung der Erheblichkeitsprüfung bei harten Kartellen, sic! 2017, 505 ff.
- BUNTE HERMANN-JOSEF (Hrsg.), Europäisches Kartellrecht, Band 2: Europäisches Wettbewerbsrecht, 13. A., Köln 2018 (zit. BEARBEITER/IN, Langen/Bunte).
- BÜRGI JOHANNES ANDREAS/LANG CHRISTOPH G., Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz?, sic! 1999, 379 ff.
- BURGSTALLER PETER, Patentrecht und Technologietransfer, Wien 2009.
- BURGSTALLER PETER/LETTNER HARALD, EU-Kartellrecht, Wien 2014.



- 
- CARLTON DENNIS W./GERTNER ROBERT H., Intellectual Property, Antitrust, and Strategic Behavior, in: Jaffe Adam B./Lerner Joshua/Stern Scott (Hrsg.), *Innovation Policy and the Economy*, Cambridge, Massachusetts 2003, 29 ff.
- CASPAR UTE, Wettbewerbsliche Gesamtwürdigung von Vereinbarungen im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EGV, Ein Beitrag zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung im europäischen Kartellverbotsrecht, Diss., Köln 2001.
- CHOI YO SOP/HEINEMANN ANDREAS, Restrictions of Competition in Licensing Agreements: The Worldwide Convergence of Competition Laws and Policies in the Field of Intellectual Property, EBOR 2016, 405 ff.
- CHRISTOPH MICHAEL, Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen über gewerbliche Schutzrechte nach deutschem und europäischem Recht, Inhalt des Schutzrechts, spezifischer Gegenstand und Immanenztheorie, Diss., Regensburg 1998.
- CLARK JOHN MAURICE, *Competition as a Dynamic Process*, Washington 1961.
- COHEN WESLEY M./NELSON RICHARD M./WALSH JOHN P., Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (Or Not), NBER Working Paper 7522 2000.
- CONDE GALLEGU BEATRIZ, Handelbezogene Aspekte des Lizenzkartellrechts, Diss., Bern 2003.
- COOTER ROBERT D./ULEN THOMAS, *Law & Economics*, 6. A., Boston 2012.
- DAM KENNETH W., Die ökonomischen Grundlagen des Patentrechts, in: Ott Claus/Schäfer Hans-Bernd (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Tübingen 1994, 283 ff.
- DAUSES MANFRED A./LUDWIGS MARKUS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, München 2015 (zit. BEARBEITER/IN, Dauses/Ludwigs).
- DE WERRA JACQUES, The Need to Harmonize Intellectual Property Licensing Law: A European Perspective, in: De Werra Jacques (Hrsg.), *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Cheltenham 2013, 450 ff.
- DEL TIEMPO MATANZO ALICIA, Kartellrechtliche Beurteilung horizontaler Technologietransfer-Vereinbarungen nach Europäischem Recht, Diss., Bern 2008.
- DIEBOLD NICOLAS F./SCHÄKE CYRILL, De minimis Exceptions for Hard-Core Restrictions in Swiss Competition Law, Latest Developments in Light of the Elmex-Decision, in: Mathis Klaus/Tor Avishalom (Hrsg.), *New Developments in Competition Law and Economics*, Cham 2019, 107 ff. (zit. DIEBOLD/SCHÄKE, in: *New Developments*).
- DIEBOLD NICOLAS F./SCHÄKE CYRILL, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegeordnung, *recht* 2018, 228 ff. (zit. DIEBOLD/SCHÄKE, *recht* 2018).
- DIETRICH MARCEL/SAURER MARKUS, Ist eine Marke ein Markt? Marktangrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, *sic!* 2001, 593 ff.

- DOSS ANDREA, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss., Zürich 2009.
- DREHER MEINRAD, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, Markt-  
begrenzung und Marktbeherrschung in innovationsgeprägten Märkten, ZWeR 2009,  
149 ff.
- DREXL JOSEF, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg  
zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann An-  
dreas (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Bot-  
schaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 11 ff. (zit. DREXL,  
in: Revision Kartellgesetz).
- DREXL JOSEF, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Ver-  
einbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit,  
GRUR Int. 2004, 716 ff. (zit. DREXL, GRUR Int. 2004).
- DUCREY PATRIK, Kartellrecht, in: Marbach Eugen/Ducrey Patrik/Wild Gregor (Hrsg.),  
Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. A., Bern 2017, 293 ff. (zit. DUCREY,  
in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht).
- DUCREY PATRIK, Kartellrecht, in: Kull Michael; Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer  
Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, Zürich 2008, 217 ff. (zit. DUCREY,  
in: Schweizer Vertriebsrecht).
- DUCREY PATRIK, Vertriebsverträge und Kartellrecht, in: Arter Oliver (Hrsg.), Vertriebs-  
verträge, Bern 2007, 267 ff. (zit. DUCREY, in: Vertriebsverträge).
- DUCREY PATRIK, „Kodak“, selektiver Vertrieb und Graumarkt aus Sicht des schweizeri-  
schen Kartellrechts, in: Rauber Georg (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbe-  
reich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, 113 ff.  
(zit. DUCREY, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich).
- EBENROTH CARSTEN THOMAS/HÜBSCHLE WOLFGANG, Gewerbliche Schutzrechte und  
Marktaufteilung im Binnenmarkt der Europäischen Union, Heidelberg 1994.
- ECKARD FABIAN, Anwendung und Durchsetzung des Kartellverbots im dezentralen Leg-  
alausnahmesystem, Eine verfahrens- und materiellrechtliche Betrachtung unter  
Berücksichtigung des more economic approach, Diss., Berlin 2011.
- EICKHOFF JÖRN/WISSEL HOLGER, Die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für  
Technologietransfer-Vereinbarungen, WuW 2004, 1244 ff.
- EILMANSBERGER THOMAS, Verbraucherwohlfahrt, Effizienzen und ökonomische Ana-  
lyse – Neue Paradigmen im europäischen Kartellrecht?, ZWeR 2009, 437 ff.
- EMMERICH VOLKER, Anmerkungen zu der „neuen“ Wettbewerbspolitik der Europäischen  
Kommission, wrp 2000, 858 ff.
- ENCHELMAIER STEFAN, Technologietransfer-Vereinbarungen: neue Verordnung, alte Fra-  
gen. Besprechung von Valentine Korah: Intellectual Property Rights and the EC  
Competition Rules, GRUR Int. 2006, 675 ff. (zit. ENCHELMAIER, GRUR Int. 2006).

- 
- ENCHELMAIER STEFAN, Hardcore Restrictions in Technology Transfer Agreements under Regulation (EC) NO 772/2004, in: Anderman Steven D./Ezrachi Ariel (Hrsg.), Intellectual Property and Competition Law, New Frontiers, Oxford 2011, 411 ff. (zit. ENCHELMAIER, in: Intellectual Property and Competition Law).
- ENGEL CHRISTOPH, Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, in: Eifert Martin/Hoffmann-Riem Wolfgang (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2010, 43 ff.
- ERWING KY P., Durchsetzung der Kartellgesetze und Patentsystem: Ähnlichkeiten im europäischen und amerikanischen Recht, GRUR Int. 1980, 333 ff.
- EVERLING ULRICH, Anmerkungen zur finalité européenne, in: Everling Ulrich (Hrsg.), Unterwegs zur Europäischen Union, Ausgewählte Aufsätze 1985-2000, Baden-Baden 2001, 65 ff. (zit. EVERLING, in: Unterwegs zur Europäischen Union).
- EVERLING ULRICH, Zur neueren EuGH-Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, EuR 1982, 301 ff. (zit. EVERLING, EuR 1982).
- FEIL MARKUS, Lizenzkartellrecht, US-amerikanische und europäische Entwicklungen, Diss., Köln 2009 (zit. FEIL, Lizenzkartellrecht).
- FEIL MARKUS, The New Block Exemption Regulation on Technology Transfer Agreements in the Light of the U.S. Antitrust Regime on the Licensing of Intellectual Property, IIC 2005, 31 ff. (zit. FEIL, IIC 2005).
- FELIX DAGMAR, Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Habil., Tübingen 1998.
- FIALA DONATELLA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Diss., Bern 2006.
- FIKENTSCHER WOLFGANG, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, Habil., München 1958.
- FISCHER FLORIAN, Staatliche Wettbewerbseingriffe zur Förderung von Wettbewerb, Diss., Köln 2006 (zit. FISCHER, Wettbewerbseingriffe).
- FISCHER ROLAND, Lizenzverträge im Konkurs, Diss., Bern 2008 (zit. FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs).
- FISCHER ROLAND/DORIGO LARA, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag, in: Weinmann Conrad/Münch Peter/Herren Jürg (Hrsg.), Schweizer IP-Handbuch, Intellectual Property – Konzepte, Checklisten und Musterdokumente für die Praxis, Basel 2013, 333 ff.
- FORT PAUL, Fusionskontrolle und Innovation aus Unternehmenssicht, in: Körber Torsen/Immenga Ulrich (Hrsg.), Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts, Referate der 2. Kölner Kartellrechtsgespräche vom 26. Juni 2019, Baden-Baden 2020, 9 ff.

- FRANK CHRISTIAN, Die neue Gruppenfreistellung für Technologietransfer-Vereinbarungen und ihre Relevanz für Verträge der Informationstechnologie, CR 349 ff.
- FRENZ WALTER, Die neue Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung, EuZW 2014, 532 ff.
- FREYTAG CHRISTIANE, Parallelimporte nach EG- und WTO-Recht, Patente und Marken versus Handelsfreiheit, Diss., Berlin 2001.
- FRITZSCHE ALEXANDER, Der U.S. Supreme Court zu Minimum Resale Price Maintenance: Ökonomische Märchen und Law as Literature, Zugleich Besprechung des Urteils im Fall Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. vom 28.6.2007, No. 06-480, GRUR Int. 2008, 381 ff. (zit. FRITZSCHE, GRUR Int. 2008).
- FRITZSCHE JÖRG, „Notwendige“ Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 65 EGV, ZHR 1996, 31 ff. (zit. FRITZSCHE, ZHR 1996).
- FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Softwareverträge, 2. A., Bern 2014.
- FRÜH ALFRED, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation, Diss., Köln 2012.
- FUCHS ANDREAS, Die GVO als Instrument der europäischen Wettbewerbspolitik im System der Legalausnahme, ZWer 2005, 1 ff.
- GAL MICHAL, Competition Policy for Small Market Economies, Cambridge, Massachusetts 2003.
- GAYK ANDREAS, Restriktionen des Tatbestands des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag – Anwendungsfälle einer Rule of Reason in der Entscheidungspraxis des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften?, Diss., Tübingen 1991.
- GEHRING STEFAN/FORT PAUL, Die Field of Use-Klausel – Verwendungsbeschränkung im europäischen Kartellrecht, EWS 2007, 160 ff.
- GENONI GAETANO MICHELE WALTER, Ökonomische Modelle, Konzepte und Analysemethoden im Kartellrecht, Eine Darstellung der ökonomischen Grundlagen des Wettbewerbsrechts unter Einbeziehung von Erkenntnissen der ökonomischen Wissenschaft in die rechtliche Beurteilung von horizontalen Unternehmenszusammenschlüssen im Kartellrecht, Diss., Zürich 2018.
- GOTTRET ANNA/EMCH DANIEL, Grundsätzliche Erheblichkeit – Kritische Würdigung und mögliche Korrektive, sui generis 2018, 374 ff.
- GOTZEN MARCEL, Gewerblicher Rechtsschutz und gemeinsamer Markt, GRUR Int. 1958, 224 ff.
- GRABER CARDINAUX ANDREA, Neuste Entwicklungen im Vertriebskartellrecht, Jusletter vom 15. Oktober 2018 (zit. GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 15. Oktober 2018).

- GRABER CARDINAUX ANDREA, Die aktualisierte Vertikalbekanntmachung 2010 und ihre Erläuterungen im Lichte des „Gaba“-Urteil des Bundesgerichts, sic! 2017, 579 ff. (zit. GRABER CARDINAUX, sic! 2017).
- GROSS MICHAEL, Der Lizenzvertrag, 11. A., Frankfurt am Main 2015.
- GRÜNVOGEL THOMAS, Technologietransfer-Verträge und das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Die Verwertung von Immaterialgüterrechten im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Ökonomisierung im Zeitalter des „more economic approach“ im Europäischen Kartellrecht, Diss., Baden-Baden 2013.
- GRZESZICK BERND, Geistiges Eigentum und Wettbewerb aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Lange Knut Werner/Klippel Diethelm/Ohly Ansgar (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Wettbewerb, Tübingen 2009, 3 ff.
- HAGER PATRICIA M./MURER ANGELIKA S., Wie hast du's mit der Erheblichkeit?, Zur kartellrechtlichen Gretchenfrage vor dem Bundesgericht, recht 2015, 197 ff.
- HAMANN JAN-ROBERT, Territoriale Begrenzung und Ausschliesslichkeit von Lizenzen, Eine Analyse am Beispiel des gemeinschaftlichen Sortenschutzes, Diss., Baden-Baden 1999.
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013.
- HANSEN MARC/SHAH OMAR, The New EU Technology Transfer Regime – Out of the Straightjacket into the Safe Harbour?, ECLR 2004, 465 ff.
- HAUCK RONNY, Lizenzverträge und Kartellrecht, in: Obergfell Eva Inés/Hauck Ronny (Hrsg.), Lizenzvertragsrecht, Berlin 2016, 231 ff. (zit. HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht).
- HAUCK RONNY, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen in der EU und den USA, Eine vergleichende Darstellung der Verordnung (EG) Nr. 772/2004 und der Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, Diss., Köln 2008 (zit. HAUCK, Beurteilung).
- HAUCK RONNY/HEIM SEBASTIAN, Besondere Lizenzvertragstypen, in: Obergfell Eva Inés/Hauck, Ronny (Hrsg.), Lizenzvertragsrecht, Berlin 2016, 141 ff.
- HEARN PATRICK, The Business of Industrial Licensing, A Practical Guide to Patents, Know-how, Trade Marks and Industrial Design, 2. A., Aldershot 1986.
- HEERMANN PETER W., Territorial begrenzte Lizenzierung von Fernsehrechten im Lichte der Dienstleistungs- und Wettbewerbsfreiheit, wrp 2012, 371 ff.
- HEIDE NILS, Patentschutz und Patentlizenzen in Forschungsk Kooperationen, InTeR 2013, 2 ff.
- HEINEMANN ANDREAS, Algorithmen als Anlass für einen neuen Absprachebegriff?, SZW 2019, 18 ff. (zit. HEINEMANN, SZW 2019).

- HEINEMANN ANDREAS, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, zsr 2018, 103 ff. (zit. HEINEMANN, ZSR 2018).
- HEINEMANN ANDREAS, Parallelimporte in die Schweiz, in: Büscher Wolfgang/Glückner Jochen/Nordemann Axel/Osterrieth Christian/Rengier Rudolf (Hrsg.), Marktkommunikation zwischen geistigem Eigentum und Verbraucherschutz, Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, 663 ff. (zit. HEINEMANN, in: FS Fezer).
- HEINEMANN ANDREAS, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015 (zit. HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015).
- HEINEMANN ANDREAS, Intellectual Property Rights and Market Integration, in: Anderman, Steven D./Ezrachi Ariel (Hrsg.), Intellectual Property and Competition Law, New Frontiers, Oxford 2011, 303 ff. (zit. HEINEMANN, in: Intellectual Property and Competition Law).
- HEINEMANN ANDREAS, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 43 ff. (zit. HEINEMANN, in: Symposium Zäch).
- HEINEMANN ANDREAS, Die Relevanz des „more economic approach“ für das Recht des geistigen Eigentums, GRUR 2008, 949 ff. (zit. HEINEMANN, GRUR 2008).
- HEINEMANN ANDREAS, Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die Schweizerische Rechtsentwicklung, sic! Sonderheft 2008, 33 ff. (zit. HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008).
- HEINEMANN ANDREAS, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums, Habil., Tübingen 2002 (zit. HEINEMANN, Immaterialgüterschutz).
- HEINEMANN ANDREAS/HAGER PATRICIA M., Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn, in: Portmann Wolfgang/Heiss Helmut/Isler Peter R./Thouvenin Florent (Hrsg.), Gedenkschrift für Claire Huguenin, Zürich/St. Gallen 2020, 157 ff. (zit. HEINEMANN/HAGER, in: GS Huguenin).
- HERFORTH LUKAS, Marktabgrenzung und Off-Label-Anwendung von Arzneimitteln, Zum Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 23. Januar 2018 in Sachen Roche & Novartis (C-179/16), sic! 2019, 45 ff.
- HERR JOCHEN, Neue EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Vereinbarungen, Diss., Frankfurt am Main 2005.
- HERRMANN HEINO, Die Beurteilung exklusiver Know-how-Lizenzen nach dem EWG-Kartellverbot, Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Erschliessung von Artikel 85 Absatz 1 EWGV, Diss., Berlin 1994.

- 
- HILKEN ARNOLD, Innovation und Patentschutz auf dem EG-Arzneimittelmarkt, Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Wettbewerbsrechts, Diss., Baden-Baden 1989.
- HILTY RETO M., Lizenzverträge und Art. 5 KG, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 27 ff. (zit. HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis).
- HILTY RETO M., Lizenzvertragsrecht, Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Habil., Bern 2001 (zit. HILTY, Lizenzvertragsrecht).
- HILTY RETO M., Verbot von Parallelimporten – Heimatschutz oder Schildbürgerstreich? Eine rechtliche Kritik, eine ökonomische Analyse – und ein Regelungsvorschlag zwischen Schwarz und Weiss, sic! 2000, 231 ff. (zit. HILTY, sic! 2000).
- HILTY RETO M., Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts, Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Forstmoser Peter/von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 325 ff. (zit. HILTY, in: FS Zäch).
- HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Lizenzkartellrecht, Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht, Bern 2017 (zit. HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht).
- HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Potenzial und Grenzen von Art. 5 KG, in: Zäch Roger/Weber Rolf H./Heinemann Andreas (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 81 ff. (zit. HILTY/FRÜH, in: Revision Kartellgesetz).
- HILTY RETO M./FRÜH ALFRED, Vertikalvereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht – übersehene Probleme einer volkswirtschaftlichen Insel, sic! 2010, 877 ff. (zit. HILTY/FRÜH, sic! 2010).
- HIRSBRUNNER SIMON, Rechteinhaber in der Defensive, sic! 2015, 188 ff.
- HOCH CLASSEN MARIEL, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Diss., Zürich 2003.
- HOFFMANN DIETER, Die offene ausschliessliche Lizenz, RIW 1984, 93 ff.
- HOPPMANN ERICH, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 1988.
- HUGENHOLTZ BERNT P./POORT JOOST, Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality, IIC 2020, 167 ff.
- IMMENGA ULRICH, Die Marke im Wettbewerb – Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, 374 ff. (zit. IMMENGA, sic! 2002).
- IMMENGA ULRICH, Eine Wende in der gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechtspolitik?, EuZW 1999, 609 (zit. IMMENGA, EuZW 1999).

- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU, 6. A., München 2019 (zit. BEARBEITER/IN, Immenga/Mestmäcker).
- IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU, 5. A., München 2012 (zit. BEARBEITER/IN, Immenga/Mestmäcker, 5. A.).
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2012, 215 ff.
- JAEGER WOLFGANG/KOKOTT, JULIANE/POHLMANN PETRA/SCHROEDER DIRK (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band II: Allgemeiner Teil, Art. 101 AEUV, Fallgruppen, Ergänzungslieferung 96, Köln/Saarbrücken 2020 (zit. BEARBEITER/IN, FK Kartellrecht).
- JÄGER FRANZ, Sollen Patente vor Preiswettbewerb schützen? – Umstrittenes Verbot von Parallelimporten, NZZ vom 4. März 2000, 29.
- JEANRENAUD YVES, Exclusive Licenses of Patent Rights and Territorial Restraints in the EEC: Certainty vs Flexibility, World Competition 1986, 21 ff.
- JOLIET RENÉ, The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective, Diss., Lüttich 1967.
- JÖRIN ALLA, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag im Konzern, Diss., Hamburg 2019.
- JOVANOVIC MILAN, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Immaterialgüter als Essential-Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen, Diss., Zürich 2007.
- JUNG PETER, Die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nach Gaba, in: Hochreutener Inge/Stoffel Walter A./Amstutz Marc (Hrsg.), Grundlegende Fragen, 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht, Bern 2018, 21 ff.
- JUNOD VALÉRIE/CANAPA DAMIANO, The Impact of Misleading Information on Competition Law, CJEU C-179/16 of January 23, 2018, LSR 2018, 248 ff.
- KAPLOW LOUIS, The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal, Harv. L. Rev. 1984, 1813 ff.
- KATZ MICHAEL L., Intellectual Property Rights and Antitrust Politics; Four Principles for a Complex World, JTHTL 2002, 325 ff.
- KELLER BERNHARD RAFAEL, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, Eine Untersuchung nach schweizerischem und europäischem Kartellrecht, Diss., Bern 2004.
- KËLLEZI PRANVERA, Marchés pertinents et nature des relations concurrentielles dans le cadre de l'appréciation des accords de transfert de technologie, sic! 2005, 552 ff.
- KIRCHNER CHRISTIAN, Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ott Claus/Schäfer Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Tübingen 1994, 157 ff.



- KLAWITTER CHRISTIAN, EU- und Deutsches Kartellrecht, in: Wiedemann Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, München 2020, 653 ff. (zit. KLAUITTER, in: Handbuch des Kartellrechts).
- KLAWITTER CHRISTIAN, Lizenzverträge und Kartellrecht, Kommentierte Darstellung der Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer, 2. A., Baden-Baden 2015 (zit. KLAUITTER, Lizenzverträge).
- KLEISSL KATHARINA, Lizenzkartellrecht in der amerikanischen und europäischen Rechtsordnung, Rechtsvergleichende Analyse des Spannungsverhältnisses zwischen geistigem Eigentum und Kartellrecht mit Schwerpunkt auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Diss., Berlin 2008.
- KLIPPEL DIETHELM, Geistiges Eigentum, Privileg und Naturrecht in rechtshistorischer Perspektive, ZGE 2015, 49 ff.
- KOBEL PIERRE, Un arrêt très attendu en droit des cartels: la décision du Tribunal fédéral dans l'affaire GABA, Jusletter vom 19. Juni 2017.
- KORAH VALENTINE, Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, Oxford 2006 (zit. KORAH, Intellectual Property Rights).
- KORAH VALENTINE, The Rise and Fall of Provisional Validity – The Need for a Rule of Reason in EEC Antitrust, N.W.J. Int. L. & Bus. 1981, 320 ff. (zit. KORAH, N.W.J. Int. L. & Bus. 1981).
- KORAH VALENTINE, Dividing the Common Market Through National Industrial Property Rights, MLR 1972, 634 ff. (zit. KORAH, MLR 1972).
- KOSTKA JUHANI, Harte Kartelle, Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht, Diss., Zürich 2010.
- KOVACIC WILLIAM E./SHAPIRO CARL, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, JEP 1999, 43 ff.
- KOZIOL HELMUT, Das bewegliche System, Die goldene Mitte für Gesetzgebung und Dogmatik, ALJ 2017, 160 ff.
- KRAUSKOPF PATRIK L., Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss., Freiburg 2000.
- KRAUSKOPF PATRIK L./RIESEN OLIVER, Selektive Vertriebsverträge, in: Zäch Roger (Hrsg.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 83 ff.
- KRAUSKOPF PATRIK L./RUSS SEBASTIAN D., Lizenzverträge und Wettbewerbsrecht, sic! 2014, 753 ff.
- KRETSCHMER FRIEDRICH, Europäischer Gerichtshof: Entscheidung „Maissaatgut“, GRUR 1982, 589 ff.
- KUBLI LINDA, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht – eine rechtsvergleichende Auslegung?, AJP 2018, 199 ff.
- KÜNZLER ADRIAN, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Tübingen 2008.

- KÜNZLER ADRIAN/HEIZMANN RETO A., Art. 5 Abs. 4 des schweizerischen Kartellgesetzes im Lichte der Leegin-Entscheidung des U.S. Supreme Court, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext*, Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 133 ff. (zit. KÜNZLER/HEIZMANN, in: *Symposium Zäch*).
- KUR ANNETTE/SCHOVSBO JENS, Expropriation or Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm, in: Kur Annette/Levin Marianne, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System, Proposal for Reform of TRIPS*, Cheltenham 2011, 408 ff.
- LAMPING MATTHIAS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen, in: Henn Günther/Pahlow Louis (Hrsg.), *Patentvertragsrecht, Grundprinzipien – Vertragsformen – Rechtsgestaltung*, Heidelberg 2017, 29 ff. (zit. LAMPING, in: *Patentvertragsrecht*).
- LAMPING MATTHIAS, *Patentschutz und Marktmacht*, Diss., Köln 2010 (zit. LAMPING, *Patentschutz*).
- LANG THOMAS, *Immaterialgüterrechtliche Lizenzierung und kartellrechtliche Verhaltenskontrolle*, Diss., Frankfurt am Main 2009.
- LANGFINGER KLAUS-DIETER, Die neue EU-Gruppenfreistellungsverordnung Technologietransfer (VO 772/04), in: Haesemann Manfred/Gennen Klaus/Bartenbach Britta/Bartenbach Anja (Hrsg.), *Festschrift für Kurt Bartenbach zum 65. Geburtstag am 9. Dezember 2004*, Köln 2005, 427 ff. (zit. LANGFINGER, in: *FS Bartenbach*).
- LAUTERBURG BERNHARD, *Verband/Kooperation*, in: Tschudin Michael (Hrsg.), *Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariats*, Basel 2018, 79 ff. (zit. LAUTERBURG, in: *Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis*).
- LEISTNER MATTHIAS/KÖNIGS MARTIN, *Der Kommissionsentwurf neuer Regelungen für Technologietransfer-Vereinbarungen – eine kritische Analyse*, wrp 2014, 268 ff.
- LEVINA TATIANA, *Patentlizenzverträge und die Verweigerung der Patentlizenzierung im europäischen und russischen Kartellrecht*, Diss., Bern 2009.
- LIEBSCHER CHRISTOPH/FLOHR ECKHARD/PETSCHÉ ALEXANDER (Hrsg.), *Handbuch der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen*, 2. A., München 2012 (zit. BEARBEITER/IN, *Liebscher/Flohr/Petsche*).
- LIND ROBERT C./MUYSSERT PAUL, *Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millennium*, ECLR 2003, 87 ff.
- LOEWENHEIM ULRICH, *Warenzeichen und Gemeinschaftsrecht*, GRUR 1977, 428 ff.
- LOEWENHEIM ULRICH/MEESSEN KARL MATTHIAS/RIESENKAMPFF ALEXANDER/KERSTING CHRISTIAN/MEYER-LINDEMANN HANS JÜRGEN/ABLASSER-NEUHUBER ASTRID/BARON MICHAEL/ANWEILER JOCHEN (Hrsg.), *Kartellrecht, Kommentar*, 3. A., München 2016 (zit. BEARBEITER/IN, *Loewenheim et al.*).

- LORENZ MORITZ, Die EG-kartellrechtliche Selbsteinschätzung bezüglich Patentlizenzvereinbarungen, Diss., Frankfurt am Main 2005.
- LÜBBIG THOMAS, „...et dona ferentes“: Anmerkungen zur neuen EG-Gruppenfreistellungsverordnung im Bereich des Technologietransfers, GRUR 2004, 483 ff.
- LUBITZ MARKUS, Absprache zu Nebenwirkungen eines Arzneimittels, Anmerkung zum Urteil des EuGH in Sachen Italienischer Arzneimittelmarkt, NZKart 2018, 124 ff. (zit. LUBITZ, NZKart 2018).
- LUBITZ MARKUS, Die neue Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung, EuZW 2004, 652 ff. (zit. LUBITZ, EuZW 2004).
- MAASS TOBIAS P./SCHMIDT FLORIAN, Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit 2012, EuZW 2015, 85 ff.
- MACHLUP FRITZ, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – 3. Teil, GRUR Int. 1961, 524 ff.
- MAMANE DAVID, Das kartellrechtliche Damoklesschwert über dem Immaterialgüterrecht, in: Olano Oscar (Hrsg.), Jurisprudenz und Musik, Liber amicorum für Felix H. Thomann zum 80. Geburtstag, Zürich 2016, 27 ff. (zit. MAMANE, in: FS Thomann).
- MAMANE DAVID, Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?, sic! 2004, 616 ff. (zit. MAMANE, sic! 2004).
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 2. A., Basel 2013 (zit. BEARBEITER/IN, CR Concurrence).
- MASSAGUER FUENTES JOSE, Zur Beurteilung von Patentlizenzverträgen nach EG-Recht, GRUR Int. 1987, 217 ff.
- Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Comments on the Draft Technology Transfer Block Exemption Regulation, IIC 2004, 187 ff.
- MCGUIRE MARY-ROSE, Die Lizenz, Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts, Habil., Tübingen 2012.
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Erschöpfungsgrundsatz im Patentrecht, Parallelimporte privatrechtlich geschützter Produkte, AJP 2000, 742 ff. (zit. MEIER-SCHATZ, AJP 2000).
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996, 811 ff. (zit. MEIER-SCHATZ, AJP 1996).
- MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU, Zum Weissbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a.F. (Art. 81 und 82 EGV n.F.), EuZW 1999, 523 ff.

- MEYER ANDREAS, Die EG-Gruppenfreistellung zum Technologietransfer, GRUR Int. 1997, 498 ff. (zit. MEYER, GRUR Int. 1997).
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Verbotene Vertriebsabsprachen mit Wirkung für die Schweiz, ZVertriebsR 2017, 217 ff. (MEYER, ZVertriebsR 2017).
- MEYER CHRISTIAN ALEXANDER, Grenzziehung zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, sic! 2000, 331 ff. (zit. MEYER, sic! 2000).
- MÜLLER STEFAN, Innovationsrecht – Konturen einer Rechtsmaterie, InTeR 2013, 58 ff.
- NEUMANN CARL WOLFGANG, Lizenzverträge im EWG-Kartellrecht, RIW 1985, 88 ff.
- NORDMEYER ARNE, Kartellrecht der Softwareverträge, Eine Untersuchung der Lizenz- und Kontrahierungsgrenzen anhand des Art. 101 AEUV unter besonderer Berücksichtigung der Gruppenfreistellungsverordnungen, Diss., Tübingen 2018.
- OBERGFELL EVA INÉS/HAUCK RONNY, Einführung in das Lizenzvertragsrecht, in: Obergfell Eva Inés/Hauck Ronny (Hrsg.), Lizenzvertragsrecht, Berlin 2016, 1 ff.
- PAHLOW LOUIS, Patendlizenz und Patendlizenzvertrag, in: Henn Günther/Pahlow Louis (Hrsg.), Patentvertragsrecht, Grundprinzipien – Vertragsformen – Rechtsgestaltung, Heidelberg 2017, 185 ff. (zit. PAHLOW, in: Patentvertragsrecht).
- PAHLOW LOUIS, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, Habil., Tübingen 2006 (zit. PAHLOW, Lizenz).
- PAMPEL GUNNAR, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11 ff.
- PAUTKE STEPHANIE, Kartellrechtliche Grenzen des Arzneimittelvertriebs, in: Fuhrmann Stefan/Klein Bodo/Fleischfresser Andreas (Hrsg.), Arzneimittelrecht, Handbuch für die pharmazeutische Rechtspraxis, Baden-Baden 2014, 1191 ff.
- PEEPKORN LUC, IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance, World Competition 2003, 527 ff.
- PETIT NICOLAS, Innovation Competition, Unilateral Effects, and Merger Policy, Antitrust Law Journal 2019, 873 ff.
- PICHT PETER GEORG, Patente und kartellrechtliche Zugangsgewähr – Motor für die digitale Zukunft?, sic! 2019, 335 ff. (zit. PICHT, sic! 2019).
- PICHT PETER GEORG, Besprechung von Lizenzkartellrecht – Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht, GRUR Int. 2018, 716 ff. (zit. PICHT, GRUR Int. 2018).
- PICHT PETER GEORG, Vom materiellen Wert des Immateriellen, Immaterialgüterrechte als Kreditsicherungsmittel im nationalen und internationalen Rechtsverkehr, Habil., Tübingen 2018 (zit. PICHT, Wert des Immateriellen).
- PIETZKE RUDOLF, Anmerkungen zur Maissaatgut-Entscheidung, GRUR Int. 1982, 537 ff.

- 
- RAUBER GEORG, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel Walter A. (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 186 ff. (zit. RAUBER, in: Kartellgesetzrevision).
- RAUBER GEORG, Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: Rauber Georg (Hrsg.), Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Zürich 2000, 1 ff. (zit. RAUBER, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich).
- REINERT MANI, Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Diss., Zürich 2004.
- REINHARDT PETRA, Paradigmenwechsel im EU-Wettbewerbsrecht?, Dargestellt am Beispiel selektiver Vertriebssysteme, Diss., Berlin 2005.
- REYMANN CHRISTOPH, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, Zur Wiederherstellung der systematischen Grundaussagen des Art. 81 EG, Diss., Baden-Baden 2004.
- RITTER CYRIL, The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law, LIEI 2004, 161 ff.
- RÖHLING ANDREAS, Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung, GRUR 2003, 1019 ff.
- SACK ROLF, Zur Vereinbarkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden in Lizenz- und Know-how-Verträgen mit europäischem und deutschem Kartellrecht, wrp 1999, 592 ff. (zit. SACK, wrp 1999).
- SACK ROLF, Der „spezifische Gegenstand“ von Immaterialgüterrechten als immanente Schranke des Art. 85 Abs. 1 EG-Vertrag bei Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen, RIW 1997, 449 ff. (zit. SACK, RIW 1997).
- SÄCKER FRANZ JÜRGEN/BIEN FLORIAN/MEIER-BECK PETER/MONTAG FRANK (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. A., München 2020 (zit. BEARBEITER/IN, MüKo EuWettbR).
- SANGMEISTER BERND, Die Rule of reason und das per se-Konzept in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA zu § 1 Sherman Act, Diss., Köln 1975.
- SCHECHTER MARK CLIFFORD, The Rule of Reason in European Competition Law, LIEI 1982, 1 ff.
- SCHUEER JOCHEN, Technologietransfer im Kartellrecht, Eine rechtsökonomische und rechtsvergleichende Perspektive, Diss., Wiesbaden 2008.
- SCHLUEP WALTER R., Neues Markengesetz und Kartellgesetz, sic! 1997, 16 ff. (zit. SCHLUEP, sic! 1997).
- SCHLUEP WALTER R., Lauterkeitsrechtliche und immaterialgüterrechtliche Geltungsschranken des Kartellgesetzes (KG), in: Zäch Roger (Hrsg.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Bern 1989, 239 ff. (zit. SCHLUEP, in: Kartellrecht auf neuer Grundlage).

- SCHMID LEO, Gebietsbeschränkungen in Patentlizenz- und Know-How-Verträgen im Wettbewerbsrecht der USA und der EG, Diss., Bern 1987.
- SCHMITZ STEFAN, Doch eine Rule of Reason im deutschen Kartellrecht?, WuW 2002, 6 ff.
- SCHRANER FELIX, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, Ihr Verhältnis und die einseitige Einführung regionaler Erschöpfung im Patentrecht, Diss., Zürich 2010.
- SCHREDELSEKER KLAUS, Kommentar zu Christian Kirchner: Patentrecht und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ott Claus/Schäfer Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, Beiträge zum IV. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (23.-26. März 1994), Tübingen 1994, 188 ff.
- SCHULTHEISS-BÜHLMANN CLAUDIA, Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Kartellrechts, Eine Untersuchung anhand der Beurteilung von Patent- und Know-How-Lizenzverträgen im Wettbewerbsrecht der EG und der Schweiz, Diss., St. Gallen 1993.
- SCHULTZE JÖRG-MARTIN/PAUTKE STEPHANIE/WAGENER DOMINIQUE S., Vertikal-GVO, Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen, 4. A., Frankfurt am Main 2018 (zit. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO).
- SCHULTZE JÖRG-MARTIN/PAUTKE STEPHANIE/WAGENER DOMINIQUE S., Die Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen, Praxiskommentar, Frankfurt am Main 2005 (zit. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO).
- SCHULTZE JÖRG-MARTIN/PAUTKE STEPHANIE/WAGENER DOMINIQUE S., Die neue Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission – Mission Completed, EWS 2004, 437 ff. (zit. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004).
- SCHUMACHER VOLKER/SCHMID CHRISTOPH, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen, GRUR 2006, 1 ff.
- SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE, Wettbewerbsbeschränkende Know-how-Lizenzverträge, Diss., Bern 2008.
- SCHWALBE ULRICH/ZIMMER DANIEL, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 3. A., Frankfurt am Main 2021.
- SCHWEDA MARC, Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission, WuW 2004, 1133 ff.
- SEWING EVA, Die Absatzwegewahl des Herstellers, Analyse vor dem Hintergrund der Principal-Agent-Theorie, Diss., Wiesbaden 1994.
- SINGER STEFAN, Ausschliessliche Patentlizenz- und Know-how-Verträge nach deutschem, amerikanischem und europäischem Kartellrecht, Diss., Frankfurt am Main 1997.

- STIEGER WERNER, „Kodak“ – eine Momentaufnahme des Schnittstellenbereichs von Immaterialgüter- und Kartellrecht aus helvetischer Sicht, *sic!* 2001, 89 ff.
- STIRNIMANN FRANZ XAVER, Urheberkartellrecht, Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Diss., Zürich 2004.
- STIRNIMANN FRANZ XAVER/WEBER ROLF H., IT/Info-Flaschenhalse und Kartellrecht, *sic!* 2007, 85 ff.
- STOFFEL WALTER A., Forschung und Entwicklung im schweizerischen Wettbewerbsrecht, in: Thouvenin Florent/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), *Technologietransfer, Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Gestaltung*, St. Gallen 2012, 54 ff. (zit. STOFFEL, in: *Technologietransfer*).
- STOFFEL WALTER A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2: Kartellrecht*, Basel 2000, 75 ff. (zit. STOFFEL, in: *SIWR V/2*).
- STOFFMEHL THOMAS, *Technologietransfer im europäischen Kartellrecht durch Gruppenfreistellung, Patent- und Know-how-Lizenzverträge*, Diss., Berlin 1997.
- STOTHERS CHRISTOPHER, *Parallel Trade in Europe, Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Oxford 2007.
- STRAUB RALF MICHAEL, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, *AJP* 2016, 559 ff.
- STREINZ RUDOLF (Hrsg.), *EUV/AEUV, Beck'sche Kurz-Kommentare*, 3. A. 2018 (zit. BEARBEITER/IN, Streinz).
- STURNY MONIQUE, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Historische Entwicklung und Analyse*, Diss., Bern 2014.
- THEUNE ULRICH, Die Beurteilung ausschliesslicher Patentlizenzverträge nach Art. 85 EWG-Vertrag – Erster Teil, *GRUR Int.* 1977, 63 ff.
- UBERTAZZI LUIGI CARLO, Die Maissaatgutentscheidung und die Patentlizenzen, *RIW* 1983, 924 ff.
- ULLRICH HANNS, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, *GRUR Int.* 1996, 555 ff. (zit. ULLRICH, *GRUR Int.* 1996).
- ULLRICH HANNS, *Kooperative Forschung und Kartellrecht, Eine Kritik der Wettbewerbsaufsicht über FuE-Gemeinschaften in den USA, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1988 (zit. ULLRICH, *Kooperative Forschung*).
- ULLRICH HANNS, Die wettbewerbspolitische Behandlung gewerblicher Schutzrechte in der EWG, *GRUR Int.* 1984, 89 ff. (zit. ULLRICH, *GRUR Int.* 1984).
- ULMER PETER, Rule of Reason im Rahmen von Art. 85 EWGV, *RIW* 1985, 517 ff.
- UNTERNÄHRER ROLAND, *Kinofilmverwertung in der Schweiz*, Diss., Zürich 2003.

- Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), Stellungnahme zum Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Anwendung vom Art. 81 Abs. 3 EG auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, GRUR 2004, 218 ff.
- VON BÜREN ROLAND, Der Lizenzvertrag, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/1: Grundlagen, 2. A., Basel 2002, 293 ff.
- VON BÜREN ROLAND/LANG CHRISTOPH G., Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, in: Forstmoser Peter/von der Crone Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 241 ff.
- VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Band 2: Art. 67 bis 105 AEUV, 7. A., Baden-Baden 2015 (zit. BEARBEITER/IN, von der Groeben/Schwarze/Hatje).
- VULLIÉTY JEAN-PAUL, Faut-il redouter l'application du droit cartellaire aux contrats de licence ?, SJ 2000, 545 ff.
- WAGNER ACHIM, Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht – Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik, wrp 2003, 1369 ff.
- WALKER ANJA, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter vom 10. Februar 2014.
- WEBER ROLF H., Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren Roland/David Lucas (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2: Kartellrecht, Basel 2000, 1 ff.
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2013.
- WEBER ROLF H./ZEIER PRISKA, Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht, ZWeR 2005, 179 ff.
- WEDEKIND HASSO, Die Anwendung der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages auf Patentlizenzverträge, Eine Untersuchung der Praxis der Organe der Europäischen Gemeinschaften unter Berücksichtigung des amerikanischen Kartellrechts, Diss., Baden-Baden 1989.
- WHISH RICHARD/BAILEY DAVID, Competition Law, 9. A., Oxford 2018.
- WIEDEMANN GERHARD, Erste Erfahrungen mit den EWG-Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere für Patentlizenz- und Know-how-Vereinbarungen, GRUR Int. 1990, 807 ff.
- WILBURG WALTER, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950.



- WILDHABER CHRISTOPH, Formen des Vertriebs und Entscheidungsgrundlagen, in: Kull Michael/Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, Zürich 2008, 10 ff.
- WINKLER ROLF M./JUGEL HANS-PETER, Die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen, EuZW 1996, 364 ff.
- WINZER WOLFGANG, Der Lizenzvertrag, Patentlizenz- und Technologietransferverträge zwischen Unternehmen, München 2014.
- WIRTZ MARKUS/SCHULZ MAX, Innovationswettbewerb in der Fusionskontrolle – Bayer/Monsanto und Dow/DuPont, NZKart 2019, 20 ff.
- WÜNDISCH SEBASTIAN/BAUER STEPHAN, Patent-Cross-Lizenzverträge – Terra incognita?, GRUR Int. 2010, 641 ff.
- XOUDIS JULIA, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Diss., Zürich 2002.
- ZÄCH ROGER, Demontage von Art. 5 Abs. 4 KG?, Die Empfehlungen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, SJZ 2009, 309 ff. (zit. ZÄCH, SJZ 2009).
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005 (zit. ZÄCH, Kartellrecht).
- ZÄCH ROGER, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995, 301 ff. (zit. ZÄCH, SJZ 1995).
- ZÄCH ROGER/ARNET RUTH/BALDI MARINO/KIENER REGINA/SCHALLER OLIVIER/SCHRANER FELIX/SPÜHLER ADRIAN (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, Zürich 2018 (zit. BEARBEITER/IN, Dike KG).
- ZENHÄUSERN URS, Der internationale Lizenzvertrag, Diss., Freiburg 1991.
- ZIMMERLI DANIEL, „Gaba“-Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016, Leitentscheid zur Frage der „Erheblichkeit“ von Wettbewerbsbeeinträchtigungen im Sinne von Art. 5 KG, dRSK vom 31. Mai 2017.
- ZÖTTL JOHANNES, Das neue EG-Kartellrecht für Technologietransferverträge, Erste Erfahrungen aus der Anwendungspraxis, wrp 2005, 33 ff.
- ZSCHOKKE HANS PETER, Der Entwurf der Expertenkommission für ein Kartellgesetz und der gewerbliche Rechtsschutz, SMI 1960, 9 ff.

# Materialienverzeichnis

American Chamber of Commerce to the European Union, AmCham EU's response to DG Competition's draft proposal for a revised block exemption for technology transfer agreements and for revised guidelines vom 17. Mai 2013 (zit. American Chamber of Commerce to the European Union, Response).

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Ständerat) 2003, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 324 ff. (zit. AB 2003 S).

BAUDENBACHER CARL, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, 31. August 2008 <[https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2009/01/c\\_baudenbacher\\_zup9.pdf.download.pdf/c\\_baudenbacher\\_zup9.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2009/01/c_baudenbacher_zup9.pdf.download.pdf/c_baudenbacher_zup9.pdf)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. BAUDENBACHER, Gutachten Kartellgesetz).

Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundeskartellamt, Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamtes zu dem Entwurf der Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen sowie zu dem Entwurf einer Bekanntmachung der Kommission zu Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen vom 17. Mai 2013 (zit. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundeskartellamt, Stellungnahme).

Bundesrat, Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 07. November 2001, BBl 2002 2022 ff. (zit. Bot. Rev. KG 03).

Bundesrat, Parallelimporte und Patentrecht, Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats (WAK) vom 24. Januar 2000 <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2000/2000-05-31.html>> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Bundesrat, Parallelimporte und Patentrecht).

Bundesrat, Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff. (zit. Bot. Rev. KG 95).

Bundesverband der Deutschen Industrie, Stellungnahme, Konsultation der Europäischen Kommission zur Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung und der Leitlinien zu Technologietransfer-Vereinbarungen vom 24. Mai 2013 (zit. Bundesverband der Deutschen Industrie, Stellungnahme).

- 
- BusinessEurope, IPR-related Comments on the Commission Consultation regarding the Revision of the Rules for the Assessment of Licensing Agreements for the Transfer of Technology under EU competition law vom 24. Mai 2013 (zit. Business-europe, Comments).
- Economiesuisse, Draft Proposal for a Revised Block Exemption Regulation for Technology Transfer Agreements and for Revised Guidelines vom 17. Mai 2013 (zit. Economiesuisse, Comments).
- Europäische Kommission, AT.40023 – Commission Decision relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement vom 7. März 2019 <[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_10624\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_10624_3.pdf)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Europäische Kommission, AT.40023, Press Release).
- Europäische Kommission, Antitrust: Commission accepts commitments by Paramount on cross-border pay-TV services vom 26. Juli 2016 <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_16\\_2645](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_2645)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Europäische Kommission, AT.40023, Commitments).
- Europäische Kommission, Antitrust: Commission investigates restrictions affecting cross border provisions of pay TV services vom 13. Januar 2014 <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_14\\_15](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_15)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Europäische Kommission, AT.40023, Investigation).
- Europäische Kommission, Revision of the Rules for the Assessment of Licensing Agreements for the Transfer of Technology under EU Competition Law (zit. Europäische Kommission, Revision Licensing Agreements).
- Europäische Kommission, Evaluierungsbericht der Kommission über die Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen. KOM (2001) 786 endgültig vom 20. Dezember 2001 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:52001DC0786>> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Europäische Kommission, Evaluierungsbericht TT-GVO 96).
- Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG <[https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/studien\\_art\\_3\\_abs2kggeistigeseigentumundart5abs4kgvertikale-proj.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/studien_art_3_abs2kggeistigeseigentumundart5abs4kgvertikale-proj.pdf.download.pdf/studien_art_3_abs2kggeistigeseigentumundart5abs4kgvertikale-proj.pdf)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2).
- Licensing Executives Society, Public Consultation on the draft proposal for a revised block exemption and guidelines for technology transfer agreements vom 17. Mai 2013 (zit. Licensing Executives Society, Public Consultation).

- MONTI MARIO, The New EU Policy on Technology Transfer Agreements, Vortrag an der Ecole des Mines, Paris 16. Januar 2004 <[https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH\\_04\\_19](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_04_19)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020).
- OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, Background Note by the Secretariat vom 29. April 2019 <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)3/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)3/en/pdf)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law).
- RADAUER ALFRED/DUDENBOSTEL TOBIAS, PATLICE Survey, Survey on patent licensing activities by patenting firms, Luxemburg <<https://ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/patllice-survey.pdf>> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. RADAUER/DUDENBOSTEL, PATLICE-Survey).
- SECO, Exportkontrollen und Sanktionen <[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/exportkontrollen-und-sanktionen.html)> (zuletzt besucht am 21. Oktober 2020) (zit. SECO, Exportkontrollen).

# Entscheidungsverzeichnis

## Europäische Union

### Europäischer Gerichtshof

- EuGH, 23. Januar 2018, Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*,  
ECLI:EU:C:2018:25.
- EuGH, 26. November 2015, Rs. C-345/14 – *Maxima Latvija*, ECLI:EU:C:2015:784.
- EuGH, 11. September 2014, Rs. C-382/12 P – *Cartes Bancaires*, ECLI:EU:C:2014:2201.
- EuGH, 14. März 2013, Rs. C-32/11 – *Allianz Hungaria*, ECLI:EU:C:2013:160.
- EuGH, 13. Dezember 2012, Rs. C-226/11 – *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.
- EuGH, 4. Oktober 2011, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, ECLI:EU:C:2011:631.
- GA Kokott, 3. Februar 2011, Schlussanträge in den verb. Rs. C-403/08 und C-429/0808 – *Premier League und Karen Murphy*, ECLI:EU:C:2011:43.
- EuGH, 6. Oktober 2009, Rs. C-501/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited*,  
ECLI:EU:C:2009:610.
- EuGH, 4. Juni 2009, Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:343.
- EuGH, 23. November 2006, Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, ECLI:EU:C:1966:38.
- EuGH, 16. Juli 1998, Rs. C-355/96 – *Silhouette/Hartlauer*, ECLI:EU:C:1998:374.
- EuGH, 14. Mai 1998, Rs. T-347/94 – *Mayr-Melnhof*, ECLI:EU:T:1998:101.
- GA Guhlmann, 1. Juni 1994, Schlussanträge in den verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – *RTE und ITP*, ECLI:EU:C:1994:210.
- EuGH, 27. September 1988, Rs. C-65/86 – *Bayer/Süßhofer*, ECLI:EU:C:1988:448.
- EuGH, 25. Februar 1986, Rs. C-193/83 – *Windsurfing International*, ECLI:EU:C:1986:75.
- EuGH, 28. Januar 1986, Rs. C-161/84 – *Pronuptia*, ECLI:EU:C:1986:41.
- EuGH, 25. Oktober 1983, Rs. C-107/82 – *Telefunken*, ECLI:EU:C:1983:293.
- EuGH, 6. Oktober 1982, Rs. C-262/82 – *Coditel II*, ECLI:EU:C:1982:334.
- EuGH, 8. Juni 1982, Rs. C-258/78 – *Nungesser*, ECLI:EU:C:1982:211.
- GA Rozès, 3. Februar 1982, Schlussanträge in Rs. C-258/87 – *Nungesser*,  
ECLI:EU:C:1982:32.
- EuGH, 14. Juli 1981, Rs. C-187/80 – *Merck/Stephar*, ECLI:EU:C:1981:180.

- EuGH, 29. Oktober 1980, verb. Rs. C-209-2015 und 2018/78 – FEDETAB, ECLI:EU:C:1980:248.
- EuGH, 18. März 1980, Rs. C-62/79 – *Coditel I*, ECLI:EU:C:1986:461.
- EuGH, 20. Juni 1978, Rs. C-28/77 – *Tepea*, ECLI:EU:C:1978:133.
- EuGH, 23. Mai 1978, Rs. C-102/77 – *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*, ECLI:EU:C:1978:108.
- EuGH, 25. Oktober 1977, Rs. C-26/76 – *Metro/Kommission*, ECLI:EU:C:1977:167.
- EuGH, 16. Dezember 1975, verb. Rs. C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 und 114/73 – *Zucker*, ECLI:EU:C:1975:174.
- EuGH, 31. Oktober 1974, Rs. C-15/74 – *Centrafarm/Sterling Drug*, ECLI:EU:C:1974:114.
- EuGH, 8. Juni 1971, Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*, ECLI:EU:C:1971:59.
- EuGH, 15. Juli 1970, Rs. C-45/96 – *Boehringer*, ECLI:EU:C:1970:73.
- EuGH, 13. Juli 1966, Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, ECLI:EU:C:1966:41.

### Europäisches Gericht

- EuG, 12. Dezember 2018, Rs. T-873/16 – *Canal+*, ECLI:EU:T:2018:904.
- EuG, 18. September 2001, Rs. T-112/99 – *M6*, ECLI:EU:T:2001:215.
- EuG, 27. Oktober 1994, Rs. T-34/92 – *Fiatagri*, ECLI:EU:T:1994:258.
- EuG, 10. Juli 1990, Rs. T-51/89 – *Tetra-Pak II*, ECLI:EU:T:1990:41.

### Europäische Kommission

- Europäische Kommission, 25. März 2019, AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*.
- Europäische Kommission, 21. März 2018, COMP/M.8084 – *Bayer/Monsanto*.
- Europäische Kommission, 27. März 2017, COMP/M.7932 – *Dow/DuPont*.
- Europäische Kommission, 29. April 2014, AT.39985 – *Motorola*.
- Europäische Kommission, 16. Juli 2003, COMP.38.233 – *Wanadoo Interactive*.
- Europäische Kommission, 30. November 1994, IV/33.126 und 33.322 – *Zement*.
- Europäische Kommission, 23. März 1990, IV/32.736 – *Moosehead/Whitbread*.
- Europäische Kommission, 22. Dezember 1987, IV/31.206 – *Rich Products/Jus-rol*.
- Europäische Kommission, 27. November 1981, IV/30.188 – *Moët et Chandon*.

## **Luxemburg**

Conseil de la concurrence, 7. Juni 2018, Décision n°2018-FO-01 – *Webtaxi*.

## **Schweiz**

### Bundesgericht

BGE 144 II 246 – *Altimum*.

BGE 143 II 297 – *Gaba*.

BGE 135 II 60 – *Domestic Interchange Fee*.

BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*.

BGE 126 III 129 – *Kodak*.

BGE 113 II 193 – *Le Corbusier*.

BGE 92 II 279 – *Getreideflocken*.

BGE 86 II 270 – *Philips*.

BGE 79 II 221 – *Scandale/Sandal*.

BGE 72 I 132 – *Peralta und H. Duesberg-Bosson*.

### Bundesverwaltungsgericht

BVGer, 18. Dezember 2018, B-831/2011 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

BVGer, 19. Dezember 2017, B-846/2015 – *Hors Liste*.

BVGer, 24. November 2016, B-3618/2013 – *Hallenstadion*.

BVGer, 16. September 2016, B-581/2012 – *Nikon*.

BVGer, 12. Dezember 2015, B-5685/2012 – *Altimum*.

BVGer, 19. Dezember 2013, B-506/2010 – *Gaba*.

### Wettbewerbskommission

Wettbewerbskommission, RPW 2018/3 – *Carl Zeiss AG/Deutsche Telekom AG*.

Wettbewerbskommission, RPW 2018/2 – *Gym80*.

Wettbewerbskommission, RPW 2016/4 – *Sport im Pay-TV*.

Wettbewerbskommission, RPW 2016/3 – *Flügel und Klaviere*.

Wettbewerbskommission, RPW 2016/2 – *Amcor/SIDEL/JV*.

Wettbewerbskommission, RPW 2012/4 – *Vertrieb von Musik (IFPI)*.

Wettbewerbskommission, RPW 2012/3 – *BMW*.

Wettbewerbskommission, RPW 2011/1 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

Wettbewerbskommission, RPW 2010/3 – *Ausländische Biere*.

Wettbewerbskommission, RPW 2010/1 – *Gaba*.

Wettbewerbskommission, RPW 2006/3 – *Medikamentenpreis Thalidomid*.

Wettbewerbskommission, RPW 2000/4 – *Markt für Strassenbeläge*.

## **USA**

U.S. Supreme Court, 28. Juni 2007, 551 U.S. 877 – *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*

U.S. Supreme Court, 23. November 1926, 272 U.S. 476 – *United States v. General Electric Co.*



# Einleitung

## Ausgangslage

Der Lizenzvertrag ist der zentrale Transaktionstypus für die Verwertung von Immaterialgüterrechten. In einer sich transformierenden Wirtschaft, die sich durch den Stellenwert von Innovation und deren Schutz charakterisiert, nimmt die Bedeutung der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten laufend zu.<sup>1</sup> Auch für die Wissensgesellschaft ist die Regelung des Lizenzvertrags bedeutsam: Sie gibt den Rahmen vor, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Privilegien der Transfer technischen Wissens erfolgen kann.

Die in der Praxis wichtigste Grenze für Lizenzverträge bildet das Kartellrecht.<sup>2</sup> Der Bereich, in welchem Immaterialgüter- und Kartellrecht besonders eng zusammenfinden, wird als Lizenzkartellrecht bezeichnet. Die Wettbewerbswirkungen von Lizenzverträgen sind ambivalent. Zum einen kann die Lizenzierung von Immaterialgüterrechten eine grössere Verbreitung von Technologien im Markt ermöglichen, zum anderen kann der Lizenzvertrag ein Instrument wettbewerbsbeschränkender Absprachen sein. Diese beiden Wirkungsweisen finden sich in der Exklusivlizenz noch verstärkt. Sie zeichnet sich durch den Umstand aus, dass der Lizenzgeber keine weiteren Lizenzen für das gleiche Immaterialgüterrecht vergibt und es auch selbst nicht nutzt.

Gerade in forschungs- und kapitalintensiven Branchen kann die Zusicherung der Exklusivität eine unabdingbare Voraussetzung sein, um die Lizenzvergabe zu ermöglichen. Nur wenn sich der Lizenznehmer sicher sein kann, in seinem Exklusivgebiet oder bei seiner Exklusivkundengruppe nicht mit zusätzlicher

---

<sup>1</sup> Nach Einschätzung der OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 22 ff., sind die Hauptgründe dafür die Digitalisierung, die wachsende Bedeutung des Internets und die Globalisierung; ebenso PICHT, GRUR Int. 2018, 716; DE WERRA, in: Research Handbook, 450 f.; ALBERINI, 41 f.; RADAUER/DUDENBOSTEL, PATLICE-Survey, 83.

<sup>2</sup> „Competition law is one of the subjects that a technology transfer lawyer will always have in the back of the mind whenever an agreement is prepared.“, so ANDERSON/WARNER, N 2.04.

---

Konkurrenz rechnen zu müssen, wird er bereit sein, die nötigen Anfangsinvestitionen auf sich zu nehmen. Die Exklusivlizenz kann also die Erschliessung neuer Märkte ermöglichen.<sup>3</sup>

Andererseits akzentuieren sich die allgemeinen kartellrechtlichen Bedenken gegenüber Lizenzverträgen bei der Exklusivlizenz in besonderem Masse. Zum Ersten beschränkt sie die Handlungsfreiheit des Lizenzgebers, weitere Lizenzen zu vergeben, zum Zweiten beschränkt sie den Lizenzgeber in der Nutzung seines Immaterialgüterrechts, und zum Dritten können durch die Vergabe mehrerer Exklusivlizenzen für unterschiedliche Gebiete oder Kundengruppen Märkte voneinander abgeschottet werden. Dies läuft dem Grundgedanken der EU, einen vereinheitlichten Binnenmarkt zu schaffen, diametral zuwider. Auch die Schweiz hat ein Interesse daran, die Errichtung künstlicher Barrieren zwischen dem In- und Ausland durch Wettbewerbsabsprachen zu verhindern.

Die Thematik, wie eine gelungene kartellrechtliche Beurteilung von Immaterialgüterrechten und deren Verwertung durch Lizenzverträge erfolgt, ist besonders wichtig, gilt aber als besonders schwierig.<sup>4</sup> Diese Erkenntnis gilt für jede Lizenz, im Speziellen aber für die Exklusivlizenz. Einerseits sollte sich das Lizenzkartellrecht möglichst kohärent in das allgemeine Kartellrecht einordnen, um Widersprüche zu vermeiden; andererseits ist es gerade die Legitimationsgrundlage dieses Rechtsgebiets, dass der Lizenzvertrag einer besonderen kartellrechtlichen Prüfung bedarf. Die Frage, wie vor diesem Hintergrund ein

---

<sup>3</sup> Beispielhaft ist auf die Pharmabranche zu verwiesen. Bevor ein Arzneimittel hergestellt und vertrieben werden kann, muss es zugelassen werden. Die Zulassung erfolgt in der Regel national, teilweise aber auch für einen ganzen Binnenmarkt wie die EU. Ihr gehen verschiedene klinische Studien voraus. Da die Gesundheitsbehörden teils unterschiedliche Zulassungskriterien anwenden und Testpersonen aufgrund von regionalen Unterschieden in ihrer genetischen Veranlagung, Umwelt- oder Entwicklungsfaktoren verschieden auf die gleichen Wirkstoffe reagieren, braucht es diverse Studien. Diese Kleinteiligkeit führt zu sehr hohen Kosten. Ein potenzieller Lizenznehmer wird meist nur unter Zusicherung der Exklusivität bereit sein, diese auf sich nehmen.

<sup>4</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 2; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 1 f.; KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1888, bezeichnet das Rechtsgebiet als „most difficult area“. „Licensing agreements are intriguing because of their complex economic effects, rendering assessments under antitrust law very difficult.“, so BASTIDAS VENEGAS, in: Intellectual Property and Competition Law, 461; FEIL, Lizenzkartellrecht, 3, qualifiziert die Frage, wie die kartellrechtliche Kontrolle von Lizenzverträgen auszugestalten sei, als „eine der wohl komplexesten Rechtsfragen unserer Zeit“.

---

angemessener Ausgleich zwischen dynamischem und statischem Wettbewerb erreicht werden kann, ist nach wie vor von hoher Aktualität – nicht bloss in der EU und der Schweiz, sondern international.<sup>5</sup>

Die EU hat sich, inspiriert von US-amerikanischen Entwicklungen, bereits früh mit der kartellrechtlichen Bewertung von Lizenzverträgen auseinandergesetzt und spezifische Rechtsgrundlagen dazu erlassen. Die Bewertung des Technologietransfers im Allgemeinen und Exklusivlizenzen im Speziellen unterlag dabei einem nicht unerheblichen Wandel: Herrschte in der Anfangszeit der EU gegenüber Schutzrechten und ihrer Verwertung noch weitestgehend eine Politik des *laissez-faire*, wandelte sich das Verständnis mit der Zeit. Einen Höhepunkt stellt der Entscheid *Maissaatgut* des Gerichtshofs<sup>6</sup> dar, in welchem dieser die Unterscheidung zwischen der kartellrechtlich zulässigen und der unzulässigen Exklusivlizenz zog. Diese Dichotomie beeinflusst die europäische Praxis bis heute.

Unter dem wiederum US-amerikanischen Einfluss der Komplementaritätsthese und des *more economic approach* erliess die Europäische Kommission 2004 neue Regeln zur kartellrechtlichen Klassifizierung von Lizenzverträgen, welche sie 2014 aktualisierte und ergänzte. Die ausdifferenzierten europäischen Regeln erreichen durch die Unterscheidung von konkurrierenden und nicht konkurrierenden Unternehmen, wechselseitigen und nicht wechselseitigen Vereinbarungen, verschiedene Marktanteilsschwellen und mehrere Ausnahmen und Rückausnahmen einen ausgesprochen hohen Detaillierungsgrad. Im System der Legalausnahme obliegt es der Verantwortung der Parteien, zu eruieren, ob ihre Vereinbarung unter das Kartellverbot fällt oder freigestellt ist. Die TT-GVO und die TT-Leitlinien sollen den Vertragsparteien unter anderem die Selbsteinschätzung erleichtern.<sup>7</sup> Daher werden die europäischen Regeln nicht bloss hinsichtlich ihrer Angemessenheit, sondern auch hinsichtlich ihrer Orientierungsfunktion für die Rechtsunterworfenen einer vertieften Analyse zu unterziehen sein.

Die Schweiz kennt bisher keine spezifischen Regeln für die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen. Trotz herausragender Bedeutung forschungsintensiver Branchen und reger Lizenzierungstätigkeit wurde bisher darauf verzichtet, einen speziell auf den Technologietransfer abgestimmten Rahmen zu schaffen. Entsprechend lag es lange Zeit nahe, sich an den eu-

---

<sup>5</sup> Vgl. OECD, *Licensing of IP Rights and Competition Law*, N 3 ff.

<sup>6</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>7</sup> N 2 TT-Leitlinien; ebenso N 3 Vertikal-Leitlinien.

---

ropäischen Vorgaben zu orientieren. Im *Gaba*-Entscheid verneinte das Bundesgericht eine direkte Anwendbarkeit der Regeln der TT-GVO jedoch explizit.<sup>8</sup> Trotz grundsätzlicher Parallelität der beiden Rechtsordnungen in Bezug auf ihre Ergebnisse gebe es Bereiche, in denen die Anforderungen der Schweiz und der EU an ihre Kartellrechtsordnungen voneinander abweichen, was zu unterschiedlichen Regeln führe.<sup>9</sup> Einen solchen Fall sah das Bundesgericht in der Verhinderung absoluten Gebietsschutzes, der im genannten Entscheid zu beurteilen war.

Das Bedürfnis nach vorhersehbaren schweizerischen Vorgaben hat sich mit dem genannten Entscheid noch einmal verschärft. Der *Gaba*-Entscheid hat gezeigt, dass die Einhaltung des einschlägigen EU-Rechts nicht in jedem Fall Garant für die kartellrechtliche Unbedenklichkeit einer Vereinbarung in der Schweiz ist. Es ist daher notwendig, mögliche Auswege aus dieser Situation aufzuzeigen. Der Rechtsvergleich Schweiz-EU bietet sich dabei aus vielerlei Gründen an: Die EU hat dem Lizenzkartellrecht traditionell viel Aufmerksamkeit geschenkt, was sich in detaillierten Regeln zum Technologietransfer ausdrückt. Das schweizerische Kartellrecht soll zum europäischen grundsätzlich parallel sein. Aus ökonomischer Perspektive ist die EU der wichtigste Vergleichsmarkt für die Schweiz. Die wettbewerbspolitischen Leitbilder der beiden Rechtsordnungen gleichen sich. Zudem ist die EU der wichtigste Handelspartner der Schweiz. Die Analyse der europäischen Regeln und der Praxis der Kommission und der Unionsgerichte zur Exklusivlizenz generiert also in jedem Fall einen Mehrwert für die Schweiz – ob als Inspiration oder als Negativbeispiel für Regeln hinsichtlich Exklusivlizenzen, wird sich in den nachstehenden Ausführungen weisen.

## **Aufbau der Arbeit**

Die Arbeit umfasst drei Hauptteile. Anschliessend an diese Einleitung definiert [Teil 1](#) einige Schlüsselbegriffe der vorliegenden Arbeit und enthält Klarstellungen zum besseren Verständnis. Zudem widmet er sich dem Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht, vergleicht die beiden Rechtsgebiete anhand ihrer Regelungsziele und zeichnet die wichtigsten theoretischen Grundlagen des Lizenzkartellrechts nach. [Teil 2](#) würdigt die historische Entwicklung des europäischen Lizenzkartellrechts und untersucht, welche Regeln die EU be-

---

<sup>8</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4.

<sup>9</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

zöglich Exklusivlizenzen kennt und wie die Kommission und die Rechtsmittelinstanzen diese anwenden. Es folgt eine kritische Würdigung. Der Fokus von [Teil 3](#) richtet sich auf die Schweiz. Nach einer Analyse des Status quo und einer Auslegeordnung der bestehenden Rechtsgrundlagen wird das Potenzial der Schweiz für eine Regelung exklusiver Lizenzen untersucht. Ausgehend von den europäischen Erkenntnissen erfolgt ein Vorschlag zur Regelung des kartellrechtlichen Umgangs mit Exklusivlizenzen in der Schweiz. Die [Schlussbetrachtung](#) fasst die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede der EU und der Schweiz hinsichtlich Exklusivlizenzen im Kartellrecht zusammen und gibt einen thesenartigen Überblick über die zentralen Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit.



# **Teil 1:**

# **Grundlagen**





# Kapitel 1: Begriffliches

## Vorbemerkungen

Der folgende Teil erläutert die wichtigsten in dieser Arbeit verwendeten Begriffe. Die TT-GVO enthält in Art. 1 eine Reihe von Legaldefinitionen. Nicht immer vermögen diese zu überzeugen,<sup>10</sup> und teilweise existieren auch unterschiedliche Auffassungen darüber, wie ein Terminus auszulegen ist. Die folgenden Ausführungen stellen klar, wie die verwendeten Begriffe nach der hier vertretenen Auffassung zu verstehen sind und im Rahmen dieser Arbeit verwendet werden. Für Informationen zu weiteren Begriffen wird auf die Definitionen in Art. 1 TT-GVO und die einschlägigen Kommentierungen<sup>11</sup> verwiesen.

## I. Exklusivlizenz

Grundlage jeder Exklusivlizenz bildet die vertragliche Zusicherung des Lizenzgebers, keine weiteren Lizenzen für dasselbe Immaterialgüterrecht oder Know-how zu vergeben und dieses auch selber nicht zu benutzen.<sup>12</sup> Zweck der Exklusivlizenz ist es, dem Lizenznehmer eine möglichst starke wettbewerbliche Stellung einzuräumen.<sup>13</sup>

### 1. Umfassende Rechtseinräumung

Immaterialgüterrechte verleihen ihrem Inhaber ein Bündel an verschiedenen Befugnissen. Ein Patent etwa gibt seinem Inhaber das ausschliessliche Recht, das geschützte Erzeugnis herzustellen, zu gebrauchen und zu vertreiben. Die Lizenz kann für alle oder nur für einzelne geschützte Handlungen vergeben werden.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Beispielsweise aufgrund ihrer Doppeldeutigkeit oder Unklarheit, vgl. die Beispiele in diesem Kapitel.

<sup>11</sup> GROSS, N 592 ff.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 54 ff.; NAGEL, MüKo Eu-WettBR, Technologie-GVO, Art. 1 N 1 ff.; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, 1285 ff., 1300 ff.; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 1 N 1 ff.

<sup>12</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 238; MCGUIRE, 92; 100 f., 124 f.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 256; PAHLOW, Lizenz, 338 f.; BARTENBACH, N 79; JÖRIN, 125; ALBERINI, 161; RADAUER/DUDENBOSTEL, PATLICE-Survey, 99 Fn 3.

<sup>13</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 238.

<sup>14</sup> WINZER, Teil 2 N 211.

Seit 2014 enthält die TT-GVO in Art. 1 Abs. 1 lit. p eine Legaldefinition der Exklusivlizenz. Als Exklusivlizenz gilt „eine Lizenz, bei der der Lizenzgeber selber mit den lizenzierten Technologierechten weder im Allgemeinen noch im Hinblick auf eine bestimmte Nutzung oder in einem bestimmten Gebiet produzieren darf und diese Technologierechte auch nicht an Dritte vergeben darf“.

In der Literatur herrscht die Ansicht vor, dass es sich bei einer Exklusivlizenz i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO um eine exklusive Produktions-, nicht aber Vertriebslizenz handelt.<sup>15</sup> Der Wortlaut der genannten Vorschrift, wird argumentiert, stelle auf die Produktion ab. Daraus folge im Umkehrschluss, dass der Lizenznehmer der Einzige sei, der auf Grundlage der lizenzierten Technologierechte im Allgemeinen oder im Hinblick auf die jeweilige Nutzung oder das jeweilige Gebiet produzieren dürfe. Exklusivlizenzen im Sinne dieser Vorschrift seien folglich exklusive Produktionslizenzen, der Vertrieb sei nicht umfasst. Die Wertschöpfung aus den lizenzierten Technologierechten erfolge gerade in der Produktion.<sup>16</sup>

Überzeugender wäre es, die Exklusivlizenz umfassender zu verstehen. Drei Erwägungen führen zu diesem Schluss: Erstens ergibt sich die enge Sichtweise nicht zwingend aus der TT-GVO. Bei genauerer Betrachtung des Wortlauts des Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO zeigt sich, dass die genannte Vorschrift eine Lizenz beschreibt, bei der der Lizenzgeber nicht mehr produzieren darf. Diese negative Umschreibung, was der Lizenzgeber nicht darf, sagt allerdings nichts über die Befugnisse des Lizenznehmers aus. Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO impliziert nicht, dass der Lizenznehmer lediglich ein Herstellungs-, nicht aber ein Gebrauchs- und Vertriebsrecht erhält.

Zweitens zeigt die Europäische Kommission ein umfassendes Verständnis der Exklusivlizenz. N 105 der TT-Leitlinien bezieht sich auf den Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO, nach welchem die Verpflichtung der Vertragsparteien, nicht in bestimmten Gebieten zu produzieren oder nicht in gewissen Gebieten oder an gewisse Kundengruppen zu verkaufen, eine Kernbeschränkung darstellt. Als Beispiel wird die exklusive Lizenz unter Wettbewerbern angeführt. Die dazugehörige Ausnahmebestimmung, welche sowohl die Pro-

---

<sup>15</sup> AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 190 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 133; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 103; WINZER, Teil 6 N 157; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 579; ALBERINI, 161.

<sup>16</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 133.

duktion als auch den Verkauf erwähnt, wird ebenfalls als Bestimmung für eine Exklusivlizenz bezeichnet.<sup>17</sup> Auch die Literatur bezeichnet Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO als Ausnahme für Exklusivlizenzen.<sup>18</sup>

Drittens würde ein solch enges Verständnis den Interessen der Vertragsparteien, aber auch der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Der Lizenznehmer einer Exklusivlizenz im Sinne der eingangs zitierten Ansicht hätte nur das Recht zur Herstellung von Vertragsprodukten. Er dürfte fortan zwar als einziger die auf der lizenzierten Technologie basierenden Produkte herstellen, hätte aber nicht das Recht, diese auch zu verkaufen. Der Anreiz des Lizenzgebers wird so massiv geschwächt, weil er stets auf einen Abnehmer seiner Produkte angewiesen ist. Auch vom Ergebnis her wäre es nicht überzeugend, wenn der Exklusivlizenznehmer zwar produzieren, die mit der lizenzierten Technologie hergestellten Vertragsprodukte aber nicht verkaufen darf. Eine solche Situation entspräche eher dem klassischen Outsourcing als einer Lizenzvergabe. In einer im Auftrag der Europäischen Kommission erstellten Umfrage gaben Unternehmen an, ein Faktor, der den Abschluss exklusiver Lizenzen fördere, sei neben den höheren Erträgen die Möglichkeit, mit Geschäftspartnern eine exklusive Handelsbeziehung aufzubauen.<sup>19</sup> Weitere Motive für den Abschluss eines exklusiven Lizenzvertrags sind das zu hohe Risiko eigenen Kapitaleinsatzes in Drittländern, die ungenügende Kenntnis örtlicher Marktverhältnisse, das fehlende lokale Netzwerk und Exporthindernisse.<sup>20</sup> Soll der Lizenznehmer aber selbständig mit der Technologie wirtschaften können, braucht es ein Verständnis der Exklusivlizenz, das sowohl die Herstellung als auch den Vertrieb umfasst. Dass das Gebrauchsrecht ebenso mitumfasst sein

---

<sup>17</sup> N 107 TT-Leitlinien: „Nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c Ziffer i liegt keine Kernbeschränkung vor, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung eine Exklusivlizenz für die Herstellung von Produkten auf der Basis der lizenzierten Technologie in einem bestimmten Gebiet erteilt und damit zusagt, die Vertragsprodukte in diesem Gebiet weder selbst zu produzieren noch aus diesem Gebiet zu liefern. Solche Exklusivlizenzen fallen unabhängig von der Grösse des Gebiets unter die Gruppenfreistellung.“

<sup>18</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1341; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 10 f; BARTENBACH, N 914 zum inhaltlich gleichen Art. 4 Abs. 1 lit. c iv) der TT-GVO 04.

<sup>19</sup> RADAUER/DUDENBOSTEL, PATLICE-Survey, 61 f.

<sup>20</sup> BARTENBACH, N 9; ALBERINI, 49. Daneben können auch die bessere Sprachkenntnis sowie die lokale Verankerung des Lizenznehmers im Zielmarkt für eine Exklusivlizenz sprechen. Zugleich gibt es branchenspezifische Gründe, etwa die verschiedenen Zulassungsverfahren vor meist nationalen Gesundheitsbehörden im Pharmabereich.

sollte, ergibt sich bereits daraus, dass es regelmässig unmöglich sein wird, ein Vertragsprodukt, welches die lizenzierte Technologie enthält, zu produzieren, ohne die Technologie dabei zu gebrauchen.

Aus all diesen Erwägungen ergibt sich die Konsequenz, dass die Exklusivlizenz, zumindest wenn ausdrückliche anderslautende Angaben fehlen, das Herstellungs-, Gebrauchs- und Vertriebsrecht umfasst.<sup>21</sup> Dies bedeutet nicht, dass die Vertragsparteien nichts Abweichendes vereinbaren können; fehlen explizite anderslautende Angaben, ist aus den genannten Gründen jedoch von einem umfassenden Verständnis auszugehen. Im Folgenden wird der Begriff in diesem Sinne verwendet.

## 2. Beschränkungen der Exklusivität

Den Vertragsparteien haben einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der Exklusivlizenz. Die Lizenz kann in sachlicher, räumlicher oder zeitlicher Hinsicht beschränkt werden.<sup>22</sup> Die Stellung des Lizenznehmers kann, muss aber nicht derjenigen des Schutzrechtsinhabers entsprechen. Die Lizenz ist dann im Rahmen der Beschränkung exklusiv.<sup>23</sup>

Obschon die erwähnten Einschränkungen aus einer schuldrechtlichen Sicht möglich sind, können sie aus einer wettbewerblichen Perspektive problematisch sein.<sup>24</sup> Auf diese Thematik wird an einer späteren Stelle zurückzukommen sein.

---

<sup>21</sup> WINZER, Teil 2 N 20; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 318; ebenso PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 9: „Da eine z.B. auf die Herstellung einer Vorrichtung beschränkte Lizenz wirtschaftlich kaum sinnvoll ist, umfasst die Verwendung des Terminus ‚Herstellungslizenz‘ im Zweifel auch das Recht des Lizenznehmers, das Erzeugnis in Verkehr zu bringen und zu vertreiben. Eine Beschränkung der Lizenz auf die Herstellung oder den Vertrieb muss daher ausdrücklich vereinbart werden.“

<sup>22</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 265 ff.; PAHLOW, Lizenz, 409 ff.; DEL TIEMPO MATANZO, 149; MCGUIRE, 126 f.; JÖRIN, 126 ff.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 313.

<sup>23</sup> GROSS, N 374 m.w.H. zu den diversen Kombinationsmöglichkeiten.

<sup>24</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 268; vgl. auch LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 10.

## 2.1 Sachliche Einschränkung

Hat ein Technologierecht mehrere technische Anwendungsbereiche,<sup>25</sup> kann der Lizenzgeber eine auf einen oder mehrere Anwendungsbereiche begrenzte Exklusivlizenz vergeben.<sup>26</sup> Für den Lizenznehmer hat dies den Vorteil, dass er sein Risiko verteilen und insgesamt höhere Lizezeinnahmen erzielen kann. Der Lizenznehmer hat trotz der sachlichen Einschränkung noch immer eine exklusive Marktposition.<sup>27</sup> Die Aufteilung der Technologie in bestimmte sachliche Anwendungsbereiche ermöglicht einen besseren Zugang zur Technologie. Der Lizenzgeber kann die Technologie für Anwendungsbereiche, die ausserhalb seines Kerngeschäfts liegen, exklusiv lizenzieren, ohne sich damit in seinem Anwendungsbereich neue Konkurrenz zu schaffen.<sup>28</sup>

## 2.2 Räumliche Einschränkung

Die exklusive Lizenz kann weltweit oder für ein bestimmtes Gebiet vergeben werden. Dies können Kontinente, Länder oder Regionen sein. Das Lizenzgebiet kann von den Vertragsparteien frei bestimmt werden, muss aber eindeutig räumlich abgrenzbar sein.<sup>29</sup> Dies führt dazu, dass es mehrere Lizenznehmer in Bezug auf das gleiche Technologierecht gibt. Innerhalb des Vertragsgebiets ist die Stellung des jeweiligen Lizenznehmers aber exklusiv.<sup>30</sup>

## 2.3 Zeitliche Einschränkung

Immaterialgüterrechte sind zeitlich befristet. Es besteht die Möglichkeit, das Nutzungsrecht auf einen bestimmten Abschnitt der Laufzeit zu beschränken, das heisst, für die Laufzeit eines Immaterialgüterrechts mehrere verschiedene

---

<sup>25</sup> Zu denken ist etwa an eine Technologie, die sowohl in der Veterinär- als auch in der Humanmedizin eingesetzt werden kann oder eine Technik zur Oberflächenbehandlung, die sich für Motorfahrzeuge und Schiffe eignet, vgl. auch die Beispiele in N 208 TT-Leitlinien; grundsätzlich zum technischen Anwendungsbereich EuGH Rs. C-193/83 – *Windsurfing International*.

<sup>26</sup> Solche Beschränkungen werden als *field of use*-Klauseln bezeichnet, DEL TIEMPO MATANZO, 149; GEHRING/FORT, EWS 2007, 160; GROSS, N 725 ff.

<sup>27</sup> GROSS, N 374.

<sup>28</sup> N 212 TT-Leitlinien.

<sup>29</sup> PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 25; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 266 f.

<sup>30</sup> OBERGFELL/HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 11; NORDEMANN, Loewenheim et al., GRUR, N 25.

Lizenznehmer einzusetzen.<sup>31</sup> Da ein Exklusivlizenznehmer häufig grosse Investitionen in Produktionsanlagen, die Markterschliessung und je nach Branche in die Anmeldung und Zulassung tätigen muss, bleibt die Vergabe einer exklusiven Zeitlizenz in vielen Fällen wohl eher eine theoretische Möglichkeit. Dessen ungeachtet besteht nach dem Ablauf des Schutzrechts die Möglichkeit, eine nichtexklusive Lizenz zu vereinbaren.<sup>32</sup>

### 3. Vor- und Nachteile der Exklusivlizenz

Für den Lizenzgeber hat die Exklusivlizenz den Vorteil, dass ihm ein Lizenznehmer die gesamte Arbeit bezüglich Herstellung, Markterschliessung, Vertrieb und Marketing abnimmt und sich, wo nötig, um die Anmeldung und Zulassung im Lizenzgebiet kümmert. Zudem sind mit einer Exklusivlizenz höhere Einnahmen möglich als bei einer einfachen Lizenzierung.<sup>33</sup> Für den Lizenznehmer hat die Exklusivlizenz den Vorteil, dass er der Einzige ist, der von den lizenzierten Technologierechten Gebrauch machen kann. Oftmals wird sich nur ein Lizenznehmer finden lassen, wenn dieser seine Investitionen durch die mit der Exklusivität verbundenen Marktstellung absichern kann.<sup>34</sup>

Ein Nachteil der exklusiven Lizenz ist die hohe gegenseitige Abhängigkeit der Vertragsparteien voneinander.<sup>35</sup> Für den Lizenzgeber ist die Vergabe einer Exklusivlizenz mit einem Verzicht auf die Verwertung der lizenzierten Technologierechte im Exklusivgebiet bzw. bei der Exklusivkundengruppe des Lizenznehmers verbunden. Dies kann für potenzielle Lizenzgeber abschreckend sein. Es ist jedoch wichtig, zu betonen, dass ein vollständiger Kontrollverlust nur dann eintritt, wenn der Lizenzgeber eine einzige, weltumspannende Lizenz vergibt. Es existieren zahlreiche Möglichkeiten, die Exklusivlizenz sachlich, räumlich oder zeitlich zu beschränken, welche die Vertragsparteien in der Regel auch ausschöpfen. Selbst bei einer weltweiten Exklusivlizenz kann der Lizenzgeber im Lizenzvertrag steuern, wie der Exklusivlizenznehmer die Technologie verwenden darf. Die erwähnten Nachteile sprechen also nicht gegen die Exklusivlizenz als Instrument zur Verwertung von Technologierechten an sich, sondern erhöhen den Stellenwert eines sorgfältig ausgestalteten Lizenz-

---

<sup>31</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 268 f.; PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 20; JÖRIN, 130.

<sup>32</sup> Dies kann sich z.B. im Pharmabereich anbieten, wenn der Lizenznehmer auch nach Ablauf der Exklusivlizenz im Markt verbleiben will.

<sup>33</sup> GROSS, N 374.

<sup>34</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 257; vgl. auch KERBER/SCHWALBE, MüKo EuWettbR, Grundlagen, N 497.

<sup>35</sup> GROSS, N 374.

vertrags. Es ist daher eminent wichtig, dass sich die Vertragsparteien bereits in der Phase der Vertragsgestaltung Gedanken zu potenziell kritischen Punkten machen und sich im Vertrag auf genaue Regeln verständigen.

#### **4. Konzernsachverhalte**

In Konzernsachverhalten ist der Regelung der Exklusivität im Rahmen der Vertragsgestaltung besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Vergibt eine Konzerngesellschaft eine Exklusivlizenz, muss aus dem Lizenzvertrag klar hervorgehen, dass auch andere Konzerngesellschaften nicht zum Exklusivlizenznehmer in Konkurrenz treten. Wird einer Konzerngesellschaft eine Lizenz eingeräumt, ist genau zu definieren, ob sich die Nutzungsberechtigung auf diese beschränkt oder auf alle Konzerngesellschaften erstreckt.<sup>36</sup> Wird Letzteres vereinbart, muss festgestellt werden, ob künftig zum Konzern hinzutretende Unternehmen ebenfalls nutzungsberechtigt sein sollen. Fehlt eine solche Spezifizierung, ist aufgrund der Vorhersehbarkeit nur von der Berechtigung der Unternehmen auszugehen, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Teil des Konzerns waren.<sup>37</sup> Die neuen Konzerngesellschaften können über eine Änderung des Lizenzvertrags nutzungsberechtigt werden.

#### **5. Abgrenzungen**

##### **5.1 Übertragung**

Im Rahmen einer Schutzrechtsübertragung gehen sämtliche formalen Rechtspositionen auf den Erwerber über. Im Unterschied dazu bleibt der Lizenzgeber stets Inhaber der lizenzierten Schutzrechte und des lizenzierten Know-hows.<sup>38</sup>

Funktional gesehen kann eine sachlich, räumlich und zeitlich uneingeschränkte Exklusivlizenz der Übertragung nahe kommen.<sup>39</sup> Es bestehen darum

---

<sup>36</sup> PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 18; BARTENBACH, N 1204 ff.; GROSS, N 42; für die Vermutung, dass alle zum Zeitpunkt der Lizenzvergabe zum Konzern gehörende Gesellschaften nutzungsberechtigt sind, sofern keine Regelung im Lizenzvertrag besteht HILTY, Lizenzvertragsrecht, 81.

<sup>37</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 81; eher dafür, dass neu hinzutretende Konzerngesellschaften nutzungsberechtigt sind JÖRIN, 155.

<sup>38</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 82 ff., FEIL, Lizenzkartellrecht, 256; SINGER, 37; GROSS, N 36, VON BÜREN, in: SIWR I/1, 297.

<sup>39</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 103; MCGUIRE, 126 f.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 313.

unterschiedliche Auffassungen über die Rechtsnatur der exklusiven Lizenz. Der überwiegende Teil der deutschen Lehre vertritt die Ansicht, dass der Exklusivlizenznehmer durch die Lizenz eine absolute Rechtsstellung erlangt.<sup>40</sup> Demgegenüber geht die herrschende Lehre<sup>41</sup> sowie die Rechtsprechung<sup>42</sup> in der Schweiz sowie in den meisten westeuropäischen Ländern, den USA und in Kanada<sup>43</sup> von einer obligatorischen Wirkung der Lizenz aus.<sup>44</sup> Nach dieser Auffassung ist die exklusive Lizenz ein auf eine bestimmte Zeit angelegtes Dauerschuldverhältnis, in welchem sich der Lizenzgeber verpflichtet, keine weiteren Lizenzen für das lizenzierte Immaterialgüterrecht oder Know-how zu erteilen und es auch selbst nicht zu benutzen.

Die überzeugenderen Argumente sprechen für die obligatorische Wirkung der Exklusivlizenz: Aus dogmatischer Sicht ist die Zusicherung der Exklusivität vom ausschliesslichen Benutzungsrecht des Lizenzgebers zu unterscheiden. Während Letztere gegenüber Dritten wirkt, entfaltet die vertragliche Zusicherung des Lizenzgebers, keine weiteren Lizenzen zu vergeben und die lizenzierten Technologierechte auch selbst nicht zu nutzen, nur zwischen den Vertragsparteien Wirkung.<sup>45</sup> Weiter regeln die immaterialgüterrechtlichen Erlasse gerade nicht die vertraglichen Beziehungen der Vertragsparteien, sondern die absolute Stellung des Rechtsinhabers im Verhältnis zu Dritten.<sup>46</sup> Dass einzelne Immaterialgütergesetze dem Exklusivlizenznehmer ein selbständiges Klagerecht<sup>47</sup> bzw. die Registrierung einer Lizenz und damit einen Sukzessionsschutz

---

<sup>40</sup> GROSS, N 361; PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 26; PAHLOW, Lizenz, 338 ff. m.w.H. zur historischen Entwicklung; BARTENBACH, N 93; OBERGFELL/HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 15; für eine Neubestimmung der Lizenz als „verdinglichte Obligation“, deren Besonderheit gegenüber den rein obligatorischen Nutzungsrechten das Bestehen von Sukzessionsschutz ist MCGUIRE, 529 ff.

<sup>41</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 122 ff.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 300 ff., 310 f.; JÖRIN, 107; SCHWAAB, 43 f.; KELLER, 6 ff.; FISCHER/DORIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 0.8; FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, 73.

<sup>42</sup> BGE 72 I 132 – *Peralta und H. Duesberg-Bosson*, E. 2; BGE 79 II 221 – *Scandale/Sandal*, E. 2; BGE 92 II 279 – *Getreideflocken*, 280; BGE 113 II 193 – *Le Corbusier*, 193 ff.

<sup>43</sup> SCHWAAB, 43; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 310 m.w.H.

<sup>44</sup> Der Ansatz des deutschen Rechts zur Rechtsnatur der Lizenz stehe im internationalen Vergleich „weitgehend isoliert“ da, und ein Abweichen davon bedürfe keiner besonderen Rechtfertigung, so HILTY, Lizenzvertragsrecht, 136 f.

<sup>45</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 138 f.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 311.

<sup>46</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 138 f. m.w.H.

<sup>47</sup> Art. 35 Abs. 4 DesG; Art. 75 Abs. 1 PatG.



zusprechen<sup>48</sup> und der Lizenz so gewisse Wirkungen eines absoluten Rechts zuteilwerden lassen, ändert nichts an der obligatorischen Rechtsnatur des Lizenzvertrags.<sup>49</sup>

Die Erkenntnis der obligatorischen Rechtsnatur der Lizenz hat zur Konsequenz, dass sich viele Probleme entweder nicht stellen<sup>50</sup> oder von der schuldrechtlichen Ebene verlagern und durch einen obligatorischen Interessenausgleich gelöst werden können.<sup>51</sup> Folgt man der Auffassung der exklusiven Lizenz als obligatorisches Rechtsgeschäft, entfaltet der Lizenzvertrag inklusive der Exklusivitätsklausel Wirkung *inter partes*, also zwischen den Vertragsparteien.<sup>52</sup> Verstösst der Lizenzgeber gegen dieses Verbot, begeht er eine Vertragsverletzung und ist zu Schadenersatz verpflichtet.<sup>53</sup> Die unrechtmässig erteilte Lizenz ist jedoch rechtsgültig zustande gekommen. Für die kartellrechtliche Beurteilung ist die Diskussion, ob die Exklusivlizenz *erga omnes* oder *inter partes* wirkt, jedoch nicht von allzu viel Belang. Vor diesem Hintergrund wird auf eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Thematik verzichtet.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> Art. 15 Abs. 2 DesG; Art. 34 Abs. 3 PatG.

<sup>49</sup> Die Registrierung ist lediglich als Vormerkung zu begreifen, die zu einem verstärkten obligatorischen Recht führt. Das selbständige Klagerecht ist als spezialgesetzliche gewillkürte Prozessstandschaft zu verstehen. Beides lässt sich mit der obligatorischen Rechtsnatur der Lizenz vereinbaren, so FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, 73; vgl. auch FISCHER/DO-RIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 0.8.

<sup>50</sup> So kommt es im Fall, dass ein Schutzrechtsinhaber entgegen seiner vertraglichen Exklusivitätszusicherung eine zweite Exklusivlizenz vergibt, welche die Exklusivität der ersten zunichte macht, nicht zu einer Kollision der absoluten Rechte der beiden Lizenznehmer, vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 238 f.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 366.

<sup>51</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 148, 239, 620 f.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 366.

<sup>52</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 138; ZENHÄUSERN, 15; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 366.

<sup>53</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 239, 620 f.

<sup>54</sup> Hierzu wird auf die umfassende Behandlung bei HILTY, Lizenzvertragsrecht, 107 ff. verwiesen; vgl. auch FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, 21 ff.

## 5.2 Alleinlizenz

Die Exklusivlizenz ist von der Alleinlizenz abzugrenzen. Die beiden Begriffe ergeben sich aus der im angelsächsischen Raum verwendeten terminologischen Unterscheidung zwischen der *sole licence* und der *exclusive licence*<sup>55, 56</sup>. Die beiden Lizenzarten unterscheiden sich dadurch, dass der Lizenzgeber bei der Alleinlizenz das Recht behält, das betreffende Technologierecht zu benutzen und zu verwerten, wogegen dies bei der Exklusivlizenz nicht der Fall ist.<sup>57</sup> Da die Terminologie nicht immer einheitlich verwendet wird, sollte bereits aus dem Lizenzvertrag klar hervorgehen, ob der Lizenzgeber ein Benutzungsrecht haben soll oder nicht.

## 5.3 Terminologische Klarstellung zur ausschliesslichen Lizenz

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der Exklusivlizenz und der Alleinlizenz ist, wie oben beschrieben, ob der Lizenzgeber weiterhin zur Nutzung der Technologie berechtigt bleibt oder nicht. Die Einteilung in die beiden erwähnten Kategorien erlaubt eine präzise Abgrenzung der verschiedenen Lizenzarten.

Nebst diesen beiden Bezeichnungen wird der Begriff der ausschliessliche Lizenz verwendet. Die Bezeichnung „ausschliessliche Lizenz“ wird sowohl in der

---

<sup>55</sup> Teilweise wird in Verträgen auch die Formulierung „exclusive (even as to the licensor)“ verwendet.

<sup>56</sup> GROSS, N 38; PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 5; FISCHER/DORIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 2.1; MCGUIRE, 105; BARTENBACH, N 79; WINZER, Teil 6 N 213; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 1 N 37; BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 439, vgl. auch die englische Version der N 190 f. TT-Leitlinien.

<sup>57</sup> OBERGFELL/HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 12; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 106; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 308; MCGUIRE, 92 ff., 105 ff.; JÖRIN, 124 f.; PICHT, Wert des Immateriellen, 160.

Literatur<sup>58</sup> als auch in der Judikatur in ständiger Rechtsprechung<sup>59</sup> als Synonym zur Exklusivlizenz verstanden und dementsprechend verwendet. Wie bei der Exklusivlizenz besteht auch bei der ausschliesslichen Lizenz das Kernversprechen gegenüber dem Lizenznehmer darin, dass ausschliesslich dieser und kein anderer mit der Technologie wirtschaften darf. Die grammatikalische Auslegung spricht also für eine synonyme Verwendung der Exklusivlizenz und der ausschliesslichen Lizenz.

Vereinzelt wird vorgeschlagen, die ausschliessliche Lizenz als Alleinlizenz zu verstehen, wenn der Lizenzgeber nicht ausdrücklich auf das eigene Benutzungsrecht verzichtet hat. Ansonsten sei davon auszugehen, dass der Lizenzgeber selbst noch zur Verwertung berechtigt ist, m.a.W. eine Alleinlizenz vorliegen soll, sofern die Vertragsauslegung oder Indizien nicht weiterhelfen.<sup>60</sup> Nach Ansicht von GROSS ist aber gerade die Bezeichnung einer Lizenz als ausschliessliche Lizenz im Vertrag als ausdrückliche Absprache zu werten.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> GROSS, N 36; BARTENBACH, N 78 ff.; PAHLOW, in: Patentvertragsrecht, N 5; HEINEMANN, 308; OBERGFELL/HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 11 f.; BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 439 ff.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 313 f.; PICHT, Wert des Immateriellen, 159 f.; MCGUIRE, 92; 100 f., 124 f.; ALBERINI, 161; vgl. dazu die deutsche und französische Fassung des Art. 6 Abs. 1 lit. d KG, über „Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums“ bzw. „les accords relatifs à la concession de licences exclusives de droits de propriété intellectuelle“, nach REYMOND, CR Concurrence, Art. 6 LCart N 192 und REINERT, SHK KG, Art. 6 KG N 21 bezieht sich die Norm auf die Vergabe einer Exklusivlizenz.

<sup>59</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 48 ff., besonders deutlich in N 53: „Im ersten Fall handelt es sich um eine sogenannte offene ausschliessliche Lizenz oder Konzession, bei der sich die Ausschliesslichkeit der Lizenz nur auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer bezieht, indem sich der Inhaber lediglich verpflichtet, keine weiteren Lizenzen für dasselbe Gebiet zu erteilen und dem Lizenznehmer in diesem Gebiet nicht selbst Konkurrenz zu machen. Im zweiten Fall handelt es sich dagegen um eine ausschliessliche Lizenz oder Konzession mit absolutem Gebietsschutz, bei der die Vertragsparteien die Absicht verfolgen, für die betreffenden Erzeugnisse und das fragliche Gebiet jeden Wettbewerb Dritter, etwa von Parallelimporteuren oder Lizenznehmern für andere Gebiete, auszuschalten.“; EuGH Rs. C 262/82 – *Coditel II*, N 9 ff.; EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 137 ff.; EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 43 ff.; BGE 113 II 190 E. I.1, E. I.1.b); vgl. auch BGE 143 II 297 E. 6.3.4 mit Verweis auf EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>60</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 238, THEUNE, GRUR Int. 1977.

<sup>61</sup> GROSS, N 37.

BARTENBACH zufolge kann der Lizenzgeber einer ausschliesslichen Lizenz zur Benutzung berechtigt sein, jedoch nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde.<sup>62</sup>

Im Folgenden wird der Begriff der ausschliesslichen Lizenz als Synonym zur Exklusivlizenz verstanden. Um Missverständnissen vorzubeugen, wird, wenn möglich, dem Begriff der Exklusivlizenz der Vorrang eingeräumt. Auch für den Abschluss eines Lizenzvertrags ist dies im Dienste der Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit mit Nachdruck zu empfehlen.

## II. Weitere Begriffe

### 1. Technologierechte

Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO definiert Technologierechte als Know-how, Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleiterprodukten, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche Schutzzertifikate vergeben werden können, Sortenschutzrechte und Software-Urheberrechte einschliesslich Anträgen auf Gewährung bzw. Registrierung dieser Rechte sowie Kombinationen daraus. Auf Marken- oder Lizenzverträge über andere Urheberrechte als an Software ist die TT-GVO mangels Vorliegen eines Technologietransfers grundsätzlich nicht anwendbar. Die TT-GVO ist also kein „Auffangbecken“ für jegliche Lizenzverträge.<sup>63</sup> Marken- oder Urheberrechtslizenzen, die sich nicht auf Software beziehen, sind insoweit nach der TT-GVO zu beurteilen, als sie sich unmittelbar auf die Produktion oder den Verkauf von Vertragsprodukten beziehen.<sup>64</sup> Bezüglich Software-Urheberrechtslizenzen ist zu beachten, dass die Lizenzierung für die reine Vervielfältigung oder den reinen Vertrieb eines geschützten Werks nicht unter die TT-GVO fällt.<sup>65</sup>

Technologierechte sind von Immaterialgüterrechten und geistigem Eigentum abzugrenzen. Der Begriff der Technologierechte ist enger als derjenige des

---

<sup>62</sup> BARTENBACH, N 80.

<sup>63</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 69; besonders deutlich, wenn auch nur in Bezug auf Marken, N 50 TT-Leitlinien.

<sup>64</sup> N 47 TT-Leitlinien.

<sup>65</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 59; vgl. NORDMEYER, 259 ff. für einen Überblick über verschiedene Softwareverträge und ihre Erfassung durch die TT-GVO.

Immaterialgüterrechts, da nicht alle Immaterialgüterrechte gleichzeitig auch Technologierechte sind. Andererseits geht der Technologierechtsbegriff insofern über die Immaterialgüterrechte hinaus, als er auch Know-how erfasst.

Der Begriff des geistigen Eigentums wird im Folgenden vermieden, weil er den Eindruck erwecken könnte, Immaterialgüterrechte seien die immaterielle Entsprechung zu Sacheigentum.<sup>66</sup> Das sind sie nicht: Der Inhaber einer Sache kann innerhalb der Rechtsordnung so mit ihr verfahren, wie es ihm beliebt. Dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts hingegen weist das Gesetz enumerativ gewisse Rechte zu.

Die Verwendung des Oberbegriffs der Technologierechte bringt die Gefahr mit sich, dass die spezifischen Unterschiede der einzelnen darin erfassten Schutzrechte verblassen. Aus einer kartellrechtlichen Betrachtungsweise bestehen zwischen den verschiedenen Technologierechten allerdings deutlich mehr Gemeinsamkeiten als Unterschiede. Es rechtfertigt sich darum, die nachstehenden Ausführungen auf Technologierechte *in toto* zu beziehen, wobei weitergehende Ausführungen dort erfolgen, wo schutzrechtsspezifische Besonderheiten vorliegen.

## 2. Technologietransfer-Vereinbarung

Verträge, die Technologierechte zum Gegenstand haben, werden als Technologietransfer-Vereinbarungen bezeichnet. Das Hauptmotiv besteht darin, dem Vertragspartner den Zugang zu gewissen gesetzlich oder faktisch geschützten technischen Kenntnissen zu ermöglichen.<sup>67</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO definiert eine Technologietransfer-Vereinbarung als eine von zwei Unternehmen geschlossene Vereinbarung über die Lizenzierung von Technologierechten mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten<sup>68</sup> durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer.

WINZER kritisiert, indem die Definition bloss die Produktion erwähne, erfasse sie nur einen Teilbestand der Lizenz.<sup>69</sup> Diese Kritik verkennt, dass ein solch enges Verständnis nicht zwingend ist. In der Tat verlangt die Definition, dass die Produktion ein Ziel der Vereinbarung sein muss. Sie gibt jedoch nicht vor,

---

<sup>66</sup> KLIPPEL, ZGE 2015, 62 ff. beleuchtet diese Problematik aus einer rechtshistorische Perspektive.

<sup>67</sup> HAUCK/HEIM, in: Lizenzvertragsrecht, N 2.

<sup>68</sup> Produkte, welche die lizenzierte Technologie enthalten oder mithilfe der lizenzierten Technologierechte produziert werden, N 58 TT-Leitlinien.

<sup>69</sup> WINZER, Teil 6 N 81.

dass dies das einzige Ziel der Vereinbarung sein darf.<sup>70</sup> Es steht der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO nicht entgegen, wenn ein umfassender Lizenzvertrag zur Produktion, zum Gebrauch und zum Vertrieb abgeschlossen wird, im Gegenteil: Wie WINZER an anderer Stelle zu Recht erwähnt, werden Lizenzverträge fast immer mit dem Ziel geschlossen, Produkte zu fertigen und zu verwerfen. Herstellung und Vertrieb stünden gleichwertig nebeneinander: „Niemand nimmt eine Lizenz, um ein Produkt zu fertigen und es dann auf die Halde zu legen; ebenso wenig nimmt jemand eine Technologie-Lizenz, um ein Produkt zu vertreiben.“<sup>71</sup>

Bei einem Lizenzvertrag bleibt der Lizenzgeber Inhaber des Schutzrechts und trägt das wirtschaftliche Risiko regelmässig mit. Übertragungen, bei denen das Verwertungsrisiko teilweise beim Veräusserer bleibt, sind aus wirtschaftlicher Sicht den Lizenzvereinbarungen gleichzustellen, was eine rechtliche Gleichbehandlung rechtfertigt.<sup>72</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO erfasst darum auch die Übertragung von Technologierechten, solange das mit der Verwertung der Technologierechte verbundene Risiko beim Veräusserer verbleibt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Lizenzgebühren vom Umsatz, der produzierten Menge oder der Anzahl Nutzungen der Technologie abhängt.<sup>73</sup> Nicht erfasst sind Vereinbarungen, die eine Einmalzahlung als Gegenleistung vorsehen.<sup>74</sup>

Der in Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO verwendete Begriff des Technologietransfers bedeutet, dass die Technologie eines Unternehmens an ein anderes weitergegeben wird.<sup>75</sup> Der Begriff „Technologietransfer“ wird kritisiert: Zwar finde bei der Know-how-Lizenzierung ein Transfer statt, nicht aber bei der Patentlizenzierung.<sup>76</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass auch bei einer Patentlizenz Wissen des Lizenzgebers zum Lizenznehmer transferiert wird.

---

<sup>70</sup> So auch das Verständnis von SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 64: „Ist die Lizenzierung nicht auf die Produktion, sondern auf den Vertrieb gerichtet, ist die Vertikal-GVO anwendbar“.

<sup>71</sup> WINZER, Teil 6 N 81.

<sup>72</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 73; so bereits EuGH Rs. C-258/78 – Nungesser, N 47, vgl. dazu auch die Ausführungen in [Teil 2 Kapitel 3 I 6.1](#).

<sup>73</sup> N 52 TT-Leitlinien.

<sup>74</sup> GROSS, N 598; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 1 N 50

<sup>75</sup> N 51 TT-Leitlinien.

<sup>76</sup> WINZER, Teil 6 N 82.

### 3. Vertriebsvertrag

Von einer Technologietransfer-Vereinbarung im oben beschriebenen Sinn ist der Vertriebsvertrag abzugrenzen. Der Zweck eines Vertriebsvertrags ist die Distribution von Produkten. Viele Lizenzverträge beinhalten sowohl Elemente einer Technologietransfer-Vereinbarung als auch eines Vertriebsvertrags.

Eine trennscharfe Abgrenzung von Technologietransfer-Vereinbarungen und Vertriebsverträgen ist schwierig.<sup>77</sup> Massgeblich ist der kommerzielle Fokus bzw. das Hauptziel der Vereinbarung.<sup>78</sup> Dazu ist zu untersuchen, ob der Lizenznehmer das Vertragsprodukt nur vertreibt oder ob und in welchem Masse er selbst mit der Technologie arbeitet und, damit einhergehend, ein wirtschaftliches Risiko trägt. Muss der Lizenznehmer eines Arzneimittels in seinem Exklusivgebiet beispielsweise verschiedene klinische Studien durchführen, um die Zulassung der lokalen Gesundheitsbehörden einholen zu können und das Produkt zu vermarkten, liegt in der Regel kein Vertriebsvertrag vor. Sind hingegen keine besonderen Anmelde- oder Zulassungsverfahren vorgesehen, kann eine Partei die fertigen Produkte bei der anderen beziehen und diese ohne weiteres in ihrem Exklusivgebiet oder an ihre Exklusivkundengruppe verkaufen. Ein Technologietransfer findet im zweiten Beispiel jedenfalls nicht statt. Die Vereinbarung bezweckt den Vertrieb im Exklusivgebiet bzw. der Exklusivkundengruppe. Das wirtschaftliche Risiko der erstgenannten Partei beschränkt sich auf das Absatzrisiko. Im zweiten Fall liegt demnach ein Vertriebsvertrag vor.

Die getroffene Unterscheidung hat weitreichende Auswirkungen auf die Freistellungsmöglichkeiten. Auf Vertriebsverträge ist mangels Technologietransfer nicht die TT-GVO, sondern die Vertikal-GVO anwendbar. Die beiden Verordnungen unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Kernbeschränkungen. Die TT-GVO ist deutlich permissiver als die Vertikal-GVO.<sup>79</sup> Es ist daher unabdingbar, sich bereits in den Vertragsverhandlungen darüber Gedanken zu machen, worin das Hauptziel der Vereinbarung liegt, um bestimmen zu können, ob ein Vertriebs- oder ein Lizenzvertrag vorliegt und die Möglichkeiten der jeweiligen Gruppenfreistellungsverordnung optimal ausschöpfen zu können.

---

<sup>77</sup> ALBERINI, 151; vgl. XOUDIS, 51.

<sup>78</sup> PAUTKE, in: Arzneimittelrecht, N 12, vgl. auch die aufschlussreiche Darstellung der verschiedenen Vertriebsstrukturen in N 13.

<sup>79</sup> Vgl. die Ausführungen hinten in [Teil 2 Kapitel 4 III 4](#).

#### 4. Wechselseitige und nicht wechselseitige Lizenzen

Die TT-GVO unterscheidet wechselseitige und nicht wechselseitige Vereinbarungen. Massgebliches Abgrenzungskriterium ist, ob zwei Technologien konkurrierend sind oder die Herstellung konkurrierender Produkte ermöglichen. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. d TT-GVO ist eine Vereinbarung wechselseitig, wenn sich zwei Unternehmen einander in demselben oder getrennten Verträgen eine Technologielizenz erteilen, die konkurrierende Technologien umfassen oder für die Produktion konkurrierender Produkte genutzt werden können. Bei einer nicht wechselseitigen Vereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 lit. e TT-GVO erteilt ein Unternehmen einem anderen eine Technologielizenz oder erteilen sich beide eine solche. Diese Lizenzen haben jedoch keine konkurrierenden Technologien zum Gegenstand und können nicht für die Produktion konkurrierender Produkte genutzt werden. Entgegen dem etwas unklaren Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 lit. d und e TT-GVO sind nicht nur Lizenzierungen, sondern auch Übertragungen erfasst.<sup>80</sup>

Die Unterscheidung ist insbesondere bei der Beurteilung von Kernbeschränkungen relevant.<sup>81</sup> Die Kommission befürchtet bei wechselseitigen Lizenzen eine Beschränkung des Innovationswettbewerbs, da diese beiden Parteien die gleiche technische Basis vermitteln.<sup>82</sup> Dies schwäche den Anreiz der Parteien, sich einen Vorsprung durch Innovation zu verschaffen, möglicherweise ab.<sup>83</sup>

#### 5. Exklusivgebiet und Exklusivkundengruppe

In den Art. 1 Abs. 1 lit. q und r definiert die TT-GVO die Begriffe Exklusivgebiet und Exklusivkundengruppe. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. q TT-GVO ist ein Exklusivgebiet ein bestimmtes Gebiet, in welchem grundsätzlich nur ein Unternehmen Vertragsprodukte produzieren darf. Das Exklusivgebiet im Sinne der erwähnten Definition bezieht sich also auf das exklusive Produktions- nicht aber das Verkaufsrecht. Ein Exklusivgebiet bleibt ein solches, wenn der Lizenzgeber ei-

---

<sup>80</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 75, 80.

<sup>81</sup> Vgl. dazu die Ausführungen hinten in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.2 f.](#)

<sup>82</sup> N 241 TT-Leitlinien.

<sup>83</sup> N 241 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 70, bezeichnen dies als „technologisches Patt“.



---

nem anderen Lizenznehmer erlaubt, in diesem Gebiet Vertragsprodukte für nur einen Kunden zu produzieren, um diesem eine alternative Bezugsquelle zu bieten (*second sourcing*).<sup>84</sup>

Art. 1 Abs. 1 lit. r TT-GVO definiert die Exklusivkundengruppe als eine Gruppe von Kunden, an die nur ein an der Technologietransfer-Vereinbarung beteiligtes Unternehmen Vertragsprodukte aktive Verkäufe<sup>85</sup> tätigen darf. Im Unterschied zur Definition des Exklusivgebiets enthält die Definition der Exklusivkundengruppe keine Möglichkeit zur Schaffung alternativer Bezugsquellen. Verschiedene Kunden bilden eine Gruppe, wenn sie sich durch ein gemeinsames abstraktes oder individuelles Merkmal von anderen Kunden unterscheiden. Dies kann der unterschiedliche Verwendungszweck der Vertragsprodukte, aber auch der Ort des Wohnsitzes oder der Niederlassung sein. Ist das gemeinsame Merkmal der Kundengruppe ein räumliches Gebiet, kann das Exklusivgebiet ein Unterfall der Exklusivkundengruppe sein.<sup>86</sup>

Die beiden Definitionen sind missglückt.<sup>87</sup> Erneut<sup>88</sup> stellt sich das Problem, dass die Kommission Produktion und Vertrieb künstlich aufspaltet. Wenn sich der Lizenzgeber ein Exklusivgebiet vorbehält oder dem Lizenznehmer ein solches zuweist, folgt daraus gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. q TT-GVO keine Kundenaus-schliesslichkeit; die Exklusivität bezieht sich bloss auf den Produktionsvorgang. Diese enge Definition führt letztlich dazu, dass der Lizenzgeber oder ein Lizenznehmer in seinem Exklusivgebiet mit dem Wettbewerb um Kunden durch den Lizenzgeber und alle anderen Lizenznehmer rechnen muss. Das liegt offensichtlich nicht im Interesse der Vertragsparteien: Ein Lizenznehmer, der selbständig mit der Technologie wirtschaften soll, hat ein Interesse daran, sowohl die Produktions- als auch die Verkaufsrechte in seinem Exklusivgebiet oder gegenüber seiner Exklusivkundengruppe exklusiv, also soweit kartellrechtlich möglich, unter Ausschluss von Konkurrenten, ausüben zu können. Alles andere würde den Lizenznehmer zur verlängerten Werkbank machen

---

<sup>84</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 91; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 138; kritisch WINZER, Teil 6 N 161.

<sup>85</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 109, das Merkmal des aktiven Verkaufs entspricht der Definition in N 51 der Vertikal-Leitlinien; vgl. auch N 108 TT-Leitlinien; kritisch WINZER, Teil 6 N 164.

<sup>86</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 111.

<sup>87</sup> So auch SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 222, 229 f.

<sup>88</sup> Vgl. bereits die Kritik zur Definition der Exklusivlizenz vorne in [Teil 1 Kapitel 11](#).

oder als reinen Verkäufer von Vertragsprodukten ansehen. Letzteres hätte gar den Ausschluss der TT-GVO zur Folge, denn auf Vertriebslizenzen ist mangels Technologietransfer nicht die TT-GVO, sondern die Vertikal-GVO anwendbar.

Verwirrend ist dabei, dass die Kommission nach der strengen Aufteilung von Art. 1 Abs. 1 lit. q und r TT-GVO in Produktions- und Verkaufsregelungen in Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO erwägt, dass Vereinbarungen, welche die Zuweisung von Märkten oder Kunden mit Ausnahme der „Beschränkung des aktiven Verkaufs in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe“, nicht freistellungsfähig sind. Ähnliche Formulierungen finden sich auch in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) und Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO. Dies ist insofern inkonsequent, als sich ein Exklusivgebiet gemäss der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. q TT-GVO stets nur auf die Produktion beziehen soll.

Besser wäre es, die Begriffe Exklusivgebiet und Exklusivkundengruppe so zu verwenden, dass sich beide auf die Produktion und den Verkauf beziehen. Die Termini unterscheiden sich dadurch, dass sich die Exklusivlizenz beim Exklusivgebiet auf ein bestimmtes räumliches Gebiet bezieht, bei der Exklusivkundengruppe auf eine bestimmte Person<sup>89</sup> oder Personengruppe, die sich von anderen abgrenzt. Dies bedeutet nicht, dass sich eine Lizenz nicht auch bloss auf die Produktion beziehen kann. Dafür sollte jedoch nicht die Verwendung der Begriffe „Exklusivgebiet“ oder „Exklusivkundengruppe“ ausschlaggebend sein. Die Entscheidung, welche Rechte dem Lizenznehmer vergeben werden, erfolgt ohnehin auf einer vorgelagerten Stufe, nämlich dann, wenn zu entscheiden ist, ob eine exklusive Produktions- oder Vertriebslizenz zu vergeben ist. Die besseren Argumente sprechen also dafür, die Begriffe Exklusivgebiet und Exklusivkundengruppe wie vorher beschrieben zu verwenden.

## **6. Absoluter und relativer Gebietsschutz**

Für die Beurteilung exklusiver Lizenzen ist die Unterscheidung zwischen absolutem und relativem Gebietsschutz von grundlegender Bedeutung. Das Begriffspaar findet sich in der TT-GVO und den TT-Leitlinien nicht. Absoluter Gebietsschutz liegt vor, wenn einem Lizenznehmer ein Gebiet exklusiv zugewiesen wird und gleichzeitig allen anderen Lizenznehmern direkt oder indi-

---

<sup>89</sup> Im Extremfall kann auch bloss eine Person eine Kundengruppe bilden, wenn nur diese das relevante Merkmal erfüllt, so SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 110.

rekt untersagt wird, aktive und passive Verkäufe in dieses Gebiet zu tätigen.<sup>90</sup> Er hat zur Folge, dass das bezeichnete Gebiet vollständig abgeschottet ist. Ist hingegen nur der aktive, nicht aber der passive Verkauf in andere Gebiete ausgeschlossen, liegt relativer Gebietsschutz vor.<sup>91</sup>

Teilweise wird argumentiert, dass ein Exportverbot eines Lizenznehmers in das Gebiet, das einem anderen Lizenznehmer zugewiesen wurde, nicht zum absoluten, sondern zum relativen Gebietsschutz zu zählen ist.<sup>92</sup> Dies ist nicht überzeugend. Passive Verkäufe bezeichnen die Erledigung von Anfragen einzelner Kunden. Wird einem Lizenznehmer ein Exportverbot in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers auferlegt, ist es ihm unmöglich, passive Verkäufe zu tätigen. Absoluter Gebietsschutz definiert sich unter anderem gerade durch den Ausschluss passiver Verkäufe. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern „passive“ Exportverbote nicht zum absolutem Gebietsschutz zu zählen sein sollten.<sup>93</sup>

Sowohl beim absoluten als auch beim relativen Gebietsschutz wird ein Gebiet geschützt. Im zweiten Fall wird der Schutz aber nicht verabsolutiert: Der Lizenznehmer darf auf unaufgeforderte Lieferanfragen von Interessenten aus einem fremden Exklusivgebiet reagieren. Das Verständnis aktiver und passiver Verkäufe ist in der EU und der Schweiz deckungsgleich.<sup>94</sup> Der Begriff des relativen Gebietsschutzes scheint in der schweizerischen Praxis aber geläufiger zu sein<sup>95</sup> als in der europäischen Diskussion<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 267 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 188; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 495; ZÄCH, Kartellrecht, N 468 f.; EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 61.

<sup>91</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 510; KRAUSKOPF/RIESEN, in: Kartellgesetz in der Praxis, 95; ZÄCH, Kartellrecht, N 470 ff.; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.4 f.

<sup>92</sup> PIETZKE, GRUR Int. 1982, 538 f.; eher zustimmend KRETSCHMER, GRUR 1982, 610; AXSTER, GRUR Int. 1982, 649.

<sup>93</sup> Vgl. dazu auch EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 190; VULLIÉTY, SJ 2000, 560 f.

<sup>94</sup> Vgl. N 51 Vertikal-Leitlinien; Ziff. 3 VertBek.

<sup>95</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 470 ff.; REINERT, N 48; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 510; HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 37; VertBek-Erläuterungen, N 9; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.5.

<sup>96</sup> Vgl. aber PIETZKE, GRUR Int. 1982, 538 f.; BEHRENS, N 1034; SEWING, 41; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 120 f.

## 7. Absoluter Kundenschutz

Das Konzept des absoluten Gebietsschutzes kann nach der hier vertretenen Ansicht auf Kundengruppen übertragen werden. Der einzige Unterschied besteht darin, unter welchen Gesichtspunkten der abzuschottende Markt ausgewählt wird: Ist beim absoluten Gebietsschutz ein Territorium massgeblich, sind es beim absoluten Kundenschutz gewisse Eigenschaften, die alle Mitglieder der Kundengruppe teilen. Ist aktuell noch schwergewichtig Gebietsschutz zu beurteilen, dürfte es für Unternehmen in Zukunft, bedingt durch eine laufend wachsende Datenmenge, vermehrt möglich sein, einzelne Kundengruppen zu bilden und diese zu diskriminieren.<sup>97</sup> Die möglichen Gefahren des absoluten Kundenschutzes unterscheiden sich nicht von jenen des absoluten Gebietsschutzes, sodass auf die vorstehenden Ausführungen<sup>98</sup> verwiesen wird.

## 8. Parallelhandel

Werden die vom Hersteller vorgesehenen Vertriebswege umgangen, liegt Parallelhandel vor.<sup>99</sup>

Parallelimporte im engeren Sinn liegen vor, wenn immaterialgüterrechtlich geschützte Produkte, die in einem Drittland vom Schutzrechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung bereits in Verkehr gebracht wurden, ohne die Zustimmung des inländischen Schutzrechtsinhabers eingeführt werden.<sup>100</sup> Zusätzlich wird der Begriff der Parallelimporte im weiteren Sinn für Produkte verwendet, die einem polizeirechtlichen Zulassungsverfahren unterliegen. Diese grundsätzlich bewilligungspflichtigen Produkte können einfacher aus einem Drittland importiert werden, da sie im Zielland entweder kein oder nur ein erleichtertes Zulassungsverfahren durchlaufen müssen.<sup>101</sup> Ob die Produkte immaterialgüterrechtlich geschützt sind, ist unerheblich. Es kann durchaus vorkommen, dass ein immaterialgüterrechtlich geschütztes Produkt importiert wird, das auch einem polizeirechtlichen Zulassungsverfahren unterliegt, etwa bei Arzneimitteln, Chemikalien oder landwirtschaftlichen Hilfsstoffen.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 270.

<sup>98</sup> [Teil 1 Kapitel 1 II 6](#).

<sup>99</sup> ZÄCH, SJZ 1995, 302; FREYTAG, 17; STOTHERS, 2; SCHRANER, N 24; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 56.

<sup>100</sup> Bundesrat, Parallelimporte und Patentrecht, Ziff. 1.2; SCHRANER, N 24; ZÄCH, Kartellrecht, N 296 m.w.H.; WEBER, in: SIWR V/2, 52; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 56.

<sup>101</sup> Bundesrat, Parallelimporte und Patentrecht, Ziff. 1.2; SCHRANER, N 26.

<sup>102</sup> Bundesrat, Parallelimporte und Patentrecht, Ziff. 4.

SCHRANER bezeichnet diesen Fall als „Parallelimporte im engeren und weiteren Sinn“<sup>103</sup>. Insgesamt bringt der Begriff des Parallelimports im weiteren Sinn jedoch nur einen begrenzten Mehrwert. Auch ein Produkt ohne immateriälgüterrechtlichen Schutz, welches keinem polizeirechtlichen Zulassungsverfahren unterliegt, aber ausserhalb des vorgesehenen Vertriebssystems des Herstellers importiert wird, ist ein Parallelimport. Die nachfolgende Untersuchung befasst sich mit der Verwertung von Immaterialgüterrechten und Know-how durch eine Exklusivlizenz. Werden Parallelimporte erwähnt, sind in der Regel solche im engeren Sinn betroffen. Die diesbezüglichen Erkenntnisse haben indes auch Geltung für den Parallelimport weiterer Produkte.

Es ist wichtig zu erwähnen, dass Parallelimporte per definitionem nur legal hergestellte Originalprodukte erfassen und strikt von der Produktpiraterie abzugrenzen sind.<sup>104</sup> Möglicherweise irreführend,<sup>105</sup> in jedem Fall aber unpassend ist daher die Bezeichnung „Graumarktimporte“, welche impliziert, dass die Rechtmässigkeit von Parallelimporten zweifelhaft sei.<sup>106</sup>

Typischerweise kommt es zu Parallelimporten, wenn ein Produkt in mehreren Ländern zu unterschiedlichen Preisen verkauft wird und diese Differenz genügend hoch ausfällt, das der Parallelimporteure trotz anfallender Transport-, Vertriebs- und weiteren Kosten<sup>107</sup> mit einem Gewinn rechnen kann.<sup>108</sup> Zudem darf für das betreffende Produkt kein Exportverbot bestehen.<sup>109</sup> Für gewisse

---

<sup>103</sup> SCHRANER, N 26 m.w.H.

<sup>104</sup> FREYTAG, 17; SCHRANER, N 24 Fn 118.

<sup>105</sup> FREYTAG, 17; SCHRANER, N 24 Fn 118.

<sup>106</sup> STOTHERS, 2.

<sup>107</sup> Solche weiteren Kosten ergeben sich vor allem infolge staatlicher Regulierung in den betroffenen Märkten. Diese kann beispielsweise erfordern, dass die Betriebsanleitung einer Maschine oder der Beipackzettel von Arzneimitteln in die Landessprache des Zielmarktes übersetzt werden. Weiter kann es notwendig sein, das Vertragsprodukt in die länderspezifische Verpackung umzupacken.

<sup>108</sup> ZÄCH, SJZ 1995, 303; HILTY, sic! 2000, 240; FREYTAG, 27; treffend zur Gewinnabsicht STOTHERS, 24: „However, parallel traders are rarely altruistic do-gooders. Except when consumers engage in parallel trade themselves, parallel traders are normally commercial undertakings in search of a profit.“

<sup>109</sup> Staaten erlassen Exportverbote beispielsweise, wenn eine Unterversorgung des heimischen Marktes droht. Mit Exportverboten soll sichergestellt werden, dass die benötigten Güter verfügbar sind. Im Rahmen der Bekämpfung des Coronavirus haben etwa Rumänien und Indien im Frühling 2020 Exporte von medizinischen Geräten, Sanitärartikeln und Medikamenten in Verbindung mit der Behandlung von COVID-19-Patienten verboten.

Güter bedarf es auch einer Exportbewilligung.<sup>110</sup> Nach STOTHERS führt dies gemeinhin dazu, dass statt Produkte aus dem Land mit höherem Preisniveau vermehrt Produkte aus dem Land mit geringerem Preisniveau verkauft werden.<sup>111</sup> ZÄCH und SCHRANER zufolge ist es die disziplinierende Wirkung der Parallelimporte, welche die inländischen Händler zwingt, ihre Preise zu senken. Die Produkte würden noch durch die inländischen Händler verkauft, aber zu tieferen Preisen.<sup>112</sup> Unstreitig ist, dass die Gesamtmenge der verkauften Produkte dabei regelmässig zunimmt, der Hersteller aber weniger Gewinn pro verkauftem Produkt erwirtschaftet und folglich eine Senkung des Preisniveaus zu erwarten ist.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Dies ist vor allem bei Rüstungsgütern oder Dual-Use-Gütern, die sowohl zivil als auch militärisch verwendet werden können, der Fall, vgl. SECO, Exportkontrollen. Im Rahmen der Coronavirus-Pandemie hatte die EU ihre Mitgliedstaaten mit der VO 2020/402 kurzzeitig verpflichtet, für die Ausfuhr bestimmter Produkte eine Ausfuhrgenehmigung vorzusehen. Auch die Schweiz hatte in Art. 4b der COVID-19-Verordnung 2 eine temporäre Ausfuhrbewilligung für Schutzausrüstung und wichtige medizinische Güter vorgeschrieben. Beide Verordnungen wurden mittlerweile wieder aufgehoben.

<sup>111</sup> STOTHERS, 3.

<sup>112</sup> ZÄCH, SJZ 1995, 304; SCHRANER, N 31.

<sup>113</sup> ZÄCH, SJZ 1995; SCHRANER, N 32; STOTHERS, 2; FREYTAG, 28 f.

# Kapitel 2: Lizenzverträge im Kartellrecht

## Vorbemerkungen

Betrachtet man die Schnittstelle des Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechts als Ganzes, bildet das Lizenzkartellrecht bloss ein Teilgebiet. In der Praxis ist dies jedoch der wichtigste Bereich, in welchem die beiden Rechtsgebiete aufeinanderstossen.<sup>114</sup>

Das Kartellrecht bildet für die Parteien eines Lizenzvertrags die bedeutendste inhaltliche Schranke ihrer Vertragsfreiheit. Einerseits erfolgt ein Eingriff in die positive Vertragsfreiheit, wenn der Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung erfüllt ist, andererseits ist ein Eingriff in die negative Vertragsfreiheit möglich, wenn Unternehmen ihre Marktmacht missbrauchen. Da die vorliegende Arbeit Lizenzverträge als mögliche Wettbewerbsabsprachen behandelt, liegt der Fokus auf dem ersten Szenario.

## I. Problemstellung

Das Verhältnis des Immaterialgüter- und Kartellrechts war lange Zeit ein schwieriges und sorgte in Lehre, Praxis und Politik für Kontroversen. Nach GRZESZICK ist dies nicht weiter verwunderlich, denn „[i]n jeder Gesellschaft sind die mit der Ausgestaltung der Eigentums- und Wettbewerbsordnung zentralen Aspekte des sozialen Zusammenlebens verbunden. Der Grund dafür liegt auf der Hand: Eigentum und Wettbewerb sind Modelle zur Verteilung und Koordination der Freiheiten der Bürger in Bezug auf deren materielle Wohlfahrt und soziale Macht.“<sup>115</sup>

An der Schnittstelle des Immaterialgüter- und Kartellrechts stellt sich unweigerlich die Frage nach den Regelungszielen und dem Rangverhältnis der beiden Rechtsgebiete und, daraus folgend, ob ein Rechtsgebiet in ein anderes eingreifen kann oder soll. Die Klärung der scheinbar widersprüchlichen Zielsetzung ist insbesondere bezüglich Wettbewerbsbeschränkungen relevant, die sich aus Lizenzverträgen, also der Verwertung von Immaterialgüterrechten, ergeben. Um die geltenden Regeln zur kartellrechtlichen Bewertung von Li-

---

<sup>114</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 8; FEIL, Lizenzkartellrecht, 2, spricht vom „Kernbereich des Kartellrechts des geistigen Eigentums“.

<sup>115</sup> GRZESZICK, in: Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht, 3.

zenzverträgen zu verstehen, ist die Kenntnis der Entwicklungslinie des Verhältnisses des Immaterialgüter- und Kartellrechts ausgesprochen hilfreich.<sup>116</sup> Gleichwohl ist das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsgebieten nicht der Hauptgegenstand dieser Arbeit; entsprechend beschränken sich die nachstehenden Ausführungen auf eine Skizzierung der wichtigsten theoretischen Eckpunkte.<sup>117</sup> Die folgende Analyse soll ein Grundverständnis für die Problematik schaffen. Die konkreten Entwicklungsschritte und die rechtliche Ausgestaltung der kartellrechtlichen Beurteilung von Immaterialgüterrechten in verschiedenen Rechtsordnungen werden in den entsprechenden Kapiteln vertieft behandelt.

## **II. Konflikt, Harmonie oder Komplementarität?**

### **1. Konfliktthese**

In der ersten Phase der Kartellrechtsgesetzgebung wurde für die Vorrangstellung des Immaterialgüterrechts gegenüber dem Kartellrecht argumentiert, was zur kartellrechtlichen Immunität von Schutzrechtsinhabern führte.<sup>118</sup> Danach herrschte lange Zeit die Ansicht vor, dass Immaterialgüterrechte zum Kartellrecht in Konflikt bzw. einem Spannungsverhältnis stehen. Die sog. Konfliktthese besagt, dass Immaterialgüterrechte zu monopolartigen Stellungen führen, während es das Ziel des Wettbewerbsrechts sei, Monopole zu bekämpfen.<sup>119</sup>

Aufgrund ihres ausschliesslichen Charakters führen Immaterialgüterrechte zu einer starken, fast monopolartigen Konzentration der Nutzungsbefugnisse beim Schutzrechtsinhaber, wobei Dritte davon ausgeschlossen sind.<sup>120</sup> Zu be-

---

<sup>116</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 4; KLEISSL, 48.

<sup>117</sup> Für eine grundlegende Untersuchung der Thematik wird auf HEINEMANN, Immaterialgüterrecht und die Arbeit SCHRANERS verwiesen.

<sup>118</sup> KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1845 ff.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 31; HEINEMANN, Immaterialgüterrecht, 41.

<sup>119</sup> KIRCHNER, in: Ökonomische Analyse, 158 m.w.H.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 33; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 5; GRÜNOGEL, 114; CONDE GALLEGOS, 66.

<sup>120</sup> SCHRANER, N 433; OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 30; PEEPERKORN, World Competition 2003, 527 f.; KLEISSL, 49; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1247.



achten ist in diesem Zusammenhang, dass die mit dem Ausschliesslichkeitsrecht verbundene Monopolstellung nicht mit einer wirtschaftlichen Monopolstellung gleichgesetzt werden kann.<sup>121</sup>

Betrachtet man Immaterialgüter- und Kartellrecht nur aus der oben beschriebenen Perspektive, scheint die Konfliktthese unmittelbar einzuleuchten. Ihre Strahlkraft verblasst jedoch, je weiter der Blickwinkel wird: Mag der Wettbewerb durch die Verleihung von Schutzrechten kurzfristig beschränkt werden, wird er langfristig gesehen durch die Hervorbringung von Innovationen gefördert.<sup>122</sup>

## 2. Harmoniethese

Ist die Perspektive genügend langfristig, nimmt der Konflikt laufend ab, weil der dynamische Wettbewerb die Akteure immer wieder zu Innovationen zwingt und der dadurch entstehende Substitutionswettbewerb eine ausgleichende Wirkung hat.<sup>123</sup> Die beiden Rechtsgebiete teilen also ein gemeinsames Ziel, nämlich die Förderung der Innovation, des technischen Fortschritts und der effizienten Ressourcenallokation.<sup>124</sup>

Dies führt jedoch nicht zu völliger Harmonie zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, wie es die Harmoniethese statuiert.<sup>125</sup> Vor allem kurzfristig können durchaus Konflikte zwischen den beiden Rechtsgebieten auftreten. Es ist nicht zu leugnen, dass der Wettbewerb durch die Verleihung von Ausschlussrechten eingeschränkt wird.<sup>126</sup> Auf kurze Sicht sinkt der Anreiz für Konkurrenten, sich auf einem Markt zu betätigen oder in konkurrierende Technologien zu investieren, durch die Vergabe eines Immaterialgüterrechts erheblich.<sup>127</sup> Der Hauptkritikpunkt gegenüber der Harmoniethese ist aber, dass ihr nicht zu entnehmen ist, wie etwa wettbewerbsbeschränkende Klauseln in Lizenzverträgen zu würdigen sind.<sup>128</sup> Der pauschale Einwand im Sinne eines

<sup>121</sup> KLEISSL, 48; DREXL, GRUR Int. 2004, 721; DEL TIEMPO MATANZO, 22 f.

<sup>122</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 25 f. m.w.H.

<sup>123</sup> GRÜNOGEL, 115; DREXL, GRUR Int. 2004, 721; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 25 f.

<sup>124</sup> KIRCHNER, in: Ökonomische Analyse, 162 f.; KLEISSL, 50.

<sup>125</sup> KIRCHNER, in: Ökonomische Analyse, 158 m.w.H.

<sup>126</sup> SCHWAAB, 69; GRÜNOGEL, 114; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 5; KLEISSL, 50.

<sup>127</sup> GRÜNOGEL, 114.

<sup>128</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 26.

„Ende gut, alles gut“, oder, technischer, der Verweis darauf, dass beide Rechtsgebiete letztlich der Innovationsförderung dienen, vermag die konkreten Probleme nicht zu lösen.<sup>129</sup>

### 3. Komplementaritätsthese

BOWMAN gilt als Schöpfer der Komplementaritätsthese. Im Geist der sich entwickelnden *Chicago School of Antitrust Analysis* veröffentlichte er 1973 sein einflussreiches<sup>130</sup> Buch zum Kartell- und Immaterialgüterrecht. Darin argumentiert er, dass zwischen den beiden Rechtsgebieten zwar keine völlige Harmonie, aber doch eine starke Komplementarität bestehe: „Both antitrust law and patent law have a common central economic goal: to maximize wealth by producing what consumers want at the lowest cost.“<sup>131</sup> Mit etwas zeitlichem Abstand hat die Komplementaritätsthese den Weg nach Europa gefunden, wo sie sich ab Mitte der 1990er-Jahre ebenfalls durchsetzte.<sup>132</sup>

Immaterialgüterrechte schützen Rechte an Informationen, wodurch diese zu einem knappen Gut werden, während das Kartellrecht den Rahmen gestaltet, in welchem diese ausgetauscht werden können.<sup>133</sup> Mit anderen Worten: Das Kartellrecht verfolgt das Ziel, dass die vorhandenen Informationen möglichst vollständig und effizient genutzt werden, das Immaterialgüterrecht stellt sicher, dass neu geschaffenes Wissen in der Einflussphäre des Schöpfers bleibt.<sup>134</sup> Immaterialgüterrechte schützen technische Informationen. Ihre Hervorbringung ist risikoreich, sie entziehen sich der natürlichen Aneignung und

---

<sup>129</sup> Im Ergebnis ebenso KIRCHNER, in: *Ökonomische Analyse*, 183; HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz*, 26.

<sup>130</sup> Vgl. die Einschätzung BORKS in seinem Vorwort, x: „Bowman's own book, Patent and Antitrust Law, is so good and definitive that I have not even attempted in this book to comment upon that branch of law.“

<sup>131</sup> BOWMAN, 1.

<sup>132</sup> Europäische Kommission, *Evaluierungsbericht TT-GVO 96*, N 28 ff.; HILTY/FRÜH, *Lizenzkartellrecht*, 77; N 9 *TT-Leitlinien 04*: „Der vorhandene analytische Rahmen ist für die Beurteilung von Lizenzvereinbarungen nach Artikel 81 ausreichend flexibel, um die dynamischen Aspekte der Technologielizenz-Vergabe angemessen zu berücksichtigen. Schutzrechte und Lizenzvereinbarungen werden nicht per se als wettbewerbsrechtlich bedenklich eingestuft.“

<sup>133</sup> HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz*, 27.

<sup>134</sup> SCHREDELSEKER, in: *Ökonomische Analyse*, 188; DREXL, *GRUR Int.* 2004, 721; PEEPERKORN, *World Competition* 2003, 528; JESTAEDT, *Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht*, N 1249.

unterliegen weder der Abnützung noch der Rivalität der Nutzung.<sup>135</sup> Deshalb bedürfen sie des rechtlichen Schutzes, um überhaupt handelbare Wirtschaftsgüter zu werden.<sup>136</sup> Die beiden Rechtsgebiete spielen arbeitsteilig zusammen, ja sind aufeinander angewiesen,<sup>137</sup> um Innovationen zu fördern. Es besteht eine Zielparallelität zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht.

Das Auftreten von Dissonanzen im Einzelfall ist nicht nur möglich, sondern, vor allem aus einer kurzfristigen Perspektive, wahrscheinlich.<sup>138</sup> Je eher es nicht mehr um abstrakte wirtschaftspolitische Ziele, sondern um die konkrete Ausgestaltung von Rechten und Pflichten geht, desto eher wird aus der theoretischen Komplementarität ein praktischer Konflikt.<sup>139</sup> Diesen gilt es in einem Abwägungsvorgang aufzulösen. GRÜNVOGEL formuliert die zentrale Frage, die im Anschluss an die Zustimmung zur Komplementaritätsthese zu stellen ist: „Wie kann eine optimale Balance zwischen den Immaterialgüterrechten und dem Wettbewerbsrecht im Hinblick auf das Resultat, die Förderung von Innovationen und einer gleichzeitig effizienten Ressourcenallokation gefunden werden?“<sup>140</sup>.

#### 4. Würdigung und Konsequenzen

Das Ziel sowohl des Immaterialgüter- als auch des Kartellrechts ist die Förderung von Innovationen, wobei die beiden Rechtsgebiete unterschiedliche Funktionen wahrnehmen, um dieses Ziel zu erreichen.

Die Zustimmung zur Komplementaritätsthese wirft unweigerlich die Frage nach der Legitimation spezieller kartellrechtlicher Regelungskomplexe für Lizenzverträge auf. Wenn die beiden Rechtsgebiete Teil einer umfassenden und kohärenten Wirtschaftsordnung sind und die gleichen Ziele teilen, wie kann es sein, dass für immaterialgüterrechtliche Sachverhalte vom allgemeinen Kartellrecht abweichende Sonderregeln geschaffen werden?<sup>141</sup> Im Ausgangspunkt sind Immaterialgüterrechte schliesslich trotz ihrer Besonderheiten weder besonders verdächtig für noch besonders schutzbedürftig vor dem Wettbe-

<sup>135</sup> ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 22 m.w.H.; vgl. auch SCHEUER, 5 ff.; DAM, in: Ökonomische Analyse, 283 ff.

<sup>136</sup> ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 22; ALBERINI, 54 f.

<sup>137</sup> DREXL, GRUR Int. 2004, 721; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 13; BASTIDAS VENEGAS, in: Intellectual Property and Competition Law, 481 f.

<sup>138</sup> BOWMAN, 6; GRÜNVOGEL, 114; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 25 f.

<sup>139</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 7.

<sup>140</sup> GRÜNVOGEL, 119.

<sup>141</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 235 f.; im Ergebnis ebenso ALBERINI, 330 f.

werb.<sup>142</sup> Hier ist darauf hinzuweisen, dass es dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung<sup>143</sup> nicht entgegensteht, die mit dem Immaterialgüterrecht verfolgten Ziele innerhalb des Kartellrechts zu berücksichtigen.<sup>144</sup> Lediglich die Annahme einer Sperrwirkung von Immaterialgüterrechten gegenüber dem Kartellrecht wäre damit nicht zu vereinbaren. Eine solche erfolgt im Lizenzkartellrecht aber gerade nicht.

Meist wohnt Lizenzverträgen sowohl ein pro- als auch ein antikompetitives Potenzial inne. Mit der Lizenzvergabe werden technische Informationen verbreitet, die ansonsten beim Schutzrechtsinhaber geblieben wären. Möglicherweise wird durch die Vergabe einer Lizenz erst Wettbewerb geschaffen, etwa weil der Schutzrechtsinhaber nicht willens oder in der Lage ist, seine Rechte selbst zu verwerten.<sup>145</sup> Dies spricht für eine grosszügigere Handhabung von Wettbewerbsabreden in Lizenzverträgen, wenn der Marktanteil der Parteien tief ist. Andererseits können Lizenzverträge ein Mittel zur Verhaltenskoordination unter Wettbewerbern oder ein Instrument für marktabschottende Praktiken sein.<sup>146</sup> Bei eindeutig wettbewerbsschädlichen Verhaltensweisen braucht es daher Rechtsklarheit. Um der Ambivalenz von Lizenzverträgen für den Wettbewerb gerecht zu werden, ist eine umfassende Abwägung vorzunehmen. Das bedeutet, dass sich eine Regelung über die kartellrechtliche Behandlung von Lizenzverträgen nicht nur auf formalistische und statische Kriterien stützen kann, sondern in die Analyse zwingend auch dynamische Wettbewerbswirkungen einzubeziehen sind.<sup>147</sup>

Letztlich bleibt aber abstrakt, wie sich die Komplementaritätsthese operationalisieren bzw. in konkrete Rechtsregeln übersetzen lässt. Entscheidend für eine gelungene Regelung (nicht nur) exklusiver Lizenzen ist jedenfalls die Fähigkeit, eine Balance zwischen Rechtssicherheit (durch Formulierung bestimmter problematischer Abredetypen) und Flexibilität (durch die Beachtung ökonomischer Auswirkungen im Einzelfall) zu finden.<sup>148</sup> Die folgenden Kapitel

---

<sup>142</sup> CONDE GALLEGO, 68.

<sup>143</sup> Grundlegend dazu die Arbeit von FELIX.

<sup>144</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 320; NORDEMANN, Loewenheim *et al.*, GRUR, N 9; ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 22: „Der Schutz wird für den, nicht vor dem Wettbewerb gewährt.“

<sup>145</sup> OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 32 ff.; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 253 f. m.w.H.

<sup>146</sup> OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 36 f.; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 255 ff.; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 32.

<sup>147</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 30.

<sup>148</sup> PICHT, GRUR Int. 2018, 716.

zeigen, wie die EU und die Schweiz diese Problematik bisher zu lösen versucht haben und analysieren, ob sich die diesbezüglichen Regeln, sofern solche bestehen, bewährt haben.



**Teil 2:**  
**Europäisches Recht**





## Vorbemerkungen

Nachdem in den vorangehenden Teilen die Exklusivlizenz und die theoretischen Entwicklungslinien des Lizenzkartellrechts vorgestellt wurden, untersucht und würdigt der zweite Teil den kartellrechtlichen Umgang der Europäischen Union mit exklusiven Lizenzen. Das Verständnis der exklusiven Lizenz im Wettbewerb hat sich über die Zeit gewandelt, was sich auch in den verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen niederschlägt. Der folgende Teil analysiert und bewertet diese Entwicklungen. Besonders Augenmerk richtet sich auf die Untersuchung der Frage, ob und inwiefern die Wertungen der TT-GVO mit jenen der relevanten Kommissions- und Gerichtsentscheide übereinstimmen, insbesondere des Leitentscheids in der Rechtssache *Maisaatgut*<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

# Kapitel 1: Geschichte des europäischen Lizenzkartellrechts

## I. Instrument zur Verwirklichung des Binnenmarktes

Im Mittelpunkt der anfänglichen Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft stand der wirtschaftliche Wiederaufbau Europas. Nachdem der Grundstein dafür gelegt war, galt es, Beschäftigung und Wohlstand sicherzustellen. Das beste Instrument dazu, so die damalige Überzeugung, sei die Öffnung der Märkte bei möglichst unverfälschtem Wettbewerb.<sup>150</sup> Bereits im Rahmen der Vergemeinschaftung der strategisch wichtigen Kohle- und Stahlindustrie wurde das Kartellverbot eingeführt.<sup>151</sup>

Dem europäischen Kartellrecht wird eine doppelte Schutzrichtung zugeschrieben. Einerseits dient es, wie die nationalen Kartellrechtsordnungen, dem allgemeinen Schutz des Wettbewerbs (Ordnungsfunktion).<sup>152</sup> Unerlässlicher Teil des Wirtschaftsraumes ist ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.<sup>153</sup> Darüber hinaus soll das europäische Kartellrecht dazu beitragen, den „Raum ohne Binnengrenzen“<sup>154</sup> zu erschaffen (Integrationsfunktion). Das Wettbewerbsrecht hat zu garantieren, dass die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht durch private oder hoheitliche Beschränkungen verhindert werden, welche diesen wieder segmentie-

---

<sup>150</sup> Zum Ganzen EVERLING, in: Unterwegs zur Europäischen Union, 67 f. m.w.H.

<sup>151</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 82 f.; MEESEN/KERSTING, Loewenheim *et al.*, Einführung, N 67; KERBER/SCHWALBE, MüKo EuWettbR, Grundlagen, N 57. Die ursprüngliche Rechtsgrundlage dafür bildete Art. 65 EGKSV innerhalb der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl bzw. Art. 85 EWGV für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, später Art. 81 EGV und aktuell Art. 101 AEUV; EMMERICH, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 1.

<sup>152</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 78; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 288.

<sup>153</sup> Protokoll Nr. 27 zum AEUV über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; IMMENGA/MESTMÄCKER, Immenga/Mestmäcker, Einl EU A, N 17; FISCHER, Wettbewerbsingriffe, 141; HEINEMANN, in: Intellectual Property and Competition Law, 304; BUNTE, Langen/Bunte, Einl EuKartR, N 39.

<sup>154</sup> Art. 3 Abs. 2 und 3 EUV.

ren.<sup>155</sup> Die zweite, integrationspolitisch motivierte Zielsetzung des europäischen Kartellrechts<sup>156</sup> zeigt sich im Lizenzkartellrecht in der Fokussierung der europäischen Behörden auf Fälle, die Gebietsaufteilungen betreffen.<sup>157</sup> Die ersten Schritte des europäischen Integrationsprozesses markieren also zugleich die Geburtsstunde des europäischen Lizenzkartellrechts.<sup>158</sup>

Für den hier interessierenden Kontext ist Art. 101 AEUV massgebend, welcher den Umgang mit Wettbewerbsbeschränkungen regelt, die ihren Ursprung im Handeln Privater finden. Da der Binnenmarkt nach heutigem Verständnis nicht auf ein bestimmtes Datum hin erreicht werden kann,<sup>159</sup> sondern als fort-dauernder Prozess verstanden wird, erfüllt Art. 101 AEUV eine stetige Kontrollfunktion.<sup>160</sup> Dem europäischen Kartellrecht kommt dort eine besonders einflussreiche Rolle zu, wo nationale Schutzrechte noch nicht europaweit harmonisiert wurden.<sup>161</sup> Durch die Konkretisierung der Ausnahmebestimmungen zum freien Warenverkehr kam der Gerichtshof in zahlreichen Entscheidungen zum Ergebnis der europaweiten Erschöpfung von Immaterialgüterrechten. Diese Rechtsprechung hatte zum Ziel, der auf Schutzrechten gestützten Marktaufteilung zwischen den Mitgliedstaaten Einhalt zu gebieten.<sup>162</sup>

Ein anschauliches Beispiel dafür ist die Entscheidung *Deutsche Grammophon/Metro*<sup>163</sup>, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Deutsche Gram-

---

<sup>155</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 1; FEIL, Lizenzkartellrecht, 78 f.; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 288 f.; SINGER, 140 f.; EBENROTH/HÜBSCHLE, N 36; IMMENGA/MESTMÄCKER, Immenga/Mestmäcker, Einl EU A, N 17 ff.; REYMANN, 52 f.; FISCHER, Wettbewerbs-eingriffe, 148 f.; ALBERINI, 62 f.; BUNTE, Langen/Bunte, Einl EuKartR, N 1; KERBER/SCHWALBE, MüKo EuWettbR, Grundlagen, N 57 ff.

<sup>156</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 1; FEIL, Lizenzkartellrecht, 79; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 288 f.; SINGER, 140 f.; EVERLING, in: Unterwegs zur Europäischen Union, 67 f.; KOSTKA, N 446.

<sup>157</sup> ULLRICH, GRUR Int. 1996, 559; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 238 f.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 84.

<sup>158</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 68.

<sup>159</sup> Anders noch BEIER, GRUR Int. 1989, 603, mit Verweis auf Art. 8a EGV mit dem Ziel zur Verwirklichung des Binnenmarktes zum 31. Dezember 1992.

<sup>160</sup> MEESSEN/KERSTING, Loewenheim et al., Einführung, N 20.

<sup>161</sup> Dem ist bis heute so: Die EU verfügt über kein vollständiges unionseinheitliches Immaterialgüterrecht inklusive Rechtsdurchsetzungssystem. Dagegen bietet das europäische Wettbewerbsrecht in seiner Verschränkung mit dem nationalen Regeln ein einheitliches, schlagkräftiges und durchsetzbares Regelsystem, so PICHT, sic! 2019, 338.

<sup>162</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 312 ff.; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 291 ff.; ULLRICH, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR A, N 33 f.

<sup>163</sup> EuGH Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*

mophon benutzte ein verwandtes Schutzrecht des Urheberrechts, um in Deutschland den Vertrieb von Schallplatten zu verbieten, welche mit ihrer Zustimmung bereits in Frankreich in Verkehr gebracht wurden. Ein solches Verbot, welches die Isolierung der nationalen Märkte aufrechterhalten würde, verstosse gegen das wesentliche Ziel des Vertrags, nämlich den Zusammenschluss der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, so der Gerichtshof.<sup>164</sup> Obwohl der Begriff selbst noch nicht erwähnt wurde, wird in diesem Urteil der Grundstein für das Konzept der gemeinschaftlichen Erschöpfung ausgemacht.<sup>165</sup> Im *Centrafarm/Sterling-Drug-Entscheid*<sup>166</sup> sprach der Gerichtshof erstmals explizit von der gesamteuropäischen Erschöpfungslehre.<sup>167</sup> Es folgten mehrere Urteile,<sup>168</sup> welche den Grundsatz der gemeinschaftsweiten Erschöpfung für diverse Immaterialgüterrechte festigten.<sup>169</sup>

Ein funktionierender Binnenmarkt ist konstituierend<sup>170</sup> für die Europäische Union, und eine Wiederaufteilung von diesem liefe dem Ziel des Art. 3 Abs. 3 EUV diametral zuwider. Die Schwerpunktsetzung des europäischen Lizenzkartellrechts auf die Verhinderung von Gebietsschutz und Marktabschottung ist daher sachgerecht und überzeugend.

## II. Entstehungsgeschichte der TT-GVO

### 1. Bekanntmachung Patentlizenzverträge

Am 24. Dezember 1962 veröffentlichte die Kommission die Bekanntmachung Patentlizenzverträge, welche aufgrund ihres Erscheinungsdatums auch als

---

<sup>164</sup> EuGH Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*, 500.

<sup>165</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 251.

<sup>166</sup> EuGH Rs. C-15/74 – *Centrafarm/Sterling Drug*.

<sup>167</sup> EuGH Rs. C-15/74 – *Centrafarm/Sterling Drug*, 1163 f. Die Argumentation blieb eine ähnliche wie in *Deutsche Grammophon/Metro*, im erwähnten Urteil betonte der Gerichtshof aber noch stärker das Erfordernis der Zustimmung des Rechtsinhabers in Bezug auf das erste Inverkehrbringen in einem Mitgliedstaat; vgl. HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 252; HAMANN, 227; HEARN, 43 f.

<sup>168</sup> Statt vieler: EuGH Rs. C-102/77 – *Hoffmann-La Roche/Centrafarm*;

EuGH Rs. C-187/80 – *Merck/Stephar*; EuGH Rs. C-355/96 – *Silhouette/Hartlauer*.

<sup>169</sup> FREYTAG, 41; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 251 ff.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 83; AXSTER, GRUR Int. 1982, 647.

<sup>170</sup> HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 37.

„Weihnachtsbekanntmachung“<sup>171</sup> bezeichnet wird. Die Bekanntmachung enthielt Hinweise über die Anwendung des Kartellverbots auf eine Reihe häufig verwendeter Vereinbarungen in Patentlizenzverträgen.<sup>172</sup> Sie tolerierte viele Verhaltensweisen schon deshalb, weil ihnen zuerkannt wurde, dass sie das zunächst exklusive Schutzrecht aufteilen, was als dem Wettbewerb förderlich gewertet wurde.<sup>173</sup> Infolge dieser aus heutiger Sicht sehr grosszügigen<sup>174</sup> Beurteilung, konnte die Gebietsaufteilung durch Exklusivlizenzen nicht mehr verhindert werden.<sup>175</sup>

In der Entscheidung *Consten und Grundig*<sup>176</sup> untersagte der Gerichtshof eine gebietsmässige Aufteilung des gemeinsamen Marktes durch Vertriebsverträge. Gleichwohl wurden Patentlizenzen durch die Bekanntmachung Patentlizenzverträge zwar nicht ausdrücklich, aber dennoch im Ergebnis privilegiert.<sup>177</sup> Dass die *Consten-und-Grundig*-Rechtsprechung in offenem Widerspruch zur erwähnten Bekanntmachung stand, blieb nicht unbemerkt.<sup>178</sup> Die daraus folgende Verunsicherung führte dazu, dass viele Unternehmen ihre Lizenzverträge bei der Kommission zur Einzelfreistellung anmeldeten, was zu einer beträchtlichen Wartezeit führte.<sup>179</sup> Die Kommission erkannte, dass (auch) Patentlizenzen das Potenzial zur schädlichen Marktsegmentierung innewohnt und änderte ihre Haltung gegenüber der Lizenzierung von Immaterialgüterrechten.<sup>180</sup> Um die Marktöffnung nicht zu gefährden, unterschied sie fortan nicht mehr zwischen ausschliesslichen Herstellungs- und Vertriebslizenzen, sondern qualifizierte beide als unzulässig.<sup>181</sup>

<sup>171</sup> AXSTER, GRUR Int. 1982, 646; GROSS, N 582; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 68 f.; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 11.

<sup>172</sup> GROSS, N 582; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 2.

<sup>173</sup> Dies zeigt den grossen Einfluss der Inhaltstheorie, in welcher auf formalistische Weise zulässige und unzulässige Verhaltensweisen in Abhängigkeit des Schutzrechtsinhalts abgegrenzt wurden, HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 69 m.w.H.

<sup>174</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 7; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 69; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 11; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 232; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Einführung N 2.

<sup>175</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 7; AXSTER, GRUR Int. 1982, 646.

<sup>176</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*.

<sup>177</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 69.

<sup>178</sup> THEUNE, GRUR Int. 1977, 64.

<sup>179</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1291.

<sup>180</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 69.

<sup>181</sup> ANDERMAN/KALLAUGHER, N 2.09, 2.14; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 69 f.

## 2. Patentreiz- und Know-how-Verordnung

In Anbetracht der Vielzahl an Anmeldungen und des wachsenden politischen Drucks<sup>182</sup> veröffentlichte die Kommission 1979 den Entwurf für eine Gruppenfreistellungsverordnung für Patentreizvereinbarungen. Diese enthielt eine Listen von 14 sog. „schwarzen Klauseln“, welche in ihren Inhalt stark an die *Nine No-No's* in den IP Guidelines der *Antitrust Division* des *US Department of Justice* erinnerten.<sup>183</sup> Ausschliessliche Lizenzen sollten verboten, territoriale Beschränkungen des Lizenznehmers nur in Ausnahmefällen gruppenweise freigestellt werden.<sup>184</sup> 1979 setzte die Kommission ihre Arbeiten an der Verordnung aus, um den Entscheid des Gerichtshofs in der Rechtssache *Maissaatgut*<sup>185</sup> abzuwarten. Darauf folgend erliess sie 1984 die Gruppenfreistellungsverordnung für Patentreizen<sup>186</sup>.

Die Patentreiz-GVO erlaubte indes die Freistellung von Vereinbarungen nicht, die Know-how als Hauptgegenstand zum Inhalt hatten, welches nicht nur für die Nutzung der patentierten Technologie bedeutend war. Somit musste die Kommission in solchen Fällen doch wieder eine Einzelfreistellung erteilen. Um dieser unbefriedigenden Situation zu begegnen, wurde Ende 1988 eine gesonderte Gruppenfreistellungsverordnung für Know-how-Vereinbarungen<sup>187</sup> erlassen.<sup>188</sup> Die komplizierte Regelungstechnik<sup>189</sup> und die schwierige Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Patentreiz- und der Know-how-Verordnung führten in der Praxis aber regelmässig zu Problemen, insbesondere bei gemischten Patentreiz- und Know-how-Verträgen.<sup>190</sup>

---

<sup>182</sup> ANDERMAN/KALLAUGHER, N 2.16; FEIL, Lizenzkartellrecht, 120.

<sup>183</sup> ANDERMAN/KALLAUGHER, N 2.24; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 71 m.w.H.; STOFFMEHL, 66; HERR, 65 f.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 36 f.; ALBERINI, 77 f.

<sup>184</sup> AXSTER, GRUR Int. 1982, 647, bezweifelt, dass der internationale Lizenzverkehr unter diesen Bedingungen hätte aufrechterhalten werden können.

<sup>185</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>186</sup> Im Folgenden: Patentreiz-GVO, für eine vertiefte Untersuchung der Verordnung JEANRENAUD, *World Competition* 1986 und HEARN, 36 ff.

<sup>187</sup> Im Folgenden: Know-how-GVO.

<sup>188</sup> BAUER, *Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer*, N 9; JESTAEDT, *Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht*, N 1292; HERR, 66.

<sup>189</sup> STOFFMEHL, 67; WINKLER/JUGEL, *EuZW* 1996, 365 f.

<sup>190</sup> BOHLIG, GRUR Int. 1986, 97 ff.; WIEDEMANN, GRUR Int. 1990, 807, 812; JESTAEDT, *Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht*, N 1293; BAUER, *Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer*, N 11; JEANRENAUD, *World Competition* 1986, 31 f.; HEARN, 138 f.; MEYER, GRUR Int. 1997, 498; WINKLER/JUGEL, *EuZW* 1996, 365; HERR, 67.

Inhaltlich war die Patentlizenzverordnung Sinnbild für das Zurückschwingen des Pendels zu einer weniger strengen und lizenzierungsfreundlicheren Wettbewerbspolitik.<sup>191</sup> Anstoss dazu gab die Entscheidung *Maissantgut*<sup>192</sup> des Gerichtshofs, welche ausdrücklich festhielt, dass die Einräumung einer (insb. befristeten) ausschliesslichen Lizenz Teil des Innovationsanreizes darstellt, der nicht durch eine zu strenge Handhabung des Kartellrechts zunichte gemacht werden soll.<sup>193</sup> Im genannten Entscheid führte der Gerichtshof die Unterscheidung zwischen der offenen Exklusivlizenz und der Exklusivlizenz mit absolutem Gebietsschutz ein, wobei nur die Letztere stets unzulässig sei.<sup>194</sup> Dieser Sinneswandel des Gerichtshofs ist angesichts der noch deutlich restriktiveren Haltung in den Rechtssachen *Consten und Grundig* beachtlich. Die fortan erfolgte sorgfältige Würdigung von Innovationsanreizen<sup>195</sup> hatte jedoch nicht zur Folge, dass alle offenen Exklusivlizenzen freigestellt wurden.<sup>196</sup>

Kritisiert wurden die juristisch schwer greifbaren Tatbestände und dass die Verordnung „ausserordentlich kompliziert, ja perfektionistisch ausgestaltet“<sup>197</sup> sei, was ihre Anwenderfreundlichkeit und damit verbunden ihren praktischen Nutzen deutlich senke.<sup>198</sup> So kam die Kommission zur Überzeugung, die beiden Verordnungen fortan in einer einzigen Nachfolge-GVO zu harmonisieren.<sup>199</sup>

<sup>191</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 72; vgl. HEARN, 90 ff.

<sup>192</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>193</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 55 ff.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 122; vgl. BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 444 f.

<sup>194</sup> Für Lizenzen mit absolutem Gebietsschutz schloss der Gerichtshof in Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 77 auch eine Einzelfreistellung aus, da absoluter Gebietsschutz offensichtlich über das hinausgehe, was zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen Fortschritts unerlässlich sei.

<sup>195</sup> EuGH Rs. C-262/82 – *Coditel II*, N 15; SCHMID, 222; ANDERMAN/KALLAUGHER, N 2.35; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 73.

<sup>196</sup> ANDERMAN/KALLAUGHER, N 2.31; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 28; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 73; FEIL, Lizenzkartellrecht, 122; JEANRENAUD, *World Competition* 1986, 25 ff. m.w.H.

<sup>197</sup> WIEDEMANN, GRUR Int. 1990, 808.

<sup>198</sup> ALBERTSKIRCHINGER, GRUR Int. 1984, 566; WINKLER/JUGEL, EuZW 1996, 364 f.; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 234; FEIL, Lizenzkartellrecht, 125 f.; FUCHS, *Immenga/Mestmäcker*, VO 316/2014, Allgemeines N 12; JEANRENAUD, *World Competition* 1986, 30 f.

<sup>199</sup> FUCHS, *Immenga/Mestmäcker*, VO 316/2014, Allgemeines N 14.

### 3. TT-GVO 96

Dies war die Geburtsstunde der ersten Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung<sup>200</sup>. In dieser wurde der Begriff des Technologietransfers eingeführt, unter welchen sowohl reine Patent- als auch Know-how- und gemischte Patent- und Know-how-Lizenzen subsumiert werden.<sup>201</sup> Lizenzen für sonstige Immaterialgüterrechte erfasste der Anwendungsbereich nicht, sofern diese den eigentlichen Hauptgegenstand der Vereinbarung bildeten und ihnen nicht bloss ein unterstützender Charakter zukam.<sup>202</sup> Ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich fielen mehrseitige Vereinbarungen zwischen Schutzrechtsinhabern.<sup>203</sup>

Die TT-GVO 96 entsprach in ihrer Struktur den vorausgegangenen Gruppenfreistellungsverordnungen.<sup>204</sup> Art. 1 definierte den sachlichen Anwendungsbereich, Art. 2 zählte in einer „weissen Liste“ diejenigen Klauseln auf, die nach Ansicht der Kommission regelmässig nicht wettbewerbsbeschränkend waren. Art. 3 enthielt eine „schwarze Liste“ der Klauseln, die stets verboten waren, also als wettbewerbsbeschränkend qualifiziert wurden. Art. 4 enthielt eine „graue Liste“ von Klauseln. Sofern ein Lizenzvertrag eine solche Klausel erhielt, war diese nicht von vornherein verboten, musste aber bei der Kommission zur Prüfung angemeldet werden und wurde im sog. Widerspruchsverfahren, welches maximal vier Monate dauerte, überprüft.<sup>205</sup> Eine Marktanteilsschwelle enthielt die Verordnung nicht.

Was exklusive Lizenzen betrifft, blieb die TT-GVO 96 inhaltlich auf der Linie der Patentlizenzverordnung. Wenn eine neue Technologie im Vertragsgebiet eingeführt oder geschützt werden soll, so seien, der Rechtsprechung des Gerichtshofs folgend, Exklusivlizenzen grundsätzlich nicht unvereinbar mit dem Kartellrecht.<sup>206</sup> Falls sie überhaupt vom Kartellverbot erfasst sein sollten, wur-

---

<sup>200</sup> Im Folgenden: TT-GVO 96.

<sup>201</sup> MEYER, GRUR Int. 1997, 498; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 29; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 14; FEIL, Lizenzkartellrecht, 130 m.w.H.

<sup>202</sup> Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 TT-GVO 96.

<sup>203</sup> Art. 5 Abs. 1 TT-GVO 96.

<sup>204</sup> Vgl. FEIL, Lizenzkartellrecht, 135; HERR, 70 ff.

<sup>205</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1296; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 74.

<sup>206</sup> Erwägungsgrund 10 TT-GVO 96; GROSS, N 358; MEYER, GRUR Int. 1997, 499; vgl. zum Ganzen auch FEIL, Lizenzkartellrecht, 275 f. und BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 445 f.



den Exklusivlizenzen durch Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 freigestellt.<sup>207</sup> Bemerkenswert ist, dass keine Unterscheidung zwischen wechselseitigen und nicht wechselseitigen Exklusivlizenzen getroffen wurde.<sup>208</sup>

Der enge Anwendungsbereich und die Nichtberücksichtigung diverser im Lizenzgeschäft üblicher Praktiken schmälerten die Nützlichkeit der Verordnung und führten dazu, dass viele Lizenzverträge bei der Kommission angemeldet werden mussten.<sup>209</sup> Wie andere Gruppenfreistellungsverordnungen der älteren Generation war auch die TT-GVO 96 der Kritik ausgesetzt, sie sei insgesamt zu formalistisch<sup>210</sup> und die Struktur mit weissen, schwarzen und grauen Klauseln führe zu einem „Zwangsjackeneffekt“<sup>211</sup>, welcher der Vertragsgestaltung strikte Grenzen setze. Auch hinsichtlich ihrer Sprache und ihrer übermässig detaillierten Regelungstechnik erfuhr die Verordnung Kritik.<sup>212</sup> Im Zuge einer umfassenden Evaluation<sup>213</sup> der bestehenden Rechtsgrundlagen kam die Kommission zum Schluss, dass die Verordnung einer Revision bedurfte.<sup>214</sup>

#### 4. TT-GVO 04

Aufbauend auf der Evaluation der TT-GVO 96 und der Entwürfe<sup>215</sup> stellte die Kommission eine neue Technologietransfer-GVO<sup>216</sup> und dazugehörige Leitli-

---

<sup>207</sup> LEVINA, 94; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 29; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 441.

<sup>208</sup> Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 ff. TT-GVO 96.

<sup>209</sup> Europäische Kommission, Evaluierungsbericht TT-GVO 96, N 92.

<sup>210</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 146 spricht in diesem Zusammenhang auch von mangelndem ökonomischen Realismus.

<sup>211</sup> LÜBBIG, GRUR 2004, 485; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 175; EICKHOFF/WISSEL, WuW 2004, 1244; ECKARD, 458; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 12; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1297; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 74; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 65; FEIL, Lizenzkartellrecht, 135 f., 144 f.; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 15; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438.

<sup>212</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 150; CHRISTOPH, 59; LÜBBIG, GRUR 2004, 483 ff.; STOFFMEHL, 216; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 235.

<sup>213</sup> Europäische Kommission, Evaluierungsbericht TT-GVO 96.

<sup>214</sup> Europäische Kommission, Evaluierungsbericht TT-GVO 96, N 174 ff.; GROSS, N 584; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 16.

<sup>215</sup> Im Folgenden: Entwurf TT-GVO 04; Entwurf TT-Leitlinien 04.

<sup>216</sup> Im Folgenden: TT-GVO 04.

nien<sup>217</sup> vor, welche am 27. April 2004 in Kraft traten. Durch den Verzicht auf die „weissen“ und „grauen“ Klauseln fiel der an der Vorgängerverordnung so häufig kritisierte „Zwangsjackeneffekt“<sup>218</sup> weg.

Die wichtigsten konzeptionellen Neuerungen stellten das Prinzip der Legalausnahme, die Unterscheidung zwischen Vereinbarungen unter Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern und die Einführung von Marktanteilsschwellen (Marktanteil auf dem relevanten Markt<sup>219</sup>) dar. Wettbewerber durften auf dem relevanten Markt gemeinsam maximal 20%, Nichtwettbewerber je 30% Marktanteil halten, um von der Gruppenfreistellung zu profitieren. Wurde diese Schwelle überschritten, war die Verordnung nicht mehr anwendbar und die Vereinbarung nicht mehr gruppenfreigestellt, eine Einzelfreistellung blieb indes möglich.<sup>220</sup> Die Einführung der Marktanteilsschwellen sollte zu einzelfallgerechteren Ergebnissen führen und den *more economic approach* auch im Bereich des Technologietransfers etablieren.<sup>221</sup> Eine weitere Neuerung betraf den sachlichen Anwendungsbereich, in den mit der TT-GVO 04 auch Lizenzen über die Rechte an urheberrechtlich geschützter Software fielen.<sup>222</sup>

Im Sinne der „Schirmtechnik“ stellte die TT-GVO 04, sofern die Marktanteilsschwellen erfüllt wurden, jede Technologietransfer-Vereinbarung frei, es sei denn, sie enthalte eine in Art. 4 TT-GVO aufgelistete Kernbeschränkung oder eine in Art. 5 TT-GVO genannte nichtfreigestellte Beschränkung. Die Rechtsfolgen unterschieden sich je nachdem, ob eine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 oder eine nichtfreigestellte Beschränkung i.S.d. Art. 5 TT-GVO vorlag. Während das Vorliegen einer Kernbeschränkung dazu führte, dass der ganze Vertrag nicht mehr unter die Gruppenfreistellung fiel, war bei Vorliegen einer nichtfreigestellten Beschränkung lediglich die infrage stehende Klausel nicht

---

<sup>217</sup> Im Folgenden: TT-Leitlinien 04.

<sup>218</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438; LÜBBIG, GRUR 2004, 485 ff.; EICKHOFF/WISSEL, WuW 2004, 1244; ECKARD, 458; FEIL, Lizenzkartellrecht, 135 f.; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1297; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 74; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 15; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 65.

<sup>219</sup> Auf die mit der Marktabgrenzung verbundenen Schwierigkeiten wird noch zurückzukommen sein, vgl. die Ausführungen hinten in [Teil 2 Kapitel 4 III 2](#).

<sup>220</sup> GROSS, N 589; HAUCK, Beurteilung, N 219 ff.; LANGFINGER, in: FS Bartenbach, 431 f.; LUBITZ, EuZW 2004, 653.

<sup>221</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 14; HAUCK, Beurteilung, N 215 ff.; HANSEN/SHAH, ECLR 2004, 466; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 16; FEIL, Lizenzkartellrecht, 160; ALBERINI, 79 f.

<sup>222</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO 04; LUBITZ, EuZW 2004, 653 m.w.H.

gruppenfreigestellt.<sup>223</sup> Der restliche Vertrag war im letzteren Fall dennoch nach der TT-GVO zu beurteilen, die Nichtanwendbarkeit betraf nur die einzelne, nichtfreigestellte Klausel.

Eine Kernbeschränkung der TT-GVO 04 bildete unter anderem die Zuweisung von Märkten oder Kunden.<sup>224</sup> Grundsätzlich von diesem Verbot ausgenommen waren Exklusivlizenzen, sowohl zwischen Nichtwettbewerbern<sup>225</sup> als auch, in beschränktem Umfang, solche zwischen Wettbewerbern<sup>226</sup>. Wurde eine Exklusivlizenz zwischen Nichtwettbewerbern vereinbart, war diese freigestellt, sofern sie überhaupt vom Kartellverbot erfasst war.<sup>227</sup> Für konkurrierende Unternehmen gestaltete sich die Rechtslage nach der TT-GVO 04 differenzierter. Voraussetzung für deren Gruppenfreistellung war ein gemeinsamer Marktanteil unter 20% und die Einseitigkeit der Lizenz.<sup>228</sup> Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Entwurf zur TT-GVO 04 exklusive Gebietslizenzen zwischen Wettbewerbern noch ausnahmelos als Kernbeschränkungen qualifizieren wollte.<sup>229</sup> Ein Festhalten daran, so SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, hätte wohl dazu geführt, dass sich die Lizenzierung in vielen Fällen nicht mehr gelohnt hätte.<sup>230</sup>

Überschritt der Marktanteil der Vertragsparteien die zulässige Schwelle, war die Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 3 EGV zu beurteilen. Wurde die exklusive Lizenz wechselseitig vereinbart, stellte dies unbeachtlich des Marktanteils eine Kernbeschränkung dar, weil eine solche Lizenz zur Marktaufteilung führt.<sup>231</sup> Eine Sonderbestimmung kannte die TT-GVO 04 für marktbeherrschende Unternehmen, die eine Exklusivlizenz für eine oder mehrere konkurrierende Technologien erwerben. Eine solche Konstellation verletzte nach

---

<sup>223</sup> Erwägungsgrund 14 f. TT-GVO; die TT-GVO unterscheidet dazu die Termini „Vereinbarung“ für den gesamten Lizenzvertrag und „Verpflichtung“ für eine Vereinbarung innerhalb des Vertrags.

<sup>224</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO 04 für konkurrierende, Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO 04 für nicht konkurrierende Unternehmen.

<sup>225</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO 04.

<sup>226</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO 04.

<sup>227</sup> N 165 TT-Leitlinien 04.

<sup>228</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO 04; N 86, 164 TT-Leitlinien 04.

<sup>229</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c Entwurf TT-GVO 04; N 81 f. Entwurf TT-Leitlinien 04; FEIL, Lizenzkartellrecht, 159, 278 f.; MONTI, 5; HERR, 153; BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 449 f. m.w.H.

<sup>230</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 594.

<sup>231</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO 04; N 163 TT-Leitlinien 04; LANGFINGER, in: FS Bartenbach, 435 f.

Auffassung der Kommission das Kartellverbot und war daher unzulässig.<sup>232</sup> Wurde in diesem Kontext eine Wettbewerbsbeschränkung festgestellt<sup>233</sup>, war die Vereinbarung *in toto* unzulässig. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Freistellung durch die TT-GVO keinen Einfluss auf die Beurteilung die Frage hat, ob ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung missbraucht.<sup>234</sup>

## 5. TT-GVO 2014

Die aktuelle Gruppenfreistellung Technologietransfer behält die Struktur ihrer Vorgängerin bei und fügt sich somit in die neue Generation von Gruppenfreistellungsverordnungen ein.<sup>235</sup> Die TT-GVO enthält eine Reihe neuer Klarstellungen und Definitionen. Inhaltlich orientiert sie sich an der TT-GVO 04<sup>236</sup>, gleichwohl hat es im Einzelfall<sup>237</sup> Änderungen gegeben, auf welche noch vertieft einzugehen sein wird. So wurde z.B. der Anwendungsbereich erweitert, sodass fortan auch Lizenzvereinbarungen, die zur Produktion von Vertragserzeugnissen abgeschlossen werden, von der TT-GVO erfasst sind, wenn der Technologietransfer nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung bildet.<sup>238</sup>

Wie bereits die Vorgängerverordnung basiert auch die aktuelle TT-GVO auf dem Prinzip des sicheren Hafens (*safe harbor*), bei welchem, solange der Marktanteil nicht überschritten und keine Kernbeschränkung vereinbart wird, eine automatische, gruppenweise Freistellung der Technologietransfer-Vereinbarung erfolgt.<sup>239</sup> Die TT-Leitlinien drücken die Haltung der Kommission aus und bilden eine Orientierungshilfe sowohl zur Anwendung der TT-GVO als

---

<sup>232</sup> N 166 TT-Leitlinien 04; LEVINA, 95.

<sup>233</sup> Zu denken ist nach N 165 TT-Leitlinien insbesondere an die Erschwerung des Eintrittes in den Technologiemarkt und die lizenzierte Technologie eine echte Wettbewerbsquelle auf dem relevanten Markt darstellt.

<sup>234</sup> EuG Rs. T-51/89 – *Tetra-Pak II*, N 23 ff.

<sup>235</sup> ECKARD, 458; NORDMEYER, 263 f.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 75; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1298.

<sup>236</sup> NORDMEYER, 253; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Einführung N 10.

<sup>237</sup> GROSS, N 588; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 899 ff.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 169; NORDMEYER, 258 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 92; vgl. die Gegenüberstellung bei ANDERSON/WARNER, N 13.02.

<sup>238</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO; BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 741; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 899 ff.

<sup>239</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 12; ECKARD, 480 ff.

auch zur Beurteilung von Vereinbarungen, welche nicht nach der der TT-GVO zu prüfen sind.<sup>240</sup> Obschon die Gerichte nicht an die Auffassungen der Kommission gebunden sind, stellen die TT-Leitlinien in der Praxis eine bedeutsame Auslegungshilfe dar.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1299.

<sup>241</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 16.

# Kapitel 2: Normative Ansätze im europäischen Lizenzkartellrecht

In der Literatur wurden ebenso wie in der Rechtsprechung des Gerichtshofs mehrere Grundsätze entwickelt, welche dem europäischen Lizenzkartellrecht als Richtschnur dienen sollten. Im Folgenden wird auf einige dieser Theorien eingegangen, die erheblichen Einfluss auf die Entwicklung des Lizenzkartellrechts in Europa ausübten und bis heute von Bedeutung sind. Die folgende Struktur lehnt sich im Wesentlichen an die Kategorisierung SACKS<sup>242</sup> an.

## I. Rein kartellrechtliche Bewertung

### 1. Kernaussagen

Vor und unmittelbar nach Inkrafttreten des EWG-Vertrags war die Ansicht verbreitet, dass ein Lizenzvertrag dem gleichen Bewertungsmaßstab unterliegen sollte wie jede andere Wettbewerbsabrede.<sup>243</sup> Immaterialgüterrechte, vor allem Patentrechte, stellten dieser Ansicht nach ein Hemmnis für eine sinnvolle kartellrechtliche Analyse dar.<sup>244</sup>

### 2. Stellungnahme

Der rein kartellrechtliche Ansatz ist, zumindest in der oben beschriebenen, radikalen Auffassung, abzulehnen, da er den immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten zu wenig Rechnung trägt.<sup>245</sup> Die (nationale) Gesetzgebung über die Immaterialgüterrechte hat bei der Definition der Schutzrechtsvoraussetzungen gerade schon eine wettbewerbliche Abwägung getroffen.<sup>246</sup> Darüber hinaus würde eine rein kartellrechtliche Beurteilung gegen den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verstossen, wonach alle Normen so abzustimmen sind, dass sie logisch widerspruchsfrei und in ihren Wertungen übereinstim-

---

<sup>242</sup> SACK, RIW 1997, 449 f.; SACK, wrp 1999, 593 ff.

<sup>243</sup> GOTZEN, GRUR Int. 1958, 226; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 328 f.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 80 f.

<sup>244</sup> SACK, RIW 1997, 449 m.w.H.

<sup>245</sup> SACK, RIW 1997, 449; GRÜNVOGEL, 127.

<sup>246</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 81; SACK, RIW 1997, 449; GRÜNVOGEL, 127.

ment sind.<sup>247</sup> Diese angestrebte praktische Konkordanz wird nicht erreicht, indem einem Rechtsgebiet pauschal Vorrang gegenüber dem anderen zugesprochen wird.<sup>248</sup>

## II. Bestand und Ausübung bzw. spezifischer Gegenstand

### 1. Kernaussagen

Die Formel über Bestand und Ausübung wurde vom Gerichtshof im Entscheid *Consten und Grundig* entwickelt. Er führte aus, dass die Anwendung des Kartellverbots auf gewerbliche Schutzrechte den Bestand dieser Rechte unberührt lässt. Nur ihre Ausübung wird beschränkt, soweit dies zur Durchsetzung des Verbots des Art. 85 Abs. 1 EWVG erforderlich ist.<sup>249</sup>

Im später ergangenen Entscheid *Deutsche Grammophon/Metro*<sup>250</sup> änderte der Gerichtshof seinen Sprachgebrauch und führte den Begriff des spezifischen Gegenstands ein. Danach verletzen Wettbewerbsbeschränkungen in Lizenzverträgen das Kartellverbot nicht, wenn sie sich dem spezifischen Gegenstand des jeweiligen Schutzrechts zuordnen lassen. Das europäische Recht erlaubt Beschränkungen des freien Warenverkehrs, die zur Wahrung des Rechts erforderlich sind, die den spezifischen Gegenstand des jeweiligen gewerblichen oder kommerziellen Eigentums bilden.<sup>251</sup> Die Ausübung eines ausschliesslichen Rechts fällt unter das Kartellverbot, wenn sie „Gegenstand, Mittel oder Folge“<sup>252</sup> einer Kartellabsprache ist. Im Ergebnis führen beide Formeln zu einer immanenten Tatbestandsreduktion des Kartellverbots.<sup>253</sup>

### 2. Stellungnahme

Die Formel des spezifischen Gegenstands kleidet die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung lediglich in ein neues Gewand.<sup>254</sup> Der Grund-

---

<sup>247</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 331 m.w.H.

<sup>248</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 331.

<sup>249</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 394.

<sup>250</sup> EuGH Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*.

<sup>251</sup> EuGH Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*, 499 f.

<sup>252</sup> EuGH Rs. C-78/70 – *Deutsche Grammophon/Metro*, 499.

<sup>253</sup> SACK, RIW 1997, 450; FEIL, Lizenzkartellrecht, 88; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 330.

<sup>254</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 13; PICT, sic! 2019, 337.

gedanke bleibt derselbe, nämlich, dass die Ausübung der Befugnisse, die zum spezifischen Gegenstand eines Immaterialgüterrechts gehören, dessen Bestand nicht trifft.<sup>255</sup>

Gleich zu Anfang soll das Offensichtliche kritisiert werden: Der Formel von Bestand und Ausübung fehlt es an einem sachlichen Fundament,<sup>256</sup> denn letztlich ist die Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung rein semantisch.<sup>257</sup> Zu Recht wurde die Überzeugungskraft der vermeintlich so klaren Dichotomie schon früh angezweifelt.<sup>258</sup> Auch das Konzept des spezifischen Gegenstands konnte diese Schwäche nicht überwinden. Eine Definition, wo die Trennlinie zwischen dem Kern des Immaterialgüterrechts und den übrigen immaterialgüterrechtlich erlaubten Handlungsweisen zu ziehen ist, kann der Formel nicht entnommen werden. Dazu müsste geklärt sein, worin die Funktion eines Schutzrechts liegt. Schutzrechte werden allerdings von den Mitgliedstaaten nach deren Kriterien vergeben. Der Versuch des Gerichtshofs, den verschiedenen Schutzrechten einen gemeinsamen spezifischen Schutzbereich überzustülpen, ist aufgrund der Unterschiede der nationalen Schutzrechtssysteme schon von vornherein zum Scheitern verurteilt.<sup>259</sup>

Auch inhaltlich können die beiden Theorien nicht überzeugen. Letztlich führt die Lehre von Bestand und Ausübung zu einer Bereichsausnahme für Immaterialgüterrechte vom Kartellrecht, soweit deren Bestand betroffen ist.<sup>260</sup> Die von der Lehre des spezifischen Gegenstands beeinflusste Aussage, dass die Ausübung gewerblicher Schutzrechte dem Kartellverbot nur unterfalle, wenn sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist, ist missverständlich. Nicht die Geltendmachung der Schutzrechte als solche unterliegt der kartellrechtlichen Kontrolle, sondern die Absprache.<sup>261</sup> Die Lehre vom spezifi-

---

<sup>255</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 13; vgl. die Schlussanträge GA Guhlmanns in den verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP, N 31: „Die Unterscheidung zwischen Existenz und Ausübung sowie die Anwendung des Begriffes des spezifischen Gegenstands bringen mit anderen Worten im Grunde denselben Gedankengang zum Ausdruck.“

<sup>256</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 196 ff.

<sup>257</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 392; LORENZ, Selbsteinschätzung, 35; BEIER, GRUR Int. 1989, 609; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 12; PICHT, sic! 2019, 337.

<sup>258</sup> Treffend dazu KORAH, MLR 1972, 636: „The distinction between a right and its exercise, since it is not defined, and cannot be applied by logical analysis, confers a free discretion on the tribunal drawing the distinction [...]“; vgl. auch LOEWENHEIM, GRUR 1977, 429; GRÜNVOGEL, 142 ff.

<sup>259</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 14.

<sup>260</sup> GRÜNVOGEL, 128; FEIL, Lizenzkartellrecht, 81.

<sup>261</sup> LORENZ, Selbsteinschätzung, 34; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 10.



schen Gegenstand neigt zu begrifflichen Deduktionen,<sup>262</sup> da eine Abrede nur noch darauf untersucht wird, ob sie dem spezifischen Gegenstand zuzuordnen ist, während der gesamte restliche Kontext ignoriert wird. Sie wiederholt den Fehler ihrer Vorgängerformel, wenn sie ausser Acht lässt, dass aus der Tatsache, dass eine Handlung zum spezifischen Schutzbereich gehört, nicht auf ihre Wettbewerbsverträglichkeit geschlossen werden kann.<sup>263</sup> Die praktische Untauglichkeit dieser Leerformel hat anscheinend auch der Gerichtshof erkannt, der die Lehre vom spezifischen Gegenstand zwar oft erwähnt, sich zur materiellen Beurteilung einer Abrede aber stets auf eine Argumentation stützt, welche den rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang zum Mittelpunkt der Entscheidung macht.<sup>264</sup>

### III. Wettbewerbseröffnungstheorie

#### 1. Kernaussagen

Der sog. Wettbewerbseröffnungstheorie liegt der Gedanke zugrunde, dass vielen Verhaltensweisen, insbesondere wenn ihre Effekte in einer Gesamtschau überprüft werden, nicht nur wettbewerbsbeschränkende, sondern auch -förderliche Effekte zuzuschreiben sind. So kann beispielsweise das Inverkehrbringen einer Innovation einen neuen Markt erst kreieren.<sup>265</sup> Bezogen auf das Lizenzkartellrecht bedeutet dies Folgendes: Erteilt ein Erfinder für sein Schutzrecht eine Lizenz, schafft er, auch wenn die Lizenz exklusiv ist, immer zusätzlichen Wettbewerb.<sup>266</sup> Da der Erfinder immaterialgüterrechtlich weder zur eigenen Verwendung noch zu einer Vergabe von Lizenzen gezwungen werden kann,<sup>267</sup> muss jede Lizenzierung positiv für den Wettbewerb sein, denn im Extremfall gäbe es den Wettbewerb ohne die Lizenz nicht einmal.<sup>268</sup> Einem Patentinhaber steht das Recht zu, grundsätzlich jeden Dritten von der Benut-

---

<sup>262</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 332.

<sup>263</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 14.

<sup>264</sup> GRÜNVOGEL, 154; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 14.

<sup>265</sup> SACK, RIW 1997, 449 f.; GRÜNVOGEL, 128.

<sup>266</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 83; GRÜNVOGEL, 128 f.; SINGER, 174 f.; SACK, RIW 1997, 449 f.; SACK, wrp 1999, 594.

<sup>267</sup> Von der theoretischen Möglichkeit der Zwangslizenz abgesehen.

<sup>268</sup> SINGER, 174 f.; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 387; FEIL, Lizenzkartellrecht, 259 f.

zung seiner Erfindung auszuschließen. Erteilt dieser nur eine einzige Lizenz, ist dies ein Schritt in Richtung mehr Wettbewerb und kann daher nicht kartellrechtlich verboten sein.<sup>269</sup>

## 2. Stellungnahme

Die Wettbewerbsöffnungstheorie führt, zumindest strikt interpretiert, zu einer totalen Bereichsausnahme des Kartellverbots für Immaterialgüterrechte bzw. deren Lizenzierung.<sup>270</sup> Der Gedankengang ist ausufernd und entzieht letztlich jegliche Lizenzierungstätigkeit der kartellrechtlichen Kontrolle. Wenn in jeder Lizenzierung von Immaterialgüterrechten eine freiwillige Aufspaltung des Monopols gesehen wird, welches dem Schutzrechtsinhaber natürlicherweise zusteht, würde eine kartellrechtliche Prüfung der Lizenz obsolet: Was immaterialgüterrechtlich erlaubt ist, kann kartellrechtlich nicht verboten sein.

Nach der heute überwiegenden und auch hier vertretenen Ansicht ist dieses Verständnis unzutreffend. Aus dem Umstand, dass der Lizenzgeber frei über das „ob“ der Lizenzvergabe entscheiden kann, folgt nicht, dass das „wie“ unter Ausschluss des Kartellrechts erfolgen soll.<sup>271</sup> Der Umstand, dass ein Schutzrechtsinhaber eine Lizenz vergibt, entbindet diesen nicht davon, sich, etwaige Ausnahmeregelungen vorbehalten, an die allgemeinen Marktregeln inklusive dem Kartellrecht zu halten.<sup>272</sup> Die Vertreter der Wettbewerbsöffnungstheorie im oben beschriebenen Sinn aber gehen in einer Selbstverständlichkeit vom Vorrang des Immaterialgüterrechts gegenüber dem Kartellrecht aus, die wohl nur vor dem zeitlichen Hintergrund ihrer Äusserungen<sup>273</sup> verstanden werden kann.

Ein anderes Argument setzt bei der Grundannahme der Wettbewerbsöffnungstheorie an. Diverse Autoren bestreiten, dass jede Lizenz zusätzlichen Wettbewerb schaffe; je nach Ausgestaltung der Verträge könne der Wettbe-

---

<sup>269</sup> PEEPERKORN, *World Competition* 2003, 537 f.; SINGER, 165; SACK, *RIW* 1997, 449 f.

<sup>270</sup> In diesem Verständnis verwendet etwa SACK, *RIW* 1997, 450 den Begriff der Wettbewerbsöffnungstheorie; HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz*, 388 f., bezeichnet diese Auffassung als „Wettbewerbsöffnungstheorie im immaterialgüterrechtlichen Sinn“.

<sup>271</sup> So bereits HOFFMANN, *RIW* 1984, 94.

<sup>272</sup> FEIL, *Lizenzkartellrecht*, 3; GRÜNVOGEL, 129 f.

<sup>273</sup> Die Wettbewerbsöffnungstheorie erreichte den Höhepunkt ihrer Bedeutung in den 1950er- bzw. 60er-Jahren, SACK, *RIW* 1997, 450 Fn 14.

werb sehr wohl beschränkt werden.<sup>274</sup> In der Tat passt diese positive Zuschreibung nicht auf alle Lizenzverträge. Ein empirischer Beweis für die Wettbewerbsförderlichkeit jeglicher Lizenzverträge wurde bis zum heutigen Tag nicht erbracht.<sup>275</sup>

Ein weiterer Schwachpunkt der Wettbewerbseröffnungstheorie ist ihre Mehrdeutigkeit.<sup>276</sup> Während in einer Mehrzahl vor allem der früheren Publikationen<sup>277</sup> eine strikte Interpretation der Theorie vertreten wurde, gab es später durchaus auch Stimmen, welche die Wettbewerbseröffnungstheorie weniger radikal interpretierten<sup>278</sup>. Die weniger extreme Spielart der Wettbewerbseröffnungstheorie möchte anti- und prokompetitive Effekte einer Verhaltensweise saldieren und so ein ausgewogenes, einzelfallgerechtes Ergebnis erzielen. Diese Auffassung bezeichnet HEINEMANN als „Wettbewerbseröffnungstheorie im kartellrechtlichen Sinn“<sup>279</sup>. Da diese Interpretation materiell fast gänzlich mit der Markterschliessungsdoktrin übereinstimmt<sup>280</sup>, wird sie im Folgenden unter dem Begriff der Markterschliessungsdoktrin behandelt.

---

<sup>274</sup> Ein früher Kritiker war WEDEKIND, 35; ebenso SINGER, 176; SACK, RIW 1997, 450; FEIL, Lizenzkartellrecht, 84; GRÜNOGEL, 130, qualifiziert zum Beispiel den Schutz vor Parallelimporten als klar wettbewerbsbeschränkend.

<sup>275</sup> SINGER, 176; WEDEKIND, 35; zur innovationsfördernden Wirkung von Immaterialgüterrechten insgesamt MACHLUP, GRUR Int. 1961, 537; KATZ, JTHTL 2002, 337; ENGEL, in: Geistiges Eigentum und Innovation; SCHEUER, 108; LAMPING, Patentschutz, 65 ff.; ULLRICH, GRUR Int. 1996, 566; vgl. auch die empirische Untersuchung von COHEN/NELSON/WALSH, 28, nach der Patente, zumindest für US-amerikanische Firmen, eher eine untergeordnete Rolle spielen: „As our data suggest, most firms in complex product industries do not consider patents, but first mover advantages, secrecy and the exploitation of complementary capabilities as the key means of protecting their inventions.“

<sup>276</sup> HERRMANN, 85 ff.

<sup>277</sup> Eine umfangreiche Übersicht findet sich bei SACK, RIW 1997, 450 insb. Fn 14; WEDEKIND, 34 f.

<sup>278</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 388 m.w.H.

<sup>279</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 389.

<sup>280</sup> Vgl. dazu GRÜNOGEL, 131 f.; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 389.

## IV. Markterschliessungsdoktrin

### 1. Kernaussagen

Die Markterschliessungsdoktrin wird teils als Unterkategorie der Wettbewerbsöffnung verstanden,<sup>281</sup> stellenweise aber auch als eigenständige Hypothese<sup>282</sup> behandelt. Ausgangspunkt ist wiederum, dass manch eine Verhaltensweise, beispielsweise einer Lizenzierung, nicht nur negative, sondern auch positive Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann. Es wäre jedoch nicht sachgerecht, in einem solchen Fall nur auf das Verhalten abzustellen, welches für sich gesehen eine Wettbewerbsbeschränkung ist, weil es die Handlungsfreiheit mindestens einer Vertragspartei in Bezug auf einen ökonomischen Parameter beschränkt, und dieses sodann anhand einer per-se-Regelung zu verbieten.<sup>283</sup> Im lizenzkartellrechtlichen Kontext ist hauptsächlich an das Szenario zu denken, dass ein Lizenznehmer nur dann in eine neue Technologie investieren und damit in einen neuen Markt eintreten wird, wenn seine Lizenz exklusiv ist, er also innerhalb des ihm zugewiesenen Territoriums nicht mit direkter Konkurrenz seitens des Lizenzgebers oder anderer Lizenznehmer rechnen muss.

Hier setzt die Markterschliessungstheorie an: In bestimmten Fällen soll das allgemeine Verbot wettbewerbsschädlichen Verhaltens einer Gesamtbetrachtung aller pro- und antikompetitiven Effekte weichen. Die Erschließung eines neuen Marktes mit Produkten oder Technologien bedeutet eine Stärkung des Wettbewerbs und kann daher bestimmte Beschränkungen in Vertriebs- oder Lizenzverträgen rechtfertigen.<sup>284</sup>

### 2. Stellungnahme

Die dogmatische Einordnung der Markterschliessungsdoktrin bereitet gewisse Schwierigkeiten. Ob die Theorie eine Abwandlung der Wettbewerbsöffnungstheorie oder Bestandteil einer qualitativen Spürbarkeitsprüfung im Sinne eines *rule of reason*-Ansatzes ist, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 387; GRÜNVOGEL, 132.

<sup>282</sup> CHRISTOPH, 166; ULMER, RIW 1985, 521; EILMANSBERGER, ZWer 2009, 448; wohl auch BRAUN, Langen/Bunte, Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 13 ff.

<sup>283</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 387.

<sup>284</sup> GRÜNVOGEL, 131.

<sup>285</sup> ULMER, RIW 1985, 521; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 405 f.; GRÜNVOGEL, 132.

Inhaltlich gibt die Markterschliessungsdoktrin einen umfassenden Saldierungsbefehl. Allein der positive Saldo der positiven und negativen Wettbewerbsauswirkungen entscheidet über die Zulässigkeit einer Vereinbarung. Insbesondere die Notwendigkeit der wettbewerbschädlichen Auswirkungen muss nicht nachgewiesen werden.<sup>286</sup> Dies zeugt von einem gewissen Pragmatismus, löst das zugrunde liegende Problem aber nicht, denn letztlich führt die strikte Anwendung der Markterschliessungstheorie zurück zum Anfang des Versuchs, eine Trennlinie zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht zu ziehen, nämlich zur Inhaltstheorie.<sup>287</sup> Da die Lizenzierung von Schutzrechten dieser Ansicht nach prinzipiell neuen Wettbewerb generiert, ist das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zu verneinen, solange der Kernbereich immaterialgüterrechtlicher Befugnisse berührt ist.<sup>288</sup>

## V. Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung

Dass die Markterschliessungstheorie nicht bloss strikt, sondern auch vermittelnd verstanden werden kann, zeigt die Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung. Nach dieser stellt die Einschränkung wettbewerbsbezogener Handlungsmöglichkeiten Voraussetzung, nicht aber Bedingung für eine Wettbewerbsbeschränkung dar.<sup>289</sup> Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung ist mit Art. 101 AEUV konform bzw. erfüllt nicht einmal den Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie notwendig ist, um ein bestimmtes, wettbewerbsförderndes Ziel zu erreichen. Der Vorzug dieser Spielart der Markterschliessungstheorie ist ihre Einzelfallgerechtigkeit. Statt ein allgemeingültiges, abstrakt formuliertes Saldierungsgebot zu befürworten, hat sie eine Einbeziehung aller relevanten Wertungen zum Ziel.<sup>290</sup>

Dieser Ansatz hat zum Vorteil, dass er weder dem Kartellrecht (i.S.d. rein kartellrechtlichen Bewertung) noch dem Immaterialgüterrecht ganz (i.S.d. Wettbewerbseröffnungstheorie) oder partiell (i.S.d. Lehre vom spezifischen Gegenstand) Vorrang einräumt, sondern einen Ausgleich anstrebt. Ebenso überzeugt er in der Wirkung: Ein rein formales Abstellen darauf, ob eine wettbewerbs-

---

<sup>286</sup> Vgl. dazu HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 401 f.

<sup>287</sup> Daneben weist die Markterschliessungsdoktrin auch Parallelen zur Lehre des spezifischen Gegenstands auf, vgl. HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 402.

<sup>288</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 402.

<sup>289</sup> FRITZSCHE, ZHR 1996, 53 ff., argumentiert für diese Interpretation mit der systematischen und teleologischen Auslegung des EG-Vertrags.

<sup>290</sup> FRITZSCHE, ZHR 1996, 53 ff.; vgl. HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 403.

relevante Einschränkung stattfindet, ist ungeeignet, da hierdurch der Tatbestand des Art. 101 AEUV nahezu unbegrenzt ausgedehnt wird. Andererseits birgt die vollständige Erfassung jeglicher positiven Wirkungen im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 AEUV die Gefahr, zu viele Abreden dem Kartellverbot zu entziehen. Zudem würde dadurch das arbeitsteilige Verhältnis der Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV durcheinandergebracht. Da die Saldierung positiver und negativer Aspekte bereits Teil des Art. 101 Abs. 3 AEUV ist,<sup>291</sup> bliebe bei einer vollständigen Würdigung bereits auf der Tatbestandsebene kein Anwendungsbereich für diese Norm mehr übrig.<sup>292</sup> Die Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung nimmt bewusst eine vermittelnde Position ein, welche prokompetitive Wirkungen zur Tatbestandsreduktion des Art. 101 Abs. 1 AEUV heranzieht, den Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 3 AEUV jedoch nicht einschränkt und dessen Bewertung nicht vorwegnimmt.

## VI. Ökonomische Denkschulen

Nachfolgend werden zwei Denkschulen vorgestellt, welche auf die europäische Diskussion erheblichen Einfluss ausübten. Beide setzen sich kritisch mit dem neoklassischen Modell der vollkommenen Konkurrenz auseinander. Darin werden Immaterialgüterrechte als Anreiz für Innovationstätigkeit verstanden.<sup>293</sup> Bei der Gestaltung des Anreizsystems gilt es, einen optimalen Ausgleich zwischen den dynamischen Wohlfahrtsgewinnen und den statischen Wohlfahrtsverlusten zu erreichen. Die Kritik richtet sich auf die Realitätsferne des Versuchs, für jeden Einzelfall das soziale Optimum abzuwägen. Das neoklassische Modell wird als untauglich angesehen, den realen Gegebenheiten

---

<sup>291</sup> Eine Freistellung hat die Verbesserung der Warenerzeugung oder des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zur Voraussetzung, mit anderen Worten wird also eine Gesamtwertung von positiven und negativen Effekten verlangt; HEINEMANN, Immaterialgüterrecht, 362 ff., 404; GRÜNOGEL, 140.

<sup>292</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterrecht, 362 ff., 404. Vgl. dazu auch die Überlegungen zu einer allfälligen Übernahme der *rule of reason* ins europäische Kartellrecht hinten in [Teil 2 Kapitel 5 III](#).

<sup>293</sup> Hintergrund bildet folgendes Problem: Wissen ist aufgrund seiner Nichtrivalität und seiner Nichtausschliessbarkeit ein öffentliches Gut. Ein Innovator kann sein durch F&E-Investitionen gewonnenes Wissen folglich nicht alleine nutzen und verliert seinen Innovationsanreiz. Immaterialgüterrechte können dieses Marktversagen beheben, indem sie öffentliches Wissen privatisieren. Zum Ganzen SCHEUER, 6.

Rechnung zu tragen.<sup>294</sup> Die beiden nachfolgend vorgestellten Theorien versuchen, durch einen Rückgriff auf ökonomische Konzepte allgemeingültige Aussagen über die Zulässigkeit von Vereinbarungen in Lizenzverträgen zu bestimmen.

## 1. Ratio Test

Vertreter der *Harvard School* kehrten in den 1930-er-Jahren vom neoklassischen Leitbild des vollkommenen Wettbewerbs ab. Vollkommene Konkurrenz, so die Überzeugung, könne infolge der Unvollkommenheit des Marktes nicht existieren. Auch der reale, unvollkommene Wettbewerb aber sei in der Lage, zu technischem Fortschritt und Wohlstand zu führen.<sup>295</sup>

Für die Beurteilung von Lizenzverträgen bedeutete dies, dass Kosten und Nutzen einer Lizenzpraxis zu definieren und danach gegeneinander abzuwägen sind. Dieser sog. *Ratio Test*<sup>296</sup> gibt nach KAPLOW darüber Auskunft, welcher Nutzen einem Patentinhaber zusätzlich betreffend seines Patentlohnes und Erfinderanreizes durch eine restriktive Lizenzpraxis zukommt.<sup>297</sup> Dieser Nutzen muss nun in ein Verhältnis zu den zusätzlichen volkswirtschaftlichen Kosten gesetzt werden, welche mit dieser Lizenzierungstätigkeit verursacht werden.<sup>298</sup> In einem weiteren Schritt werden die Einnahmen des Patentinhabers und die durch die Exklusivlizenz entstandenen Wohlfahrtsverluste quantifiziert und miteinander verglichen. Daraus wird errechnet, um wie viel länger die Schutzdauer des Patents sein müsste, damit der Patentinhaber dieselben Einnahmen auch ohne eine restriktive Lizenzpraxis erzielen kann. Führt eine verlängerte Patentschutzdauer zu einem geringeren Wohlfahrtsverlust als eine restriktive Lizenzpraxis, ist ersterer der Vorzug zu geben und dem Patentinhaber eine restriktive Lizenzpraxis zu verbieten.<sup>299</sup>

---

<sup>294</sup> „Das zeit- und raumlose Modell sog. vollkommener Konkurrenz hat nicht das Geringste mit der sich in Zeit und Raum abspielenden Konkurrenz zu tun, die sich in der ökonomischen Wirklichkeit findet. Jeder Schluss von diesem zeit- und raumlosen Grenzbegriff auf die Realität ist logisch unzulässig [...]“, so ARNDT, 45 f.; vgl. auch KOSTKA, N 39 m.w.H.

<sup>295</sup> CLARK, 2; GENONI, 67 f. m.w.H.; LAMPING, Patentschutz, 18 ff.

<sup>296</sup> KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1829.

<sup>297</sup> Als eine restriktive Lizenzpraxis versteht KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1839, unter anderem die Vergabe exklusiver Lizenzen.

<sup>298</sup> Vgl. KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1829 ff.

<sup>299</sup> KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1823 ff. beschreibt dies als „Optimal Patent Life“.

## 2. Competitive Superiority Test

Für die Vertreter der *Chicago School of Antitrust*<sup>300</sup> stellt die Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz das einzige Ziel des Kartellrechts dar.<sup>301</sup> Hierbei wird zwischen der allokativen (i.S. einer volkswirtschaftlich optimalen Ressourcenallokation) und der produktiven (i.S. einer effizienten Ressourcenverteilung im einzelnen Unternehmen) Effizienz unterschieden.<sup>302</sup> Formale Unterscheidungen treten im Konzept der *Chicago School* hinter die tatsächlichen ökonomischen Effekte zurück.<sup>303</sup> Diese werden ex post untersucht. Als früher Vertreter<sup>304</sup> der *Chicago School* stellt BOWMAN vor allem auf die Kraft des Marktes<sup>305</sup> und die Überlegenheit der patentierten Produkte ab.<sup>306</sup> In einem ersten Schritt wird dazu die Bereitschaft des Lizenznehmers gemessen, im Lizenzvertrag Beschränkungen zu akzeptieren. Danach wird die wettbewerbliche Überlegenheit des Lizenzgebers über die Heranziehung von Substitutionsgütern bestimmt, welche die Lizenzeinnahmen rechtfertigen würden.<sup>307</sup>

## 3. Stellungnahme

Eine umfassende ökonomische Analyse von Immaterialgüterrechten ist unter anderem deshalb sehr komplex,<sup>308</sup> weil die Werkzeuge für eine befriedigende

---

<sup>300</sup> Ein Überblick über die Kernsätze der *Chicago School* findet sich bei KOVACIC/SHAPIRO, JEP 1999, 52 ff.

<sup>301</sup> BORK, 81; 89; SCHEUER, 34 f.; KOVACIC/SHAPIRO, JEP 1999, 53; LAMPING, Patentschutz, 21 ff.; KOSTKA, N 44 ff.; KERBER/SCHWALBE, MüKo EuWettbR, Grundlagen, N 88 ff.

<sup>302</sup> BORK, 51; KOSTKA, N 46; GENONI, 54 ff. m.w.H.

<sup>303</sup> Unter dem Einfluss der *Chicago School* nahm in den Vereinigten Staaten nach 1970 die Zahl der per se illegalen Vereinbarungen ab, während die Zahl der *rule of reason*-Prüfungen stieg, vgl. SCHEUER, 34 f.; KOVACIC/SHAPIRO, JEP 1999, 53.

<sup>304</sup> Die bekanntesten Vertreter der *Chicago School* sind zweifellos Richard Posner und Robert Bork mit ihren 1976 bzw. 1978 erschienenen Werken zur Kartellrechtsanalyse unter hauptsächlichlicher Berücksichtigung des Effizienzkriteriums. Weniger bekannt ist, das BOWMANs Buch zum *Intellectual Property Antitrust* bereits 1973 erschienen war.

<sup>305</sup> HILKEN, 223; SCHMID, 133; SINGER, 178; GRÜNVOGEL, 66; KOSTKA, N 47.

<sup>306</sup> BOWMAN, 88.

<sup>307</sup> BOWMAN, 88; BASTIDAS VENEGAS, in: *Intellectual Property and Competition Law*, 472 f.; kritisch hierzu SCHMID, 133; SINGER, 178; LORENZ, *Selbsteinschätzung*, 178.

<sup>308</sup> KATZ, *JTHTL* 2002, 329 ff.; SCHEUER, 16.



Analyse fehlen.<sup>309</sup> Beiden vorgestellten Ansätzen ist gemein, dass sie lediglich modellartige Annäherungen an die Wirklichkeit sind und für die konkrete Beurteilung einer Vertragsbestimmung nur beschränkt Hilfestellung bieten können.<sup>310</sup>

Der Ansatz BOWMANS leidet vor allem unter praktischen Schwächen, denn die Beurteilung, ob eine Vertragspartei der anderen wettbewerblich überlegen ist, ist komplex und nur schwer in Zahlen ausdrückbar. In Bezug auf die Beurteilung exklusiver Lizenzen weist die Theorie einen weiteren Schwachpunkt auf, weil diese nur als Lizenzgeberbeschränkung angesehen wird.<sup>311</sup> Dass die exklusive Erteilung einer Lizenz durchaus auch im Interesse des Lizenznehmers sein kann, würdigt dieser Ansatz nicht.

Auch die Herangehensweise KAPLOWS ist kritikwürdig. Die schwierige Quantifizierung des Erfinderanreizes oder der volkswirtschaftlichen Kosten einer Patentstrategie wurde bereits thematisiert. Eine individuelle Laufzeit für jedes Patent zu bestimmen, ist unmöglich, da die Patentlaufzeit gerade schon gesetzlich vorgeschrieben ist.<sup>312</sup> Zu dieser Einsicht kam der Autor bereits selbst in seinem Beitrag.<sup>313</sup> Es ist weiter nicht verständlich, warum für die optimale Ermittlung der Patentlaufzeit die Situation zugrunde gelegt werden sollte, bei der das Schutzrecht unter restriktiven Bedingungen verwertet wird, denn wie restriktiv die Verwertung erfolgt, ist den Vertragsparteien überlassen. Es wäre überzeugender, stattdessen die „restriktiven Lizenzbedingungen“ genauer zu untersuchen. Wie bereits erwähnt, ist eine Exklusivlizenz nicht per se wettbewerbsschädlich, sondern kann sogar prokompetitive Effekte aufweisen. Stattdessen zählt BOWMAN diese pauschal zu den restriktiven Lizenzbedingungen und qualifiziert Exklusivlizenzen damit als tendenziell problematisch.<sup>314</sup>

---

<sup>309</sup> Nach COOTER/ULEN, 118, ist dies mit dem Umstand zu erklären, dass die Ökonomie gemeinhin mit Gleichgewichtsanalysen bei gegebener Technologie arbeitet. Für eine umfassende ökonomische Analyse von Immaterialgüterrechten bedarf es aber Instrumenten, welche Innovationen als endogene Variable einbeziehen können.

<sup>310</sup> LORENZ, Selbsteinschätzung, 179 f.

<sup>311</sup> In diesem Sinne bereits die Kritik von SINGER, 179.

<sup>312</sup> HILKEN, 223; SINGER, 177.

<sup>313</sup> KAPLOW, Harv. L. Rev. 1984, 1842.

<sup>314</sup> Dem eher zustimmend aber SCHMID, 138 f.; SINGER, 177 f.

## VII. Zwischenfazit

Nach der Untersuchung ausgewählter normativer Theorien zum europäischen Lizenzkartellrecht vermag im Ergebnis lediglich die Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung zufriedenzustellen. Sie überträgt die Erkenntnisse der Komplementaritätsthese ins Lizenzkartellrecht. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten wird dem Kartellrecht nicht mehr unter dem Hinweis auf das Vorliegen eines immaterialgüterrechtlichen Sachverhalts entzogen, wie dies beispielsweise die Lehre des spezifischen Gegenstands verlangt.<sup>315</sup> Gemäss der Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung sind die immaterialgüterrechtlichen Wertungen bzw. deren pro- und antikompetitive Wirkungen nicht mehr vor, sondern im Tatbestand selbst einzubringen. Konkreter: Statt über die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf immaterialgüterrechtliche Sachverhalte zu diskutieren, ist der Fokus auf die Subsumption zu richten und sicherzustellen, dass keine Sanktionen ausgesprochen werden, wo diese nicht angezeigt sind.<sup>316</sup> Für das Lizenzkartellrecht bedeutet dies, dass immaterialgüterrechtliche Besonderheiten direkt in die Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung einfließen.<sup>317</sup>

Der genaue Umfang, in welchem wettbewerbsfördernde Wirkungen auf das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung einwirken können, ist hiermit freilich nicht festgelegt und wird noch zu definieren sein. Klar ist ebenfalls, dass ein solcher Ansatz, welcher den Einzelfall und seinen dazugehörigen wirtschaftlichen Kontext zu würdigen weiss, gegenüber einer pauschalisierenden Klassifizierung zu einem gewissen Verlust an Rechtssicherheit führt.<sup>318</sup> Aufgrund der erwähnten Vorteile ist die Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung aber gegenüber allen anderen vorgestellten Ansätzen vorzugswürdig.

---

<sup>315</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 333; DREXL, GRUR Int. 2004, 720 f.

<sup>316</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 392.

<sup>317</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 90 f.

<sup>318</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 404; FRITZSCHE, ZHR 1996, 58; SINGER, 289 ff.

# Kapitel 3: Kartellrechtliche Ausgangslage für Exklusivlizenzen

## I. Kartellverbot

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 101 AEUV ist, dass die Vereinbarung spürbare Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel hat.<sup>319</sup>

Die weiter vorne erwähnten Schnittstellenprobleme<sup>320</sup> stellen zusätzliche Anforderungen an das Lizenzkartellrecht. Der Hauptgrund dafür ist die gegenüber dem klassischen Kartellfällen veränderte Ausgangslage. Statt wie gewohnt einem liegen im hier interessierenden Kontext zwei oder drei unterschiedliche Märkte vor.<sup>321</sup> Technologietransfer-Vereinbarungen können sich auf dem Markt für Forschung und Entwicklung, dem Markt für Technologien oder auf dem Produktmarkt, der im Vertrieb der mit dem Schutzrecht hergestellten Waren besteht, auswirken.<sup>322</sup>

Entscheidend für eine gelungene Regulierung des Lizenzkartellrechts ist, dass die gesonderten Problemstellungen erkannt werden und diese im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung von Technologietransfer-Vereinbarungen Berücksichtigung finden. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zum wettbewerbsförderlichen bzw. -schädlichen Potenzial exklusiver Lizenzvereinbarungen wird daher vor allem dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gesteigerte Aufmerksamkeit zuteil, während die restlichen Voraussetzungen lediglich umrissen werden.

---

<sup>319</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 293 ff.; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 17; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 194 ff.; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 26 ff.

<sup>320</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 2](#).

<sup>321</sup> Massgebend sind der Produkt-, Technologie-, und ggf. der Innovationsmarkt. Auf die mit der Marktdefinition verbundenen Probleme, insb. was den Innovations- und Technologiemarkt betrifft, wird in [Teil 2 Kapitel 4 IV 2.2](#) zurückzukommen sein.

<sup>322</sup> FRÜH, 156 f.; GRÜNVOGEL, 121; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1324; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 62; BARTENBACH, N 831 f.

## 1. Adressaten

Normadressaten von Art. 101 AEUV sind Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Der Begriff des Unternehmens wird funktional verstanden und ist demzufolge weit auszulegen.<sup>323</sup> Die Vertragsparteien einer Technologietransfer-Vereinbarung erfüllen dieses Erfordernis.

## 2. Vereinbarung

Dieses Tatbestandsmerkmal erfüllen Technologietransfer-Vereinbarungen in der Regel ohne Weiteres: Gerade Lizenzverträge stellen klassische Vereinbarungen dar.<sup>324</sup> Nach dem Gerichtshof braucht es für eine Vereinbarung i.S.d. Art. 101 AEUV den von zwei Unternehmen gemeinsam zum Ausdruck gebrachten Willen, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten.<sup>325</sup> Dies bedeutet nicht, dass sich in der Vereinbarung beide Parteien zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten haben, mindestens muss aber das Marktverhalten einer Partei geregelt werden.<sup>326</sup> Die Frage, ob einseitige Massnahmen von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind oder sein sollten, stellt sich im Lizenzkartellrecht grundsätzlich nicht<sup>327</sup> und wird deshalb an dieser Stelle nicht vertieft behandelt.<sup>328</sup>

## 3. Wettbewerbsbeschränkung

Die Wettbewerbsbeschränkung ist das zentrale Tatbestandsmerkmal<sup>329</sup> des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Auslegung dieses Begriffs entscheidet darüber, ob ein Lizenzvertrag bzw. eine darin vorkommende Klausel als wettbewerbschädlich, wettbewerbsneutral oder als wettbewerbsförderlich qualifiziert wird. Bei

---

<sup>323</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 5 ff.; BARTENBACH, N 718; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 17; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 9.

<sup>324</sup> GROSS, N 593.

<sup>325</sup> EuGH Rs. T-347/94 – *Mayr-Melnhof*, N 65; EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 289; BARTENBACH, N 718; GRÜNOGEL, 175 m.w.H.; GRAVE/NYBERG, Loewenheim *et al.*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 219 f.

<sup>326</sup> EuGH Rs. C-45/96 – *Boehringer*, 803; EuGH Rs. C-107/82 – *Telefunken*, 3195; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, 84 ff.; BARTENBACH, N 718 m.w.H.; SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, N 39.

<sup>327</sup> GRÜNOGEL, 175 m.w.H.

<sup>328</sup> Vgl. dazu etwa HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 106 ff.; GRAVE/NYBERG, Loewenheim *et al.*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 221 ff.

<sup>329</sup> ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 107.

der Auslegung des Tatbestandsmerkmals kommt unter anderem dem wirtschaftspolitischen Element grosse Wichtigkeit zu. Eine Legaldefinition der Wettbewerbsbeschränkung existiert nicht. Die Definition der Wettbewerbsbeschränkung erfordert eine vorgängige Auseinandersetzung mit der Definition des Wettbewerbs. Art. 101 AEUV ist keine solche zu entnehmen.<sup>330</sup> Es handelt sich beim Wettbewerb i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der in Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen und Zielen der Verträge auszulegen ist.<sup>331</sup>

Der Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV wird erfüllt, wenn eine Vereinbarung, eine abgestimmte Verhaltensweise oder der Beschluss einer Unternehmensvereinigung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezweckt oder bewirkt. Traditionell bildet die Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der an der Massnahme beteiligten Unternehmen den Kern der Wettbewerbsbeschränkung,<sup>332</sup> wobei die Unionsgerichte der freien Wahlmöglichkeit der Verbraucher ebenfalls einen hohen Stellenwert zusprechen.<sup>333</sup> Neben den unmittelbar spürbaren Interessen der Konsumenten oder Mitwettbewerber wird auch die Marktstruktur, d.h. die „Institution Wettbewerb“, geschützt.<sup>334</sup>

### 3.1 Immaterialgüterrechtliche Besonderheiten

Im Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung zeigt sich der grosse Einfluss verschiedener Theorien zum Immaterialgüterschutz im Wettbewerb.<sup>335</sup> Jede Lizenz vergrössert das Ausschlussrecht des Rechtsinhabers über die eigentliche Eigentümerposition hinaus und verändert damit die Wettbewerbsbedingungen, unter denen die Marktteilnehmer agieren. Demnach

---

<sup>330</sup> SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, N 73; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 107.

<sup>331</sup> SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, N 73.

<sup>332</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 116, 152 ff., 180 ff.; GRAVE/NYBERG, Loewenheim et al., Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 257 ff.; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 107; KOSTKA, N 540 ff.

<sup>333</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 152 ff. m.w.H.; Europäische Kommission IV/32.736 – *Moosehead/Whitbread*, N 15; EuGH verb. Rs. C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 und 114/73 – *Zucker*, 1663; EuGH verb. Rs. C-209-2015 und 2018/78 – *FEDETAB*, 3125 f.

<sup>334</sup> EuGH Rs. C-501/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, N 63; EuGH Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, N 38; zustimmend HEINEMANN, in: *Intellectual Property and Competition Law*, 322.

<sup>335</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 2](#).

könnten Lizenzverträge generell als unzulässige Schutzrechtsausdehnung und damit wettbewerbsbeschränkend angesehen werden.<sup>336</sup> Allerdings ist zu berücksichtigen, dass durch die Lizenzierung nur diejenigen Rechte verwertet werden, die bereits bestehen und somit auch von wettbewerbsrechtlicher Seite her anzuerkennen sind. Es kann nicht relevant sein, wer diese Rechte verwertet. Zudem ist der Fall zu bedenken, dass eine Innovation so neu ist, dass sie einen neuen Wettbewerbs- oder Produktzweig schafft. Wenn vorher kein Wettbewerb bestanden hat, kann dieser auch nicht beschränkt werden.<sup>337</sup>

Auf den ersten Blick stehen sich diese beiden Argumentationslinien recht unversöhnlich gegenüber. Die inzwischen etablierte Einsicht, dass der funktionierende Wettbewerb nicht nur eine statische, sondern auch eine dynamische Komponente umfasst, ebnete den Weg für den Einbezug immaterialgüterrechtlicher Wertungen in die kartellrechtliche Beurteilung.<sup>338</sup> Dabei machen gerade die vielfältigen Möglichkeiten bei der Lizenzvergabe eine kartellrechtliche Kontrolle notwendig, damit die dynamischen Wirkungen nicht missbraucht werden, um dem (dynamischen) Wettbewerb zu schaden.<sup>339</sup>

Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet sowohl Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen Technologien als auch solche innerhalb der Technologie.<sup>340</sup> Deshalb sind einerseits die zu erwartenden Auswirkungen der Vereinbarung auf den Technologienwettbewerb (den Wettbewerb zwischen Unternehmen, welche konkurrierende Technologien verwenden) zu untersuchen. Wenn durch die Lizenz der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb zwischen den Technologien eingeschränkt wird, der ohne diese bestehen würde, wird Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt.<sup>341</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn sich zwei Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten gegenseitig Lizenzen für konkurrierende Technologien erteilen und sich verpflichten, die damit hergestellten Produkte nicht auf dem Heimmarkt der Vertragspartei anzubieten.<sup>342</sup> Andererseits sind die Auswirkungen auf den technologieinternen Wettbewerb (den Wettbewerb zwischen Unternehmen, die dieselbe Technologie verwenden) zu untersuchen. Schränkt der Lizenzgeber seine Lizenznehmer, welche vor der Lizenzerteilung keine Konkurrenten waren, im Wettbewerb untereinander ein, be-

---

<sup>336</sup> FIKENTSCHER, 280 f.

<sup>337</sup> GRÜNVOGEL, 121 f. m.w.H.

<sup>338</sup> Vgl. zu dieser Thematik die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 2 II 3](#).

<sup>339</sup> GRÜNVOGEL, 122 f.; CONDE GALLEGGO, 70.

<sup>340</sup> N 11 TT-Leitlinien.

<sup>341</sup> N 12 a) TT-Leitlinien.

<sup>342</sup> N 12 a) TT-Leitlinien.

schränkt er den potenziellen Wettbewerb, der ohne die Beschränkung hätte stattfinden können.<sup>343</sup> Typischerweise erfolgt die Beschränkung durch vertikale Preisfestsetzung oder gebiets- oder kundenbezogene Verkaufsbeschränkungen.<sup>344</sup> Im Vergleich zum US-amerikanischen Recht genießt der technologieinterne Wettbewerb im europäischen Wettbewerb einen höheren Stellenwert.<sup>345</sup> Der Fokus auf den technologieinternen Wettbewerb erklärt sich damit, dass das europäische Wettbewerbsrecht auch zum Ziel hat, die Marktintegration innerhalb der Union zu fördern.<sup>346</sup> Dies hat zur Folge, dass vertikale Beschränkungen tendenziell kritischer beurteilt werden.<sup>347</sup>

### 3.2 Gebietsschutzklauseln als Regelbeispiel

Die erwähnte Grundproblematik des Lizenzkartellrechts zeigt sich exemplarisch an Gebietsschutzklauseln, welche in der Praxis den häufigsten und wichtigsten Fall einer Wettbewerbsbeschränkung darstellen.<sup>348</sup> Für beide Vertragsparteien sind diese von essentieller Bedeutung, da sie oftmals erst die Wirtschaftlichkeit einer Lizenzvergabe ermöglichen.<sup>349</sup> Dem Schutzrechtsinhaber ist es grundsätzlich freigestellt, ob er seine Rechte selbst verwertet oder sie an Dritte lizenziert. So kann der Lizenzgeber z.B. für bestimmte Teile des Binnenmarktes oder einzelne Länder einen oder mehrere Lizenznehmer einsetzen und sich einen Teil selber vorbehalten. Um sich nicht gegenseitig zu beeinträchtigen, haben beide Seiten ein Interesse daran, dass ihre Gebiete mit einem vertraglichen Schutz gegen das Tätigwerden anderer Lizenznehmer oder dem Lizenzgeber selbst abgesichert sind.

Art. 101 Abs. 1 AEUV enthält eine nicht abschliessende („insbesondere“) Aufzählung von Regelbeispielen verbotener Wettbewerbsbeschränkungen,<sup>350</sup> wo-

---

<sup>343</sup> N 12 b) TT-Leitlinien.

<sup>344</sup> N 12 b) TT-Leitlinien.

<sup>345</sup> SCHEUER, 109.

<sup>346</sup> SCHEUER, 108 m.w.H.; HEINEMANN, in: *Intellectual Property and Competition Law*, 317 ff.

<sup>347</sup> SCHEUER, 109; HEINEMANN, GRUR 2008, 951.

<sup>348</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 441; NORDEMANN, Loewenheim *et al.*, GRUR, N 17, 25.

<sup>349</sup> GRÜNVOGEL, 275.

<sup>350</sup> Die in Art. 101 Abs. 1 lit. a-e AEUV genannten Verhaltensweisen sind nicht absolut oder per se verboten, stellen aber Regelbeispiele für typische Wettbewerbsbeschränkungen dar. Weiterhin müssen die übrigen Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 1 AEUV, insb. die Spürbarkeit der Handelsbeschränkung und eine Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels, erfüllt sein.

bei die Freistellungsmöglichkeit im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bestehen bleibt.<sup>351</sup> Im Kontext der vorliegenden Beurteilung exklusiver Lizenzen ist vor allem Art. 101 Abs. 1 lit. c AEUV von Belang, der die Aufteilung von Märkten oder Versorgungsquellen nennt.<sup>352</sup> Die Marktaufteilung umfasst die Aufteilung von Produktions- oder Absatzgebieten oder Versorgungsquellen. Es ist unerheblich, ob sich die Teilgebiete mit den Grenzen der Mitgliedstaaten decken oder nicht. Die Kommission hat im Rahmen ihrer Bussgeldbemessung schon darauf hingewiesen, dass die Marktaufteilung eine sehr schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung darstellt.<sup>353</sup> Bei einer Gebietsaufteilung verpflichten sich die Wettbewerber, im Gebiet des anderen keine Produktion aufzunehmen, keine Waren abzusetzen oder den Absatz mengenmässig zu beschränken. Weiter kann vereinbart werden, die Preise im anderen Territorium nicht zu unterbieten, keine Endverbraucher zu versorgen oder bei Direktverkäufen Ausgleichszahlungen zu leisten.<sup>354</sup>

Dass solche Vereinbarungen den Markteintritt erschweren und nationale Märkte künstlich aufrechterhalten, was dem Ziel der Europäischen Union, einen Binnenmarkt zu errichten, grundsätzlich zuwiderläuft, braucht an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt zu werden. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass jene Abreden Investitionen sichern und damit, gerade in forschungs- und kapitalintensiven Branchen, möglicherweise erst die Grundlage zur Einführung von Innovationen schaffen.<sup>355</sup> Gebietsschutzklauseln in Lizenzverträgen können also sowohl pro- als auch antikompetitive Wirkungen entfalten. Abstrakten Aussagen über deren Zulässigkeit ist mit Vorsicht zu begegnen.

### 3.3 Bezwecken oder bewirken

Mit der Vereinbarung muss eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt werden. Bei einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ist kein Nachweis erforderlich, dass diese tatsächlich eingetreten ist. Es reicht aus, wenn die Vereinbarung das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den

---

<sup>351</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 268; BARTENBACH, N 717.

<sup>352</sup> EuGH Rs. C-15/74 – *Centrafarm/Sterling Drug*, N 39 f.; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 220.

<sup>353</sup> Europäische Kommission IV/33.126 und 33.322 – *Zement*, N 53; ZIMMER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 220 nennt die geografische Marktaufteilung eines der grössten Hindernisse auf dem Weg zur Vollendung des Binnenmarktes.

<sup>354</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 280 m.w.H.; ECKARD, 332.

<sup>355</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 7; GRÜNVOGEL, 275.



Wettbewerb zu entfalten.<sup>356</sup> Massgeblich zur Beurteilung, ob eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, sind der Abredeinhalt, die damit verfolgten Ziele und der konkrete rechtliche und wirtschaftliche Kontext, in welchem sie steht.<sup>357</sup> In der Entscheidung *Allianz Hungaria*<sup>358</sup> flexibilisierte der Gerichtshof den Begriff der bezweckten Wettbewerbsabrede und liess die konkrete Eignung der Vereinbarung, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbsinnerhalb des Binnenmarktes zu führen, für die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung genügen.<sup>359</sup> In seiner jüngeren Rechtsprechung sieht der Gerichtshof wieder engere Voraussetzungen für die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung vor. Danach muss eine solche Vereinbarung bereits in sich selbst eine hinreichende Beschränkung des Wettbewerbs erkennen lassen.<sup>360</sup> Liegt keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor, ist eine wirtschaftliche Analyse der Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nötig.<sup>361</sup>

Absoluter Gebietsschutz stellt gemäss dem Gerichtshof eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar.<sup>362</sup> Den Grundstein für diese Beurteilung legte er mit der Entscheidung *Consten und Grundig*<sup>363</sup>, in welcher folgender Sachverhalt zu beurteilen war:<sup>364</sup> Die deutsche Firma Grundig schloss mit der französischen Firma Consten einen Alleinvertriebsvertrag für die von Grundig hergestellten Elektrogeräte sowie deren Zubehör und deren Ersatzteile ab. Consten hatte die Alleinvertretung für Grundig-Produkte in Frankreich, dem Saargebiet und auf Korsika. Die Parteien vereinbarten, dass Grundig in diesen Gebieten

<sup>356</sup> In diesem Fall erübrigt sich eine Prüfung der konkreten Auswirkungen, HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 226 ff.; GRAVE/NYBERG, Loewenheim et al., Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 265; EuGH Rs. C-8/08 – *T-Mobile Netherlands*, N 38; EuGH Rs. C-226/11 – *Expedia*, N 36 f.

<sup>357</sup> Statt vieler: EuGH Rs. C-501/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, N 58; EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 136; EuGH Rs. C-226/11 – *Expedia*, N 21; EuGH Rs. C-32/11 – *Allianz Hungaria*, N 36.

<sup>358</sup> EuGH Rs. C-32/11 – *Allianz Hungaria*.

<sup>359</sup> EuGH Rs. C-32/11 – *Allianz Hungaria*, N 38.

<sup>360</sup> EuGH Rs. C-67/13 P – *Cartes Bancaires*, N 57; EuGH Rs. C-345/14 – *Maxima Latvija*, N 18.

<sup>361</sup> GRAVE/NYBERG, Loewenheim et al., Art. 101 Abs. 1 N 271; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV.

<sup>362</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 391 f., EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 61; EuGH Rs. C-501/06 P – *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, N 59, 61;

EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 139.

<sup>363</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 390 f.

<sup>364</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 327 f.

weder unmittelbar noch mittelbar als Verkäuferin auftritt. Im Gegenzug durfte Consten keine Grundig-Produkte in einen Markt exportieren, den Grundig selbst belieferte. Zusätzlich wurde die Grundig-Handelsmarke in Frankreich auf Consten eingetragen, sodass Parallelimporte nur unter Umgehung des französischen Markenrechts möglich gewesen wären.

Der Gerichtshof qualifizierte dieses Verhalten als klar unzulässig: „Der oben festgestellte Sachverhalt bewirkt eine Abriegelung des französischen Marktes und ermöglicht es, für die fraglichen Erzeugnisse Preise anzuwenden, die keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind.“<sup>365</sup> Die Vereinbarung ziele darauf ab, innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte künstlich aufrechtzuerhalten und verfälsche den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes, so der Gerichtshof.<sup>366</sup> Ein solches Vertriebssystem schliesse jede (Intra-brand-)Wettbewerbsmöglichkeit auf dem relevanten Markt aus.<sup>367</sup>

Der Entscheid in den verbundenen Rechtssachen *Consten und Grundig* ist zentral, weil der zu beurteilende Sachverhalt in seinen wesentlichen Zügen damals typisch für die meisten Alleinvertriebsverträge war: Gegenseitige Bezugs- und Absatzbindungen mit Konkurrenzverbot für den Alleinvertriebsberechtigten sowie die Ergänzung, dass der Alleinvertriebsberechtigte weder mittelbar noch unmittelbar Grundig-Produkte an Personen ausserhalb des Vertragsgebiets liefern durfte.<sup>368</sup> Erwähnenswert ist, dass gemäss dem Gerichtshof der Kern eines Alleinvertriebsvertrags, nämlich die wechselseitigen Absatz- und Bezugsbindungen der Parteien, nicht unzulässig sind.<sup>369</sup> Die Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot ergebe sich aus den Klauseln, die über die Einräumung dieses Alleinvertriebsrechts hinausgehen, Paralleleinführen nach Frankreich verhindern und dem Alleinvertriebsberechtigten einen absoluten Gebietsschutz ermöglichen sollen, so der Gerichtshof.<sup>370</sup>

Die oben erwähnten Ausführungen zum absoluten Gebietsschutz bestätigte der Gerichtshof in der Entscheidung *Maissaatgut*.<sup>371</sup> Relativen Gebietsschutz, bei welchem den Lizenznehmern eine Exklusivlizenz gewährt, bei dem aber

---

<sup>365</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 391.

<sup>366</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 392.

<sup>367</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 392; von „Marktabriegelung“ spricht REYMANN, 135.

<sup>368</sup> BOHLIG, GRUR Int. 1966, 584 f.

<sup>369</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 392, BOHLIG, GRUR Int. 1966, 586.

<sup>370</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 392.

<sup>371</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 61.

kein Ausschluss passiver Verkäufe vereinbart wurde, qualifizierte der Gerichtshof im *Maissaatgut*-Entscheid im Ergebnis als zulässig, da er *in casu* eine unerlässliche Voraussetzung für die Verbreitung einer neuen Technologie war.<sup>372</sup> Zur Zulässigkeit des relativen Gebietsschutzes bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzung äusserte sich der Gerichtshof im genannten Entscheid nicht.<sup>373</sup>

### 3.4 Tatbestandsrestriktion durch Nebenabreden

Eine Ausnahme, bei der trotz einer formalen Beschränkung der Handlungsfreiheit keine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, besteht für Nebenabreden (*ancillary restraints*). Liegen an sich wettbewerbsbeschränkende Vertragsklauseln vor, die nicht den Hauptgegenstand des Vertrags bilden, fallen diese nicht unter das Kartellverbot, wenn ohne sie ein wettbewerbsneutraler oder -fördernder Hauptvertrag nicht zustande käme.<sup>374</sup> Die Rechtsfigur der notwendigen Nebenabrede entstammt dem europäischen Fusionskontrollrecht, wird aber auch ausserhalb davon angewendet. In der Vergangenheit wurden Wettbewerbsverbote, Kundenschutzklauseln und Alleinbezugsvereinbarungen als notwendige Nebenabreden qualifiziert, insbesondere im Rahmen von Unternehmenskäufen.<sup>375</sup>

Die Schranken für zulässige Nebenabreden sind jedoch hoch, und der Gerichtshof folgt einem strikten Bewertungsmassstab. So genügt es nicht, wenn die Nebenabrede die Hauptmassnahme lediglich unterstützt, also bloss nützlich oder förderlich für das Zustandekommen des Hauptvertrags ist.<sup>376</sup> Die Durchführung der Hauptmassnahmen darf ohne die fragliche Nebenbeschrän-

---

<sup>372</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53 ff.

<sup>373</sup> Im Wortlaut erwog der Gerichtshof, dass „die Vergabe einer ausschliesslichen Lizenz, welche die Stellung Dritter, wie der Parallelimporteure und Lizenznehmer für andere Gebiete, nicht betrifft, als solche nicht unvereinbar mit Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag ist“, EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58. AXSTER, GRUR Int. 1982, 648, schliesst aus dieser Formulierung, dass die offene ausschliessliche Lizenz „mit Art. 85 Abs. 1 EWGV sehr wohl vereinbar ist, also ohne weiteres zulässig und wirksam [sei]“; kritisch dazu CASPAR, 160.

<sup>374</sup> BERNHARD, NZKart 2019, 577; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 191.

<sup>375</sup> BERNHARD, NZKart 2019, 577.

<sup>376</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 71; EuGH Rs. C-382/12 P – *Cartes Bancaires*, N 91; BERNHARD, NZKart 2019, 579.

kung nicht möglich sein, und die Nebenabrede darf weder in sachlicher, noch in räumlicher oder zeitlicher Hinsicht über das Mass hinausgehen, das notwendig ist, damit der Hauptvertrag zustande kommt.<sup>377</sup>

Gelegenheit, diese Kriterien auf einen Lizenzvertrag anzuwenden, hatte der Gerichtshof in der Rechtssache *Roche und Novartis*.<sup>378</sup> Genentech, eine zum Roche-Konzern gehörende Gesellschaft, stellte in den USA die Arzneimittel Avastin und Lucentis her und vertrieb diese dort. Ausserhalb der USA vertrieb Novartis das als Augenheilmittel zugelassene Produkt Lucentis, Roche das für Krebserkrankungen zugelassene Avastin. Aufgrund des erheblichen Preisunterschieds und der unterschiedlichen Erstattungsvorschriften des italienischen Gesundheitssystems<sup>379</sup> wurde Avastin in Italien zunehmend auch für die Behandlung von Augenkrankheiten eingesetzt.<sup>380</sup> Dies hatte finanzielle Einbussen für beide Parteien zur Folge. Novartis verkaufte weniger Lucentis, und Genentech bzw. der Roche-Konzern nahm dadurch weniger Lizenzgebühren ein. Die erhöhte Nachfrage nach Avastin konnte diese Verluste nicht kompensieren, da dieses Arzneimittel erheblich günstiger war.<sup>381</sup> In der Folge kamen die beiden Unternehmen unter anderem überein, Anzeigen zu verfassen und zu verbreiten, um die Sicherheit der Verwendung von Avastin bei Augenkrankungen in Zweifel zu ziehen. Im Rahmen der Untersuchung durch die italienische Wettbewerbsbehörde machten die Parteien geltend, dass Novartis ohne die Lizenz für Avastin nicht in den relevanten Markt hätte eintreten können. Dies rechtfertige die Verpflichtung, nicht mit Roche in Wettbewerb zu treten. Die italienische Wettbewerbsbehörde folgte dieser Argumentation nicht.

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hatte der Gerichtshof über die Frage zu befinden, unter welchen Voraussetzungen Wettbewerbsbeschränkungen des Lizenzgebers gegenüber dem Lizenznehmer zulässig sind, wenn dieser nur aufgrund der Lizenz in den relevanten Markt eintreten konnte. Der Gerichtshof befand, dass die Verbreitung der möglicherweise

---

<sup>377</sup> BERNHARD, NZKart 2019, 578, 582; HERFORTH, sic! 2019, 48; LUBITZ, NZKart 2018, 125.

<sup>378</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*.

<sup>379</sup> Die Kosten für die Behandlung mit Avastin wurden voll erstattet, jene für die Behandlung mit Lucentis hingegen nicht, vgl. EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 25 f.

<sup>380</sup> JUNOD/CANAPA, LSR 2018, 248 f. Eine solche Anwendung eines Arzneimittels bei einer von seiner Zulassung nicht gedeckter therapeutischer Indikation wird als *Off-Label-Anwendung* bezeichnet.

<sup>381</sup> JUNOD/CANAPA, LSR 2018, 248 f.

irreführenden<sup>382</sup> Informationen nicht bloss die geschäftliche Selbständigkeit der Vertragsparteien betraf, sondern das Verhalten Dritter, d.h. die Verschreibungspraxis der Ärzte, beeinflussen sollte.<sup>383</sup> Zudem sei das Verhalten nicht im Lizenzvertrag oder anlässlich dessen Abschluss vereinbart worden, sondern erst Jahre später, nachdem Avastin und Lucentis von Ärzten als substituierbar angesehen wurden.<sup>384</sup> Die Verbreitung der Anzeigen sei eine Reaktion auf die ungewollte Substituierbarkeit der Produkte mit dem Ziel, die Lizenz sowohl für den Lizenzgeber als auch für den Lizenznehmer lukrativer zu gestalten, und nicht als objektiv notwendige Nebenabrede zur Durchführung des Lizenzvertrags zu qualifizieren.<sup>385</sup> Eine Absprache zwischen den Vertragsparteien, welche den Wettbewerbsdruck auf das lizenzierte Arzneimittel bei der Anwendung bestimmter Erkrankungen verringern soll, indem sie das Verhalten Dritter zu beeinflussen versucht, sei keine zulässige Nebenabrede und der Anwendung des Kartellverbots nicht entzogen, so der Gerichtshof.<sup>386</sup>

#### 4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Um einem zu weiten Anwendungsbereich des Kartellverbotes vorzubeugen, hat der Gerichtshof das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit geschaffen.<sup>387</sup> Das Spürbarkeitserfordernis ist Bestandteil der materiellen Definition der Wettbewerbsbeschränkung; nur spürbare Beschränkungen werden vom Kartellverbot erfasst.<sup>388</sup>

Eine Einschätzungshilfe der Kommission<sup>389</sup> hinsichtlich der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist die sog. *De-minimis*- oder Bagatellbekanntmachung<sup>390</sup>. Darin stellt die Kommission, entgegen dem Gerichtshof, der die

---

<sup>382</sup> Der Gerichtshof überlässt die eingehende Prüfung, ob die Informationen tatsächlich irreführend sind, dem vorlegenden Gericht, EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 72, 92; vgl. zum Element der Irreführung HEINEMANN/HAGER, in: GS Huguenin, 161 ff.

<sup>383</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 72.

<sup>384</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 73; LUBITZ, NZKart 2018, 125.

<sup>385</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 74.

<sup>386</sup> EuGH Rs. C-179/16 – *Hoffmann-La Roche und Novartis*, N 75.

<sup>387</sup> EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 303, 306.; vgl. EuGH verb. Rs. C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 und 114/73 – *Zucker*.

<sup>388</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 241 m.w.H.; GRAVE/NYBERG, Loewenheim *et al.*, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 290.

<sup>389</sup> Die Gerichte werden dadurch nicht gebunden, vgl. EuGH Rs. C-226/11 – *Expedia*, N 31.

<sup>390</sup> Im Folgenden: *De-minimis*-Bekanntmachung.

quantitative und qualitative Schwere beurteilt, nur auf quantifizierbare Faktoren ab.<sup>391</sup> Unterhalb der Marktanteilsschwelle (10% für horizontale, 15% für vertikale Beschränkungen)<sup>392</sup>, wird die Kommission in Anwendung ihres Aufgreifermessens kein Verfahren eröffnen.<sup>393</sup> Bei bezweckten Wettbewerbsabreden, die als besonders schädlich betrachtet werden, gelten diese Aufgreifkriterien indes nicht. Die Kommission stellt klar, dass Kernbeschränkungen wie etwa die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung der Versorgung oder des Absatzes oder die Zuweisung von Märkten oder Kunden, nicht in den Anwendungsbereich der Bekanntmachung fallen.<sup>394</sup> Gerade in Lizenzverträgen treten solche Abreden aber gehäuft auf.<sup>395</sup>

## 5. Zwischenstaatlichkeit

Das Unionsrecht erfasst eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann“<sup>396</sup>. Das Zwischenstaatlichkeitserfordernis hat die Funktion, den Geltungsbereich des europäischen Kartellrechts von jenem des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten abzugrenzen.<sup>397</sup> Zugleich ist das Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit Ausdruck der *ratio legis* des Art. 101 AEUV, ein System zu schaffen, welches den Binnenmarkt vor Verfälschungen schützt und die Marktintegration fördert.<sup>398</sup>

Das Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit liegt regelmässig bereits vor, wenn an einer Wettbewerbsbeschränkung Parteien aus zwei verschiedenen Mit-

---

<sup>391</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 241.

<sup>392</sup> Ziff. 8 *De-minimis*-Bekanntmachung.

<sup>393</sup> Ziff. 5 *De-minimis*-Bekanntmachung.

<sup>394</sup> Ziff. 13 *De-minimis*-Bekanntmachung.

<sup>395</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 390.

<sup>396</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 389.

<sup>397</sup> EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 303; EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 389; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 26; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 293.

<sup>398</sup> Eine Ausnahme ist nur denkbar, wenn die staatliche Regulierung einem freien und unbeschränkten Handel entgegenstehen würde, HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 303 ff. m.w.H.; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 13.

gliedstaaten beteiligt sind.<sup>399</sup> In diesen Fällen beschränken sich die tatsächlichen oder möglichen Auswirkungen nicht auf einen nationalen Markt, sondern wirken sich auch auf den zwischenstaatlichen Handel aus.<sup>400</sup> Die Kommission hat Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels veröffentlicht, um eine Anleitung für häufig wiederkehrende Fälle zu bieten.<sup>401</sup> Es gelten insbesondere Vereinbarungen als zwischenstaatliche Handelsbeschränkung, welche aufgrund ihrer grenzüberschreitenden Wirkung zur Aufteilung und Abschottung der Märkte führen.<sup>402</sup> Abreden über die Ein- oder Ausfuhr in bzw. aus einem Mitgliedstaat sind schon nach ihrem Wesen geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beschränken; darin liegt das Ziel solcher Vereinbarungen.

Für Lizenzverträge ist das Erfordernis der Zwischenstaatlichkeit meist unproblematisch. In der Regel liegt es bereits vor, wenn die Vertragsparteien aus verschiedenen Mitgliedstaaten sind. Auch wenn der Lizenzvertrag die Ein- oder Ausfuhr in einen Mitgliedstaat regelt, wird das Zwischenstaatlichkeitserfordernis erfüllt. Solche Abreden haben gerade zum Ziel, den zwischenstaatlichen Handel durch Gebietszuweisungen zu beschränken.

## 6. Die Exklusivlizenz als Wettbewerbsbeschränkung

Die nachfolgenden Ausführungen analysieren die bisherige Beurteilung exklusiver Lizenzen in der Europäischen Union.

### 6.1 Nungesser („Maissaatgut“)

Von zentraler Bedeutung<sup>403</sup> für die kartellrechtliche Beurteilung der Exklusivlizenz ist der sog. *Maissaatgut*-Entscheid<sup>404</sup> des Gerichtshofs aus dem Jahr 1982. In diesem hatte der Gerichtshof über die Zulässigkeit einer exklu-

---

<sup>399</sup> Wobei dies keine Voraussetzung der Zwischenstaatlichkeit bildet, EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 32.

<sup>400</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 325; KOSTKA, N 465 f.

<sup>401</sup> Im Folgenden: Leitlinien Beeinträchtigung zwischenstaatlicher Handel.

<sup>402</sup> N 37 Leitlinien Beeinträchtigung zwischenstaatlicher Handel; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 303, 325; EMMERICH, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV, N 116.

<sup>403</sup> AXSTER, GRUR Int. 1982, 646, spricht von einer „schon beinahe legendären Rechtssache“; ACKERMANN, 177, verweist auch auf die lange Verfahrensdauer von dreieinhalb Jahren, den für damalige Verhältnisse grossen Begründungsaufwand von 92 Erwägungen und der Intervention dreier Mitgliedstaaten.

<sup>404</sup> EuGH Rs. C-258/78 – Nungesser.

siven Lizenz<sup>405</sup> für Hybridmais zu befinden, der vom INRA<sup>406</sup> entwickelt worden und Gegenstand eines französischen Sortenschutzrechts war. Weil nach damaliger Rechtslage nur ein deutsches Unternehmen Inhaber deutscher Sortenschutzrechte sein konnte, übertrug das INRA die Maissaatgutsorten für Deutschland im Jahr 1960 Herrn Eisele, einem deutschen Saatguthändler und Inhaber der Nungesser AG. Fünf Jahre später schlossen die Parteien einen weiteren Vertrag ab, gemäss dem Herrn Eisele die ausschliesslichen Herstellungs- und Vertriebsrechte für Deutschland zukommen sollten. Das INRA verpflichtete sich, alle erforderlichen Massnahmen zu treffen bzw. durch die französische Generallizenznehmerin treffen zu lassen, um weitere Ausfuhren des Maissaatgutes nach Deutschland zu unterbinden und sich auch selbst der Nutzung zu enthalten.<sup>407</sup>

Der Gerichtshof hatte zu beurteilen, ob es sich um eine Schutzrechtsübertragung oder eine Lizenz handelte und entschied, dass Letzteres der Fall sei. Der Hauptgrund dafür war, dass die Übertragung der Sortenschutzrechte im ersten Vertrag nur deshalb erfolgt war, weil dem INRA die Möglichkeit verwehrt war, seine Rechte selbst beim deutschen Bundessortenamt eintragen zu lassen. Die beiden Verträge, so der Gerichtshof, bildeten aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ein untrennbares Ganzes.<sup>408</sup>

### a. Zwei Fallgruppen

Betreffend der Zulässigkeit der ausschliesslichen Lizenz schuf<sup>409</sup> der Gerichtshof zwei Fallgruppen: Zur ersten Fallgruppe zählen die sog. offenen ausschliesslichen Lizenzen, welche dadurch gekennzeichnet sind, dass der Lizenzgeber sich verpflichtet, keine weiteren Lizenznehmer für das betreffende

---

<sup>405</sup> Die Kommission verwendete in fraglichen Entscheid den Begriff der ausschliesslichen Lizenz als Synonym für die Exklusivlizenz. Vgl. zu dieser Thematik die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 11 5.3](#).

<sup>406</sup> Institut National de Recherche Agronomique.

<sup>407</sup> EuGH Rs. C-258/78 – Nungesser, 2018 ff.

<sup>408</sup> EuGH Rs. C-258/78 – Nungesser, N 46 f.; zustimmend AXSTER, GRUR Int. 1982, 648; ebenso PIETZKE, GRUR Int. 1982, 537, der zu Recht auf die auf Dauer angelegten Vertragsbeziehungen hinweist.

<sup>409</sup> Diese Unterscheidung stellte ein Novum dar, es gab dafür weder Vorbilder in Literatur oder Judikatur, noch hatten die Verfahrensbeteiligten etwas Vergleichbares vorgebracht, vgl. die Schlussanträge der GA Rozès in Rs. C-258/87; WEDEKIND, 106; EBENROTH/HÜBSCHLE, N 38.



Gebiet einzusetzen und sich auch selbst der Nutzung zu enthalten.<sup>410</sup> Sie bezieht sich also auf das Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Lizenznehmer. Die zweite Fallgruppe bezeichnete der Gerichtshof als ausschliessliche Lizenz mit absolutem Gebietsschutz. Bei dieser Spielart verfolgen die Vertragspartner die Absicht, für das infrage stehende Erzeugnis und Gebiet jeglichen Wettbewerb Dritter, etwa Parallelimporteure oder Lizenznehmer für andere Gebiete, auszuschalten.<sup>411</sup>

Im Sachverhalt des *Maissaatgut*-Falls sind beide Kategorien zu finden. Die Verpflichtung des INRA, das Saatgut in Deutschland durch andere Lizenznehmer weder erzeugen noch verkaufen zu lassen und auf beide Tätigkeiten auch selbst zu verzichten, ist in den Termini des Gerichtshofs eine offene ausschliessliche Lizenz. Die Verpflichtung des INRA dagegen, Dritte zu hindern, das Saatgut ohne Einwilligung Herrn Eiseles nach Deutschland einzuführen und die Geltendmachung des Sortenschutzrechts durch Herrn Eisele, um jede Einfuhr abzuwehren, sah der Gerichtshof als ausschliessliche Lizenz mit absolutem Gebietsschutz an. Im Vergleich zur Kommission beurteilte der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz weniger streng<sup>412</sup> und damit als zulässig, bei der Beurteilung des absoluten Gebietsschutzes folgte er seiner Vorgängerinstanz.<sup>413</sup>

## b. Offene ausschliessliche Lizenz

Die infrage stehende offene ausschliessliche Lizenz betrifft die Stellung Dritter (z.B. Parallelimporteure oder Lizenznehmer anderer Gebiete) nicht und ist jedenfalls nicht zwangsläufig wettbewerbsbeschränkend. Im Einzelfall könne sie mit Art. 85 Abs. 1 EWGV vereinbar sein, und *in casu* sei ein solcher Fall gegeben, so der Gerichtshof. Entscheidend sei, dass sich „ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, welches nicht sicher wäre, dass ihm

---

<sup>410</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

<sup>411</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 26; REYMAN, 172; WERNER, FK Kartellrecht, Gewerbliche Schutzrechte, N 101.

<sup>412</sup> UBERTAZZI, RIW 1983, 924; ULLRICH, GRUR Int. 1984, 96; von einer „äusserst restriktiven Haltung“ der Kommission spricht SINGER, 204.

<sup>413</sup> Im Unterschied dazu forderte GA Rozès in ihren Schlussanträgen die Zulässigkeit beider Lizenzarten. Sie argumentierte insbesondere damit, dass Herr Eisele der Inhaber des Sortenschutzrechts sei und die Verhinderung von indirekten oder parallelen Einfuhren eine Befugnis sei, die sich aus dem „spezifischen Gegenstand“ des Sortenschutzrechts ergebe. Die Ausübung dieser Rechte könne für sich gesehen keinen Wettbewerbsverstoß begründen. Vgl. zum Ganzen die Schlussanträge der GA Rozès in Rs. C-258/87, 2106 ff.

nicht andere Lizenznehmer für das ihm zugeteilte Gebiet oder der Rechtsinhaber selber Konkurrenz machen, veranlasst sehen [könnte], das Risiko des Anbaus und Vertriebs dieses Erzeugnisses nicht zu übernehmen; ein solches Ergebnis wäre der Verbreitung einer neuen Technologie abträglich und würde somit den Wettbewerb zwischen dem neuen Erzeugnis und ähnlichen vorhandenen Erzeugnissen in der Gemeinschaft beeinträchtigen.“<sup>414</sup>

Grossen Stellenwert räumte der Gerichtshof in seiner Beurteilung dem Risiko ein,<sup>415</sup> wobei damit nicht das Forschungs- und Entwicklungsrisiko gemeint sein kann,<sup>416</sup> sondern das im vorliegenden Fall gesteigerte Vermarktungsrisiko. Die Reproduktion hybriden Saatguts ist technisch aufwendig und umweltabhängig, was die Herstellung erschwert.<sup>417</sup> Ebenso anspruchsvoll war der Vertrieb des Hybridmais, da die Sorten bei Vertragsabschluss in Deutschland noch unbekannt waren.<sup>418</sup> Das Risiko der Einführung einer neuen Technologie auf einem noch nicht erschlossenen Markt würde ein Lizenznehmer scheuen, wenn er mit Konkurrenz des Lizenzgebers oder anderen Lizenznehmern rechnen müsste. Dem kann mit einer offenen ausschliesslichen Lizenz bzw. relativem Gebietsschutz<sup>419</sup> begegnet werden, in welcher bzw. bei welchem der Gerichtshof im vorliegenden Fall einen zusätzlichen Anreiz zur Innovationsförderung sah. In diesem Fall wurde die offene ausschliessliche Lizenz als wettbewerbsförderlich<sup>420</sup> qualifiziert. Bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz nicht im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWGV rechtfertigte, sondern die wettbewerbsfördernden Aspekte im Tatbestands-

---

<sup>414</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 57.

<sup>415</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 57; SCHMID, 234 f.; REYMANN, 315; FEIL, Lizenzkartellrecht, 269; ALBERINI, 220.

<sup>416</sup> Die Forschungs- und Entwicklungsarbeit wird im Urteil an anderer Stelle, in N 33, thematisiert. Weiter waren die F&E-Arbeiten zum Zeitpunkt der Lizenzvergabe bereits abgeschlossen, d.h. der Lizenznehmer musste keine solchen Arbeiten mehr ausführen, vgl. WEDEKIND, 108; dem zustimmend SINGER, 241; wohl ebenso ACKERMANN, 181 f.

<sup>417</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 34.

<sup>418</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 56.

<sup>419</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 308.

<sup>420</sup> CASPAR, 159; FISCHER, Wettbewerbseingriffe, 56 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 11.

merkmal der Wettbewerbsbeschränkung würdigte und nach einer ökonomischen Gesamtbetrachtung<sup>421</sup> bereits den Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht als erfüllt sah.

Es offenbart sich ein zweistufiges Prüfungsmuster.<sup>422</sup> Auf der ersten Stufe beurteilte der Gerichtshof die Lizenzierung von Schutzrechten, indem er auf die Art des Schutzrechts abstellte und das zu beurteilende Rechtsverhältnis charakterisierte. Anschliessend prüfte er die Erforderlichkeit einer Ausschliesslichkeitsklausel im konkret vorliegenden rechtlichen und wirtschaftlichen Kontext.<sup>423</sup> In casu hatte der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz in einem ersten Schritt als nicht unzulässig beurteilt und danach im Rahmen einer Nachprüfung der Lizenzvergabeumstände<sup>424</sup> festgestellt, dass sie für das INRA für die Erschliessung des deutschen Marktes notwendig war.<sup>425</sup>

#### *aa) Erfordernis einer neuen Technologie und Generalisierbarkeit*

Zu fragen ist, ob und wie weit die Ausführungen, welche im Kontext der Einführung einer neuen Maissaatgutsorte gemacht wurden, generalisierbar sind, etwa, ob der Gerichtshof die Wettbewerbsförderlichkeit offener ausschliesslicher Lizenzen nur auf den Fall technologischer Innovationen bezog<sup>426</sup> oder mit den Ausführungen zur Verbreitung einer neuen Technologie das Markterschliessungsargument verdeutlichen<sup>427</sup> wollte.<sup>428</sup>

---

<sup>421</sup> Der Gerichtshof erwähnte im vorliegenden Urteil zwar auch den Begriff des spezifischen Gegenstands, verneinte aber die Frage, ob es sich beim Sortenschutzrecht um ein Schutzrecht handle, welches „so spezifische Merkmale aufweist, dass es in Bezug auf die Wettbewerbsregeln eine andere Behandlung als die übrigen gewerblichen Schutzrechte verlangt“. Letztlich erfolgte die Tatbestandsreduktion von Art. 81 Abs. 1 EWGV also aufgrund einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, vgl. REYMANN, 172.

<sup>422</sup> CASPAR, 160.

<sup>423</sup> Diese Prüfung kann zur Folge haben, dass eine Exklusivlizenz je nach rechtlichen oder wirtschaftlichen Umständen unterschiedlich bewertet werden kann, vgl. HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 310.

<sup>424</sup> ULLRICH, GRUR Int. 1984, 96.

<sup>425</sup> WEDEKIND, 110; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 10 f.

<sup>426</sup> Eine solche Interpretation bevorzugen ULLRICH, Kooperative Forschung, 119; EVERLING, EuR 1982, 310; und HAMANN, 230 f.

<sup>427</sup> Bejahend HERRMANN, 112; ACKERMANN, 180 f.; im Ergebnis wohl ebenso EBENROTH/HÜBSCHLE, N 38.

<sup>428</sup> GRÜNVOGEL, 136; CASPAR, 159.

CASPAR argumentiert, dass der Gerichtshof den Markterschliessungsgedanken im *Maissaatgut*-Entscheid lediglich als ein Element bzw. Instrument der wettbewerblichen Gesamtwürdigung verwendet hat.<sup>429</sup> Betrachtet man die Argumentation des Gerichtshofs, muss die Verbreitung einer neuen Technologie als Erfordernis für die Zulässigkeit<sup>430</sup> der offenen ausschliesslichen Lizenz begriffen werden, die erfüllt sein muss, um überhaupt zum zweiten Schritt, der Erforderlichkeitsprüfung, zu gelangen.<sup>431</sup>

Nach EVERLING, einem der Urteilsverfasser der *Maissaatgut*-Entscheidung,<sup>432</sup> wäre die Ausdehnung auf andere gewerbliche Schutzrechte allerdings eine schwerwiegende Fehlinterpretation; die Kernaussage im Urteil *Maissaatgut* würde dadurch gerade in ihr Gegenteil verkehrt.<sup>433</sup> Auch HAMANN spricht sich gegen eine Verallgemeinerung aus, da der Gerichtshof explizit auf die Besonderheit der fraglichen Erzeugnisse abgestellt habe.<sup>434</sup>

## bb) Beurteilung

Es herrscht offenbar Konfusion rund um den Begriff der neuen Technologie und des Anwendungsbereichs der *Maissaatgut*-Kriterien.<sup>435</sup> Die Verwendung des Begriffs „neue Technologie“ spricht nach der hier vertretenen Ansicht dafür, den Anwendungsbereich der *Maissaatgut*-Kriterien nicht über technische Erfindungen pauschal auf alle Immaterialgüterrechte auszudehnen.<sup>436</sup> So fehlt

---

<sup>429</sup> CASPAR, 160.

<sup>430</sup> Der Gerichtshof spricht in der Rs. C-258/78 – *Nungesser*, 58 vielmehr von der Nicht-Unzulässigkeit.

<sup>431</sup> Dies umso mehr, als der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz nicht grundsätzlich für unbedenklich erklärt, sondern nur dann als mit Art. 85 Abs. 1 EWGV konform angesehen hat, wenn sie zur Versorgung eines bis jetzt nicht erschlossenen Marktes mit einer neuen Technologie, die ein besonderes Herstellungs- oder Vertriebsrisiko birgt, notwendig ist. Vgl. dazu WEDEKIND, 112.

<sup>432</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, 2018.

<sup>433</sup> EVERLING, EuR 1982, 310.

<sup>434</sup> HAMANN, 230.

<sup>435</sup> Dies sei wohl der Länge des Urteils und der Obskurität der gewählten Formulierung geschuldet, so HAMANN, 231.

<sup>436</sup> Zu Recht weist ACKERMANN, 181, darauf hin, dass die Vorstellung, eine neue Technologie liege stets vor, wenn die massgeblichen Produkte bereits Gegenstand gültiger Schutzrechte seien, weil die Neuheit eine Voraussetzung für eine Schutzrechtserteilung sei, nicht zu überzeugen vermag; so aber das Verständnis PIETZKES, GRUR Int. 1982, 538.

es etwa Markenlizenzen an einer Technologie, die verbreitet werden könnte.<sup>437</sup> Eine Anwendung der Grundsätze auf weitere Technologierechte<sup>438</sup> ist aber durchaus denkbar, da es sich dabei um technische Erfindungen handelt.<sup>439</sup>

Die Kommission orientierte sich im Nachgang der *Maissaatgut*-Entscheidung streng am Wortlaut des Urteils, stellte hohe Anforderungen an die Neuheit der Technologie und sah bisher stets Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. dessen Vorgängervorschriften erfüllt.<sup>440</sup> Zusätzlich zur Auslegung des Wortlauts kommt die Tatsache dazu, dass eine Vielzahl von Exklusivlizenzen die erwähnten wettbewerbsfördernden Besonderheiten einer neuen Technologie im Sinne des *Maissaatgut*-Urteils nicht aufweist.<sup>441</sup> Unter anderem soll keine neue Technologie vorliegen, wenn andere Unternehmen bereits vergleichbare Technologien besitzen.<sup>442</sup> Der potenzielle Anwendungsbereich der *Maissaatgut*-Rechtsprechung erstreckt sich nach der hier vertretenen Ansicht also auch auf weitere Technologierechte. Ob diese im Einzelfall die Anforderungen der neuen Technologie i.S.d. *Maissaatgut*-Entscheidung erfüllen und somit nicht wettbewerbsschädlich sind, ist eine andere Frage, die nur im Rahmen eines konkreten Falls beantwortet werden kann.

Bei all diesen Überlegungen ist zu bedenken, dass das Urteil 1982 ergangen ist, als jeder Lizenzvertrag bei der Kommission angemeldet und zur Prüfung vorgelegt werden musste, der eine „graue“ Klausel enthielt. Die Schaffung der Kategorie „offene ausschliessliche Lizenz“ könnte stark ergebnisbezogen erfolgt sein: Eine solche Lizenz war *in casu* zulässig und hätte keiner Prüfung bedurft, weil schon keine Wettbewerbsbeschränkung vorlag. Diese Neukategorisierung könnte von der Kommission als strategisches Mittel eingesetzt worden sein, um die Fülle an Anmeldungen etwas zu reduzieren. Es kam im Nachgang der *Maissaatgut*-Entscheidung denn auch zu einer massiven Reduktion der An-

---

<sup>437</sup> In Bezug auf Patente GRÜNVOGEL, 136; UBERTAZZI, RIW 1983, 925 f.; für eine Anwendung auch bei anderen Immaterialgüterrechten FEIL, Lizenzkartellrecht, 268 f.; SINGER, 185.

<sup>438</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO, vgl. die Ausführungen zum Begriff vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 1](#).

<sup>439</sup> UBERTAZZI, RIW 1983, 451; HILKEN, 232; MASSAGUER FUENTES, GRUR Int. 1987, 223; HERR, 61 f.

<sup>440</sup> GRÜNVOGEL, 136; JEANRENAUD, World Competition 1986, 24 f. m.w.H.

<sup>441</sup> HERR, 64; ULLRICH, Kooperative Forschung, 119; HAMANN, 230 ff. m.w.H.

<sup>442</sup> Europäische Kommission IV/31.206 – *Rich Products/Jus-rol*, N 29; nach HERRMANN, 119, hat die Kommission in diesem Entscheid das Erfordernis der neuen Technologie überstrapaziert: Immerhin habe das lizenzierte Know-how den Produktionsvorgang des Lizenznehmers entscheidend verbessert. Auch im *Maissaatgut*-Entscheid sei das Saatgut als solches nicht neu gewesen, habe aber gewisse Vorzüge gegenüber normalem Mais enthalten.

meldungen.<sup>443</sup> Im heute geltenden System der Legalausnahme würden sich solche Überlegungen erübrigen. Nach dieser Argumentation ist der Einzelfallbetrachtung verstärktes Gewicht beizumessen.

### c. *Ausschliessliche Lizenz mit absolutem Gebietsschutz*

Jenen Teil der Vereinbarung, mit dem Gebietsabschottung betrieben wurde, qualifizierte der Gerichtshof in Anknüpfung an seine *Consten-und-Grundig*<sup>444</sup> und *Tepea*<sup>445</sup>-Rechtsprechung als nicht mit Art. 101 Abs. 1 AEUV vereinbar. Absoluter Gebietsschutz, welcher die Überwachung und Verhinderung von Parallelimporten ermöglichen soll, führe zur künstlichen Aufteilung des gemeinsamen Marktes und sei wettbewerbsbeschränkend, so der Gerichtshof.<sup>446</sup> Hier sei die Beeinträchtigung des Intra-brand-Wettbewerbs so schwerwiegend, dass eine mögliche Förderung des Inter-brand-Wettbewerbs in der Abwägung unterliege.<sup>447</sup> Der Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung sei erfüllt. Der Gerichtshof lehnte eine Einzelfreistellung ab, ohne sich genauer mit dem Argument auseinanderzusetzen, dass die Vereinbarung zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen Fortschritts beitragen könne. Absoluter Gebietsschutz gehe stets über das erforderliche Mass hinaus, das zur Erreichung der genannten Ziele unerlässlich sei, auch im Fall eines Erzeugnisses, das von einer Vielzahl an Unternehmen zur Herstellung eines wichtigen Endproduktes verwendet werden soll.<sup>448</sup> Diese Ausführung des Gerichtshofs im Entscheid *Maissaatgut* wurde überwiegend so verstanden, dass absoluter Gebietsschutz selbst bei einem wichtigen und neuartigen Produkt mit erheblichem Marktpotenzial stets nicht unerlässlich und als Folge davon nicht freistellungsfähig sei.<sup>449</sup> Der Markterschliessungsgedanke lasse sich demzufolge nicht verabsolutieren.<sup>450</sup>

---

<sup>443</sup> BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 445; HAMANN, 94 f., 201 m.w.H.

<sup>444</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*.

<sup>445</sup> EuGH Rs. C-28/77 – *Tepea*.

<sup>446</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 60 ff.

<sup>447</sup> EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 391; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 12; ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 28.

<sup>448</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 76 f.

<sup>449</sup> WEDEKIND, 107; NEUMANN, RIW 1985, 93; HEARN, 40 f. Vor diesem Hintergrund unverständlich sind Ausführungen, die (i.c. zulässige) offene ausschliessliche Lizenz könne die Verpflichtung des Lizenzgebers umfassen, andere Lizenznehmer vom Import in das Exklusivgebiet abzuhalten. So aber das Verständnis PIETZKES, GRUR Int. 1982, 538; ebenso GAYK, 76.

<sup>450</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 397.

AXSTER bedauert diese Einschätzung, da sie auf der „lapidaren und pauschalen“ Begründung durch den Gerichtshof beruhe, dass sich eine Auseinandersetzung mit den Umständen des Falls erübrige, weil absoluter Gebietsschutz unter keinen Umständen freizustellen sei.<sup>451</sup> Auch GRÜNVOGEL interpretiert die Ausführungen des Gerichtshofs in der Entscheidung *Maissaatgut* so, dass absolutem Gebietsschutz unter Berufung auf die Erfordernisse des Binnenmarktes praktisch die Stellung eines per-se-Verbots zukommt.<sup>452</sup> HAMANN bedauert die scharfe Trennung der beiden Lizenzkategorien ebenfalls. Dadurch beraube sich der Gerichtshof der Möglichkeit sachgerechter Einzelfallentscheidungen und folge der unflexiblen Doktrin der Verhinderung jeglichen absoluten Gebietsschutzes.<sup>453</sup>

#### d. Keine abstrakten Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Gerichtshof hat im *Maissaatgut*-Urteil wichtige Aussagen zur Wettbewerbsschädlichkeit des absoluten Gebietsschutzes gemacht, deren Bedeutung über den Sortenschutz hinausgeht.<sup>454</sup> Weitergehende Erkenntnisse liefert der Entscheid indes nicht. Der Gerichtshof führte zwar die Begriffe der offenen ausschliesslichen Lizenz und der neuen Technologie ein, stellte aber keine konkreten Erfordernisse auf, die Exklusivlizenzen zu erfüllen haben, um mit dem europäischen Wettbewerbsrecht konform zu sein.<sup>455</sup> Zu Recht weisen HOFFMANN und FEIL darauf hin, dass dem *Maissaatgut*-Entscheid eine generelle Lösung der Problematik von Exklusivlizenzen im europäischen Wettbewerbs-

---

<sup>451</sup> AXSTER, GRUR Int. 1982, 650.

<sup>452</sup> GRÜNVOGEL, 135.

<sup>453</sup> HAMANN, 198. Inzwischen hat sich der Umgang mit absolutem Gebietsschutz etwas flexibilisiert. Die aktuellen TT-Leitlinien erwähnen zwar in N 126, dass Beschränkungen des passiven Verkaufs durch Lizenznehmer in das Gebiet oder an die Kundengruppe eines anderen Lizenznehmers in der Regel eine Kernbeschränkung sind. Es besteht jedoch die Möglichkeit, diese für eine gewisse Zeit vom Kartellverbot auszunehmen, wenn sie objektiv notwendig sind, damit der geschützte Lizenznehmer in einen neuen Markt eintreten kann. In der Regel sollen dafür zwei Jahre ausreichen, der Zeitraum kann im Einzelfall aber auch länger dauern, vgl. dazu die Ausführungen hinten in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3](#). Eine Gegenüberstellung des *Maissaatgut*-Entscheids mit der aktuellen Rechtslage findet sich in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.5](#).

<sup>454</sup> HERR, 61 f.; vgl. ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 28; ablehnend HAMANN, 230 ff.; EVERLING, EuR 1982, 310.

<sup>455</sup> GRÜNVOGEL, 137; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 26; FEIL, Lizenzkartellrecht, 272 f.; FISCHER, Wettbewerbseingriffe, 56.

recht nicht zu entnehmen ist.<sup>456</sup> Nur beispielsweise sei auf die Thematik der Exportverbote verwiesen. SINGER beklagt, dass sich der Gerichtshof im Urteil nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob eine Exklusivlizenz mit Exportverbot des Lizenznehmers (unbeschadet der Möglichkeit von Parallelimporten oder -exporten auf nachgelagerter Stufe) bereits als absoluter Gebietschutz qualifiziert würde.<sup>457</sup> Im Anschluss an die Entscheidung herrschte denn auch erhebliche Unklarheit darüber, ob dem Lizenznehmer auferlegte Exportverbote vom Gerichtshof als absoluter Gebietschutz qualifiziert<sup>458</sup> oder der offenen ausschliesslichen Lizenz zugeordnet<sup>459</sup> würden.<sup>460</sup>

Da diese Problematik nicht Grundlage des Entscheids war, kann nur über eine allfällige Zuordnung des Gerichtshofs spekuliert werden. Die besseren Gründe mögen für die Vermutung sprechen, dass der Gerichtshof ein Exportverbot *in casu* nicht zugelassen hätte.<sup>461</sup> Auch die Praxis der Kommission legt diesen Schluss nahe.<sup>462</sup> Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Gerichtshof ein Exportverbot der offenen ausschliesslichen Lizenz zugeordnet hätte, wäre keine Klarheit geschaffen. Denn der Gerichtshof hat die offene ausschliessliche Lizenz im *Maissaatgut*-Urteil nicht für grundsätzlich unbedenklich, sondern im konkreten Fall aufgrund des besonders hohen Markterschliessungsrisikos als zulässig erachtet.<sup>463</sup> Eine abstrakte Aussage über die Zulässigkeit der offenen ausschliesslichen Lizenz kann dem Urteil hingegen nicht entnommen werden. Welche positiven Voraussetzungen für die Wettbewerbskonformität exklusiver Lizenzen zu erfüllen sind, ist auch nach der Analyse des Grundsatzentscheids offen und bedarf der weitergehenden Untersuchung.

---

<sup>456</sup> HOFFMANN, RIW 1984, 99; FEIL, Lizenzkartellrecht, 272 f.

<sup>457</sup> SINGER, 207.

<sup>458</sup> Für eine solche Zuordnung WEDEKIND, 111 f; 188; HOFFMANN, RIW 1984, 96; HERR, 63; JEANRENAUD, *World Competition* 1986, 32 ff., 43 f.

<sup>459</sup> Zu einer Subsumption unter die offene ausschliessliche Lizenz tendieren AXSTER, GRUR Int. 1982, 649; PIETZKE, GRUR Int. 1982, 538; KRETSCHMER, GRUR 1982, 609.

<sup>460</sup> Nach BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 444, ist das Urteil ambivalent, und es finden sich darin Indikatoren für beide Positionen.

<sup>461</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 6](#).

<sup>462</sup> Vgl. zu einem Exportverbot von Champagner Europäische Kommission IV/30.188 – *Moët et Chandon*, N 13: „Dieses Exportverbot ist seiner Natur nach geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. [...] Es bewirkt eine künstliche Abschottung innerhalb des Gemeinsamen Marktes und steht der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten entgegen.“

<sup>463</sup> Vgl. EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58; nach HAMANN, 232 habe nach der Analyse des Urteils vielmehr der Grundsatz der Unzulässigkeit zu gelten.



## 6.2 Football Association Premier League und Karen Murphy

Einen weiteren wichtigen Entscheid, in welchem eine Exklusivlizenz zu beurteilen war, fällt der Gerichtshof 2012 in den verbundenen Rechtssachen *Football Association Premier League und Karen Murphy*<sup>464</sup>. Im vorliegenden Fall war eine exklusive Urheberrechtslizenz zu beurteilen, welche der Inhaber von Immaterialgüterrechten einem Sendeunternehmen zur Live-Übertragung von Fussballspielen der englischen *Premier League* über Satellitenfernsehen erteilt hatte. Das Sendeunternehmen wurde verpflichtet, keine Decoderkarten an Kunden ausserhalb des zugewiesenen Gebiets zur Verfügung zu stellen, durch welche ihnen der Zugang zu den Schutzrechten des Rechtsinhabers ermöglicht würde (d.h. durch welche sie die Begegnungen auf einem anderen europäischen Sender hätten verfolgen können).<sup>465</sup>

Da Urheberrechte mit Ausnahme der Software-Urheberrechte<sup>466</sup> nicht vom Geltungsbereich der TT-GVO erfasst sind,<sup>467</sup> können die gewonnenen Ergebnisse nicht direkt auf exklusive Technologietransfer-Vereinbarungen übertragen werden. Der Entscheid gibt aber einen Einblick in die aktuelle Praxis des Gerichtshofs zu Gebietsaufteilungen durch Immaterialgüterrechte.

### a. Erwägungen

Der Gerichtshof hat unter Bezugnahme auf die beiden *Coditel*-Entscheidungen<sup>468</sup> festgestellt, dass der alleinige Umstand, dass der Rechtsinhaber eine Exklusivlizenz erteilt hatte und der Lizenznehmer der einzige war, der in einem bestimmten Zeitraum in einem bestimmten Gebiet das Recht hatte, einen Schutzgegenstand von einem anderen Mitgliedsstaat aus über Rundfunk auszustrahlen und dessen Ausstrahlung durch Dritte in einem bestimmten Zeitraum zu verbieten, noch nicht für die Feststellung ausreicht, dass der Lizenzvertrag einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt.<sup>469</sup> Würden hingegen parallel für verschiedene Länder Exklusivlizenzen erteilt, dadurch die Märkte entlang der nationalen Grenzen abgeschottet und die Durchdringung der nationalen Märkte erschwert, bezwecke dies eine Wettbewerbsbeschränkung

<sup>464</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*.

<sup>465</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 146.

<sup>466</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b v ii) TT-GVO; vgl. zu von der TT-GVO erfassten Software-Urheberrechten NORDMEYER, 259 ff.

<sup>467</sup> Vgl. die abschliessende Aufzählung in Art. 1 lit. b TT-GVO.

<sup>468</sup> EuGH Rs. C-62/79 – *Coditel I*; EuGH Rs. C-262/82 – *Coditel II*.

<sup>469</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 137.

i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV.<sup>470</sup> Für Lizenzverträge, die darauf gerichtet sind, die grenzüberschreitende Erbringung von Rundfunkdiensten bzw. den Intra-brand-Wettbewerb zwischen den verschiedenen Sendeunternehmen einzuschränken oder zu untersagen,<sup>471</sup> bestehe die Vermutung, dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, es sei denn, andere Umstände aus dem dazugehörigen wirtschaftlichen oder rechtlichen Kontext würden diese Annahme widerlegen.<sup>472</sup> Der Gerichtshof erwähnte sodann die Möglichkeit einer Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, verneinte jedoch das Vorliegen der dazu nötigen Voraussetzungen.<sup>473</sup>

## b. Analyse

Im Ergebnis blieb der Gerichtshof dem Weg treu, den er 1982 mit dem *Maisaatgut*-Entscheid eingeschlagen hatte.<sup>474</sup> Auch das vorliegende Urteil differenziert zwischen offenen ausschliesslichen Lizenzen und Lizenzen mit absolutem Gebietsschutz. Wiederum betonte der Gerichtshof, dass eine Lizenz mit absolutem Gebietsschutz, welche die Segmentierung des europäischen Marktes anstrebt, das heisst eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, grundsätzlich nicht freistellungsfähig ist.<sup>475</sup> Auffallend ist der Verweis auf die Wechselbeziehung von Verkehrsfreiheiten und Kartellverbot. Die Wertungen, die

---

<sup>470</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 139; GA Kokott setzte in ihren Schlussanträgen die dem Sendeunternehmen auferlegte Verpflichtung, zu verhindern, dass die Decoderkarten, welche den Empfang des lizenzierten Inhalts ermöglichen, ausserhalb des Lizenzgebiets verwendet werden, mit einem Verbot von Parallelexporten gleich, vgl. die Schlussanträge der GA Kokott in den verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, N 247 ff.

<sup>471</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 142.

<sup>472</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 140. Es scheint, dass der Gerichtshof diese sich aus dem wirtschaftlichen oder rechtlichen Kontext ergebenden Umständen neben dem Rechtfertigungstatbestand von Art. 101 Abs. 3 AEUV eigenständige Bedeutung zumisst, obschon sie im Wesentlichen den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV entsprechen. Vgl. dazu HEERMANN, wrp 2012, 377 f.

<sup>473</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 145, mit Verweis auf N 105 ff des Urteils.

<sup>474</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 14; HUGENHOLTZ/POORT, IIC 2020, 177 f.

<sup>475</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 105 ff.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 16. „In other words, a territorial broadcasting licence will never be absolute“, so HUGENHOLTZ/POORT, IIC 2020, 178.

ausschliessliche Lizenzen mit absolutem Gebietsschutz als Wettbewerbsbeschränkungen qualifizieren, ähneln den Rechtfertigungsvoraussetzungen der Verkehrsfreiheiten.<sup>476</sup> Diese Herangehensweise überzeugt. Mit den Verkehrsfreiheiten wird der zwischenstaatliche Handel ermöglicht, mit den Wettbewerbsregeln vor Verzerrungen geschützt – im Ergebnis dienen beide der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes.<sup>477</sup>

## 6.3 Grenzüberschreitender Zugang zu Pay-TV

### a. Erwägungen

Anfang 2014 eröffnete die Europäische Kommission, möglicherweise inspiriert durch den Entscheid des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Football Association Premier League und Karen Murphy*,<sup>478</sup> eine Untersuchung gegen mehrere US-amerikanische Filmstudios und den Bezahlsender Sky UK betreffend exklusiver Urheberrechtlichlizenzvereinbarungen für Filme im Gebiet des Vereinigten Königreichs und Irland.<sup>479</sup> Sie beurteilte insbesondere die Vertragsbestandteile kritisch, die es Sky UK verbieten, Verbrauchern ausserhalb des Vereinigten Königreichs und Irland Zugang zu den dort angebotenen Pay-TV-Diensten anzubieten.<sup>480</sup> Als problematisch beurteilte die Kommission Klauseln, welche den Studios verbieten, Pay-TV-Sendern, die im Europäischen Wirtschaftsraum, aber ausserhalb des Exklusivgebiets ansässig sind, ihre Dienste auf unaufgeforderte Anfragen von Verbrauchern, die im Europäischen Wirtschaftsraum, aber ausserhalb des Exklusivgebiets ansässig sind, zur Verfügung zu stellen.<sup>481</sup> Nach Auffassung der Kommission beschränken diese Klauseln passive Verkäufe und somit den Wettbewerb.<sup>482</sup>

Im April 2016 bot Paramount Verpflichtungszusagen an, die erwähnten Klauseln nicht anzuwenden, um die Bedenken der Kommission auszuräumen. Die

---

<sup>476</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 19; vgl. bereits die Schlussanträge der GA Kokott in den verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, N 249 f., die postulierte, dass die Wertungen der Verkehrsfreiheiten und des Kartellrechts grundsätzlich nicht widersprüchlich sein dürfen.

<sup>477</sup> In diesem Sinne auch die Schlussanträge der GA Kokott in den verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, N 249.

<sup>478</sup> So die Vermutung von HUGENHOLTZ/POORT, IIC 2020, 178.

<sup>479</sup> Vgl. Europäische Kommission, AT.40023, Investigation.

<sup>480</sup> Europäische Kommission AT.40023, Press Release, N 75.

<sup>481</sup> Europäische Kommission AT.40023, Press Release, N 75.

<sup>482</sup> Europäische Kommission AT.40023, Press Release, N 76.

Kommission nahm die Zusagen an und erklärte sie für rechtlich bindend.<sup>483</sup> Der französische Bezahlser der *Canal+* focht die Entscheidung der Kommission bezüglich der Verpflichtungszusagen *Paramounts* an, unterlag aber vor dem Europäischen Gericht. Das Gericht betonte, dass es durchaus zulässig sei, einem einzigen Lizenznehmer exklusiv das Recht einzuräumen, audiovisuelle Inhalte in einem Mitgliedstaat auszustrahlen.<sup>484</sup> Eine durch den Ausschluss passiver Verkäufe erreichte Abschottung nationaler Märkte hingegen wirke dem Ziel der Verträge, einen Binnenmarkt zu errichten, zuwider und bezwecke eine Wettbewerbsbeschränkung.<sup>485</sup> *Canal+* brachte unter anderem vor, dass dies zur Wahrung der kulturellen Vielfalt erforderlich und somit gerechtfertigt sei.<sup>486</sup> Das Gericht sah jedoch keinen der in Art. 101 Abs. 3 AEUV statuierten, kumulativ erforderlichen Rechtfertigungsgründe erfüllt.<sup>487</sup> Mit Verweis auf das *Maissantgut*-Urteil hielt es fest, dass „ein absoluter Gebietsschutz offensichtlich über das hinaus[geht], was für die in Art. 101 Abs. 3 AEUV vorausgesetzte Verbesserung der Erzeugung oder Verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unerlässlich ist“<sup>488</sup>.

Innerhalb weniger Tage nach dem Entscheid boten auch die übrigen Studios und Sky UK an, auf die kritischen Klauseln zu verzichten.<sup>489</sup> *Canal+* focht das Urteil des Gerichts an; die Rechtssache ist derzeit beim Gerichtshof anhängig.<sup>490</sup>

## b. Analyse

Das Gericht wies im Entscheid ausdrücklich darauf hin, dass die Exklusivlizenz zulässig sei. Auf dieses klare und wichtige Bekenntnis folgte aber unmittelbar die Einschränkung, dass diese nicht den Zielen der Verträge zuwiderlaufen dürfe. Auch über dreissig Jahre nach dem Urteil behält der Kernsatz des *Maissantgut*-Urteils also seine Gültigkeit: Absoluter Gebietsschutz, resümierte das Gericht in *Canal+* mit Verweis auf das *Maissantgut*-Urteil, gehe stets über die in Art. 101 Abs. 3 AEUV erwähnten Rechtfertigungsgründe hinaus.<sup>491</sup> Auch

---

<sup>483</sup> Europäische Kommission, AT.40023, Commitments.

<sup>484</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 44.

<sup>485</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 45 f.

<sup>486</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 29 ff.

<sup>487</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 67.

<sup>488</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 68.

<sup>489</sup> Europäische Kommission AT.40023, Press Release, N 42.

<sup>490</sup> EuGH Rs. C-132/19 P.

<sup>491</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 68 m.w.H.

in einem 2019 ergangenen Entscheid kam die Kommission zum Schluss, dass der Sportartikelhersteller Nike unzulässige territoriale Beschränkungen in Lizenzverträgen vereinbart hatte.<sup>492</sup> Die Kommission wies darauf hin, dass die vereinbarten Beschränkungen sowohl nach der Vertikal-GVO als auch nach der TT-GVO Kernbeschränkungen darstellten.<sup>493</sup> Zudem gebe es keine Hinweise darauf, dass die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln zum Schutze der Investitionen der Einzelhändler oder zur Verhinderung des *free riding* zwischen Lizenznehmern unerlässlich seien.<sup>494</sup> Das entschiedene Vorgehen der Kommission in den erwähnten Fällen zeigt den hohen Stellenwert auf, den die Kommission passiven Verkäufen in der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes zumisst.

## II. Freistellung

Die Freistellung einer Wettbewerbsabrede kann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall oder gruppenweise erfolgen. Im Folgenden werden beide Möglichkeiten kurz umrissen.

### 1. Einzelfreistellung

Im Rahmen einer Einzelfreistellung prüft die Kommission anhand des konkreten Falls, ob eine unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallende Wettbewerbsbeschränkung freizustellen ist und im Ergebnis doch nicht vom Kartellverbot erfasst wird. Voraussetzung dafür ist nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, dass die Verbraucher angemessen am Gewinn beteiligt werden und ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts geleistet wird. Kumulativ dürfen den beteiligten keine Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder ihnen die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb gänzlich auszuschalten.<sup>495</sup> Ist eine Voraussetzung nicht erfüllt, kommen der Verbotstatbestand und die Nichtigkeitsfolge in

---

<sup>492</sup> Europäische Kommission AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*.

<sup>493</sup> Europäische Kommission AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*, N 130.

<sup>494</sup> Europäische Kommission AT.40436 – *Ancillary Sports Merchandise*, N 132.

<sup>495</sup> ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 125 ff.; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 376 ff. m.w.H.

Art. 101 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AEUV zum Tragen. Werden alle Voraussetzungen erfüllt, ist die betreffende Vereinbarung *ipso iure* vom Kartellverbot freigestellt.<sup>496</sup>

## 2. Gruppenfreistellung

Nach Art. 101 Abs. 3 AEUV können ganze Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen freigestellt werden. Eine gruppenweise Freistellung erfolgt durch eine Verordnung. Gruppenfreistellungsverordnungen werden für häufig vorkommende Vereinbarungen erlassen. Die darin aufgeführten Klauseln sind von Gesetzes wegen zulässig.<sup>497</sup> Kommt es zu einem Wettbewerbsverfahren, kann das begünstigte Unternehmen sich auf die Freistellung berufen, ohne den Nachweis der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erbringen zu müssen.<sup>498</sup> Es ist lediglich darzulegen, dass die Vereinbarung unter die Gruppenfreistellungsverordnung fällt.<sup>499</sup> Im Verhältnis zum Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV sind die Gruppenfreistellungsverordnungen nach mittlerweile überwiegender Mehrheit des Schrifttums *Leges speciales*. Dies bedeutet, dass ihnen trotz tieferem Stand in der Normenhierarchie konstitutive Wirkung zukommt.<sup>500</sup>

### 2.1 Konzeptionelle Einordnung der TT-GVO

Das Vorliegen der Voraussetzungen wird vermutet, wenn die Vereinbarung sekundärrechtlich von einer Gruppenfreistellung erfasst wird.<sup>501</sup> Die TT-GVO ist eine Gruppenfreistellungsverordnung im Sinne des Art. 101 Abs. 3 AEUV und als solche integraler Bestandteil des europäischen Kartellrechts. Der Gleich-

---

<sup>496</sup> Trotz „Kann-Vorschrift“ besteht in dieser Hinsicht kein Ermessensspielraum der Kommission, so LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 97.

<sup>497</sup> EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 176; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 416; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 386.

<sup>498</sup> EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 176; NORDEMANN, Loewenheim et al., Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 209; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 129.

<sup>499</sup> Jeder Gruppenfreistellungsverordnung liegt die Annahme zugrunde, dass alle darin freigestellten Vereinbarungen die vier kumulativ erforderlichen Voraussetzungen einer Einzelfreistellung erfüllen, vgl. N 53 TT-Leitlinien.

<sup>500</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 130; ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 348 f.; FUCHS, ZWeR 2005, 10 ff.; WAGNER, wtp 2003, 1374 ff.

<sup>501</sup> N 53 TT-Leitlinien; ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 348; KLAWITTER, Lizenzverträge, 20.

lauf zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und der spezifisch mit lizenzkartellrechtlichen Wertungen versehenen TT-GVO ist bereits im Aufbau festgelegt.<sup>502</sup>

Einher mit dem Prinzip des *safe harbor* geht das durch die praktisch zeitgleich mit der TT-GVO 04 in Kraft gesetzte Kartellverfahrensordnung eingeführte Prinzip der Legalausnahme.<sup>503</sup> Das Eingreifen einer Gruppenfreistellungsverordnung führt zu einer Beweislastumkehr zugunsten der Partei, die sich auf die Gruppenfreistellung beruft, wobei es ihr obliegt, die Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungen nachzuweisen.<sup>504</sup> Liegen die Voraussetzungen vor, ist die Vereinbarung *ipso iure* vom Kartellverbot freigestellt.<sup>505</sup>

## 2.2 Prinzip der Legalausnahme

Ob die Abrede den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV und ggf. die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt, haben die Unternehmen im Rahmen der Selbsteinschätzung eigenständig zu beurteilen.<sup>506</sup> Die Freistellung wird nicht wie vor dem Inkrafttreten der Kartellverfahrensordnung behördlich festgestellt. Unter anderem zur Erleichterung der Selbsteinschätzung hat die Kommission die TT-Leitlinien veröffentlicht, welche sich detailliert mit den Regelungen der TT-GVO befassen.<sup>507</sup> Trotz dieser ausführlichen behördlichen Darstellung können nicht alle Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit bestimmter Vertragsklauseln antizipiert und beantwortet werden, was zu Lasten der Vertragsparteien geht.<sup>508</sup> Das Prinzip der Legalausnahme

---

<sup>502</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 110; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 40.

<sup>503</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 11; MAMANE, sic! 2004, 616; GROSS, N 584; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 97 ff.; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 419; ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 43 ff.

<sup>504</sup> ECKARD, 457; BARTENBACH, N 724; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 87 f.

<sup>505</sup> Art. 1 Abs. 2 Kartellverfahrensordnung.

<sup>506</sup> Dies bedingt eine Vorabanalyse der Wettbewerbsbedingungen einschliesslich einer Definition der relevanten Märkte, vgl. SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 444; KLAWITTER, Lizenzverträge, 19.

<sup>507</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 15; HAUCK, Beurteilung, N 159; ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 89.

<sup>508</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 3.

führt also zum Abbau bürokratischen Aufwands und zu gesteigerter unternehmerischer Eigenverantwortung, im Gegenzug wird die Rechtssicherheit vermindert.<sup>509</sup>

---

<sup>509</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 16; MAMANE, sic! 2004, 623; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 444; ZÖTTL, wrp 2005, 34; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 242; ELLGER, Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 3 AEUV, N 63 ff.



# Kapitel 4: Beurteilung von Exklusivlizenzen nach der TT-GVO und den TT-Leitlinien

## I. Vorbemerkungen

Der TT-GVO liegt die Annahme zugrunde, dass die Lizenzierung technischer Informationen prinzipiell positiv für den Wettbewerb ist.<sup>510</sup> Insgesamt sollen die Bestimmungen der TT-GVO den Technologietransfer zwischen Unternehmen vereinfachen und auf eine klare rechtliche Grundlage stellen. Der technische Fortschritt, welcher die Verbraucherwohlfahrt steigert und eine effiziente Ressourcenallokation bewirkt, soll gesichert werden.<sup>511</sup> Nicht zuletzt trägt die Verbreitung innovativer Technologien auch zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarktes im globalen Kontext bei.<sup>512</sup> Die Förderung des Technologietransfers bedarf dazu aber rechtlicher Rahmenbedingungen, die einen Interessenausgleich zwischen Rechtsinhabern und Nutzern schaffen. Während Erstere zur Lizenzierung und zur Technologieverbreitung angeregt werden sollen, ist Letzteren ein Anreiz zu setzen, in die Technologie zu investieren und sie möglichst breit zu nutzen.<sup>513</sup>

Der Verordnung und den dazugehörigen TT-Leitlinien kann der rechtliche Rahmen entnommen werden, in welchem sich eine Verpflichtung bewegen muss, um freistellungsfähig und damit wettbewerbskonform zu sein. In ihr werden die Wertungen von Art. 101 AEUV für den spezifisch lizenzkartellrecht-

---

<sup>510</sup> Besonders deutlich N 9 TT-Leitlinien: „Die meisten Lizenzvereinbarungen schränken den Wettbewerb nicht ein und bringen wettbewerbsfördernde Effizienzvorteile mit sich. Die Lizenzvergabe fördert schon an sich den Wettbewerb, da sie eine Verbreitung der Technologie bewirkt und Lizenzgeber wie Lizenznehmer zur Innovation anregt“; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 7, macht darauf aufmerksam, dass dies nicht zur Maxime „jeder Technologietransfer ist besser als keiner“ gemäss der früheren Wettbewerbsöffnungstheorie verleiten dürfe, da Technologietransfer-Vereinbarungen von Natur aus ein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial in sich tragen.

<sup>511</sup> BURGSTALLER/LETTNER, 257; DEL TIEMPO MATANZO, 24; BARTENBACH, N 767; ALBERINI, 68 f., 80.

<sup>512</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 1.

<sup>513</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 2; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 7; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Einführung N 1.

lichen Rahmen präzisiert.<sup>514</sup> Im Rahmen der Abschaffung des Anmelde- und Genehmigungsverfahrens sowie der Einführung der Kartellverfahrensordnung wurde der Grundsatz „Was nicht verboten ist, ist erlaubt“ etabliert.<sup>515</sup> Konsequenterweise enthält die TT-GVO 2014, wie auch schon ihre Vorgängerverordnung, darum keine „weissen“ Klauseln mehr, in denen die explizit zulässigen Klauseln aufgezählt werden. Stattdessen sind in den Art. 4 und 5 TT-GVO sie sog. Kernbeschränkungen und nichtfreigestellten Beschränkungen<sup>516</sup> aufgeführt. Eine Kernbeschränkung nimmt dem ganzen Vertrag die Möglichkeit zur gruppenweisen Freistellung. Liegt eine nichtfreigestellte Beschränkung vor, ist nur die betreffende Klausel nicht gruppenfreistellungsfähig, der Rest des Vertrags hingegen bleibt davon unberührt und ist weiterhin freigestellt. Die Einschätzung, ob eine Kernbeschränkung oder eine nichtfreigestellte Beschränkung vorliegt, obliegt den Vertragsparteien.<sup>517</sup>

Besondere Bedeutung für die Auslegung und das Verständnis der TT-GVO haben die TT-Leitlinien, in welchen die Kommission ihre Auffassung darlegt.<sup>518</sup> Einerseits geben die Leitlinien Orientierung und verschaffen somit Rechtssicherheit, andererseits kommt ihnen die Aufgabe zu, im modernen europäischen Kartellrecht, in welchem die Rechtsanwendung zumeist dezentral geschieht, eine einheitliche Rechtsanwendung durch die nationalen Behörden und Gerichte sicherzustellen.<sup>519</sup> Es handelt sich bei den Leitlinien nicht um

---

<sup>514</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 110, weisen bezüglich der Funktionsweise darauf hin, dass die TT-GVO, im Unterschied zu den amerikanischen IP Guidelines, nicht neben dem allgemeinen Kartellrecht steht, sondern integraler Bestandteil dessen ist.

<sup>515</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 33; BARTENBACH, N 766; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 117; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 789; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 29; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 2 N 2.

<sup>516</sup> Diese werden, ganz nach der „alten“ Farbenlehre der Vorgängerverordnungen, als schwarze oder graue Klauseln bezeichnet, vgl. SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 10.

<sup>517</sup> BARTENBACH, N 775.

<sup>518</sup> BURGSTALLER/LETTNER, 258; KLAWITTER, Lizenzverträge, 24; BARTENBACH, N 778; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1299; HOFFMANN, Dausen/Ludwigs, Art. 101 AEUV N 231.

<sup>519</sup> PAMPEL, EuZW 2005, 11; HERR, 162 f.

Rechtsakte i.S.d. Art. 288 AEUV, womit für mitgliedstaatliche Behörden und Gerichte keine Bindungswirkung besteht.<sup>520</sup> Eine Selbstbindung der Kommission an ihre Leitlinien wird weitestgehend befürwortet.<sup>521</sup>

Für die kartellrechtliche Beurteilung von Technologietransfer-Vereinbarungen offenbart sich folgender Prüfablauf: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob gemäss den Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV ein potenzieller Verstoss gegen das Kartellrecht vorliegt und der Lizenzvertrag der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt, das Spürbarkeitskriterium also erfüllt ist. Danach ist in einem zweiten Schritt anhand der TT-GVO zu ergründen, ob eine oder mehrere Klauseln vom Kartellverbot freigestellt sind. Auf diesen zweiten Schritt richtet sich der Fokus der nachstehenden Ausführungen.

## II. Legaldefinition der Exklusivlizenz

Eine der Neuerungen der TT-GVO 2014 gegenüber ihrer Vorgängerverordnung ist die Legaldefinition der Exklusivlizenz in Art. 1 Abs. 1 lit. p. Danach ist eine Exklusivlizenz „eine Lizenz, bei der der Lizenzgeber selber mit den lizenzierten Technologierechten weder im Allgemeinen noch im Hinblick auf eine bestimmte Nutzung oder in einem bestimmten Gebiet produzieren darf und diese Technologierechte auch nicht an Dritte vergeben darf“.

In der Literatur wird vertreten, dass sich eine Exklusivlizenz i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO bloss auf die Produktion, nicht aber auf den Vertrieb be-

---

<sup>520</sup> KORAH, Intellectual Property Rights, 23, macht jedoch darauf aufmerksam, dass die Leitlinien mittlerweile zu ziemlich hartem „soft law“ geworden sind; dem zustimmend ENCHELMAIER, GRUR Int. 2006, 676; WINZER, Teil 6 N 296 f.; HERR, 162; BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 457. Eine vertiefte Untersuchung zur Verbindlichkeit von Leitlinien der Europäischen Kommission findet sich bei SCHWEDA, WuW 2004, 1133 ff.

<sup>521</sup> PAMPEL, EuZW 2005, 12; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 82; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 16; FRÜH, 224; KLAWITTER, Lizenzverträge, 24 f.; WINZER, Teil 6 N 296, spricht den Leitlinien eine überaus hohe faktische Relevanz und eine konkrete Bedeutung zu, da die Kommission keine Zwangsmassnahmen ergreifen werde, wenn Unternehmen im Vertrauen auf die Leitlinien Vereinbarungen treffen, die von Gerichten als Wettbewerbsverstösse qualifiziert werden, weil diese anderer Auffassung als die Kommission sind.

ziehe.<sup>522</sup> Sowohl der Wortlaut der Definition als auch praktische Erwägungen legen nach der hier vertretenen Ansicht jedoch ein umfassendes Verständnis nahe, wie bei den Begriffsdefinitionen bereits ausführlich aufgezeigt wurde.<sup>523</sup> Nachfolgend findet sich ein kurzer Überblick über die wichtigsten Argumente.

Erstens beschränkt sich die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO auf eine negative Umschreibung dessen, was der Lizenzgeber nicht mehr darf. Eine positive Aussage darüber, ob bzw. was der Lizenznehmer herstellen, nutzen oder vertreiben darf, ist ihr nicht zu entnehmen. An der einseitigen Fokussierung auf die negativen Befugnisse des Lizenzgebers leidet die Verständlichkeit der Legaldefinition. Zweitens bezeichnet die Kommission die Kernbeschränkung, nicht in einem bestimmten Gebiet zu produzieren und/oder nicht in diese bzw. an dort ansässige Kundengruppen zu verkaufen,<sup>524</sup> als Exklusivlizenz.<sup>525</sup> Und drittens entspricht das umfassende Verständnis den Interessen der Vertragsparteien. Eine Exklusivlizenz wird oft gewährt, weil der Lizenzgeber an einer langfristigen Geschäftsbeziehung mit dem Lizenznehmer interessiert ist, höhere Erträge erwirtschaften kann,<sup>526</sup> kein eigenes Kapital in Drittländern einsetzen will, mit den örtlichen Besonderheiten zu wenig vertraut ist oder Exporthindernisse bestehen.<sup>527</sup> Das Ziel muss also sein, dem Lizenznehmer das selbständige Wirtschaften mit der Technologie zu ermöglichen. Eine Situation, in der dieser bloss herstellen, nicht aber verkaufen darf, entspräche dagegen eher dem klassischen Outsourcing.

---

<sup>522</sup> AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 190 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 132 f.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 103 mit Verweis auf N 190 der TT-Leitlinien; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 579; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 1 N 88; WINZER, Teil 6 N 213 attestiert immerhin, dass ein solches Verständnis entgegen dem allgemein üblichen Gebrauch des Begriffs sei; ebenso DEL TIEMPO MATANZO, 148; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 166 ff. behandelt die Exklusivlizenz und Verkaufsbeschränkungen jeweils unter separaten Überschriften; ebenso BURGSTALLER/LETTNER, 311; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 78 ff.

<sup>523</sup> Vgl. die umfassenderen Ausführungen dazu vorne in [Teil 1 Kapitel 11.1](#).

<sup>524</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO.

<sup>525</sup> N 105 TT-Leitlinien.

<sup>526</sup> RADAUER/DUDENBOSTEL, PATLICE-Survey, 61 f.

<sup>527</sup> BARTENBACH, N 9; ALBERINI, 49. Weiter können auch die bessere Sprachkenntnis sowie die lokale Verankerung oder das bestehende Netzwerk des Lizenznehmers im Zielmarkt Argumente für eine Exklusivlizenz sein. Zudem gibt es branchenspezifische Gründe, beispielsweise die verschiedenen Zulassungsverfahren vor meist nationalen Gesundheitsbehörden im Pharmabereich.

### III. Anwendungsbereich

#### 1. Sachlicher Anwendungsbereich

Damit die TT-GVO sachlich anwendbar ist, muss eine Technologietransfer-Vereinbarung vorliegen.<sup>528</sup>

##### 1.1 Technologie

Die TT-GVO 2014 führte den Begriff der Technologierechte ein. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO fallen neben Know-how die folgenden Immaterialgüterrechte einschliesslich aller entsprechenden Anmeldungen unter diesen Begriff: Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleitererzeugnissen, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche vergeben werden können, Sortenschutzrechte und Software-Urheberrechte. Urheberrechtslizenzen (mit Ausnahme von Softwarelizenzen<sup>529</sup>) und Markenlizenzen erfasst die TT-GVO nicht. Nach Art. 2 Abs. 3 TT-GVO bezieht sich die Freistellung allerdings auch auf diese, wenn „diese Bestimmungen unmittelbar mit der Produktion oder dem Verkauf von Vertragsprodukten verbunden sind“.<sup>530</sup>

##### 1.2 Transfer

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO ist eine Technologietransfer-Vereinbarung eine zwischen zwei Unternehmen geschlossene Vereinbarung über die Lizenzierung von Technologierechten mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten durch den Lizenznehmer und/oder dessen Zulieferer. Die aktuelle TT-GVO setzt nicht mehr voraus, dass der Technologietransfer der Hauptgegenstand der Vereinbarung ist.<sup>531</sup>

---

<sup>528</sup> Vgl. dazu im Einzelnen die Ausführungen zu den Definitionen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 2](#).

<sup>529</sup> Wobei die reine Vervielfältigung und der reine Vertrieb, d.h. das Erstellen von Kopien für den Weiterverkauf, nicht als Produktion i.S.d. TT-GVO gilt – Softwarevertriebslizenzen sind also nicht nach der TT-GVO zu beurteilen. Softwareüberlassungsverträge können die Voraussetzungen der TT-GVO erfüllen, wenn die lizenzierte Software in das Vertragsprodukt integriert wird, da es sich hierbei um eine Produktion i.S.d. TT-GVO handelt, so N 62 f. TT-Leitlinien; NORDMEYER, 259 ff.; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 52 f.; FRANK, CR 350 f.

<sup>530</sup> Vgl. auch N 49 TT-Leitlinien.

<sup>531</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, 17; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 125.

Auf Schutzrechtsübertragungen ist die TT-GVO grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>532</sup> Erfolgt die Übertragung von Technologierechten zwischen zwei Unternehmen mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten und verbleibt das Verwertungsrisiko zum Teil beim Veräusserer, liegt jedoch eine Technologietransfer-Vereinbarung vor.<sup>533</sup> Es ist davon auszugehen, dass das Verwertungsrisiko mindestens teilweise beim Veräusserer bleibt, wenn sich die Gegenleistung für die Übertragung nach dem Umsatz richtet, den der Erwerber mit den Erzeugnissen erzielt, die mithilfe der übertragenen Technologie produziert wurden oder von der Anzahl der mithilfe der Technologie durchgeführten Arbeitsvorgänge abhängt.<sup>534</sup>

## 2. Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich der TT-GVO erstreckt sich auf den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum. Ebenfalls erfasst sind gemäss dem Auswirkungsprinzip Vereinbarungen, die für Drittländer ausserhalb der EU abgeschlossen werden, sich aber im Binnenmarkt auswirken.<sup>535</sup> Konsequenterweise fallen nach dem Auswirkungsprinzip auch Lizenzvereinbarungen in den Anwendungsbereich der TT-GVO, die sich formal nur auf einen Mitgliedstaat beziehen (und denen damit das zwischenstaatliche Element fehlt), wenn die dort getroffenen Regelungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Die Nationalität und der Unternehmenssitz der Vertragsparteien sind irrelevant.<sup>536</sup>

## 3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Art. 10 TT-GVO sieht für Verträge, die am 1. Mai 2014 bereits in Kraft standen und den Anforderungen der TT-GVO 04 genügten, jenen der TT-GVO 2014 aber nicht, eine einjährige Übergangsfrist vor. Seit deren Verstreichen am 30. April 2015 werden alle Lizenzverträge alleine nach der aktuellen TT-GVO beurteilt. Art. 11 TT-GVO schreibt ihre Geltung bis zum 30. April 2026 vor.

---

<sup>532</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1305.

<sup>533</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO.

<sup>534</sup> N 52 TT-Leitlinien; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 43 m.w.H.

<sup>535</sup> GROSS, N 623; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 40; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 116; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 18.

<sup>536</sup> BARTENBACH, N 810 ff.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 116; GRÜNVOGEL, 265.

#### 4. Verhältnis zu anderen Gruppenfreistellungsverordnungen

Berührungspunkte der TT-GVO ergeben sich im Zusammenhang mit den Gruppenfreistellungsverordnungen für Forschung und Entwicklung<sup>537</sup>, Spezialisierungsvereinbarungen<sup>538</sup> und vertikalen Beschränkungen.<sup>539</sup>

Im Rahmen einer F&E-Kooperation führen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsame Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durch. Sie können die daraus gewonnenen Erkenntnisse gemeinsam verwerten oder nicht.<sup>540</sup> In Spezialisierungsvereinbarungen einigen sich zwei oder mehr Parteien über die einseitige oder gegenseitige Spezialisierung oder eine gemeinsame Produktion.<sup>541</sup> Solche Vereinbarungen sind kartellrechtlich äusserst relevant, da es sich bei den Parteien in der Regel um Konkurrenten handelt, die miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>542</sup> Der Fokus der kartellrechtlichen Kontrolle richtet sich daher nicht erst auf den Inhalt eines möglichen Lizenzvertrags, sondern bereits auf die diesem vorgelagerte Zusammenarbeit zwischen den Parteien an sich.<sup>543</sup> Darum beurteilt sich die Zulässigkeit von Forschungs- und Entwicklungs- und Spezialisierungsvereinbarungen nach den jeweiligen sektorspezifischen Gruppenfreistellungsverordnungen.<sup>544</sup>

Art. 9 TT-GVO hält fest, dass die TT-GVO nicht für Vereinbarungen gilt, die nach der F&E- oder der Spezialisierung-GVO zu beurteilen sind.<sup>545</sup> Sie ist jedoch anwendbar, wenn die Beteiligten einer Forschungs- und Entwicklungs-

---

<sup>537</sup> Im Folgenden: F&E-GVO.

<sup>538</sup> Im Folgenden: Spezialisierungs-GVO.

<sup>539</sup> Vgl. zum Ganzen JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1362 ff.; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 250 ff.; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 57 ff.; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 45 ff.; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 51 ff.; ein tabellarischer Vergleich der Kernelemente der verschiedenen Verordnungen findet sich bei ANDERSON/WARNER, N 12.63.

<sup>540</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a F&E-GVO; ausführlich dazu HEIDE, InTeR 2013, 4.

<sup>541</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a Spezialisierungs-GVO.

<sup>542</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 124.

<sup>543</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 124.

<sup>544</sup> Vgl. für einen guten Überblick der einzelnen Voraussetzungen ANDERSON/WARNER, N 12.38 ff.

<sup>545</sup> Art. 9 TT-GVO; N 70 ff., 74 TT-Leitlinien.

kooperation<sup>546</sup> einen Lizenzvertrag mit Dritten abschliessen oder das aus einer Spezialisierungskooperation hervorgegangene Gemeinschaftsunternehmen<sup>547</sup> dies tut.

Bringt ein Unternehmen im Rahmen einer F&E-Kooperation Technologien in das gemeinsame Vorhaben ein, ist unklar, nach welcher GVO dies zu behandeln ist. N 74 der TT-Leitlinien legt nahe, dass die Kommission eine einheitliche Beurteilung vornimmt und den Technologietransfer, zumindest im Vorstadium einer F&E-Kooperation, nach der F&E-GVO beurteilt. Meist liegt ein enger funktionaler Bezug zwischen der Lizenzierung oder Übertragung der Technologierechte und der F&E-Aktivität vor.<sup>548</sup> In Bezug auf die Verwertung der Forschungsergebnisse muss differenziert werden, ob es um die Nutzung *inter partes*, also die Aufteilung der Nutzung im Innenverhältnis, oder die Lizenzierung an Dritte geht. Im ersten Fall ist die F&E-GVO anwendbar, im zweiten die TT-GVO.<sup>549</sup>

Abgrenzungsfragen können sich auch zwischen der Spezialisierungs- und der TT-GVO ergeben. Hier ist danach zu unterscheiden, ob die Vertragsparteien eine einseitige<sup>550</sup> oder gegenseitige<sup>551</sup> Spezialisierung oder eine gemeinsame Produktion<sup>552</sup> vereinbart haben. Vereinbarungen über die einseitige und gegenseitige Spezialisierung werden nach der Spezialisierungs-GVO beurteilt, wenn sie zwischen konkurrierenden Unternehmen abgeschlossen werden.<sup>553</sup> Überwiegt das Element des Technologietransfers, kommt die TT-GVO zur Anwendung. Der Technologietransfer im Zusammenhang mit einem Gemeinschaftsunternehmen wird in der Regel der Spezialisierungs-GVO zugeordnet, da dieser häufig als Nebenbestimmung gewertet wird.<sup>554</sup>

---

<sup>546</sup> N 74 TT-Leitlinien.

<sup>547</sup> N 72 TT-Leitlinien.

<sup>548</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 62.

<sup>549</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 63; ANDERSON/WARNER, N 13.33.

<sup>550</sup> Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b Spezialisierungs-GVO zieht sich bei der einseitigen Spezialisierung eine Partei aus der Herstellung eines Produkts zurück und bezieht dies anschliessend von der anderen.

<sup>551</sup> Bei der wechselseitigen Spezialisierung i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. c Spezialisierungs-GVO verzichten beide Parteien jeweils auf die Herstellung verschiedener Produkte und beziehen diese wechselseitig voneinander.

<sup>552</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. d Spezialisierungs-GVO.

<sup>553</sup> Erwägungsgrund 8 Spezialisierungs-GVO.

<sup>554</sup> N 72 TT-Leitlinien; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 58; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1362; ANDERSON/WARNER, N 13.34.



Die Vertikal-GVO ist subsidiär zu den übrigen Gruppenfreistellungsverordnungen anwendbar.<sup>555</sup> Sobald eine Vereinbarung vom Anwendungsbereich einer anderen Gruppenfreistellungsverordnung erfasst ist, entfällt die Freistellungsmöglichkeit der Vertikal-GVO.<sup>556</sup> Liegt eine Technologietransfer-Vereinbarung i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO vor, kommt die TT-GVO zur Anwendung. Aufgrund des fehlenden Technologietransfers sind reine Vertriebslizenzen davon nicht erfasst und nach der Vertikal-GVO zu beurteilen, reine Herstellungslizenzen hingegen sind nach der TT-GVO zu beurteilen.<sup>557</sup> Gemischte Herstellungs- und Vertriebslizenzen unterliegen der TT-GVO, wenn die Herstellung der Vertragsprodukte einen Hauptgehalt der Vereinbarung bildet und nicht bloss unterstützenden Charakter für die vertikale Vereinbarung hat.<sup>558</sup>

Die Ermittlung der anzuwendenden Gruppenfreistellungsverordnung ist von grosser Wichtigkeit, weil die jeweiligen Verordnungen unterschiedliche Freistellungsvoraussetzungen vorsehen.<sup>559</sup> Insbesondere die Kernbeschränkungen sind je nach GVO unterschiedlich ausgestaltet. Was im relativ weiten Rahmen der TT-GVO zulässig ist, kann nach der Vertikal-GVO eine Kernbeschränkung sein.<sup>560</sup> Und während nach den Ausnahmestimmungen des Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO gewisse Gebiets- oder Kundenaufteilungen möglich sind, lässt Art. 4 Abs. 1 lit. b Spezialisierungs-GVO überhaupt keine solchen zu.<sup>561</sup> Es ist daher essentiell, vor Abschluss der Exklusivlizenz zu wissen, welche Gruppenfreistellungsverordnung anwendbar ist und die Vereinbarung daran auszurichten.<sup>562</sup>

---

<sup>555</sup> Art. 2 Abs. 5 Vertikal-GVO.

<sup>556</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO, N 489 f. m.w.H.

<sup>557</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO, N 498 f.; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1364; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 57; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 56; ANDERSON/WARNER, N 13.35.

<sup>558</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO, N 500; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 55.

<sup>559</sup> PAUTKE, in: Arzneimittelrecht, 11, 13; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 250; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 51.

<sup>560</sup> PAUTKE, in: Arzneimittelrecht, N 11.

<sup>561</sup> AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 253 m.w.H.

<sup>562</sup> Vgl. etwa für den Arzneimittelsektor die überblicksmässige Einteilung von PAUTKE, in: Arzneimittelrecht, N 13, für die auf verschiedene Vertriebsstrukturen anwendbaren Wettbewerbsregeln.

## IV. Konzept der Schirmfreistellung

### 1. Wirtschaftsorientierter Ansatz

Die Freistellung anhand der formell-legalistischen<sup>563</sup> Einordnung in die Kategorien „schwarz“, „grau“ oder „weiss“ ist mit Einführung der TT-GVO 04 einem System gewichen, das stärker auf den Einzelfall, das heisst die konkreten Auswirkungen einer Klausel auf den relevanten Markt, abstellt.<sup>564</sup> Ein Blick auf die Beurteilungskriterien der TT-GVO offenbart den grossen Einfluss des *more economic approach*.<sup>565</sup> Einerseits ist die Marktmacht der Parteien (juristisch abgebildet durch die Marktanteile auf dem von der Vereinbarung betroffenen Markt) massgebend, andererseits ist die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vertragsparteien zu analysieren.<sup>566</sup>

### 2. Marktanteilsschwellen

Gemäss Art. 2 TT-GVO gilt das Kartellverbot nach Massgabe der TT-GVO und des Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht für Technologietransfer-Vereinbarungen; sie sind vom Kartellverbot freigestellt. Erwägungsgrund 5 der TT-GVO weist darauf hin, dass die Wettbewerbsförderlichkeit einer Technologietransfer-Vereinbarung vom Grad der Marktmacht der Parteien abhängt. Die Freistellung gilt deshalb nur innerhalb einer gewissen Marktanteilsschwelle, welche einen Indikator für die Marktmacht der Vertragsparteien darstellt.<sup>567</sup> Liegt der Marktanteil der Parteien unterhalb des festgelegten Schwellenwerts, vermutet die Kommission, dass die Anforderungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.<sup>568</sup>

Den Schwellenwerten kommt die Funktion zu, innerhalb der Legalausnahme einen *safe harbor* zu bieten. Art. 8 TT-GVO geht auf die in der Praxis nicht immer triviale Berechnung der Marktanteilsschwellen ein, was den Parteien

---

<sup>563</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 117.

<sup>564</sup> BARTENBACH, N 777; DEL TIEMPO MATANZO, 26; LEVINA, 14; DREXL, GRUR Int. 2004, 717 ff.; ZÖTTL, wpr 2005, 33; vertieft zur Begründung der Marktanteilsschwellen GROSS, N 656.

<sup>565</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 25 ff. m.w.H.; BARTENBACH, N 777; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 117.

<sup>566</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 26; BARTENBACH, 827.

<sup>567</sup> Erwägungsgrund 10 f. TT-GVO; vgl. auch N 79 TT-Leitlinien.

<sup>568</sup> Erwägungsgrund 10 f. TT-GVO.

die Selbsteinschätzung erleichtern soll.<sup>569</sup> Überschreiten die Parteien die in Art. 3 TT-GVO definierten Schwellenwerte, ist die Gruppenfreistellung durch die TT-GVO nicht mehr möglich, wohl aber die Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>570</sup>

Das Abstellen auf den Marktanteil auf dem relevanten Markt ist Ausdruck des Wandels von einem form- zu einem wirkungsbasierten Ansatz im europäischen (Lizenz-)Kartellrecht,<sup>571</sup> wobei sich die Vorzüge des wirtschaftsorientierten Ansatzes unmittelbar offenbaren. Wird eine gewisse Marktanteilschwelle nicht überschritten, kann die eigentliche Inhaltskontrolle anhand der Vorgaben der TT-GVO beginnen.<sup>572</sup> Liegt sodann keine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 TT-GVO vor, ist die betreffende Klausel *ipso iure* freigestellt. Die privaten und öffentlichen Verwaltungskosten sinken, da es eines langwierigen Anmelde- und Freistellungsverfahrens nicht mehr bedarf.<sup>573</sup>

## 2.1 Konkurrierende und nicht konkurrierende Unternehmen

Welche Marktanteilsschwelle für eine Freistellung maximal erreicht werden darf, hängt davon ab, ob es sich bei den beiden Vertragsparteien um Wettbewerber handelt oder nicht. Konkurrierende Unternehmen dürfen nach Art. 3 Abs. 1 TT-GVO maximal einen Marktanteil von 20% erreichen, nicht konkurrierende Unternehmen dürfen einen Marktanteil von je 30% nicht überschreiten.<sup>574</sup> Hintergrund dafür ist, dass die Gefahren für den Wettbewerb wesentlich höher eingeschätzt werden, wenn Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern vorliegen als wenn die Vertragsparteien auf dem relevanten Markt

---

<sup>569</sup> Kritisch zum wirklichen Nutzen dieser Hilfestellung BARTENBACH, 828; LÜBBIG, GRUR 2004, 484; DREXL, GRUR Int. 2004, 716 ff.; ZÖTTL, wrp 2005, 45; WINZER, Teil 6 N 286 ff. Nach SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 10, hat die Kommission „durch ihre vielschichtige und undurchsichtige Regelung zu den Marktanteilen und ihrer Berechnung das Marktanteilsmodell für den Bereich der Technologietransfer-Vereinbarungen wohl selbst ad absurdum geführt“.

<sup>570</sup> BURGSTALLER/LETTNER, 318; BARTENBACH, N 885; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1322; WHISH/BAILEY, 801.

<sup>571</sup> GRÜNOGEL, 266; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 35; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 259; ARMILLOTTA, 103; CHOI/HEINEMANN, EBOR 2016, 411.

<sup>572</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 46; GROSS, N 654 f.

<sup>573</sup> ARMILLOTTA, 96 f.

<sup>574</sup> N 81 ff. i.V.m. 19 ff. und 79 TT-Leitlinien.

nicht konkurrieren.<sup>575</sup> Ein weiterer Grund für die Unterscheidung ist, dass Art. 4 TT-GVO eine unterschiedliche Liste für Kernbeschränkungen für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern vorsieht.<sup>576</sup>

Art. 1 Abs. 1 lit. n TT-GVO definiert den Begriff der konkurrierenden Unternehmen. Zur Beurteilung, ob es sich bei den Parteien um Konkurrenten handelt oder nicht, ist relevant, ob die Parteien auf demselben relevanten Markt tätig sind und tatsächlich miteinander in Wettbewerb stehen. Der Lizenznehmer wird als potenzieller Wettbewerber angesehen, wenn er ohne die Vereinbarung im Fall einer geringfügigen, aber dauerhaften Erhöhung der Produktpreise wahrscheinlich innerhalb der nächsten ein bis zwei Folgejahre die erforderlichen Investitionen tätigen würde, um in den Markt einzutreten.<sup>577</sup> Zur Marktabgrenzung sind die Definitionen in den Art. 1 Abs. 1 lit. j und k TT-GVO sowie die Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes<sup>578</sup> heranzuziehen.<sup>579</sup>

## 2.2 Sachlich relevanter Markt

Innerhalb des Rechts besteht eine Vielzahl von Marktbegriffen, denen sowohl für die wissenschaftliche Auseinandersetzung als auch in den Entscheidungsgründen der Gerichte grosse Bedeutung zukommt, deren Bedeutungsgehalt aber meist nicht eindeutig ist.<sup>580</sup> Begriffe normativer Natur sind Produktmarkt, Technologiemarkt und Innovationsmarkt.<sup>581</sup> Technologietransfer-Verträge

---

<sup>575</sup> Während Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern den Technologienwettbewerb und den technologieinternen Wettbewerb beschränken können, ist in einer Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern lediglich eine Beschränkung des technologieinternen Wettbewerbs möglich. Dies spricht für eine mildere Behandlung von Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, so HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 143; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1316; GROSS, N 676; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 6; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438; FEIL, Lizenzkartellrecht, 260 f.; ALBERINI, 183 f.; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 68; KELLEZI, sic! 2005, 555; OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 50.

<sup>576</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, 53.

<sup>577</sup> N 31 ff. TT-Leitlinien; GROSS, N 678 m.w.H.

<sup>578</sup> Im Folgenden: Bekanntmachung relevanter Markt.

<sup>579</sup> GROSS, N 658 ff.

<sup>580</sup> FRÜH, 154 f.

<sup>581</sup> Eingehend zum normativen und deskriptiven Gehalt von Marktbegriffen FRÜH, 155.

weisen die Besonderheit auf, dass sie sich auf mehreren Märkten auswirken können.<sup>582</sup> Bei ihrer kartellrechtlichen Beurteilung sind daher mehrere Märkte zu berücksichtigen.<sup>583</sup>

### *a. Produktmarkt*

Ein Produkt und alle weiteren Produkte, welche für Nachfrager eine Alternative dazu sind, bilden den Produktmarkt.<sup>584</sup> Zentrales Kriterium ist die Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite (Bedarfsmarktkonzept), wobei es insbesondere auf die spezifischen Eigenschaften und den Verwendungszweck ankommt.<sup>585</sup> Dies wird mithilfe der Kreuzpreiselastizität der Nachfrage bzw. des SSNIP-Tests gemessen.<sup>586</sup> Dabei kann das praktische Problem bestehen, dass beim Abschluss eines Lizenzvertrags noch nicht abzuschätzen ist, inwieweit die Vertragsprodukte durch andere Produkte ersetzt werden können.<sup>587</sup>

#### *aa) Konkurrierende Unternehmen*

Konkurrierende Unternehmen auf dem Produktmarkt sind gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. n ii) TT-GVO solche, die beide auch ohne Technologietransfer-Vereinbarung auf dem relevanten Markt aktiv wären (tatsächliche Wettbewerber auf dem relevanten Produktmarkt). Auch potenzielle Wettbewerber, also Unternehmen, die unter realistischen Annahmen innerhalb von zwei Jahren<sup>588</sup> in den Markt eintreten würden, wenn sich der relative Preis leicht, aber dauerhaft erhöhen würde, sind von der Legaldefinition erfasst.<sup>589</sup>

---

<sup>582</sup> Vgl. dazu N 21 f. TT-Leitlinien.

<sup>583</sup> N 23 TT-Leitlinien; GRÜNVOGEL, 268 f.; ECKARD, 491; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1324; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 62; GROSS, N 669 ff.; BARTENBACH, N 831 f.; ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 39.

<sup>584</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. j TT-GVO.

<sup>585</sup> Bekanntmachung relevanter Markt, N 36.

<sup>586</sup> Der SSNIP-Test stellt hierzu einzig auf den Preis ab, dazu FRÜH, 147; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 70.

<sup>587</sup> EICKHOFF/WISSEL, WuW 2004, 1248; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 5 f.

<sup>588</sup> N 34 TT-Leitlinien.

<sup>589</sup> Vgl. die Darstellung bei KÉLLEZI, sic! 2005, 556; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 124.

### bb) Marktanteilermittlung

Die Berechnung der Marktanteile im Hinblick auf die Freistellung wird in den N 91 ff. TT-Leitlinien unter Einbezug von Beispielen erläutert.<sup>590</sup> Auf Produktmärkten bestimmt sich der Marktanteil des Lizenznehmers auf Grundlage des Absatzes<sup>591</sup> der Vertrags- und Konkurrenzprodukte, falls er solche ebenfalls verkauft.<sup>592</sup> Bietet der Lizenzgeber ebenfalls Produkte auf dem relevanten Produktmarkt an, sind diese Verkäufe für die Ermittlung seines Marktanteils zu berücksichtigen. Die Verkäufe weiterer Lizenznehmer sind für die Berechnung der Marktanteilsschwellen des Lizenzgebers irrelevant.<sup>593</sup>

### cc) Kritik an der Marktanteilermittlung

Nach Art. 8 lit. b TT-GVO sind die Marktanteile anhand des Umsatzes aus dem Vorjahr zu berechnen. Der Absatzwert, so die Kommission, sei zur Abbildung der Marktstärke der Technologie besser geeignet als die Absatzmenge der Produkte.<sup>594</sup> Diese Berechnungsmethode hat einige Schwächen. Der Absatzwert bezieht eine Reihe von Produktfaktoren mit ein, etwa die Qualität oder die besondere Werthaltigkeit bestimmter Produktionsbestandteile. Auf diese Weise wird der Marktanteil teurerer Produkte systematisch zu hoch ausgewiesen.<sup>595</sup> Sinnvoller wäre es, für die Ermittlung der Marktanteile vorrangig auf die Absatzmenge und erst nachrangig auf den Absatzwert abzustellen. Die TT-Leitlinien definieren in N 92 das Vorjahr als relevanten Zeitraum. Dies ist für Unternehmen von Nachteil, deren Absatz starken Schwankungen unterliegt.<sup>596</sup>

---

<sup>590</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 90, kritisiert, dass diese Informationen nicht Teil der Verordnung sind.

<sup>591</sup> Damit ist der Absatzwert gemeint, N 92 TT-Leitlinien.

<sup>592</sup> BARTENBACH, N 855 f.; DEL TIEMPO MATANZO, 90 f.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 155; WINZER, Teil 6 N 191.

<sup>593</sup> N 91 TT-Leitlinien; BARTENBACH, N 856; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 155.

<sup>594</sup> Art. 8 lit. a TT-GVO, N 92 TT-Leitlinien.

<sup>595</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 162; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 8 N 3, geben jedoch zu bedenken, dass die Möglichkeit, höhere Preise zu verlangen, das Resultat einer entsprechend stärkeren Marktstellung sei.

<sup>596</sup> BARTENBACH, N 858.

## b. Technologiemarkt

Der Technologiemarkt besteht aus einem Immaterialgut bzw. einer Technologie<sup>597</sup> und den nahen Substituten dieser Technologie, welche von Lizenznehmern aufgrund ihrer Eigenschaften, ihrer Lizenzgebühren und ihres Verwendungszwecks als mit der lizenzierten Technologie austauschbar oder substituierbar angesehen werden.<sup>598</sup> Die Aufnahme des Technologiemarktkonzepts ins positive Recht erfolgte mit dem Erlass der TT-GVO 04 und in Anlehnung an das US-amerikanische Recht.<sup>599</sup>

### aa) Konkurrierende Unternehmen

Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. n ii) TT-GVO sind Unternehmen, die Lizenzen für konkurrierende Technologierechte vergeben, konkurrierende Unternehmen auf dem Technologiemarkt. Im Unterschied zu konkurrierenden Unternehmen auf dem Produktmarkt erfasst diese Definition nur tatsächliche, nicht aber potenzielle Wettbewerber.<sup>600</sup>

### bb) Marktanteilsermittlung

Auf dem Technologiemarkt gestaltet sich die Marktanteilsermittlung, deren Kriterien in Art. 8 lit. d TT-GVO definiert und in N 86 ff. TT-Leitlinien präzisiert werden, deutlich diffiziler als auf dem Produktmarkt. Nach der üblichen Methode der Marktanteilsberechnung ist der Marktanteil auf dem Technologiemarkt anhand des Anteils der mit der Technologie erzielten Lizenzgebühren am Anteil des Gesamtbestands der Gebühren für vergleichbare Technologien zu errechnen.<sup>601</sup>

---

<sup>597</sup> In den USA werden die Begriffe *intellectual property* und *technology* in dieser Hinsicht synonym verwendet, Ziff. 3.2.2 IP Guidelines; im Unterschied dazu erwähnt die Europäische Kommission nur den Terminus der Technologie, vgl. N 22 TT-Leitlinien.

<sup>598</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. k TT-GVO; die in N 22 TT-Leitlinien verwendete Formulierung ist deutlich am Bedarfsmarktkonzept orientiert; vgl. dazu auch FRÜH, 156 f.; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 72; KËLLEZI, sic! 2005, 554.

<sup>599</sup> Vgl. Ziff. 3.2.2 IP Guidelines; Europäische Kommission, Evaluierungsbericht TT-GVO 96, N 53; FRÜH, 110; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 439.

<sup>600</sup> N 83 TT-Leitlinien; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 1 N 32; vgl. die Darstellung bei KËLLEZI, sic! 2005, 556.

<sup>601</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1324.

Dabei stellen sich einige praktische Schwierigkeiten. Einerseits ist der Technologieeinsatz<sup>602</sup> und somit auch die Höhe der Lizenzzahlungen in der Regel geheim und der Gesamtbestand an Lizenzeinnahmen auf dem relevanten Technologiemarkt nur schwer feststellbar.<sup>603</sup> Die Vertragsparteien haben typischerweise keine gesicherte Kenntnis darüber, wie viele Lizenzverträge für substituierbare Technologien überhaupt existieren. Andererseits kann die Höhe der Lizenzeinnahmen im Einzelfall minimiert werden, wenn eine Kreuzlizenz oder eine Lieferung gekoppelter Produkte<sup>604</sup> vorliegt.<sup>605</sup> Darum sollen die Marktanteile auf dem Technologiemarkt über den Umweg des Marktanteils (welcher wiederum über den Absatz zu berechnen sein wird)<sup>606</sup> auf dem Produktmarkt festgestellt werden (sog. Fussabdrucktheorie), im Vertrauen darauf, dass „der Fussabdruck auf dem Produktmarkt die Marktstellung einer Technologie in der Regel angemessen widerspiegelt“<sup>607</sup>. Der Marktanteil auf dem Technologiemarkt errechnet sich folglich auf Grundlage des Wertes der vom Lizenzgeber und all seinen Lizenznehmern abgesetzten Produkte, welche die lizenzierte Technologie enthalten.<sup>608</sup>

### cc) Kritik an der Marktanteilsermittlung

Die Anknüpfung an den nachgelagerten Produktmarkt für die Bestimmung des Marktanteils auf dem Technologiemarkt hat zur Folge, dass dieser sich nicht nach dessen gesamten Marktgegenseite bestimmt, sondern nur nach den Technologieabnehmern, welche auf demselben Produktmarkt tätig sind. Kommt einer Technologie das Potenzial zu, auf mehreren Märkten eingesetzt zu werden, ist eine Einzelmarkt Betrachtung nötig.

Zu Recht gibt ECKARD zu bedenken, dass die Bezugnahme auf den Produktmarkt zur Folge hat, dass der Marktanteil eines Lizenzgeber auf dem Technologiemarkt lediglich die Durchdringung des betreffenden Produktmarktes mit der infrage stehenden Technologie abbildet, statt die tatsächlichen Verhält-

---

<sup>602</sup> ECKARD, 492.

<sup>603</sup> Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2004, 219.

<sup>604</sup> Vgl. N 87 TT-Leitlinien.

<sup>605</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 51.

<sup>606</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 162; GROSS, N 672; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 6.

<sup>607</sup> N 87 TT-Leitlinien.

<sup>608</sup> JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1324; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 156 f.; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 6.



nisse auf dem Technologiemarkt darzustellen.<sup>609</sup> Darüber hinaus wird es oftmals aufwändig für ein Unternehmen sein, überhaupt herauszufinden, welche Produkte Technologien, welche mit der lizenzierten Technologie substituierbar sind, enthalten.<sup>610</sup> Eine weitere Schwierigkeit ist, dass sich die Marktanteile auf dem Technologiemarkt schnell und stark verändern können.<sup>611</sup> Damit ist es für Unternehmen schwierig einzuschätzen bzw. bedarf es ihrer dauernden Wachsamkeit, ob sich ihre Vereinbarung noch im sicheren Hafen der TT-GVO befindet oder schon auf dem „offenen Meer“ treibt.<sup>612</sup>

Seit der Einführung der Schwellenwerte besteht grundsätzliche Skepsis, ob die Wettbewerbsverhältnisse auf dem dynamischen Technologiemarkt mit „starken“<sup>613</sup> Marktanteilsschwellen überhaupt zu erfassen sind. Erstens, wird vorgebracht, seien Marktanteilsschwellen kein geeigneter Indikator für die wettbewerbsbeschränkende Wirkung einer Technologietransfer-Vereinbarung, und zweitens fehle es dem Kriterium an Praktikabilität.<sup>614</sup> Überhaupt wird moniert, dass die Marktanteilsschwellen mit 20 bzw. 30% zu tief seien, um den marktpolitischen gewünschten Effekten von Technologietransfer-Vereinbarungen gerecht zu werden; vorgeschlagen wird eine deutliche Anhebung.<sup>615</sup> Umgekehrt bestünde bei höheren Marktanteilsschwellen wohl das Risiko, dass die Freistellung gestützt auf Art. 6 TT-GVO vermehrt wieder entzogen würde. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte dies aber die Ausnahme bleiben.

Die Kritik WINZERS richtet sich in erster Linie gegen die sog. Fussabdrucktheorie, wobei er sich insbesondere an der fehlenden Begründung der Kommission für das gewählte Hilfskriterium stört.<sup>616</sup> Er zweifelt aber auch an der grundsätzlichen Eignung der Theorie: „Die hier umstandslos von der Kommission gezogene Folgerung, dass nämlich der ‚Fussabdruck auf Produktebene

---

<sup>609</sup> ECKARD, 492.

<sup>610</sup> SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 6; Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2004, 219; Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2004, 191.

<sup>611</sup> SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 6.

<sup>612</sup> Eine gewisse Entschärfung dieser Problematik erfolgt durch Art. 8 lit. e TT-GVO, wonach die Freistellung bei Überschreitung der Marktanteilsschwelle noch für zwei Jahre weitergilt.

<sup>613</sup> GRÜNOGEL, 286.

<sup>614</sup> Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2004, 218 f.; Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2004, 188 ff.

<sup>615</sup> Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2004, 219; GRÜNOGEL, 288.

<sup>616</sup> WINZER, Teil 6 N 182.

die Marktstellung einer Technologie angemessen' widerspiegelt, verblüfft den kenntnisreichen Leser. Wer also beim Produktumsatz einen Marktanteil von 20% hat, wird diesen Umsatzanteil auch auf dem Gebiet der Technologielizenzen haben. Mit einer solchen Behauptung das Gebiet der Technologielizenzen an einen Marktbegriff zu binden, ist ein merkwürdiges Unterfangen.<sup>617</sup> Gerade das Gegenteil sei der Fall: Je grösser der Marktanteil eines Unternehmens für ein Produkt im Binnenmarkt sei, desto geringer sei die Wahrscheinlichkeit einer Lizenzvergabe. Kein Unternehmen, so WINZER, würde in einem Markt, auf dem es profitabel agiert, seinen Erfolg riskieren, indem es sich durch die Lizenzvergabe einen direkten Konkurrenten schaffe.<sup>618</sup>

Die Überlegungen zur Fussabdruckstheorie gelten unmittelbar nur für die Zwecke der TT-GVO. Eine Richtlinie zur Anwendung ausserhalb der Gruppenfreistellungsverordnung lässt sich den Leitlinien nicht entnehmen. Im Anwendungsfall ausserhalb der TT-GVO ist daher zuerst zu prüfen, ob der Marktanteil auf dem Technologiemarkt ohne den Umweg über die Fussabdruckstheorie ergründet werden kann.<sup>619</sup>

Das System der Marktanteilsschwellen ist ein Kompromiss, der, gerade da bisher eine wirkliche Alternative dazu fehlt, Unterstützung verdient.<sup>620</sup> Es bleibt jedoch fraglich, ob die Übernahme der Schwellenwerte des Produktmarktes auch für den Technologiemarkt sachgerecht ist.<sup>621</sup>

### c. Innovationsmarkt

In Abgrenzung zu Produkt- und Technologiemarkten umfasst der Innovationsmarkt den diesen Märkten vorgelagerten Bereich, in welchem geforscht und entwickelt wird.<sup>622</sup> Ein Innovationsmarkt besteht aus Aktivitäten zur Forschung und Entwicklung hinsichtlich bestimmter neuer oder verbesserter Produkte oder Verfahren und den Substituten dieser Aktivitäten.<sup>623</sup> Substitute

---

<sup>617</sup> WINZER, Teil 6 N 183.

<sup>618</sup> WINZER, Teil 6 N 183.

<sup>619</sup> Für diese von SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 160 vertretene Ansicht spricht neben ihrer Einfachheit die Einzelfallgerechtigkeit.

<sup>620</sup> In diesem Sinne auch Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2004, 190; GRÜNVOGEL, 287.

<sup>621</sup> Vgl. FRÜH, 315.

<sup>622</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 74.

<sup>623</sup> Die Kommission bezeichnet diese Aktivitäten als F&E-Pole, N 120 Horizontal-Leitlinien; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 75.

davon sind F&E-Aktivitäten, die mit den bestehenden Aktivitäten konkurrieren. Um einen Innovationsmarkt definieren zu können, ist die Zuordnung von F&E-Aktivitäten zu einzelnen Unternehmen Voraussetzung.<sup>624</sup>

Während die US-amerikanischen IP Guidelines zwischen Innovations-, Technologie-, und Produktmarkt unterscheiden<sup>625</sup> und wenn nötig alle drei in die kartellrechtliche Würdigung einbeziehen<sup>626</sup>, äussert sich die TT-GVO nicht zum Konzept des Innovationsmarktes.<sup>627</sup> Das Fehlen des Innovationsmarktkonzepts im Sekundärrecht, so FRÜH, sei von der Kommission durchaus beachtet, da sich diese in der Aufsicht über den (gleichwohl existenten) Innovationswettbewerb eine gewisse Zurückhaltung auferlegen wolle.<sup>628</sup>

Im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Innovationsmarkt ist sodann der Begriff der Innovationsräume (Innovation-Spaces-Ansatz) erwähnenswert. Der Terminus entstammt dem Fusionskontrollrecht. In ihrer *Dow/DuPont*-Entscheidung nahm die Europäische Kommission erstmals eine Identifikation von Innovationsräumen vor und untersuchte die Innovationsfähigkeit auf der Industriebene.<sup>629</sup> Gemäss der Kommission gehören zu einem Innovationsraum die Forschungslinien eines Unternehmens, womit Wissenschaftler, Patente, Wertgegenstände, Ausrüstungen und chemische Klassen erfasst werden, die zusammen ein grösseres Entwicklungsziel verfolgen.<sup>630</sup> Damit trägt die Kommission dem Umstand Rechnung, dass ein Unternehmen nicht gleichzeitig in all seinen Tätigkeitsbereichen Innovationen hervorbringt. Daneben gehören auch frühe Pipelineprodukte, also Produkte, die sich in der ersten von zwei Phasen (der sog. Entdeckungsphase) befinden, zu den Innovationsräu-

---

<sup>624</sup> Vgl. N 120 Horizontal-Leitlinien.

<sup>625</sup> Ziff. 3.2 IP Guidelines.

<sup>626</sup> SCHEUER, 102 f.

<sup>627</sup> In N 26 TT-Leitlinien wird darauf hingewiesen, dass sich bestimmte Lizenzvereinbarungen auf den Innovationswettbewerb auswirken können. In N 25 TT-Leitlinien 04 wurde noch von einer möglichen Auswirkung auf die Innovationsmärkte gesprochen.

<sup>628</sup> FRÜH, 300; mit Verweis auf N 126 Horizontal-Leitlinien; ebenso die Einschätzung BASTIDAS VENEGAS, in: *Intellectual Property and Competition Law*, 482.

<sup>629</sup> Bisher hatte die Kommission auch bei der Analyse der Innovationstätigkeit jeweils konkret abgrenzbare Märkte oder (absehbare) Produkte zugrunde gelegt, WIRTZ/SCHULZ, *NZKart* 2019, 23; PETIT, *Antitrust Law Journal* 2019, 884 ff.

<sup>630</sup> Europäische Kommission, COMP/M.7932 – *Dow/DuPont*, N 1958; vgl. auch den rund ein Jahr später ergangenen Entscheid COMP/M.8084, *Bayer/Monsanto*, N 80.

men. Diese dauert beispielsweise in der Agrochemie drei bis vier Jahre und enthält fokussierte Forschungsziele, welche den blossen Ideenwettbewerb der Forschungslinien überlebt haben.<sup>631</sup>

Innovationsräume, so SCHWALBE/ZIMMER, seien als Äquivalent zu der in der sonstigen wettbewerblichen Analyse verwendeten Marktabgrenzung zu verstehen, die jeweils dann zum Zug kommen sollen, wenn einerseits die entsprechende Marktgegenseite noch fehlt und es andererseits noch keinen hinreichenden Anwendungsbereich und Produktbezug der Forschungsergebnisse gibt.<sup>632</sup> Innovationsräume sind gemäss den vorstehenden Ausführungen als Input-Aktivität für die nachgelagerten Technologie- und Produktmärkte zu verstehen. Der Begriff der Innovationsräume wird teils als Synonym für den Begriff des Innovationsmarktes gesehen, gerade auch vor dem Hintergrund, dass sich das Konzept des Innovationsmarktes bisher nicht ganz durchsetzen konnte.<sup>633</sup> Beide Begriffen – Innovationsmarkt und Innovationsräumen – ist gemeinsam, dass sie einen Untersuchungsrahmen schaffen, um Forschungsanstrengungen miteinander zu vergleichen und die Bedeutung einzelner Innovatoren zu ermitteln. Das Konzept der Innovationsräume geht aber insofern noch einen Schritt weiter, als es den Fokus konkreter, wenn auch früher, F&E-Aktivität auf überlappende Ressourcen, die künftig für konkurrierende Forschungsprojekte verwendet werden können, ausweitet.<sup>634</sup>

Das Konzept der Innovationsräume hat Kritik erfahren. Insbesondere führe der industrieweite Blickwinkel zu einer gewissen Anzahl von Überschneidungen bei Unternehmen, die zwar im gleichen Industriesegment tätig, aber nicht notwendigerweise Wettbewerber auf herkömmlich definierten Märkten sind. Konkrete Forschungsziele, so Fort, seien in der Praxis eher konkrete Wunschvorstellungen am Anfang einer Forschungstätigkeit. Diese würden im Hinblick auf Kundenbedürfnisse formuliert. Bewegten sich Unternehmen in einem ähnlichen Segment, würden auch diese Kundenwünsche und -bedürfnisse relativ ähnlich sein, was zu überlappenden Forschungszielen führe.<sup>635</sup> Bereits der Begriff der Forschungslinie ist sehr weit. Eine solche Ansammlung von Personen und Sachmitteln ist schwer zu identifizieren, da Forschung naturgemäss zu di-

---

<sup>631</sup> Späte Pipelineprodukte der sich anschliessenden zweiten Innovationsphase würden hingegen nicht mehr zum Innovationsraum gehören, so die Kommission in COMP/M.7932, *Dow/DuPont*, N 1960.

<sup>632</sup> SCHWALBE/ZIMMER, 323 f.

<sup>633</sup> So etwa WIRTZ/SCHULZ, NZKart 2019, 22 f.

<sup>634</sup> SCHWALBE/ZIMMER, 324; PETIT, *Antitrust Law Journal* 2019, 890.

<sup>635</sup> FORT, in: *Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts*, 11.

versen Zeitpunkten von unterschiedlichen Personen an verschiedenen Projekten betrieben wird. Damit hält sich der zusätzliche Erkenntnisgewinn durch den Begriff des Innovationsraums in Grenzen. Die Bezeichnung ist derart weit, dass es für Unternehmen nicht genau möglich ist, zu eruieren, welche Innovationsräume sie genau besetzen.<sup>636</sup> Ohne weitere Ausformung durch die Kommission ist das Konzept der Innovationsräume in der Praxis schwierig handhabbar.<sup>637</sup>

Die Einführung einer Innovationsmarktanalyse im europäischen Lizenzkartellrecht wäre mit grossen praktischen Problemen verbunden und würde die Transaktionskosten von Lizenzvereinbarungen erhöhen.<sup>638</sup> Wie bei den Innovationsräumen stellt sich auch hier das Problem, dass selbst den forschenden Unternehmen ist nicht immer klar ist, welche Technologien aus einer Forschungsaktivität hervorgehen könnten. Auch für die Wettbewerbsbehörden ist es schwierig, abzuschätzen, zu welchen Ergebnissen eine F&E-Tätigkeit führen könnte und welchem Innovationsmarkt eine solche Tätigkeit zuzurechnen wäre. Diese fehlende Voraussehbarkeit würde sowohl die Rechtssicherheit als auch die Motivation der betroffenen Unternehmen zur Forschung und Entwicklung schwächen. Weiter können sog. Patentrennen<sup>639</sup>, die zuweilen auf dem Innovationsmarkt zu beobachten sind, negative Wohlfahrtseffekte haben.<sup>640</sup> Der zusätzliche Erkenntniswert einer Innovationsmarktanalyse im Lizenzkartellrecht bleibt somit fraglich<sup>641</sup> und die selbst auferlegte Zurückhaltung der Kommission in diesem Bereich ist lobenswert.

---

<sup>636</sup> FORT, in: Innovation im Kartellrecht – Innovation des Kartellrechts, 11 f.

<sup>637</sup> WIRTZ/SCHULZ, NZKart 2019, 23.

<sup>638</sup> Zum Ganzen SCHEUER, 103 f.

<sup>639</sup> Bei einem Patentrennen investieren mehrere Unternehmen in die Erforschung und Entwicklung einer neuen Technologie. Die Immaterialgüterrechte für diese erhält jedoch nur das erste Unternehmen zugesprochen, die übrigen Unternehmen haben ihre Investitionen unwiederbringlich verloren.

<sup>640</sup> Wie Patentrennen aus einer wohlfahrtsökonomischen Sicht zu beurteilen sind, hängt vom Grad der Unsicherheit hinsichtlich der F&E-Aktivität ab. Ist unsicher, ob der gewählte Forschungspfad zu verwertbaren Ergebnissen führt, ist es grundsätzlich erwünscht, wenn „in alle Richtungen“ geforscht wird. Ist hingegen wahrscheinlich, dass ein einmal gewählter Weg zum Ziel führt, steigt die Gefahr, dass sich die Investitionen, welche für die Erforschung von Alternativen investiert werden, als Verschwendung herausstellen. Vertieft dazu SCHEUER, 8 f., 103 f.

<sup>641</sup> Mit grundlegender Kritik zur Innovationsmarktanalyse CARLTON/GERTNER, in: Innovation Policy and the Economy, 29 ff.

## 2.3 Räumlich relevanter Markt

Für die Marktanteilsberechnung essenziell ist der räumliche Umfang, nach dem sich der relevante Markt bemisst. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. I TT-GVO ist der räumlich relevante Markt „das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte anbieten bzw. nachfragen oder Technologierechte lizenzieren, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von den benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet“.<sup>642</sup> Die Definition wurde mit der TT-GVO 2014 neu eingeführt. Nach den TT-Leitlinien kann sich die räumliche Ausdehnung des relevanten Technologiemarktes bzw. der relevanten Technologiemarkte von der Ausdehnung des relevanten Produktmarktes bzw. der relevanten Produktmärkte unterscheiden.<sup>643</sup>

Ausgangspunkt der Definition ist, wie beim sachlich relevanten Markt, die Nachfragesubstituierbarkeit. Mithilfe des SSNIP-Tests wird geprüft, ob Kunden bei einer geringfügigen, aber dauerhaften Preiserhöhung auf andere geografische Gebiete ausweichen würden.<sup>644</sup> Da sich bei Technologien in der Regel keine Transportprobleme ergeben, welche den sachlichen Markt bei körperlichen Produkten einschränken, kann grundsätzlich von einem globalen Markt an Technologien und den damit verbundenen Nutzungsmöglichkeiten ausgegangen werden. Der räumlich relevante Technologiemarkt ist somit häufig weiter als der räumlich relevante Produktmarkt.<sup>645</sup> Die räumliche Abgrenzung des Produktmarktes bestimmt sich nach den Verbrauchergewohnheiten und -präferenzen. Ist anzunehmen, dass die Verbraucher bei einer geringfügigen, aber dauerhaften Preiserhöhung auf ein anderes Produkt ausweichen, besteht aus Sicht der Nachfrager Substituierbarkeit.

Art. 1 Abs. 1 lit. I TT-GVO bestimmt den räumlich relevanten Markt als Gebiet, in dem die Vertragsparteien das Produkt anbieten bzw. Technologierechte lizenzieren und hinreichend homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen (und nicht als Gebiet, in dem die Vertragsparteien das Produkt anbieten bzw.

---

<sup>642</sup> Vgl. auch Europäische Kommission AT.39985 – *Motorola*, N 214; Bekanntmachung relevanter Markt, N 8.

<sup>643</sup> N 24, 89 TT-Leitlinien.

<sup>644</sup> Bekanntmachung relevanter Markt, N 15 ff. m.w.H.

<sup>645</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 159. Dies könne dazu führen, dass die TT-GVO, je nach Höhe des Marktanteils auf den kleineren Produktmärkten, auf ein gewisses Teilgebiet des Technologiemarktes Anwendung finde, auf andere hingegen nicht. In solchen Fällen sei zu empfehlen, auf den räumlichen Technologiemarkt abzustellen.

die Technologierechte lizenzieren könnten<sup>646</sup>). Folglich ist nicht nur die Nachfrage- sondern auch die Angebotssubstituierbarkeit zu bestimmen.<sup>647</sup> Hierbei ist zu untersuchen, ob und in welchem Ausmass gebietsspezifische Besonderheiten existieren, welche Unternehmen daran hindern, ihre Produkte auf dem jeweiligen Markt abzusetzen.<sup>648</sup> Ein solches Hindernis kann etwa im unzureichend ausgestalteten Rechtsschutz für die Technologie bzw. die damit hergestellten Vertragsprodukte bestehen. Zudem kann das Schutzniveau in den verschiedenen Mitgliedstaaten erheblich differieren, ebenso wie die Voraussetzungen für Zwangslizenzen.<sup>649</sup> Daneben können staatliche Vorschriften die räumliche Marktabgrenzung beeinflussen. Zu denken ist hier vor allem an regulierte Märkte, für die spezifische Bewilligungs- oder Zulassungsvorschriften bestehen.

Der räumlich relevante Markt ist folglich keine feste Grösse, sondern muss im Einzelfall bestimmt werden. Die Kommission geht in der Regel vom Binnenmarkt als räumlich relevanten Markt aus.<sup>650</sup> Je nach Auswertung der genannten Faktoren kann es sich auch um einen lokalen oder globalen Markt handeln.<sup>651</sup>

Häufig kann bereits der Vereinbarung selbst entnommen werden, wie sich der räumlich relevante Markt, zumindest aus Sicht der Vertragsparteien, bemisst. Bei Vertriebs- oder Lizenzverträgen umfasst der räumlich relevante Markt in der Regel das Vertragsgebiet.<sup>652</sup>

---

<sup>646</sup> BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 1 N 29.

<sup>647</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 115; wohl ebenso BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 1 N 26.

<sup>648</sup> Vgl. Bekanntmachung relevanter Markt, N 30.

<sup>649</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 115.

<sup>650</sup> HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 263.

<sup>651</sup> Bekanntmachung relevanter Markt, N 51; vgl. auch EuG Rs. T-34/92 – *Fiatagri*, N 56.

<sup>652</sup> SCHRÖTER/VOET VAN VORMIZEELE, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, N 118; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 115.

## V. Kernbeschränkungen

Kernbeschränkungen sind Klauseln, die grundsätzlich schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen darstellen und daher unabhängig vom Marktanteil der Vertragsparteien zum Ausschluss der gesamten Vereinbarung von der Gruppenfreistellung führen.<sup>653</sup>

### 1. Einführung

#### 1.1 Funktion

In Art. 4 Abs. 1 und 2 TT-GVO findet sich eine abschliessende Aufzählung der Vertragsabreden, welche in Anlehnung an die frühere Farbenlehre auch als „schwarze Klauseln“ bezeichnet werden.<sup>654</sup> Für die Ausgestaltung von Lizenzverträgen ist Art. 4 TT-GVO zwingend zu beachten.<sup>655</sup> Ausschlaggebend für die Einstufung einer Wettbewerbsbeschränkung als Kernbeschränkung sei das Wesen der Beschränkung sowie die Erfahrung, die zeige, dass solche Beschränkungen fast immer wettbewerbsschädigend sind, so die Kommission.<sup>656</sup> Eine Einzelfreistellung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV ist möglich, in den meisten Fällen aber unwahrscheinlich.<sup>657</sup> Die Kommission hat beispielsweise in N 126 TT-Leitlinien eine solche Ausnahme für den absoluten Gebietsschutz skizziert.<sup>658</sup> Es muss jedoch im Einzelfall untersucht werden, ob eine Kernbeschränkung durch eine Einzelfreistellung gerechtfertigt werden kann oder

---

<sup>653</sup> Erwägungsgrund 14 TT-GVO; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 134; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 14; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 4.

<sup>654</sup> GROSS, N 703; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1331; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 1; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 5.

<sup>655</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 1.

<sup>656</sup> N 94 TT-Leitlinien.

<sup>657</sup> N 94 TT-Leitlinien; nach SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 440; und JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1331, begründet das Vorliegen einer Kernbeschränkung eine Vermutung der Rechtswidrigkeit, sodass eine Freistellung nur in absoluten Ausnahmefällen möglich ist; nach RÖHLING, GRUR 2003, 1020 kommt eine Einzelfreistellung in solchen Fällen generell nicht in Betracht; ebenso die Auffassung WINZERS, Teil 6 N 197.

<sup>658</sup> Gemäss N 126 TT-Leitlinien können Beschränkungen des passiven Verkaufs durch Lizenznehmer in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe, die einem anderen Lizenznehmer vorbehalten sind, für einen bestimmten Zeitraum zulässig sein, wenn sie objektiv notwendig sind, damit der geschützte Lizenznehmer in den neuen Markt eintreten kann. Vgl. dazu die Ausführungen in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3.](#)



nicht. In ihrem aufschlussreichen<sup>659</sup> *Webtaxi*-Entscheid kam die luxemburgische Kartellbehörde beispielsweise zum Ergebnis, dass horizontale Preisabsprachen zulässig sind, wenn sie erforderlich sind, um grosse Effizienzvorteile zu realisieren.<sup>660</sup> Horizontale Preisabreden stellen nach dem europäischen Kartellrecht eine bezweckte Wettbewerbsabrede dar. Auch wenn sich die Ausführungen im *Webtaxi*-Fall auf die digitale Ökonomie und nicht auf das Lizenzkartellrecht beziehen, zeigen diese auf, dass das europäische Kartellrecht<sup>661</sup> ausreichend flexibel ausgestaltet ist, um den Gegebenheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

Für das Vorliegen einer Kernbeschränkung ist nicht notwendig, dass diese den unmittelbaren Inhalt einer Vereinbarung bildet. Es reicht aus, dass eine Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, für sich alleine oder in Verbindung mit anderen Umständen eine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 TT-GVO bezweckt.<sup>662</sup> Vorliegend wird von einer umfassenden Darstellung und Analyse aller Kernbeschränkungen abgesehen<sup>663</sup> und stattdessen vertieft auf diejenigen Bestimmungen eingegangen, die für die Exklusivlizenz von Bedeutung sind.

## 1.2 Systematik

Regelungstechnisch sind die Kernbeschränkungen einigermaßen komplex.<sup>664</sup> Die TT-GVO bildet eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV.

---

<sup>659</sup> HEINEMANN, SZW 2019, 24, bezeichnet den Entscheid als wegweisend, nach GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 15. Oktober 2018, N 19, zeigt der Entscheid die Wichtigkeit von Effizienzkriterien bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden.

<sup>660</sup> Conseil de la concurrence, 2018 FO-01 – *Webtaxi*, N 88 ff.

<sup>661</sup> Auf den vorliegenden Fall war mangels einer zwischenstaatlichen Handelsbeschränkung kein Unionsrecht anwendbar, die luxemburgischen Regeln bezüglich Wettbewerbsabreden sind jedoch mit Art. 101 AEUV vergleichbar, so N 36 ff. des Entscheids.

<sup>662</sup> Damit ist der objektive Zweck der Vereinbarung gemeint, nicht etwa der von den Beteiligten subjektiv verfolgte Zweck, vgl. JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1332; ECKARD, 497.

<sup>663</sup> Für eine vollständige Abhandlung aller Kernbeschränkung sei an dieser Stelle auf die einschlägigen Kommentierungen verwiesen. Entsprechende Ausführungen finden sich in GROSS, N 703 ff.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 167 ff.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO Art. 4 N 1 ff.; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1331 ff.; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 1 ff.

<sup>664</sup> Als „ausgetüftelt“ bezeichnen sie SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 10; FEIL, Lizenzkartellrecht, 282, bemängelt ebenfalls die zu perfektionistische Herangehensweise der Kommission, welche sich negativ auf die Rechtsanwendung auswirke; kritisch bereits zur TT-GVO 04 ENCHELMAIER, in: Intellectual Property and Competition Law, 412, 431.

Kernbeschränkungen sind Gegenausnahmen, da ihre Präsenz in einer Vereinbarung zum Fortfall der Gruppenfreistellung für die gesamte Vereinbarung führt. Von den Kernbeschränkungen bestehen wiederum Ausnahmen, die gewisse Vorgehensweisen erlauben, die an sich Kernbeschränkungen darstellen. Komplettiert wird das System durch Rückausnahmen der eben erwähnten, ausnahmsweise erlaubten Kernbeschränkungen, durch deren Vorliegen eine Ausnahme nicht mehr vorliegt und die Abrede kartellrechtswidrig ist.<sup>665</sup>

Art. 4 TT-GVO ist in drei Absätze aufgeteilt. Art. 4 Abs. 1 TT-GVO widmet sich den Kernbeschränkungen für konkurrierende Unternehmen<sup>666</sup>, Art. 4 Abs. 2 TT-GVO jenen für nicht konkurrierende Unternehmen. Hintergrund für die Ungleichbehandlung ist die Annahme, dass von Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen die grössere Gefahr für den Wettbewerb ausgeht als von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die nicht zueinander in Konkurrenz stehen.<sup>667</sup> Art. 4 Abs. 3 TT-GVO behandelt das Szenario, dass die Unternehmen bei Vertragsabschluss keine Konkurrenten sind und sich dies im Nachgang der Lizenzvergabe ändert.

Sind die Parteien Wettbewerber, ist zwischen wechselseitigen und nicht wechselseitigen Vereinbarungen zu unterscheiden. Der Terminus der wechselseitigen Vereinbarung wird in Art. 1 Abs. 1 lit. d TT-GVO definiert:<sup>668</sup> Im Rahmen einer wechselseitigen Vereinbarung erfolgt ein Lizenztausch (*crosslicensing*). Die Wettbewerber erteilen sich dabei gegenseitig Lizenzen und sind je einmal Lizenzgeber und einmal Lizenznehmer.<sup>669</sup> Ob der Lizenztausch in einer einzelnen oder in formal getrennten Vereinbarungen erfolgt, ist für die Qualifikation als wechselseitige Vereinbarung irrelevant.<sup>670</sup> Art. 1

---

<sup>665</sup> Vgl. SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 168.

<sup>666</sup> Es besteht kein materieller Unterschied zwischen dem in der TT-GVO verwendeten Begriffspaar konkurrierend/nicht konkurrierend und der im allgemeinen Unionsrecht gebräuchlichen Unterscheidung Wettbewerber/Nichtwettbewerber, SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 174.

<sup>667</sup> Bei nicht konkurrierenden Unternehmen kann einzig der technologieinterne Wettbewerb, nicht aber den Wettbewerb zwischen verschiedenen Technologien beschränkt werden, dazu BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 68; FEIL, Lizenzkartellrecht, 261; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 143; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1316; GROSS, N 676; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 6; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438.

<sup>668</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 4](#).

<sup>669</sup> WÜNDISCH/BAUER, GRUR Int. 2010, 641 ff.

<sup>670</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 9; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 1 N 77.

Abs. 1 lit. e TT-GVO legt fest, welche Vereinbarungen als nicht wechselseitig gelten. Während die Kommission gegenüber wechselseitigen Vereinbarungen grosse Vorbehalte hegt, unterliegen nicht wechselseitige Vereinbarungen einem grosszügigeren Prüfmasstab.<sup>671</sup>

### 1.3 Rechtsfolge

Enthält eine Technologietransfer-Vereinbarung eine Kernbeschränkung, ist nach Art. 4 Abs. 1 TT-GVO i.V.m. Art. 2 TT-GVO die ganze Vereinbarung von der Gruppenfreistellung ausgeschlossen („Alles-oder-Nichts-Prinzip“).<sup>672</sup> Kernbeschränkungen können für die Zwecke der TT-GVO nicht vom Rest der Vereinbarung abgetrennt werden.<sup>673</sup> Diese Rechtswirkung entfaltet sich unabhängig davon, ob die Marktanteilsschwellen des Art. 3 TT-GVO im konkreten Fall eingehalten wurden oder nicht. Das Vorliegen einer Kernbeschränkung entzieht zwar der gesamten Vereinbarung die Gruppenfreistellungsmöglichkeit, eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bleibt aber möglich, wenn sie auch meist unwahrscheinlich sein mag.<sup>674</sup> Kernbeschränkungen sind daher nicht etwa verboten, sondern aus Sicht der TT-GVO unzulässig und daher nicht gruppenfreigestellt. Erfolgt keine Einzelfreistellung, ist gemäss Art. 101

---

<sup>671</sup> N 98 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 174 f.; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 50; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 68.

<sup>672</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 32; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 135; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 4.

<sup>673</sup> Erwägungsgrund 14 TT-GVO; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 32; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 807; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 170; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1331; GROSS, N 703; ECKARD, 494 f.

<sup>674</sup> KLAWITTER, 22 f.; KORAH, Intellectual Property Rights, 46, 51; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 4; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 32. Nach RÖHLING, GRUR 2003, 1021, soll eine Einzelfreistellung von Kernbeschränkungen gänzlich unmöglich sein. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV ausreichend flexibel ist, um die Gegebenheiten jedes Einzelfalls zu würdigen. Auch die TT-Leitlinien erwähnen in N 126 die Möglichkeit eines zeitlich beschränkten absoluten Gebietsschutzes, wenn dieser objektiv notwendig ist, damit ein Lizenznehmer einen neuen Markt erschliessen kann, vgl. dazu auch die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 1.1](#).

Abs. 2 AEUV die gesamte Technologietransfer-Vereinbarung nichtig.<sup>675</sup> Zudem droht eine Busse, die sich nach der Schwere und der Dauer des Verstosses richtet und bis zu 10% des Jahresumsatzes betragen kann.<sup>676</sup>

## 2. Kernbeschränkungen zwischen Wettbewerbern

Art. 4 Abs. 1 TT-GVO enthält in den lit. a-d eine abschliessende Aufzählung der Verhaltensweisen und Vertragsklauseln, welche die Kommission als Kernbeschränkungen qualifiziert. An gleicher Stelle finden sich die dazugehörigen Ausnahmen inklusive einiger Rückausnahmen. Für Exklusivlizenzen ist insbesondere Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO relevant, auf den im Folgenden vertieft eingegangen wird.

### 2.1 Zuweisung von Märkten oder Kunden

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO ist die Zuweisung<sup>677</sup> von Märkten oder Kunden grundsätzlich eine Kernbeschränkung. Die Leitlinien konkretisieren, dass eine Kernbeschränkung vorliegt, wenn sich Wettbewerber in einer wechselseitigen Vereinbarung darauf verständigen, unter Verwendung der lizenzierten Technologie nicht in einem bestimmten Gebiet zu produzieren oder in bestimmten Gebieten oder an bestimmte Kunden, die der anderen Partei vorbehalten sind, keine aktiven und/oder passiven Verkäufe<sup>678</sup> zu tätigen.<sup>679</sup>

Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO verbietet die Aufteilung von Märkten oder Kunden anhand von Gebieten, Branchen, Funktionen oder sonstigen Kriterien, unbeachtlich, ob diese abstrakt oder individuell erfolgt.<sup>680</sup> Kundenkreisabreden

---

<sup>675</sup> Erwägungsgrund 14 TT-GVO; N 98 TT-Leitlinien; ECKARD, 495; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 134; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 1; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 4 f.

<sup>676</sup> Art. 23 Abs. 2 und 3 Kartellverfahrensordnung.

<sup>677</sup> Obwohl der Terminus „Zuweisung“ prima vista eine positive Abgrenzung nahelegt, werden auch Parteiabsprachen, die bestimmte Gebiete oder Kunden ausschliessen, unter Art. 4 Abs. 1 lit. c subsumiert, dazu FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 24.

<sup>678</sup> Die TT-Leitlinien verweisen in N 108 für die Tatbestandsmerkmale aktive und passive Verkäufe auf die Vertikal-Leitlinien, wo sich in N 51 eine Definition der Begriffe findet.

<sup>679</sup> N 105 TT-Leitlinien, GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 823 f.; LANG, 108; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1337; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 198 f.; GROSS, N 719 f.; BURGSTALLER/LETTNER, 328; BURGSTALLER, 383; HOFFMANN, Dauses/Ludwigs, Art. 101 AEUV N 226; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 25; DEL TIEMPO MATANZO, 154 ff.

<sup>680</sup> BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 75; BARTENBACH, 912.

stellen auf gewisse Eigenschaften der Abnehmer, etwa auf die Stellung als Endkunden, Zwischenhändler, die Branche oder den geografischen Sitz ab. Die Marktaufteilung und die Kundenkreisbeschränkung, welche nach dem Wortlaut der TT-GVO auch als zwei Alternativen wahrgenommen werden können, können sich auch überschneiden.<sup>681</sup>

WINZER stört sich an der Formulierung „Zuweisung von Märkten oder Kunden“, da Kunden genauso wie räumliche Gebiete einen Teil des Marktes darstellen würden.<sup>682</sup> FUCHS versteht den Marktbegriff als auf Gebiete (geografische Marktzuweisung) oder Produktmärkte (sachliche Marktzuweisung) bezogen, wobei eine Kundenzuweisung anhand individueller Kriterien (einschliesslich der Festlegung eines Gebiets oder eines Produktmarkts) vorgenommen werden könne.<sup>683</sup> In der Tat können sich Gebiete und Kundengruppen überschneiden. Dies steht der Verwendung des Terminus „Markt“ im genannten Artikel jedoch nicht entgegen. Bei der Formulierung des exklusiven Lizenzvertrags ist aber ein besonderes Augenmerk darauf zu legen, dass sich die zugewiesenen Gebiete und Kundengruppen nicht überschneiden, um die Exklusivität sicherzustellen.

Die Regelung über die Zuweisung von Märkten oder Kunden ist komplex, da mit Art. 4 Abs. 1 lit. c i-iv) TT-GVO vier Rückausnahmen geschaffen wurden. Für die Exklusivlizenz ist die erste und zweite Möglichkeit von Bedeutung, welche den Vertragsparteien oder Drittlizenznehmern Schutzmöglichkeiten bieten und im Folgenden vertieft behandelt werden.

Die Exklusivlizenz ist ein anschauliches Beispiel für die Zuteilung von Gebieten oder Kunden. So wird in N 105 der TT-Leitlinien die gegenseitige Erteilung von Exklusivlizenzen unter Wettbewerbern als Kernbeschränkung benannt. Diese Qualifikation gilt unabhängig davon, ob der Lizenznehmer seine Technologie weiterhin unbeschränkt nutzen kann oder nicht.<sup>684</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO erwähnt sowohl Produktions- als auch Vertriebsbeschränkungen.

---

<sup>681</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 522; ECKARD, 512.

<sup>682</sup> Die getrennte Behandlung sei „merkwürdig“, so WINZER, Teil 6 N 210.

<sup>683</sup> FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 25.

<sup>684</sup> N 106 TT-Leitlinien; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 20.

## 2.2 Ausnahme zugunsten der Exklusivität der Vertragsparteien

Ausnahmen vom eben erwähnten Grundsatz finden sich in Art. 4 Abs. 1 lit. c i-iv) TT-GVO, Konkretisierungen davon in N 107 ff. der TT-Leitlinien. Hier zeigt sich die Wichtigkeit der Unterscheidung wechselseitiger und nicht wechselseitiger Lizenzen, denn die Ausnahmebestimmungen gelten nur für nicht wechselseitige Lizenzen.<sup>685</sup>

Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO bezieht sich auf das Zweierverhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer, nicht auf die Beziehung des Lizenznehmers und allfälligen weiteren Lizenznehmern desselben Lizenzgebers, während Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO primär das Verhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer, sekundär aber auch das Verhältnis der Lizenznehmer untereinander betrifft.

### a. Umfassende Schutzmöglichkeiten

Keine Kernbeschränkung liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO vor, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung eine Exklusivlizenz für die Produktion von Erzeugnissen auf Grundlage der lizenzierten Technologie in einem bestimmten Gebiet erteilt und sich verpflichtet, die Vertragsprodukte weder in diesem Gebiet zu produzieren, noch in dieses Gebiet oder an diese Kundengruppe zu liefern. Selbiges gilt für die Beschränkung des Lizenznehmers, in einem dem Lizenzgeber vorbehaltenen Gebiet nicht zu produzieren oder in dieses Gebiet bzw. an diese Kundengruppe zu liefern.<sup>686</sup> Wird dem Lizenznehmer in einer sog. *field of use*-Klausel die Verpflichtung auferlegt, das Technologierecht nur in einem bestimmten Anwendungsbereich zu verwenden bzw. nur in ausgewählten Produktmärkten oder Wirtschaftszweigen zu nutzen, ist dies ebenfalls nach der Gruppenfreistellungsverordnung zu beurteilen.<sup>687</sup> Es ist darauf zu achten, dass *field of use*-Klauseln anhand objektiver, genau bezeichneter und relevanter technischer Merkmale der Vertragsprodukte definiert werden.<sup>688</sup> Anderenfalls besteht das Risiko, dass diese als Kundenaufteilung und folglich als unzulässige

---

<sup>685</sup> HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 50; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 170.

<sup>686</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO; N 107 TT-Leitlinien.

<sup>687</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in N 113, 209 f. und 213 f. TT-Leitlinien; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 19; GRÜNVOGEL, 275 f.

<sup>688</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 441.

Kernbeschränkung qualifiziert werden.<sup>689</sup> Positiv formuliert: Produktionsbeschränkungen und aktive und passive<sup>690</sup> Verkaufsbeschränkungen zulasten des Lizenzgebers, des Lizenznehmers oder zulasten beider<sup>691</sup> sind im Rahmen der Marktanteilsschwelle zulässig.<sup>692</sup> Unterhalb der genannten Schwelle und solange die Lizenz nicht wechselseitig ist, erlaubt die TT-GVO also den Ausschluss aktiver und passiver Verkäufe zwischen den Vertragsparteien.<sup>693</sup>

Unabhängig von der Grösse des Exklusivgebiets sind Exklusivlizenzen nach der TT-GVO zu beurteilen<sup>694</sup> und werden von dieser freigestellt.<sup>695</sup> Auch ein weltweites Exklusivgebiet, das heisst der Rücktritt bzw. Nichteintritt des Lizenzgebers in den relevanten Markt, wird erfasst.<sup>696</sup> Nach N 107 f. TT-Leitlinien kann der Zweck solcher Vereinbarungen darin bestehen, dem Lizenzgeber oder dem Lizenznehmer einen Anreiz für Investitionen in die Technologie zu setzen; eine Marktaufteilung muss damit nicht zwingend bezweckt werden.<sup>697</sup> Die Freistellung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Lizenz auf einen oder mehrere technische Anwendungsbereiche oder Produktmärkte beschränkt ist.<sup>698</sup>

---

<sup>689</sup> Zur genauen Abgrenzung zwischen zulässiger Nutzer- und unzulässiger Kundenkreisbeschränkung N 209 TT-Leitlinien.

<sup>690</sup> N 108 TT-Leitlinien mit Verweis auf N 51 Vertikal-Leitlinien.

<sup>691</sup> Vorausgesetzt, es handelt sich um eine nicht wechselseitige Vereinbarung, NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 34 m.w.H.

<sup>692</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 198; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1341; GROSS, N 743 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 32 ff.; HOFFMANN, Dausen/Ludwigs, Art. 101 AEUV N 226; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 8.

<sup>693</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 47.

<sup>694</sup> N 107 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 202.

<sup>695</sup> KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 167.

<sup>696</sup> N 107 TT-Leitlinien; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 34; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 202; DEL TIEMPO MATANZO, 149; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 10.

<sup>697</sup> BURGSTALLER/LETTNER, 328; BURGSTALLER, 384; GROSS, N 743.

<sup>698</sup> N 113 TT-Leitlinien; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 167; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 15.

Die TT-GVO 04 regelte exklusive Produktions- und Verkaufslizenzen separat in Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) und iv). In der heute geltenden Fassung werden beide Varianten von der Rückausnahme in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO erfasst. Materiell ergibt sich daraus kein Unterschied.<sup>699</sup>

*b. Zwischenfazit: Abgestufte Zulässigkeit von Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern*

Für die Zulässigkeit exklusiver Lizenzen zwischen Wettbewerbern offenbart sich folgende Abstufung: Die wechselseitige Einräumung von Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern stellt eine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO dar, weil sie zur Aufteilung von Märkten führt.<sup>700</sup> Wenn sich Wettbewerber auf dem Feld konkurrierender Technologien zugunsten des jeweils anderen vollständig zurückziehen, wird der Wettbewerb ausgeschaltet.<sup>701</sup>

Die nicht wechselseitige Exklusivlizenz zwischen Wettbewerbern ist ebenfalls eine Kernbeschränkung, die Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO bis zur Marktanteilschwelle von 20% aber ausnahmsweise freistellt.<sup>702</sup> Dies ermöglicht einen umfassenden Gebietsschutz für nicht wechselseitige Vereinbarungen.<sup>703</sup> Trotz der Möglichkeit des umfassenden Gebietsschutzes ist die Rückausnahme des Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO zu begrüßen: Nicht wechselseitige Exklusivlizenzen werden, gerade da sie zum Zweck der Freistellung maximal 20% des relevanten Marktes abdecken können, in der Regel wohl wenig wettbewerbs-

---

<sup>699</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 32 ff.; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1341; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Art. 4 N 28; zur Fassung der TT-GVO 04 BARTENBACH, N 914 ff.; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 825 ff.; LEVINA, 95 ff.

<sup>700</sup> N 192 TT-Leitlinien; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 194; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 296.

<sup>701</sup> Nach KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 176, kann dies nur in seltenen Ausnahmefällen mit Effizienzsteigerungen gerechtfertigt werden. Denkbar sei beispielsweise, dass der Lizenznehmer nicht erwarten kann, sich mit seiner eigenen Technologie gegen den Lizenznehmer durchzusetzen, er mit der Lizenznahme aber einen technologischen Vorteil erhalte, gegenüber dem die exklusive Lizenzvergabe nicht entscheidend ins Gewicht fällt.

<sup>702</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO; N 193 TT-Leitlinien; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 175; LEVINA, 95, 98; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 7 f.; KLAWITTER, Lizenzverträge, 172 f., 175; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 11.

<sup>703</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 47.



schädliche Wirkungen entfalten.<sup>704</sup> Wenn doch, werden diese wohl durch die positive Wirkung der Verbreitung von Informationen ausgeglichen.<sup>705</sup> Im Ergebnis wohnt diesen Vereinbarungen also ein prokompetitives Potenzial inne, welches in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO gewürdigt wird.

Oberhalb der Marktanteilsschwelle ist zu prüfen, welche wettbewerbsschädigenden Wirkungen von einer Exklusivlizenz ausgehen.<sup>706</sup> Ausgangspunkt der Bewertung sollen die Bedingungen bilden, unter denen der Wettbewerb stattfinden würde, wenn die Vereinbarung nicht bestünde.<sup>707</sup> Da Art. 101 Abs. 1 AEUV sowohl die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Technologien (Technologiewettbewerb) als auch des Wettbewerbs innerhalb einer Technologie (technologieinterner Wettbewerb) verbietet,<sup>708</sup> sind die Auswirkungen der Vereinbarung auf beide zu prüfen.<sup>709</sup> Letzteres sei, so KLAWITTER, verfehlt, denn ohne die Lizenzierung könnte der technologieinterne Wettbewerb gar nicht stattfinden, und es bliebe bei der durch das Immaterialgüterrecht vermittelten Alleinstellung des Lizenzgebers.<sup>710</sup> Weiter prüft die Kommission nach eigenen Angaben insbesondere die Marktstellung des Lizenzgebers. Ist diese schwach oder sollte der Lizenzgeber aus anderen Gründen nicht in der Lage sein, seine Technologie ohne Lizenzierung sinnvoll zu nutzen, sei ein Verstoss gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV unwahrscheinlich.<sup>711</sup> Auf die Beurteilung exklusiver Lizenzen oberhalb der Marktanteilsschwelle und die damit verbundenen Unsicherheiten und Probleme wird zurückzukommen sein.<sup>712</sup>

---

<sup>704</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 151; GROSS, N 743.

<sup>705</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 151; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 48.

<sup>706</sup> N 197 ff. TT-Leitlinien; LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 196 f.

<sup>707</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 178.

<sup>708</sup> N 11 TT-Leitlinien.

<sup>709</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 3 I 3.1](#).

<sup>710</sup> Es sei daher ungerechtfertigt, die Lizenzvergabe gleichsam dem Verdacht der verbotenen Kartellbildung zu unterstellen, so KLAWITTER, Lizenzverträge, N 179 f., kritisch zu dieser Argumentation HEINEMANN, GRUR 2008, 951 und NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 21, 26.

<sup>711</sup> N 193, 199 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 204 f.; BURGSTALLER/LETTNER, 309; ANDERMAN/KALLAUGHER, N 8.40; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 52.

<sup>712</sup> Vgl. die Ausführungen hinten in [Teil 2 Kapitel 5](#).

### c. Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung

Es fragt sich, ob die Regelung in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO mit den Wertungen der Gerichte, insbesondere des *leading case Maissaatgut* übereinstimmt. Im Sinne einer Vorbemerkung ist hier festzustellen, dass sich ein direkter Vergleich des *Maissaatgut*-Entscheids mit Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO schon durch die Tatsache ausschliesst, dass das *Maissaatgut*-Urteil eine vertikale Vereinbarung betraf, wogegen der genannte Artikel (horizontale) Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern erwähnt.<sup>713</sup> Es kann in der nachfolgenden Diskussion also nur um eine parallele Anwendung gehen.

Grundsätzlich bezieht sich die Kritik an Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO vor allem auf die Tatsache, dass die Vereinbarung zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer, nicht in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des anderen zu liefern, nur unterhalb der Marktanteilsschwelle freigestellt wird.

#### aa) Keine Übereinstimmung

Verschiedene Autoren<sup>714</sup> stören sich an Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO, in welchem die Kommission die nicht wechselseitige Erteilung einer Exklusivlizenz zwischen Wettbewerbern (nur) bis zur Marktanteilsschwelle von 20% freistellt und oberhalb dieser Schwelle prüfen will, welche wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen von einer Exklusivlizenz ausgehen. Der Gerichtshof habe im Fall *Maissaatgut* entschieden, dass die offene ausschliessliche Lizenz als solche keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstelle, wenn sie die Handlungsfreiheit auf Stufe der Abnehmer nicht beeinträchtigt.<sup>715</sup> Vor diesem Hintergrund habe die Freistellung in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung.<sup>716</sup> Daraus folgend sei die Marktanteilsschwelle unbeachtlich, und nicht wechselseitige Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern auch bei über 20% gemeinsamem

---

<sup>713</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 279.

<sup>714</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 182 ff.; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 183 ff.; BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 444; LANGFINGER, in: FS Bartenbach, 436; LÜBBIG, GRUR 2004, 486; WINZER, Teil 6 N 263.

<sup>715</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

<sup>716</sup> HERR, 154.

Marktanteil zulässig.<sup>717</sup> Überdies würden Exklusivlizenzen nur im Ausnahmefall und mit weitergehenden Beschränkungen von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst und bedürften erst dann der Freistellung.<sup>718</sup>

### *bb) Gleichlauf von Kommission und Gericht*

Die Gegenauffassung vertritt WEDEKIND, der in Erinnerung ruft, dass der Gerichtshof im Urteil *Maissaatgut* entschieden hat, dass eine offene ausschliessliche Lizenz nur dann zulässig sei, wenn sie zur Markterschliessung erforderlich ist.<sup>719</sup> Dies sei der Fall, wenn ein neues, im Lizenzgebiet noch unbekanntes Erzeugnis auf einem Markt eingeführt werden soll und diese Tätigkeit wegen der Besonderheit des Erzeugnisses oder zahlreicher Konkurrenzprodukte mit einem überproportionalen Risiko behaftet sei.<sup>720</sup> Nicht mit jeder Exklusivlizenz erfolge aber die Erschliessung eines neuen Marktes.<sup>721</sup> Dass die beiden *Maisaatgut*-Kriterien „Verbreitung einer neuen Technologie“ und „Erforderlichkeit der Ausschliesslichkeit im Einzelfall“ etwa bei Vergabe einer exklusiven Patentlizenz erfüllt würden, sei eher die Ausnahme als die Regel. Dafür führt WEDEKIND die folgenden Gründe an:<sup>722</sup> Erstens liege nicht mit jedem Patent ein neues Produkt vor, schon gar keine wertvolle Technologie. Zweitens weise die Patentlizenz nicht per se ein so hohes Risiko auf, wie es in der Rechtssache *Maissaatgut* der Fall war.<sup>723</sup> Ein solches sei nur dann denkbar, wenn der Lizenznehmer beispielsweise zusätzlichen Forschungs- und Entwicklungsaufwand betreiben müsse. Und drittens könne der reine Umstand, dass ein Patent lizenziert wird, kein Grund dafür sein, den Lizenznehmer vom allgemeinen unternehmerischen Risiko zu befreien, das mit jeder wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist. Jeder Neueinführung einer Technologie oder eines Produktes wohnten Risiken inne. Der Exklusivlizenznehmer geniesse schon dadurch einen gewissen Schutz, als das nicht jeder beliebige Dritte zu ihm in Konkurrenz treten könne. Im Ergebnis spricht sich WEDEKIND für die Zulässigkeit der Exklusivlizenz aus, wenn diese zur Neutralisierung des zusätzlichen Markterschliessungsrisikos notwendig ist, welches über den Normalfall hinausgeht.<sup>724</sup>

---

<sup>717</sup> LÜBBIG, GRUR 2004, 486; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 186; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 186; LANGFINGER, in: FS Bartenbach, 436.

<sup>718</sup> BRANDI-DOHRN, in: FS Bartenbach, 455 f.; LÜBBIG, GRUR 2004, 486.

<sup>719</sup> WEDEKIND, 198.

<sup>720</sup> WEDEKIND, 198.

<sup>721</sup> ULLRICH, GRUR Int. 1984, 99.

<sup>722</sup> WEDEKIND, 198 f. m.w.H.

<sup>723</sup> WEDEKIND, 198 f., ebenso HOFFMANN, RIW 1984, 95.

<sup>724</sup> WEDEKIND, 199.

### cc) *Beurteilung*

Im *Maissaatgut*-Entscheid hat der Gerichtshof entgegen der eingangs vertretenen Auffassung nicht entschieden, die offene ausschliessliche Lizenz sei stets erlaubt.<sup>725</sup> Dahingehende Ausführungen sind, zumindest in dieser Pauschalität, unzutreffend. Der Gerichtshof hat vielmehr ausgeführt, die infrage stehende offene ausschliessliche Lizenz sei in Anbetracht der konkreten Umstände des Falls jedenfalls nicht unvereinbar mit dem europäischen Wettbewerbsrecht. Damit postulierte der Gerichtshof nicht die generelle Zulässigkeit offener ausschliesslicher Lizenzen. Aufgrund des Umstands, dass sie *in casu* zur Verbreitung einer wertvollen Technologie unerlässlich war, qualifizierte der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz im fraglichen Urteil im Ergebnis als zulässig.

Daraus ergibt sich, dass für die Zulässigkeit einer Exklusivlizenz nach dem *Maissaatgut*-Urteil die zwei folgenden Kriterien im Sinne eines zweistufigen Tests<sup>726</sup> erfüllt sein müssen: Erstens muss es sich beim lizenzierten Technologierecht um eine neue und wertvolle Technologie handeln. Liegt eine solche besondere Technologie vor, ist kumulativ die zweite Voraussetzung zu erfüllen. Die Ausschliesslichkeit der Lizenz muss im konkreten Fall erforderlich sein. Es bleibt unklar, ob sich das Risiko des Lizenzgebers, keinen Lizenznehmer zu finden, lediglich reduzieren muss, oder ob sich ohne die Exklusivität kein Lizenznehmer finden lassen dürfte.

Damit zeigt sich ein wertungsmässiger Gleichlauf von Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO und dem Gerichtshof. Auch in der genannten Norm wird die Exklusivlizenz freigestellt und damit als zulässig qualifiziert, sofern gewisse Kriterien erfüllt sind, nämlich die Nicht-Wechselseitigkeit der Vereinbarung und die Marktanteilsschwelle des Art. 3 Abs. 1 TT-GVO. Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO entspricht der offenen ausschliesslichen Lizenz i.S.d. *Maissaatgut*-Urteils insofern, als dass sich beide auf die Beschränkungen zwischen den Vertragsparteien beziehen. Eine offene ausschliessliche Lizenz liegt nach dem Gerichtshof vor, wenn sich die Ausschliesslichkeit der Lizenz nur auf das Vertragsverhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer bezieht, indem sich der Inhaber verpflichtet, keine weiteren Lizenzen „für dasselbe Gebiet zu erteilen und dem Lizenznehmer in diesem Gebiet nicht selbst Konkurrenz zu machen“<sup>727</sup>. Der Gerichtshof sprach sich im Urteil für eine Einzelfallbeurteilung aus und be-

---

<sup>725</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 3 I 6.1.b.](#)

<sup>726</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 3 I 6.1.b.](#)

<sup>727</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

zeichnete die offene ausschliessliche Lizenz „in Anbetracht der Besonderheit der fraglichen Erzeugnisse [...] als solche nicht unvereinbar“<sup>728</sup> mit dem europäischen Kartellrecht.

Die Kommission hat in der aktuellen TT-GVO die Wertungen des Gerichtshofs konkretisiert und teilweise modifiziert. Dass dies in einer abstrakten Weise in einer Gruppenfreistellungsverordnung geschehen konnte, ist für die Rechtsanwendung ein Gewinn, ist doch der Nachweis der Nicht-Wechselseitigkeit der Vereinbarung oder der Einhaltung der Marktanteilsschwelle deutlich einfacher zu erbringen als der Nachweis, dass im Einzelfall eine wertvolle Technologie vorliegt und eine Exklusivlizenz zu ihrer Verbreitung unerlässlich ist.

Eine Diskrepanz zwischen dem *Maissaatgut*-Urteil und Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO ist der unterschiedliche Prüfungsort der Zulässigkeit einer Exklusivlizenz. Während der Gerichtshof schon das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung verneint hat, wird von der Kommission in Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO eine solche angenommen, durch die Gruppenfreistellung aber unmittelbar darauf wieder freigestellt.

### 2.3 Ausnahme zugunsten der Exklusivität von Drittlizenznehmern

Die zweite Ausnahme vom Verbot der Zuweisung von Märkten oder Kunden findet sich in Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO. Danach ist eine nicht wechselseitige Vereinbarung zulässig, welche dem Lizenznehmer Beschränkungen<sup>729</sup> des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen auferlegt, die einem anderen Lizenznehmer exklusiv zugewiesen wurden. Voraussetzung dafür ist, dass Letzterer zum Zeitpunkt seiner Lizenzerteilung nicht in Konkurrenz zum Lizenzgeber stand, und die Marktanteilsschwelle von 20% nicht überschritten wird. Positiv gewendet: In einer nicht wechselseitigen Vereinbarung darf der Lizenzgeber einem Lizenznehmer verbieten, aktiv in das Gebiet oder an die

---

<sup>728</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58 f.

<sup>729</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 53 weist zu Recht darauf hin, dass mit dieser Formulierung nur Verbote gemeint sein können, da es sich bei mengenmässigen Beschränkungen um Outputbeschränkungen i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. b TT-GVO handelt.

Kundengruppe<sup>730</sup> eines anderen Lizenznehmers zu verkaufen, vorausgesetzt der durch die Vereinbarung geschützte Lizenznehmer war zurzeit seiner eigenen Lizenzerteilung kein Konkurrent des Lizenzgebers. Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO erlaubt also, dass die Exklusivitätsrechte eines anderen Lizenznehmers, der nicht Vertragspartei dieser Vereinbarung ist, geschützt werden. Der Vertrag wird zwar zwischen dem Lizenzgeber und seinem Lizenznehmer geschlossen, regelt allerdings das Verhältnis des Lizenznehmers zu anderen Lizenznehmern.<sup>731</sup>

Vertragsrechtlich gesehen handelt es sich hierbei um eine unechten Vertrag bzw. eine unechte Vertragsklausel zugunsten Dritter.<sup>732</sup> Der Stipulant (Lizenzgeber) vereinbart mit dem Promittenten (Lizenznehmer) vertraglich, dass dieser ein bestimmtes Verhalten (den aktiven Vertrieb in gewissen Gebieten oder an gewisse Kundengruppen) unterlässt, und erwirkt damit den Schutz vor aktivem Vertrieb zugunsten eines Dritten (eines anderen Lizenznehmers).<sup>733</sup>

#### a. *Kein Schutz vor passiven Verkäufen*

Wie die erste Ausnahme des Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO stellt auch die zweite nur nicht wechselseitige Vereinbarungen frei.<sup>734</sup> Im Gegensatz zur ersten Ausnahme erwähnt Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO nur Beschränkungen, die dem Lizenznehmer auferlegt werden. Die Ausnahme regelt allein den Ausschluss aktiver Verkäufe. Der Ausschluss passiver Verkäufe wird nicht erwähnt und bleibt eine Kernbeschränkung i.S.d. Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO.<sup>735</sup> Grund für die Zulässigkeit des Ausschlusses aktiver Verkäufe ist die Annahme, dass der Lizenznehmer nur dann die nötigen Investitionen tätigen wird, um die neue Technologie im ihm zugewiesenen Gebiet zu etablieren, wenn er zumindest vor

---

<sup>730</sup> Nicht erwähnt werden die exklusive Zuteilung von Wirtschaftszweigen, Produktmärkten oder Anwendungsbereichen. Werden dem Lizenznehmer solche Nutzungsbeschränkungen auferlegt, fallen diese aber ohnehin in den Anwendungsbereich der TT-GVO, dazu NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 54 m.w.H.; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 220 ff.

<sup>731</sup> N 110 TT-Leitlinien.

<sup>732</sup> Vgl. zum unechten Vertrag zugunsten Dritter KRAUSKOPF, N 437 ff.

<sup>733</sup> KRAUSKOPF, N 222.

<sup>734</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 206; SCHUMACHER/SCHMID, GRUR 2006, 8.

<sup>735</sup> In diesem Fall ist die Rechtslage gleich wie bei einer Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern, vgl. N 126 TT-Leitlinien; DEL TIEMPO MATANZO, 161; zur Vorgängerverordnung FEIL, Lizenzkartellrecht, 307.

aktiver Konkurrenz anderer Lizenznehmer geschützt wird.<sup>736</sup> Eine solche Vereinbarung ist indes nur in der angesprochenen Dreiecks-Konstellation zulässig. Würden die Lizenznehmer direkt untereinander vereinbaren, aktive oder passive Verkäufe in das jeweilige Exklusivgebiet oder an die jeweilige Exklusivkundengruppe des anderen zu unterlassen, wäre dies ein unzulässiges Lizenznehmerkartell.<sup>737</sup>

Im Schrifttum wird die Ungleichbehandlung von Verboten des aktiven und des passiven Verkaufs teilweise heftig kritisiert. Die „äusserst künstliche Aufteilung“ in diese zwei Verkaufsarten, so WINZER, sei „dem Wirtschaftsleben fremd“ und diene ausschliesslich dazu, den Investitionsschutz des exklusiven Lizenznehmers abzuschwächen.<sup>738</sup> Da der Internetverkauf als passiver Vertrieb angesehen werde, solange die Website des Unternehmens sich nicht gezielt an Kunden innerhalb eines Gebiets oder einer Kundengruppe richtet, die exklusiv einem anderen Lizenznehmer zugewiesen wurde, sei das Verbot aktiver Verkäufe leicht umgangen.<sup>739</sup> Bereits eine Anfrage eines Kunden mit der Bitte um ein Angebot reiche aus, um dem Verbot aktiver Verkäufe seine Wirkung zu entziehen.<sup>740</sup> Nebst diesem eher praktischen Hinweis gibt es auch Einwände, die den Sinn der Regelung grundsätzlich anzweifeln. WINZER und DEL TIEMPO MATANZO bedauern, dass Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO letztlich nur im Bereich von Massenfabrikaten Schutz gewähre, während der Ausschluss des aktiven Vertriebs im Bereich der Hochtechnologie<sup>741</sup> bedeutungslos sei. Aufgrund der hohen Investitionsvolumina und der Übersichtlichkeit der wenigen Anbieter würden weltweit alle Anbieter angefragt, wenn ein Unterneh-

---

<sup>736</sup> N 110 TT-Leitlinien; LEVINA, 98; DEL TIEMPO MATANZO, 161.

<sup>737</sup> Eine solche Vereinbarung würde, da keinerlei Technologietransfer enthaltend, nicht in den Anwendungsbereich der TT-GVO fallen, vgl. N 110 TT-Leitlinien; GROSS, 745; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 207; DEL TIEMPO MATANZO, 160; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 215.

<sup>738</sup> WINZER, Teil 6 N 263.

<sup>739</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 161.

<sup>740</sup> WINZER, Teil 6 N 263.

<sup>741</sup> Zum (deskriptiven) Begriff des Hochtechnologiemarktes FRÜH, 164 f. Dieser definiert sich namentlich durch den raschen Erwerb und Verlust von Marktanteilen, die besondere Wichtigkeit der Angebotssubstituierbarkeit und des potenziellen Wettbewerbs und der technischen Komplexität der fabrizierten Produkte.

men z.B. vor einer Investition in einen Kernspintomografen oder ein Kraftwerk stehe.<sup>742</sup> Diese Kritik ist nachvollziehbar und berechtigt.<sup>743</sup> Der Nutzen vieler Exklusivlizenzen wird so wieder infrage gestellt.<sup>744</sup>

### b. *Kein Schutz für Konkurrenten des Lizenzgebers*

Eine weitere Einschränkung erfolgt durch das Erfordernis, dass der geschützte Lizenznehmer zur Zeit seiner eigenen Lizenzerteilung kein Konkurrent des Lizenzgebers gewesen sein darf. War der geschützte Lizenznehmer zum Zeitpunkt der Lizenzvergabe bereits ein Konkurrent des Lizenzgebers, bedeutet dies, dass er schon auf dem relevanten Markt präsent war. Somit bedarf er keines Schutzes vor dem Wettbewerb anderer Lizenznehmer mehr, um sich auf dem Markt zu positionieren.<sup>745</sup> Aus der Formulierung des Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO ergibt sich auch, dass die Technologierechte, die dem Lizenznehmer lizenziert wurden, dem aktive Verkäufe verboten werden, zumindest teilweise die gleichen sein müssen wie jene, die dem geschützten Lizenznehmer lizenziert wurden. Das Erfordernis der fehlenden Wettbewerberschaft zwischen dem geschützten Lizenznehmer und dem Lizenzgeber bezieht sich allerdings nur auf die Technologierechte, welche in ihrer Technologietransfer-Vereinbarung lizenziert wurden.<sup>746</sup> Eine Vereinbarung zwischen dem geschützten Lizenznehmer und dem Lizenzgeber darüber, aktive und/oder passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des jeweils anderen zu unterlassen, erfüllt die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO und ist damit zulässig.

### c. *Zwischenfazit: Was möglich bleibt*

Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO kann der Lizenzgeber ein Verbot des aktiven Vertriebs mit anderen Lizenznehmern zum Schutze eines Exklusivlizenznehmers vereinbaren. Voraussetzung dafür ist, dass die Vereinbarung nicht wechselseitig ist und der geschützte Lizenznehmer zum Zeitpunkt seiner Li-

---

<sup>742</sup> WINZER, Teil 6 N 263; DEL TIEMPO MATANZO, 161.

<sup>743</sup> Vgl. die Würdigung und mögliche Lösungsansätze dieser Problematik hinten in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.4 b.](#)

<sup>744</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 161 f.

<sup>745</sup> So die Begründung in N 110 TT-Leitlinien; LEVINA, 98; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 53; zum inhaltlich gleichen Art. 4 Abs. 1 lit. c v) der TT-GVO 04 BARTENBACH, N 922; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 828 f.; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 208.

<sup>746</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 53; DEL TIEMPO MATANZO, 159 f.



zenzerteilung kein Konkurrent des Lizenzgebers war. Auf diesem Weg wird der Exklusivlizenznehmer vor aktiven Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen geschützt, die auf sein Exklusivgebiet oder seine Exklusivkundengruppe abzielen. Das Verbot des passiven Vertriebs wird in der Ausnahme von Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO nicht erwähnt und bleibt eine Kernbeschränkung. Der Lizenzgeber darf passive Verkäufe durch andere Lizenznehmer in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines Lizenznehmers folglich nicht verbieten.<sup>747</sup>

War der Lizenznehmer zum Zeitpunkt seiner Lizenzerteilung ein Konkurrent des Lizenzgebers, schliesst Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO den Schutz vor aktiven Verkäufen anderer Lizenznehmer aus. Gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO kann sich der Lizenznehmer aber unterhalb der Marktanteilsschwelle vor aktiven und passiven Verkäufen des Lizenzgebers schützen lassen und auch ihm diesen Schutz zusagen. Voraussetzung dafür ist, dass die Vereinbarung nicht wechselseitig ist.

Oberhalb der Marktanteilsschwelle können Beschränkungen des aktiven Vertriebs notwendig sein, um den Schutzrechtsinhaber zu einer Lizenzvergabe zu bewegen bzw. dem Lizenzgeber ausreichend Sicherheit zu geben, um in die effiziente Nutzung der Technologie und die Erschliessung eines neuen Marktes zu investieren.<sup>748</sup> Massgebliches Kriterium für die Notwendigkeit ist die Marktmacht der Parteien.<sup>749</sup>

#### d. Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung

##### aa) Kritik

Die Aufteilung in aktive und passive Verkäufe wird teilweise bemängelt.<sup>750</sup> Zudem sei die in Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO statuierte Aufteilung und Ungleichbehandlung nicht mit dem höchstrichterlichen Urteil in der Rechtssache *Maissaatgut* zu vereinbaren, denn im genannten Entscheid habe der Gerichtshof nicht zwischen aktivem und passivem Vertrieb unterschieden, sondern die Zulässigkeit alleine anhand der wirtschaftlichen Erforderlichkeit der Ex-

---

<sup>747</sup> LAMPING, in: Patentvertragsrecht, N 208.

<sup>748</sup> N 200 TT-Leitlinien.

<sup>749</sup> N 200 TT-Leitlinien m.w.H.

<sup>750</sup> KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 183 ff.; DEL TIEMPO MATANZO, 161 f.; WINZER, Teil 6 N 263, vgl. dazu vorne [Teil 2 Kapitel 4 V 2.3 a.](#)

klusivität beurteilt.<sup>751</sup> Indem die Kommission das Verbot passiver Verkäufe als Kernbeschränkung definiere, unterlaufe sie<sup>752</sup> die höchstrichterlichen Feststellungen im Urteil *Maissaatgut* und bleibe im Ergebnis dahinter zurück, wird kritisiert<sup>753</sup>.

## bb) Stellungnahme

Tatsächlich traf der Gerichtshof in der Rechtssache *Maissaatgut* keine Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Vertrieb. Daraus zu schliessen, der Ausschluss des passiven Vertriebs zugunsten von Drittlizenznehmern sei zulässig, wäre aber verfehlt. Der Gerichtshof traf im genannten Entscheid eine Einzelfallentscheidung gestützt auf die Unterscheidung zwischen der offenen ausschliesslichen Lizenz und der Lizenz mit absolutem Gebietsschutz. Es lohnt sich, dieses Begriffspaar genauer zu analysieren.

In seiner Entscheidung erwog der Gerichtshof, dass es sich beim „ersten Fall [...] um eine sogenannte offene ausschliessliche Lizenz oder Konzession [handelt], bei der sich die Ausschliesslichkeit der Lizenz nur auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer bezieht, indem sich der Inhaber gleichzeitig verpflichtet, keine weiteren Lizenzen für dasselbe Gebiet zu erteilen und dem Lizenznehmer in diesem Gebiet nicht selbst Konkurrenz zu machen“<sup>754</sup>. Diese vom Gerichtshof in einer Einzelfallbetrachtung gewonnene Erkenntnis wird in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO allgemeinverbindlich festgelegt: Lizenzgeber und Lizenznehmer dürfen sich in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung versichern, sich im jeweiligen Exklusivgebiet oder bei der jeweiligen exklusiv vorbehaltenen Kundengruppe nicht zu konkurrenzieren.

„Im zweiten Fall handelt es sich dagegen um eine ausschliessliche Lizenz oder Konzession mit absolutem Gebietsschutz, bei der die Vertragsparteien die Absicht verfolgen, für die betreffenden Erzeugnisse und das fragliche Gebiet jeden Wettbewerb Dritter, etwa von Parallelimporteuren oder Lizenznehmern für andere Gebiete, auszuschalten“<sup>755</sup>, so der Gerichtshof. Eine solche

---

<sup>751</sup> WINZER, Teil 6 N 263; zur inhaltlich gleichlautenden Vorgängerbestimmung DEL TIEMPO MATANZO, 161.

<sup>752</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 161 f.

<sup>753</sup> KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 183.

<sup>754</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

<sup>755</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

hatte er im Entscheid *Maissaatgut* als unzulässig qualifiziert.<sup>756</sup> Eine Lizenz mit absolutem Gebietsschutz beinhaltet die Verpflichtung, dass der Lizenzgeber einem Lizenznehmer verbietet, in ein Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines Drittlizenznehmers passive Verkäufe zu tätigen und den Drittlizenznehmer so umfassend vor jeglicher Konkurrenz schützt. Dies verbietet Art. 4 Abs. 1 lit. c (und ebenso Art. 4 Abs. 2 lit. b) TT-GVO.

Obwohl der Gerichtshof nicht ausdrücklich vom Verbot passiven Vertriebs gesprochen hat, ist seine Qualifikation im Urteil *Maissaatgut* also materiell mit den Wertungen des Art. 4 Abs. 4 lit. c ii) TT-GVO identisch. Zwischen dem Urteil und der TT-GVO liegt keine Diskrepanz bezüglich Verboten des passiven Verkaufs vor.

## 2.4 Würdigung der Ausnahmen

### a. Differenzierung zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer

Die beiden Ausnahmen in Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO regeln das Verhältnis zwischen Exklusivlizenzgeber und Exklusivlizenznehmer bzw. jenes zwischen Exklusivlizenznehmer und anderen Exklusivlizenznehmern. Es fällt auf, dass in der ersten Ausnahme mehr freigestellt wird als in der zweiten. Der Lizenzgeber und der Lizenznehmer dürfen übereinkommen, aktive und passive Verkäufe in das dem jeweils andern vorbehaltenen Gebiet bzw. an dessen exklusive Kundengruppe zu unterlassen (Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO). Hingegen darf dem Lizenzgeber zum Schutze eines Drittlizenznehmers nur der aktive, nicht aber der passive Vertrieb in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des Drittlizenznehmers verboten werden (Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO).

Der Exklusivlizenzgeber wird gegenüber den Lizenznehmern privilegiert. Er kann sich von jedem Lizenznehmer zusichern lassen, dass dieser weder aktiv noch passiv in sein Exklusivgebiet oder an seine Exklusivkundengruppe vertritt. Die Kombination der beiden Ausnahmebestimmungen ermöglicht dem Lizenzgeber absoluten Gebietsschutz für sein Exklusivgebiet bzw. seine Exklusivkundengruppe. Die Lizenznehmer untereinander können dies nicht vereinbaren, und auch Verträge zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer zum Schutze von Drittlizenznehmern dürfen sich nur auf das Verbot aktiver Verkäufe beziehen.

---

<sup>756</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 60 f.

Die Privilegierung des Lizenzgebers im Verhältnis zu den Lizenznehmern ist nach der hier vertretenen Ansicht gerechtfertigt. Der Lizenzgeber ist es, der mit der Lizenzierung seine Technologie und die dazugehörigen Informationen mit Dritten teilt. Seine Bereitschaft dafür wäre deutlich geringer, wenn er mit Wettbewerb seitens seiner eigenen Lizenznehmer rechnen müsste. Die Möglichkeit, in vorher definierten Grenzen absoluten Gebietsschutz zu vereinbaren, dürfte also regelmässig notwendig sein, um einen Inhaber von Schutzrechten oder Know-how zum Lizenzgeber zu machen. Die Möglichkeit absoluten Gebietsschutzes für den Exklusivlizenzgeber wurde bei der Formulierung der TT-GVO in Kauf genommen, da das öffentliche Interesse an der Verbreitung von Informationen und Technologien als derart gross qualifiziert wurde.<sup>757</sup> Zudem trägt der Lizenzgeber erhebliche Investitionsrisiken bei der Entwicklung einer neuen Technologie, welche er nur selten vollumfänglich über Lizenzgebühren auf seine Lizenznehmer abwälzen kann.<sup>758</sup> Die differenzierte Behandlung von Beschränkungen zugunsten des Lizenzgebers ist somit angebracht.

Anders stellt sich die Interessenlage bei den Lizenznehmern dar. Auch sie tragen ihren Anteil zur Verbreitung technischer Informationen bei, indem sie die lizenzierte Technologie nutzen und damit Vertragsprodukte herstellen. Der Entscheid, ob überhaupt eine Lizenz gewährt wird, liegt allerdings nicht bei ihnen. Dass sich ein Lizenznehmer für eine Technologie finden lässt, der diese verwertet, liegt zwar ebenfalls im öffentlichen Interesse. Dem trägt Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO damit Rechnung, dass ein Lizenzgeber seinem Lizenznehmer zumindest verbieten kann, aktive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers zu tätigen. Das öffentliche Interesse an einer Lizenzvergabe ist allerdings nicht so hoch zu gewichten, dass es möglich sein sollte, einen exklusiven Lizenznehmer vor jeglicher Konkurrenz durch andere Lizenznehmer zu schützen. Die bewusste Inkaufnahme von Risiken ist Grundlage und Voraussetzung jeder unternehmerischen Entscheidung. Hat ein Exklusivlizenznehmer ausreichend Vertrauen in das Potenzial einer Technologie, sollte er auch ohne künstlichen Schutz vor Konkurrenz dazu bereit sein, in diese zu investieren. Vor diesem Hintergrund ist die differenzierte Behandlung von Lizenzgeber und Lizenznehmer in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) und ii) TT-GVO angemessen und überzeugend.

---

<sup>757</sup> Vgl. Erwägungsgrund 4 TT-GVO; FEIL, Lizenzkartellrecht, 297.

<sup>758</sup> N 8 TT-Leitlinien.

b. *Schutzlücke für Lizenznehmer im Bereich der Hochtechnologie*

Es ist eine zweite Frage, ob die Aufteilung des aktiven und passiven Vertriebs, wie sie Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO mit Verweis auf die Vertikal-Leitlinien vornimmt, zweckgemäss ist. Einerseits bestehen Bedenken, ob eine solche Dichotomie im Zeitalter des Internets noch praktikabel ist. Wenn jede Internetwerbung, die nicht explizit das Exklusivgebiet oder die Exklusivkundengruppe eines Drittlizenznehmers adressiert, als passiver Verkauf qualifiziert wird,<sup>759</sup> ist das Verbot des aktiven Vertriebs leicht umgangen. Andererseits führt die Regelung des Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO im Ergebnis nicht zu einem Schutz von Hochtechnologie<sup>760</sup>, sondern eher zu einem Schutz von Massenfabrikaten. Wie erwähnt, darf dem Lizenznehmer nicht verboten werden, passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers zu tätigen. Die Bedienung von Kundenanfragen aus dem Exklusivlizenzgebiet oder der Exklusivkundengruppe eines Drittlizenznehmers kann also nicht vertraglich ausgeschlossen werden.

Während der Aufwand in weniger kapitalintensiven Bereichen meist zu gross sein wird, um von allen Lizenznehmern ein Angebot einzuholen, präsentiert sich die Ausgangslage im Hochtechnologiesektor grundsätzlich anders. Geht es um hohe Investitionen, wird ein Käufer die Mühe nicht scheuen, eine Vielzahl von Anbietern, möglicherweise auch alle weltweit, um eine Offerte anzufragen. Der angestrebte Schutz des Exklusivlizenznehmers läuft hier ins Leere. Damit ist der gleichgerichteten Kritik WINZERS<sup>761</sup> und DEL TIEMPO MATANZOS<sup>762</sup> zu folgen. Dieser Zustand ist nicht mit dem Ziel der TT-GVO vereinbar, die Lizenzierung und die damit verbundene Wissensteilung zu fördern<sup>763</sup>. Gerade

---

<sup>759</sup> N 51 Vertikal-Leitlinien.

<sup>760</sup> Als Hochtechnologie werden technisch komplexe Produkte der Dienstleistungen bezeichnet, die Ergebnis eines stark innovationsgetriebenen Prozesses sind. Hochtechnologiemärkten werden verschiedene Eigenschaften zugeschrieben, so z.B. die Wichtigkeit von F&E und Immaterialgüterrechten, eine hohe Dynamik, die zu einer starken Schwankung der Marktanteile führt, das Auftreten von Netzwerkeffekten sowie hohe Fix-, aber niedrige Grenzkosten, dazu LIND/MUYSERT, ECLR 2003, 87 ff.; FRÜH, 164 f. m.w.H.; vgl. auch DREHER, ZWeR 2009, 149 ff.

<sup>761</sup> WINZER, Teil 6 N 263.

<sup>762</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 161.

<sup>763</sup> N 9 TT-Leitlinien.

im Bereich der Hochtechnologie, in welchem an der Verbreitung von Informationen ein besonders grosses Interesse bestehen würde, wird die Bereitschaft von Unternehmen geschwächt, sich Lizenzen erteilen zu lassen.

Eine einfache Lösung dieses Problems ist nicht in Sicht. So kann eine generelle Zulässigkeit des Verbots aktiver und passiver Verkäufe in Gebiete bzw. an Kundengruppen eines anderen Exklusivlizenznehmers nicht die Lösung sein, würde doch damit (zeitlich unbegrenzter) absoluter Gebietsschutz für jeden Exklusivlizenznehmer möglich. Durch eine so breit gefasste Rückausnahme würde der Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO für Exklusivlizenzen vollends bedeutungslos. Zudem wären alle Technologietransfer-Verträge von dieser Regelung erfasst, also auch solche ausserhalb der Hochtechnologie, die nach der hier vertretenen Auffassung keines weitergehenden Schutzes bedürfen.

Eine andere Möglichkeit wäre, für den Hochtechnologiesektor einen Vorbehalt anzubringen, der neben dem Verbot aktiver Verkäufe auch ein zeitlich beschränktes Verbot passiver Verkäufe ermöglicht. Sogleich stellt sich aber die Frage, wo die Demarkationslinie zwischen der „gewöhnlichen“ Technologie und der Hochtechnologie zu ziehen ist. Die Definition einer solchen scheint, gerade aus ex-ante-Perspektive, praktisch unmöglich. Eine Einzelfallbeurteilung ex post hätte den Nachteil der unzureichenden Vorhersehbarkeit. Da diese Zuordnung darüber entscheiden würde, ob eine Kernbeschränkung mit allen dazugehörigen Konsequenzen vorliegt, wäre eine solche Situation unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit untragbar. Darüber hinaus gibt FRÜH zu Recht zu bedenken, dass die Gerichte wohl kaum empfänglich für ein Sonderkartellrecht für Hochtechnologiemärkte sein werden.<sup>764</sup>

Nur eine Änderung der TT-GVO könnte die Lücke für Lizenznehmer im Bereich der Hochtechnologie verbindlich schliessen. Dies bedingt eine Definition der Hochtechnologie. Bis dahin muss die Schutzlücke von Vertragsparteien einer Technologietransfer-Vereinbarung hingenommen werden. Anderenfalls bleibt nur die Möglichkeit, sich auf eine Einzelfreistellung i.S.d. Art. 101

---

<sup>764</sup> FRÜH, 165. Die Kommission hatte in der Entscheidung COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, N 301 ff., die ein Verfahren um Art. 102 AEUV zum Gegenstand hatte, die Anerkennung neuer Märkte explizit abgelehnt. Wanadoo, ein Anbieter von Anschlüssen für Breitband-Internet, hatte im Verfahren gefordert, die Wettbewerbsregeln könnten nicht auf einen Markt angewendet werden, der erst im Entstehen begriffen sei. Die Kommission erwiderte darauf, dass es weder im EGV noch in der Rechtsprechung der Unionsgerichte einen Anhaltspunkt dafür gebe, die Wettbewerbsregeln nicht auf Sektoren anzuwenden, die noch nicht voll ausgereift sind oder als aufstrebende Märkte qualifiziert werden.

Abs. 3 AEUV zu berufen, wobei dies mit hohen Risiken und vielen Unwägbarkeiten verbunden ist: Die Einzelfreistellung einer Kernbeschränkung ist zwar nicht unmöglich, aber doch ein Ausnahmefall.<sup>765</sup>

### 3. Kernbeschränkungen zwischen Nichtwettbewerbern

Art. 4 Abs. 2 TT-GVO zählt jene Vereinbarungen auf, die im Verhältnis zwischen Nichtwettbewerbern als Kernbeschränkungen angesehen werden. Im Wesentlichen geht es dabei um Beschränkungen des Lizenznehmers. Ähnlich wie in Art. 4 Abs. 1 TT-GVO bestehen weitreichende Ausnahmen von den Kernbeschränkungen mit der Folge, dass diese bis zur massgebenden Marktanteilschwelle von 30% pro Vertragspartei<sup>766</sup> freigestellt sind.<sup>767</sup>

#### 3.1 Beschränkungen des Lizenznehmers bezüglich passiver Verkäufe

Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO verbietet Vereinbarungen, die den Lizenznehmer im passiven Verkauf<sup>768</sup> von Erzeugnissen einschränken, welche die lizenzierte Technologie enthalten. Unzulässig sind direkte Gebiets- und Kundenkreisbeschränkungen, welche von den freigestellten *field of use*-Klauseln, d.h. Verkaufsbeschränkungen im Hinblick auf einen Wirtschaftszweig, Produktmarkt oder Anwendungsbereich<sup>769</sup>, abzugrenzen sind.<sup>770</sup> Unzulässig sind auch indi-

---

<sup>765</sup> N 94 TT-Leitlinien; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 440 und JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1331, ziehen eine Freistellung nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht. Für RÖHLING, GRUR 2003, 1020 und WINZER, Teil 6 N 197, schliesst die Qualifikation einer Abrede als Kernbeschränkung eine Einzelfreistellung aus. Dass solch pauschalen Aussagen mit Vorsicht zu begegnen ist, zeigt der *Webtaxi*-Entscheid der luxemburgischen Kartellbehörde, der sich mit der Plattformökonomie auseinandersetzt. Darin qualifizierte sie eine horizontale Preisabrede zwischen Taxis, die Teil einer Reservierungsplattform waren, aus verschiedenen Effizienzgründen (Reduktion von Leerfahrten, Wartezeiten und Preisen) als gerechtfertigt, Conseil de la concurrence, 2018 FO-01 – *Webtaxi*, N 88 ff., vgl. dazu auch die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 1.1](#).

<sup>766</sup> Art. 3 Abs. 2 TT-GVO.

<sup>767</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 67.

<sup>768</sup> Zur Definition des passiven Verkaufes N 108 TT-Leitlinien; N 51 Vertikal-Leitlinien.

<sup>769</sup> Diese sind von der Gruppenfreistellung erfasst und auch oberhalb der Marktanteilschwelle im Allgemeinen nicht wettbewerbschädigend oder gar wettbewerbsfördernd, so N 214 TT-Leitlinien.

<sup>770</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 72; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 233; GRÜNOGEL, 275 f.

rekte Massnahmen wie finanzielle Anreize oder die Einrichtung eines Kontrollsystems zur Überprüfung des Bestimmungsortes der Vertragsprodukte.<sup>771</sup> Mengenbeschränkungen werden als Verbote des passiven Verkaufs angesehen, wenn sie ein Mittel zur Durchsetzung einer Marktaufteilungsvereinbarung sind.<sup>772</sup> Verbote des aktiven Verkaufs werden nicht von Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO erfasst und sind keine Kernbeschränkungen.<sup>773</sup> Es ist zu beachten, dass Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO nur Verkaufsbeschränkungen regelt, die dem Lizenznehmer auferlegt werden. Verkaufsbeschränkungen des Lizenzgebers stellen keine Kernbeschränkung dar.<sup>774</sup>

Wie Art. 4 Abs. 1 lit. c statuiert auch Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO den Grundsatz der Unzulässigkeit für die aufgezählten Verhaltensweisen, welcher durch fünf Rückausnahmen aber deutlich aufgeweicht wird. Für Exklusivlizenzen ist insbesondere Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO relevant, der im Folgenden analysiert wird.

### 3.2 Ausnahme zugunsten der Exklusivität des Lizenzgebers

Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO bildet eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit des Verbots passiver Verkäufe für Lizenznehmer. Beschränkungen des passiven Verkaufs des Lizenznehmers in ein Exklusivgebiet oder an eine Exklusivkundengruppe des Lizenzgebers sind keine Kernbeschränkung und somit weiterhin freigestellt.<sup>775</sup> Es ist nicht erforderlich, dass der Lizenzgeber bereits aktiv im vorbehaltenen Gebiet bzw. für die vorbehaltene Kundengruppe produziert, er kann sich auch eine spätere Nutzung vorbehalten.<sup>776</sup> Dies ist jedoch nur möglich, wenn bekannt ist, welche Gebiete und Kundengruppen betroffen sind. Es ist daher notwendig, dass der Vorbehalt des Lizenzgebers explizit erfolgt.<sup>777</sup> Behält sich der Lizenzgeber gewisse Gebiete oder Kundengruppen nicht exklusiv vor, greift die Ausnahmebestimmung

---

<sup>771</sup> GROSS, N 766.

<sup>772</sup> N 119 TT-Leitlinien, die Kommission geht allerdings nicht von der Annahme aus, dass Mengenbeschränkungen bereits als solche dem Zweck der Marktaufteilung dienen.

<sup>773</sup> Grund dafür ist, dass die Annahme, dass Beschränkungen des aktiven Verkaufs Investitionen und den (nicht über den Preis ausgetragenen) Wettbewerb fördern und somit die Qualität der Vertragsprodukte bewirken, vgl. SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 231; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 59; LEVINA, 98 f.

<sup>774</sup> Vgl. N 120 TT-Leitlinien.

<sup>775</sup> N 121 TT-Leitlinien.

<sup>776</sup> N 121 TT-Leitlinien.

<sup>777</sup> Vgl. dazu BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.6.



nicht und es bedarf einer Einzelfreistellung, falls eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.<sup>778</sup> Inhaltlich stimmt Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO mit seiner Vorgängerregelung überein.

Solche Beschränkungen des Lizenznehmers begrenzen den Wettbewerb möglicherweise bereits unterhalb der Marktanteilsschwelle.<sup>779</sup> Die Kommission begründet die sehr weitgehende<sup>780</sup> Ausnahmeregelung in Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO mit der wettbewerbsfördernden Verbreitung und Integration der Technologie in die Produktionsanlagen des geschützten Lizenznehmers.<sup>781</sup>

### 3.3 Verbote des passiven Verkaufs zugunsten der Exklusivität von Drittlizenznehmern

#### a. *Regelung nach der TT-GVO 04*

Unter dem Regime der Vorgängerverordnung war es dem Lizenzgeber aufgrund einer Ausnahme möglich, den Lizenznehmer zu verpflichten, passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers für die ersten zwei Jahre seiner Verkaufsaktivitäten zu verbieten.<sup>782</sup> Begründet wurde diese Ausnahme damit, dass Lizenznehmer häufig umfangreiche Investitionen in Produktionsanlagen oder Werbung auf sich nehmen müssen, um ein neues Verkaufsgebiet zu erschliessen. Diese Investitionen wären unwiederbringlich verloren, wenn der Lizenzgeber den Markt wieder verlässt.<sup>783</sup> Um dieses Risiko zu mindern, hielt die Kommission eine

---

<sup>778</sup> Zu dieser offensichtlichen Vorzugsbehandlung der Exklusivlizenz NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 74.

<sup>779</sup> N 121 TT-Leitlinien.

<sup>780</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 74; ebenso SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 236.

<sup>781</sup> N 121 TT-Leitlinien; es dürfte wohl kaum ein Lizenzgeber bereit sein, seine Technologie zu lizenzieren, wenn er damit rechnen müsste, von seinem eigenen Lizenznehmer in seinem Exklusivgebiet oder bei seiner Exklusivkundengruppe konkurrenziert zu werden, so KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 254.

<sup>782</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. b ii) TT-GVO 04.

<sup>783</sup> KERBER/SCHWALBE, MüKo EuWettbR, Grundlagen, N 497.

zeitlich begrenzte Gewährung eines absoluten Gebietsschutzes für nötig.<sup>784</sup> Nach Ablauf der Zweijahresfrist war dieselbe Vereinbarung nicht mehr gruppenfreigestellt und wurde eine Kernbeschränkung.<sup>785</sup>

### b. *Regelung nach der aktuellen Fassung*

Art. 4 Abs. 2 lit. b ii) der TT-GVO 04 wurde nicht in die geltende Fassung übernommen. Durch diese entscheidende<sup>786</sup> Änderung sollte eine wertungsmässige Angleichung an die Regelungen der Vertikal-GVO stattfinden, welche in Art. 4 lit. b i) ebenfalls nur die Beschränkung des aktiven Verkaufs freistellt.<sup>787</sup> In der Konsultation wurde die Angleichung an die Vertikal-GVO teils begrüsst,<sup>788</sup> teils heftig kritisiert<sup>789</sup>. Die Kommission stellt mit Erlass der neuen TT-GVO klar, dass beim Verbot des passiven Vertriebs des Lizenznehmers in ein Exklusivgebiet oder an eine Kundengruppe eines anderen Lizenznehmers von einer Kernbeschränkung auszugehen ist.<sup>790</sup>

In N 126 der TT-Leitlinien wird dieser Grundsatz relativiert,<sup>791</sup> wiederum mit dem Argument der Amortisation der Markterschliessungskosten und für den Zeitraum von zwei Jahren. Wenn die Beschränkungen objektiv notwendig sind, damit der Lizenznehmer einen neuen Markt erschliessen kann, statuiert N 126 TT-Leitlinien, dass diese bis zur Amortisation der Markterschliessungskosten des Lizenznehmers nicht unter den Tatbestand von Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen.<sup>792</sup> Die Kommission geht davon aus, dass sich die Investitionen in der Re-

---

<sup>784</sup> N 101 TT-Leitlinien 04; vgl. auch ENCHELMAIER, in: Intellectual Property and Competition Law, 423 ff; kritisch zur gruppenweisen Freistellung ALBERINI, 227.

<sup>785</sup> In N 101 TT-Leitlinien 04 wies die Kommission darauf hin, dass eine Einzelfreistellung unwahrscheinlich sei, da Beschränkungen passiver Verkäufe kaum je unerlässlich für einen Effizienzgewinn seien.

<sup>786</sup> BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 741.

<sup>787</sup> SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, Vertikal-GVO, N 720 ff.; HAUCK, in: Lizenzvertragsrecht, N 58; BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 741 f.; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 75; LEISTNER/KÖNIGS, wtp 2014, 270; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 237.

<sup>788</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundeskartellamt, Stellungnahme, 1 f.

<sup>789</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie, Stellungnahme, 8 f.; American Chamber of Commerce to the European Union, Response, 8 f.; Economiesuisse, Comments, 5 f.

<sup>790</sup> BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 741; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1351.

<sup>791</sup> Dazu BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 741; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 237.

<sup>792</sup> N 126 TT-Leitlinien.

gel nach einem Zeitraum von bis zu zwei Jahren nach dem Zeitpunkt, an dem der Lizenznehmer das Vertragsprodukt zum ersten Mal in seinem Exklusivgebiet bzw. seiner Exklusivkundengruppe verkauft hat, amortisiert haben.<sup>793</sup> Nur in Einzelfällen sei ein längerer Schutz zu gewähren.<sup>794</sup>

### c. Bewertung

Prima vista präsentiert sich die aktuelle Rechtslage ähnlich wie nach der TT-GVO 04, wenngleich die Möglichkeit zur Ausdehnung des zweijährigen Schutzes erst seit 2014 besteht. Ein gewichtiger Unterschied ist, dass die Rechtsgrundlage dafür nicht mehr in der TT-GVO, sondern in den TT-Leitlinien zu finden ist. Die Verschiebung der Rückausnahme von der Verordnung in die TT-Leitlinien hat zur Folge, dass keine automatische Freistellung mehr erfolgt. Es obliegt den Vertragsparteien selbst, zu prüfen, ob die Voraussetzungen der TT-Leitlinien erfüllt sind bzw. ob sie imstande wären, diese in einem allfälligen Kartellverfahren zu beweisen. BESEN/SLOBODENJUK machen auf das unkalkulierbare Restrisiko aufmerksam, das damit verbleibt. Unternehmen seien zu einer Abwägungsentscheidung gezwungen, ob sie dieses Risiko in Kauf nehmen oder doch lieber die rechtssichere Variante ohne die Beschränkung passiver Verkäufe wählen wollen. Es sei zu befürchten, dass ein Unternehmen, vor eine solche Entscheidung gestellt, wohl eher ganz auf den Abschluss einer Technologietransfer-Vereinbarung verzichten würde.<sup>795</sup>

Die Kommission hat in dieser Angelegenheit inkonsequent agiert. Statt Rechtssicherheit zu schaffen und Verbote des passiven Vertriebs zugunsten eines Exklusivlizenznehmers zeitlich begrenzt freizustellen (oder aber ausdrücklich, analog der Vertikal-GVO, als Kernbeschränkung zu qualifizieren), hat die Kommission die ohnehin schon ausgefeilte Regelung der Kernbeschränkungen weiter verkompliziert. Die Zulässigkeit einer Vertriebsart bzw. deren Ausschluss darf jedoch nicht davon abhängig sein, ob ein Akteur risikoscheu ist oder nicht,<sup>796</sup> sondern muss vorhersehbar sein. Stimmt die ein-

---

<sup>793</sup> N 126 TT-Leitlinien.

<sup>794</sup> N 126 TT-Leitlinien; fraglich ist, ob das europäische Recht durch den Entzug tatsächlich grosszügiger geworden ist, in diesem Sinne aber die Einschätzung der OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 51, insb. Fn 37.

<sup>795</sup> BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 742; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 237, teilen diese Bedenken; kritisch gegenüber dieser Argumentation hingegen LEISTNER/KÖNIGS, wrp 2014, 270.

<sup>796</sup> Im Ergebnis präsentiert sich die geltende Rechtslage aber so, vgl. BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 742.

gangs geäußerte Befürchtung, dass Unternehmen unter diesen Umständen eher auf eine Lizenzerteilung verzichten, würde dies dem Bestreben der Kommission, den Abschluss von Technologietransfer-Verträgen zu fördern, zuwiderlaufen.

Das Ziel, eine parallele Rechtslage zur Vertikal-GVO zu schaffen, wurde mit diesem Vorgehen jedenfalls nicht vollständig erreicht.<sup>797</sup> Zwar hat die neue Regelung die Inkongruenz zwischen der Vertikal-GVO und der TT-GVO formal beseitigt.<sup>798</sup> Ein Ausschluss des passiven Vertriebs zum Schutze eines Lizenznehmers bleibt nach N 126 TT-Leitlinien aber noch immer möglich (sogar länger als nach der TT-GVO 04), auch wenn davon auszugehen ist, dass die neu entstandene Rechtsunsicherheit und Beweislastverteilung ihren Teil dazu beiträgt, dass Unternehmen weniger solche Vereinbarungen schliessen.

Der Kommission wird vorgehalten, dass das Verhältnis der Lizenznehmer untereinander deutlich nachteiliger sei als jenes zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer.<sup>799</sup> Diese Ungleichbehandlung sei nicht gerechtfertigt, da beiden Akteuren dieselbe Schutzbedürftigkeit zukomme. Zudem bestehe ein Interesse daran, potenzielle Lizenznehmer nicht von einer Lizenz abzuschrecken. Im Ergebnis werde dadurch provoziert, dass innerhalb der EU entweder nur noch der Lizenzgeber aktiv sei oder dieser nur einen einzigen Exklusivlizenznehmer einsetze.<sup>800</sup> Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Bei Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots passiver Verkaufsbeschränkungen des Lizenznehmers. Hintergrund ist, dass es der Lizenzgeber ist, der sich entschliesst, seine Informationen zu teilen und so zur deren Verbreitung beiträgt. Als Anreiz dazu gewährt ihm die Kommission die Aussicht auf absoluten Gebietsschutz für sein Exklusivgebiet bzw. seine Exklusivkundengruppe.<sup>801</sup> Dass es zur Verbreitung von Technologie sowohl den Lizenzgeber als auch den Lizenznehmer braucht, wird hier nicht in Abrede gestellt. Die Motivation eines potenziellen Lizenznehmers, sich um

---

<sup>797</sup> Nach dem Verständnis der OECD ist in der Neuerung eine Lockerung des Ausschlusses passiver Verkäufe zu erkennen, vgl. OECD, Licensing of IP Rights and Competition Law, N 51, insb. Fn 37.

<sup>798</sup> Anderer Ansicht scheinen LEISTNER/KÖNIGS, wpr 2014, 270, zu sein, die von einer „Beendigung“ der Ungleichbehandlung sprechen; ebenso LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 18.

<sup>799</sup> GROSS, N 771; KLAWITTER, Lizenzverträge, 203, 260 ff.; ebenfalls kritisch gegenüber der „Verschärfung“ SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 237.

<sup>800</sup> GROSS, N 771.

<sup>801</sup> Vgl. N 121 TT-Leitlinien.

eine Lizenz zu bemühen, sollte jedoch nicht der künstliche Schutz vor Konkurrenz sein, sondern das Vertrauen in das Potenzial der betreffenden Technologie. Die Ausnahme in N 126 der TT-Leitlinien stellt sicher, dass kapitalintensive Anfangsinvestitionen des Lizenznehmers amortisiert werden können, wenn dies zur Erschliessung eines neuen Marktes objektiv notwendig ist. Einen Lizenznehmer stets vor dem Wettbewerb anderer Lizenznehmer zu schützen, würde hingegen zu weit gehen und wäre nicht zu rechtfertigen.

### 3.4 Zwischenfazit: Was möglich bleibt

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO nur Gebiets- oder Kundenkreisbeschränkungen, nicht aber *field of use*-Beschränkungen als Kernbeschränkungen benennt.<sup>802</sup> Weiter regelt die Norm nur Lizenznehmerbeschränkungen; Beschränkungen des Lizenzgebers werden von ihr nicht erfasst und sind bis zur Marktanteilsschwelle freigestellt.<sup>803</sup> Oberhalb dieser sind Beschränkungen des Lizenzgebers nach Massgabe des Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt, wenn keine echte Alternative zur Technologie des Lizenzgebers verfügbar ist oder der Lizenznehmer über eine von Dritten erhaltene Lizenz für eine Alternativtechnologie verfügt.<sup>804</sup>

Es ist zulässig, das Gebiet oder den Kundenkreis zu beschränken, in das bzw. an welchen der Lizenznehmer aktive Verkäufe tätigen darf.<sup>805</sup> Beschränkungen der passiven Verkäufe des Lizenznehmers sind nach Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO grundsätzlich unzulässig. Der Lizenzgeber kann dem Lizenznehmer aber den aktiven und passiven Verkauf in ein ihm exklusiv vorbehaltenes Gebiet bzw. an eine ihm exklusiv vorbehaltene Kundengruppe gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO verbieten. Die Rechtslage bezüglich passiver Verkaufsbeschränkungen des Lizenznehmers zugunsten von Drittlizenznehmern ist komplex. In der geltenden Fassung der TT-GVO sind diese nicht mehr freigestellt und stellen somit eine Kernbeschränkung dar. N 126 TT-Leitlinien ermöglicht aber eine zeitlich begrenzte Freistellung, wenn feststeht, dass ein solcher Schutz objektiv notwendig für den Markteintritt des geschützten Lizenznehmers ist. Nach Ansicht der Kommission sollte in der Regel ein Zeit-

---

<sup>802</sup> N 214 TT-Leitlinien; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 4 N 73; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 233; GRÜNVOGEL, 275 f.

<sup>803</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 230; GROSS, N 767.

<sup>804</sup> Dazu im Einzelnen N 202 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 230.

<sup>805</sup> GROSS, N 767; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 17; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 231.

raum von zwei Jahren ausreichen. In Einzelfällen ist ein längerer Schutz möglich, wenn dies zur Amortisation der angefallenen Kosten des Lizenznehmers notwendig ist.<sup>806</sup>

### 3.5 Kohärenz zur Maissaatgut-Entscheidung

Es fragt sich, ob die geltenden Normen und die Kommissionspraxis mit dem *Maissaatgut*-Entscheid des Gerichtshofs übereinstimmen. Da dieser wie Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO eine vertikale Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern zum Gegenstand hatte, bietet sich vorliegend ein Vergleich an.

Der Gerichtshof hat im genannten Entscheid die Kategorisierung zwischen der offenen ausschliesslichen Lizenz (die „als solche nicht unvereinbar“<sup>807</sup> mit dem Kartellverbot ist) und der Lizenz mit absolutem Gebietsschutz (die stets unzulässig ist) eingeführt. Entscheidendes Kriterium dafür ist, ob der Lizenzvertrag die Stellung Dritter, wie anderer Lizenznehmer oder Parallelimporteure, betrifft.<sup>808</sup> Diese Unterscheidung zeichnet die Kommission in der TT-GVO nach. Die Zusicherung des Lizenzgebers, im Exklusivgebiet oder für die Exklusivkundengruppe des Lizenznehmers keine weiteren Lizenzen zu erteilen, ist zulässig. Auch andere territoriale Beschränkungen wie das Verbot aktiver Verkäufe sind erlaubt. Der relative Gebietsschutz bleibt möglich. Hingegen stellt es nach Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO eine unzulässige Kernbeschränkung dar, einen exklusiven Lizenznehmer vor passiven Verkäufen anderer Lizenznehmer zu schützen. Mit Letzterem nämlich wird die Stellung Dritter (namentlich anderer Lizenznehmer) berührt, und somit liegt in der *Maissaatgut*-Terminologie eine Lizenz mit absolutem Gebietsschutz vor.

Einzig die Rückausnahme in N 126 TT-Leitlinien passt nicht ganz in die Kategorisierung des *Maissaatgut*-Urteils. Diese ermöglicht es, neue Lizenznehmer vor bereits bestehenden Drittlizenznehmern zu schützen, sofern dies objektiv notwendig ist, damit der geschützte Lizenznehmer in einen neuen Markt eintreten kann. Dies zeigt den Willen der Kommission zu einer flexibleren Beurteilung und einer stärkeren Fokussierung auf den Einzelfall. Abgesehen von dieser Ausnahme bildet Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO exakt die Wertungen des Urteils *Maissaatgut* ab. Im Urteil selbst wurde festgehalten, dass eine verbotene Ausübung eines gewerblichen Schutzrechts vorliegt, wenn eine Vereinbarung zur Folge hat, dass „dem Lizenznehmer durch die Verhinderung von

---

<sup>806</sup> N 126 TT-Leitlinien.

<sup>807</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

<sup>808</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

Paralleleinführen ein absoluter Gebietsschutz gesichert wird<sup>809</sup>. Nichts anderes ist Art. 4 Abs. 2 lit. b lit. i TT-GVO zu entnehmen.<sup>810</sup> Die fragliche Norm bildet die Kernsätze des Urteils in einer generell-abstrakten Weise ab.

## VI. Nichtfreigestellte Beschränkungen

Art. 5 TT-GVO geht auf diejenigen Klauseln ein, deren Vorliegen wettbewerbschädlich ist und die daher von der Gruppenfreistellung ausgenommen werden. In Abgrenzung zu den in Art. 4 TT-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen hat das Vorliegen einer nichtfreigestellten Beschränkung allerdings nicht den Ausschluss der gesamten Vereinbarung zur Folge. Lediglich die betreffende Vertragsklausel fällt, sofern sich diese vom übrigen Teil der Vereinbarung trennen lässt<sup>811</sup>, aus der Gruppenfreistellung heraus.<sup>812</sup> Die nichtfreigestellte Klausel erfährt eine Einzelbeurteilung anhand der Kriterien des Art. 101 Abs. 3 AEUV.<sup>813</sup> Erfüllt sie diese nicht, ist sie nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig.<sup>814</sup> Die nichtfreigestellten Beschränkungen durchbrechen somit das in Art. 4 TT-GVO aufgestellte „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.<sup>815</sup> Für die Exklusivlizenz ist das Augenmerk auf Art. 5 Abs. 1 TT-GVO zu legen. Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO behandelt die exklusive Rücklizenzierung und die Übertragung von Gesamt- oder Teilrechten von Verbesserungen oder eigenen Erfindungen des Lizenznehmers. Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO regelt die Zulässigkeit von Nichtangriffs- und Kündigungsklauseln.

---

<sup>809</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

<sup>810</sup> Vorbehaltlich des bereits erwähnten Ausnahmefalls in N 126 TT-Leitlinien.

<sup>811</sup> N 128 TT-Leitlinien.

<sup>812</sup> Erwägungsgrund 15 TT-GVO.

<sup>813</sup> N 128 TT-Leitlinien.

<sup>814</sup> Diese Nichtigkeitsfolge betrifft nur die wettbewerbsbeschränkende Klausel(n) der Vereinbarung. Ob sich aus der Teilnichtigkeit des Vertrags eine Gesamtnichtigkeit ergibt, bestimmt sich nicht nach europäischem, sondern nationalem Recht, vgl. LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 5 N 5 f.; SÄCKER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 869, vgl. dazu auch die Ausführungen hinten in [Teil 3 Kapitel 3 II 3](#).

<sup>815</sup> LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 5 N 1.

## 1. Exklusive Rücklizenzierung und Übertragung

### 1.1 Keine Freistellung für exklusive Rücklizenzierungs- und Übertragungspflichten

Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO betrifft die exklusive Rücklizenz, mit welcher Verbesserungen des Lizenznehmers ausschliesslich dem Lizenzgeber zurücklizenzieren werden sowie die Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber Verbesserungen an seiner Technologie ganz oder teilweise zu übertragen. Die TT-GVO stellt solche Verpflichtungen grundsätzlich nicht frei. Die Kommission begründet dies damit, dass eine solche Verpflichtung die Anreize des Lizenznehmers, in die Verbesserung der Technologie zu investieren, aller Wahrscheinlichkeit nach erheblich verringert, da er die Verbesserung nicht verwerten kann.<sup>816</sup> Abreden über eine exklusive Rücklizenzierung und Verpflichtungen zur Rückübertragung werden unabhängig davon, ob sie vergütet werden, nicht freigestellt.<sup>817</sup>

Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO sichert das Recht des Lizenznehmers, die von ihm entwickelten Verbesserungen selbst zu benutzen oder zu lizenzieren.<sup>818</sup> Unproblematisch ist daher eine Verpflichtung zur nichtexklusiven Rücklizenz.<sup>819</sup> Auch eine Alleinlizenz ist zulässig.<sup>820</sup> Betrifft die Verpflichtung zur nichtausschliesslichen Rücklizenz nur den Lizenznehmer, ist sie freigestellt, falls es dem Lizenzgeber möglich ist, die Verbesserungen an andere Lizenznehmer weiterzugeben.<sup>821</sup> Auch sog. *feed on*-Klauseln, welche den Lizenznehmer verpflichten, seine Verbesserungen sowohl an den Lizenzgeber als auch an alle anderen Lizenznehmer zu lizenzieren, sind freigestellt.<sup>822</sup>

---

<sup>816</sup> N 129 TT-Leitlinien.

<sup>817</sup> N 130 TT-Leitlinien.

<sup>818</sup> BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 5 N 6.

<sup>819</sup> N 131 TT-Leitlinien; WINZER, Teil 6 N 266.

<sup>820</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 5 N 3; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 5 N 5 f.; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 283; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 283.

<sup>821</sup> N 131 TT-Leitlinien; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1356; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 284.

<sup>822</sup> Mit solchen Klauseln wird die Verbreitung der Technologie gefördert, da ein Lizenznehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weiss, dass er den anderen Lizenznehmern gleichgestellt sein wird, N 131 TT-Leitlinien; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 284.



Nach Ansicht der Kommission beeinträchtigt eine Verpflichtung zur nichtausschliesslichen Rücklizenzierung die Innovationstätigkeit insbesondere, wenn sie von Wettbewerbern in einer Kreuzlizenz geschlossen wird. Teilen die Wettbewerber ihre Verbesserungen miteinander, hindere dies ihre Motivation, sich einen Wettbewerbsvorsprung zu erarbeiten.<sup>823</sup> Ziele die Lizenz hingegen darauf ab, den Parteien die Entwicklung ihrer Technologie zu ermöglichen und veranlasst diese sie nicht dazu, ihre Produkte auf der gleichen Grundlage zu entwerfen, sei nicht zu erwarten, dass die Motivation der Parteien, sich einen Wettbewerbsvorsprung zu erarbeiten, abnimmt.<sup>824</sup>

Exklusive Rücklizenzen und Übertragungspflichten können im Einzelfall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden. Die TT-Leitlinien zählen verschiedene Faktoren auf, die in der Gesamtabwägung der wettbewerbsfördernden und -beschränkenden Wirkungen zu berücksichtigen sind. Im Rahmen der Einzel-freistellung ist die Marktstellung des Lizenzgebers zu untersuchen. Je stärker diese ist, desto wichtiger ist der Lizenznehmer als potenzielle Quelle von Innovationswettbewerb und desto kritischer sind Verpflichtungen zur exklusiven Rücklizenz oder Übertragung anzusehen.<sup>825</sup> Ein wichtiger Aspekt zur Beurteilung der Wettbewerbswirkungen ist die Entgeltlichkeit. Einerseits ist der Umstand, dass eine Vergütung gezahlt wird, relevant, andererseits die Höhe der Vergütung. Nach Auffassung der Kommission ist es weniger wahrscheinlich, dass der Innovationsanreiz des Lizenznehmers sinkt, wenn er für seine Verbesserung eine Vergütung in Aussicht gestellt bekommt.<sup>826</sup>

## 1.2 Bewertung

Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO gehört zu denjenigen Normen, die mit dem Übergang zur aktuellen TT-GVO substantielle Änderungen erfahren haben. Die Kommission hat die in der Vorgängerverordnung vertretene Aufteilung zwischen abtrennbaren und nicht abtrennbaren Verbesserungen aufgegeben.<sup>827</sup> Im genannten Artikel der TT-GVO 04 wurde eine exklusive Rücklizenz an nicht

---

<sup>823</sup> N 132, 241 TT-Leitlinien m.w.H.

<sup>824</sup> N 132 TT-Leitlinien m.w.H.

<sup>825</sup> N 130 TT-Leitlinien; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 285.

<sup>826</sup> N 130 TT-Leitlinien.

<sup>827</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 96; GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 900; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 6 N 6.

abtrennbaren<sup>828</sup> Verbesserungen noch freigestellt.<sup>829</sup> NAGEL bezeichnet diesen Schritt als „radikale Kehrtwende“<sup>830</sup>. Diese sei jedoch nachvollziehbar, da Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO den Zweck verfolge, die Innovationsanreize des Lizenznehmers zu erhöhen.<sup>831</sup> LEISTNER/KÖNIGS begrüßen die Änderung. Es gelte, dem Lizenzgeber einen Anreiz zu setzen, alle neu geschaffenen Verbesserungen mit einer einfachen Lizenz allen Interessenten zugänglich zu machen.<sup>832</sup> FUCHS spricht von einem „signifikanten Kurswechsel“, der jedoch gerechtfertigt sei, um ausreichend Innovationsanreize sicherzustellen.<sup>833</sup> Teile der Literatur sehen die Neuerung allerdings kritisch.<sup>834</sup> In der Konsultation zum Entwurf der neuen TT-GVO äusserten sich verschiedene Akteure teils wohlwollend,<sup>835</sup> teils äusserst ablehnend<sup>836</sup>.

Nach der hier vertretenen Auffassung vermag die Neufassung nicht vollumfänglich zu überzeugen, einerseits sprachlich,<sup>837</sup> andererseits in der Sache. Es ist beispielsweise an den Fall zu denken, dass der Lizenzgeber Inhaber einer Basistechnologie ist und für einen spezifischen Anwendungsbereich dieser Technologie eine Exklusivlizenz vergibt. Ein Recht zur Unterlizenzierung hat der Lizenznehmer gemäss Vertrag nicht. Der Lizenznehmer entwickelt die lizenzierte Technologie weiter. Die Verbesserung ist von der Basistechnologie abhängig und kann nicht ohne diese verwendet werden. Gemäss der Terminologie der TT-GVO 04 liegt eine nicht abtrennbare Verbesserung vor. Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO muss der Lizenznehmer frei sein, diese Ver-

---

<sup>828</sup> Eine Verbesserung war nach Art. 1 Abs. 1 lit. n TT-GVO 04 abtrennbar, wenn sie ohne Verletzung der lizenzierten Technologierechte verwertet werden konnte; vgl. N 109 TT-Leitlinien 04. Im Umkehrschluss lag eine nicht abtrennbare Verbesserung vor, wenn die Verbesserung nicht ohne die lizenzierten Technologierechte nutzbar war. Zu den damit verbundenen Abgrenzungsproblemen MAASS/SCHMIDT, *EuZW* 2015, 91.

<sup>829</sup> Zur alten Rechtslage BARTENBACH, N 954 ff., ALBERINI, 305 ff.

<sup>830</sup> NAGEL, *MüKo EuWettbR*, Technologie-GVO, Art. 5 N 4.

<sup>831</sup> NAGEL, *MüKo EuWettbR*, Technologie-GVO, Art. 5 N 4; vgl. N 129 TT-Leitlinien; JESTAEDT, *Langen/Bunte*, *Lizenzkartellrecht*, N 1356; GROSS, N 789 ff.

<sup>832</sup> LEISTNER/KÖNIGS, *wrp* 2014, 268 f.

<sup>833</sup> FUCHS, *Immenga/Mestmäcker*, VO 316/2014, Art. 5 N 9.

<sup>834</sup> BESEN/SLOBODENJUK, *GRUR* 2014, 742; wohl ebenso FRANK, *CR* 353.

<sup>835</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und Bundeskartellamt, *Stellungnahme*, 2; im Ergebnis ebenso *Licensing Executives Society*, *Public Consultation*, 2.

<sup>836</sup> *American Chamber of Commerce to the European Union*, *Response*, 5; *Businesseurope*, *Comments*, 2; *Bundesverband der Deutschen Industrie*, *Stellungnahme*, 9; *Economiesuisse*, *Comments*, 6; vgl. dagegen die Einschätzung WINZERS, Teil 6 N 267, die Bedeutung der Rücklizenz werde häufig überschätzt.

<sup>837</sup> WINZER, Teil 6 N 266: „Der Text ist nur zum Teil verständlich.“

besserungen neben dem Schutzrechtsinhaber auch Dritten zu lizenzieren. Der Schutzrechtsinhaber findet sich in einer Situation wieder, die er mithilfe des Instruments Exklusivlizenz gerade verhindern wollte: Er hat keine Kontrolle mehr, wem der Lizenznehmer die (seine Basistechnologie beinhaltende) Verbesserung weiterlizenziert. Will der Lizenzgeber diese Situation verhindern, bleibt ihm nur die Option, ganz auf die Lizenzierung zu verzichten.<sup>838</sup> Dem mit der Änderung des Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO verfolgten Ziel, die Innovationsanreize des Lizenznehmers zu fördern, läuft dies diametral zuwider. Auch ein dem Lizenzgeber auferlegtes Verbot zur Weiterentwicklung der Technologie hilft nicht weiter. Art. 4 Abs. 1 lit. d TT-GVO verbietet eine solche Beschränkung für konkurrierende Unternehmen, es sei denn, sie wäre unerlässlich, um die Preisgabe lizenzierten Know-hows an Dritte zu verhindern.<sup>839</sup> Nach Art. 5 Abs. 2 TT-GVO ist eine solche Beschränkung auch zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen nicht freigestellt, wenn sie nicht unerlässlich ist, um die Preisgabe lizenzierten Know-hows an Dritte zu verhindern.

Stellt die TT-GVO eine Klausel nicht frei, ist diese nach Art. 101 Abs. 3 AEUV zu beurteilen.<sup>840</sup> Die Kommission nennt in den TT-Leitlinien einige Faktoren, die sie in ihre Beurteilung einfließen lässt. Relevant ist, ob und ggf. wie viel für die exklusive Rücklizenz oder die Rückübertragung gezahlt wird. Ist die exklusive Rücklizenz oder die Übertragung kostenlos oder quasi-kostenlos, nimmt dies dem Lizenznehmer wohl den Anreiz, an Verbesserungen der Technologie zu arbeiten. Lohnt sich die Weiterentwicklung der Technologie für den Lizenznehmer hingegen finanziell, wird der Innovationswettbewerb nicht beschränkt. Daneben ist die Marktstellung des Lizenzgebers auf dem Technologiemarkt ein relevanter Faktor.<sup>841</sup> Hat der Lizenzgeber auf dem Technologiemarkt einen hohen Marktanteil, kommt dem Innovationswettbewerb des Lizenznehmers besondere Bedeutung zu. Die Verpflichtung zur exklusiven Rücklizenzierung oder Rückübertragung würden die Marktstellung des Schutzrechtsinhabers weiter verfestigen.<sup>842</sup> NAGEL schlägt zudem eine Unterscheidung vor, ob die Verpflichtung umfassend ist oder sich nur auf bestimmte Gebiete oder Nutzungen der Technologie bezieht.<sup>843</sup> Diese differen-

---

<sup>838</sup> So die Einschätzung von BESEN/SLOBODENJUK, GRUR 2014, 742.

<sup>839</sup> N 115 TT-Leitlinien m.w.H.; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 5 N 13, ALBERINI, 302 ff.

<sup>840</sup> N 128 TT-Leitlinien.

<sup>841</sup> N 130 TT-Leitlinien.

<sup>842</sup> N 130 TT-Leitlinien.

<sup>843</sup> NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 5 N 5.

zierte Sichtweise überzeugt. Je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Anwendungsbereichs oder der Nutzungsart der Technologie können dem Lizenznehmer durchaus genügend Innovationsanreize verbleiben.

Eine Einzelfreistellung ist, wie soeben aufgezeigt, also durchaus möglich. SCHWEDA/GIESEN vermuten daher, dass die Kommission mit der Neufassung des Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO vor allem das Ziel verfolgte, exklusive Rücklizenzierungen und Rückübertragungen stärker einer Einzelfallbeurteilung zu unterziehen.<sup>844</sup> Dieser Ansatz vermag grundsätzlich zu überzeugen. Nachteilig bleibt dabei, jedenfalls aus Parteiensicht, dass es im Rahmen der Einzelfallprüfung derjenigen Partei, die sich auf die Wirksamkeit der Klausel beruft, obliegt, die Voraussetzungen der Freistellung nachzuweisen. Dies führt insgesamt zu weniger Vorhersehbarkeit und schwächt die Rechtssicherheit.

## 2. Nichtangriffsklausel

Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO nimmt Nichtangriffsabreden, also die in einem Lizenzvertrag festgehaltene<sup>845</sup> Verpflichtung des Lizenznehmers, die Gültigkeit der Schutzrechte<sup>846</sup> nicht anzufechten, unabhängig vom Wettbewerbsverhältnis der Vertragsparteien von der gruppenweisen Freistellung aus.<sup>847</sup> Nach der

---

<sup>844</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 261; N 130 TT-Leitlinien.

<sup>845</sup> Gemäss N 242 TT-Leitlinien erfüllen Nichtangriffsklauseln in Streitbeilegungsvereinbarungen in der Regel schon nicht den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV und bedürfen daher keiner Freistellung.

<sup>846</sup> Nach SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 266, umfasst das Verbot des Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO auch Schutzrechte, die nicht an die andere Vertragspartei bzw. nicht an Dritte oder gar nicht lizenziert wurden. Das Verbot verpflichte also Lizenzgeber wie Lizenznehmer, sämtliche Schutzrechte des anderen nicht anzugreifen. KLAWITTER, Lizenzverträge, N 288, stellt sich auf den Standpunkt, dass nur die lizenzierten Schutzrechte, also die Vertragsschutzrechte, erfasst sind; Für HIRSBRUNNER, *sic!* 2015, 192, ist die Nichtangriffsverpflichtung jedenfalls auf Technologierechte i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO limitiert, kann also etwa keine Marken umfassen, auch wenn diese mitlizenziert sein sollten. Dadurch werde der Spielraum des Lizenzgebers aber empfindlich eingeschränkt.

<sup>847</sup> Im Unterschied dazu stellt N 140 TT-Leitlinien Nichtangriffsabreden über Know-how innerhalb der Marktanteilsschwelle frei; KLAWITTER, Lizenzverträge, N 290, kritisiert, dass diese Diskrepanz nicht gerechtfertigt sei, da in der Regel gewerbliche Schutzrechte und Know-how zusammen lizenziert würden. Der Ansatz der Kommission, Angriffe auf das eine zuzulassen und auf das andere zu unterbinden, sei aus wettbewerblicher Sicht nicht nachvollziehbar.

Auffassung KLAWITTERS soll eine Nichtangriffsverpflichtung freigestellt sein, wenn sie in einer Exklusivlizenz vereinbart wird.<sup>848</sup> Im Wortlaut der entsprechenden Bestimmung ist jedoch keine solche Ausnahme ersichtlich.

## 2.1 Wertvolle Technologien

Die Kommission sieht Nichtangriffsklauseln grundsätzlich als wettbewerbsbeschränkend an, wenn die lizenzierte Technologie wertvoll ist.<sup>849</sup> Ausführungen dazu, wie sich der Wert einer Technologie bemessen lässt, macht sie nicht. Den TT-Leitlinien kann dazu bloss entnommen werden, dass jedenfalls dann keine wertvolle Technologie vorliegt, wenn sich die lizenzierte Technologie auf ein überholtes Verfahren bezieht, von dem der Lizenznehmer keinen Gebrauch macht oder die Lizenz kostenlos erteilt wurde.<sup>850</sup> Eine positive Aussage darüber, wann eine wertvolle Technologie vorliegt, findet sich hingegen nicht.

Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Aufhebung unwirksamer Schutzrechte im öffentlichen Interesse liegt, da solche den Innovationsanreiz für neue Technologien senken und im Ergebnis den Innovationswettbewerb schwächen.<sup>851</sup> Nach Ansicht der Kommission sind die Lizenznehmer in der Regel am besten befähigt, zu erkennen, ob ein Recht des geistigen Eigentums gültig ist oder nicht.<sup>852</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO soll mit Vorschriften zu Nichtangriffs- und Kündigungsklauseln absichern, dass Lizenznehmer die Unwirksamkeit „schwacher“ Immaterialgüterrechte, einmal erkannt, auch rechtlich geltend machen können.

## 2.2 Bewertung

Die Aussagen der Europäischen Kommission in Bezug auf wertvolle Technologien überzeugen nicht vollständig. Ohne Spezifikation, wann eine wertvolle Technologie vorliegen soll, bringen die Ausführungen in N 134 TT-Leitlinien wenig Mehrwert. Weist die lizenzierte Technologie einen gewissen Wertgehalt auf und ist unklar, ob eine wertvolle Technologie vorliegt, sei den Parteien sicherheitshalber zu empfehlen, auf eine Nichtangriffsvereinbarung zu ver-

---

<sup>848</sup> KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 287.

<sup>849</sup> N 134 TT-Leitlinien.

<sup>850</sup> N 134 TT-Leitlinien mit Verweis auf EuGH Rs. C-65/86 – Bayer/Süllhofer.

<sup>851</sup> N 134 TT-Leitlinien; BÖTTGER/KRESKEN, EuZW 2014, 655 f. m.w.H.

<sup>852</sup> N 134 TT-Leitlinien; Gleichzeitig haben sie oftmals grösstes Interesse an der Beseitigung, so SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 265.

zichten, so BÖTTGER/KRESKEN.<sup>853</sup> Ebenso sieht es KLAWITTER, denn „im Zweifel wird jede Technologie wertvoll sein, für die ein Lizenznehmer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereit war, eine entgeltliche Lizenz zu erwerben“<sup>854</sup>. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV für nichtfreigestellte Klauseln möglich bleibt, auch wenn der Qualifikation der TT-GVO eine gewisse Indizwirkung zugesprochen werden kann.<sup>855</sup>

### 3. Kündigungsklausel

Die TT-GVO 04 stellte den Kündigungsvorbehalt des Lizenzgebers für den Fall eines Angriffs des Schutzrechts vollständig frei.<sup>856</sup> Inzwischen vertritt die Kommission die Ansicht, dass einem Kündigungsvorbehalt die gleiche Wirkung wie einer Nichtangriffsvereinbarung zukommt.<sup>857</sup> Für den Lizenznehmer kann die Abkehr von der lizenzierten Technologie einen erheblichen Verlust bedeuten, etwa dann, wenn er bereits in technologiespezifische Maschinen oder Werkzeuge investiert hat.<sup>858</sup> Beim Bestehen eines Kündigungsrechts würde der Lizenznehmer in Anbetracht des grossen finanziellen Risikos einer Kündigung wohl von einem Angriff auf das Schutzrecht absehen. Gemäss der aktuellen Regelung muss der Lizenzgeber einen Angriff des Lizenznehmers folgenlos hinnehmen.<sup>859</sup>

#### 3.1 Privilegierung des Exklusivlizenzgebers

In Exklusivlizenzen ist der Vorbehalt eines Kündigungsrechts im Falle des Angriffs auf das lizenzierte Schutzrecht<sup>860</sup> zulässig, solange die Marktanteils-

---

<sup>853</sup> BÖTTGER/KRESKEN, EuZW 2014, 654.

<sup>854</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 291.

<sup>855</sup> BÖTTGER/KRESKEN, EuZW 2014, 654; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 5 N 10.

<sup>856</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. c TT-GVO 04.

<sup>857</sup> Vgl. N 136 TT-Leitlinien; so bereits BARTENBACH, N 961 zur alten Rechtslage, der aber dafür argumentiert, dass ein Festhalten am Vertrag für den Lizenzgeber nicht zumutbar sei, wenn der Lizenznehmer dessen Grundlage angreife.

<sup>858</sup> N 136 TT-Leitlinien m.w.H. zur speziellen Situation bei standartessentiellen Patenten; vgl. dazu auch GROSS, N 797.

<sup>859</sup> KLAWITTER, Lizenzverträge, N 288; kritisch hierzu SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 278.

<sup>860</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 276; FRENZ, EuZW 2014, 534.

schwollen des Art. 3 TT-GVO eingehalten<sup>861</sup> werden.<sup>862</sup> Hier handelt es sich um eine offensichtliche Privilegierung der Exklusivlizenz bzw. des Exklusivlizenzgebers im Unterschied zu den übrigen Lizenzarten. Der Entwurf der aktuellen TT-GVO enthielt diese Besserstellung noch nicht. Erst die vehemente Kritik im Rahmen des Anhörungsverfahrens<sup>863</sup> führte zur Aufnahme in die Endfassung der Verordnung.<sup>864</sup>

Zur Begründung dieser Privilegierung führt die Kommission an, dass der Exklusivlizenzgeber in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis steht, da der Lizenznehmer in Bezug auf die lizenzierten Technologierechte seine einzige Einnahmequelle darstellt. Müsste der Lizenzgeber an einer Vereinbarung, die sogar ihn selbst von der Nutzung seiner Rechte ausschliesst, festhalten, während der Lizenznehmer kaum noch Anstrengungen zur Produktion, Vermarktung oder Verbesserung unternimmt und möglicherweise sogar die Zahlung der Lizenzgebühren einstellt,<sup>865</sup> würden die Anreize zur Innovation und zur Lizenzvergabe generell beeinträchtigt.<sup>866</sup>

### 3.2 Bewertung

Die Erlaubnis des Kündigungsvorbehaltes für den Fall eines Schutzrechtsangriffs wird durch die besondere Interessenlage bei einer Exklusivlizenz gerechtfertigt. Der Lizenzgeber steht in einem starken Abhängigkeitsverhältnis zum Lizenznehmer, der eine Nichtigkeitsklage strategisch dazu einsetzen kann, Druck auf den Lizenzgeber auszuüben und bessere Konditionen zu erzwingen. Der Lizenznehmer wird seinerseits wohl keine Löschung des Schutzrechts anstreben, da er im Falle einer Beseitigung des Schutzrechts seine Position als Exklusivlizenznehmer verlieren würde. MAASS/SCHMIDT vermuten, dass die Kommission die Privilegierung vor allem zugunsten kleinerer Innovatoren, insb. im Biotech-Bereich, geschaffen hat.<sup>867</sup> Diese im Verhältnis schwa-

---

<sup>861</sup> Wird die Marktanteilsschwelle überschritten, ist eine Einzelfallprüfung durchzuführen, wobei die in N 138 TT-Leitlinien aufgeführten Kriterien massgeblich sind.

<sup>862</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

<sup>863</sup> Europäische Kommission, Revision Licensing Agreements.

<sup>864</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 275; BÖTTGER/KRESKEN, EuZW 2014, 656.

<sup>865</sup> Dies ist möglich, wenn sich die Höhe der Lizenzgebühren nach der Anzahl der mit der Vertragstechnologie hergestellten Erzeugnisse bemisst und der Lizenznehmer die Produktion einstellt, vgl. KLAWITTER, Lizenzverträge, N 289.

<sup>866</sup> N 139 TT-Leitlinien mit Verweis auf EuGH Rs. C-193/83 – *Windsurfing International*, N 92.

<sup>867</sup> MAASS/SCHMIDT, EuZW 2015, 92; kritisch, ob dies mit der Eingrenzung auf die Exklusivlizenz gelungen ist, HIRSBRUNNER, sic! 2015, 192.

chen Lizenzgeber können sich so gegen drohende strategische Nichtigkeitsklagen von Lizenznehmern wehren bzw. erhalten ein starkes Instrument zur präventiven Abschreckung.

Nach den bisherigen Erkenntnissen ist die Privilegierung der Exklusivlizenz in Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO zu begrüßen. Überdies kommt der Kündigungsmöglichkeit bei einer Exklusivlizenz auch dadurch ein weniger wettbewerbsschädliches Potenzial zu, als dem Lizenzgeber gemeinhin nicht an einer Ausübung dieser gelegen ist. Durch eine Kündigung ginge ihm gerade seine einzige Einnahmequelle bezüglich des lizenzierten Schutzrechts verloren.<sup>868</sup> Besonders schwierig wird die Beurteilung, wenn der exklusive Lizenzvertrag nur einen eng definierten Anwendungsbereich (*field of use*) umfasst und der Lizenzgeber gleichzeitig noch exklusive oder nichtexklusive Lizenzen für andere Anwendungsbereichen vergibt.<sup>869</sup> In diesem Fall ist stets zu empfehlen, das Kündigungsrecht des Lizenzgebers beim Angriff des Lizenznehmers auf das lizenzierte Technologierecht vertraglich zu regeln.<sup>870</sup> Wurden neben dem Technologierecht noch andere „Nebenrechte“ mitlizenziert, sollte sich die Kündigungsklausel auch auf diese erstrecken.<sup>871</sup>

## VII. Entzug der Gruppenfreistellung im Einzelfall

Ist eine Abrede durch die TT-GVO freigestellt, liegt im Einzelfall entgegen der Vermutung der Verordnung eines der vier kumulativen Erfordernisse des Art. 101 Abs. 3 AEUV aber nicht vor, kann die Kommission gestützt auf Art. 6 Abs. 1 TT-GVO die Freistellung entziehen.<sup>872</sup> Ist der betroffene räumliche Markt nicht grösser als ein Mitgliedstaat, kann auch die nationale Wettbewerbsbehörde die durch die TT-GVO gewährte Freistellung wieder entziehen.<sup>873</sup> Die in Art. 6 Abs. 1 lit. a und b TT-GVO aufgezählten Regelbeispiele be-

---

<sup>868</sup> BÖTTGER/KRESKEN, EuZW 2014, 656.

<sup>869</sup> GROSS, N 797 m.w.H.

<sup>870</sup> GROSS, N 798.

<sup>871</sup> GROSS, N 798.

<sup>872</sup> N 145 TT-Leitlinien; SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 286 f.

<sup>873</sup> Art. 6 TT-GVO ist deklaratorischer Natur, die entsprechenden Kompetenzen ergeben sich aus Art. 29 der unmittelbar anwendbaren Kartellverfahrensordnung. Nur die Regelbeispiele in Art. 6 Abs. 1 TT-GVO sind konstitutiv, so SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 283.



treffen Wettbewerbsbeschränkungen, die ihren Grund in der kumulativen Wirkung gleichartiger Beschränkungen finden.<sup>874</sup>

Erfolgt ein Entzug der Freistellung, wirkt dieser *ex nunc*.<sup>875</sup> Bis zum Entzug durch die Kommission oder eine nationale Wettbewerbsbehörde bleibt die betreffende Abrede nach der TT-GVO freigestellt. Die praktische Bedeutung des Art. 6 TT-GVO ist äusserst gering. Bisher ist weder von der Kommission, noch von einer nationalen Wettbewerbsbehörde bekannt, dass von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde.<sup>876</sup>

---

<sup>874</sup> N 148 TT-Leitlinien; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1360.

<sup>875</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 284.

<sup>876</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 285.

## Kapitel 5: Beurteilung von Exklusivlizenzen ausserhalb der Gruppenfreistellung

Befindet sich ein Lizenzvertrag ausserhalb des sicheren Hafens der gruppenweisen Freistellung, bedeutet dies nicht die Unzulässigkeit einzelner Klauseln oder der Vereinbarung als Ganzes. Vielmehr ist anhand der in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgestellten Kriterien zu prüfen, ob im konkreten Fall eine Freistellung angezeigt ist.

### I. Einzelfreistellung für Technologietransfer-Vereinbarungen

Das folgende Kapitel geht auf die Einzelfreistellung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV ein.<sup>877</sup> Diese wird im Kontext von Technologietransfer-Vereinbarungen relevant, wenn eine solche entweder eine Kernbeschränkung enthält,<sup>878</sup> die Vertragsparteien die Marktanteilsschwelle überschreiten<sup>879</sup> oder eine Vereinbarung zwischen mehr als zwei Parteien geschlossen wurde (Technologiepool<sup>880</sup>) und somit nicht mehr gruppenfreigestellt werden kann.<sup>881</sup> Massstab für die Einzelfreistellung bilden die vier kumulativen Voraussetzungen<sup>882</sup> des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob eine Technologietransfer-

---

<sup>877</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen in [Teil 2 Kapitel 3 II 1](#).

<sup>878</sup> Eine Kernbeschränkung ist nicht automatisch unzulässig, sondern unterliegt der Einzelfallprüfung in Art. 101 Abs. 3 AEUV. Das Vorliegen einer Kernbeschränkung macht eine Einzelfreistellung unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich, so DEL TIEMPO MATANZO, 191; DREXL, GRUR Int. 2004, 719; WHISH/BAILEY, 797; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 158, vgl. die Ausführungen dazu vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 1.1](#).

<sup>879</sup> In N 156 TT-Leitlinien betont die Kommission, dass das Überschreiten der Marktanteilsschwelle alleine noch nicht das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV impliziert.

<sup>880</sup> Vgl. zum Begriff des Technologiepools N 244 TT-Leitlinien; zu den anti- und prokompetitiven Effekten von Technologiepools und deren Würdigung ANDERSON/WARNER, N 13.45 ff.

<sup>881</sup> N 156 TT-Leitlinien.

<sup>882</sup> Gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV muss eine Vereinbarung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Vereinbarung alle Erfordernisse zu erfüllen vermag. Gerade das Kriterium der Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung ist regelmässig nur schwer zu erfüllen.<sup>883</sup>

## 1. 4-Plus-Test

Nach Einschätzung der Kommission ist ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV immer dann unwahrscheinlich, wenn keine Kernbeschränkung vorliegt und es neben den von den Vertragsparteien kontrollierten Technologien mindestens vier von Dritten kontrollierte Technologien gibt, die für den Nutzer eine Alternative darstellen und zu vergleichbaren Kosten genutzt werden können.<sup>884</sup> Wieder zeigt sich der Einfluss der US-amerikanischen IP Guidelines, wo ein vergleichbarer Ansatz zu finden ist.<sup>885</sup>

Wird die Marktanteilsschwelle des Art. 3 TT-GVO überschritten, weist der 4-Plus-Test den Weg zu einem „zweiten sicheren Hafen“<sup>886</sup>. Für die Selbstein-

---

<sup>883</sup> Das Beispiel des absoluten Gebietsschutzes zeigt jedoch, wie sich die Anforderungen an das Erfordernis der Unerlässlichkeit ändern können. Die Ausführungen des Gerichtshofs im 1982 ergangenen *Maissaatgut*-Entscheid wurden überwiegend so interpretiert, dass der Ausschluss aktiver und passiver Verkäufe nie unerlässlich sei, weil dies dem Ziel des Binnenmarktes zuwiderlaufe, vgl. die Begründung in EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 77 und die Ausführungen dazu vorne in [Teil 2 Kapitel 3 I 6.1 c](#). Mittlerweile zeigt sich hier eine Tendenz in Richtung Flexibilisierung und Einzelfallbetrachtung: N 126 TT-Leitlinien sieht die Möglichkeit eines zeitlich begrenzten absoluten Gebietsschutzes vor, wenn dieser objektiv notwendig ist, damit der Lizenznehmer in einen neuen Markt eintreten kann, vgl. dazu auch die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3 b](#).

<sup>884</sup> N 157 TT-Leitlinien.

<sup>885</sup> Ziff. 4.3 IP Guidelines; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 84; FEIL, IIC 2005, 45 f., 62; BECHTOLD/BOSCH/BRINKER, VO 316/2014, Art. 3 N 3.

<sup>886</sup> RITTER, LIEI 2004, 175; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 71; MAMANE, sic! 2004, 621; so auch die Bezeichnung „negative safe harbour“ von HANSEN/SHAH, ECLR 2004, 466.

schätzung der Parteien und die Beratungspraxis stellt dies eine deutliche Erleichterung dar.<sup>887</sup> Bei der Beurteilung der Substituierbarkeit ist die relative Marktstärke der Technologien zu berücksichtigen.<sup>888</sup>

Die Ermittlung der Anzahl konkurrierender Technologien und deren relativer Marktstärke ist komplex und anspruchsvoll. Zu Recht wird kritisiert, dass Unternehmen wohl kaum selbständig beurteilen können, welche Technologien von der Kommission und den Rechtsmittelinstanzen in einem Kartellverfahren als „konkurrierend“ bzw. „ernst zu nehmend“ qualifiziert würden.<sup>889</sup> Darüber hinaus ist unklar, wie zu verfahren wäre, wenn im konkreten Fall zwar nur drei Konkurrenztechnologien existieren, diesen aber grosses Potenzial zukommt.<sup>890</sup> Ebenso ist ungewiss, ob und wie dem Umstand Rechnung getragen wird, dass sich die Qualifikation einer Technologie als substitutiv oder komplementär im Laufe der Zeit ändern kann.<sup>891</sup>

## 2. Formulierung und Struktur der TT-Leitlinien

Die Leitlinien sind im für die Einzelfreistellung massgeblichen Teil sehr wirtschaftsorientiert formuliert, was im Schrifttum teilweise bemängelt wird. Insbesondere wird kritisiert, dass nur sporadisch eine Unterscheidung zwischen Art. 101 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV getroffen wird. Dies hat zur Konsequenz, dass unter anderem Unklarheit über die Beweislastverteilung herrscht. Die Aussagen der von der Struktur des Art. 101 AEUV abweichenden Leitlinien sind so, zumindest aus juristischer Sicht, oft zu unpräzise.<sup>892</sup> FEIL weist in diesem Zusammenhang grundsätzlich darauf hin, dass der 4-Plus-Test einzig in den TT-Leitlinien Erwähnung findet und sich ein Rechtsunterworfenen zwar relativ

---

<sup>887</sup> ALBERINI, 24; FEIL, Lizenzkartellrecht, 242; RITTER, LIEI 2004, 175; MONTI, 7; KLAWITTER, in: Handbuch des Kartellrechts, N 60.

<sup>888</sup> N 159 ff. TT-Leitlinien führen beispielhaft die Faktoren auf, die bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV auf einzelne Vereinbarungen von grossem Gewicht sind. Dies sind die Art der Vereinbarung, die Marktstellung der Parteien, jene der übrigen Wettbewerber, und jene der Abnehmer. Daneben sind die Höhe der Marktzutrittsschranken, die Reife des Marktes sowie in Einzelfall noch weitere Faktoren relevant; FEIL, Lizenzkartellrecht, 243 ff.; AXSTER/OSTERRIETH, in: Lizenzverträge, N 290 m.w.H.

<sup>889</sup> PEEPERKORN, World Competition 2003, 536; GRÜNVOGEL, 221; ALBERINI, 24 f.

<sup>890</sup> GRÜNVOGEL, 221.

<sup>891</sup> Vgl. die hierzu geäusserten Bedenken von HEINEMANN, GRUR 2008, 950 und GRÜNVOGEL, 221.

<sup>892</sup> Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2004, 192 f.; FEIL, Lizenzkartellrecht, 241; ALBERINI, 329 f.

sicher sein kann, dass eine darunter fallende Klausel rechters ist, sich darauf aber nicht verlassen sollte, weil es im Streitfall einzig auf den Tatbestand des Art. 101 AEUV ankommt.<sup>893</sup>

## II. Die Einzelfreistellung für Exklusivlizenzen im Besonderen

Die Kommission geht in N 189 ff. TT-Leitlinien auf Produktionsbeschränkungen ein, in N 196 ff. auf Verkaufsbeschränkungen. Wiederum zeigt sich das dichotomische Verständnis der Kommission, die streng zwischen Produktions- und Vertriebslizenz unterscheidet. Da nach der hier vertretenen Auffassung eine Exklusivlizenz richtigerweise umfassend, nämlich als Herstellungs- und Vertriebslizenz zu verstehen ist, solange dies nicht explizit anders vereinbart wurde,<sup>894</sup> kann dieser Aufteilung nicht gefolgt werden. Gleichwohl erfolgt die nachstehende Würdigung anhand der in den TT-Leitlinien gewählten Struktur. Wie die Kernbeschränkungen unterscheiden auch N 189 ff. TT-Leitlinien zwischen wechselseitigen und nicht wechselseitigen Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern und Exklusivlizenzen zwischen Nichtwettbewerbern.

### 1. Produktion

In N 193 ff. TT-Leitlinien ist eine kaskadenartige Aufteilung exklusiver Produktionslizenzen ersichtlich, wobei die Beurteilung fortlaufend milder wird. Nach N 193 TT-Leitlinien ist bei wechselseitigen Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern zu vermuten, dass sie bei grosser Marktmacht des Lizenznehmers Absprachen Vorschub leisten. Grund dafür ist, dass die beiden Vertragsparteien nunmehr die einzigen Angebotsquellen sind, die mit der lizenzierten Technologie arbeiten. Die Beurteilung nicht wechselseitiger Exklusivlizenzen zwischen Wettbewerbern ist bereits differenzierter. Hier kommt es auf die Bedeutung des Lizenzgebers für den Wettbewerb an, da dieser für ein bestimmtes Gebiet auf die Produktion von Waren und Dienstleistungen verzichtet.<sup>895</sup>

Exklusivlizenzen zwischen Nichtwettbewerbern werden in N 195 f. TT-Leitlinien behandelt. Soweit sie überhaupt von Art. 101 Abs. 1 AEUV erfasst sind, also eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, seien im Regelfall die Voraussetzungen der Einzelfreistellung erfüllt, so die Kommission. Sie vermutet, dass die

---

<sup>893</sup> FEIL, Lizenzkartellrecht, 243.

<sup>894</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 1 1 f.](#)

<sup>895</sup> N 194 TT-Leitlinien.

Exklusivlizenz teilweise notwendig ist, um den Lizenznehmer zur Investition in die Technologie und zur zügigen Markteinführung zu bringen.<sup>896</sup> Nur in Ausnahmefällen sei ein Vorgehen gegen Exklusivlizenzen zwischen Nichtwettbewerbern angezeigt. Ein solcher liegt möglicherweise dann vor, wenn die Exklusivlizenz von einem marktmächtigen Lizenznehmer erworben wird, der sie als Instrument zum Ausschluss Dritter und zur Sicherung seiner Marktmacht gebraucht.<sup>897</sup>

## 2. Vertrieb

Die Behandlung exklusiver Vertriebslizenzen und Verkaufsbeschränkungen erfolgt in N 197 ff. TT-Leitlinien, wobei auch hier zwischen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern unterschieden wird.<sup>898</sup> Die Beurteilung von Verkaufsbeschränkungen orientiert sich stark an den Kernbeschränkungen in Art. 4 TT-GVO.<sup>899</sup> Werden in wechselseitigen Vereinbarungen aktive und passive Verkäufe ausgeschlossen, fällt dies unter den Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV. In der Regel sind die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nicht erfüllt und die Vereinbarung wird als Marktaufteilung gewertet.<sup>900</sup> Eine Einzelfreistellung kommt in Betracht, wenn der Lizenznehmer in dem ihm zugewiesenen Gebiet eine schwache Marktstellung hat und umfangreiche Investitionen auf sich nehmen muss, um die Technologie sinnvoll nutzen zu können.<sup>901</sup> Was das Verbot aktiver Verkäufe in Gebiete oder an Kundengruppen betrifft, die einem anderen Lizenznehmer zugewiesen sind, sind diese von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfasst, wenn der geschützte Lizenznehmer sie braucht, um sich im zugewiesenen Gebiet oder bei seiner zugewiesenen Kundengruppe zu etablieren.<sup>902</sup>

Verkaufsbeschränkungen zugunsten des Lizenzgebers zwischen Nichtwettbewerbern wird oberhalb der Marktanteilsschwelle zuerkannt, in manchen Fällen unerlässlich zur Verbreitung wertvoller Technologie zu sein. Insbesondere Verbote des aktiven Verkaufs sind in diesem Kontext geeignet, um den Lizenzgeber zur Lizenzvergabe zu bewegen.<sup>903</sup> Verfügt der Lizenzgeber alleine

---

<sup>896</sup> N 195 TT-Leitlinien.

<sup>897</sup> N 196 TT-Leitlinien.

<sup>898</sup> N 197 TT-Leitlinien.

<sup>899</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 191; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1374.

<sup>900</sup> N 198 TT-Leitlinien.

<sup>901</sup> N 199 TT-Leitlinien.

<sup>902</sup> N 200 TT-Leitlinien.

<sup>903</sup> N 201 TT-Leitlinien.

über erhebliche Marktmacht und oder beteiligt er sich an einer Reihe vergleichbarer Lizenzvereinbarungen, bei denen die Lizenzgeber zusammen eine starke Marktstellung haben, dürfte eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen und eine Einzelfreistellung nicht möglich sein.<sup>904</sup>

### III. Der Vorschlag einer *rule of reason*-Analyse

Die *rule of reason*-Prüfung ist ein von der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelten Abwägungsvorgang, welcher auf alle Vereinbarungen anwendbar ist, die nicht per se verboten sind.<sup>905</sup> Danach sind die (wirtschaftlich betrachtet)<sup>906</sup> positiven und negativen Auswirkungen einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung zu untersuchen. Sind die negativen Auswirkungen notwendig zur Erreichung der positiven, ist die Abrede zulässig.<sup>907</sup> Ist dies nicht der Fall, ist die Vereinbarung also *unreasonable*, ist sie aus kartellrechtlicher Sicht verboten.<sup>908</sup> Ziel der *rule of reason* ist, den als zu extensiv empfundenen Wortlaut von Sec. 1 Sherman Act<sup>909</sup> einzuschränken.<sup>910</sup>

#### 1. Vorschlag der Übernahme ins Europäische Recht

Anlässlich der Parallelität des US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht und bezüglich des weit gefassten Wortlauts des Kartellverbots wurde dafür argumentiert, die *rule of reason* in das europäische Recht zu implementieren.<sup>911</sup> Auch in den TT-Leitlinien würden die negativen<sup>912</sup> und positiven<sup>913</sup> Auswirkungen einer Vereinbarung erwähnt und geprüft. Zudem habe

---

<sup>904</sup> N 201 TT-Leitlinien.

<sup>905</sup> Eine vertiefte Untersuchung der *rule of reason* sowohl im US-amerikanischen als auch im europäischen Kontext findet sich in den Arbeiten von JOLIET; ACKERMANN und SANGMEISTER.

<sup>906</sup> Ausserwettbewerbliche Faktoren wie beispielsweise der Umweltschutz oder gesellschaftspolitische Erwägungen werden nicht berücksichtigt, vgl. ULMER, RIW 1985, 519; CASPAR, 61 ff. m.w.H.

<sup>907</sup> Vgl. Ziff. 3.4 IP Guidelines.

<sup>908</sup> HOPPMANN, 216.

<sup>909</sup> „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.“

<sup>910</sup> GRÜNVOGEL, 201; SCHECHTER, LIEI 1982, 3 ff.; BODEWIG, GRUR Int. 1997, 965 f.

<sup>911</sup> SCHECHTER, LIEI 1982, 1 f.; KORAH, N.W.J. Int. L. & Bus. 1981, 350 ff.; ACKERMANN, 53 ff.; EILMANSBERGER, ZWeR 2009, 450 ff.; GRÜNVOGEL, 203.

<sup>912</sup> N 169 ff. TT-Leitlinien.

<sup>913</sup> N 174 ff. TT-Leitlinien.

der Gerichtshof in verschiedenen Urteilen festgestellt, dass in Lizenz-<sup>914</sup> und Franchiseverträgen<sup>915</sup>, aber auch in selektiven Vertriebsystemen<sup>916</sup> Besonderheiten bestehen, die einen differenzierten Umgang mit dem Kartellverbot erfordern.<sup>917</sup> Die angesprochenen Vor- und Nachteile sind in der *rule of reason*-Prüfung gegeneinander abzuwägen.<sup>918</sup> Gerade im Lizenzkartellrecht, wird argumentiert, sei die Übernahme der *rule of reason* eine Chance, von formalistischen Ansätzen abzurücken und die wirtschaftlichen Argumente besser würdigen zu können.<sup>919</sup>

## 2. Würdigung

Zunächst ist an der *rule of reason* als solche Kritik zu üben. Diese ist eine extensive Rechtfertigungsmethode, die sich ausschliesslich am Effekt einer Wettbewerbsabrede orientiert und teilweise zu unvertretbaren Ergebnissen führt.<sup>920</sup> Durch ihre fehlende Struktur läuft die *rule of reason* zudem Gefahr, zu stark vom aktuell vorherrschenden wettbewerbspolitischen Leitbild beeinflusst zu werden.<sup>921</sup> Ist eine Wettbewerbsbeschränkung notwendig, um ein in der Bilanz wettbewerbsförderndes Ziel zu erreichen, liegt nach der *rule of reason* keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Der *rule of reason* ist jedoch nicht zu entnehmen, worin dieses Ziel bestehen kann. Das Ziel ist deshalb relativ. Je grösser das angestrebte, wettbewerbsfördernde Ziel, desto intensiver können die Wettbewerbsbeschränkungen ausfallen.<sup>922</sup> Die Beurteilung, welche Beschränkungen legitim sind, um ein wettbewerbsförderndes Ergebnis zu erreichen, kann sich mit der Zeit ändern und ist stark wertungsabhängig. Der Abwägungsvorgang der *rule of reason* führt zu schwer voraussehbaren Ergebnissen und damit zu Rechtsunsicherheit.

---

<sup>914</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>915</sup> EuGH Rs. C-161/84 – *Pronuptia*.

<sup>916</sup> EuGH Rs. C-26/76 – *Metro/Kommission*.

<sup>917</sup> HERR, 35; SCHMITZ, WuW 2002, 9 f.; AXSTER/OSTERRIETH, in: *Lizenzverträge*, N 233.

<sup>918</sup> LEVINA, 119; BODEWIG, GRUR Int. 1997, 965.

<sup>919</sup> ERWING, GRUR Int. 1980, 336 f.; KORAH, N.W.J. Int. L. & Bus. 1981, 348 f.

<sup>920</sup> Beispielhaft sei hier auf die Entscheidung 272 U.S. 476 – *United States v. General Electric*, verwiesen, wo horizontale Mindestpreisfestsetzungen alleine mit dem Argument als zulässig qualifiziert wurden, dass diese dem Patentinhaber eine finanzielle Abgeltung für sein Schutzrecht gewährten; im Fall 551 U.S. 877 – *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* wurde entschieden, dass vertikale Mindestpreisbindungen fortan einer *rule of reason*-Prüfung zu unterziehen sind.

<sup>921</sup> GRÜNVOGEL, 222, vgl. auch die gleichgerichteten Bedenken von CASPAR, 66.

<sup>922</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 386.



Eine Übernahme der *rule of reason* in das europäische (Lizenz-)Kartellrecht ist abzulehnen. Folgende Gründe sprechen dagegen: Erstens ist die Ausgangslage in den USA und Europa eine andere. Während der *rule of reason* im US-System die wichtige Funktion zukommt, dem allgemeinen Kartellverbot Konturen zu verleihen und es zur Rechtsanwendung überhaupt erst praktikabel zu machen,<sup>923</sup> enthält das europäische Kartellverbot bereits in seinem Aufbau ein Art. 101 Abs. 1 AEUV eingrenzendes, kodifiziertes Gegenstück. Aus konzeptioneller Sicht würde eine *rule of reason* nicht in das System des Art. 101 AEUV passen bzw. wäre überflüssig.<sup>924</sup> Denn im europäischen Recht gibt es, im Unterschied zum US-amerikanischen, mit Art. 101 Abs. 3 AEUV bereits einen materiellrechtlichen Freistellungstatbestand, in welchem wettbewerbliche Aspekte einer Lizenz gewürdigt werden.<sup>925</sup> Würde eine *rule of reason*-Prüfung in den Art. 101 Abs. 1 AEUV vorverlagert, gäbe es für den Freistellungstatbestand des Art. 101 Abs. 3 AEUV keinen eigenen Anwendungsbereich mehr.<sup>926</sup> Nach zutreffender Ansicht der Kommission wäre dies paradox, enthält doch Art. 101 Abs. 3 AEUV bereits alle Elemente einer „Vernunftregel“.<sup>927</sup>

Zweitens liesse sich eine rein auf die einzelwirtschaftliche Effizienz fokussierte Wertung, wie es die *rule of reason* ist, nur schwer mit den übrigen Gemeinschaftszielen in Einklang bringen. Nach Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV stellt die Festlegung der Wettbewerbsregeln nur eine von mehreren Aufgaben der europäischen Wettbewerbspolitik dar.<sup>928</sup> Das europäische Wettbewerbsrecht hat nicht bloss die einzelwirtschaftliche Effizienz, sondern auch die Integration

---

<sup>923</sup> CASPAR, 51 f.; GRÜNOGEL, 206; REYMANN, 236; FISCHER, Wettbewerbseingriffe, 174; ULMER, RIW 1985, 519.

<sup>924</sup> REYMANN, 236; PEEPERKORN, World Competition 2003, 537, bezeichnet den heutigen Art. 101 Abs. 3 AEUV als *rule of reason*.

<sup>925</sup> GRÜNOGEL, 203; HERR, 35; REYMANN, 236, hält hierzu anschaulich fest, dass das europäische Recht nicht die gesamte Konkretisierungslast an den Rechtsanwender delegiert, sondern bereits selbst Ausdruck eines gesetzgeberischen Rahmenplans sei.

<sup>926</sup> „Würde die Analyse der positiven und negativen Aspekte einer wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1 systematisch betrieben, so würde Artikel 85 Absatz 3 seiner Substanz beraubt“, so die Kommission im Weissbuch Modernisierung Art. 85 und 86 EGV, N 57; vgl. dazu auch EuG Rs. T-112/99 – M6, N 72 ff., insb. N 77.

<sup>927</sup> Weissbuch Modernisierung Art. 85 und 86 EGV, N 57.

<sup>928</sup> EBENROTH/HÜBSCHLE, 31, 36; zustimmend GRÜNOGEL, 205 f.

und die Offenhaltung des Marktzutritts zum Ziel. Rein ökonomische Analysen schenken diesem für die Europäische Union zentralen Effekt keine Beachtung.<sup>929</sup>

Drittens würde die Einführung der *rule of reason*-Beurteilung eine einheitliche Rechtsanwendung in der dezentralen europäischen Kartellrechtsanwendung wohl vollends verunmöglichen. Eine Vielzahl von Wettbewerbsbehörden und Gerichten hätte auszulegen, was *reasonable* und *unreasonable* sein soll.<sup>930</sup> Es soll an dieser Stelle nicht in Abrede gestellt werden, dass die Gefahr von Diskrepanzen zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten bereits heute besteht. Ohne ein etabliertes, strukturiertes Prüfverfahren, wie es Art. 101 Abs. 3 AEUV bereitstellt, wird die Vorstellung einer europaweit einheitlichen Rechtsanwendung aber vollkommen illusorisch.

Insgesamt ist das europäische System mit dem strukturierten Abwägungsprozess in Art. 101 Abs. 3 AEUV also einer konturlosen<sup>931</sup> Abwägung im Sinne der *rule of reason* vorzuziehen. Zu dieser Erkenntnis führen systematisch-methodische Überlegungen und die erhöhte Rechtssicherheit. Eine klare, vorgängige Abschätzung über die Zulässigkeit einer Vertragsklausel im Einzelfall wäre im System der *rule of reason* nicht möglich.<sup>932</sup>

---

<sup>929</sup> Hierzu ausführlich EBENROTH/HÜBSCHLE, 30 f., 36; PEEPERKORN, *World Competition* 2003, 538 f.

<sup>930</sup> Kritisch zur Frage, ob alle Gerichte die erforderliche Fachkompetenz besitzen, um diese rechtlich und ökonomisch anspruchsvollen Fragen beantworten zu können BERNHARD, *Economic Inquiry* 1964, 176.

<sup>931</sup> DEL TIEMPO MATANZO, 193.

<sup>932</sup> HEINEMANN, *Immaterialgüterschutz*, 386.

## Kapitel 6: Zwischenfazit

Die Europäische Union blickt auf eine lange Tradition der spezialgesetzlichen Regelung der Behandlung von Immaterialgüterrechten in Kartellrechtssachverhalten zurück. Dies zeigt sich in der aktuellen Fassung der TT-GVO, die zwar Teil des allgemeinen Kartellrechts ist, deren Wertungen und Regeln aber spezifisch für das Lizenzkartellrecht angepasst wurden.

Exklusivlizenzen erfahren im europäischen Wettbewerbsrecht eine Regelung mit hohem, teilweise zu hohem, Detaillierungsgrad. Die Kernbeschränkungen in Art. 4 TT-GVO definieren viele Unzulässigkeitsvoraussetzungen; an generalisierbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen aber fehlt es in den Rechtstexten ebenso wie in der Judikatur und oft auch in der Literatur. In einem System, das der „Was-nicht-verboden-ist, ist-erlaubt“-Dogmatik folgt, ist dies jedoch nicht allzu gravierend.

Der Gerichtshof unterteilte Exklusivlizenzen im Urteil *Maissaatgut* in die offene ausschliessliche Lizenz und der Lizenz mit absolutem Gebietsschutz.<sup>933</sup> Bei Ersterer betrifft der Lizenzvertrag nur die Vertragsparteien, bei Letzterer hingegen auch die Stellung Dritter wie anderer Lizenznehmer und Parallelimporteure. Der Gerichtshof prüfte bei der offenen ausschliesslichen Lizenz die positiven und negativen Auswirkungen bereits im Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 TT-GVO. Im Ergebnis verneinte der Gerichtshof das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bei der offenen ausschliesslichen Lizenz.<sup>934</sup> Auch im fast dreissig Jahre später ergangenen Entscheid *Premier League und Karen Murphy* betonte der Gerichtshof, dass der blosse Umstand, dass die Vertragsparteien eine exklusive Lizenz für ein Immaterialgüterrecht vereinbaren, keine Wettbewerbsbeschränkung zu begründen vermag.<sup>935</sup> Würden die Verträge hingegen nationale Märkte entlang nationaler Grenzen abschotten oder die gegenseitige Durchdringung der Märkte verhindern, bezwecke dies grundsätzlich eine Beschränkung des Wett-

---

<sup>933</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

<sup>934</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

<sup>935</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 137.

bewerbs i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV.<sup>936</sup> Zum gleichen Ergebnis kam das Europäische Gericht im Urteil *Canal+*, wo es, ebenfalls mit Verweis auf das Urteil *Maissaatgut*, ausführte, dass absoluter Gebietsschutz die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV *in casu* nicht erfüllen kann, weil dieser offensichtlich über das hinausgeht, was zur Verbesserung der Erzeugung und Verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unerlässlich ist.<sup>937</sup> In Bezug auf Exklusivlizenzen kommen die erwähnten Urteile also zum gleichen Ergebnis.<sup>938</sup>

Das Vorliegen einer Kernbeschränkung macht eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV unwahrscheinlich, aber nicht unmöglich.<sup>939</sup> Die Kommission hat beispielsweise in N 126 TT-Leitlinien eine Ausnahme vom Grundsatz der Unzulässigkeit des Ausschlusses passiver Verkäufe skizziert. Danach kann die Beschränkung passiver Verkäufe durch Lizenznehmer in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers für einen bestimmten Zeitraum zulässig sein. Voraussetzung dafür ist, dass die Beschränkung objektiv notwendig ist, damit der geschützte Lizenznehmer in den neuen Markt eintreten kann.<sup>940</sup> Es zeigt sich also eine gewisse Flexibilität der Kommission im Vergleich zu den noch sehr strikt und kategorisch formulierten Ausführungen des Gerichtshofs im *Maissaatgut*-Urteil.<sup>941</sup>

Regelungstechnisch ist eine Diskrepanz zwischen dem Gerichtshof im Urteil *Maissaatgut* und dem Vorgehen der Kommission in der TT-GVO und den TT-Leitlinien zu beobachten. Der Gerichtshof löste den Fall *Maissaatgut*

---

<sup>936</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 139. Im erwähnten Entscheid war eine Urheberrechtslizenz zu beurteilen. Urheberrechte fallen mit Ausnahme von Software-Urheberrechten nicht in den Anwendungsbereich der TT-GVO, weshalb sich die Ausführungen zu diesem Entscheid nicht ohne weiteres auf die Beurteilung einer Lizenz an Technologierechten übertragen lassen. Trotzdem gibt die Analyse des erwähnten Falls Aufschluss über den hohen Stellenwert, den die Kommission und die Unionsgerichte dem Verbot des absoluten Gebietsschutzes für die Verwirklichung des Binnenmarktes zumessen.

<sup>937</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 68. In diesem Urteil war ebenfalls eine Urheberrechtslizenz zu beurteilen, weshalb auch diese Erwägungen nicht direkt auf die Beurteilung von Lizenzen an Technologierechten übertragen werden können, nichtsdestotrotz aber gewisse Anhaltspunkte für eine solche liefern können.

<sup>938</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53 ff.; EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 134 ff.

<sup>939</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 1](#).

<sup>940</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3 f.](#)

<sup>941</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.5](#).

ausschliesslich auf der Ebene des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Dabei ist zu bedenken, dass im Urteilszeitpunkt alle Lizenzverträge, die eine „graue“ Klausel enthielten, durch die Kommission geprüft werden mussten. Es ist davon auszugehen, dass der Gerichtshof die Vorgehensweise, bei der offenen ausschliesslichen Lizenz bereits keine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen, strategisch gewählt hat, um die Fülle der Anmeldungen zu reduzieren. In den Urteilen *Premier League und Karen Murphy* und *Canal+* wurde die offene ausschliesslichen Lizenz nicht als Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert.<sup>942</sup> Dagegen wurde bei der Lizenz mit absoluten Gebietsschutz das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bejaht.<sup>943</sup> Das Europäische Gericht und der Gerichtshof erwähnten die Möglichkeit der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, verneinten aber in beiden Fällen das Vorliegen der dafür notwendigen Voraussetzungen.<sup>944</sup> Demgegenüber äussert sich die Kommission in der TT-GVO und den TT-Leitlinien ausschliesslich zur Rechtfertigungsebene, d.h. zu Art. 101 Abs. 3 AEUV. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Behandlung von Exklusivlizenzen in der TT-GVO bzw. den TT-Leitlinien nicht impliziert, dass eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Für den Fall, dass dem so sei, werden aber die Beurteilungskriterien einer Freistellung aufgeführt.

Es stellt sich bei der Vorgehensweise des Gerichtshofs im Urteil *Maissaatgut*, die ihren geistigen Überbau in der Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung findet, die Frage, wie sichergestellt werden kann, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV seinen eigenen Regelungsbereich behält. Die Abwägung positiver und negativer Effekte einer Abrede wird im europäischen Recht im Gegensatz zum US-amerikanischen grundsätzlich erst auf einer nachgelagerten Stufe geprüft, nachdem feststeht, dass in formaler Hinsicht eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Daneben besteht die Gefahr, dass durch eine Vorverlagerung Abreden von der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle ausgenommen werden, die eigentlich wettbewerbschädigendes Potenzial aufweisen und einer vertieften Prüfung bedürfen.

Nach der hier vertretenen Ansicht sollte auf der Stufe des Art. 101 Abs. 1 AEUV nur eine grobe Vorprüfung der Abrede stattfinden, um eine rein formale Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung zu verhinder-

---

<sup>942</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 137; EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 43 f.

<sup>943</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 139 f.; EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 45 f.

<sup>944</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 139 ff.; EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 47 ff.

dern und eindeutig unproblematische Abreden von der weiteren Prüfung auszunehmen. Danach wird die konkrete Abrede anhand der Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV geprüft. Liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, erfolgt die detaillierte Beurteilung der positiven und negativen Effekte auf der Stufe der Rechtfertigung mithilfe der Gruppenfreistellungsverordnung oder der in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgestellten Kriterien. Aus Unternehmenssicht hat dieses Vorgehen den prozessualen Nachteil, dass für das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV das Unternehmen beweispflichtig ist. Fände die umfassende Würdigung positiver und negativer Effekte auf der Stufe „Wettbewerbsbeschränkung“ statt, hätte die Kommission diese nachzuweisen.

Ihrer konzeptionellen Unterschiede zum Trotz sind die beiden Vorgehensweisen in materieller Hinsicht in den meisten Fällen ergebnisgleich. So finden sich in der geltenden TT-GVO die Kernaussagen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Maissantgut* wieder.<sup>945</sup> Massgebliches Unterscheidungskriterium, ob eine Exklusivlizenz wettbewerbsbeschränkend ist oder nicht, ist aber nicht (mehr) die Zuordnung zu einer Kategorie („offene ausschliessliche Lizenz“ oder „Lizenz mit absolutem Gebietsschutz“) auf der Ebene des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Falls eine Wettbewerbsbeschränkung bestehen sollte, ist anhand der Regelungen der TT-GVO zu untersuchen, ob etwa die Beschränkung passiver Verkäufe zum Schutze eines anderen Lizenznehmers vereinbart wurde (was eine Kernbeschränkung darstellt) oder nicht. Diese Wertungen sind in der TT-GVO rechtsverbindlich und in einer generell-abstrakten Weise festgelegt. Für die Unternehmen bedeutet dies einen deutlichen Zugewinn an Rechtssicherheit.

Trotz teilweise extensivem Regulierungsgrad vor allem in den TT-Leitlinien kann das europäische Lizenzkartellrecht nicht alle sich stellenden Fragen klären. Bei diesem Umfang stellt sich vielmehr die Gefahr der Inkohärenz. So kommt es teilweise vor, dass die Ausführungen in den TT-Leitlinien vom Verordnungstext abweichen bzw. eine Ausnahme davon statuieren.<sup>946</sup> Dennoch ist die Herausbildung spezifischer Regeln für den wettbewerbsrechtlichen Umgang mit Technologietransfer-Vereinbarungen zu begrüßen. Auf diese Weise wird den Rechtsunterworfenen zugesichert, dass die lizenzkartellrechtliche Sonderproblematik erkannt wurde und von der Kommission und den Unionsgerichten angemessen berücksichtigt wird.

---

<sup>945</sup> Vgl. die Erwägungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.2 c](#) und [3.5](#).

<sup>946</sup> Vgl. N 126 TT-Leitlinien, Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO und die Kritik vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3 c](#).

**Teil 3:**  
**Schweizerisches Recht**





## Vorbemerkungen

Nach der Auseinandersetzung mit den Rechtsgrundlagen und der Praxis der Europäischen Union hinsichtlich Exklusivlizenzen richtet sich der Fokus im folgenden Teil auf die Schweiz. Auch diese kennt eine kontinuierliche Debatte über die Ausgestaltung der Schutzrechtssysteme und die Einflussosphäre des Kartellrechts.<sup>947</sup> Im Gegensatz zur EU hat sich aber kein distinktes Teilgebiet, das sich der kartellrechtlichen Bewertung (exklusiver) Lizenzen widmet, herausgebildet. Gleichwohl sieht sich die Schweiz vor ähnliche Probleme gestellt wie die EU. Im Folgenden wird deshalb auf die kartellrechtliche Beurteilung exklusiver Lizenzverträge nach schweizerischem Recht eingegangen. Nach einer Analyse der geltenden Rechtslage folgt der Ausblick auf ein mögliches (Exklusiv-) Lizenzkartellrecht, zusammen mit Anregungen und Kriterien, wie dieses ausgestaltet werden sollte.

---

<sup>947</sup> HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 34 m.w.H.; SCHRANER, N 121 ff.; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 38.

# Kapitel 1: Immaterialgüterrechte im Kartellrecht und Art. 3 Abs. 2 KG

Die Diskussion über den Einfluss von Immaterialgüterrechten auf kartellrechtliche Sachverhalte hat in der Schweiz lange unbeeinflusst von europäischen oder US-amerikanischen Entwicklungen stattgefunden.<sup>948</sup> Art. 3 Abs. 2 KG, ein geistiges Produkt der Eigenständigkeitstheorie, der versucht, eine abstrakte Trennlinie zwischen dem Immaterialgüter- und dem Kartellrecht zu ziehen, wirkt sich bis heute auf die rechtliche Diskussion der kartellrechtlichen Behandlung immaterialgüterrechtlicher Sachverhalte aus, obwohl das theoretische Fundament praktisch weggebrochen ist. Da Art. 3 Abs. 2 KG aber die einzige kartellrechtliche Norm ist, die sich zum Immaterialgüterrecht äussert, kann eine kritische Diskussion des schweizerischen Kartellrechts nicht ohne sie stattfinden.

## I. Historischer Hintergrund und Entwicklungen

Die mittlerweile überholte<sup>949</sup> Eigenständigkeitstheorie, welche davon ausging, dass sowohl das Kartell- als auch das Immaterialgüterrecht zwei in sich geschlossene Systeme sind, war in der Schweiz lange vorherrschend. Da das Verhältnis zwischen monopolistischem Schutz und dem Wettbewerb bereits im betreffenden Immaterialgüterrechtsgesetz abgewogen und festgelegt worden sei, hätte das Kartellrecht diese Wertungen zu akzeptieren und nicht zu hinterfragen, so die damalige Überzeugung.<sup>950</sup> Damit erklärt sich Art. 3 Abs. 2 KG und die damit verbundenen Probleme, auf die im Folgenden eingegangen wird.

Erst das Kartellgesetz von 1985 hielt fest, dass Immaterialgüterrechte nicht *in toto* dem kartellrechtlichen Zugriff entzogen seien, sondern nur dann, wenn sich eine Wettbewerbswirkung ausschliesslich aus dem betreffenden Schutz-

---

<sup>948</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 186; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 13.

<sup>949</sup> SCHRANER, N 131; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 405 f.; HILTY, in: FS Zäch, 329 f.; STIRNIMANN, 21 f.; SCHWAAB, 70; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 39; WEBER, in: SIWR V/2, 50; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 2.

<sup>950</sup> ZSCHOKKE, SMI 1960, 19: „Im Gegensatz etwa zu den amerikanischen Verhältnissen ist eben deshalb der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz eigenständig und er hat innerhalb seines Geltungsbereichs das Verhältnis von freiem Wettbewerb und monopolistischem Schutz bereits verarbeitet.“; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 406; SCHULTHEISS-BÜHLMANN, 104; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 38; WEBER, in: SIWR V/2, 50; SCHRANER, N 131 m.w.H.

recht ergebe. Ausserhalb dieses ausschliesslichen Bereichs, so der Umkehrschluss, sei das Kartellrecht anwendbar. In den bisherigen Revisionen wurde dieser Gedanke übernommen,<sup>951</sup> und bis heute heisst es in Art. 3 Abs. 2 KG: „Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.“ Noch in der Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 hielt der Bundesrat fest, es könne „nicht Aufgabe der Kartellrechtsgesetzgebung sein, in die Belange der gesetzlichen Regelung des geistigen Eigentums [...] einzugreifen.“<sup>952</sup> Es ist bezeichnend, dass die Initiative für Art. 3 Abs. 2 KG von der AIPPI<sup>953</sup>, im Wesentlichen eine Organisation von Schutzrechtsinhabern und deren Vertretern, ausging.<sup>954</sup>

Art. 3 Abs. 2 KG lag die damals zeitgemässe Auffassung zugrunde, dass Immaterialgüter- und Kartellrecht zueinander in Konflikt stehen.<sup>955</sup> Inzwischen hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass von einer grundsätzlichen Zielparallelität der beiden Rechtsgebiete auszugehen ist.<sup>956</sup> Beide leisten ihren Anteil daran, den funktionierenden Wettbewerb zu garantieren. Das Immaterialgüterrecht hat primär die Aufgabe, die richtigen Anreize zur Hervorbringung von Innovationen zu setzen, das Kartellrecht soll das Vorhandensein effizienter Märkte sicherstellen.<sup>957</sup> Deshalb würde es zu kurz greifen, im Immaterialgüterrecht nur das Eigentum eines Schutzrechtsinhabers zu sehen: Versteht man die zeitlich befristete Güterzuweisung zu einem Rechtsinhaber als ein im ge-

---

<sup>951</sup> Obschon sich die Formulierungen teilweise unterscheiden, verfolgten sie das gleiche Ziel, vgl. ALTENPOHL, sic! 1998, 155; SCHRANER, N 121 ff.; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 34.

<sup>952</sup> Bot. Rev. KG 95, 452.

<sup>953</sup> *Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuel*.

<sup>954</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 188; SCHULTHEISS-BÜHLMANN, 104; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 2.

<sup>955</sup> SCHRANER, 96; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 38; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 188; SCHWAAB, 70.

<sup>956</sup> WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 41; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 34; HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 27; HEINEMANN, in: FS Fezer, 664; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 20; Wettbewerbskommission – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), N 109; BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 85.

<sup>957</sup> MÜLLER, InTeR 2013, 65; BAKHOUM/CONDE GALLEG0, in: TRIPS plus 20, 537 f.

samtgesellschaftlichen Interesse liegendes Instrument zur Förderung von Innovation und Steigerung der Konsumentenwohlfahrt, zeigt sich die natürliche Komplementarität der beiden Rechtsgebiete.<sup>958</sup>

Eine wichtige Entscheidung betreffend Art. 3 Abs. 2 KG fällte das Bundesgericht 1999. Im *Kodak*-Entscheid<sup>959</sup> hatte es über die Zulässigkeit von Parallelimporten zu befinden. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung war zu beurteilen, ob ein Patent national, europaweit oder international erschöpft. Im Entscheid machte das Bundesgericht einige Ausführungen, wenn auch als *Obiter Dictum*,<sup>960</sup> zu Art. 3 Abs. 2 KG.<sup>961</sup>

Das Bundesgericht kam in einem knappen Entscheid<sup>962</sup> zum Ergebnis der nationalen Erschöpfung im Patentrecht,<sup>963</sup> betonte aber, dass das Kartellrecht auf den Sachverhalt anwendbar sei.<sup>964</sup> Ein Patent verleihe seinem Inhaber für die Verwertung seiner schöpferischen Leistung eine Monopolstellung. Im Unterschied zur zulässigen Ausübung dieses Immaterialgüterrechts könne ein Missbrauch dieses von der Rechtsordnung eingeräumten Monopolrechts beim erstmaligen Inverkehrbringen patentgeschützter Waren durch den Patentinhaber aber kartellrechtlich geahndet werden.<sup>965</sup> Es gehöre nicht zu den Befugnissen des Patentinhabers, künstlich Märkte aufzuteilen oder den schweizerischen Markt vom Ausland abzuschotten, so das Bundesgericht.<sup>966</sup> Die Beschränkung des Wettbewerbs mit patentgeschützten Produkten ergebe sich nicht ausschliesslich aus der Patentgesetzgebung, womit der Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG nicht erfüllt wird und das Kartellrecht anwendbar sei.<sup>967</sup>

---

<sup>958</sup> HEINEMANN, Immaterialgüterschutz, 25 ff.; FIALA, 13 ff.; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 35; BAKHOUM/CONDE GALLEGOS, in: TRIPS plus 20, 537 ff.; MÜLLER, InTeR 2013, 65; SCHRANER, N 153, ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 2, 4. Vgl. zum Ganzen auch die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 2 II 3](#).

<sup>959</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*; SCHRANER, N 160 ff., mit einer vertieften Auseinandersetzung mit den verfassungs- und wettbewerbspolitischen Aspekten der Entscheidung.

<sup>960</sup> KELLER, 62; STIEGER, sic! 2001, 95 f.

<sup>961</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 9.

<sup>962</sup> Der Entscheid wurde mit drei zu zwei Stimmen gefällt, DUCREY, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich, 116.

<sup>963</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 4 ff.

<sup>964</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 9.

<sup>965</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 9, mit Verweis auf Art. 3 Abs. 2 KG.

<sup>966</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 9 a.

<sup>967</sup> BGE 126 III 129 – *Kodak*, E. 9 b.

Im Nachgang des Entscheids flammte eine Debatte rund um die nationale Erschöpfung im Patentrecht und Parallelimporte auf.<sup>968</sup> Kritisiert wurde im Wesentlichen, dass das Patentrecht den Schutz vor Nachahmung bezwecke; Preisdifferenzierung und Marktabschottung sei dem Patentschutz sachfremd. Die Beurteilung dieser Verhaltensweisen sei Kernaufgabe des Wettbewerbsrechts.<sup>969</sup> Darauf wurde Art. 3 Abs. 2 KG in der Kartellgesetzrevision von 2003 vermeintlich klärend<sup>970</sup> mit „[h]ingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz“ ergänzt. Dem Kartellrecht wurde fortan die Rolle als Korrektiv gegen die Verhinderung von Parallelimporten zugeordnet.<sup>971</sup> Die Frage, ob eine grundsätzliche Änderung des Gesetzes angezeigt wäre, um eine missbräuchliche Behinderung von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte zu verhindern, wurde in der Revision von 2003 aber bewusst ausgeklammert.<sup>972</sup> So bleibt Art. 3 Abs. 2 KG weiterhin Bestandteil des Kartellgesetzes.

Immerhin hatte die *Kodak*-Debatte Auswirkungen auf die Revision des Patentgesetzes von 2007. Fortan wurde in Art. 9a PatG der Grundsatz<sup>973</sup> der europaweiten Erschöpfung festgehalten. Auch wenn damit die Art. 3 Abs. 2 KG zu-

---

<sup>968</sup> Umfassend SCHRANER, 149 ff.; MEYER, sic! 2000, 337; HILTY, sic! 2000, 231 ff.; BÜRGI/LANG, sic! 1999, 382 ff.; MEIER-SCHATZ, AJP 2000, 742 ff.; JÄGER, NZZ vom 4. März 2000, 29; BAUDENBACHER, Die Volkswirtschaft 2003, 14 ff.; STIEGER, sic! 2001, 89 ff.; RAUBER, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich, 1 ff.; DUCREY, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich, 120 ff.; CARCAGNI *et al.*, SHK KG, Art. 3 KG N 20 ff.; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 67; der Entscheid löste auch den Bericht „Parallelimporte und Patentrecht“ des Bundesrats aus.

<sup>969</sup> DUCREY, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich, 117 f.; zur wettbewerbsökonomischen Kritik des Urteils JÄGER, NZZ vom 4. März 2000, 29.

<sup>970</sup> „Indessen hat der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG wohl mehr zur Verwirrung als zur Klärung der Problematik beigetragen [...]“, so die Einschätzung der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 20.

<sup>971</sup> Bot. Rev. KG 03, 2030; in diesem Sinne auch ZÄCH, Kartellrecht, N 303; SCHRANER, N 171; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 13.

<sup>972</sup> Bot. Rev. KG 03, 2029.

<sup>973</sup> Eine Ausnahme sieht Art. 4 PatG für diejenigen Produkte vor, bei denen Patente nur eine untergeordnete Rolle spielen. Diese Ausnahme dient dazu, dass die internationale Erschöpfung im Markenrecht nicht durch das Patentrecht unterlaufen wird (bei Produkten, denen sowohl Marken- als auch Patentschutz zukommt). Hingegen gilt für patentgeschützte Produkte, deren Preise staatlich festgelegt sind (hauptsächlich pharmazeutische Produkte) nach Art. 5 PatG weiterhin die nationale Erschöpfung, dazu HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 182; ZÄCH, Kartellrecht, N 307; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 69.

grunde liegende Problematik nicht gelöst wurde, war in der (gescheiterten) Kartellgesetzrevision von 2012 kein Änderungsvorschlag für Art. 3 Abs. 2 KG zu finden.<sup>974</sup>

Eine zentrale Entscheidung betreffend Art. 3 Abs. 2 KG hatte das Bundesverwaltungsgericht 2018 im Fall *SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC)* zu fällen. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission missbrauchte die SIX Multipay AG ihre marktbeherrschende Stellung, um die Zahlkartenterminals ihrer Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG zu bevorzugen. Die von SIX Multipay lancierte Funktion zur dynamischen Währungsumrechnung (*Dynamic Currency Conversion*)<sup>975</sup> war nur auf den Terminals der Konzernschwester verfügbar. Anderen Terminalanbietern verweigerte die SIX Multipay die notwendigen Schnittstelleninformationen, sodass deren Terminals nicht kompatibel mit der Funktion zur dynamischen Währungsumrechnung waren.<sup>976</sup> Eine Konkurrentin der SIX Multipay führte im Rahmen ihrer Anzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission aus, diese verweigere ihr trotz wiederholter Anfragen den Zugang zu dieser Funktionalität bzw. die zur Kommunikation mit dem Verarbeitungssystem der SIX Multipay erforderlichen Protokolle. Im Rahmen der Untersuchung zeigte sich, dass die SIX Multipay die Offenlegung der für die DCC-Funktion erforderlichen Schnittstelleninformationen auch gegenüber anderen Terminalherstellern verweigerte.<sup>977</sup>

Die SIX Multipay brachte vor, dass die Schnittstelleninformationen urheberrechtlich geschützt seien und die Verweigerung ihrer Herausgabe ausschliesslich auf der berechtigten Wahrnehmung dieser Immaterialgüterrechte beruhe.<sup>978</sup> Somit greife der umfassend zu interpretierende Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG, womit die Anwendung des Kartellrechts auf den vorliegenden Fall ausgeschlossen sei.<sup>979</sup>

---

<sup>974</sup> MAMANE, in: FS Thomann, 40 m.w.H.; kritisch SCHRANER, N 167: „Die Aktualität dieser Problematik ist bis heute ungebrochen.“

<sup>975</sup> Vgl. die ausführliche Beschreibung im Entscheid der Wettbewerbskommission – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, N 9 ff.

<sup>976</sup> Wettbewerbskommission – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, N 1 ff.

<sup>977</sup> BANGERTER, Jusletter vom 14. Oktober 2019, N 7.

<sup>978</sup> BVGer B-831/2011 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, E. 78, 530 f.

<sup>979</sup> BVGer B-831/2011 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, E. 79. In einer weiteren Prüfung kam das Gericht zum Ergebnis, dass die spezifischen Schnittstelleninformationen des IT-Bereichs keine Ausschliesslichkeitswirkung i.S.d. Art. 3 Abs. 2 KG aufweisen, auch wenn Schnittstellen im Einzelfall urheberrechtlich geschützt sein können, vgl. E. 577, 614 f., 619.

Im Entscheid zeichnete das Bundesverwaltungsgericht kurz die Entwicklungslinien des Art. 3 Abs. 2 KG und der Auslegung der Norm nach.<sup>980</sup> Eine Unterscheidung nach Bestand und Ausübung lehnte das Gericht explizit ab, da auch im Rahmen des Bestandsschutzes ausnahmsweise wettbewerbswidrige Aspekte verfolgt werden können.<sup>981</sup> Sodann verwies es auf die herrschende Literatur und die breit vertretene Überzeugung, dass das Immaterialgüter- und Kartellrecht komplementär zusammenwirken.<sup>982</sup> Art. 3 Abs. 2 KG sei nach einer geltungszeitlichen Interpretation und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, der Praxis sowie den Ergebnissen der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, restriktiv auszulegen.<sup>983</sup> Der Ausschliesslichkeitsvorbehalt könne fast nie erfüllt werden, seien doch mit der Nutzung eines Schutzrechts stets auch Wettbewerbswirkungen verbunden, wobei sich diese praktisch nie ausschliesslich aus dem geistigen Eigentum ergeben würden.<sup>984</sup> Im Ergebnis sei Art. 3 Abs. 2 KG nicht als Anwendungsvorbehalt zu verstehen. Die Norm zielle vielmehr darauf ab, dass die Zielsetzungen des Immaterialgüterrechts, nämlich die Förderung des Innovationswettbewerbs durch die Gewährung von immaterialgüterrechtlichem Schutz, bei der materiellen Prüfung nach Kartellgesetz gewürdigt werden.<sup>985</sup> Das Bundesverwaltungsgericht verneinte einen durch Art. 3 Abs. 2 KG begründeten Ausschluss des Kartellrechts auf den vorliegenden Sachverhalt und beurteilte die Verweigerung der Herausgabe von Schnittstelleninformationen sodann nach den materiellen Kartellrechtsvorschriften.<sup>986</sup>

## II. Umfang des geistigen Eigentums

Nach den Materialien zum Kartellgesetz ist das geistige Eigentum i.S.d. Art. 3 Abs. 2 KG weit zu verstehen, was bedingt, dass auch künftige technologische Entwicklungen und die diesbezügliche Immaterialgüterrechtsgesetzgebung einzubeziehen sind.<sup>987</sup> Immaterialgüterrechte sind folglich vom Begriff des geistigen Eigentums i.S.d. Art. 3 Abs. 2 KG erfasst. Anders präsen-

---

<sup>980</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 83 ff.

<sup>981</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 84 m.w.H.

<sup>982</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 85, vgl. die Gegenüberstellung von Urheber- und Kartellrecht im Entscheid in E. 610 f.

<sup>983</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 86 f., 615.

<sup>984</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 86 f.

<sup>985</sup> BANGERTER, Jusletter vom 14. Oktober 2019, N 26.

<sup>986</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 88, 615.

<sup>987</sup> Bot. Rev. KG 95, 541; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 40.

tiert sich die Lage bei faktisch geschützten Monopolen wie Know-how. Es fehlt bei faktisch geschützten Monopolen bereits an einer Gesetzgebung, die erst Eigentum verschaffen könnte; folglich braucht dieses auch nicht von der kartellrechtlichen Prüfung ausgenommen zu werden.<sup>988</sup> Die Botschaft bezieht sich auf gesetzlich geschützte Immaterialgüterrechte,<sup>989</sup> Know-how jedoch ist ein faktisches Monopol. Die Anwendung des Vorbehalts des Art. 3 Abs. 2 KG auf Know-how ist somit ausgeschlossen.<sup>990</sup>

### III. Ausschlusslichkeitsfordernis

Für das richtige Verständnis des Art. 3 Abs. 2 KG ist die Auslegung des Begriffs „ausschliesslich“ entscheidend.<sup>991</sup> Diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus dem Recht des geistigen Eigentums ergeben, fallen nach der besagten Norm nicht unter das Kartellgesetz.

#### 1. Einschränkung der Auslegung

Die grammatikalische Auslegung des Wortes „ausschliesslich“ spricht für eine restriktive Auslegung des Art. 3 Abs. 2 KG und dafür, dass sich die Wettbewerbsbeschränkung direkt und explizit aus dem Recht des geistigen Eigentums ergeben muss. Im Widerspruch zum sehr engen Wortlaut der Norm stellte sich der Bundesrat in der Botschaft zum Kartellgesetz 1995 noch auf den Standpunkt, dass es Aufgabe des Kartellrechts sei, zu verhindern, dass „rein wettbewerbsbeschränkende Ziele“<sup>992</sup> verfolgt würden.<sup>993</sup> Dies kann nach

---

<sup>988</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 419; KELLER, 59 f.; FIALA, 130 f.

<sup>989</sup> Bot. Rev. KG 95, 541.

<sup>990</sup> Grundlegend dazu SCHWAAB, 227 ff.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 418 f.; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 39 ff.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 408; KELLER, 59; CARCAGNI *et al.*, SHK KG, Art. 3 KG N 8; wohl ebenso die Auffassung der Wettbewerbskommission, die in ihrer Untersuchung in *Gaba* zum Ergebnis kam, dass in den zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften existieren, die den Wettbewerb nicht zulassen, vgl. Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 78 f. Anderer Ansicht und dafür, dass der Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG auch Know-how erfasst MEYER, sic! 2000, 332; WEBER/VOLZ, N 1.101; ALBERINI, CR Concurrency, Art. 3 Abs. 2 LCart N 69; VULLIÉTY, SJ 2000, 549 f.; XOUDIS, 301.

<sup>991</sup> KELLER, 60; ALBERINI, CR Concurrency, Art. 3 Abs. 2 LCart N 48; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 45; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 409 f.; WEBER, in: SIWR V/2, 49.

<sup>992</sup> Bot. Rev. KG 95, 541 f.

<sup>993</sup> Ebenso zu eng, wenn auch noch zum alten Recht, ZENHÄUSERN, 175.



dem Gesagten nicht mehr überzeugen. Es ist völlig ausreichend für die Geltung des Kartellrechts, wenn unter anderem wettbewerbsbeschränkende Ziele verfolgt werden.<sup>994</sup>

Hinzu kommt eine systematische Erwägung: Mit einem Immaterialgüterrecht erhält der Schutzrechtsinhaber gewisse Rechte zugewiesen, wobei verschiedene Möglichkeiten bestehen, diese zu verwerten. Im Unterschied zum Sacheigentum, dessen Eigentümer damit alles tun kann, was die Rechtsordnung nicht verbietet, lassen sich aus einem Immaterialgüterrecht nur diejenigen Befugnisse ableiten, die der immaterialgüterrechtliche Erlass vorsieht.<sup>995</sup> Damit ist noch nichts über deren kartellrechtliche Zulässigkeit gesagt. Die Wahrnehmung dieser Möglichkeiten und ihre vertragliche Festsetzung unterliegen der Privatautonomie.<sup>996</sup> Im Rahmen dieser ist dem Schutzrechtsinhaber alles erlaubt, was nicht gegen zwingendes Recht verstösst. Die Normen des Kartellrechts aber sind gerade zwingende Vorschriften öffentlichen Rechts. Die natürliche Zuordnung der beiden Rechtsgebiete spricht hiernach dafür, dass ein kartellrechtlicher Vorbehalt gegenüber einem unter dem Grundsatz der Privatautonomie abgeschlossenen Lizenzvertrag besteht.<sup>997</sup> Diesbezüglich besteht zwischen Immaterialgüterrechten und Sacheigentum kein Unterschied: Auch der Eigentümer einer Maschine darf nicht gegen das Kartellrecht verstossen, bloss weil ihm das Sachenrecht die Herstellung und den Vertrieb dieser Erzeugnisse gestattet.<sup>998</sup>

---

<sup>994</sup> SCHRANER, 171 ff.; 175; FRÖHLICH-BLEULER, N 213; HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 41; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 410; SCHULTHEISS-BÜHLMANN, 189 f.; BÜRGI/LANG, sic! 1999, 382; FIALA, 130; KELLER, 62; WEBER, in: SIWR V/2, 49; zur extensiven und restriktiven Auffassung HILTY, Lizenzvertragsrecht, 407 ff.; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 27 ff.; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 46 ff.; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 50 ff.; BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 86, 615.

<sup>995</sup> BGE 86 II 270 – Philips, 282 f.; ZÄCH, Kartellrecht, N 299 ff.

<sup>996</sup> BÜRGI/LANG, sic! 1999, 389.

<sup>997</sup> „Die im Privatrecht gewährte Vertragsfreiheit gilt nicht schrankenlos. Eine wichtige Schranke findet sich im Kartellrecht.“, so VON BÜREN, in: SIWR I/1, 407; ebenso HILTY, sic! 2000, 238; vgl. in Bezug auf das europäische Recht ULLRICH/HEINEMANN, Immenga/Mestmäcker, 5. A., GRUR B, N 31. Damit ist noch nichts über die Möglichkeit gesagt, in der kartellrechtlichen Beurteilung auf die immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten einzugehen und diesen Rechnung zu tragen. In dieser Hinsicht grenzt sich das hier gezeigte Verständnis von der vorne in [Teil 2 Kapitel 2 V](#) vorgestellten Theorie der materiellen Wettbewerbsbeschränkung ab.

<sup>998</sup> PICHT, sic! 2019, 537.

Art. 3 Abs. 2 KG kommt also eine einschränkende Rolle zu.<sup>999</sup> Die Begrenzung soll verhindern, dass Schutzrechte zur Verfolgung wettbewerbsbeschränkender Ziele missbraucht werden.<sup>1000</sup> Eine restriktive Auslegung hat zur Folge, dass ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Komponente praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts geprüft werden kann.<sup>1001</sup>

## 2. Lizenzverträge im Besonderen

Nach einer zeitgemässen Interpretation kann Art. 3 Abs. 2 KG nur einen Schutzrechtsinhaber vor dem Kartellrecht schützen, der die unmittelbar aus seinem Recht fließenden Befugnisse für sich alleine nutzt.<sup>1002</sup> Ein Beispiel dafür ist die Ausübung der immaterialgüterrechtlichen Anspruchs- und Abwehrrechte.<sup>1003</sup> Es fragt sich, ob auch die exklusive Lizenzierung das Ausschliesslichkeitskriterium erfüllt.

Nach MEYER soll „[d]er idealtypische Lizenzvertrag, Überlassung der Lehre gegen Lizenzgebühr [...] via Art. 3 Abs. 2 KG kein Thema für das Kartellrecht“<sup>1004</sup> sein. BREDIES zählt zu den sich ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht ergebenden Befugnissen nicht nur die Anspruchs- und Abwehrrechte, son-

---

<sup>999</sup> Daneben gibt es die, vor allem in der älteren Literatur zum Vorgängergesetz des heutigen Kartellgesetzes, vertretene extensive Auffassung zu Art. 3 Abs. 2 KG, wonach zu einem Lizenzvertrag effektiv kartellistische Strukturen hinzutreten müssen, damit das Kartellrecht Geltung entfalten kann, vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, 407 f. m.w.H., WEBER, in: SIWR V/2, 50.

<sup>1000</sup> DUCREY, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich, 121; FRÖHLICH-BLEULER, N 212; Wettbewerbskommission – Sport im Pay-TV, N 329; BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 84 ff., 615.

<sup>1001</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N10, 39; SCHRANER, 171 ff., 175; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 45; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 72; WEBER, in: SIWR V/2, 51; BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 87.

<sup>1002</sup> Wobei auch im Rahmen des Bestandsschutzes wettbewerbswidrige Aspekte verfolgt werden können, z.B., wenn Immaterialgüterrechte missbräuchlich erworben und verteidigt werden. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes beschränkt sich daher nicht auf den gewerblichen Gebrauch von Ausschliesslichkeitsrechten, so BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 84.

<sup>1003</sup> KRAUSKOPF/RUSS, sic! 2014, 755; BÜRGI/LANG, sic! 1999, 382; STIRNIMANN, 47; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 411; VULLIÉTY, SJ 2000, 551.

<sup>1004</sup> MEYER, sic! 2000, 336.

dern unter anderem die ausschliessliche Lizenzierung.<sup>1005</sup> Werden daneben noch weitere Pflichten vereinbart, was meist der Fall sei, finde das Kartellrecht Anwendung.<sup>1006</sup> Die gleiche Position vertritt VULLIÉTY: Beschränkt sich die Lizenz darauf, dem Lizenznehmer die immaterialgüterrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechte einzuräumen, soll diese vom Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG erfasst sein. Dies komme in der Praxis jedoch selten vor.<sup>1007</sup> Nach VON BÜREN ist das Ausschliesslichkeitserfordernis erfüllt, wenn sich der Lizenzgeber verpflichtet, keine weiteren Lizenzen zu erteilen oder wenn eine Unterlizenzierung ausgeschlossen wird.<sup>1008</sup> Eine Ausschliesslichkeitsklausel betreffend Produkten oder Kunden sowie Preis- und Mengenvorschriften erfüllen das Erfordernis hingegen nicht.<sup>1009</sup> Nach CARCAGNI *et al.* schliesst der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 KG aus, dass Lizenzverträge oder Verträge mit Vertriebsbindungen das Ausschliesslichkeitserfordernis erfüllen.<sup>1010</sup> Eher vage bleiben KRAUSKOPF/RUSS: Das Kartellrecht gelte immer dann, wenn der „Kernbereich“ der immaterialgüterrechtlichen Befugnisse verlassen werde. Wünschenswert wäre eine Präzisierung, wo der Kernbereich endet. Jedenfalls sei dieser verlassen worden, wenn ein Lizenzvertrag eine über das Immaterialgüterrecht hinausgehende Wettbewerbsbeschränkung bewirke.<sup>1011</sup>

Nach der im Schrifttum überwiegenden Ansicht darf Art. 3 Abs. 2 KG kein Hindernis für die kartellrechtliche Prüfung sein, sobald der Schutzrechtsinhaber Dritte, etwa vertraglich mit einer Lizenz, in die Nutzung einbindet.<sup>1012</sup> Alles andere würde ein verfassungsmässig nicht vorgesehenes Primat des Immaterialgüter- vor dem Kartellrecht bedeuten.<sup>1013</sup> Denn wenn der Berechtigte seine Nutzungsberechtigung durch die Lizenzvergabe auf Dritte erweitert, ergeben sich Beschränkungen, die ohne einen Vertrag, d.h. ausschliesslich aus

<sup>1005</sup> BREDIES, 180.

<sup>1006</sup> BREDIES, 180; MEYER, *sic!* 2000, 335 f.

<sup>1007</sup> VULLIÉTY, SJ 2000, 551, 560.

<sup>1008</sup> VON BÜREN, in: SIWR I/1, 411.

<sup>1009</sup> VON BÜREN, in: SIWR I/1, 412.

<sup>1010</sup> CARCAGNI *et al.*, SHK KG, Art. 3 KG N 17.

<sup>1011</sup> KRAUSKOPF/RUSS, *sic!* 2014, 755, dies impliziert aber, dass es auch Lizenzverträge gibt, deren Wettbewerbswirkungen sich nicht über den immaterialgüterrechtlichen Kernbereich hinaus manifestieren und damit der kartellrechtlichen Kontrolle entzogen sind.

<sup>1012</sup> DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1423; CARCAGNI *et al.*, SHK KG, Art. 3 KG N 17; KRAUSKOPF/RUSS, *sic!* 2014, 755.

<sup>1013</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 15.

dem Schutzrecht, nicht möglich wären.<sup>1014</sup> Immaterialgüterrechte aber sollten, wie alle Rechte, aus denen antikompetitive individuelle Positionen fliessen können, der kartellrechtlichen Prüfung unterliegen.<sup>1015</sup> Denn dass die immaterialgüterrechtlichen Erlasse vorsehen, dass Exklusivlizenzen vergeben werden können, bedeutet noch nicht, dass diese das Ausschliesslichkeitserfordernis des Art. 3 Abs. 2 KG erfüllen.<sup>1016</sup> Im Übrigen kann sich Art. 3 Abs. 2 KG schon darum nicht auf die exklusive Lizenzierung beziehen, weil Art. 6 Abs. 1 lit. d KG<sup>1017</sup> dadurch völlig sinnfrei würde.<sup>1018</sup>

Insgesamt vertritt der überwiegende Teil der Lehre die Ansicht, dass die Exklusivlizenz nicht lediglich Wettbewerbswirkungen entfaltet, die sich ausschliesslich i.S.d. Art. 3 Abs. 2 KG aus dem Immaterialgüterrecht ergeben und somit der kartellrechtlichen Kontrolle zugänglich ist.<sup>1019</sup>

### 3. Deklaratorische Natur

Nach dem Gesagten ist Art. 3 Abs. 2 KG rein deklaratorischer Natur.<sup>1020</sup> Die Immaterialgüterrechtsgesetze selbst müssten festlegen, wann der jeweilige Schutzrechtsgehalt etwa die Behinderung von Parallelimporten decken

---

<sup>1014</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 408; BÜRGI/LANG, sic! 1999, 382; SCHULTHEISS-BÜHLMANN, 189 ff.; KELLER, 60; Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 10; anderer Ansicht WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 185, nach denen Lizenzvereinbarungen ohne vertriebsrechtliche Elemente zum Bestand der Immaterialgüterrechte gehören und somit von Art. 3 Abs. 2 KG erfasst sind.

<sup>1015</sup> HILTY, in: FS Zäch, 339 f.

<sup>1016</sup> In dieser Hinsicht unzutreffend MEYER, sic! 2000, 332 ff., der von einer grundsätzlichen „Immunsierung“ von Lizenzverträgen durch Art. 3 Abs. 2 KG ausgeht. Immerhin wird eingeräumt, dass eine Vielzahl von Lizenzverträgen aufgrund zusätzlicher Wettbewerbsbeschränkungen am Ende doch nicht mehr in diesen Bereich fällt.; vgl. zum europäischen Recht HAMANN, 202.

<sup>1017</sup> Die genannte Norm regelt die Beschreibung von Voraussetzungen, unter denen die ausschliessliche Lizenzierung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel gerechtfertigt sind. Dies setzt voraus, dass ausschliessliche Lizenzen in den Geltungsbereich des Kartellrechts fallen.

<sup>1018</sup> Wettbewerbskommission – Medikamentenpreis *Thalidomid*, N 435; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 411 f.; SCHRANER, N 141; KELLER, 63; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 77; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 53 ff.

<sup>1019</sup> WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 77 f.; im Ergebnis ebenso KRAUSKOPF/RUSS, sic! 2014, 754 f.; HILTY, in: FS Zäch, 335; KELLER, 65; DUCREY, in: Schweizer Vertriebsrecht, N 951.

<sup>1020</sup> Wettbewerbskommission – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, N 111; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 59; CARCAGNI et al., SHK KG, Art. 3 KG N 16.

würde.<sup>1021</sup> Denn nur durch die explizite Verankerung im betreffenden Immaterialgüterrechtsgesetz kann sich eine Wettbewerbsbeschränkung „ausschliesslich“ aus dem Immaterialgüterrecht ergeben, wie Art. 3 Abs. 2 KG es fordert.<sup>1022</sup> In den geltenden Erlassen des Immaterialgüterrechts ist freilich keine solche Ermächtigung wettbewerbsbeschränkender Vertriebsformen zu finden.<sup>1023</sup>

Einzig im Patentrecht besteht gestützt auf Art. 9a PatG die Möglichkeit, aussereuropäische Parallelimporte zu unterbinden, da das Patentrecht europä-, aber nicht weltweit erschöpft.<sup>1024</sup> Falls ein Schutzrecht international erschöpft (wie das Marken- oder Urheberrecht), lassen sich Einfuhren schon von vornherein nicht aus dem Recht des geistigen Eigentums ableiten. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 ist somit eine patentrechtliche *Lex specialis*.<sup>1025</sup> Die Vorschrift ist wohl das unbeabsichtigte Ergebnis missglückten „Rumwerkeln“<sup>1026</sup> an Art. 3 Abs. 2 KG. Denn mit der Formulierung „Hingegen unterliegen“ wird suggeriert, dass alle anderen, in Satz 1 aufgezählten Handlungen, nicht unter das Kartellgesetz fallen. Dieser unglückliche Passus entspricht in keiner Weise den Intentionen des Gesetzgebers.<sup>1027</sup> Der Kommission des Ständerats war es ein Anliegen, klarzustellen, dass insbesondere Einfuhrbeschränkungen Wettbewerbswirkungen sein können, die sich nicht ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben.<sup>1028</sup>

---

<sup>1021</sup> Wettbewerbskommission – *Sport im Pay-TV*, N 329, 331; DUCREY, in: *Parallelimporte im Schnittstellenbereich*, 123.

<sup>1022</sup> Wettbewerbskommission – *Medikamentenpreis Thalidomid*, N 435; Wettbewerbskommission – *Sport im Pay-TV*, N 329, 331; SCHRANER, N 139; BÜRGI/LANG, sic! 1999, 382; HILTY, in: *FS Zäch*, 31; STIRNIMANN, 47.

<sup>1023</sup> In der Praxis seien kaum Konstellationen denkbar, in denen sich Wettbewerbswirkungen ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben, so die Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 10; ebenso WEBER, *Dike KG*, Art. 3 KG N 45; ALBERINI, *CR Concurrence*, Art. 3 Abs. 2 LCart N 72; BVGer B-831/2011 – *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, E. 86 f.

<sup>1024</sup> WEBER, *Dike KG*, Art. 3 KG N 69; KRAUSKOPF/RUSS, sic! 2014, 755 e contrario.

<sup>1025</sup> Alle übrigen Immaterialgüterrechte unterliegen der internationalen Erschöpfung. Einfuhrbeschränkungen können sich so nicht mehr auf die Gesetzgebung des geistigen Eigentums stützen, dazu BVGer B-581/2012 – *Nikon*, E. 4.4.2.

<sup>1026</sup> HILTY/FRÜH, *Lizenzkartellrecht*, 191.

<sup>1027</sup> HILTY/FRÜH, *Lizenzkartellrecht*, 190.

<sup>1028</sup> *Votum SCHIESSER*, AB 2003 S, 326 f.

## IV. Zwischenfazit

Bereits die Grundannahme des Art. 3 Abs. 2 KG ist falsch. Es ist mittlerweile unbestritten, dass der Zielkonflikt zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, den Art. 3 Abs. 2 KG suggeriert und vermeintlich zu lösen versucht, gar nicht besteht. Stattdessen ist von einer Zielparallelität der beiden Rechtsgebiete auszugehen, weil beide wichtige Bestandteile einer umfassenden Wirtschaftsordnung bilden. Ein Ausklammern immaterialgüterrechtlicher Sachverhalte aus dem Kartellrecht ist weder möglich noch adäquat.<sup>1029</sup> Die Wettbewerbskommission teilt diese Auffassung<sup>1030</sup> ebenso wie die Gerichte.<sup>1031</sup>

Einen anschaulichen Vergleich zur Debatte um Art. 3 Abs. 2 KG ziehen HILTY/FRÜH: „Die Vorstellung, wettbewerbswidriges Verhalten mittels Art. 3 Abs. 2 KG abzuschirmen, erscheint [...] ebenso abwegig wie wenn anderen Ordnungskomplexen (etwa Umwelt- oder Sozialschutzauflagen), die im Allgemeininteresse aufgestellt wurden und alle Marktteilnehmer in gleicher Weise treffen, die Anwendung punktuell versagt würde, um zulasten der Allgemeinheit individuelle Vorteile zu schaffen.“<sup>1032</sup> Folglich sind Immaterialgüterrechte nicht als Bereichsausnahme vom Kartellrecht zu verstehen, sondern unterliegen der kartellrechtlichen Kontrolle. Im Rahmen dieser sind die immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten zu würdigen, diese sollten mit anderen Worten „von innen“ auf die kartellrechtliche Beurteilung einwirken. Je differenzierter das Kartellrecht selbst ökonomisch Sinnvolles von Schädlichem unterscheiden kann, desto mehr verlieren pauschale Vorbehalte ihre Berechtigung.<sup>1033</sup> Die Effizienzprüfung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG ist der prädestinierte Ort dazu.<sup>1034</sup>

---

<sup>1029</sup> STIRNIMANN/WEBER, sic! 2007, 87; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 188; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 34; MAMANE, in: FS Thomann, 27; RAUBER, in: Kartellgesetzrevision, 187 f.; HEINEMANN, in: FS Fezer, 664 f.; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 21 ff.; WEBER, Dike KG, Art. 3 KG N 48, ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 4.

<sup>1030</sup> Wettbewerbskommission – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), N 112 ff.; Wettbewerbskommission – Medikamentenpreis Thalidomidid, N 435.

<sup>1031</sup> BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 84 ff., 543 ff.; BVGer B-581/2012 – Nikon, E. 4.4; BGE 143 II 297 – Gaba, E. 6.4.1; BGE 126 III 129 – Kodak, E. 9.

<sup>1032</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 189.

<sup>1033</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 417.

<sup>1034</sup> Vgl. dazu hinten [Teil 3 Kapitel 2 I 4](#).

Art. 3 Abs. 2 KG hat inzwischen keine praktische Tragweite mehr.<sup>1035</sup> Die heutige Rechtsanwendung berücksichtigt die Norm nach der gebotenen teleologischen Reduktion zwar noch<sup>1036</sup> und steht auch nicht zu ihr im Widerspruch – sie benötigt sie aber nicht mehr. Vielmehr sorgt die Norm für Verwirrung, weil sie einen Sonderfall suggeriert, wo es keinen gibt.<sup>1037</sup> Bereits 1989 merkte SCHLUEP an, es sei (der marginal von Art. 3 Abs. 2 KG abweichenden Vorgängerregelung) „nicht gelungen, die dem Verhältnis zwischen gewerblichem Rechtsschutz und Kartell- und Monopolrecht zugrunde liegenden Durchdringungen und Verschlingungen zu entwirren“<sup>1038</sup>. Diese Erkenntnis hat auch heute noch ihre Gültigkeit. Konsequenz wäre es, Art. 3 Abs. 2 KG ersatzlos zu streichen.<sup>1039</sup>

---

<sup>1035</sup> HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 23; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 418, bezeichnet Art. 3 Abs. 2 KG als „Fossil vergangener Kartellrechtsepochen“; nach JOVANOVIĆ, 86, bleibt für die Norm „kein Raum“; für FRÜH, 11, ist Art. 3 Abs. 2 „längst überholt“.

<sup>1036</sup> HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 41; STIRNIMANN, 47 ff.; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 421 f.; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 38 ff.; vgl. BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 77 ff.

<sup>1037</sup> Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 20; von vorbildlicher Klarheit BVGer B-506/2010 – Gaba, E. 3.4: „Die im vorliegenden Fall infrage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich nicht unmittelbar aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus dem Lizenzvertrag [...]“; vgl. dazu auch BVGer B-831/2011 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), E. 84 ff.

<sup>1038</sup> SCHLUEP, in: Kartellrecht auf neuer Grundlage, 240.

<sup>1039</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 79; ebenso HEINEMANN, sic! Sonderheft 2008, 41; STIRNIMANN, 89; SCHRANER, N 151; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 189 ff.; HILTY, BSK KG, Art. 3 Abs. 2 KG N 22; JOVANOVIĆ, 86; ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 111; Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Projektbericht P2, N 44.

# Kapitel 2: Unzulässige Wettbewerbsabreden

## I. Anwendung des Art. 5 KG

Das schweizerische Recht kennt keine spezifisch lizenzkartellrechtliche Prüfung. Lizenzverträge unterliegen der allgemeinen kartellrechtlichen Beurteilung. Im Folgenden wird in der gebotenen Kürze geprüft, ob ein exklusiver Lizenzvertrag in der Schweiz als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert würde.

### 1. Wettbewerbsabrede

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 5 KG ist das Vorliegen einer Abrede i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG. Danach gelten „rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“<sup>1040</sup> als Wettbewerbsabreden. Diese Definition ist bewusst weit gefasst. Aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht ist die rechtliche Grundlage, auf welcher die Wettbewerbsbeschränkung beruht, unerheblich.<sup>1041</sup> Ein subjektiver, auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichteter Wille muss den Abredeparteien nicht nachgewiesen werden.<sup>1042</sup> Ebenso wenig kommt es auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede an. Es reicht die grundsätzliche Eignung, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>1043</sup> Daraus folgt, dass nicht nur der aktuelle, sondern auch der potenzielle Wettbewerb geschützt ist.<sup>1044</sup> Eine Exklusivlizenz in Form eines schriftlichen Lizenzvertrags ist ohne Weiteres von der Definition des Art. 4 Abs. 1 KG erfasst.

---

<sup>1040</sup> Art. 4 Abs. 1 KG.

<sup>1041</sup> NYDEGGER/NADIG, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrency, Art. 4 Abs. 1 LCart N 21 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 20; KÖCHLI/REICH, SHK KG, Art. 4 KG N 4; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1449.

<sup>1042</sup> NYDEGGER/NADIG, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 71 f.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 138; DIEBOLD/SCHÄKE, recht 2018, 229.

<sup>1043</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 4 KG N 4; NYDEGGER/NADIG, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 71; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1447.

<sup>1044</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 8; NYDEGGER/NADIG, BSK KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 49; BALDI, AJP 2018, 75.



## 2. Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

In Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind die schädlichsten Formen horizontaler und vertikaler Wettbewerbsabreden aufgelistet. Es handelt sich dabei um horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen, vertikale Preisbindungen sowie gewisse Marktaufteilungen. Bei diesen Abreden besteht die widerlegbare gesetzliche Vermutung,<sup>1045</sup> dass sie den wirksamen Wettbewerb nicht bloss beeinträchtigen, sondern beseitigen. Vermutungsbasis ist die Annahme, dass solche „harten Kartelle“ volkswirtschaftlich schädlich sind, da sie auf die Durchsetzung höherer Preise zielen.<sup>1046</sup> Vermutungsfolge ist, unabhängig der tatsächlichen Auswirkungen auf dem relevanten Markt, die Annahme der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.<sup>1047</sup> Das Ziel der gesetzlichen Vermutungen besteht gemäss der Gesetzesbotschaft darin, die Arbeit der Wettbewerbsbehörde zu erleichtern. Diese können sich beim Vorliegen „harter Kartelle“, die „in aller Regel (wenn auch nicht immer) eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben“, auf die Frage konzentrieren, ob im konkreten Fall „allenfalls eine Ausnahme von der Schädlichkeitsvermutung“, vorliege.<sup>1048</sup>

Die Vermutung kann umgestossen werden, was in der Praxis oft geschieht.<sup>1049</sup> Einerseits besteht die Möglichkeit, den Beweis gegen die Vermutungsbasis zu erbringen, wenn bewiesen wird, dass keine harte Abrede vorlag.<sup>1050</sup> Andererseits kann gegen die Vermutungsfolge der Gegenbeweis erbracht werden, wenn nachgewiesen wird, dass der wirksame Wettbewerb trotz der harten Abrede nicht beseitigt wird, weil auf dem relevanten Markt noch genügend Restwettbewerb besteht.<sup>1051</sup>

<sup>1045</sup> BGE 126 III 129 – Kodak, E. 8.3.1; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 340 ff.; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 31; grundlegend zur Vermutung im Kartellrecht KOSTKA, N 830 ff.

<sup>1046</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 336; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 364, 477; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 371, 375, 526; KOSTKA, N 1078 ff.

<sup>1047</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 339; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 443, 572; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 28; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1471; KOSTKA, N 1551 ff.

<sup>1048</sup> Bot. Rev. KG 95, 517; vgl. auch ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 333.

<sup>1049</sup> Statt vieler: BGE 143 II 297 – Gaba, E. 4.1.

<sup>1050</sup> KOSTKA, N 1580 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 338.

<sup>1051</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 340 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 445 ff., 582; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 483 ff., 645 ff.; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1517; XOUDIS, 327; KOSTKA, N 1588 ff.

Bezüglich der in Art. 5 Abs. 4 KG geregelten vertikalen Abreden war lange unklar, ob Intra- oder Interbrand-Wettbewerb nachgewiesen werden muss oder ob eines von beidem genügt. ZÄCH sprach sich dafür aus, nur den Intra- oder Interbrand-Wettbewerb zu berücksichtigen, nicht aber den Interbrand-Wettbewerb, da sonst die Vermutung immer umgestossen werden könne.<sup>1052</sup> AMSTUTZ/REINERT plädierten für das Gegenteil, nämlich eine Beurteilung nur gestützt auf den Interbrand-Wettbewerb.<sup>1053</sup> Nach ZIRLICK/BANGERTER ist die Frage, ob der Intra- oder Interbrand-Wettbewerb zu berücksichtigen sei, falsch gestellt, vielmehr sei die Marktabgrenzung entscheidend. Die Befürworter des Interbrand-Wettbewerbs gingen davon aus, dass ein solcher besteht. Voraussetzung dafür wäre, dass es auf dem relevanten Markt Substitute gibt, auf welche die betroffenen Abnehmer der Abrede ausweichen. Ob es solche gibt, ist aber eine Frage der Marktabgrenzung.<sup>1054</sup> Falls es Substitute gibt und die Abnehmer auf diese ausweichen, „lohnt“ sich die Absprache nicht, weil die Nachfrage zu nicht an der Abrede beteiligten Konkurrenten abwandert. Von solchen untauglichen Versuchen würden die Parteien in der Praxis wohl bald wieder Abstand nehmen.<sup>1055</sup> Im Fokus der Wettbewerbsbehörde stehen allerdings Abreden, die eine Kartellrente abwerfen, also „funktionieren“. Dass die Abnehmer trotz höherer Preise nicht auf andere Anbieter ausweichen, sondern weiterhin bei den Kartellanten beziehen, sei ein starkes Indiz dafür, dass die anderen Produkte bloss theoretisch austauschbar, nicht aber Substitute im Sinne des Kartellrechts sind.<sup>1056</sup>

In Ziff. 11 VertBek legte die Wettbewerbskommission fest, dass ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder eine Kombination der beiden zu genügend wirksamen Wettbewerb führt. Das Bundesgericht hat diese Frage bisher offengelassen, aber festgestellt, dass der Gesetzgeber „den Intra- oder Interbrand-Wettbewerb grundsätzlich als schützenswert erklärt“<sup>1057</sup> habe. Dem ist zuzustimmen. Im Rahmen der Gesamtbetrachtung und nach der Abgrenzung des relevanten Marktes kann sowohl der Intra-, als auch, wenn es auf dem relevanten Markt tatsächlich Substitute gibt, der Interbrand-Wettbewerb berücksichtigt werden.

---

<sup>1052</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 491 ff.

<sup>1053</sup> AMSTUTZ/REINERT, in: Kartellgesetzrevision, 111 ff.

<sup>1054</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 349 f.

<sup>1055</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 350.

<sup>1056</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 351.

<sup>1057</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.2.

Konnte die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden, ist zu untersuchen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG besteht. Konnte die Vermutung nicht umgestossen werden, ist die Abrede ohne weitere Prüfung unzulässig; eine Möglichkeit zur Effizienzrechtfertigung besteht nicht.<sup>1058</sup>

### 3. Erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

Die Wettbewerbsabrede ist nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt oder beschränkt. Dies ist der Fall, wenn sie die marktbezogene Handlungsfreiheit bezüglich mindestens eines Wettbewerbsparameters einschränkt.<sup>1059</sup> Im Umkehrschluss sind unerhebliche Wettbewerbsabreden zulässig; die Wettbewerbskommission soll sich nicht mit Bagatellfällen befassen müssen,<sup>1060</sup> sondern sich auf die Sachverhalte konzentrieren können, die sie als wichtig einstuft.<sup>1061</sup> Die erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bildet also die unterste Schwelle, welche überschritten werden muss, damit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.<sup>1062</sup> Dies entspricht dem gesetzgeberischen Willen, mit der Erheblichkeitsschwelle ein Äquivalent zum Spürbarkeitskriterium des europäischen Kartellrechts zu schaffen.<sup>1063</sup>

Die Erheblichkeit bemisst sich nach quantitativen und qualitativen Kriterien. Quantitative nehmen auf die Marktdeckung und die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede Bezug, während sich qualitative mit dem Inhalt der Abrede auseinandersetzen.<sup>1064</sup> Freilich müssen nicht zwingend beide in vollem Umfang erfüllt sein. Es müssen, mit anderen Worten, nicht zwei Erheblichkeiten vorliegen.<sup>1065</sup> Ist das quantitative Element sehr gewichtig, sind niedrigere

<sup>1058</sup> Bot. Rev. KG 95, 555 ff.; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 95; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 248; ZÄCH, SJZ 2009, 310.

<sup>1059</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 379; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 6.

<sup>1060</sup> Vgl. bereits Bot. Rev. KG 95, 554; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.1.2, 5.1.6.

<sup>1061</sup> BALDI, AJP 2016, 319; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 163.

<sup>1062</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 113; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 162; HEINEMANN, zsr 2018, 110 f.; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1528.

<sup>1063</sup> Bot. Rev. KG 95, 554; zustimmend HEINEMANN, zsr 2018, 109; BALDI, AJP 2018, 74; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 163 f.

<sup>1064</sup> KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 186 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 204 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 135 ff.

<sup>1065</sup> BALDI, AJP 2016, 319.

Anforderungen an das qualitative zu stellen und vice versa.<sup>1066</sup> Das Bundesgericht verglich diese Anforderungen mit dem physikalischen System der „kommunizierenden Röhren“<sup>1067</sup>. Damit sind gegen oben offene, aber unten verbundene Gefässe unterschiedlicher Grösse beschrieben, die mit einer homogenen Flüssigkeit befüllt werden. Aufgrund der Schwerkraft und des Luftdrucks steht die Flüssigkeit, trotz verschiedenartiger Volumen, stets gleich hoch.

Dieser Vergleich mag anschaulich sein, ist aber nicht korrekt, denn die beiden Röhren sind gerade jederzeit gleich hoch. Das Gericht wollte ausdrücken, dass die Anforderungen an die qualitativen und quantitativen Kriterien eben nicht immer gleich hoch sind. Sinnvoller wäre daher ein Rückgriff auf das „bewegliche System“ nach WILBURG, welches die Aussage in genanntem Urteil sinngemäss ausdrückt: Je mehr Kriterium eins erfüllt ist, desto weniger braucht es Kriterium zwei zu sein.<sup>1068</sup>

Im *Gaba*-Urteil hat das Bundesgericht entschieden, dass Abreden i.S.d. Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich als qualitativ erheblich anzusehen sind. Auf die quantitativen Auswirkungen der Abrede kann es bei einer solchen nicht mehr ankommen; sie müssen daher nicht nachgewiesen werden.<sup>1069</sup> *In casu*, so das Bundesgericht, liege eine Wettbewerbsabrede vor, die bereits aufgrund ihres Typus, d.h. der qualitativen Schwere der Abrede, eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung darstellt.<sup>1070</sup> Diese Erkenntnis hat Eingang in die Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission gefunden und ist in Ziff. 12 Abs. 1 lit. a VertBek festgehalten.

#### 4. Effizienzrechtfertigung

Liegt eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vor, ist diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG einer Effizienzrechtfertigung zugänglich. Diese soll die Einzelfallgerechtigkeit sicherstellen und ergibt sich aus dem dynamischen Verständnis, welches dem Kartellgesetz zugrunde liegt.<sup>1071</sup> In die Beurteilung der Rechtfertigung können nur ökonomische Aspekte fliessen, nicht

---

<sup>1066</sup> Statt vieler: BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.2.

<sup>1067</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.2.

<sup>1068</sup> WILBURG, 1 ff.; vgl. auch KOZIOL, ALJ 2017, 165 ff.; HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, N 16.

<sup>1069</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.

<sup>1070</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.5.

<sup>1071</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 244 ff.; HEINEMANN, zsr 2018, 118; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 426.

aber andere Gründe, selbst wenn diese im öffentlichen Interesse liegen.<sup>1072</sup> Es ist wichtig zu betonen, dass eine erhebliche Wettbewerbsabrede erst dann unzulässig ist, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Bis dahin liegt kein Verstoß gegen das Kartellgesetz vor.<sup>1073</sup>

Damit die Effizienzrechtfertigung gelingt, muss eines der in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG aufgeführten Effizienzziele vorliegen. Zudem muss die Abrede notwendig sein, um die effizienzsteigernde Wirkung erreichen zu können und darf den betroffenen Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit zur Wettbewerbsbeseitigung eröffnen.<sup>1074</sup> Es darf kein gleich geeignetes, aber milderer Mittel zur Verfügung stehen, um das Effizienzziel zu erreichen.<sup>1075</sup> Grundsätzlich ist eine Wettbewerbsabrede immer dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird.<sup>1076</sup> Ob mit der in Art. 5 Abs. 2 KG erwähnten Effizienz die allokativen, produktiven oder dynamischen Effizienz<sup>1077</sup> gemeint ist, ist den Materialien nicht zu entnehmen.<sup>1078</sup> Die Effizienzprüfung dient dazu, Abreden, die im Dienst eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen von solchen zu unterscheiden, die nur individuelle betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit erzeugen.<sup>1079</sup> Der Effizienzbegriff ist daher gesamtwirtschaft-

---

<sup>1072</sup> Die einzige Möglichkeit zur Berücksichtigung solcher nichtökonomischen öffentlichen Interessen ist die in Art. 8 KG vorgesehene ausnahmsweise Zulassung der Abrede durch den Bundesrat. Zum Ganzen KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 270 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 261; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 255, 271; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 45; REINERT, SHK KG, Art. 5 KG N 12; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1571.

<sup>1073</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.1; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 245 m.w.H.

<sup>1074</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. b KG.

<sup>1075</sup> Bot. Rev. KG 95, 560; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 342; XOUDIS, 331.

<sup>1076</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 404.

<sup>1077</sup> Für einen Überblick zu den verschiedenen Ausprägungen der Effizienz und deren Bedeutung im Kartellrecht GENONI, 54 ff.

<sup>1078</sup> Bot. Rev. KG 95, 516.

<sup>1079</sup> Bot. Rev. KG 95, 516.

lich zu verstehen.<sup>1080</sup> Damit die Effizienzrechtfertigung gelingt, müssen die Effizienzgewinne auch und ausreichend im Inland anfallen.<sup>1081</sup>

Art. 6 Abs. 1 KG schafft die Möglichkeit, in Bekanntmachungen oder Verordnungen die Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz<sup>1082</sup> in der Regel als gerechtfertigt anzusehen sind. Im Unterschied zu Art. 101 Abs. 3 AEUV, dem generell-abstrakte Voraussetzungen der Freistellung zu entnehmen sind, handelt es sich bei Art. 6 Abs. 1 KG um eine Delegationsnorm.<sup>1083</sup> Ein weiterer Unterschied zur europäischen Freistellung ist, dass im schweizerischen Recht nur Zulässigkeitsvermutungen geschaffen werden können.<sup>1084</sup> Dies ist der Einschränkung geschuldet, dass die in Art. 6 Abs. 1 KG aufgeführten Abreden nur „in der Regel“ gerechtfertigt sein sollen. Dadurch sinkt der Grad der erst geschaffenen Rechtssicherheit wieder etwas ab.

Für den hier interessierenden Kontext ist vor allem Art. 6 Abs. 1 lit. d KG relevant, welcher sich auf den Rechtfertigungsgrund der Förderung und Verbreitung technischen oder beruflichen Wissens i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG stützt.<sup>1085</sup> Danach sind insbesondere „Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums“ in Betracht zu ziehen, falls eine Bekanntmachung oder Verordnung erlassen werden sollte. Da zurzeit weder eine

---

<sup>1080</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 7.1; in diesem Sinne bereits Bot. Rev. KG 95, 516; ebenso ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 257 m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK KG*, Art. 5 KG N 273; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, *CR Concurrence*, Art. 5 LCart N 256.

<sup>1081</sup> Ansonsten würden die Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung im Inland durch Effizienzgewinne gerechtfertigt, die nur oder überwiegend Akteuren im Ausland zugutekommen. Dies wäre unvereinbar mit dem Ziel des Art. 2 Abs. 2 BV, die gemeinsame Wohlfahrt des Landes zu fördern, so HEINEMANN, *ZSR* 2018, 108; zustimmend GRABER CARDINAUX, *Jusletter* vom 18. Oktober 2018, N 23; ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 260 m.w.H.

<sup>1082</sup> Vgl. HILTY/FRÜH, *Lizenzkartellrecht*, 202 f.; BORER, *AJP* 1996, 880; GRABER CARDINAUX/MASCHERER, *Dike KG*, Art. 6 KG N 2 f.; VON BÜREN, in: *SIWR* I/1, 414; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.1.4.

<sup>1083</sup> GRABER CARDINAUX/MASCHERER, *Dike KG*, Art. 6 KG N 2 f.; STOFFEL, in: *SIWR* V/2, 125.

<sup>1084</sup> HILTY/FRÜH, *Lizenzkartellrecht*, 203; HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, 427; SCHWAAB, 287; REYMOND, *CR Concurrence*, Art. 6 LCart N 22.

<sup>1085</sup> GRABER CARDINAUX/MASCHERER, *Dike KG*, Art. 6 KG N 239; GRABER CARDINAUX, *Jusletter* vom 18. Oktober 2018, N 19; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK KG*, Art. 5 KG N 325; ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 301 ff.; REINERT, *SHK KG*, Art. 6 KG N 21; REYMOND, *CR Concurrence*, Art. 6 LCart N 194; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 414.

Verordnung noch eine Bekanntmachung zur Effizienzprüfung ausschliesslicher Lizenzen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG vorliegt, kann jedoch keine solche herangezogen werden.

## 5. Rechtsfolgen

Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen, nicht unerheblich sind und die Effizienzprüfung nicht bestehen, sind nach Art. 5 KG unzulässig und nach Art. 20 OR nichtig. Aufgrund der Vereinheitlichung des materiellen Kartellrechts gilt die Nichtigkeitsfolge für das Verwaltungs- und das Zivilrecht gleichermaßen.<sup>1086</sup> Unzulässige „harte Abreden“ i.S.d. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unterliegen der direkten Sanktionen i.S.d. Art. 49a KG. Es ist unerheblich, ob die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden konnte oder nicht. Auch eine Abrede i.S.d. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, unterliegt der direkten Sanktionierbarkeit.<sup>1087</sup>

## II. Exklusivlizenzen im schweizerischen Recht: Versuch einer Zuordnung

Entscheide im Lizenzkartellrecht sind in der Schweiz rar. Eine Ausnahme bildet der *Gaba*-Fall, den das Bundesgericht 2016 zu beurteilen hatte und dem ein Lizenzvertrag mit stark vertriebsrechtlichen Elementen zugrunde lag.<sup>1088</sup> Im Folgenden werden verschiedene Arten von Lizenzverträgen anhand der bestehenden schweizerischen Kartellrechtsregeln geprüft.

Lizenzverträge über Technologierechte entziehen sich einer trennscharfen Einteilung in horizontale und vertikale Abreden.<sup>1089</sup> Für das schweizerische Li-

---

<sup>1086</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 543; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 51; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 649 ff.

<sup>1087</sup> Grundlegend BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 9; vgl. dazu auch ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 544; ZÄCH, Kartellrecht, 119 ff.; REINERT, SHK KG, Art. 49a KG N 8; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 650.

<sup>1088</sup> Einzig in der Entscheidung Wettbewerbskommission – *Medikamentenpreis Thalidomid*, N 30, wurde die Exklusivlizenz ebenfalls thematisiert, allerdings nur im Rahmen der Beurteilung des Art. 3 Abs. 2 KG.

<sup>1089</sup> SCHLUEP, sic! 1997, 23 m.w.H.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 124 ff., 209. Die Einteilung in horizontale und vertikale Vereinbarungen schwimmt zum Beispiel, wenn vertikal integrierte Unternehmen beteiligt sind, die selbst in der Herstellung und im Vertrieb tätig sind oder ihren Vertragspartnern Lizenzen dazu vergeben.

zenzkartellrecht bietet sich die gleiche Vorgehensweise an, die sich im US- und EU-Kartellrecht bereits etablieren konnte. Danach ist für die Zuordnung im Einzelfall zu bestimmen, ob die Wirkung der betreffenden Lizenzklausel vertikale oder horizontale Auswirkungen hat.<sup>1090</sup>

## 1. Horizontale Gebiets- oder Kundenbeschränkungen

In einer horizontalen Gebiets- oder Kundenbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 3 lit. c KG verpflichtet sich eine Abredepartei gegenüber der anderen, die auf der gleichen Marktstufe tätig ist, ausschliesslich ein bestimmtes Gebiet oder eine bestimmte Kundengruppe zu beliefern. Eine horizontale Wettbewerbsabrede liegt auch dann vor, wenn die Vertragsparteien zwar nicht tatsächliche, aber potenzielle Konkurrenten sind.<sup>1091</sup> Art. 5 Abs. 3 lit. c KG wird erfüllt, wenn sich die Produzenten eines Gutes gegenseitig zusichern, auf die Belieferung eines Gebiets oder einer Kundengruppe zu verzichten oder nur an den Abredepartner selbst zu liefern.<sup>1092</sup> Weitere typische Beispiele für horizontale Lizenzverträge sind Kreuzlizenzen oder Patentpools.<sup>1093</sup>

Art. 5 Abs. 3 lit. c KG erwähnt Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Beide Abredetypen haben eine Marktaufteilung zur Folge, wobei diese entweder anhand geografischer Merkmale oder bestimmter Eigenschaften der Marktgegenseite erfolgt.<sup>1094</sup> Welches Mittel die Parteien zur Marktaufteilung einsetzen, spielt keine Rolle.<sup>1095</sup> Bei Gebietsabreden erfolgt die Aufteilung beispielsweise anhand politischer, raumplanerischer, sprachlicher, religiöser oder technischer Grenzen. Häufig sind die Standorte der Abredeparteien ausschlaggebend, weil jeder das Bedürfnis hat, sich in seinem „Stammland“ zu schützen.<sup>1096</sup> Die Marktaufteilung durch Geschäftspartner hat die gleiche Wirkung. Auch in diesem Fall kommt es zu einer

---

<sup>1090</sup> Wettbewerbskommission – Vertrieb von Musik (IFPI), N 71, 78; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 KG N 30; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 209 f.

<sup>1091</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 374; ZÄCH, Kartellrecht, N 453; AMSTUTZ/CARON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 380 ff.

<sup>1092</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 447; Wettbewerbskommission – Markt für Strassenbeläge; FISCHER/DORIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 2.5; VULLIÉTY, SJ 2000, 560 f.

<sup>1093</sup> Vgl. HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 44; FISCHER/DORIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 0.11 m.w.H.

<sup>1094</sup> Bot. Rev. KG 95, 568; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 448 f. m.w.H.

<sup>1095</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 450; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 434.

<sup>1096</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 448.



Segmentierung der Kundschaft oder der Lieferanten.<sup>1097</sup> Im Ergebnis schränkt die Aufteilung von Märkten oder Kunden die Angebotsbreite ein, führt zu einer geringeren Produktion und letztlich zu höheren Preisen.<sup>1098</sup>

Präzisierende Kriterien für die Bewertung horizontaler Gebiets- oder Kundenabreden, etwa durch ein Äquivalent zur Vertikalbekanntmachung, kennt das schweizerische Recht nicht. Dies steht im Gegensatz zur EU, die in den Ausnahmebestimmungen zu Art. 4 Abs. 1 lit. c TT-GVO detailliert regelt, unter welchen Umständen Gebiets- oder Kundenabreden zwischen konkurrierenden Unternehmen freigestellt werden können. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 KG hingegen indiziert keine differenzierte Bewertung solcher Abreden.

Die bisherige Kasuistik zu Art. 5 Abs. 3 lit. c KG<sup>1099</sup> weist keine Bezüge zum Immaterialgüterrecht auf. Einzig im Entscheid *Vertrieb von Musik* ging es entfernt um Immaterialgüterrechte. Gegenstand der Untersuchung bildete die horizontale Abrede zwischen den Verbandsmitgliedern der IFPI<sup>1100</sup>, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern vorzunehmen, die zum Repertoire eines anderen Mitglieds zählen.<sup>1101</sup> Nach Auffassung der Wettbewerbskommission hat diese „Parallelimportverzichtserklärung“ darauf abgezielt, den schweizerischen Markt abzuschotten und erfüllt daher Art. 5 Abs. 3 lit. c KG.<sup>1102</sup>

Diesem Entscheid ist die wichtige Erkenntnis zu entnehmen, dass für die Beurteilung, ob eine horizontale oder eine vertikale Wettbewerbsabrede vorliegt, die tatsächlichen Auswirkungen massgebend sind. So sind die Verträge im vorliegenden Fall zwar zwischen dem Dachverband und seinen Mitgliedern geschlossen worden. Dessen ungeachtet liege aber eine horizontale Abrede zwischen den verschiedenen Mitgliedern vor, weil sich die Tonträgerhersteller letztlich untereinander verpflichteten, Parallelimporte zu unterlassen, so die Wettbewerbskommission.<sup>1103</sup> Bezüglich der Frage, ob bzw. wie in einem lizenzkartellrechtlichen Kontext immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist, bringt der Entscheid hingegen keine neuen Erkenntnisse.

<sup>1097</sup> Bot. Rev. KG 95, 568.

<sup>1098</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 376; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK KG*, Art. 5 KG N 371 ff.

<sup>1099</sup> Vgl. ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 454 ff. für eine Übersicht der aktuellen Entscheide.

<sup>1100</sup> *International Federation of the Phonographic Industry Schweiz*.

<sup>1101</sup> Wettbewerbskommission – *Vertrieb von Musik (IFPI)*, N 1 ff.

<sup>1102</sup> Wettbewerbskommission – *Vertrieb von Musik (IFPI)*, N 80.

<sup>1103</sup> Wettbewerbskommission – *Vertrieb von Musik (IFPI)*, N 71, 78.

Es ist unklar, ob die Schweiz der europäischen Herangehensweise folgen würde, die stark zwischen den einzelnen horizontalen Abredearten differenziert und etwa einseitige Produktions- oder Verkaufsbeschränkungen milder beurteilt als wechselseitige<sup>1104</sup>.

## 2. Vertikale Gebietsbeschränkungen

Eine vertikale Gebietsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 4 KG liegt vor, wenn sich der Lizenznehmer verpflichtet, ausschliesslich ein bestimmtes Gebiet zu beliefern. Voraussetzung einer vertikalen Gebietsabrede ist, dass die Vertragsparteien auf unterschiedlichen Marktstufen agieren, das heisst, nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen. Typische Beispiele für vertikale Lizenzverträge sind Herstellungs-, Vertriebs- und Gebrauchslizenzen.<sup>1105</sup>

Für das schweizerische Kartellrecht ist zu beachten, dass Art. 5 Abs. 4 KG nur Gebiets-, nicht aber Kundenbeschränkungen aufzählt. Eine Zuweisung von Kunden ist nur erfasst, wenn die Kunden in der Funktion der Gebiete, in denen sie sich befinden, zugewiesen werden.<sup>1106</sup> Dies ist erstaunlich, weil das europäische Recht zwischen diesen Arten der Marktaufteilung nicht weiter differenziert. Es ist kein Grund ersichtlich, warum Art. 5 Abs. 4 KG ausschliesslich Gebiets-, nicht aber Kundenbeschränkungen erfassen sollte, gerade vor dem Hintergrund, dass Art. 5 Abs. 4 KG europakompatibel auszulegen ist<sup>1107</sup> und „der Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht praktisch deckungsgleich ist“<sup>1108</sup>. Auch Art. 5 Abs. 3 KG unterscheidet nicht zwischen Gebiets- und Kundenkreisbeschränkungen, sondern erfasst beide.

---

<sup>1104</sup> Vgl. dazu etwa Art. 4 Abs. 1 lit. c i) und ii) TT-GVO.

<sup>1105</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 44; vgl. auch ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 496; 500; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 537 f.; VON BÜREN, in: SIWR I/1, 412; HOCH CLASSEN, 41. Eine andere Auffassung vertreten AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 588 ff., nach denen Lizenzverträge nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein sollen, wenn eine Technologietransfer-Vereinbarung im Sinne des europäischen Rechts vorliegt; vgl. zu dieser Problematik die Ausführungen hinten in [Teil 3 Kapitel 2 II 2.2 a f.](#)

<sup>1106</sup> AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 594; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 505; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 529; REINERT, SHK KG, Art. 5 KG N 36; WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 186.

<sup>1107</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 468 m.w.H.; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 32.

<sup>1108</sup> BGE 143 II 297 – Gaba, E. 5.3.4.

Die Formulierung des Art. 5 Abs. 4 KG ist auf die Entstehungsgeschichte der Norm zurückzuführen. Befürchtet wurde, dass mit einem Verbot von Kundenkreisbeschränkungen der selektive Vertrieb geschwächt würde.<sup>1109</sup> Auch wenn dazu nicht auf die Erfassung von Kundengruppen hätte verzichtet werden müssen, ist der Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 KG klar. Dementsprechend bleibt auch die Vertikalbekanntmachung im gesetzlich abgesteckten Rahmen des Vermutungstatbestands und erwähnt ausschliesslich Gebietszuweisungen<sup>1110</sup>. Ausserhalb des Vermutungstatbestands, bei der Erheblichkeitsprüfung, werden beide Kategorien aufgezählt.<sup>1111</sup>

## 2.1 Ausgangslage des Gaba-Entscheid

Im *Gaba*-Entscheid<sup>1112</sup> hatte das Bundesgericht Gelegenheit, sich zum Umfang und der Auslegung des Art. 5 Abs. 4 KG für vertikale Gebietsschutzklauseln in Lizenzverträgen zu äussern. Zu beurteilen war folgender Sachverhalt: Die *Gaba International AG* mit Sitz in der Schweiz vertrieb Zahnpflegeprodukte, unter anderem der Marke *Elmex*. Mit ihrem österreichischen Lizenznehmer *Gebro* schloss sie 1982 einen Vertrag ab, in welchem *Gebro* sich verpflichtete, die Vertragsprodukte ausschliesslich in dem ihm vertraglich zustehenden Gebiet (Österreich) herzustellen, zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen.<sup>1113</sup>

Aus einer lizenzvertraglichen Perspektive betrachtet, präsentierte sich die Ausgangslage wie folgt: In einem exklusiven Lizenzvertrag hatte der Lizenzgeber dem Lizenznehmer unter anderem zugesichert, aktive und passive Verkäufe in dessen Exklusivgebiet zu unterlassen und auch andere Lizenznehmer davon abzuhalten. Der Lizenznehmer verpflichtete sich gegenüber dem Lizenzgeber, weder aktive noch passive Verkäufe in andere Gebieten als dem ihm zugewiesenen zu tätigen. Die Wettbewerbskommission sah diesen Vertrag

---

<sup>1109</sup> Votum BÜTTIKER, AB 2003 S. 330 f.; WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 186; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 269 f. m.w.H. Dass eine differenzierte Lösung möglich gewesen wäre, zeigt ein Vergleich zur EU, die sich dieser Problematik in der damals geltenden Vertikal-GVO angenommen hat.

<sup>1110</sup> Ziff. 10 VertBek; NEFF, BSK KG, Ziff. 10 VertBM N 9.

<sup>1111</sup> Ziff. 12 Abs. 2 lit. b VertBek.

<sup>1112</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*.

<sup>1113</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 10.

als unzulässige Gebietsabrede nach Massgabe des Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG an<sup>1114</sup> und wurde in ihrer Beurteilung von den Rechtsmittelinstanzen bestätigt.<sup>1115</sup>

## 2.2 Sonderbeurteilung von Lizenzverträgen?

Gaba vertrat mit Bezug auf die hier interessierende Thematik der kartellrechtlichen Beurteilung von Lizenzverträgen zwei Argumentationslinien. Erstens verbiete das Gesetz in Art. 5 Abs. 4 KG Gebietsabschottung in Vertriebsverträgen, vorliegend jedoch sei ein Lizenzvertrag zu beurteilen, der vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst sei.<sup>1116</sup> Zweitens sei der vorliegende Lizenzvertrag eine nach der TT-GVO zulässige Technologietransfer-Vereinbarung.<sup>1117</sup> Auch wenn europäisches Recht in der Schweiz nicht gelte, sollten doch möglichst die gleichen Regeln angewendet werden. Diese Argumente werden im Folgenden analysiert.

### a. Vertriebsvertrag und Lizenzvertrag

Das Bundes-<sup>1118</sup> und das Bundesverwaltungsgericht<sup>1119</sup> kamen wie die Wettbewerbskommission<sup>1120</sup> zum Schluss, dass das Tatbestandsmerkmal „Vertriebsvertrag“ in Art. 5 Abs. 4 KG umfassend zu verstehen und dementsprechend weit auszulegen sei. Lizenzsysteme, so die Wettbewerbskommission, sehen ein spezifische vertriebliche Zusammenarbeit vor, welche weit über eine rein warenbezogene Transaktion hinausgeht.<sup>1121</sup> Der Lizenzvertrag könne als eine spezielle Vertriebsform angesehen werden und sei von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.<sup>1122</sup> Das Bundesgericht kam zum gleichen Schluss. Vertriebsrechtliche Klauseln in Franchise- oder Lizenzverträgen seien ohne Weiteres von Art. 5

---

<sup>1114</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 168.

<sup>1115</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.6; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.5.

<sup>1116</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.3.1.

<sup>1117</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.1.

<sup>1118</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.

<sup>1119</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.3.2 ff.

<sup>1120</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 102 ff.

<sup>1121</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 102; WILDHABER, in: Schweizer Vertriebsrecht, N 53.

<sup>1122</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 102.

Abs. 4 KG erfasst.<sup>1123</sup> Die weite Auslegung entspricht der überzeugenden Auffassung der herrschenden Lehre, nach welcher ein Lizenzvertrag nach Art. 5 Abs. 4 KG zu prüfen ist.<sup>1124</sup>

Die Bezeichnung als Lizenzvertrag, so die Gerichte, ändere nichts daran, dass *in casu* zu einem Grossteil Vertriebsrechtliches geregelt werde; die Anwendung des Art. 5 Abs. 4 KG werde von vornherein nicht ausgeschlossen.<sup>1125</sup> Zudem sei in der parlamentarischen Debatte klargestellt worden, dass Technologie- und Lizenzverträge, die absoluten Gebietsschutz vorsehen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sind.<sup>1126</sup> Im Übrigen, so das Bundesgericht unter Verweis auf das Urteil *Maissaatgut* des Gerichtshofs, sei auch in der EU die wettbewerbsrechtliche Notwendigkeit der Überprüfung von Lizenzverträgen anerkannt.<sup>1127</sup>

---

<sup>1123</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.1. Das Gericht verzichtete an dieser Stelle auf eine differenzierte Betrachtung der beiden Vertragsarten. Aufgrund der unterschiedlichen Gemeinwohlförderlichkeit wäre dies angezeigt gewesen: Von Technologietransfer profitiert die (Wissens-)Gesellschaft in erheblichem Masse, während es kein öffentliches Interesse an einer regen Franchisetätigkeit gibt.

<sup>1124</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 44; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 496; 500; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 537 f.; DUCREY, in: Schweizer Vertriebsrecht, N 948; GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 18. Oktober 2018, N 51; HOCH CLASSEN, 41. Eine andere Auffassung vertreten AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 588 ff., nach denen Lizenzverträge nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein sollen, wenn eine Technologietransfer-Vereinbarung im Sinne des europäischen Rechts vorliegt. Im Nachgang der *Gaba*-Entscheidung des Bundesgerichts hat die Wettbewerbskommission die Vertikalbekanntmachung und die Erläuterungen dazu aktualisiert. In N 6 der VertBek-Erläuterungen findet sich seither die Klarstellung, dass der Begriff des Vertriebsvertrags umfassend zu verstehen ist und auch einzelne Vertragsklauseln über den Bezug, Verkauf und Weiterverkauf von Vertragsprodukten in anderen Verträgen wie Franchise-, Lizenz- oder Technologietransferverträgen umfasst, die absoluten Gebietsschutz vorsehen.

<sup>1125</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.1; BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.3.2.

<sup>1126</sup> Votum BÜTTIKER, AB 2003 S, 330 f.; nicht überzeugend daher BAUDENBACHER, Die Volkswirtschaft 2003, 17, der die Ansicht vertritt, die Vermutungstatbestände des KG würden Lizenzverträgen nicht gerecht, weil sie die Amortisation von Investitionskosten nicht berücksichtigen; ebenso AMSTUTZ/CARRON/REINERT, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 588 ff. Eine Würdigung dieser Umstände erfolgt in der Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 KG.

<sup>1127</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.1.

b. *Technologietransfer-Vereinbarungen und Art. 5 Abs. 4 KG*

Für die hier interessierende Thematik ist das Urteil von besonderem Interesse, weil eines der Parteivorbringen die analoge Anwendung der TT-GVO für Art. 5 Abs. 4 KG forderte. Sowohl die Wettbewerbskommission als auch das Bundesverwaltungsgericht gingen in ihren Ausführungen auf die Anwendung des Art. 5 Abs. 4 KG auf Technologietransfer-Vereinbarungen und den Rechtsvergleich mit den europäischen Regeln ein. Das Bundesgericht hat auf eine tiefgehende Auseinandersetzung mit der TT-GVO verzichtet. Es schloss eine Orientierung an den europäischen Regeln zwar nicht grundsätzlich aus,<sup>1128</sup> hielt aber fest, die TT-GVO sei europäisches Recht und daher nicht direkt auf den fraglichen Sachverhalt anwendbar.<sup>1129</sup>

Teilweise wurde kritisiert, das Bundesgericht schenke den immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten und der prokompetitiven Wirkung der Lizenzierung im Unterschied zu den europäischen Gerichten zu wenig Beachtung.<sup>1130</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die immaterialgüterrechtlichen Besonderheiten im Rahmen der Effizienzrechtfertigung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG gewürdigt werden. Auch im europäischen Recht erfolgt dieser Schritt auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen einer Gruppen- oder Einzelfreistellung. Dass der Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG Technologietransfer-Vereinbarungen erfasst, bedeutet mitnichten, dass die prokompetitiven Wirkungen dieser Vereinbarung nicht gewürdigt werden.

Zudem wird kritisiert, dass das Bundesgericht die TT-GVO nicht parallel anwendet. Dies sei bemerkenswert, weil das Gericht im selben Urteil an anderer Stelle<sup>1131</sup> davon ausgehe, dass der Gesetzgeber auf die im Jahre 2003 gültigen Grundsätze des europäischen Rechts für Vertikalbekanntmachungen verweise.<sup>1132</sup> So sei es für die Rechtsunterworfenen schwierig zu erkennen, wo die Grundsätze des EU-Kartellrechts und die einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen analog für das schweizerische Recht gelten und wo nicht. Das höchstrichterliche Urteil bringe hier keine Klarheit. Einerseits wolle man sich

---

<sup>1128</sup> GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 581.

<sup>1129</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4.

<sup>1130</sup> ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, 20; JUNG, in: *Grundlegende Fragen*, 40; vgl. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter vom 11. September 2017, N 24, 27.

<sup>1131</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.4; 6.2.3.

<sup>1132</sup> JUNG, in: *Grundlegende Fragen*, 40; ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, 20; KUBLI, AJP 2018, 203.

aufgrund der Parallelität der Rechtsordnungen am EU-Recht orientieren<sup>1133</sup>, andererseits begnüge man sich mit der lapidaren Feststellung, dass EU-Recht in der Schweiz nicht gelte – genau an der Stelle, wo es dank der TT-GVO hilfreich wäre.<sup>1134</sup>

### c. Effizienzrechtfertigung

Eine Abrede, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, aber nicht beseitigt, ist erst dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Die Effizienzprüfung ermöglicht eine Unterscheidung zwischen Abreden, die im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, und solchen, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen.<sup>1135</sup>

Damit eine erhebliche Wettbewerbsabrede gerechtfertigt ist, muss mindestens ein in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG aufgezählter Grund vorliegen.<sup>1136</sup> Die Abrede muss notwendig sein, um dieses Effizienzziel zu erreichen und darf den betroffenen Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Aufzählung der Effizienzgründe in Art. 5 Abs. 2 lit. a KG ist abschliessend.<sup>1137</sup> Im hier interessierenden Kontext ist insbesondere die Förderung der Forschung und die Verbreitung technischen oder beruflichen Wissens bedeutend, können Lizenzverträge doch durchaus dieser Zielsetzung dienen.<sup>1138</sup> Dieser Umstand führt indes nicht automatisch zu einer Rechtfertigung. Eine Konkretisierung der Kriterien findet sich in Ziff. 16 Abs. 4 VertBek. Bereits aufgrund des Wortlauts der Ziff. 8 Abs. 4 Vert-

<sup>1133</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.4; 6.2.3.

<sup>1134</sup> ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, 20.

<sup>1135</sup> Bot. Rev. KG 95, 516.

<sup>1136</sup> BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*, E. 10.3; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 7.1; ZÄCH, Kartellrecht, N 404; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 45.

<sup>1137</sup> BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*, E. 10.3; ZÄCH, Kartellrecht, N 404; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 199.

<sup>1138</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 199; ZÄCH, Kartellrecht, N 414; GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 18. Oktober 2018, N 19; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, *Dike KG*, Art. 6 KG N 239; KRAUSKOPF/SCHALLER, *BSK KG*, Art. 5 KG N 325; ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 301 ff.; REINERT, *SHK KG*, Art. 6 KG N 21; REYMOND, *CR Concurrence*, Art. 6 LCart N 194; ZÄCH, Kartellrecht, N 414; KOSTKA, N 1759.

Bek<sup>1139</sup> ist aber äusserst fraglich, inwiefern die Kriterien auf Lizenzverträge übertragbar sind.<sup>1140</sup> Für die Exklusivlizenz hätte insbesondere der zeitlich befristete Schutz von Investitionen zur Erschliessung neuer räumlicher Märkte<sup>1141</sup>, neuer Produktmärkte oder die Förderung der Übertragung wesentlichen Know-hows<sup>1142</sup> Bedeutung. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit zur Effizienzrechtfertigung gestützt auf Art. 6 KG, eine Verordnung des Bundesrats oder eine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vorausgesetzt.

Im *Gaba*-Entscheid wurde das Argument der Förderung der Verbreitung technischen oder beruflichen Wissens i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG mit Verweis auf die (damalige) Vertikalbekanntmachung geprüft.<sup>1143</sup> *Gaba* berief sich darauf, dass ihr der Lizenzvertrag einen vereinfachten Zugang zum österreichischen Markt verschaffe. Nur so könne sie das spezifische Know-how der Gebro in Österreich nutzen.<sup>1144</sup> Die Wettbewerbskommission räumte ein, dass ein temporärer absoluter Gebietsschutz für die (Anlauf-)Investition in die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder Produktmärkte geeignet sein könne. Doch ersens sei *in casu* kein neues Gebiet zu erschliessen gewesen. Der absolute Gebietsschutz galt der Schweiz. Zweitens habe nicht ein Lizenznehmer, der sich auf einem neuen Markt zu etablieren versucht, vom absoluten Gebietsschutz profitiert, sondern die Lizenzgeberin *Gaba*. Und drittens könne absoluter Ge-

---

<sup>1139</sup> „Diese Bekanntmachung gilt nicht für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigem Eigentum auf den Abnehmer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Abnehmer betreffen, sofern diese Bestimmungen Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sofern sie sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer oder seine Kunden beziehen.“ Dies spricht gegen eine Anwendung auf Lizenzverträge – ist doch „die Nutzung solcher [Immaterialgüter-] Rechte“ gerade Hauptgegenstand der Vereinbarung.

<sup>1140</sup> Gemäss NEFF, BSK KG, Ziff. 8 VertBM N 8, ist die Vertikalbekanntmachung nur auf reine Vertriebslizenzen, nicht hingegen auf reine Herstellungslizenzen oder Lizenzen, die sowohl die Herstellung als auch den Vertrieb umfassen, anwendbar. Dies entspricht der Rechtslage im europäischen Recht, nach welcher reine Vertriebslizenzen gemäss der Vertikal-GVO zu beurteilen sind, dem zustimmend ALBERINI, CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 LCart N 116; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 258. Vgl. dazu auch die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 III 4](#).

<sup>1141</sup> Ziff. 16 Abs. 4 lit. a VertBek.

<sup>1142</sup> Ziff. 16 Abs. 4 lit. f VertBek.

<sup>1143</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 319 ff.

<sup>1144</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 320 m.w.H.



biesschutz Investitionen für die Erschliessung neuer Märkte nur zeitlich begrenzt rechtfertigen. Der vorliegend zu beurteilende Vertrag galt jedoch für 25 Jahre.<sup>1145</sup>

### 2.3 Würdigung

Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts steht für eine neue Qualität der autonomen Übernahme von EU-Recht.<sup>1146</sup> Auch wenn europäisches Recht nicht direkt anwendbar ist, ist dem Urteil zu entnehmen, dass die korrekte Auslegung schweizerischen Kartellrechts nur dann erfolgen kann, wenn das Resultat (nicht der Prozess, d.h. der Regelungsmechanismus oder die verwendeten Begrifflichkeiten) mit dem europäischen Recht abgeglichen wurde.<sup>1147</sup> Die Wettbewerbskommission hat in einem jüngeren Entscheid denn auch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Sachen *Gaba* verwiesen, als sie eine Alleinvertriebsvereinbarung mit einer Alleinbezugsverpflichtung zu beurteilen hatte. In der EU sind solche Vereinbarungen freigestellt, wenn jeder der Abredepartner auf dem relevanten Markt unter 30% Marktanteil hält.<sup>1148</sup> In der Verfügung heisst es dazu „wenn die schweizerische Regelung gleich scharf sein soll wie diejenige der EU, kann eine vom Kartellverbot freigestellte, d.h. zulässige Abrede, nach schweizerischem Kartellrecht nicht als den Wettbewerb beseitigend eingestuft werden. Dementsprechend greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt worden ist, nach Ansicht der WEKO nicht.“<sup>1149</sup>

#### a. Grenzen der Parallelität

Im *Gaba*-Entscheid hat das Bundesgericht die Grenzen dieses Ergebnisgleichlaufs abgesteckt. Es mahnte, bei aller angestrebten Parallelität dürfe nicht ver-

<sup>1145</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 321.

<sup>1146</sup> Siehe HEINEMANN, zsr 2018, 113, der eine dreistufige Kaskade erkennt: Stufe eins ist die Inspiration durch EU-Recht, Stufe zwei die Übernahme europäischen Rechts mit dem Bestreben, zu einer „materiell identischen“ Regelung zu gelangen, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen. Stufe drei ist der statische oder dynamische Verweis auf EU-Recht, welches so zu schweizerischem Recht und direkt anwendbar wird. Im *Gaba*-Urteil bewege sich das Bundesgericht auf der zweiten Stufe.

<sup>1147</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3; vgl. HEINEMANN, zsr 2018, 114; DIEBOLD/SCHÄKE, in: *New Developments*, 120.

<sup>1148</sup> N 152 Vertikal-Leitlinien.

<sup>1149</sup> Wettbewerbskommission – *Gym80*, N 42, GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 15. Oktober 2018, N 16 m.w.H.

gessen werden, dass es sich bei der EU und der Schweiz um zwei unterschiedlich grosse Volkswirtschaften handle.<sup>1150</sup> Absoluter Gebietsschutz wirkt sich auf kleine oder grosse Länder bzw. einen vereinheitlichten Binnenmarktraum unterschiedlich aus.<sup>1151</sup> Das Gericht zeigte sich daher skeptisch gegenüber der in der TT-GVO eingeräumten Möglichkeit, passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des Lizenzgebers auszuschliessen.<sup>1152</sup>

Es lohnt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Feststellung, dass absoluter Gebietsschutz für kleine Länder besonders schädlich sein kann. Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Beurteilung muss stets der volkswirtschaftliche Rahmen sein, in welchem sich der zu schützende Wettbewerb abspielt. Es ist dieser Markt, der die Bedingungen an die kartellrechtlichen Vorgaben stellt.<sup>1153</sup> Selbstredend unterscheiden sich Marktgrösse und -struktur dabei von Fall zu Fall, und so sind auch stets unterschiedliche Anforderungen an das Regelwerk zu stellen, das den wirksamen Wettbewerb garantieren soll. Konkret: In einem grossräumigen und weitgehend homogenen Markt mit geringen Marktzutrittsschranken, wie es etwa die USA sind, garantiert in der Regel Interbrand-Wettbewerb alleine den funktionierenden Wettbewerb.<sup>1154</sup> Diese Erkenntnis mag für grosse Binnenmarkträume ihre Richtigkeit haben. Sie lässt sich jedoch nicht direkt auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen.<sup>1155</sup> In einem kleineren, vergleichsweise heterogenen Markt wie der Schweiz ist die Berücksichtigung des Intrabrand-Wettbewerbs sinnvoll und notwendig, um den wirksamen Wettbewerb zu garantieren. Aufgrund der engen Marktgrenzen und den Marktzutrittsschranken ist auch innerhalb der gleichen Marke eine Wettbewerbsbeschränkung möglich.<sup>1156</sup>

Nebst diesen ökonomischen Argumenten sprechen auch die teilweise unterschiedlichen Ziele<sup>1157</sup> der europäischen und schweizerischen Kartellrechtsord-

---

<sup>1150</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1151</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1152</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4.

<sup>1153</sup> HILTY/FRÜH, sic! 2010, 885.

<sup>1154</sup> BAUDENBACHER, Gutachten Kartellgesetz, 98 f.; vgl. FRITZSCHE, GRUR Int. 2008, 388, zur begrenzten Übertragbarkeit des US-amerikanischen *Leegin*-Entscheid auf die Europäische Union – wobei diese einen wesentlich grösseren Binnenmarkt umfasst als die Schweiz.

<sup>1155</sup> Vgl. KÜNZLER/HEIZMANN, in: Symposium Zäch, 146 ff. zum *Leegin*-Entscheid und Art. 5 Abs. 4 KG.

<sup>1156</sup> HILTY/FRÜH, sic! 2010, 883 f.; IMMENGA, sic! 2002, 376 f.; HILTY, sic! 2000, 234 f.; anderer Ansicht und für einen geringeren Stellenwert des Intrabrand-Wettbewerbs DIETRICH/SAURER, sic! 2001, 597 ff.

<sup>1157</sup> Vgl. STURNY, 189 ff.

nungen gegen eine unreflektierte Übernahme des EU-Kartellrechts. So ist in der EU neben den klassischen Zwecken des Kartellrechts die Schaffung des Binnenmarktes das erklärte Ziel, während in der Schweiz besonderer Wert auf die Abschaffung der „Hochpreisinsel“ gelegt wird.<sup>1158</sup> Der Kampf gegen die Abschottung heimischer Märkte ist ein Gesichtspunkt, dem in der Schweiz besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, und der zu einer im Vergleich zum EU-Recht strengeren Auslegung schweizerischen Kartellrechts führen kann.<sup>1159</sup> In diesem Zusammenhang wird von „inkonsistenten Parallelitäten“<sup>1160</sup> gesprochen.

### b. Bei paralleler Anwendung bestehende Unklarheiten

Im Ausgangspunkt stehen die europäischen und die schweizerischen Regeln, was absoluten Gebietsschutz in exklusiven Lizenzverträgen betrifft, im Einklang: Er ist grundsätzlich unzulässig.<sup>1161</sup> Die TT-GVO kennt zwei Szenarien, in denen passive Verkäufe ausgeschlossen werden dürfen.<sup>1162</sup> Die Beschwerdeführerin berief sich *in casu* auf das zweite. Nach Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO<sup>1163</sup> darf der Lizenzgeber seinem Lizenznehmer aktive und passive Verkäufe in das ihm exklusiv vorbehaltene Gebiet verbieten. Dies ist die einzige in der TT-GVO vorgesehene Konstellation, in der passive Verkäufe zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen vertraglich ausgeschlossen werden dürfen.

Das Bundesgericht versagte der Beschwerdeführerin bekanntlich die parallele Anwendung der TT-GVO. Doch selbst wenn das Gericht diese im vorliegenden Fall vorgenommen hätte, war *in casu* unklar, welche Gebiete sich die Lizenzge-

<sup>1158</sup> HILTY/FRÜH, sic! 2010, 879; ZÄCH, SJZ 2009, 309; HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 63 f.; WEBER/ZEIER, ZWER 2005, 181 f.; STURNY, 145; SCHRANER, N 434; KÜNZLER, 316.

<sup>1159</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sich das EU-Kartellrecht in dieser Hinsicht auf das schweizerische Recht zubewegt. Während sich gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. b ii) der TT-GVO 04 noch die Möglichkeit bot, den passiven Verkauf in das einem anderen Lizenznehmer zugewiesene Exklusivgebiet bzw. an eine diesem zugewiesene Exklusivkundengruppe zu verbieten, findet sich in der Fassung von 2014 keine solche Möglichkeit mehr. Zum Ganzen HEINEMANN, zsr 2018, 114; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 273.

<sup>1160</sup> KOBEL, Jusletter vom 19. Juni 2017, N 31 ff.; KUBLI, AJP 2018, 204.

<sup>1161</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c und Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO bzw. Art. 5 Abs. 3 lit. c und Art. 5 Abs. 4 KG.

<sup>1162</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. c i) und Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO; vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.2](#) und [3.1 f.](#)

<sup>1163</sup> In BGE 143 II 297 – Gaba bezog sich das Argument auf die TT-GVO 04, der Artikel wurde allerdings unverändert in die TT-GVO 2014 übernommen.

berin exklusiv vorbehalten hatte, jedenfalls fehlte für die Schweiz ein expliziter Nachweis.<sup>1164</sup> In Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO ist nicht geregelt, ob der Vorbehalt explizit erfolgen muss oder nicht. Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Gerichtshofs in den Rechtssachen *Consten und Grundig* nahm das Bundesverwaltungsgericht eine enge Auslegung vor.<sup>1165</sup> Die europäische Literatur äusserte sich bisher nicht dazu. Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO nennt sowohl Exklusivgebiete als auch Exklusivkundengruppen, die vorbehalten werden können. Diese können, müssen sich aber nicht überschneiden. Es besteht also ein praktisches Bedürfnis, vorab zu klären, welche Kunden bzw. welches Gebiet vorbehalten sind, sowohl im Interesse des Lizenzgebers als auch des Lizenznehmers.<sup>1166</sup> Weiter entfällt die gruppenweise Freistellung, wenn der Vorbehalt des Lizenzgebers nicht exklusiv vereinbart wurde. Um dieses Risiko auszuschliessen, empfiehlt sich in jedem Fall ein expliziter Vorbehalt.<sup>1167</sup> Es ist somit zu bezweifeln, dass die schweizerischen Gerichte mit der analogen Anwendung der TT-GVO zu einem anderen Ergebnis gekommen wären.<sup>1168</sup>

Selbst wenn die TT-GVO parallel angewendet und vom Erfordernis der expliziten Bezeichnung des Exklusivgebiets abgesehen worden wäre, so die Wettbewerbskommission und das Bundesverwaltungsgericht, hätte die nationale Wettbewerbsbehörde einem Vertrag, der zu Gebietsabschottung führt, den Rechtsvorteil der Freistellung gemäss Art. 6 Abs. 2 TT-GVO mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder entzogen.<sup>1169</sup> Dies ist möglich, wenn die Technologietransfer-Vereinbarungen im Gebiet eines Mitgliedstaates oder einem Teilgebiet desselben, das alle Merkmale eines gesonderten Marktes aufweist, im

---

<sup>1164</sup> Vgl. BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.6.

<sup>1165</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.4.

<sup>1166</sup> Entgegen dieser Feststellung machte die Beschwerdeführerin geltend, dass dies für international tätige Unternehmen nicht praktikabel sei, vgl. BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.6.

<sup>1167</sup> Für einen defensiven Umgang mit den Ausnahmebestimmungen der TT-GVO auch SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 749: „Experimente beim Überschreiten und Ausloten der Freistellungsgrenzen in Bezug auf Gebiets- und Kundenbeschränkungen [sind] mit hohem Risiko behaftet. Da derartige Beschränkungen das eigentliche Ziel der europäischen Kartellrechtsvorschriften, nämlich die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts unterminieren, treffen sie gleichsam ins Mark des Art. 81 Abs. 1 EGV [...]“

<sup>1168</sup> GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 580 f., GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, *Dike KG*, Art. 6 KG N 258.

<sup>1169</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 164; BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.6.

Einzelfall Auswirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind.<sup>1170</sup> Die Schweiz weise im vorliegenden Fall alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes auf, so die Wettbewerbskommission. Gemäss dem gesetzgeberischen Willen soll die Abschottung des schweizerischen Marktes bekämpft werden.<sup>1171</sup> Folglich seien die Argumente der Beschwerdeführerin, die sich auf die TT-GVO beziehen, zurückzuweisen.<sup>1172</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Ausführungen: „Dieses Vorgehen würde sowohl von den nationalen Gerichten und Behörden als auch von der Europäischen Kommission und den europäischen Gerichten kaum als mit Art. 101 Abs. 3 AEUV vereinbar angesehen“.<sup>1173</sup> Dazu ist jedoch kritisch anzumerken, dass ein solcher Entzug der Freistellung ex nunc wirkt. Bis zum Entzug ist die betreffende Vereinbarung freigestellt und damit kartellrechtskonform.<sup>1174</sup> Dies schliesst eine Sanktionierung für den Zeitraum vor dem Entzug der Freistellung aus.

### 3. Offene exklusive Lizenz

Es stellt sich die Frage, wie eine offene ausschliessliche Lizenz, wie sie teilweise dem Entscheid *Maissaatgut*<sup>1175</sup> des Gerichtshofs zugrunde lag, in der Schweiz beurteilt würde. Die genannte Lizenzart kennzeichnet sich dadurch, dass sich die Exklusivität nur auf die Vertragsparteien bezieht. Der Lizenzgeber verpflichtet sich, für das zugewiesene Gebiet keine weiteren Lizenzen zu erteilen und dort nicht in Konkurrenz zum Lizenznehmer zu treten.<sup>1176</sup> Im genannten Fall qualifizierte der Gerichtshof die offene ausschliessliche Lizenz aufgrund der Besonderheit der fraglichen Erzeugnisse im Ergebnis als zulässig.<sup>1177</sup>

Bis anhin ist in der schweizerischen Praxis keine Entscheidung zur kartellrechtlichen Würdigung offener ausschliesslicher Lizenzen an Technologie-rechten ergangen. Die folgenden Ausführungen zeigen auf, wie solche Lizen-

<sup>1170</sup> Die Freistellung kann gemäss Art. 6 Abs. 2 TT-GVO entzogen werden, wenn die Vereinbarung eine oder mehrere Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht erfüllt, dazu auch N 144 f. TT-Leitlinien.

<sup>1171</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 166 m.w.H.

<sup>1172</sup> Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 167.

<sup>1173</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 8.5.6.

<sup>1174</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim et al., TT-GVO, N 284; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Art. 6 N 11.

<sup>1175</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*.

<sup>1176</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 53.

<sup>1177</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58.

zen nach schweizerischem Kartellrecht zu beurteilen sind. In Ermangelung einer spezifisch lizenzkartellrechtlichen Grundlage bildet Art. 5 KG den massgeblichen Prüfmasstab.

### 3.1 Wettbewerbsbeseitigung

Die offene ausschliessliche Lizenz stellt eine Wettbewerbsabrede i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG dar.<sup>1178</sup> Der Wettbewerb wird beseitigt, wenn ein Vermutungstatbestand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorliegt. Diese umfassen horizontale Abreden über Preise, Mengen oder Gebiete und vertikale Abreden über Preise und Gebietsabschottung.<sup>1179</sup> Keine der aufgeführten Verhaltensweisen wird mit der Gewährung einer offenen Exklusivlizenz erfüllt. Es ist nicht zu vermuten, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

### 3.2 Erhebliche Wettbewerbsbeschränkung

Im *Gaba*-Entscheid war eine „harte Abrede“ i.S.d. Art. 5 Abs. 4 KG zu beurteilen. Das Urteil hat jedoch auch zur Klärung offener Fragen im Bereich der „nicht harten“ Abreden i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG beigetragen.<sup>1180</sup> Im Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass sich das Verständnis der Erheblichkeit als Bagatellklausel auf die Auslegung des Normelements insgesamt bezieht.<sup>1181</sup> Es bestehen indes weiterhin divergierende Auffassungen zu Funktion und Inhalt der Erheblichkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG.<sup>1182</sup>

#### a. Anforderungen an die Erheblichkeit bei Abreden i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG

##### aa) Doppelprüfung

Einer Auffassung zufolge ist eine Doppelprüfung notwendig: Sowohl die quantitativen als auch die qualitativen Kriterien müssen je in erheblichem Masse erfüllt sein, damit die Erheblichkeit als Ganzes vorliegt.<sup>1183</sup> Allerdings erfährt

---

<sup>1178</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 11](#).

<sup>1179</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 12](#).

<sup>1180</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 195.

<sup>1181</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 195; ausführlich BALDI, *AJP* 2018.

<sup>1182</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 196 ff. m.w.H.; BRUCH, *sic!* 2017, 505 ff.; JUNG, in: *Grundlegende Fragen*, 22 ff.; vgl. auch HAGER/MURER, *recht* 2015, 198.

<sup>1183</sup> BIRKHÄUSER/REINERT, *zsf* 2018, 128.

diese Betrachtungsweise in jüngerer Zeit immer weniger Zustimmung der Gerichte.<sup>1184</sup> Während das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid *Altimum* noch von der Erforderlichkeit einer „double notabilité“ ausging,<sup>1185</sup> wurde das Erfordernis einer solchen im später ergangenen Entscheid *Hallenstadion* explizit verneint.<sup>1186 1187</sup> Das Bundesgericht hat den Entscheid in Sachen *Altimum* unter Verweis auf die *Gaba*-Rechtsprechung aufgehoben und die Erheblichkeit bejaht.<sup>1188</sup> Gemäss dem Bundesgericht ist bei widerlegten Vermutungstatbeständen das Vorliegen des qualitativen Kriteriums grundsätzlich ausreichend, um die Erheblichkeit zu bejahen, ohne dass die quantitativen Auswirkungen der Abrede zu prüfen sind.<sup>1189</sup>

### bb) Bagatellschwelle und Gesamterheblichkeit

Nach dem Bundesgericht<sup>1190</sup> sowie der Botschaft zum Kartellgesetz<sup>1191</sup> und der herrschenden Lehre<sup>1192</sup> ist die Erheblichkeitsschwelle als Bagatellgrenze zu verstehen, mithilfe derer unbedeutende Sachverhalte von der kartellrechtlichen Überprüfung aussortiert werden sollen. Aus der Sicht des wirksamen Wettbewerbs seien diese „weichen“ Wettbewerbsabreden zunächst einmal ambivalent.<sup>1193</sup> Die eigentliche materielle Prüfung habe unter Anwendung des Art. 5 Abs. 2 KG zu geschehen, wo der dynamischen Effizienz des Wettbewerbs Rechnung zu tragen sei.<sup>1194</sup> Diese, und nicht die Untersuchung der Erheblichkeit, bilde den eigentlichen Kern der materiellen Abredeprüfung.<sup>1195</sup>

Die im Zuge des *Gaba*-Entscheids revidierte Vertikalbekanntmachung hält fest, dass, im Unterschied zu den Vermutungstatbeständen, bei allen übrigen

<sup>1184</sup> BRUCH, sic! 2017, 506 ff.

<sup>1185</sup> BVGer B-5685/2012 – *Altimum*, E. 6; BRUCH, sic! 2017, 507.

<sup>1186</sup> BVGer B-3618/2013 – *Hallenstadion*, E. 348.

<sup>1187</sup> Zu Recht kritisch gegenüber diesem „wunderliche[n] Zickzack-Kurs“ BALDI, AJP 2016, 315 f.

<sup>1188</sup> BGE 144 II 246 – *Altimum*, E. 9 ff.

<sup>1189</sup> BGE 144 II 246 – *Altimum*, E. 10.1.

<sup>1190</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.1; BGE 144 II 246 – *Altimum*, E. 10.1.

<sup>1191</sup> Bot. Rev. KG 95, 554.

<sup>1192</sup> BALDI, AJP 2018, 86 f.; BORER, AJP 1996, 879 f.; ZÄCH, Kartellrecht, N 395 f.; BALDI/SCHRANER, AJP 2015, Urteile, 269 ff.; HEINEMANN, Jusletter vom 29. Juni 2015, N 25 m.w.H.; BAUDENBACHER, Jusletter vom 2. Februar 2015, N 7; KÜNZLER, 338 ff.; BRUCH, sic! 2017, 508 f.; HAGER/MURER, recht 2015, 206 f.; STRAUB, AJP 2016, 560 ff.

<sup>1193</sup> BALDI, AJP 2018, 69 f.

<sup>1194</sup> BGE 144 II 246 – *Altimum*, E. 10.2; BALDI, AJP 2018, 76 f., 79 ff.; BALDI/SCHRANER, AJP 2015, 20 Jahre, 1531.

<sup>1195</sup> BALDI/SCHRANER, AJP 2015, 20 Jahre, 1535 f.

vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sowohl qualitative als auch quantitative Faktoren zu berücksichtigen sind.<sup>1196</sup> Danach sind die quantitativen Kriterien Teilaspekte der Gesamterheblichkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG. Die Wettbewerbskommission verlangt eine Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien, wobei sich diese gegenseitig ausgleichen können. Im Entscheid *Gym80* schlussfolgerte sie: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen *Gaba* ist die Erheblichkeitsschwelle einer Abrede durch quantitative Elemente zu bestimmen, wenn es keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht gibt.“<sup>1197</sup>

### cc) *Würdigung*

Der erstgenannten Position der doppelten Erheblichkeit hat das Bundesgericht im *Gaba*-Urteil eine klare Absage erteilt. Sie widerspricht darüber hinaus auch den Intentionen des Gesetzgebers.<sup>1198</sup> Nach BALDI könnte „das Missverständnis bezüglich Funktion und Inhalt des Normelements der Erheblichkeit“ kaum grundlegender sein.<sup>1199</sup>

Hingegen überzeugen die Positionen zur Gesamtbetrachtung und zur Bagatellschwelle. Die Bagatellgrenze definiert, wie hoch oder tief die Latte für die Erheblichkeit zu setzen ist, während die Gesamtbetrachtung sicherstellt, dass dabei sowohl qualitative als auch quantitative Aspekte berücksichtigt werden. Bildlich gesprochen: Die Bagatellschwelle beschreibt, wie gross ein Gefäss ist, die Erwägungen zu quantitativen und qualitativen Kriterien bezeichnen, was in dieses hineingefüllt werden kann.

Nach der aktuellen Rechtslage präsentiert sich das Vorgehen also folgendermassen: Ist kein Vermutungstatbestand einschlägig, ist anhand der Vertikalbekanntmachung zu untersuchen, ob allenfalls eine Wettbewerbsbeseitigung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt. Für diese Beurteilung werden quantitative und qualitative Elemente untersucht, wobei die Erheblichkeit nicht zweimal voll, sondern insgesamt erfüllt werden muss.<sup>1200</sup> Massgeblich ist, ob die Bagatellschwelle in einer Gesamtbetrachtung der qualitativen und quantitativen Ele-

---

<sup>1196</sup> Ziff. 12 Abs. 1 lit. b *VertBek*; dazu GRABER CARDINAUX, sic! 2017, 581 f.

<sup>1197</sup> Wettbewerbskommission – *Gym80*, N 47.

<sup>1198</sup> *Bot. Rev. KG* 95, 554.

<sup>1199</sup> BALDI, *AJP* 2016, 319.

<sup>1200</sup> BALDI, *AJP* 2016, 319.



mente überschritten wird oder nicht.<sup>1201</sup> Dabei kann im beweglichen System<sup>1202</sup> eine qualitativ schwerwiegende Abrede, die nur geringfügige quantitative Auswirkungen zeitigt, die Gesamterheblichkeit erfüllen und vice versa.<sup>1203</sup>

### b. Qualitative Erheblichkeit

Die qualitativen Aspekte der Erheblichkeit setzen sich mit dem Abredeinhalt auseinander. Um die qualitative Schwere einer Abrede beurteilen zu können, muss der Stellenwert des betroffenen Wettbewerbsparameters auf dem relevanten Markt eruiert werden.<sup>1204</sup> Zu Recht weisen ZIRLICK/BANGERTER darauf hin, dass hier ein Dilemma besteht. Einerseits wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine Klassifizierung von Abredetypen nach ihrem Schweregrad wünschenswert, andererseits muss die kartellrechtliche Beurteilung stets dem Einzelfall Rechnung tragen.<sup>1205</sup>

Das Kernversprechen der offenen Exklusivlizenz besteht darin, dass der Lizenzgeber im Exklusivgebiet keine weiteren Lizenzen vergibt und dort auch selbst nicht aktiv wird. Zugleich ist dies die einzige mögliche Wettbewerbsbeschränkung, denn weitergehende Abmachungen mit wettbewerbsbeschränkendem Potenzial enthält die offene ausschliessliche Lizenz i.S.d. *Maissaatgut*-Entscheids per definitionem nicht. Es fragt sich, welche Bedeutung die Zusicherung, keine weiteren Lizenzen im Exklusivgebiet zu vergeben und dort nicht konkurrierend aufzutreten, auf dem relevanten Markt hat.

Dies kann nicht abstrakt, sondern nur im Einzelfall festgestellt werden. Im Allgemeinen wird dies wohl keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung sein. Ein Wesensmerkmal der offenen ausschliesslichen Lizenz ist gerade, dass passive Verkäufe in das Exklusivgebiet weiterhin möglich bleiben müssen. Es kann also stets nur um relativen Gebietsschutz gehen. Aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 KG erschliesse sich die Zulässigkeit relativen

---

<sup>1201</sup> ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 201.

<sup>1202</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 1 3](#).

<sup>1203</sup> Ziff. 12 Abs. 1 lit. b VertBek.

<sup>1204</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 5 KG N 21; WEBER/VOLZ, N 2.322 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 204; BVGer B-3618/2013 – *Hallenstadion*, E. 350.

<sup>1205</sup> Vgl. für eine Grobeinteilung ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 206 ff.

Gebietsschutzes nicht, wohl aber aus der historischen<sup>1206</sup> und teleologischen Auslegung der angesprochenen Norm, so das Bundesgericht im *Gaba*-Entscheid mit explizitem Verweis auf das *Maissaatgut*-Urteil des Gerichtshofs.<sup>1207</sup> Im Schrifttum wird dieses Verständnis begrüsst.<sup>1208</sup>

Begreift man die quantitativen und qualitativen Anforderungen als organisch zusammenspielende Kräfte, müsste eine offene ausschliessliche Lizenz in quantitativer Hinsicht in hohem Ausmass erheblich sein, um die Erheblichkeitsschwelle des Art. 5 Abs. 1 KG zu überschreiten.

### c. *Quantitative Erheblichkeit*

Die quantitative Erheblichkeit, welche auf den Marktanteil des infrage stehenden Unternehmens Bezug nimmt, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur im Bereich der nicht harten Abreden relevant.<sup>1209</sup> Um die quantitativen Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede beurteilen zu können, sind konkrete Angaben zu den Abredeparteien und dem relevanten Markt erforderlich.

Ob neben dem Marktanteil noch weitere Kriterien wie der aktuelle und potenzielle Wettbewerb, der Intra- bzw. Interbrand-Wettbewerb oder die Stel-

---

<sup>1206</sup> Deutlich das Votum des damaligen Bundesrats DEISS zu Exklusivlizenzen, AB 2003 S, 331: „Les contrats de concession exclusive prévoient évidemment une certaine protection territoriale qui doit pouvoir rester licite aussi longtemps qu'elle n'a pas un caractère absolu. On peut dire que le caractère absolu n'existe pas tant que des ventes passives sont possibles en dehors du territoire prévu par le contrat, soit tant que tout commerce parallèle n'est pas impossible.“

<sup>1207</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.4.; dies ist keine Besonderheit des Lizenzkartellrechts, vgl. Wettbewerbskommission – *Ausländische Biere*, N 140 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 540.

<sup>1208</sup> WEBER/VOLZ, N 2.250 ff.; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 469; BORER, *OFK Wettbewerbsrecht I*, Art. 5 KG N 42 f.; DOSS, 217, 170, 190 f., 231; HÄNNI/STÖCKLI, N 217; KRAUSKOPF/RIESEN, in: *Kartellgesetz in der Praxis*, 95 f.

<sup>1209</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.1 ff.; BVGer B-581/2012 – *Nikon*, E. 7.5.1 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 211.

lung der Marktgegenseite zu berücksichtigen sind, ist umstritten.<sup>1210</sup> Für die Gerichte ist für die Beurteilung der quantitativen Schwere der Abrede in der Regel der Marktanteil relevant.<sup>1211</sup> Die Einzelfallbetrachtung ist hierbei unerlässlich, was eine abstrakte Aussage über die Zulässigkeit exklusiver Lizenzen erschwert.

Bisweilen wird diskutiert, ob abstrakte Schwellenwerte zu definieren seien, bei denen keine quantitativ schwerwiegende Beschränkung anzunehmen ist.<sup>1212</sup> Dies wäre wohl heikel, weil damit eine falsche Genauigkeit suggeriert würde. In der Realität lässt sich der Marktanteil oft nur grob abschätzen.<sup>1213</sup> Meist ist bereits die korrekte Marktabgrenzung umstritten. Handelt es sich um ein neuartiges bzw. im Exklusivgebiet noch weitgehend unbekanntes Produkt mit neuer Technologie, wie es in der Rechtssache *Maissaatgut* der Fall war? Oder gibt es bereits mehrere Äquivalente zur Technologie bzw. den damit hergestellten Vertragsprodukten? Diese Kriterien sind bei der Würdigung zwingend zu berücksichtigen.

Um dem Bedürfnis nach Typisierung und Rechtssicherheit entgegenzukommen, können die beiden Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission herangezogen werden, die für die quantitative Hinsicht der Erheblichkeit *safe harbors* definieren. Gemäss der Vertikalebekanntmachung werden vertikale Abreden, die weder hart noch qualitativ erheblich<sup>1214</sup> sind, nicht als quantitativ schwerwiegend betrachtet, wenn kein Abredepartner auf dem von der Abrede betroffenen Markt über 15% Marktanteil hält.<sup>1215</sup> Wird der Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger und nebeneinander bestehenden vertikaler Vertriebsnetze beschränkt, sinkt

<sup>1210</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 212; für eine Beurteilung ausschliesslich nach dem Marktanteil ZÄCH, *Kartellrecht*, 397; HEINEMANN, *Jusletter* vom 29. Juni 2015, N 63; BALDI/SCHRANER, *SJZ* 2014, 510 f.; wohl ebenso STRAUB, *AJP* 2016, 574 f.; für eine Mitberücksichtigung der übrigen Aspekte WEBER/VOLZ, N 2.325 ff.; BORER, *OFK Wettbewerbsrecht I*, Art. 5 KG N 23. Die Wettbewerbskommission prüft das quantitative Element in der Regel anhand derselben Kriterien, die sie für die Prüfung einer Wettbewerbsbeseitigung verwendet, senkt aber den Massstab ab, da zu beurteilen ist, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, vgl. Wettbewerbskommission – *BMW*, N 288 ff.; Wettbewerbskommission – *Flügel und Klaviere*, N 250 ff.

<sup>1211</sup> BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*, E. 5.2.1; BVGer B-3618/2013 – *Hallenstadion*, E. 353, 358 ff.

<sup>1212</sup> BGE 129 II 18 – *Sammelrevers*, E. 5.2.1; BVGer B-3618/2013 – *Hallenstadion*, E. 373 ff.; STRAUB, *AJP* 2016, 576 ff.

<sup>1213</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG* Art. 5 KG N 220.

<sup>1214</sup> I.S.d. Ziff. 12 Abs. 2 lit. a-e VertBek.

<sup>1215</sup> Ziff. 13 Abs. 1 VertBek.

die Marktanteilsschwelle von 15 auf 5%. In der Regel, wird präzisiert, liege kein kumulativer Abschottungseffekt vor, solange diese gleichartigen und nebeneinander bestehenden Vertriebsnetze weniger als 30% des relevanten Marktes abdecken.<sup>1216</sup> Gemäss der KMU-Bekanntmachung weisen nicht harte Abreden gewöhnlich nur eine beschränkte Marktwirkung auf, wenn keine der an einer horizontalen Abrede beteiligten Partei mehr als 10% Marktanteil auf dem von der Abrede betroffenen Markt hält.<sup>1217</sup>

Aufgrund des Wortlauts der Ziff. 8 Abs. 4 VertBek ist zweifelhaft, dass diese Marktanteilsschwellen im lizenzvertraglichen Kontext ohne Weiteres angewendet werden können.<sup>1218</sup> Solange eine Technologietransfer-Bekanntmachung fehlt, liegt aber zumindest eine Orientierung an der Vertikalbekanntmachung für die lizenzkartellrechtliche Beurteilung nahe.<sup>1219</sup>

### 3.3 Effizienzrechtfertigung

Liegt eine in ihrer Gesamtheit erhebliche Abrede i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vor, ist zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. a KG vorliegt, der notwendig ist, um das Effizienzziel zu erreichen. Den Unternehmen darf sich zudem nicht die Möglichkeit bieten, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Massgeblich ist also, dass das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Dies ist immer dann der Fall, wenn ohne Zusicherung der offenen Exklusivlizenz keine Lizenzierung möglich gewesen wäre, d.h. sich kein Lizenznehmer für das betreffende Exklusivgebiet oder die betreffende Exklusivkundengruppe hätte finden lassen. Eine solche Situation kann insbesondere dann vorliegen, wenn hohe Markterschliessungskosten erforderlich sind, weil z.B. grosse Anfangsinvestitionen in eine Technologie getätigt werden müssen und das Produkt im Zielgebiet oder bei der betreffenden Kundengruppe noch unbekannt ist.

---

<sup>1216</sup> Ziff. 13 Abs. 2 VertBek.

<sup>1217</sup> Ziff. 3 Abs. 1 KMU-Bekanntmachung.

<sup>1218</sup> Gemäss Ziff. 8 Abs. 4 VertBek gilt die Bekanntmachung nicht für vertikale Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Abnehmer oder die Nutzung solcher Rechte durch den Abnehmer betreffen, sofern diese Bestimmungen den Hauptgegenstand der Vereinbarung bilden und sich nicht unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Abnehmer oder seine Kunden beziehen. Bei Lizenzverträgen geht es jedoch hauptsächlich darum, dem Lizenznehmer die Nutzung von Immaterialgüterrechten zu ermöglichen, vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 II 2.2 c](#).

<sup>1219</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 199; FISCHER/DORIGO, in: Schweizer IP-Handbuch, N 0.7.

Grundsätzlich stellt sich wie im europäischen Recht die Schwierigkeit, dass sich Lizenzgeber und Lizenznehmer teilweise auf zwei unterschiedlichen Marktstufen bewegen. Es ist sowohl der Technologie- als auch der Produktmarkt abzugrenzen, um die Marktanteile ermitteln zu können.

### 3.4 Zwischenfazit

Im Gegensatz zu einer Exklusivlizenz mit Gebiets- und/oder Kundenbeschränkungen ist die Ausgangslage bei der Beurteilung einer offenen ausschliesslichen Lizenz schwieriger. Ein Vermutungstatbestand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG liegt nicht vor. Es muss daher anhand quantitativer und qualitativer Kriterien geprüft werden, ob die offene Exklusivlizenz eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. In qualitativer Hinsicht ist die offene Exklusivlizenz nicht erheblich wettbewerbsbeschränkend. Definitionsgemäss bleibt der passive Vertrieb in einer offenen Exklusivlizenz zulässig. Es findet kein absoluter, sondern relativer Gebietsschutz statt.

Da keine qualitativ schwerwiegende Abrede vorliegt, müsste nach dem beweglichen System<sup>1220</sup> das quantitative Kriterium in hohem Masse erfüllt sein, damit die Gesamterheblichkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG bejaht werden kann. Dabei stellt sich die Schwierigkeit, dass die quantitativen Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede nur schwer abstrakt bestimmt werden können. Einerseits ist die korrekte Marktabgrenzung massgeblich, die nur im Einzelfall bestimmt werden kann. Andererseits ist der Marktanteil auf dem relevanten Markt zu ermitteln, der sich laufend ändern kann.

---

<sup>1220</sup> Vgl. die Ausführungen dazu vorne in [Teil 3 Kapitel 2 I 3](#).

## Kapitel 3: Analyse des Status quo

Das Gebäude des schweizerischen Lizenzkartellrechts befindet sich, bildlich gesprochen, noch im Rohbaustadium, während das Regelungsgefüge der EU bereits ausgebaut ist.<sup>1221</sup> Die Grundstruktur des schweizerischen Lizenzkartellrechts mag vorhanden sein, es scheint jedoch, als existiere für den restlichen Teil dieses Rechtsgebiets noch nicht einmal ein Plan. Diese Situation hat aber zum Vorteil, dass noch genügend Raum besteht, um neue Ideen einzubringen und zu verwirklichen. Im Folgenden werden einige Vorschläge präsentiert, die Eingang in das schweizerische Lizenzkartellrecht finden sollten.

### I. Keine spezialgesetzliche Grundlage

Das Bundesgericht hat im *Gaba*-Entscheid klargestellt, dass für Technologietransfer-Verträge dieselben rechtlichen Grundlagen zur kartellrechtlichen Prüfung heranzuziehen sind wie für alle anderen Sachverhalte, für die es im schweizerischen Recht keine *Leges speciales* gibt. Eine Privilegierung des zu beurteilenden Vertrags alleine durch seine Eigenschaft, ein Lizenzvertrag zu sein, lehnte das Gericht ab.

Auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit der TT-GVO und ihrer möglichen parallelen Anwendung auf den Sachverhalt hatte das Gericht aufgrund der Nichtanwendbarkeit in der Schweiz verzichtet. Es blieb bei der Beurteilung des Technologietransfer-Arguments beim Hinweis, dass die TT-GVO als ausländisches Recht rechtsvergleichend herangezogen werden könne, in der Schweiz aber nicht gelte.<sup>1222</sup> Sodann verwies das Gericht auf die Materialien zum Kartellgesetz. Aus diesen ergebe sich klar, dass Technologietransfer-Vereinbarungen bzw. Lizenzverträge, die absoluten Gebietsschutz bezwecken oder zu diesem führen, von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein sollen.<sup>1223</sup> Sinn und

---

<sup>1221</sup> So die anschauliche Beschreibung PICHTS, GRUR Int. 2018, 717.

<sup>1222</sup> KUBLI, AJP 2018, 202; nach der Kategorisierung HEINEMANNs, zsr 2018, 111, liegt für die Beurteilung von Technologietransfer-Verträgen also nur die erste Stufe der autonomen Übernahme (Inspiration durch europäisches Recht und Heranziehung als rechtsvergleichendes Auslegungselement) vor.

<sup>1223</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.1; mit Verweis auf das Votum BÜTTIKER, AB 2003 S, 330 f.

Zweck der Norm sei gerade, die Schweiz als potenziell abgeschotteten Markt zu schützen, da sich absoluter Gebietsschutz auf kleinere Volkswirtschaften besonders stark auswirke.<sup>1224</sup>

## II. Vergleichbarkeit mit dem europäischen Recht

Im *Gaba*-Entscheid mahnte das Bundesgericht im Bereich der Vertikalabreden eine „materiell identische“ Regelung des schweizerischen im Vergleich zum europäischen Kartellrecht an.<sup>1225</sup> Die im Urteil vorgenommene Parallelführung vertikaler und horizontaler Abreden<sup>1226</sup> spricht dafür, diese Grundsätze auch auf Letztere zu erstrecken.<sup>1227</sup> Im Folgenden ist zu untersuchen, ob diese angestrebte Ergebnisgleichheit in Bezug auf Exklusivlizenzen tatsächlich erreicht wird.

### 1. Regelungssystematik

Art. 101 Abs. 1 AEUV verbietet Wettbewerbsbeschränkungen und nennt in den lit. a-e einige Regelbeispiele. Ein ähnlicher Mechanismus findet sich in den schweizerischen Vermutungstatbeständen in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche besonders wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen aufzählen. Liegt ein solcher Tatbestand vor, wird allerdings nur vermutet, dass der Wettbewerb beeinträchtigt sei. Diese Vermutung kann durch den Nachweis von Aussen- oder Innenwettbewerb umgestossen werden, was in der Praxis oft gelingt.<sup>1228</sup> Anschliessend wird geprüft, ob eine erhebliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs i.S.d. Art. 5 Abs. 1 AEUV vorliegt. Im Fokus dieser Prüfung stehen qualitative Kriterien. Das Bundesverwaltungsgericht begründete die grundsätzliche Erheblichkeit qualitativ schwerwiegender Abreden im *Gaba*-Entscheid explizit mit der EU-Kompatibilität.<sup>1229</sup> Auch das Bundesgericht verwies auf den gesetzgeberischen Auftrag, ein materiell identisches Ergebnis wie das EU-Recht zu schaffen, sofern dieses seit 2003 nicht grundlegende Änderun-

<sup>1224</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1225</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.4, mit dem Vorbehalt, dass grundlegende Änderungen des EU-Rechts seit 2003 nicht vom Willen des (schweizerischen) Gesetzgebers gedeckt und die volkswirtschaftlichen Besonderheiten der Schweiz zu berücksichtigen seien.

<sup>1226</sup> Nach BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 9.4.5 besteht zwischen den beiden Abredeformen „kein kategorialer Unterschied“.

<sup>1227</sup> HEINEMANN, zsr 2018, 114.

<sup>1228</sup> Statt vieler: BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 4.

<sup>1229</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 11.1.8.

gen erfahren habe und keine schweizerischen Besonderheiten eine Abweichung erforderten.<sup>1230</sup> Diese Erkenntnis ergibt sich nicht nur aus der politisch gewollten EU-Kompatibilität des schweizerischen Kartellrechts, sondern auch aufgrund der von den Gerichten gewählten Methodik. Nach dem Prinzip des beweglichen Systems<sup>1231</sup> ist es möglich, dass die Gesamterheblichkeit i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG bereits erfüllt ist, wenn eine qualitativ schwerwiegende Abrede vorliegt. Die quantitativen Kriterien werden damit nicht völlig nebensächlich, verlieren aber in jenen Fällen an Bedeutung, in denen die Erheblichkeit ohnehin durch die qualitative Schwere einer Abrede vorliegt. Im Ergebnis führt dies zur gleichen Beurteilung wie in der EU.

In einem nächsten Schritt nehmen beide Rechtsordnungen Bezug auf Effizienzkriterien. In der EU besteht die Möglichkeit zur Gruppen- oder Einzelfreistellung durch Art. 101 Abs. 3 AEUV. In der Schweiz erfolgt eine Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 2 KG.

## 2. Schwerpunkt auf der Rechtfertigungsebene

Sowohl im schweizerischen als auch im europäischen Recht können die Besonderheiten des Technologietransfers und seine gemeinwohlförderlichen Aspekte in die Beurteilung von Wettbewerbsabreden einfließen. In beiden Fällen erfolgt diese Würdigung auf der Rechtfertigungsebene, wiewohl es zwischen den beiden Rechtsordnungen Unterschiede gibt. Beide zeigen aber anschaulich, wie immaterialgüterrechtliche Wertungen „von innen“ auf das Kartellrecht einwirken können.

Von massgeblicher Bedeutung sind im EU-Kartellrecht die Gruppenfreistellungsverordnungen, welche die in Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgeführten Kriterien auf verschiedene Konstellationen anwenden. Für die Ausgestaltung kartellrechtskonformer Lizenzverträge ist die TT-GVO von grosser Wichtigkeit. Auch in der Schweiz hat sich der Schwerpunkt der kartellrechtlichen Beurteilung (spätestens) mit dem *Gaba*-Urteil weg von der Erheblichkeits- hin zur Effizienzprüfung verlagert.<sup>1232</sup> Dies ist der Ort, an dem die Einzelfallbeurteilung geschehen kann. Erst nach der Effizienzprüfung steht fest, ob eine Wettbewerbsabrede unzulässig ist oder nicht. Dies scheint jenen unklar, die im

---

<sup>1230</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1231</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 I 3](#).

<sup>1232</sup> GRABER CARDINAUX, Jusletter vom 15. Oktober 2018, N 18 f.; BGE 144 II 246 – *Altimum*, E. 12 f.



Entscheid *Gaba* ein per-se-Verbot sehen.<sup>1233</sup> Die per-se-Verbote nach US-amerikanischem Vorbild kennen definitionsgemäss keine Möglichkeit zur Rechtfertigung.<sup>1234</sup> Das Bundesgericht prüfte im *Gaba*-Entscheid jedoch, ob die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist.<sup>1235</sup>

Im schweizerischen Recht ist gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu prüfen, ob ein Lizenzvertrag aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Die in Art. 6 Abs. 1 lit. d KG vorgesehene Möglichkeit, eine Verordnung oder Bekanntmachung zu erlassen, die sich vertieft mit der wirtschaftlichen Effizienz ausschliesslicher Lizenzverträge befasst, hat bisher aber weder der Bundesrat noch die Wettbewerbskommission genutzt.

### 3. Rechtsfolge der Unzulässigkeit

Das europäische Recht kennt mit der Unterscheidung zwischen Kernbeschränkungen und nichtfreigestellten Beschränkungen eine differenzierte Freistellungslogik. Kernbeschränkungen i.S.d. Art. 4 TT-GVO führen zum Wegfall der Freistellung des gesamten Vertrags, während nichtfreigestellte Beschränkungen i.S.d. Art. 5 TT-GVO lediglich die Freistellung der betroffenen Klauseln ausschliessen. Der restliche Vertrag bleibt davon unberührt. Erfolgt keine Einzelfreistellung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 AEUV, ist der Vertrag nach Art. 101 Abs. 2 AEUV unmittelbar<sup>1236</sup> verboten.

Die Anordnung der Nichtigkeit ist ein Mittel zur Durchsetzung des in Art. 101 Abs. 1 AEUV formulierten Kartellverbots und kann inhaltlich nicht weiter gehen als dieses.<sup>1237</sup> Die Nichtigkeitsanordnung betrifft nur die Teile der Vereinbarung, die unmittelbar gegen das Kartellverbot verstossen oder sich

<sup>1233</sup> JACOBS, SJZ 2012, 216 ff.; BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Jusletter vom 11. September 2017, N 23; kritisch auch ZIMMERLI, dRSK vom 31. Mai 2017, N 21.

<sup>1234</sup> Vgl. zu den per-se-Verboten und der *rule of reason* die Arbeit von SANGMEISTER; SCHECHTER, LIEI 1982, 5 ff.; ACKERMANN, 21 ff.; speziell in Bezug auf Lizenzverträge BODEWIG, GRUR Int. 1997, 965 f.; speziell in Bezug auf das Kartellgesetz HILTY/FRÜH, sic! 2010, 880 f. Das Bundesgericht erwähnte den Begriff des per-se-Verbots im Urteil nicht. Es ist kein Grund ersichtlich, ohne Not von der bundesgerichtlichen Terminologie abzuweichen, zumal der Begriff in Bezug auf das *Gaba*-Urteil wie gezeigt missverständlich ist.

<sup>1235</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 7; vgl. HEINEMANN, zsr 2018, 111, insb. Fn 39.

<sup>1236</sup> Art. 1 Abs. 1 Kartellverfahrensordnung; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 457.

<sup>1237</sup> SÄCKER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 867.

nicht von dem durch Art. 101 Abs. 1 AEUV erfassten Teil abtrennen lassen.<sup>1238</sup> Können die nichtigen Teile nicht vom übrigen Teil der Vereinbarung abgetrennt werden, ist die gesamte Vereinbarung nichtig.<sup>1239</sup> Ist eine Gruppenfreistellungsverordnung auf den Vertrag anwendbar, ist das „Alles-oder-Nichts“-Prinzip<sup>1240</sup> zu beachten.<sup>1241</sup> Dieses Prinzip stellt weite Teile einer Vereinbarung (auch die vertragstypischen Abreden wie Exklusivbindungen) schutzlos, was oft dazu führt, dass der abtrennbare Rest nicht mehr selbständig bestandsfähig ist.<sup>1242</sup> Zudem fällt die Annahme, dass eine abtrennbare Restvereinbarung vorliegt schwerer, je mehr Klauseln nichtig sind.<sup>1243</sup> Liegt eine abtrennbare Restvereinbarung vor, bestimmt sich deren Wirksamkeit nach dem gemäss internationalen Privatrecht anwendbaren Vertragsrecht.<sup>1244</sup>

In der Schweiz ergeben sich sowohl die kartellrechtliche Qualifikation als auch die zivilrechtlichen Folgen der Nichtigkeit aus dem nationalen Recht. Liegt eine Wettbewerbsbeseitigung i.S.d. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG oder eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG vor, ist die betroffene Vertragsklausel vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung unzulässig. Der Restvertrag ist davon grundsätzlich nicht betroffen.<sup>1245</sup> Gemäss Art. 20 Abs. 2 OR ist bei einem teilweise mangelhaften Vertrag von der Teilnichtigkeit auszugehen, wenn anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.

Die Rechtsfolgen ähneln sich also stark. Ein Unterschied besteht darin, dass im schweizerischen Kartellrecht im Gegensatz zum europäischen Recht keine

---

<sup>1238</sup> EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 304; EuGH Rs. C-56/64 – *Consten und Grundig*, 394; SÄCKER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 867; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 114; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 467; MEESSEN/KERSTING, Loewenheim et al., Einführung, N 49.

<sup>1239</sup> EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 304; HENGST, Langen/Bunte, Art. 101 AEUV, N 468; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 114.

<sup>1240</sup> Danach führt das Vorliegen einer Kernbeschränkung dazu, dass die gesamte Vereinbarung nicht mehr gruppenfreistellungsfähig ist, vgl. dazu vorne [Teil 2 Kapitel 4 V 1.3](#).

<sup>1241</sup> SÄCKER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 869; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 115.

<sup>1242</sup> EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 115.

<sup>1243</sup> SÄCKER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 869; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 115 f.

<sup>1244</sup> EuGH Rs. C-56/65 – *Maschinenbau Ulm*, 304; JAEGER, MüKo EuWettbR, Art. 101 Abs. 2 AEUV N 19, 23 m.w.H.; MEESSEN/KERSTING, Loewenheim et al., Einführung; EILMANSBERGER/KRUIS, Streinz, Art. 101 AEUV, N 116, zum deutschen Recht N 117 ff.

<sup>1245</sup> ZÄCH, Kartellrecht, 429 f.; 501.

Möglichkeit besteht, dass eine besonders schädliche Vertragsklausel den ganzen Vertrag befällt. Im europäischen Recht führt eine Kernbeschränkung dazu, dass der gesamte Vertrag aus der Gruppenfreistellung fällt. Lassen sich die einzelnen Klauseln nicht im Rahmen einer Einzelfreistellung rechtfertigen, ordnet Art. 101 Abs. 2 AEUV die Nichtigkeit an.

## Kapitel 4: Potenzial einer lizenzkartellrechtlichen Regelung

Die EU anerkennt, dass der Technologietransfer förderlich für die Wirtschaft, aber auch für die Wissensgesellschaft ist und verfolgt mit der TT-GVO das Ziel, die Lizenzierungstätigkeit innerhalb der Europäischen Union zu stärken.<sup>1246</sup> Die Erkenntnis, dass Lizenzverträge nicht nur Quelle von Wettbewerbsbeschränkungen sein können, sondern auch entscheidend zur Verbreitung von Wissen und so zu technologischem Fortschritt beitragen, ist auch in der Schweiz etabliert.<sup>1247</sup> Bisher wurde jedoch nicht geklärt, ob und ggf. wann die wettbewerbsfördernden Effekte einer Lizenz die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die sie verursacht, rechtfertigen können. Vor diesem Hintergrund ist das Potenzial einer lizenzkartellrechtlichen Regelung zu prüfen, welche die Vorzüge des Technologietransfers in einer generell-abstrakten Weise in die kartellrechtliche Würdigung einbezieht.

### I. Bedürfnis nach Rechtssicherheit

Vor der Beurteilung eines lizenzkartellrechtlichen Sachverhalts sehen sich die schweizerischen Behörden mit der Frage konfrontiert, welche Normen überhaupt anzuwenden sind. Unbestritten ist die Einschlägigkeit des Art. 5 KG. Doch es ist unklar, ob die Art. 5 KG konkretisierende Vertikalbekanntmachung hinzugezogen werden kann. Bereits aufgrund des Wortlauts der Ziff. 8 Abs. 4 VertBek ist eine Anwendung auf Lizenzverträge unwahrscheinlich.<sup>1248</sup> Möglich wäre, dass im Rahmen der richterlichen Regelbildung i.S.d. Art. 1 Abs. 2 ZGB einzelne Aspekte der TT-GVO Eingang in das schweizerische Recht finden. Dabei stellt sich die Frage, wie damit umzugehen wäre, wenn Einflüsse der TT-GVO dem Fallrecht der „im Grunde nicht einschlägigen, aber immerhin schweizerischen“<sup>1249</sup> VertBek widersprechen.<sup>1250</sup>

Seitens der Marktteilnehmer besteht das Bedürfnis nach Orientierungshilfe, denn ein Lizenzvertrag sollte kartellrechtskonform ausgehandelt werden kön-

---

<sup>1246</sup> Erwägungsgrund 4 TT-GVO; N 9, 17 TT-Leitlinien; DREXL, GRUR Int. 2004, 721; DEL TIEMPO MATANZO, 24; ALBERINI, 80.

<sup>1247</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 KG N 28; STOFFEL, in: Technologietransfer, 55.

<sup>1248</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 II 2.2 c.](#)

<sup>1249</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 287.

<sup>1250</sup> Zum Ganzen HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 287.

nen. Nach der Feststellung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit eines Vertrags kann das geteilte technische Wissen nicht mehr oder nur schwer zurückgeholt werden.<sup>1251</sup> Dies verdeutlicht die Wichtigkeit klarer und vorhersehbarer Regeln im Lizenzkartellrecht.

In Ermangelung einer spezifischen Rechtsgrundlage und als Ausdruck eines gewissen Pragmatismus lag für den Abschluss von Lizenzverträgen nach schweizerischem Recht lange eine Orientierung an der TT-GVO und den TT-Leitlinien nahe.<sup>1252</sup> Dies bot sich umso mehr an, als auf schweizerische Lizenzverträge, welche im europäischen Binnenmarkt spürbare Effekte haben, ohnehin das EU-Kartellrecht anwendbar ist. Auch die Botschaft zum Kartellgesetz verwies im Rahmen ihrer Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 KG ausdrücklich auf die umfangreichen Regelungen im europäischen Recht.<sup>1253</sup> Davon ausgehend war nur schwer vorstellbar, dass die Wettbewerbskommission entsprechende Vereinbarungen anders qualifizieren würde als die europäischen Regeln.<sup>1254</sup>

Der Vorstellung, mit der Anwendung der europäischen Wettbewerbsrechtsvorschriften hinsichtlich Technologietransfer-Vereinbarungen stets auf der sicheren Seite zu stehen, erteilte das Bundesgericht im *Gaba*-Entscheid eine Absage.<sup>1255</sup> Es gäbe, so das Gericht, durchaus Bereiche, in denen sich die Lage der Schweiz von jener der EU unterscheide, was eine Abschwächung des Grundsatzes der Ergebnisgleichheit nach sich ziehe. Ein solcher sei etwa die erhöhte Schädlichkeit von Gebietsabschottung für kleinere Länder.<sup>1256</sup> Bedauerlicherweise bleibt im Ungewissen, wo darüber hinaus schweizerische Besonderheiten vorliegen, die eine Abweichung von der grundsätzlich angestrebten Parallelität zum EU-Kartellrecht zur Folge haben. Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts schafft diesbezüglich nur für den absoluten Gebietsschutz Klarheit. Wünschenswert wäre eine weitergehende, generelle Aussage darüber, wie die Wettbewerbskommission Lizenzverträge beurteilt, die möglicherweise wettbewerbsbeschränkend sind, gleichzeitig aber zu Effizienzge-

<sup>1251</sup> HERR, 83 f.; ALBERINI, 7; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 243.

<sup>1252</sup> Vgl. MEYER, ZVertriebsR 2017, 221; GOTTRET/EMCH, sui generis 2018, N 20.

<sup>1253</sup> Bot. Rev. KG 95, 563.

<sup>1254</sup> LAUTERBURG, in: Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, 38, 49; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 6; STOFFEL, in: Technologietransfer, 69 f.; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 242.

<sup>1255</sup> „EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht“, BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4.

<sup>1256</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3; HILTY/FRÜH, sic! 2010, 879, 881, 885; ZÄCH, Kartellrecht, N 362; ZÄCH, SJZ 2009, 309; KÜNZLER/HEIZMANN, in: Symposium Zäch, 147 f.

winnen führen. Dabei wäre zu präzisieren, welche lizenzvertraglichen Besonderheiten in der Beurteilung der Effizienzrechtfertigung berücksichtigt werden. Positiv formulierte Voraussetzungen, wann im lizenzvertraglichen Kontext von wirtschaftlicher Effizienz auszugehen ist, würden die Rechtssicherheit stärken. Es braucht vorhersehbare und klare Rahmenbedingungen, um den Abschluss von Lizenzverträgen zu fördern.<sup>1257</sup>

## II. Standortpolitische Argumente

Das Kartellrecht der Schweiz untersteht dem Ziel, „den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“<sup>1258</sup>. Die Schweiz ist eine der führenden Industrienationen, und ihr Wohlstand ergibt sich zu weiten Teilen aus wissensgetriebenen Branchen, deren Innovationen durch Immaterialgüterrechte geschützt und mit Technologietransfer-Verträgen verwertet werden.<sup>1259</sup> Die internationale Vernetzung ist eine Grundvoraussetzung, um grenzüberschreitend Wissen auszutauschen, und der Grad an Rechtssicherheit ein bedeutender Aspekt der Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. In Anbetracht dieser Tatsachen ist es erstaunlich, wie wenig Anstrengung in der Schweiz darauf verwendet wird, einen sicheren und vorhersehbaren Rechtsrahmen für den Technologietransfer zu schaffen.<sup>1260</sup>

Trotz des volkswirtschaftlich hohen Stellenwerts von Immaterialgüterrechten und Know-how blieb die Schweiz bisher passiv, was die Schaffung und Ausgestaltung des Lizenzkartellrechts angeht. Dabei verpasst sie die Möglichkeit, offene Fragen zu klären und die Zukunft dieses Rechtsgebiets mitzugestalten. Dieser Umstand ist zu bedauern. Gerade angesichts des verfassungsmässigen Auftrags des Bundes, im Rahmen seiner Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft zu sorgen,<sup>1261</sup> wäre eine aktivere Rolle angezeigt.

## III. Rechtsgrundlage in Art. 6 KG

Vor diesem Hintergrund wäre es dienlich, der Bundesrat oder die Wettbewerbskommission würden von Art. 6 Abs. 1 lit. d KG Gebrauch machen und

---

<sup>1257</sup> So bereits VULLIÉTY, SJ 2000, 577; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 382.

<sup>1258</sup> Art. 1 KG.

<sup>1259</sup> Vgl. STOFFEL, in: Technologietransfer, 55.

<sup>1260</sup> So die ähnliche Einschätzung von HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 287 f.

<sup>1261</sup> Art. 94 Abs. 3 BV.

eine Verordnung oder Bekanntmachung zur Frage erlassen, wann Wettbewerbsabreden in Lizenzverträgen in der Regel aufgrund wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden können.<sup>1262</sup>

## 1. Allgemeines

Art. 6 Abs. 1 KG ist eine im Grunde überflüssige<sup>1263</sup> Delegationsnorm ohne eigenständigen materiellen Gehalt.<sup>1264</sup> Die Kriterien der wirtschaftlichen Effizienz ergeben sich alleine aus Art. 5 Abs. 2 KG, wobei im Fall von Technologietransfer-Vereinbarungen vor allem die Förderung der Forschung und der Verbreitung technischen Wissens einschlägig sein können.<sup>1265</sup>

Das Regelbeispiel in Art. 6 Abs. 1 lit. d KG erwähnt nur die ausschliessliche Lizenzierung geistigen Eigentums. Vergibt ein Lizenzgeber einfache Lizenzen, sind diese nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. d KG nicht erfasst. Da die Aufzählung in Art. 6 Abs. 1 KG nicht abschliessend ist, könnte durchaus von dieser engen Sichtweise abgewichen werden.<sup>1266</sup> Auch aus der Botschaft zum Kartellgesetz geht ein eher weites Verständnis hervor.<sup>1267</sup> Da im vorliegenden Fall die Exklusivlizenz von Interesse ist, welche Art. 6 Abs. 1 lit. d KG als Re-

---

<sup>1262</sup> KRAUSKOPF/RUSS, sic! 2014, 762; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 80 f.; KELLER, 286; GOTTRET/EMCH, sui generis 2018, N 20; PICHT, GRUR Int. 2018, 717; PICHT, sic! 2019, 337 f., 334; SCHWAAB, 234; wohl ebenso ALBERINI, 6.

<sup>1263</sup> Der Bundesrat besitzt nach Art. 60 KG ohnehin die Kompetenz zum Erlass von Verordnungen, und auch Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission sind (auch ausserhalb des Art. 6 KG) durchaus möglich, dazu STOFFEL, in: SIWR V/2, 125; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 202.

<sup>1264</sup> Vgl. HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 202 f.; BORER, AJP 1996, 880; GRABER CARDINAUX/MASCHERER, Dike KG, Art. 6 KG N 2 f.

<sup>1265</sup> Bot. Rev. KG 95, 559, 563; STOFFEL, in: Technologietransfer, 58; GRABER CARDINAUX/MASCHERER, Dike KG, Art. 6 KG N 239; REINERT, SHK KG, Art. 6 KG N 21; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG, Art. 5 KG N 325; ZIRLICK/BANGERTER, Dike KG, Art. 5 KG N 301 ff.; REYMOND, CR Concurrence, Art. 6 LCart N 194; ZÄCH, Kartellrecht, N 414.

<sup>1266</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 50 f.; GRABER CARDINAUX/MASCHERER, Dike KG, Art. 6 KG N 240.

<sup>1267</sup> Erwähnt werden in Bot. Rev. KG 95, 563 „die das geistige Eigentum beschlagenden Lizenzverträge“.

gelbeispiel aufführt,<sup>1268</sup> wird auf diese Thematik nicht vertieft eingegangen.<sup>1269</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. d KG wäre prädestiniert, ein solides untergesetzliches Fundament zur kartellrechtlichen Behandlung exklusiver Lizenzen zu schaffen.

## 2. Fehlende Aktivität

Im Unterschied zu anderen Anwendungsbereichen des Art. 6 Abs. 1 KG<sup>1270</sup> gibt es mit Bezug auf die ausschliessliche Lizenzierung keine Bekanntmachung oder Verordnung, und es bestehen wohl auch keine solchen Pläne.<sup>1271</sup> Die Gründe dafür sind vielfältig.<sup>1272</sup> So hat die Wettbewerbskommission bisher stets erst dann eine Bekanntmachung erlassen, wenn eine ausreichend hohe Anzahl von Fällen rechtskräftig beurteilt worden ist.<sup>1273</sup> Damit soll verhindert werden, dass Erwägungen, die sich auf einen Einzelfall beziehen, verallgemeinert werden.<sup>1274</sup> Auch die Botschaft zum Kartellgesetz sieht vor, dass die Wettbewerbskommission erst nach ausreichend praktischen Erfahrungen konkretisierende Ausführungen erlässt.<sup>1275</sup> Der Nachteil dieser Zurückhaltung ist, dass sich die praktische Wirkung von Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission darauf beschränkt, die ohnehin bereits durch Kasuistik geschaffene Rechtslage festzuschreiben.<sup>1276</sup> Eine weitergehende Steigerung der Rechtssicherheit erfolgt nicht.

Als Erklärung, warum bisher keine bundesrätliche Verordnung ergangen ist, wird angeführt, dass dieses Instrument eher schwerfällig und formalistisch ist, was dem Charakter des Wettbewerbsrechts als dynamischem Rechtsgebiet

---

<sup>1268</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. d KG erwähnt die ausschliessliche Lizenzierung. Ausführungen zur synonymen Verwendung der Ausdrücke „ausschliessliche Lizenz“ und „Exklusivlizenz“ finden sich vorne in [Teil 1 Kapitel 11.5.3](#).

<sup>1269</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Frage findet sich bei HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 204 f.; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG Art. 6 KG N 240; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 21 ff.

<sup>1270</sup> Die Wettbewerbskommission hat bis heute fünf Bekanntmachungen erlassen (Vertikalbekanntmachung, KFZ-Bekanntmachung, KMU-Bekanntmachung, Bekanntmachung Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln und Bekanntmachung zur Verwendung von Kalkulationshilfen).

<sup>1271</sup> GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 242.

<sup>1272</sup> HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 5 m.w.H.

<sup>1273</sup> Vgl. bereits Bot. Rev. KG 95, 563 f.; zustimmend STOFFEL, in: SIWR V/2, 135; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG Art. 6 KG N 242.

<sup>1274</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 505.

<sup>1275</sup> Bot. Rev. KG 95, 563.

<sup>1276</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 50.



nicht entspreche.<sup>1277</sup> Des Weiteren wird vermutet, dass Art. 3 Abs. 2 KG und das damit einhergehende Missverständnis, die kartellrechtliche Beurteilung von Lizenzverträgen sei eingeschränkt, dem Erlass einer Verordnung oder Bekanntmachung hinderlich sei.<sup>1278</sup>

### 3. Erlaubnis ohne Verbotssystem?

Art. 6 KG ist unter anderem auf das Mitte der 1990-er-Jahre bestehende Bestreben zurückzuführen, eine spezifische Sekundärgesetzgebung zu schaffen.<sup>1279</sup> Dieser Grundgedanke entspringt dem System der europäischen Gruppenfreistellungsverordnungen.<sup>1280</sup> Ziel des Art. 6 KG ist, den Unternehmen durch die Bildung spezifischer Fallgruppen von Wettbewerbsabreden, die in der Regel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, ein gewisses Mass an Rechtssicherheit zu bieten.<sup>1281</sup>

Das europäische und das schweizerische Recht unterscheiden sich hinsichtlich ihrer ursprünglichen Regelungssystematik. Ersteres war als Verbots-, letzteres als Missbrauchsgesetzgebung konzipiert.<sup>1282</sup> Die Einteilung des schweizerischen Kartellrechts als Missbrauchsgesetzgebung bezieht sich auf Art. 96 Abs. 1 BV, wonach der Bund „Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen“ erlässt.<sup>1283</sup> Auf den ersten Blick verunmöglicht dieser Gegensatz den Erlass von Regeln i.S.d. Art. 6 Abs. 1 KG: Wo nichts verboten ist, kann auch nichts freigestellt werden.<sup>1284</sup> Diese Erkenntnis steht dem Erlass einer Verordnung oder Bekanntmachung allerdings nicht entgegen. Letztlich

<sup>1277</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 KG N 4.

<sup>1278</sup> HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 5.

<sup>1279</sup> STOFFEL, in: SIWR V/2, 126; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 1.

<sup>1280</sup> Bot. Rev. KG 95, 563; DUCREY, in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, N 1581; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 6; KRAUSKOPF/SCHALLER, BSK KG Art. 5 KG N 283; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 1.

<sup>1281</sup> GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG Art. 6 KG N 1.

<sup>1282</sup> Bot. Rev. KG 95, 562; HILTY, Lizenzvertragsrecht, 399; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 7; WEBER, in: SIWR V/2, 27; STOFFEL, in: Technologietransfer, 56 f.; VON BÜREN/LANG, in: FS Zäch, 243; ausführlich zu den beiden Systemen KOSTKA, N 17 f.; zur den Entwicklungen in der Anfangsphase des schweizerischen Kartellrechts N 659 ff.

<sup>1283</sup> Diese Formulierung wird in Art. 1 KG, dem Zweckartikel des Kartellgesetzes, wiederholt.

<sup>1284</sup> „Eine eigentliche Freistellung wäre m.a.W. im Rahmen einer Missbrauchsgesetzgebung systemwidrig“, so die Bot. Rev. KG 95, 562; HOCH CLASSEN, 305; kritisch HILTY, Lizenzvertragsrecht, 427.

kann ein Verhalten auch ohne generelles Verbot explizit erlaubt werden.<sup>1285</sup> Richtigerweise ist die Formulierung in Art. 96 Abs. 1 BV als Zielvorgabe zu verstehen.<sup>1286</sup> Eine Beschränkung des Instrumentariums, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll, ergibt sich aus Art. 96 BV nicht.<sup>1287</sup> So stellte das Bundesgericht fest: „Aus Art. 96 Abs. 1 BV folgt im Interesse der [...] volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen kein ‚Verbot der Verbotsgesetzgebung‘.“<sup>1288</sup>

Ohnehin bewegen sich die zwei Systeme (schweizerische Missbrauchs- und europäische Verbotsgesetzgebung) seit geraumer Zeit aufeinander zu. Spätestens seit Einführung der direkten Sanktionen i.S.d. Art. 49a KG kann in der Schweiz von einem Missbrauchsprinzip im traditionellen Sinn nicht mehr die Rede sein.<sup>1289</sup> Andererseits wurde der europäische Übergang vom Anmelde- und Genehmigungssystem zum Grundsatz der Legalausnahme mit Erlaubnisvorbehalt als Mischform von Verbots- und Missbrauchssystem bezeichnet.<sup>1290</sup> Dies stiess auf erhebliche Kritik, unter anderem, weil vermutet wurde, dass es fortan (in der Hoffnung, in der Masse nicht aufzufallen), zu einem Anstieg von Wettbewerbsabreden kommen würde.<sup>1291</sup> Nach ZÄCH ist der Unterschied schon lange Makulatur geworden. Einer modernen Kartellgesetzgebung stünden lediglich die verschiedenen Varianten der Verbotsgesetzgebung zur Verfügung, etwa eine Verbotsgesetzgebung mit Erlaubnisvorbehalt (wie im System der EU vor 2004) und ein System der Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme, zu welchem er die Regeln in der Schweiz und der EU nach 2004 zählt.<sup>1292</sup> Letztlich würden sich die zwei vermeintlich so grundlegend verschiedenen Systeme in ihren Ergebnissen kaum unterscheiden.<sup>1293</sup>

Ein gewichtiger Unterschied zwischen Art. 6 Abs. 1 lit. d KG und dem europäischen Recht ist, dass eine auf die schweizerische Norm gestützte Verord-

---

<sup>1285</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 427.

<sup>1286</sup> HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 46 f. m.w.H.

<sup>1287</sup> KOSTKA, N 744; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 1 KG N 9; VON BÜREN/LANG, in: FS Zäch, 243.

<sup>1288</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.4; dazu bereits BGE 135 II 60 – *Domestic Interchange Fee*, E. 3.3.1; ebenso HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 47; HILTY/FRÜH, in: Revision Kartellgesetz, 99.

<sup>1289</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 7.2.1; BALDI/SCHRANER, AJP 2015, Urteile, 272 f.; STOFFEL, in: Technologietransfer, 56 f.; KOSTKA, N 19 f.

<sup>1290</sup> EMMERICH, wtp 2000, 858; IMMENGA, EuZW 1999, 609; MESTMÄCKER, EuZW 1999, 523.

<sup>1291</sup> Dazu vertieft REINHARDT, 315 ff.

<sup>1292</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 129.

<sup>1293</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 130.

nung oder Bekanntmachung keine Vermutung der Rechtfertigung statuiert.<sup>1294</sup> Art. 6 Abs. 1 KG enthält die Einschränkung, dass die in Abs. 2 genannten Abredetypen nur „in der Regel“ gerechtfertigt sein sollen. Diese Formulierung schwächt die durch den Erlass einer Bekanntmachung oder Verordnung angestrebte Rechtssicherheit wieder ab.<sup>1295</sup> Denn im Unterschied zur EU mit ihrer TT-GVO können sich die Rechtsunterworfenen in der Schweiz nicht darauf verlassen, dass ihre Abrede nicht gegen das Kartellrecht verstösst.<sup>1296</sup> Das Risiko besteht, dass die Wettbewerbskommission einer solchen Abrede im Einzelfall die wirtschaftliche Effizienz abspricht und sie letztlich als unzulässig qualifiziert.<sup>1297</sup> Da eine gestützt auf Art. 6 Abs. 1 lit. d KG ergangene Verordnung oder Bekanntmachung nur als Zulässigkeitsvermutung, nicht aber als generelle Erlaubnis gewertet werden kann, wäre eine Abrede ex tunc unzulässig. Insgesamt ist aber jeder Zugewinn an Rechtssicherheit bei der Anwendung des Art. 5 KG wünschenswert.<sup>1298</sup>

---

<sup>1294</sup> Vgl. aber SCHLUEP, sic! 1997, 23, mit der Bezeichnung als gesetzestechnische Effizienzvermutung; UNTERNÄHRER, 89 f.

<sup>1295</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 428 ff.; HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 50.

<sup>1296</sup> Freilich gibt es auch in der EU gestützt auf Art. 6 TT-GVO die Möglichkeit des Entzugs der Freistellung im Einzelfall. Bis anhin ist jedoch kein Anwendungsfall dieser Norm bekannt, vgl. auch SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 285.

<sup>1297</sup> HILTY, Lizenzvertragsrecht, 428 m.w.H.; MEIER-SCHATZ, AJP 1996, 822.

<sup>1298</sup> NEFF, BSK KG, Art. 6 KG N 3; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 KG N 1.

## Kapitel 5: Vorschlag einer lizenzkartellrechtlichen Regelung

Aus der bisherigen Analyse ergeben sich gewisse Forderungen, die ein schweizerisches Lizenzkartellrecht, das diesen Namen verdient, zu erfüllen hat. Die Komplexität der diversen wirtschaftlichen Vorgänge im Wettbewerb ist hoch und diese Parameter zu antizipieren und steuern, schwierig.<sup>1299</sup> Letztlich hängt die Entscheidung, welcher Weg der richtige ist, auch vom wettbewerbspolitischen Leitbild ab. Nachstehend finden sich verschiedene Denkanstösse zu diesem bedeutenden Regelungskomplex, dem in der Schweiz bisher zu wenig Beachtung geschenkt wurde.

### I. Form

Art. 6 KG erwähnt als mögliches Instrument zur Regelung von Gruppen wirtschaftlich gerechtfertigter Abreden eine Verordnung des Bundesrats oder eine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Hinsichtlich ihres möglichen Inhalts unterscheiden sich die beiden nicht, jedoch bezüglich ihrer Verbindlichkeit.

Verordnungen sind für die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte verbindlich, was zu einer erhöhten Rechtssicherheit beiträgt. Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission haben demgegenüber ein geringeres Mass an Rechtssicherheit. Sie sind Absichtserklärungen, welche die Wettbewerbskommission binden,<sup>1300</sup> nicht aber die Rechtsmittelinstanzen.<sup>1301</sup> Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission kommt indes eine faktische Bindungswirkung zu, weil sich die Gerichte in der Regel vertieft mit ihnen auseinandersetzen.<sup>1302</sup> Der Stellenwert der Bekanntmachungen zeigt sich im Übrigen darin, dass die Änderung einer Bekanntmachung eine Praxisänderung darstellt und nur unter besonderen Umständen möglich ist.<sup>1303</sup> Dass kon-

---

<sup>1299</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 76.

<sup>1300</sup> ZÄCH, Kartellrecht, N 502; STOFFEL, in: SIWR V/2, 127; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 21; SCHWAAB, 287.

<sup>1301</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.3; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 21; NEFF, BSK KG, Art. 6 KG N 27; VON BÜREN/LANG, in: FS Zäch, 255.

<sup>1302</sup> Statt vieler: BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.3; BVGer B-846/2015 – *Hors Liste*, E. 2.2; BVGer B-581/2012 – *Nikon*, E. 7.3.3; NEFF, BSK KG, Art. 6 KG N 28.

<sup>1303</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.3.

kretisierende Ausführungen einer Kartellbehörde keine Verbindlichkeit haben müssen, um das Bedürfnis nach Orientierung der Rechtsunterworfenen zu erfüllen, zeigt sich am Beispiel der TT-Leitlinien der Europäischen Kommission.<sup>1304</sup> Im Übrigen ist es auch denkbar, dass eine Bekanntmachung, die sich praktisch bewährt hat, in eine Verordnung überführt wird, um den Grad an Rechtsverbindlichkeit zu stärken.<sup>1305</sup>

Der Bundesrat hat bislang darauf verzichtet, eine Verordnung i.S.d. Art. 6 KG zu erlassen. Demgegenüber hat die Wettbewerbskommission bisher fünf Bekanntmachungen erlassen. Es ist also wahrscheinlicher, dass die kartellrechtlichen Anforderungen an Exklusivlizenzen in einer Bekanntmachung der Wettbewerbskommission geregelt würden.<sup>1306</sup> Gerade für das Lizenzkartellrecht als dynamisches Rechtsgebiet ist eine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission einer Verordnung vorzuzugswürdig. Wichtig ist aber vor allem, dass überhaupt eine Orientierungshilfe für die Vertragsparteien eines Lizenzvertrags besteht, und weniger, woraus sich diese ergibt.

## II. Materielles

Die Schweiz ist völkerrechtlich nicht dazu verpflichtet, ihr Kartellrecht an jenes der EU anzugleichen. Sie kann ihre Regeln autonom so gestalten, wie es wettbewerbspolitisch geboten ist.<sup>1307</sup> Das europäische Recht kann und sollte nach den bisherigen Erkenntnissen dieser Untersuchung aber eine Richtschnur für das schweizerische Lizenzkartellrecht sein.

Die Orientierung am europäischen Lizenzkartellrecht ist kein Selbstzweck. Sowohl aus ökonomischer als auch aus wettbewerbspolitischer Perspektive ist das europäische Recht die wichtigste Referenzordnung für das schweizerische Kartellrecht.<sup>1308</sup> Eine Vielzahl international ausgerichteter Unternehmen ist auf dem schweizerischen und dem europäischen Markt tätig. Von den europäischen Vorgaben abweichende schweizerische Regeln sind für jene Unternehmen nicht von Vorteil, sondern erhöhen im Gegenteil deren Transaktionskosten und haben das Potenzial, den grenzüberschreitenden Handel zu

---

<sup>1304</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 I](#).

<sup>1305</sup> BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 KG N 4; NEFF, BSK KG, Art. 6 KG N 19; VON BÜREN/LANG, in: FS Zäch, 255 f.

<sup>1306</sup> NEFF, BSK KG, Art. 6 KG N 19.

<sup>1307</sup> DREXL, in: Revision Kartellgesetz, 23.

<sup>1308</sup> DREXL, in: Revision Kartellgesetz, 41.

hemmen.<sup>1309</sup> Die Anlehnung an das europäische Recht hätte den Vorteil, dass auf bestehende Regeln verwiesen wird, die sich grösstenteils bewährt haben und die bereits eingehend analysiert wurden. Nach dem Bundesgericht, welches sich auf die parlamentarische Debatte zum Kartellgesetz bezieht, sollten die beiden Rechtsordnungen in ihren Ergebnissen bis auf Ausnahmefälle übereinstimmen, wenn auch die Methodik nicht zwingend dieselbe sein muss.<sup>1310</sup>

Trotzdem unterscheidet sich die Schweiz von der EU in mancher Hinsicht, unter anderem bezüglich ihrer Grösse, aber auch hinsichtlich des Zwecks ihres Kartellrechts.<sup>1311</sup> Konsequenterweise ist in einer schweizerischen Regelung spezifisch schweizerischen Anliegen wie etwa dem erhöhten Schädlichkeitspotenzial absoluten Gebietsschutzes für kleine Länder durch ein „swiss finish“ Rechnung zu tragen. Der nachstehende Vorschlag zeigt auf, wie ein schweizerisches Lizenzkartellrecht für den Bereich der Exklusivlizenzen, das unabhängig vom, im Grossteil seiner Ergebnisse aber ähnlich wie das europäische Recht ist, aussehen könnte.

## 1. Anwendungsbereich

Art. 6 Abs. 1 lit. d KG erwähnt Rechte des geistigen Eigentums. Aus den Materialien wird nicht ersichtlich, wie der Begriff des geistigen Eigentums zu verstehen ist und ob er sich mit demjenigen des Art. 3 Abs. 2 KG überschneidet. Bezüglich Art. 3 Abs. 2 KG äussert sich die Botschaft dahingehend, dass alle Regelungen des Immaterialgüterrechts erfasst sind, die dem Berechtigten ein besonderes Recht verleihen.<sup>1312</sup>

Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. d KG ist Know-how nicht erfasst, verleiht es dem Inhaber doch kein Ausschliesslichkeitsrecht (wohl aber lauterkeitsrechtliche Abwehransprüche<sup>1313</sup>). Die positiven und negativen Auswirkungen von Know-how-Lizenzen unterscheiden sich nicht wesentlich von denjenigen, die Lizenzen an Immaterialgüterrechten verursachen.<sup>1314</sup> Beide Lizenzarten können das Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz erfüllen. Auch

---

<sup>1309</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 288.

<sup>1310</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1311</sup> Vgl. zum Kampf gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ ZÄCH, SJZ 2009, 309; HILTY/FRÜH, *sic!* 2010, 879; WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 181 f.; HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 63; STURNY, 145; SCHRANER, N 434; KÜNZLER, 316.

<sup>1312</sup> Bot. Rev. KG 95, 541.

<sup>1313</sup> Vgl. Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG.

<sup>1314</sup> SCHWAAB, 75 ff.; BARTENBACH, N 2720.

die Weitergabe nichtpatentierten technologischen Wissens hat positive Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Gesellschaft, da erst diese Anwendungsmöglichkeiten den Wettbewerb in neuen Bereichen ermöglichen können.<sup>1315</sup> Die Weitergabe von Know-how hat häufig einen ebenso grossen Stellenwert für die Vertragsparteien wie die Lizenzierung von Schutzrechten.<sup>1316</sup> Für die Know-how-Lizenzierung ist die Rechtssicherheit besonders wichtig, da einmal geteiltes Wissen nicht mehr zurückgeholt und der Kreis der Wissensträger nicht mehr verkleinert werden kann.<sup>1317</sup> Im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 KG, aus dem sich die Beurteilungsparameter der wirtschaftlichen Effizienz ergeben, spricht die Botschaft davon, dass Know-how-Lizenzverträge unter den Rechtfertigungsgrund der Verbreitung technischen Wissens fallen können.<sup>1318</sup> In dieser Hinsicht ist die Formulierung des Art. 6 Abs. 1 lit. d KG zu eng. Der Begriff des geistigen Eigentums in Art. 3 Abs. 2 KG stimmt nicht mit demjenigen in Art. 6 Abs. 1 lit. d KG überein.<sup>1319</sup>

In praktischer Hinsicht wiegt die Unklarheit, ob Know-how zum Begriff des geistigen Eigentums i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG zu zählen ist, aber nicht allzu schwer. Aus der Botschaft ergibt sich, dass die Aufzählung der Regelbeispiele in Art. 6 Abs. 1 lit. a-e KG weder abschliessend noch als Prioritätenliste zu verstehen ist.<sup>1320</sup> Sowohl die Wettbewerbskommission als auch der Bundesrat wären im Falle des Erlasses einer Bekanntmachung bzw. Verordnung also frei, auch die Lizenzierung von Know-how zu behandeln und so einen ebenso breiten Anwendungsbereich wie die TT-GVO zu schaffen. Angesichts des Umstands, dass Know-how in vielen Situationen eine ähnlich hohe Relevanz für die wirtschaftliche Effizienz wie Immaterialgüterrechten zukommt, wäre es wünschenswert, dass eine Bekanntmachung oder Verordnung nicht nur Immaterialgüterrechte, sondern auch Know-how erfasst.<sup>1321</sup>

Die materiellen Kriterien der Effizienzrechtfertigung ergeben sich aus Art. 5 Abs. 2 KG. Für eine Verordnung oder Bekanntmachung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG sind die Kriterien der Förderung der Forschung sowie der Verbrei-

---

<sup>1315</sup> SINGER, 259, 263.

<sup>1316</sup> BARTENBACH, N 2532.

<sup>1317</sup> BARTENBACH, N 2534.

<sup>1318</sup> Bot. Rev. KG 95, 559.

<sup>1319</sup> Zum Ganzen HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 24.

<sup>1320</sup> Bot. Rev. KG 95, 563.

<sup>1321</sup> BARTENBACH, N 2532; GRABER CARDINAUX/MASCHEMER, Dike KG, Art. 6 KG N 244; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 205 f.

tung technischen und beruflichen Wissens relevant.<sup>1322</sup> Das europäische Recht stellt in der TT-GVO Technologietransfer-Vereinbarungen<sup>1323</sup> gruppenweise vom Kartellverbot frei, sofern sie sich unterhalb einer gewissen Marktanteilsschwelle bewegen. Die Kommission geht davon aus, dass diese effizienzsteigernd sind, weil sie den parallelen Forschungs- und Entwicklungsaufwand reduzieren, den Anreiz zur Aufnahme von Forschungs- und Entwicklungsarbeiten stärken, Anschlussinnovationen fördern, die Verbreitung der Technologie erleichtern und den Wettbewerb auf den Produktmärkten beleben können.<sup>1324</sup> Sowohl die TT-GVO als auch eine Verordnung oder Bekanntmachung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG sollen also die Forschung und die Verbreitung technischen Wissens fördern.

Die Technologierechte i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO<sup>1325</sup> sind funktional betrachtet Innovations- bzw. Kreationsschutzrechte.<sup>1326</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. d KG verwendet den weiteren Begriff des geistigen Eigentums. Dieser umfasst alle Immaterialgüterrechte, auch solche, die kein technisches oder berufliches Wissen schützen. Nicht alle Immaterialgüterrechte sind gleichzeitig Technologierechte.<sup>1327</sup> Bezweckt eine Verordnung oder Bekanntmachung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG ebenso wie die TT-GVO, technische Innovationen zu fördern, erweist sich der Anwendungsbereich der schweizerischen Norm als zu weit. Denn während Urheberrechte an Software eine technische Dimension aufweisen, fehlt den übrigen Urheberrechten eine solche. Auch einer Markenlizenz mangelt es an technischem Wissen, das verbreitet werden könnte. Es findet kein Transfer technischen oder beruflichen Wissens statt, und auch die Forschung wird nicht gefördert. Die für die ausschliessliche Lizenzierung geistigen Eigentums relevanten Effizienzgründe liegen bei Marken- und Urheberrechtslizenzen (vorbehaltlich Software-Urheberrechten) also regelmässig nicht vor. Das bedeutet nicht, dass Marken- oder Urheberrechtslizenzen die Kriterien des Art. 5 Abs. 2 KG nicht erfüllen können; die Effizienzprüfung

---

<sup>1322</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 I 4](#) und [Teil 3 Kapitel 2 II 2.2 c](#).

<sup>1323</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO; vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 2](#).

<sup>1324</sup> Erwägungsgrund 4 TT-GVO.

<sup>1325</sup> Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO sind Know-how, Patente, Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster, Topografien von Halbleiterprodukten, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche Schutzzertifikate vergeben werden können, Sortenschutzrechte und Software-Urheberrechte einschliesslich Anträgen auf Gewährung bzw. Registrierung dieser Rechte sowie Kombinationen daraus Technologierechte.

<sup>1326</sup> KUR/SCHOVSBO, in: Intellectual Property Rights, 410 f.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 241.

<sup>1327</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 1 Kapitel 1 II 1](#).



sollte wie gesetzlich vorgesehen erfolgen. Nach den vorstehenden Erwägungen sollte der sachliche Anwendungsbereich einer Verordnung oder Bekanntmachung gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. d KG aber ausschliesslich Technologierechte umfassen.

Die Frage, wann eine Übertragung von Technologierechten vom Anwendungsbereich einer Bekanntmachung oder Verordnung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG erfasst ist, sollte wie in der TT-GVO nach Risikogesichtspunkten beantwortet werden.<sup>1328</sup> Analog zu Art. 1 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO sollte diese nur dann von der Verordnung oder Bekanntmachung erfasst sein, wenn das Ziel in der Produktion von Vertragsprodukten besteht und das mit der Verwertung der Technologierechte verbundene Risiko zum Teil beim Veräusserer verbleibt. Übertragungen im dogmatischen Sinn, also Austauschgeschäfte ohne nachvertragliche Bindung der Parteien, sollten wie in der TT-GVO auch in der schweizerischen Regelung nicht erfasst sein.<sup>1329</sup>

## 2. Beschränkung auf Regelfälle

Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG sind in einer Verordnung oder einer Bekanntmachung Abreden zu bezeichnen, die in der Regel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können. Im Vergleich zur TT-GVO weist eine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission also zwei Schwachpunkte auf. Einerseits bindet sie nur die Wettbewerbskommission, nicht aber die Gerichte. Andererseits verweist der Passus „in der Regel“ auf Szenarien, in denen trotz der Erfüllung der Anforderungen der Bekanntmachung eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die nicht gerechtfertigt werden kann. Diese Einschränkung hat den Nachteil der verminderten Rechtssicherheit. Es werden keine verlässlichen Hinweise auf zulässige Klauseln gegeben, sondern lediglich Zulässigkeitsvermutungen geschaffen.<sup>1330</sup> Diesem Unsicherheitsfaktor könnte jedoch nur mit einer Anpassung des Gesetzestextes begegnet werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass bisher nur „Regelfälle“ vorlagen; die Wettbewerbskommission hat, soweit ersichtlich, noch keinen Sachverhalt entgegen einer ihrer Bekanntmachungen beurteilt.

Letztlich verschafft die Einschränkung, dass die aufgezählten Verhaltensweisen bloss in der Regel als gerechtfertigt angesehen werden, der Wettbewerbs-

---

<sup>1328</sup> Vgl. dazu vorne die Ausführungen in [Teil 1 Kapitel 1 II 2](#).

<sup>1329</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 243, 289 m.w.H.

<sup>1330</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 203, auch eine Verordnung des Bundesrats i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG wäre nicht frei von diesem Nachteil.

behörde den nötigen Spielraum, um jeden Sachverhalt einzelfallgerecht beurteilen zu können. Dies entspricht Art. 6 TT-GVO, wonach die Kommission die Möglichkeit hat, die Freistellung im Einzelfall wieder zu entziehen. Auch wenn bis anhin kein solcher Fall bekannt ist,<sup>1331</sup> zeigt dies, dass auch das europäische Recht eine Möglichkeit vorsieht, im Einzelfall von einer Freistellung abzuweichen.

Ohne die Einschränkung auf Regelfälle würde die Bekanntmachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. d KG Verhaltensweisen aufzählen, die in jedem Fall durch wirtschaftliche Effizienzgründe gerechtfertigt wären. Dies hätte wohl ähnliche Folgen wie die „weissen Klauseln“, die in der TT-GVO 96 und ihrer Vorgängerverordnungen zu finden waren. Die vermeintliche Sicherheit, dass gewisse Klauseln explizit zulässig sind, verkehrt sich in einen „Zwangsjackeneffekt“, welcher den Gestaltungsspielraum der Parteien eines Lizenzvertrags schmälert.<sup>1332</sup>

### 3. Marktanteilsschwellen

Nach dem Vorbild der Vertikalbekanntmachung<sup>1333</sup> und der TT-GVO<sup>1334</sup> sollte die Bekanntmachung über Exklusivlizenzen Marktanteilsschwellen definieren, bei deren Unterschreiten in der Regel das Vorliegen wirtschaftlicher Effizienz anzunehmen ist. Die Marktmacht der Parteien ist auch bei Lizenzverträgen ein entscheidender Faktor für das wettbewerbsschädigende Potenzial einer Vereinbarung.<sup>1335</sup> Ein konkreter Vorschlag, wo genau diese Schwelle bei den verschiedenen Typen von Lizenzverträgen anzusetzen ist, d.h. ab welchem Grad von Marktpräsenz ein Lizenzvertrag vermutungsweise wettbewerbsschädliche Auswirkungen hat, ist in der Literatur nicht zu finden.<sup>1336</sup> Letztlich ist dies eine ökonomische Frage, die vor der Einführung von Marktanteilsschwellen

---

<sup>1331</sup> SCHWEDA/GIESEN, Loewenheim *et al.*, TT-GVO, N 285.

<sup>1332</sup> LÜBBIG, GRUR 2004, 485; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, TT-GVO, N 175; EICKHOFF/WISSEL, WuW 2004, 1244; ECKARD, 458; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 12; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1297; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 74; FUCHS, Immenga/Mestmäcker, VO 316/2014, Allgemeines N 15; NAGEL, MüKo EuWettbR, Technologie-GVO, Einleitung N 65; FEIL, Lizenzkartellrecht, 135 f., 144 f.; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438.

<sup>1333</sup> Ziff. 13 und 16 Abs. 2 VertBek.

<sup>1334</sup> Art. 3 TT-GVO.

<sup>1335</sup> Erwägungsgrund 5 TT-GVO, diese Erkenntnis gilt ebenso für die Situation in der Schweiz.

<sup>1336</sup> Nach HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 248, sind die Marktanteilsschwellen für die Schweiz aber höher anzusetzen als jene des europäischen Rechts.

im schweizerischen Lizenzkartellrecht empirisch untersucht werden müsste. Nachstehend sind einige Kriterien aufgeführt, welche die Höhe der Marktanteilsschwellen massgeblich beeinflussen sollten.

### 3.1 Ganzheitlicher Schutz des Wettbewerbs

Nimmt das Kartellrecht für sich in Anspruch, den gesamten Teil der Wertschöpfungskette zu erfassen, reicht es nicht aus, lediglich das Wettbewerbs-handeln auf dem Produktmarkt zu beaufsichtigen. Auch die vorgelagerten Marktebenen, insbesondere die des Handels mit Technologien, sind zu berücksichtigen.<sup>1337</sup> Die Schweiz ist hier gefordert, da sich das Konzept der Technologie- bzw. Innovationsmärkte in der schweizerischen Praxis bis anhin noch nicht etablieren konnte.<sup>1338</sup> Die Erfassung der gesamten Wertschöpfungskette ist jedoch Voraussetzung für die ganzheitliche Beurteilung exklusiver Lizenzvereinbarungen.<sup>1339</sup>

Eine Bekanntmachung i.S.d Art. 6 Abs. 1 lit. d KG hätte folglich nicht nur den Produkt-, sondern auch den Technologiemarkt zu umfassen und für beide gesonderte Marktanteilsschwellen zu definieren. Die Handhabung der Marktanteilsschwellen auf den verschiedenen Stufen ist in der EU zu undifferenziert. Die Schwellenwerte für den Produkt- und Technologiemarkt sind gleich hoch.<sup>1340</sup> Den besonderen Charakteristika des Technologiemarktes wird auf diese Weise zu wenig Rechnung getragen.<sup>1341</sup> Hier bietet sich der Schweiz die

---

<sup>1337</sup> HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 28 f.; HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 237; PICHT, sic! 2019, 343.

<sup>1338</sup> Die Wettbewerbskommission hat in der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Ancor/SIDEL/JV*, N 12, das Bestehen eines Technologiemarktes als denkbar bezeichnet. Letztlich liess sie offen, ob es im vorliegenden Fall einen separaten Technologiemarkt gebe oder ob Technologie und Maschinen zum selben Markt gehören. In der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Carl Zeiss AG/Deutsche Telekom AG*, N 17, hielt die Wettbewerbskommission fest, zurzeit würde noch kein Technologiemarkt bzw. würden noch keine Technologiemarkte bestehen, dieser bzw. diese seien jedoch im Entstehen begriffen. Für eine Erfassung von Technologie- und Innovationsmärkten in der Schweiz HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 236 ff.

<sup>1339</sup> Wobei auf eine Kontrolle des Innovationsmarktes eher zu verzichten ist, solange sich auch die Europäische Kommission eine gewisse Zurückhaltung auferlegt, vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 IV 2.2 c.](#)

<sup>1340</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 IV 2.2.](#)

<sup>1341</sup> FRÜH, 315; Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 2004, 218 f.; Max-Planck-Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, IIC 2004, 188 ff.; GRÜNOGEL, 288.

Chance, nach einer präzisen Analyse der Technologiemarkte eine passendere Regelung zu finden, die speziell auf den Schutz des Technologiewettbewerbs zugeschnitten ist.<sup>1342</sup>

### 3.2 Berücksichtigung der Wettbewerbereigenschaft

Die Aufnahme von dem Produktmarkt vorgelagerten Marktebenen in die kartellrechtliche Bewertung hätte zur Folge, dass die an sich etablierte, im lizenzvertraglichen Kontext aber ohnehin schwierige Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Beschränkungen weiter an Klarheit verlieren würde.<sup>1343</sup> Sind zwei Unternehmen auf der Technologieebene, nicht aber auf dem Produktmarkt Konkurrenten, kann ein Lizenzvertrag nicht mehr klar einer klassischen Kategorie zugeordnet werden.<sup>1344</sup> Der Einbezug des Technologiemarktes führt häufig zu „diagonalen“ Konstellationen.<sup>1345</sup> Dies ist indes kein Argument gegen die Aufnahme des Technologiemarktes in die kartellrechtliche Kontrolle, sondern gegen die Einteilung von Lizenzverträgen in horizontale und vertikale Abreden. Überzeugender wäre es, der Terminologie der europäischen Regelung zu folgen und auf das Konkurrenzverhältnis abzustellen,<sup>1346</sup> also zu untersuchen, ob sich die beiden Unternehmen auf dem relevanten Technologie- oder Produktmarkt konkurrenzieren.

Hintergrund der Unterscheidung zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern ist, dass die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb bei Vereinbarungen zwischen Konkurrenten grösser sind, als wenn die Vertragspar-

---

<sup>1342</sup> FRÜH, 315.

<sup>1343</sup> So bereits SCHLUEP, sic! 1997, 23 m.w.H; vgl. auch die Ausführungen dazu vorne in [Teil 3 Kapitel 2 II](#).

<sup>1344</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 124 ff., 209 f., 239; HILTY, BSK KG, Art. 6 Abs. 1 lit. d KG N 18 ff.

<sup>1345</sup> Vgl. die Darstellung zum europäischen Recht von KELLEZI, sic! 2005, 556

<sup>1346</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 IV 2.1](#).

teien auf dem relevanten Markt nicht konkurrieren.<sup>1347</sup> Wertungsmässig hätte diese Umstellung für das schweizerische Kartellrecht keinen grossen Unterschied zur Folge. Bereits im geltenden Recht werden horizontale Vereinbarungen strenger beurteilt als vertikale. Die terminologische Anpassung würde den spezifischen Anforderungen des Lizenzkartellrechts aber besser gerecht.<sup>1348</sup>

Bezüglich Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern unterscheidet das europäische Recht wechselseitige und nicht wechselseitige Vereinbarungen, da diese ein jeweils unterschiedlich hohes Schädlichkeitspotenzial für den Wettbewerb haben.<sup>1349</sup> Hintergrund ist, dass jeder Lizenzvertrag seinen Kern auf der Technologieebene findet. Lizenziert der Lizenzgeber eine Technologie, damit der Lizenzgeber Produkte herstellen und verkaufen kann, führt dies tendenziell zu mehr Wettbewerb zwischen den verschiedenen Akteuren auf der Ebene des Produktmarkts.<sup>1350</sup> Lizensieren sich hingegen beide Unternehmen ihre möglicherweise komplementären Rechte wechselseitig (Kreuzlizenz), erhöhen sie die Marktzutrittsschranken für potenzielle Wettbewerber sowohl auf dem Technologie- als auch auf dem Produktmarkt.<sup>1351</sup>

Die europäische Systematik, die einerseits zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern und andererseits zwischen wechselseitigen und nicht wechselseitigen Vereinbarungen unterscheidet, überzeugt und sollte Eingang in eine Bekanntmachung oder Verordnung i.S.d. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG finden.

---

<sup>1347</sup> Während etwa Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern auf dem Technologiemarkt den Technologienwettbewerb und den technologieinternen Wettbewerb beschränken können, ist in einer Vereinbarung zwischen Nichtwettbewerbern nur eine Beschränkung des technologieinternen Wettbewerbs möglich. Dies spricht für eine grosszügigere Behandlung von Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern, vgl. HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 143; JESTAEDT, Langen/Bunte, Lizenzkartellrecht, N 1316; LORENZ, Berg/Mäsch, GVO-TT, Art. 4 N 6; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER, EWS 2004, 438; FEIL, Lizenzkartellrecht, 260 f.; BAUER, Liebscher/Flohr/Petsche, Technologietransfer, N 68; KÉLLEZI, sic! 2005, 555; GROSS, N 676; OECD, Licensing of IP Rights and Competiton Law, N 50.

<sup>1348</sup> Vgl. SCHLUEP, sic! 1997, 23, zur schwierigen Zuteilung von Lizenzverträgen in vertikale und horizontale Wettbewerbsabreden; BORER, OFK Wettbewerbsrecht I, Art. 6 N 30.

<sup>1349</sup> N 98 TT-Leitlinien.

<sup>1350</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 252. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn ein Lizenzgeber eine weltweite Exklusivlizenz weltweit erteilt sich vollständig zurückzieht.

<sup>1351</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 252.

#### 4. Besonders schädliche Abreden: Absoluter Gebiets- oder Kundenschutz

Die Vermutungstatbestände des KG erfüllen die gleiche Funktion wie die Kernbeschränkungen der TT-GVO. Beide bezeichnen besonders schädliche Abredeformen. Kann bei Abreden i.S.d. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG die Vermutung nicht umgestossen werden, ist eine Effizienzrechtfertigung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG ausgeschlossen. Sie können daher in einer Bekanntmachung nach Art. 6 Abs. 1 lit. d KG nur in diesem Sinne aufgeführt werden.

Im Unterschied zu Art. 5 Abs. 3 führt Art. 5 Abs. 4 KG lediglich Absprachen über die Zuweisung von Gebieten auf, nicht jedoch solche über die Zuweisung von Kunden. Grund dafür sind die im Entstehungsprozess geäusserten Bedenken, mit einer Aufnahme von Kundengruppenbeschränkungen in den Tatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG würde der selektive Vertrieb erschwert oder verunmöglicht.<sup>1352</sup> Dass dem nicht so sein muss und eine differenzierte Lösung möglich gewesen wäre, zeigt die europäische Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen.<sup>1353</sup> Darüber hinaus ist es erstaunlich, dass Kundenzuweisungen nicht in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführt werden, weil „der Wertungsgehalt der Vertikalabreden im KG mit demjenigen im europäischen Recht“ nach dem Verständnis des Bundesgerichts „praktisch deckungsgleich“<sup>1354</sup> sein soll.

Aktuell sind in der schweizerischen Praxis noch überwiegend Gebietsbeschränkungen zu beurteilen. Dies könnte sich bald ändern, da es Unternehmen durch ihre immer grösser werdende Menge an Kundeninformationen möglich ist bzw. sein wird, spezifische Kundengruppen zu bilden und diese unterschiedlich zu behandeln.<sup>1355</sup> Im Rahmen einer lizenzkartellrechtlichen Bekanntmachung oder Verordnung wäre dieses Thema aufzugreifen.

##### 4.1 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

Art. 5 Abs. 4 KG verbietet absoluten Gebietsschutz, d.h. eine exklusive Gebietszuweisung verbunden mit dem Ausschluss aktiver und passiver Verkäufe. Der Terminus „Vertriebsvertrag“ wird dabei umfassend verstanden, sodass die

---

<sup>1352</sup> Votum BÜTTIKER, AB 2003 S, 330 f.

<sup>1353</sup> Vgl. die Ausnahmen in Art. 4 lit. b Vertikal-GVO.

<sup>1354</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.3.4.

<sup>1355</sup> In diesem Sinne auch die Bedenken von HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 270.

Norm auch vertriebsbezogene Klauseln in Lizenzverträgen erfasst.<sup>1356</sup> Ist der Tatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt, ist *ex lege* davon auszugehen, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt ist. Es ist möglich, diese gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch den Beweis, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist (Beweis des Gegenteils), umzustossen.<sup>1357</sup> Dabei ist das Vorhandensein von Aussen- oder Innenwettbewerb nachzuweisen.<sup>1358</sup> Wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht umgestossen, ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht möglich. Eine auf Art. 6 Abs. 1 lit. d KG gestützte Verordnung oder Bekanntmachung über den Technologietransfer konkretisiert die Effizienzgründe i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG. Für diejenigen Fälle absoluten Gebietsschutzes, in denen die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht umgestossen werden konnte und kein Raum für eine Effizienzrechtfertigung besteht, hätte eine solche Verordnung oder Bekanntmachung folglich keine Bedeutung.

## 4.2 Erhebliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs

Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgezählten Abredetypen, zu denen auch absoluter Gebietsschutz zählt, stellen grundsätzlich eine erhebliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs dar.<sup>1359</sup> Solche Abreden, die den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, aber erheblich beschränken, sind einer Effizienzrechtfertigung zugänglich. An dieser Stelle könnte eine Art. 5 Abs. 2 KG konkretisierende Verordnung oder Bekanntmachung von Nutzen sein.<sup>1360</sup> Es ist zu untersuchen, ob und bis zu welchem Grad die Schweiz die Bestimmungen der TT-GVO übernehmen soll, um die grundsätzlich angestrebte Parallelität der beiden Regelungen zu erreichen.<sup>1361</sup> Um zu gleichen Ergebnissen wie die TT-GVO zu kommen, wären die Ausnahmebestimmungen in Art. 4 Abs. 1 lit. c i) und ii) sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO in die schweizerische Verordnung oder Bekanntmachung aufzunehmen.

<sup>1356</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.1.

<sup>1357</sup> ZIRLICK/BANGERTER, *Dike KG*, Art. 5 KG N 340.

<sup>1358</sup> Vgl. die Ausführungen dazu vorne in [Teil 3 Kapitel 2.1.2](#).

<sup>1359</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 5.2.5.

<sup>1360</sup> So wohl auch DIEBOLD/SCHÄKE, in: *New Developments*, 120, welche in der Einschränkung der grundsätzlichen Erheblichkeit von Vermutungstatbeständen einen Unsicherheitsfaktor sehen, da diese Formulierung impliziere, dass es Ausnahmen von der Grundregel geben könnte.

<sup>1361</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

a. *Konkurrierende Unternehmen*

Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO sieht eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots absoluten Gebietsschutzes vor.<sup>1362</sup> Voraussetzung ist, dass die Vereinbarung nicht wechselseitig ist und beide Abredepartner zusammen maximal einen Marktanteil von 20% auf dem relevanten Markt halten. Zudem darf sich die Abrede nur auf das Verhältnis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer beziehen, nicht aber auf die Stellung Dritter. Der Lizenzgeber kann all seinen Lizenznehmern verbieten, aktive oder passive Verkäufe in sein Exklusivgebiet oder an seine Exklusivkundengruppe zu tätigen. Ein Exklusivlizenznehmer kann sich dies nur vom Lizenzgeber zusichern lassen. Es wäre unzulässig, wenn der Lizenzgeber dem Lizenznehmer passive Verkäufe in ein Exklusivgebiet oder an eine Exklusivkundengruppe eines dritten Lizenznehmers verbietet. Ebenso wäre eine direkte Verständigung über den Ausschluss passiver Verkäufe unter Lizenznehmern unzulässig. Vorausgesetzt, es gibt mindestens zwei Lizenznehmer, besteht für diese ein gewisser Restwettbewerb durch die anderen Lizenznehmer, die passive Verkäufe in ihr Exklusivgebiet oder an ihre Exklusivkundengruppe tätigen können.

Die erwähnten Ausnahmen werden mit der wettbewerbsfördernden Verbreitung von Technologie begründet, auch wenn gleichzeitig davon ausgegangen wird, dass diesen Beschränkungen bereits unterhalb der Marktanteilsschwelle wettbewerbsbeschränkendes Potenzial zukommt.<sup>1363</sup> Dieser Anreiz sei aber notwendig, um den Lizenzgeber und/oder den Lizenznehmer dazu zu bewegen, in die lizenzierte Technologie zu investieren, so die Kommission.<sup>1364</sup> Diese Möglichkeit zur „räumlichen Arbeitsteilung“<sup>1365</sup> fördere den Technologietransfer.

Diese Erkenntnisse haben im Grundsatz auch für die Schweiz ihre Richtigkeit. Letztlich ist es der Inhaber eines Schutzrechts oder Know-hows, d.h. der Lizenzgeber, der darüber entscheidet, ob überhaupt Lizenzen vergeben werden. Die Sicherheit, dass dem Lizenzgeber in bzw. bei ihm exklusiv vorbehaltenen Gebieten oder Kundengruppen keine neue Konkurrenz durch seine eigenen Lizenznehmer droht, ermöglicht oft erst die Lizenzvergabe. Ohne diese Op-

---

<sup>1362</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.2.](#)

<sup>1363</sup> N 107 TT-Leitlinien.

<sup>1364</sup> N 107 TT-Leitlinien.

<sup>1365</sup> GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 826.



tion bestünde das Risiko, dass ein Lizenzgeber ganz auf die Lizenzierung verzichtet. Es ist daher legitim und wohl auch notwendig, Inhabern von Technologierechten auf diese Weise einen Anreiz zur Lizenzvergabe zu bieten.

In Bezug auf die Schweiz ist zu beachten, dass diese aufgrund ihres hohen Preisniveaus besonders verletzlich für absoluten Gebietsschutz ist.<sup>1366</sup> Zudem verfolgt das Kartellgesetz unter anderem das Ziel, die im Vergleich zum Ausland hohen Preise zu bekämpfen.<sup>1367</sup> Eine pauschale Übernahme des Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO ist daher abzulehnen. Mit den gesetzgeberischen Intentionen im Einklang stünde aber die Übernahme einer modifizierten Version. Zwar legt das schweizerische Kartellgesetz den Fokus auf den Preiswettbewerb, dies schliesst eine Förderung des Technologietransfers durch gewisse zeitlich beschränkte Massnahmen allerdings nicht aus. Der dynamische Wettbewerb wird durch die Lizenzierung von Technologierechten gestärkt, da diese zu einer Verbreitung von Technologien führt und die Marktteilnehmer zur Innovation anregt.<sup>1368</sup> Langfristig wird der Wettbewerb durch die Verbreitung neuer Technologie also nicht geschwächt, sondern gefördert, und nichts anderes als die Förderung des Wettbewerbs ist der Zweck des Kartellgesetzes.<sup>1369</sup> Denkbar wäre es, die Regelung des Art. 4 Abs. 1 lit. c i) TT-GVO zu übernehmen, die Möglichkeit der Vertragsparteien, passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des anderen zu beschränken, aber auf zwei Jahre zu limitieren. In dieser Zeit soll es dem Lizenznehmer möglich sein, Präsenz auf einem neuen Markt aufzubauen, ohne die Konkurrenz des möglicherweise erfahrenen Lizenzgebers zu fürchten.<sup>1370</sup> Während dieser zweijährigen Frist kann sich der Lizenznehmer im Markt etablieren und so den Grundstein für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit legen. Gleichzeitig stärkt ein zeitlich begrenzter Schutz bei Lizenzgebern die Bereitschaft zur Lizenzvergabe, da sie zumindest für den Anfang nicht mit neuer, selbstgeschaffener Konkurrenz rechnen müssen.

Art. 4 Abs. 1 lit. c ii) TT-GVO ermöglicht es dem Lizenzgeber, einen Lizenznehmer zu verpflichten, nicht aktiv in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe eines Drittlizenznehmers zu verkaufen. Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei Letzterem nicht um ein Unternehmen handelt, dass zum Zeit-

<sup>1366</sup> HILTY, sic! 2000, 234 f.

<sup>1367</sup> ZÄCH, SJZ 2009, 309; HILTY/FRÜH, sic! 2010, 879; WEBER/ZEIER, ZWeR 2005, 181 f.; HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 63.

<sup>1368</sup> N 9 TT-Leitlinien.

<sup>1369</sup> Vgl. Art. 1 KG.

<sup>1370</sup> GASTER, von der Groeben/Schwarze/Hatje, Nach Art. 101 AEUV, N 826.

punkt seiner Lizenzerteilung in Konkurrenz zum Lizenzgeber stand. Für einen Lizenznehmer wird die Problematik betreffend absolutem Gebietsschutz dadurch entschärft, dass stets ein gewisser Restwettbewerb existiert, wenn es mehrere Lizenznehmer gibt. Selbst in seinem Exklusivgebiet und bei seiner Exklusivkundengruppe muss der Exklusivlizenznehmer mit passiven Verkäufen von Drittlizenznehmern rechnen. In der Schweiz fällt relativer Gebietsschutz, d.h. der Ausschluss aktiver Verkäufe, nicht unter den Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 3 lit. c KG. Führt relativer Gebietsschutz zu einer erheblichen Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs, ist er unzulässig, wenn er nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden kann.<sup>1371</sup>

### b. Nicht konkurrierende Unternehmen

Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO eröffnet dem Lizenzgeber die Möglichkeit zum absoluten Gebiets- bzw. Kundenschutz: Er kann jedem Lizenznehmer verbieten, in das ihm vorbehaltenes Gebiet oder an die ihm vorbehaltene Kundengruppe zu verkaufen.<sup>1372</sup> Begründet wird dies wiederum damit, dass ein Inhaber von Technologierechten in der Regel nur unter diesen Bedingungen bereit sein wird, eine Lizenz zu vergeben.<sup>1373</sup> Ohne diese Optionen könnte es vorkommen, dass gar keine Lizenz vergeben und kein Technologietransfer stattfinden wird.

Würden die europäischen Ausnahmen übernommen, könnte sich ein Lizenzgeber die Schweiz als Exklusivgebiet vorbehalten.<sup>1374</sup> Angesichts des hohen Preisniveaus in der Schweiz ist dies kein unrealistisches Szenario. Hier müsste der Bekanntmachungs- bzw. Ordnungsgeber abwägen, ob mehr Wert auf den Preiswettbewerb und den Kampf gegen die „Hochpreisinsel“ oder die wettbewerbsförderlichen Aspekte des Technologietransfers gelegt werden soll. Dies ist eine (rechts-)politische Frage.<sup>1375</sup> Dabei ist einerseits zu bedenken, dass absoluter Gebietsschutz auf kleine Volkswirtschaften andere Auswirkun-

---

<sup>1371</sup> Vgl. die Ausführungen vorne in [Teil 3 Kapitel 2 II 3](#).

<sup>1372</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.2](#).

<sup>1373</sup> Vgl. N 121 TT-Leitlinien.

<sup>1374</sup> Dies hatte die Beschwerdeführerin in Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 165, vorgebracht. Die Wettbewerbskommission verwarf dieses Argument allerdings, unter anderem, weil ein expliziter Hinweis darauf im Lizenzvertrag fehlte.

<sup>1375</sup> Dass die Verhinderung der Gebietsabschottung in der Schweiz ein weit verbreitetes und populäres Anliegen ist, zeigt sich beispielsweise im Zustandekommen der Eidgenössischen Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise“.

gen hat als auf vereinheitlichte Binnenmarkträume, wie die EU einer ist.<sup>1376</sup> Weiter hat das schweizerische Kartellgesetz unter anderem die Zielsetzung, der „Hochpreisinsel Schweiz“<sup>1377</sup> entgegenzutreten.<sup>1378</sup> Dazu sind Vorschriften geboten, die spezifisch die Unzulässigkeitsvorschriften und deren Durchsetzung in Bezug auf marktabschottende Praktiken verbessern.<sup>1379</sup> Zum anderen wird ein Inhaber von Technologierechten regelmässig nur dann zu einer Lizenzierung bereit sein, wenn er ein gewisses Mass an Kontrolle behält und ausschliessen kann, dass er sich dadurch in seinem Exklusivgebiet oder bei seiner Exklusivkundengruppe selbst Konkurrenz schafft. Bleibt die Möglichkeit zum Gebietsschutz ausgeschlossen, ist denkbar, dass weniger in die Forschung und Entwicklung investiert wird, weil es schwieriger zu planen ist, wie diese teils sehr hohen Kosten durch eine Lizenzvergabe amortisiert werden können.

Wie erwähnt, hängt die Beantwortung dieser Frage vom Blickwinkel und der Prioritätensetzung ab. Ein Mittelweg wäre, den Vertragsparteien einen zeitlich begrenzten Schutz zuzugestehen.<sup>1380</sup> Dazu könnte ein Zeitraum von zwei Jahren zugrunde gelegt werden.<sup>1381</sup> Eine solche modifizierte Ausnahmebestimmung des Art. 4 Abs. 2 lit. b i) TT-GVO sollte nach der hier vertretenen Auffassung Eingang in das schweizerische Recht finden. So kann der Lizenznehmer die Technologie in einem Gebiet nutzen, in welchem der Lizenzgeber nicht aktiv sein möchte oder kann, ohne dass dem Lizenzgeber in seinem Heimgebiet Konkurrenz droht.

<sup>1376</sup> ZÄCH, SJZ 2009, 309; ZÄCH, Kartellrecht, N 362; HILTY/FRÜH, sic! 2010, 879, 881, 885; KÜNZLER/HEIZMANN, in: Symposium Zäch, 147 f.; BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1377</sup> Unter den vergleichsweise hohen Preisen leiden nicht bloss die Endkonsumenten, sondern auch die schweizerischen Unternehmen. Durch die höheren Kosten für Produktionsfaktoren sind sie gegenüber ihren ausländischen Konkurrenten weniger wettbewerbsfähig, vgl. HEINEMANN, 663; SCHRANER, N 178; KÜNZLER, 316.

<sup>1378</sup> ZÄCH, SJZ 2009, 309; HILTY/FRÜH, sic! 2010, 879; WEBER/ZEIER, ZWER 2005, 181 f.; STURNY, 145; HEINEMANN, in: Symposium Zäch, 63; SCHRANER, N 434.

<sup>1379</sup> DREXL, in: Revision Kartellgesetz, 25.

<sup>1380</sup> In diesem Sinne wohl auch die Ausführung der Wettbewerbskommission zur grundsätzlichen Geeignetheit eines zeitlich begrenzten Schutzes zum Zwecke des Markteintritts, Wettbewerbskommission – *Gaba*, N 321.

<sup>1381</sup> Vgl. dazu auch N 126 TT-Leitlinien zur Unterstützung des Exklusivlizenznehmers beim Markteintritt.

### 4.3 Europakompatibilität

Der vorstehend präsentierte Vorschlag für eine schweizerische Regelung kommt im Grundsatz zum gleichen Ergebnis wie die TT-GVO. Er folgt der Überzeugung, dass gemeinsame Wertungen nicht stets zur gleichen Ausgestaltung der Wettbewerbsregeln führen müssen, da sich die Güte einer Kartellrechtsordnung stets am betreffenden Land bemisst.<sup>1382</sup> Absoluter Gebietsschutz hat auf die Schweiz als eher kleinere Volkswirtschaft andere bzw. schädlichere Auswirkungen als auf grosse Länder oder vereinheitlichte Binnenmarktträume wie die EU. Das im Vergleich zum Umland hohe Preisniveau macht das Auftreten absoluten Gebietsschutzes zudem wahrscheinlicher. Trotzdem hat auch die Schweiz ein grosses Interesse daran, den Technologietransfer durch entsprechend günstige Rahmenbedingungen zu fördern. In diesem Spannungsfeld bewegt sich der Vorschlag für eine Bekanntmachung über Exklusivlizenzen.

Der hier präsentierte Vorschlag versucht, diese Spannungen durch gewisse spezifisch auf die Schweiz zugeschnittene Modifikationen abzuschwächen. Kernpunkt des Vorschlags ist die Übernahme der europäischen Regeln und der dazugehörigen Ausnahmen, ohne jedoch die Möglichkeit zum dauerhaften absoluten Gebietsschutz zu ermöglichen. Diese geringfügigen Abweichungen, sowohl vom Status quo als auch vom europäischen Recht, sind der Preis, den eine nicht an einen grösseren Binnenmarkt angeschlossene Schweiz nach der hier vertretenen Auffassung zu zahlen bereit sein muss, wenn sie die Verbreitung technischen Wissens fördern und gleichzeitig den Fokus auf den Preiswettbewerb legen will.

## 5. Relativer Gebietsschutz

Die offene Exklusivlizenz, die nicht zu absolutem, sondern zu relativem Gebietsschutz führt, d.h. in der nur aktive, nicht aber passive Verkäufe ausgeschlossen werden, unterfällt nicht Art. 5 Abs. 4 KG.<sup>1383</sup> Es wird daher keine Wettbewerbsbeseitigung vermutet. Möglich, wenn auch unwahrscheinlich, bleibt das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 KG. Eine solche besteht, wenn die Abrede nach einer Gesamtbetrachtung ihrer quantitativen und qualitativen Wirkungen erheblich ist. Da der Aus-

---

<sup>1382</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3; HILTY/FRÜH, sic! 2010, 878; KÜNZLER/HEIZMANN, in: Symposium Zäch, 147 f.; DREXL, in: Revision Kartellgesetz, 32; vgl. zu den Anforderungen kleiner Volkswirtschaften an das Kartellrecht die umfassende Untersuchung GALS.

<sup>1383</sup> Vgl. BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.3.4.

schluss aktiver Verkäufe qualitativ eher unerheblich einzustufen ist, müssten in einem solchen Fall gewichtige quantitative Auswirkungen vorliegen, damit die Gesamterheblichkeit bejaht werden kann. Dies kann der Fall sein, wenn einer oder beide Abredepartner über grosse Marktmacht verfügen. Eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung kann aus Effizienzgründen i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. In solchen Fällen könnte eine auf Art. 6 Abs. 1 lit. d KG gestützte Verordnung oder Bekanntmachung Hilfestellung bieten und ausführen, wann relativer Gebietsschutz im Rahmen einer Exklusivlizenz durch wirtschaftliche Effizienz gerechtfertigt ist.

## Kapitel 6: Zwischenfazit

Die Auseinandersetzung mit Exklusivlizenzen im schweizerischen Kartellrecht kann nicht ohne eine Erörterung und kritische Diskussion des Art. 3 Abs. 2 KG stattfinden. Diese Norm stammt aus einer Zeit, in der die Eigenständigkeitstheorie noch anerkannt war, d.h. die Vorstellung, dass das Immaterialgüter- und das Kartellrecht zwei voneinander getrennte und in sich geschlossene Systeme sind, zwischen denen eine abstrakte Trennlinie zu ziehen ist.<sup>1384</sup> Seit mehreren Jahrzehnten ist diese Ansicht überholt. Beide Rechtsgebiete verfolgen das gleiche Ziel, nämlich die Förderung des statischen und dynamischen Wettbewerbs innerhalb der gleichen Wirtschaftsordnung.<sup>1385</sup>

Gemäss Art. 3 Abs. 2 KG sollen „Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum“ ergeben, nicht unter das Kartellgesetz fallen. Im Kontext von Lizenzverträgen ist die Norm in mehrfacher Hinsicht problematisch. Einerseits ergeben sich die Wettbewerbswirkungen der Klauseln in Lizenzverträgen nicht wie gefordert ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht, sondern aus dem Lizenzvertrag.<sup>1386</sup> Andererseits ist stets fraglich geblieben, warum das Kartellrecht, welches allgemeine Regeln für das Verhalten aller Marktakteure aufstellt, für einige davon nicht gelten soll, werden doch so auf Kosten der Allgemeinheit Partikularinteressen und einzelne Geschäftsmodelle künstlich geschützt.<sup>1387</sup> Überdies sagt die reine Anwendbarkeit des Kartellrechts noch nichts über die kartellrechtliche Bewertung gewisser Verhaltensweisen aus. Für Wettbewerbsabreden erfolgt diese im Rahmen des Art. 5 KG, welcher mit der Effizienzprüfung in Art. 5 Abs. 2 KG ausreichend Raum bietet, um die Einzelheiten jedes konkreten Falls zu berücksichtigen und zu würdigen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 KG kann eine Verordnung oder Bekanntmachung die Effizienzkriterien für verschiedene Arten von Wettbewerbsabreden konkretisieren, wobei nach Art. 6 Abs. 1 lit. d KG insbesondere Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung geistigen Eigentums in Betracht zu ziehen sind. Die Effizienzprüfung in Art. 5 Abs. 2 KG, und

---

<sup>1384</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in [Teil 1 Kapitel 2 II 1](#).

<sup>1385</sup> Vgl. dazu vorne [Teil 1 Kapitel 2 II 3 f](#).

<sup>1386</sup> Besonders klar BVGer B-506/2010 – Gaba, E. 3.4: „Die im vorliegenden Fall infrage stehenden Wettbewerbsbeschränkungen ergeben sich nicht unmittelbar aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern aus dem Lizenzvertrag [...]“.

<sup>1387</sup> HILTY/FRÜH, Lizenzkartellrecht, 188 f.

---

nicht etwa der Anwendungsvorbehalt des Art. 3 Abs. 2 KG, ist der richtige Ort, um den gemeinwohlförderlichen Effekten der Lizenzierung im Rahmen der kartellrechtlichen Inhaltskontrolle Rechnung zu tragen.

Bislang regelt das schweizerische Kartellrecht lizenzkartellrechtliche Probleme nicht spezifisch. Art. 5 Abs. 4 KG erfasst lediglich punktuell einige vertriebsrechtliche Aspekte von Technologietransfer-Verträgen. Diese zu einseitige Fokussierung auf Lizenzverträge als Instrument zur Schaffung absoluten Gebietsschutzes ist mit dem Kampf gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ zu erklären. Letztlich ist dies aber bloss Symptombekämpfung<sup>1388</sup> und wird der Exklusivlizenz als Instrument zur Verbreitung technischen Wissens nicht gerecht. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass Exklusivlizenzen durchaus wettbewerbsschädigende Auswirkungen haben können. Dies hängt jedoch von der Ausgestaltung der konkreten Vereinbarung und anderen Faktoren wie etwa dem Marktanteil der Vertragsparteien auf dem Technologie- oder Produktmarkt ab.

Der Lizenzvertrag ist das wichtigste Instrument zur Verbreitung technischen Wissens. Sollte der Vertrag oder Vertragsbestandteile aufgrund ihrer Kartellrechtswidrigkeit nichtig werden, kann einmal geteiltes Wissen nur schwer oder gar nicht zurückgeholt werden. Die Vertragsparteien sind darauf angewiesen, ihre Vereinbarung im Vorfeld der kartellrechtlichen Kontrolle rechtskonform gestalten zu können. Die Hoffnung, mit einer Orientierung am europäischen Recht sei in jedem Fall auch den schweizerischen Anforderungen genüge getan, hat sich mit den deutlichen Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil *Gaba* jedoch zerschlagen: „EU-Kartellrecht gilt in der Schweiz nicht.“<sup>1389</sup>

Diese Erkenntnis ist zweifellos korrekt. Das schweizerische Recht bietet Unternehmen aber praktisch keine weitere Orientierung, nach welchen Kriterien sich das schweizerische Lizenzkartellrecht bemisst, wo es mit den europäischen Regeln übereinstimmt und wo es von ihnen abweicht. In Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung des Lizenzvertrags ist dies ebenso erstaunlich wie bedauerenswert. Als international vernetzter Forschungsstandort und Heimat einer Vielzahl von (Forschungs-)Unternehmen hätte die Schweiz ein vitales Interesse daran, einen sicheren Rahmen für den Technologietransfer zu schaffen.

---

<sup>1388</sup> HILTY, in: Kartellgesetz in der Praxis, 75.

<sup>1389</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4.

Erfreulich ist, dass mit Art. 6 Abs. 1 lit. d KG eine ausdrückliche Grundlage zur Schaffung vorhersehbarer Regeln besteht. In einer Bekanntmachung oder Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung exklusiver Lizenzverträge könnte der Bundesrat mit einer Verordnung oder, wahrscheinlicher und auch sachgerechter, da flexibler, die Wettbewerbskommission mit einer Bekanntmachung einen rechtssicheren Rahmen für die Verbreitung technischen Wissens durch die Lizenzierung schaffen und definieren, wann in der Regel wirtschaftliche Effizienz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG vorliegt.

Wie bereits erwähnt, können von Lizenzverträgen sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbschädigende Effekte ausgehen. Pauschalisierungen muss mit Vorsicht begegnet werden. Dies steht einer Aufzählung meist wettbewerbsförderlicher Klauseln in Lizenzverträgen aber nicht entgegen. Ohnehin ist Art. 6 Abs. 1 lit. d KG so ausgestaltet, dass eine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission oder eine Verordnung des Bundesrats nur eine Zulässigkeitsvermutung schaffen kann. Diese Einschränkung auf den Regelfall kann in Anbetracht der erwähnten Vorteile für die grosse Mehrheit von Lizenzverträgen und der Unternehmen, welche diese vereinbaren, problemlos hingenommen werden. Auch die Europäische Kommission bzw. die Mitgliedstaaten der EU haben nach Art. 6 Abs. 1 bzw. Abs. 2 TT-GVO die Möglichkeit, die Gruppenfreistellung durch die TT-GVO wieder zu entziehen, wenn Technologietransfer-Vereinbarungen Wirkungen entfalten, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind. Diese Ausnahmen für die Abweichung vom Regelfall sind notwendig und schaffen die nötige Flexibilität für die Einzelfallbeurteilung.

Die grösstenteils überzeugend ausgestaltete europäische TT-GVO und die dazugehörigen Leitlinien können und sollen daher eine Richtschnur für eine „Bekanntmachung über Exklusivlizenzen“ bilden. Selbstredend sind dabei die besonderen Anforderungen der Schweiz zu berücksichtigen. Nach dem Bundesgericht ist etwa zu berücksichtigen, dass sich die EU und die Schweiz deutlich in ihrer Grösse unterscheiden.<sup>1390</sup> Das europäische Lizenzkartellrecht hat einen ungleich grösseren Markt zu regeln als jenes der Schweiz. Die EU ist als vereinheitlichter Binnenmarktraum resistenter gegen absoluten Gebietschutz, und eine solche Wettbewerbsbeschränkung kann im Binnenmarkt weniger Schaden anrichten. Die Schweiz ist hier deutlich exponierter; Gebietsab-

---

<sup>1390</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.



---

schottung betrifft sie ungleich stärker und verschärft das Problem des hohen Preisniveaus zusätzlich. Dies gilt es im Rahmen einer Bekanntmachung über Exklusivlizenzen zu berücksichtigen.

Im Grundsatz definiert die TT-GVO die Zuweisung von Märkten oder Kunden und das Verbot passiver Verkäufe als Kernbeschränkung.<sup>1391</sup> Einzelne Ausnahmebestimmungen erlauben jedoch dem Lizenzgeber und Lizenznehmer, aktive und passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des anderen auszuschliessen.<sup>1392</sup> Der Lizenzgeber kann sich auf diese Weise absoluten Gebietsschutz in seinem Exklusivgebiet oder für seine Exklusivkundengruppe zusichern lassen. Ein Verbot des Lizenznehmers, passive Verkäufe in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe anderer Lizenznehmer zu tätigen, stellt nach der TT-GVO grundsätzlich eine Kernbeschränkung dar. Einem Lizenznehmer kann kein absoluter Gebietsschutz ermöglicht werden, sofern es noch weitere Lizenznehmer für die gleiche Technologie gibt, es sei denn, dies wäre objektiv notwendig, damit dieser in einen neuen Markt eintreten kann. In dieser besonderen Situation ist nach Ansicht der Kommission ein zeitliche begrenzter Ausschluss passiver Verkäufe durch andere Lizenznehmer in das Exklusivgebiet oder an die Exklusivkundengruppe des geschützten Lizenznehmers möglich.<sup>1393</sup>

Im Unterschied zum europäischen Recht kann es im schweizerischen Recht keine dauerhafte Möglichkeit zum Ausschluss aktiver und passiver Verkäufe zwischen dem Lizenzgeber und dem Lizenznehmer geben. Zu hoch ist das Risiko, dass sich ein Lizenzgeber die Schweiz als Exklusivgebiet vorbehält und es zu dauerhafter Gebietsabschottung mit den damit verbundenen unerwünschten Effekten kommt. Eine modifizierte Version, in welcher den Vertragsparteien zugestanden wird, für eine begrenzte Zeit von zwei Jahren keine Verkäufe in das Exklusivgebiet bzw. an die Exklusivkundengruppe des anderen zu tätigen, wäre besser verträglich mit den schweizerischen Anforderungen und würde den Technologietransfer fördern. In zwei Jahren sollte es dem Lizenznehmer möglich sein, ohne Wettbewerb des möglicherweise erfahrenen Lizenzgebers Präsenz auf einem neuen Markt aufzubauen. Für den Lizenzgeber stellt die modifizierte Regelung einen Anreiz zur Lizenzvergabe dar, da dieser in den ersten zwei Jahren nicht mit selbstgeschaffener Konkurrenz in seinem Exklusivgebiet oder bei seiner Exklusivkundengruppe zu rechnen hat. Es bleibt jedoch eine (rechts-)politische Frage, wie die Balance zwischen der Förderung

---

<sup>1391</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.1](#) und [3.1](#).

<sup>1392</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 2.2](#).

<sup>1393</sup> Vgl. dazu die Ausführungen vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3 f.](#)

des Technologietransfers und dem Schutz vor Gebietsabschottung genau auszutariieren ist. Ein gelungenes Lizenzkartellrecht nimmt diese Diskussion auf und berücksichtigt die Problematik innerhalb einer ganzheitlichen Betrachtungsweise.

# **Schlussbetrachtung und Ergebnisse**



---

Nachfolgend finden sich die wesentlichen Erkenntnisse der Arbeit zu Thesen verdichtet und werden anhand dieser erläutert.

These 1: Weltweit findet ein Bedeutungszuwachs technologischer Entwicklung und deren Schutz statt. Dies kann wettbewerbsfördernde oder wettbewerbschädigende Auswirkungen haben, oft auch beides zusammen. Dem Kartellrecht kommt die wichtige Aufgabe zu, diese Auswirkungen aufzuzeigen und zu würdigen.

Durch die Digitalisierung und Globalisierung steigt der Stellenwert von Innovationen und deren Schutz stetig an. Sowohl das Immaterialgüter- als auch das Kartellrecht sind von zentraler Relevanz, um optimale Rahmenbedingungen für die technologische und wirtschaftliche Entwicklung zu schaffen. Welche kartellrechtlichen Bedingungen für Lizenzverträge über Technologierechte gelten, ist somit von grösster Bedeutung nicht nur im Hinblick auf die aktuellen Marktverhältnisse, sondern auch für zukünftige Entwicklungen.

Die Lizenzierung ist der zentrale Transaktionstypus, um Technologierechte zu verwerten. Aus einer wettbewerbsrechtlichen Sicht haben Lizenzen primär positive Effekte. Sie ermöglichen die Verbreitung von Technologien und die Weitergabe technischen Wissens. Dennoch kann Lizenzen auch ein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial innewohnen, etwa, wenn sie zur strategischen Marktaufteilung und -abschottung eingesetzt werden. Bei exklusiven Lizenzen akzentuiert sich diese Gefahr in besonderem Masse. Dennoch ist die Zusicherung der Exklusivität oft notwendig, um Technologien überhaupt verbreiten und einer grösseren Zahl von Personen und Unternehmen zugänglich machen zu können. Gerade in forschungs- oder kapitalintensiven Branchen sind Lizenznehmer häufig nur im Rahmen einer Exklusivlizenz bereit, die erforderlichen Investitionen in die Technologie zu tätigen.

These 2: Ein umfassendes Verständnis der Exklusivlizenz ist notwendig.

Der Begriff der Exklusivlizenz bedarf der Konkretisierung. Nach der hier vertretenen Auffassung umfasst eine Exklusivlizenz, falls nicht abweichend vertraglich vereinbart, das Herstellungs-, Nutzungs- und Vertriebsrecht der lizenzierten Technologie oder einer ihrer Anwendungsbereiche im zugewiesenen Markt für die zugewiesene Zeit. Sowohl logische Überlegungen als auch die Berücksichtigung der Interessen der Vertragsparteien führen zu einem umfassenden Verständnis. Eine Exklusivlizenz wird vereinbart, weil sich mit ihr höhere Erträge erwirtschaften lassen, der Lizenznehmer an einer langfristigen Geschäftsbeziehung mit dem Lizenzgeber interessiert ist, der Lizenzgeber kein eigenes Kapital in Drittländern einsetzen will oder kann, mit den ört-

lichen Besonderheiten zu wenig vertraut ist oder Exporthindernisse bestehen. Das Ziel besteht darin, dem Lizenznehmer das selbständige Wirtschaften mit der Technologie zu ermöglichen.

Die EU kennt eine lange Tradition der spezialgesetzlichen Regelung des kartellrechtlichen Umgangs mit immaterialgüterrechtlichen Sachverhalten. Seit 2014 enthält die TT-GVO eine Legaldefinition der Exklusivlizenz. Die einschlägige Literatur sieht in Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO jedoch nur das Produktions-, nicht aber das Nutzungs- und Vertriebsrecht enthalten. Dass diese Auffassung den Intentionen der Vertragsparteien nicht gerecht wird, wurde bereits ausgeführt. Eine Situation, in der der Lizenznehmer zwar produzieren, nicht aber verkaufen darf, erinnert eher an klassisches Outsourcing als eine Lizenzvergabe. Ein dermassen enges Verständnis erstaunt noch viel mehr, wenn berücksichtigt wird, dass weder der Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO noch andere Formulierungen der Kommission dies nahelegen. Denn die besagte Legaldefinition beschränkt sich auf eine negative Umschreibung dessen, was der Lizenzgeber nicht darf. Eine positive Aussage über die Befugnisse des Lizenznehmers ist ihr nicht zu entnehmen. Die Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. p TT-GVO steht einem umfassenden Verständnis also nicht im Wege. Die Kommission bezeichnet in N 105 der TT-Leitlinien die Kernbeschränkung des wechselseitig vereinbarten Verbots, in einem Exklusivgebiet, das der anderen Vertragspartei zugewiesen worden ist, zu produzieren oder in dieses bzw. an die zugewiesene Exklusivkundengruppe zu verkaufen, als Exklusivlizenz. Es sprechen folglich wenig Argumente gegen, aber viele für ein umfassendes Verständnis der Exklusivlizenz.<sup>1394</sup>

These 3: Die europäischen Regeln sind differenziert und in ihrer Gesamtheit überzeugend. Für die Selbsteinschätzung der Betroffenen sind sie allerdings zu komplex.

Das europäische Recht stellt Technologietransfer-Vereinbarungen gruppenweise vom Kartellverbot frei. Die Europäische Kommission versucht, mit detaillierten Regeln in der TT-GVO und entsprechenden Präzisierungen in den TT-Leitlinien den Umstand abzubilden, dass ein Lizenzvertrag den Wettbewerb in der Regel fördert, ihn zugleich aber auch beschränken kann. Die europäischen Regeln zu Exklusivlizenzen wägen pro- und antikompetitive Effekte umfassend ab und stellen Technologietransfer-Vereinbarungen unterhalb einer gewissen Marktanteilsschwelle vom Kartellverbot frei. Um für jede Konstellation eine passende Bewertung zu finden, unterscheidet die Kommission

---

<sup>1394</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in [Teil 1 Kapitel 111](#).

---

etwa Lizenzen zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern, wechselseitige und nicht wechselseitige Lizenzen und Lizenzgeber- und Lizenznehmerbeschränkungen.

Diese Vorgehensweise vermag grösstenteils zu überzeugen und zeigt den ansich lobenswerten Willen, die kartellrechtlichen Besonderheiten verschiedener Lizenztypen einzufangen und zu würdigen. Bedingt durch die vielen Differenzierungen und die diversen Ausnahmen und Rückausnahmen erreicht die europäische Regulierung zuweilen aber einen nicht mehr handhabbaren Detaillierungsgrad. Bei diesem Umfang entsteht vielmehr die Gefahr der Widersprüchlichkeit. Es kommt vor, dass die Ausführungen in den TT-Leitlinien der TT-GVO widersprechen oder Fragen zu neuen Ausnahmen aufwerfen.<sup>1395</sup> Ihrem Ziel, den Vertragsparteien ein vorhersehbares Regelwerk für ihre Selbsteinschätzung zu bieten und den rechtlichen Rahmen so weit wie möglich zu vereinfachen,<sup>1396</sup> werden die europäischen Regeln so nicht gerecht. Angesichts der Tatsache, dass die Parteien selbst abwägen müssen, ob ihre Vereinbarung die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt oder einen Kartellrechtsverstoss darstellt, wären sprachlich klarere und besser verständlichere Orientierungshilfen der Kommission wünschenswert.

These 4: Die Besonderheiten von Immaterialgüterrechten können das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung zwar nicht verhindern, aber diese rechtfertigen und somit zulässig machen. Eine Übernahme der *rule of reason* ins europäische Wettbewerbsrecht ist dazu jedoch nicht zu empfehlen. Rechtsverbindliche Konkretisierungen der Freistellungsvoraussetzungen sind einer unstrukturierten, rein effektbasierten Prüfung vorzuziehen.

In dogmatischer Hinsicht lässt sich eine Diskrepanz zwischen dem Vorgehen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Maissantgut* und dem Vorgehen der Kommission in der TT-GVO beobachten. Der Gerichtshof berücksichtigte die spezifischen Charakteristika der Immaterialgüterrechte und der Exklusivlizenz bereits auf der Tatbestandsebene, wobei er das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung *in casu* verneinte.<sup>1397</sup> Die TT-GVO und die TT-Leitlinien äussern sich zur Rechtfertigungsebene. Sie spezifizieren die Voraussetzungen, welche

---

<sup>1395</sup> Vgl. N 126 TT-Leitlinien, Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO und die Kritik dazu vorne in [Teil 2 Kapitel 4 V 3.3.](#)

<sup>1396</sup> Erwägungsgrund 3 TT-GVO.

<sup>1397</sup> EuGH Rs. C-258/78 – *Nungesser*, N 58 f.

die Freistellung einer Exklusivlizenz ermöglichen, falls diese eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt. In ihren Wertungen stimmt die TT-GVO aber mit dem *Maissaatgut*-Urteil überein.

Die Prüfungsstruktur des Gerichtshofs im *Maissaatgut*-Fall wird teilweise als Argument einer *rule of reason*-Prüfung im Sinne des US-amerikanischen Antitrustrechts angeführt, bei der die wettbewerbsrechtlichen Vor- und Nachteile auf der Tatbestandsebene gegeneinander abgewogen werden. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dieser Vorschlag nicht überzeugen. Zu gross ist die Gefahr, dass durch diese Vorverlagerung der Effizienzprüfung Abreden mit wettbewerbsschädigendem Potenzial von der kartellrechtlichen Kontrolle ausgenommen werden. Das europäische Kartellrecht enthält mit Art. 101 Abs. 3 AEUV bereits einen materiellrechtlichen Freistellungstatbestand, der die Kriterien zur Würdigung wettbewerbsförderlicher Effekte verbindlich regelt. Für die Rechtsunterworfenen ist es ein Gewinn, wenn lediglich das Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach der TT-GVO nachgewiesen werden muss und nicht wie im *Maissaatgut*-Fall bewiesen werden muss, dass im fraglichen Fall eine wertvolle Technologie vorliegt, zu deren Verbreitung eine Exklusivlizenz unerlässlich ist.

Darüber hinaus ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass den Gerichtshof auch praktische Erwägungen geleitet haben, bei der offenen ausschliesslichen Lizenz bereits keine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen. Im Urteilszeitpunkt musste jeder Lizenzvertrag, der eine sog. graue Klausel enthielt, vorgängig durch die Kommission auf dessen Zulässigkeit geprüft werden. In der Folge des Entscheids nahm die Fülle der Anmeldungen massiv ab. Im heutigen System der Legalausnahme verlieren solche ergebnisbezogenen Erwägungen an Gewicht, und es ist fraglich, ob die Prüfung des Gerichtshofs heute gleich erfolgen würde. Neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichts<sup>1398</sup> und des Gerichtshofs<sup>1399</sup> zu Urheberrechtslizenzen bestätigen diese Vermutung, auch wenn Urheberrechte, ausgenommen Software-Urheberrechte, keine Technologierechte sind und die Wertungen daher nicht pauschal auf Lizenzen an Technologierechten übertragen werden können.

These 5: Art. 3 Abs. 2 KG ist ein Produkt der Eigenständigkeitstheorie und versucht ein Problem zu lösen, das nicht (mehr) existiert. Immaterialgüterrechtli-

---

<sup>1398</sup> EuG Rs. T-873/16 – *Canal+*, N 43 ff.

<sup>1399</sup> EuGH verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 – *Premier League und Karen Murphy*, N 137 ff.



---

che Besonderheiten werden im Sinne der Komplementaritätsthese nicht mehr vor, sondern im Kartellrecht berücksichtigt. Der Streichung des Art. 3 Abs. 2 KG steht nichts mehr im Wege.

Eine dogmatische Beschäftigung mit der Schnittstelle von Immaterialgüter- und Kartellrecht in der Schweiz ist ohne Art. 3 Abs. 2 KG nicht möglich. Diese Norm und ihr Versuch, eine abstrakte Trennlinie zwischen den beiden Rechtsgebieten zu ziehen, sind nur vor ihrem zeitlichen Hintergrund und der damals vorherrschenden Inhaltstheorie verständlich. Die aktuelle Praxis und Judikatur beachten die Norm nach der gebotenen Reduktion noch und stehen auch nicht im Widerspruch zu ihr, Art. 3 Abs. 2 KG hat allerdings keine praktische Tragweite mehr. Auch bei der Auseinandersetzung mit Exklusivlizenzen bringt die Norm keinen Mehrwert. Wettbewerbsbeschränkungen aus einer Lizenz ergeben sich nicht aus der Gesetzgebung über die Immaterialgüterrechte, sondern aus den vertraglichen Bestimmungen, welche die Vertragsparteien für ihren Lizenzvertrag gewählt haben.<sup>1400</sup>

Art. 3 Abs. 2 KG stiftet Verwirrung, weil die Norm teilweise als Argument für die veraltetet Ansicht angeführt wird, der Gesetzgeber hätte Immaterialgüterrechte von der kartellrechtlichen Kontrolle ausnehmen wollen. Diese Argumentation lässt verschiedene Tatsachen ausser Acht. Zum einen würde es der praktischen Konkordanz zuwiderlaufen, einem Rechtsgebiet pauschal Vorrang gegenüber dem anderen einzuräumen. Die kartellrechtlichen Regeln wurden im Interesse der Allgemeinheit aufgestellt und treffen alle Marktteilnehmer in gleicher Weise. Zum anderen übersieht diese Ansicht die Tatsache, dass sich eine Wettbewerbsbeschränkung nur dann wie gefordert „ausschliesslich“ aus dem Immaterialgüterrecht ergeben könnte, wenn dort explizit eine solche Regel vorgesehen wäre.

These 6: Die passive Rolle der Schweiz führt zu Rechtsunsicherheit. Es ist unklar, wo die Grenzen der grundsätzlichen Parallelität des schweizerischen zum europäischen Wettbewerbsrecht bei der Bewertung exklusiver Lizenzverträge verlaufen. Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts zeigt, dass die Einhaltung der europäischen Regeln nicht in jedem Fall zur kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Vereinbarung in der Schweiz führt.

Das schweizerische Kartellrecht behandelt Lizenzverträge – mit Ausnahme der sehr selektiven Erfassung vertriebsrechtlicher Aspekte durch Art. 5 Abs. 4 KG – nicht. Die Situation der Schweiz steht in starkem Kontrast zur

---

<sup>1400</sup> BVGer B-506/2010 – *Gaba*, E. 3.4.

Rechtslage in der EU, wo dem Spannungsfeld von Immaterialgüter- und Kartellrecht im Allgemeinen und der kartellrechtlichen Beurteilung von Technologietransfer-Vereinbarungen im Speziellen schon seit langem die gebotene Aufmerksamkeit zuteilwird. Die Vertragsparteien eines Lizenzvertrags dürfen darauf vertrauen, dass die europäischen Behörden und Gerichte die grundsätzliche Wettbewerbsförderlichkeit von Lizenzverträgen<sup>1401</sup> in einem möglichen Kartellverfahren berücksichtigen werden. Darauf können sich Unternehmen im Hinblick auf die schweizerische Praxis nicht verlassen.

Die naheliegende Strategie, sich mangels einschlägiger schweizerischen Vorgaben an den europäischen Regeln zu orientieren, zeugt von Pragmatismus, bleibt aber mit Risiken verbunden. Der Verweis, dass eine Verhaltensweise gemäss der TT-GVO zulässig sei, hilft nach dem *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts nicht weiter, weil EU-Kartellrecht in der Schweiz nicht gilt.<sup>1402</sup> Bei aller angestrebten Parallelität, so das Bundesgericht, gebe es Bereiche, in denen sich die Anforderungen der EU und der Schweiz an ihr Kartellrecht unterscheiden. Absoluter Gebietschutz führe in kleineren Volkswirtschaften zu anderen Auswirkungen als in einem vereinheitlichten Binnenmarkt.<sup>1403</sup> Die Schweiz sei als kleiner und heterogener Markt mit einem hohen Preisniveau besonders verletzlich gegenüber Gebietsabschottung. Dies führe zu einer im Vergleich zum EU-Recht strengeren Auslegung des Kartellrechts, unabhängig davon, ob ein Lizenzvertrag zu beurteilen ist oder nicht.<sup>1404</sup>

In seinen Ergebnissen überzeugt der Entscheid des Bundesgerichts, die Rechtsunterworfenen aber finden sich nun in einer schwierigen Lage wieder. Das *Gaba*-Urteil zeigt, dass die konsequente Verhinderung absoluten Gebietschutzes im schweizerischen Wettbewerbsrecht einen hohen Stellenwert genießt. Es bleibt unklar, ob es noch weitere Bereiche gibt, die zu Abweichungen des schweizerischen Kartellrechts gegenüber den europäischen Regeln führen.

These 7: Immaterialgüterrechtliche Wertungen wirken im Rahmen der Effizienzprüfung „von innen“ auf das Kartellrecht ein. Eine Konkretisierung, wann wirtschaftliche Effizienz im Rahmen des Technologietransfers vorliegt, kann die Rechtsunsicherheit beheben und den Unternehmen Orientierung bieten.

---

<sup>1401</sup> Erwägungsgrund 4 TT-GVO; N 9 TT-Leitlinien.

<sup>1402</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.4.4 m.w.H.

<sup>1403</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2.3.

<sup>1404</sup> BGE 143 II 297 – *Gaba*, E. 6.2 ff. m.w.H.

---

Vor dem Hintergrund der vorstehend beschriebenen Rechtsunsicherheit wäre es zu erwarten und dringend zu empfehlen, dass die Schweiz die Möglichkeit zur Klarstellung nutzt und bekanntgibt, wie sie Exklusivlizenzen kartellrechtlich bewertet. Dabei sind positive Aussagen darüber, wann im Regelfall wirtschaftliche Effizienz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 KG vorliegt, gegenüber negativen Aussagen über die Unzulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen vorzuziehen. Nach Art. 6 Abs. 1 KG kann der Bundesrat in einer Verordnung oder die Wettbewerbskommission in einer Bekanntmachung ausführen, welche Abreden das Kriterium der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel erfüllen. Art. 6 Abs. 1 lit. d KG führt „Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung des geistigen Eigentums“ auf. Damit besteht eine optimale Ausgangslage, die Effizienzkriterien für Exklusivlizenzen zu konkretisieren.

These 8: Die Auseinandersetzung mit der TT-GVO bietet der Schweiz die Möglichkeit, Bewährtes zu übernehmen und Unpassendes zu verbessern oder anzupassen. Abweichungen von den europäischen Regelungen sollten punktuell erfolgen.

Die Schweiz ist völkerrechtlich nicht zu einer Angleichung ihres Kartellrechts an die europäischen Vorgaben verpflichtet. Sie kann sich autonom für jene Regeln entscheiden, die sich am besten zum Schutze des Wettbewerbs in ihrer Volkswirtschaft eignen.<sup>1405</sup> Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass die europäischen Regeln zur kartellrechtlichen Bewertung von Exklusivlizenzen grösstenteils überzeugen und zudem mit den schweizerischen Wertungen im Einklang stehen. Das bedeutet nicht, dass die konkrete Ausgestaltung der Regeln deckungsgleich sein muss. Da divergierende schweizerische Vorgaben die Transaktionskosten für internationale tätige Unternehmen erhöhen, sollten sich die Abweichungen aber auf das unbedingt Erforderliche beschränken. Solche Umstände sind die Marktgrösse und das hohe Preisniveau, welche die Schweiz verletzlich für absoluten Gebietschutz machen.

Die europäischen Vorgaben sehen in wenigen Fällen eine Ausnahme vom Grundsatz des Verbots absoluten Gebietschutzes vor, mit dem Ziel, dadurch die Lizenzierungstätigkeit und die Verbreitung technischen Wissens zu fördern. Die Schweiz tut nach den vorstehenden Erwägungen gut daran, bei Ausnahmen vom Verbot des absoluten Gebietschutzes äusserst vorsichtig vorzugehen. Insbesondere kann es aus schweizerischer Sicht im Unterschied zu einzelnen Ausnahmbestimmungen der TT-GVO keine dauerhafte, sondern nur eine zeitlich begrenzte Möglichkeit zum Ausschluss passiver Verkäufen

---

<sup>1405</sup> DREXL, in: Revision Kartellgesetz, 23.

zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer geben. Eine modifizierte Version, die den Vertragsparteien zugesteht, für eine begrenzte Zeit von zwei Jahren keine Verkäufe in das Exklusivgebiet bzw. an die Exklusivkundengruppe des anderen zu tätigen, wäre aber verträglich mit den schweizerischen Gegebenheiten und würde den Technologietransfer trotzdem fördern. Für den Lizenzgeber steigt auf diese Weise der Anreiz zur Lizenzvergabe, weil er sich für die ersten zwei Jahren keine neue Konkurrenz in seinem Exklusivgebiet oder bei seiner Exklusivkundengruppe schafft. Für den Lizenznehmer hat dies den Vorteil, dass er ohne Wettbewerbsdruck des möglicherweise erfahrenen Lizenzgebers Präsenz auf einem neuen Markt aufbauen kann.

These 9: Eine klare Regelung des kartellrechtlichen Umgangs mit Exklusivlizenzen ist wirtschaftlich erwünscht und von Vorteil für den Wissenschafts- und Forschungsstandort Schweiz.

Die Schaffung einer Verordnung oder Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung der Exklusivlizenz scheint aktuell weder beim Bundesrat noch bei der Wettbewerbskommission unmittelbar Priorität zu geniessen. Angesichts der geringen Zahl der Fälle, welche die Wettbewerbskommission bisher zu beurteilen hatte, erstaunt dies nicht besonders. Dieser Umstand könnte jedoch auch daher rühren, dass Unternehmen aufgrund der Rechtsunsicherheit auf einen Lizenzvertrag verzichten. Während es im Allgemeinen als besonders wirtschaftsfreundlich gilt, auf staatliche Vorgaben zu verzichten, würden die Unternehmen im Bereich des Lizenzkartellrechts von vorhersehbaren schweizerischen Rahmenbedingungen profitieren.

Nach den bisherigen Erkenntnissen ist es wahrscheinlicher, aber auch sachgerechter, diese Regeln in die Form einer Bekanntmachung zu erlassen. Diese lässt sich innert kurzer Frist an die neusten Entwicklungen anpassen und ermöglicht der Wettbewerbskommission, rasch auf aktuelle Marktentwicklungen zu reagieren. Letztlich ist die Entscheidung, in welche Form die lizenzkartellrechtlichen Regeln der Schweiz gegossen werden, aber zweitrangig; wichtiger ist, dass überhaupt ein Regelwerk besteht.

Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieses Transaktionstypus ist es bedauerndswert, wie wenig Anstrengung in der Schweiz darauf verwendet wird, dem Technologietransfer einen sicheren und vorhersehbaren Rahmen zu geben. Konkrete Vorgaben zur kartellrechtlichen Würdigung von Exklusivlizenzen erleichtern es den Vertragsparteien, im Rahmen der Vertragsgestaltung sicherzustellen, dass ihr Lizenzvertrag kartellrechtskonform ist. Überdies hat die Schweiz auch ein vitales Interesse daran, mit der europäischen Kartell-

---

rechtsentwicklung Schritt zu halten. Dies bedingt jedoch, dass der Exklusivlizenz diejenige Aufmerksamkeit geschenkt wird, die sie angesichts ihrer wirtschaftlichen Bedeutung verdient.



## **Curriculum Vitae**

**Giulia Mara Meier**, geboren 1996, Gymnasium mit Profil Wirtschaft und Recht an der Kantonsschule Enge in Zürich, 2013 Matura, danach Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich, 2014 und 2016 Praktika in Wirtschaftskanzleien in Zürich, 2016 Bachelor of Law UZH, ab 2017 Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Zürich, 2018 Master of Law UZH, anschliessend Doktorandin an der Universität Zürich mit Forschungsaufenthalt am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München im Jahr 2019.

Der Lizenzvertrag ist der zentrale Transaktionstypus zur Verbreitung technischen Wissens, während das Kartellrecht dessen wichtigste Schranke bildet. In forschungs- und kapitalintensiven Branchen sind Lizenznehmer oft nur im Rahmen der Exklusivlizenz bereit, die erforderlichen Investitionen in eine Technologie zu tätigen. Auch Lizenzgeber haben häufig grosses Interesse daran, sich ein Gebiet oder eine Kundengruppe exklusiv vorzubehalten. Die Zusicherung der Exklusivität bildet dann die Grundlage zur Verbreitung technischen Wissens und innovativer Technologien. Gleichzeitig kann die Exklusivlizenz zur strategischen Marktaufteilung und -abschottung eingesetzt werden, was volkswirtschaftlich und kartellrechtlich unerwünscht ist. Während die Europäische Union dem Zusammenspiel von Immaterialgüter- und Kartellrecht seit langem die gebotene Aufmerksamkeit schenkt, hat sich in der Schweiz bisher kein eigenes Lizenzkartellrecht herausgebildet. Diese Arbeit analysiert und würdigt den unterschiedlichen Umgang der beiden Jurisdiktionen mit der Exklusivlizenz und zeigt anhand vertrags-, immaterialgüter- und kartellrechtlicher Überlegungen, wie klare und vorhersehbare Rahmenbedingungen für den Technologietransfer in der Schweiz und der Europäischen Union aussehen können.