

Besprechung / Compte rendu

Lizenzkartellrecht

Schweizer Recht, gespiegelt am US-amerikanischen und europäischen Recht

RETO M. HILTY / ALFRED FRÜH

Stämpfli Verlag, Bern 2017, 352 Seiten, CHF 125, ISBN 978-3-7272-4588-6

Das Buch «Lizenzkartellrecht» behandelt Technologielizenzen, im Wesentlichen Patent- und Know-how-Lizenzen. Der Fokus liegt auf dem Transfer bestehender Technologien für Produktionszwecke. Das Buch ist hilfreich für Syndikusanwälte, externe Rechtsberater und andere, die Technologielizenzen aufsetzen, verhandeln, in der Praxis umsetzen und gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen.

Es behandelt Themen, die über die Schweizer Grenzen hinausgehen. Zunächst wird das amerikanische, dann das europäische, und zuletzt das schweizerische Kartellrecht vorgestellt. Die nahezu identische Struktur der jeweiligen Kapitel ermöglicht einen einfachen Vergleich der Rechtssysteme und ist für den Praktiker äusserst nützlich, zum Beispiel, um sich von einer Lösung oder einem Argument inspirieren zu lassen, die bereits in einer dieser drei Rechtsordnungen diskutiert werden.

Dabei ist es den Autoren gelungen, ein ausgezeichnetes und empfehlenswertes Nachschlagewerk für Juristen und andere zu entwickeln, die sich einen rechtsvergleichenden Überblick über die wettbewerbsrechtlichen Aspekte von Technologielizenzen verschaffen wollen. Die Kapitel beginnen mit einer kurzen Darstellung der Geschichte und der Grundlagen des amerikanischen und europäischen Rechts. Dies ist nicht nur interessant, sondern auch notwendig, um den Kontext der Entwicklung des Wettbewerbsrechts in diesem Bereich besser zu verstehen. Die Erklärung der Begriffe «per se restriction» und «rule of reason» im US-Kartellrecht bildet die Grundlage, um sich mit den «faux amis» im europäischen Recht zu befassen – Wettbewerbsbehinderungen, die bezweckt oder bewirkt sind.

Sowohl das amerikanische als auch das europäische Wettbewerbsrecht enthalten spezielle Leitlinien für Technologielizenzen¹. Das Buch stellt hier die Praxis der relevanten Behörden, in den USA die Federal Trade Commission (FTC) bzw. das Justizministerium (DoJ), und in der Europäischen Union (EU) die Europäische Kommission, vor. In diesem Teil erläutern die Autoren unter anderem die äusserst relevante Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) Nr. 316/2014² der Europäischen Kommission zu Technologietransfer-Vereinbarungen. Auf für Praktiker verständliche und pointierte Art und Weise werden Freistellungs Voraussetzungen und Kernbeschränkungen erklärt. Dabei wird dem Praktiker die Methodik aufgezeigt, die ihm erlaubt, eine konkrete Situation auf ihre Vereinbarkeit mit der GVO zu überprüfen. Darüber hinaus werden dem Leser eine umfangreiche Rechtsprechungsübersicht und detaillierte Literaturhinweise zur weiteren Vertiefung zur Verfügung gestellt.

Besonders der letzte Teil des Buches, der sich mit dem schweizerischen Kartellgesetz³ beschäftigt, leistet einen wichtigen Beitrag zur Reflexion über die bisherige und weitere Entwicklung des Schweizer Rechts: Sollten die Wettbewerbskommission und die Schweizer Gerichte dem europäischen Recht folgen? Oder sollte die Schweiz selbst die Grenzen von Lizenzverträgen unter Berücksichtigung der spezifischen rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz regeln? Was sind

¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014, C 89, 3; FTC/DoJ, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, January 12, 2017, verfügbar unter <www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf>.

² Verordnung Nr. 316/2014 der Kommission vom 21. März 2014 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, ABl. 2014, L 93, 17.

³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251).

im letzteren Fall die Besonderheiten der Schweiz im Vergleich zur EU, die eine Abweichung von europäischen Regeln rechtfertigen? Sollte es eine Abweichung geben, müssten dann strengere oder flexiblere Regeln entwickelt werden?

Lizenzverträge sind für Schweizer Unternehmen, ob als Lizenzgeber oder Lizenznehmer, von hoher wirtschaftlicher Relevanz. Der Erfolg von «Swiss Made» beruht zu einem grossen Teil auf der technologischen Innovation des Landes⁴. Das Buch «Lizenzkartellrecht» hebt jedoch auch die Rechtsunsicherheit für Unternehmen hinsichtlich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Lizenzverträgen hervor. Das ist besonders relevant, da die Debatte über das Gaba-Urteil⁵ im Schweizerischen Kartellrecht aktuell seinen Höhepunkt erreicht hat, und in diesem Urteil Klauseln in einem Lizenzvertrag als unzulässig betrachtet wurden.

Das Gaba-Urteil hob die Widersprüche des schweizerischen Kartellrechts hervor, das theoretisch dem europäischen Recht folgt, aber in der Praxis aufgrund «spezifischer rechtlicher und wirtschaftlicher Bedingungen in der Schweiz» davon abweicht. Gerade diese «spezifischen» Bedingungen in der Schweiz werfen jedoch heute Fragen auf, die Rechtsunsicherheit für Unternehmen schaffen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie unterschiedlich die Bedingungen in der Schweiz und in der EU sind und welche rechtlichen Konsequenzen diese Unterschiede haben. Die Autoren antworten darauf, dass die Schweiz eine der global führenden Industrienationen ist (S. 287): genauso wie die EU und die Vereinigten Staaten.

Die Autoren fordern ein systematisches Follow-up der europäischen Verordnung und Leitlinien mit der Anwendung höherer Schwellenwerte für den Marktanteil, um eine ähnliche rechtliche Wirkung zu erzielen wie die Gruppenfreistellung in der EU (S. 248). Der Vorschlag ist insofern stichhaltig, als er auf eine flexible Intervention des schweizerischen Wettbewerbsrechts in diesem Bereich hinweist. Wie die Autoren betonen, sind Lizenzverträge, die Technologien verbreiten und eine Alternative zur Geheimhaltung und vertikalen Integration darstellen, an sich schon vorwettbewerblich. Das Wettbewerbsrecht sollte den Bedürfnissen der Technologieeigentümer Rechnung tragen, um ihre Technologie zu schützen und zu vermarkten, insbesondere die Kapazitätsengpässe, mit denen innovative Unternehmen konfrontiert sind. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Logik von Technologietransferverträgen erheblich von der einer Markenlizenz für den Vertrieb von Endprodukten: Während der Zweck des Ersteren ist, die Produktion zu erlauben, folgt die Kommerzialisierung der Endprodukte der Logik der Erschöpfung der Rechte des geistigen Eigentums. Der daraus resultierende Kontrollverlust für den Hersteller wird in die Analyse der Vertriebsvereinbarungen des Wettbewerbsrechts einbezogen: Rechte des geistigen Eigentums dürfen den Warenfluss nicht behindern. Auf der anderen Seite gibt es keine Gründe dafür, die Kontrolle des Inhabers über seine Technologie im Rahmen einer Produktionslizenz einzuschränken.

Die Unterschiede zwischen Technologie-Lizenzvereinbarungen und Vertriebslizenzvereinbarungen (einschliesslich Markenlizenzen) plädieren für unterschiedliche Behandlung: die Weko-Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden⁶ kann nicht ohne Weiteres auf Technologieverträge angewendet werden. Ausserdem ist der Umfang der Weko-Vertikalbekanntmachung in Art. 8 Abs. 4 definiert: Sie gilt nicht für Vereinbarungen, deren Hauptzweck die Nutzung von Rechten des geistigen Eigentums durch den Käufer ist. Das Buch zeigt, dass der Unterschied zwischen Produktions- und Vertriebslizenzen nicht immer eindeutig ist und dass die analoge Anwendung der Weko-Vertikalbekanntmachung ihre Grenzen hat. Das Fehlen einer Kommunikation der Weko in Bezug auf den Technologietransfer und die jüngsten Schwankungen der Rechtsprechung tragen zu der bestehenden Rechtsunsicherheit bei, die nicht nur die zivilrechtlichen Auswirkungen potenzieller Unzulässigkeit (Nichtigkeit oder Schäden), sondern vor allem automatische Geldbussen betrifft.

Es stellt sich damit die Frage, inwieweit eine Weko-Kommunikation notwendig ist und inwieweit sie sich vom europäischen Recht inspirieren lassen sollte. Die europäische Verordnung und die Leitlinien beruhen zunächst auf den Erfahrungen mit den Meldungen des alten Befreiungssystems, die durch

⁴ Siehe The Global Innovation Index 2017, 10th ed., Cornell/INSEAD/WIPO, verfügbar unter <www.globalinnovationindex.org/>. Die Schweiz führt das Ranking zum siebten Mal. Siehe auch R. JAMES BREIDING, *Swiss Made: The Untold Story Behind Switzerland's Success*, Profile Books 2013.

⁵ BGE 143 II 297.

⁶ Wettbewerbskommission, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden*, verfügbar unter <www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html>.

die Verordnung Nr. 1/2003⁷ aufgehoben und durch die Gruppenfreistellungsverordnungen ersetzt wurden. In der Schweiz müssen Technologievereinbarungen der Weko nicht angemeldet werden – anders war es in der EU, sodass die Entwicklung der GVO durch die Europäische Kommission auf entsprechende Fälle und Erfahrungswerte gestützt werden konnte.

In diesem Zusammenhang ist der Vorschlag der Autoren (S. 248), eine Studie zu den Bedingungen einer Technologietransfer-Bekanntmachung in der Schweiz durchzuführen, sehr sinnvoll: die gegenwärtige Debatte in der Schweiz basiert entweder auf Prinzipien oder auf sehr spezifischen Fällen, ohne sich auf Fakten bezüglich der Situation der Schweiz oder der Situation von Schweizer Unternehmen verlassen zu können. Ohne einen ökonomisch belegten und globalen Überblick über die Situation Schweizer Unternehmen zu haben, können wir weder die Notwendigkeit einer Intervention, noch die Auswirkungen des Kartellgesetzes und seiner Anwendung auf Schweizer Unternehmen beurteilen. Eine transversale Studie und die Konsultation der Hauptakteure würden Antworten auf die spezifischen wirtschaftlichen Bedingungen, die in der Schweiz vorherrschen, und auf die Notwendigkeit einer Behandlung – abweichend oder nicht – im Vergleich zum EU-Recht geben.

Pranvera Këllezi, Dr. iur., Anwältin, Mitglied der Wettbewerbskommission, Genf

⁷ Verordnung Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, L 1, 1.