

**Christian Alexander Meyer**

## **Grenzziehung zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht**

**Diskussionsbeitrag auf der Grundlage des Vortrages  
an der Generalversammlung der Association Suisse d'Etude  
de la Concurrence in Fribourg vom 14. Oktober 1999**



*Zur Diskussion / A discuter***Grenzziehung zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht**

Diskussionsbeitrag auf der Grundlage des Vortrages an der Generalversammlung der Association Suisse d'Etude de la Concurrence in Fribourg vom 14. Oktober 1999

CHRISTIAN ALEXANDER MEYER\*

**I. Vorbemerkung**

1. Das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG) beantwortet in Art. 3 Abs. 2 KG die Frage der Grenzziehung zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht: «Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.»

Die Botschaft zum Kartellgesetz fasst den Begriff des geistigen Eigentums zunächst weit: «Er schliesst sämtliche gesetzlichen Regelungen des Immaterialgüterrechts mit ein, welche den Berechtigten ein besonderes Recht verleihen.» (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 541) und begrenzt dann sofort: Die Wettbewerbsbeschränkung fällt nur dann unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG, wenn «sie sich ausschliesslich aus dem materiellen Gehalt der angerufenen Rechte» ergibt (Botschaft, 541). Dieser Diskussionsbeitrag soll die Grenzziehung unterstützen.

**II. Argumente zur Grenzziehung**

1. Ein Blick auf frühere Schweizer Entscheide ist nicht allzu hilfreich

(z.B. zur Frage des Vorbehaltes in Art. 44 Abs. 3 KG 1985 für urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften in den Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers [VKKP] 1988, 30; 1a/1994, 112 f. und 1b/1996, 93 ff., jeweils mit Blick auf die Preisüberwachung, oder BGE 124 III 330 E. 2 e, Nintendo).

Etwas differenzierter ist dagegen die Situation in Europa (M. WAELBROECK/A. FRIGNANI, Commentaire Mégret, 4 Concurrence, Brüssel 1997, Rn. 747 ff.). Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes (EuGH) erlaubt etwa Art. 30 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG, ex Art. 36 EG-Vertrag) nur solche Beschränkungen, die zur Wahrung derjenigen Rechte notwendig sind, die den spezifischen Gegenstand dieser Immaterialgüterrechte ausmacht (Dansk Supermarked/ Imerco, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181 Rn. 11). Bei der Übernahme der Lösungsansätze aus der EU zur Grenzziehung in Art. 3 Abs. 2 KG ist allerdings eine gewisse Vorsicht geboten, weil sich die jeweiligen Grundlagen unterscheiden (siehe hinten III.).

2. Weil Art. 2 KG den Anwendungsbereich des Gesetzes auf Horizontal- und Vertikalabreden ausdehnt, sollen durch Art. 3 Abs. 2 KG, die gesetzlich gewollten Monopolbereiche (Immaterialgüterrechte) vom Anwendungsbereich des KG

---

*Die Abgrenzung zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht führt nur selten gestützt auf Art. 3 Abs. 2 KG zu einer klaren Antwort, weil der Kern des immateriellen Gutes, das von der Kartellrechtswirkung nicht erfasst sein soll, nicht eindeutig bestimmbar ist. Zur Erhöhung der Rechtssicherheit muss deshalb zusätzlich geprüft werden, ob eine Abrede, die ein Immaterialgüterrecht betrifft, mit Art. 5 KG vereinbar ist oder ob eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird (Art. 7 KG). Die blosser Berufung auf das Immaterialgüterrecht ist nicht missbräuchlich im Sinne des Art. 7 KG.*

---

*La délimitation du droit des cartels et du droit de propriété intellectuelle ne peut être fait que rarement d'une manière précise sous l'angle de l'art. 3 alinéa 2 LC. En effet, il est difficile de définir l'essentiel du bien intellectuel, qui ne devrait pas tomber sous le coup de la loi des cartels. Pour augmenter la sécurité juridique il faut examiner en plus si un agrément concernant un droit intellectuel est en conformité avec l'art. 5 LC ou si une position dominante est abusée (art. 7 LC). Se prévaloir d'un droit de propriété intellectuelle n'est en soi pas abusive au sens de l'art. 7 LC.*

---

\* Dr. iur. HSG, licencié spécial en droit européen ULB, Rechtsanwalt in Zürich.

ausgenommen werden. Man hätte auf den Abs. 2 auch verzichten können, denn er wiederholt nur die geltende Eigentumsordnung (Art. 26 BV und Y. HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, II, Grundrechte, Zürich 1982, 157 zu Art. 22<sup>ter</sup> BV 1874 für die Immaterialgüterrechte und Art. 27 BV, Wirtschaftsfreiheit [früher Handels- und Gewerbebefreiheit]).

3. Was fällt nun unter die «Gesetzgebung über das geistige Eigentum»? M. BERGER spricht vom «Numerus clausus» der Immaterialgüterrechte (in: KURER et al. [Hg.], Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, FS L. DAVID, Zürich 1996, 3 ff.). Er wünscht m.E. zu eng, dass das *Know-how* und Geschäftsgeheimnisse anders als spezialrechtlich normierte Immaterialgüterrechte zu behandeln seien, weil sie nicht allgemein zugänglich gemacht würden (BERGER, 5). Abzulehnen ist auch die Einschränkung von R. M. HILTY, beim *Know-how* fehle es an der Gesetzgebung, die Eigentum verschaffe (R. M. HILTY, Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: FORSTMOSER et al., Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS R. ZÄCH, Zürich 1999, 342). Denn *Know-how* ist dann schützenswert, wenn es geheim ist und stellt damit sehr wohl ein von der schweizerischen Rechtsordnung positivrechtlich geschütztes immaterielles Gut dar (vgl. Art. 321a Abs. 4 Obligationenrecht oder Art. 162 Strafgesetzbuch oder Art. 6 und 15 BG gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG]), das wiederum Thema einer kartellrechtlich zu prüfenden Vereinbarung sein kann. M.E. soll der *Know-how*-Lizenzvertrag von der Privilegierung des Art. 3 Abs. 2 KG profitieren dürfen, denn oft ist die Weitergabe von geheimem *Know-how* in Patentlizenzverträgen unabdingbare Voraussetzung dafür,

dass der Lizenznehmer die im Patent veröffentlichte Lehre gewerblich sinnvoll nutzen kann. Jeder Immaterialgüterrechtler kennt doch die Gratwanderung zwischen dem gerade noch zu veröffentlichenden Stoff zur Erlangung des Patents und der Zurückhaltung von ergänzenden Informationen zur Bewahrung der technischen Lehre vor unerwünschter Drittnutzung. *Lizenzverträge* sind verschiedentlich in der Gesetzgebung erwähnt und somit auch ansatzweise immaterialgüterrechtlich normiert (Art. 34 PatG, Art. 18 MSchG, Art. 16 URG oder Art. 14 Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Schutz von Design, 2000).

*Sortenschutzrechte* (Sortenschutzgesetz und das Pariser Übereinkommen zum Schutz von Pflanzenzüchtungen aus dem Jahre 1961 etc., BBl 1974 I 1469) und *Herkunftsangaben* (Art. 14 Landwirtschaftsgesetz und GUB/GGA-Verordnung; Art. 47 ff. MSchG) sind eindeutig gesetzlich geregelte Immaterialgüterrechte und fallen damit unter Art. 3 Abs. 2 KG (vgl. WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 827). Ebenso zählt das *Firmen-* oder *Namensrecht* dazu. Alles was gesetzlich geregelt ist und als Immaterialgut aufgefasst wird, fällt unter die Ausnahme (BERGER, 5 f.).

M.E. können derartige Ausnahmen auch aus *internationalen Konventionen*, etwa dem TRIPS oder der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) abgeleitet werden. Vielleicht sind auch Teile des UWG derartige Immaterialgüter? Heisst es doch in Art. 1 Abs. 2 PVÜ: «Der Schutz des gewerblichen Eigentums hat zum Gegenstand die Erfindungspatente, die Gebrauchsmuster, die gewerblichen Muster und Modelle, die Fabrik- oder Handelsmarken, die Dienstleistungsmarken, den Handelsnamen und die Herkunftsangaben oder Ursprungsbezeichnungen sowie die Unterdrückung des unlauteren Wettbewerbs.»

4. Art. 3 Abs. 2 KG gilt in den Schranken des Missbrauchsverbotes

von Art. 2 ZGB. Zu bestimmen, wo die Grenzen des Missbrauches liegen, ist allerdings im Einzelfall nicht immer einfach (Art. 5 KG).

Die Lehre verweist dazu etwa auf die «*rule of reason*». Diese Regel erlaubt den Amerikanern einzig, zu erwägen, ob eine Abrede, deren Ziel nicht restriktiv ist – andernfalls wäre sie per se verboten – deshalb zuzulassen ist, weil sie sich positiv auf die Wettbewerbssituation auswirkt. Das ist etwas anderes, als positiv den Rechtsmissbrauchstest durchzuführen oder Rechtsgüter gemäss Art. 5 KG gegeneinander abzuwägen. Allerdings bringt die Kommission der EU ihre Überlegungen zu Art. 81 Abs. 3 EG immer wieder mit der «*rule of reason*» in Verbindung (vgl. WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 172 und Rn. 213), so dass die ursprüngliche Konzeption des amerikanischen Instituts hin und wieder etwas aus dem Blickfeld verschwindet (vgl. ähnlich HILTY, 343 f.).

Die Bestimmung des Kernbereiches des Immaterialgüterrechts via Art. 3 Abs. 2 KG im Zusammenhang mit der Überprüfung weiterer Bestimmungen einer Abrede gelingt unter Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG wahrscheinlich immer, um unerwünschten Wettbewerbsbeschränkungen zu begegnen, ohne dass man dabei die «*rule of reason*» bemühen sollte.

Begrifflich sei noch die *Missbrauchstheorie* erwähnt, die wohl in Kombination mit der *Immanenztheorie* brauchbare Lösungsansätze zu liefern vermag (vgl. zu den Theorien HILTY, 329 ff., mit w. H.). Anders gesprochen ist der Kern des jeweils in Frage stehenden immateriellen Gutes zu bestimmen, nämlich der materielle Gehalt der angerufenen Rechte (Botschaft, 541) und dann ist die Missbrauchsfrage zu klären. Diesen Doppelttest vermag man allerdings auch ohne diese beiden Begriffe durchzuführen. Wahrscheinlich kann man bei der Kernbestimmung des immateriellen Rechts

nur in idealisierten Schulbeispielen eine eindeutige Antwort darauf erhalten, ob das ausgeübte Recht von Art. 3 Abs. 2 KG erfasst und damit vom Anwendungsbereich des Kartellrechts ausgenommen ist.

Häufiger ist wohl eine Konstellation zu prüfen, die uns keine eindeutige Antwort mit Blick auf den Kern des immateriellen Gutes liefert (ebenso HILTY, 340). Deshalb und um auch unter Kartellrechtsgesichtspunkten eine gewisse Rechtssicherheit bei der Problembewältigung zu bekommen, ist immer auch zu prüfen, ob eine Abrede nicht gestützt auf Art. 5 KG missbräuchlich ist. Diese doppelte Überprüfung vermag unerwünscht und aufwendig zu sein. Sie kann aber als einzige Methode brauchbare Ergebnisse liefern, wenn man nicht in der Lage ist, den Grenzbereich des immaterialgüterrechtlich Erlaubten eindeutig zu bestimmen. Führt der Test nach Art. 3 Abs. 2 KG zu keiner klaren Antwort, was m.E. die Regel sein dürfte, muss der Sachverhalt auch nach Art. 5 KG auf seine Kartellrechtskompatibilität hin überprüft werden.

5. Vereinzelt wird die «*essential facilities doctrine*» genannt, um Eingriffe in die Vertragsfreiheit der Parteien zu rechtfertigen (vgl. etwa MEINHARDT, Die Beschränkung nationaler Immaterialgüterrechte durch Art. 86 EG-Vertrag, Bern 1998, 1 ff. und zuletzt HILTY, 335 ff.). Gemäss dieser Lehre soll derjenige, der die Kontrolle über den Zugang zu einem knappen (öffentlichen) Gut hat, Interessierten einen fairen Zugang zum knappen Gut gewähren (vgl. etwa MCI Communications v. A.T.&T. 708 F.2d 1081 [7<sup>th</sup> Cir. 1983] und MEINHARDT, 137 ff.). Dabei wird verkannt, dass die Ausübung eines Immaterialgüterrechts nichts mit einer «*essential facility*» zu tun hat (ebenso wohl MEINHARDT, 137 ff. und 170). Sodann ist das Problem der Einräumung von Zwangslizenzen im Immaterialgüterrecht auch

nicht unmittelbar Art. 3 Abs. 2 KG zuordenbar. Schliesslich sind Kontrahierungspflichten als Eingriffe in die Vertragsfreiheit nach Art. 13 Abs. 2 KG zu bewältigen (ebenso HILTY, 336) und zwar unabhängig davon, ob ein immaterielles Gut auf dem Spiel steht oder nicht.

Immerhin sei etwas provokativ ergänzt, dass das Kontrahierungsproblem etwa in Art. 37 PatG geregelt ist, auch wenn dazu die praktische Erfahrung in der Schweiz fehlt (P. HEINRICH, Schweizerisches Patentgesetz, Europäisches Patentabkommen, Zürich 1998, N 37.01). Damit ist kartellrechtlich gesprochen der Zwangslizenzanspruch im Patentrecht und damit spezialgesetzlich geregelt, so dass gemäss Art. 3 Abs. 2 KG kein Raum mehr für eine kartellrechtliche Beurteilung bleibt.

Um dies vielleicht an einem zweiten Beispiel zu illustrieren, darf nicht etwa argumentiert werden, ein Markenrechtsinhaber, der durch Konzeption und bedeutende Werbeinvestitionen ein Markenprodukt in eine Spitzenstellung geführt hat, sei via Kartellrecht (etwa via Art. 7 KG oder die eben erwähnte «*essential facilities doctrine*») zu verpflichten, mit einer ihm nicht genehmen Person zu kontrahieren, zur Inverkehrsetzung seiner Markenprodukte.

Dieses zweite Beispiel zeigt m.E. einen idealen Fall, der alleine via Art. 3 Abs. 2 KG entschieden werden kann, dahingehend, dass für weitere Kartellrechtsüberlegungen kein Raum bleibt, es sei denn, dass weitere wettbewerbsrelevante Umstände hinzutreten (ebenso HILTY, 337 f., wenn man ihm unterstellt, dass sein Immaterialgut nur zur «*essential facility*» werden kann, wenn weitere wettbewerbsrechtlich relevante Umstände hinzutreten und MEINHARDT, 141, Fn. 571, Kriterium sechs).

Zur Grenzziehung oder zur Beantwortung der Frage, was nach Art. 3 Abs. 2 KG immaterialgüterrechtlich erlaubt und was wettbewerbs-

rechtlich verboten ist, trägt die «*essential facilities doctrine*» wenig bei, versucht sie doch den wettbewerbsrechtlichen Kontrahierungszwang zu bewältigen und damit eben kein spezifisches immaterialgüterrechtliches Problem zu lösen (ähnlich MEINHARDT, 170, a.M. HILTY, 335 ff.). Das Immaterialgüterrecht und die «*essential facilities doctrine*» haben fast nichts miteinander gemeinsam, ausser dass sich die Betroffenen Irländer im in der EU oft zitierten Fall «*Magill*» (Rs. C-241-242/91, Slg. I-808 ff. und die prägnante Analyse der spezifischen Erwägungen WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 848) auf ihr nationales Urheberrecht berufen haben (vgl. dazu etwa WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 846). Dadurch haben sie aber «*in casu*» ihr Immaterialgüterrecht missbraucht, indem sie den Zugang zum Markt für neue Fernsehprogrammherausgeber verhindert. Damit ist der *Magill*-Entscheid ein weiterer Entscheid über den Marktzugang, bei dem sich wohl eher zufällig die dominante Position aus dem Urheberrecht ableiten liess. Ich anerkenne, dass die Leitentscheide dazu in der EU (Volvo und Renault, Rs. 238/87 und Rs. 53/87, Slg. 1988 6211 und 6039 oder Hilti, Rs. T-30/89, Slg. II-1441) immer auch immaterialgüterrechtsrelevant sind. In all diesen Entscheiden stand allerdings immer der *Missbrauch* eines Immaterialgüterrechts zur Verhinderung des Marktzuganges *im Vordergrund* und das ist nicht Thema des Art. 3 Abs. 2 KG, sondern des Art. 2 Abs. 2 ZGB.

Die Annahme einer Kontrahierungspflicht wegen eines immateriellen Gutes via die «*essential facilities doctrine*» (vgl. HILTY, 335 ff.) ist abzulehnen. Denn der Missbrauch einer dominanten Stellung ist Thema von Art. 7 KG und Art. 2 Abs. 2 ZGB und nicht von Art. 3 Abs. 2 KG. Ein Markenprodukt für sich alleine genommen oder ein geschütztes Muster oder Modell sind zu keinem Zeitpunkt unverzichtbare Güter, die



dem Rechtsinhaber irgendwelche Kontrahierungspflichten auferlegen würden (a.M. HILTY, 335 f.). Wird im Patentrecht etwa ein Verfahren oder eine Lehre zur Herstellung eines Heilmittels nicht genutzt, ist auf die Zwangslizenz, Art. 37 PatG, und nicht auf die «essential facilities doctrine» zurückzugreifen. Anders formuliert stellt sich die Frage der Anwendung von Art. 7 KG auf Immaterialgüterrechtssachverhalten immer erst, wenn Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung der dominanten Stellung als missbräuchlich erscheinen lassen. Eine aus Art. 3 Abs. 2 und der «essential facilities doctrine» abgeleitete Nutzungspflicht des Immaterialgutes (vgl. HILTY, 336) besteht nicht. Denn braucht jemand etwa seine Marke nicht, verliert er seine Rechte automatisch durch die Spezialgesetzgebung (Art. 12 MSchG).

Denkbar ist, dass ein Immaterialgüterrechtsinhaber sein Recht im Rahmen des Erlaubten nicht sofort nutzt. Auch darin liegt kein kartellrechtsrelevanter Fall der «negativen Vertragsfreiheit» (HILTY, 336, m.E. dort im Sinne der Abschlussfreiheit zu verstehen). Das *Missbrauchselement* in Art. 7 KG wird zu Unrecht in den Hintergrund gerückt, wenn argumentiert wird, die Lizenzierung müsse wegen einer «essential facilities»-Problematik, öffentliches Interesse vorausgesetzt, möglich sein (so HILTY, 336). Denn bei der so verstandenen «essential facilities»-Problematik ist für den Leser nicht immer sofort erkennbar, dass ihr der *Missbrauch* einer marktbeherrschenden Stellung innewohnt (vgl. die Nachweise vorne II. 5 und bei WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 845 ff.). Andernfalls wäre die von HILTY gewünschte Vortirage zwischen negativer und positiver Vertragsfreiheit (HILTY, 336) zur Einschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 3 Abs. 2 KG dahingehend zu differenzieren, dass

sich die Bedeutung der Tirage gemäss Art. 3 Abs. 2 KG auf Fälle der positiven Abschlussfreiheit und der missbrauchsfreien negativen Abschlussfreiheit reduzierte.

HILTY will zudem sein Kriterium der negativen Vertragsfreiheit als «quasi» verstanden wissen (HILTY, 336). Derartige Analogieschlüsse vom Besonderen auf das Besondere sind aber äusserst risikoreich (K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., Stuttgart 1983, 146 f. mit zahlreichen Hinweisen; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar I/1, Bern 1966, ZGB 1 Rn. 346–350).

Die Prüfung des Missbrauches einer marktbeherrschenden Stellung, etwa beim Marktzutritt, richtet sich nach gesetzlich normierten Tatbestandsmerkmalen (Art. 7 KG), während der Bezug einer «essential facilities»-Problematik einen unbestimmten Rechtsbegriff in die Diskussion einführt. Dabei besteht die Gefahr, dass anschliessend derartige Begriffe in der Diskussion verwendet werden, ohne dass über deren Bedeutung genau Rechenschaft abgelegt wird. Dieses Phänomen kann sehr gut anhand der «rule of reason»-Diskussion in Europa belegt werden (vgl. vorne II.4 und WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 172 mit zahlreichen Hinweisen). Auch HILTY verweist zunächst «quasi» auf die negative Vertragsfreiheit und verwendet den Begriff anschliessend ohne jede Einschränkung (HILTY, 336). Alleine der Vertragsfreiheit kommt bekanntlich eine mehrfache Bedeutung zu (vgl. GAUCH/SCHLUEP et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, Rn. 612 ff.). Die Differenzierung des Anwendungsbereiches von Art. 3 Abs. 2 KG nach Vertragsfreiheiten, selbst wenn die Terminologie vorab geklärt würde, unter Verweis auf eine «essential facilities»-Problematik, verwirrt wahrscheinlich mehr, als sie zur Lösung beiträgt und ist deshalb abzulehnen.

6. So bleibt die Beantwortung der Frage, was eine zuzulassende oder verbotene Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG ist, immer dem konkreten Einzelfall vorbehalten (Art. 5 KG), mit oder ohne Immaterialgüterrechtsbezug und trotz Art. 3 Abs. 2 KG (vgl. nachfolgend die Beispiele unter IV)! Denn nur in ganz wenigen «idealen» Fällen kann man sagen, dass eine Abrede sich zweifelsfrei auf den Kern des Immaterialgutes bezieht und deshalb via Art. 3 Abs. 2 KG keine Kartellrechtsrelevanz hat.

Kontrahierungspflichten für den Inhaber des immateriellen Gutes sind nur aus Art. 7 i. V. m. Art. 13 Abs. 1 lit. b KG denkbar. Ein Immaterialgut verschafft dessen Inhaber ein gesetzlich gewolltes Monopol. Dies ist immaterialgüterrechtsimmanent und wird vom Kartellrecht respektiert (Art. 3 Abs. 2 KG). Damit ist ein derartiges Recht aber für sich alleine nie geeignet, dessen Rechtsinhaber eine dominante Stellung im Sinne von Art. 7 KG zu verschaffen. Die dominante Position eines Unternehmens bestimmt sich immer anhand der konkreten Marktgegebenheiten (statt aller HILTY, 346) und erst wenn eine derartige Position missbraucht wird, ist sie verboten (Art. 7 Abs. 1 KG). Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die Rechtsausübung eines Immaterialgüterrechts, etwa auch durch Nutzungsverzicht, sind zwei zu trennende Vorgänge.

Deshalb ist bei Verdacht auf unzulässige Wettbewerbsabreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zu prüfen, ob jene sich durch die wirtschaftliche Effizienz rechtfertigen lassen oder diese sich ohne Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt manifestieren (im Ergebnis ähnlich HILTY, 338).

### III. Rezeption von Lösungsansätzen der EU

1. Will man Lösungsansätze der EU für die Schweiz rezipieren, muss

man auf die Unterschiede in den jeweiligen Rechtsordnungen achten: Das Schweizerische Kartellrecht ist Missbrauchsgesetzgebung. Das EU-Kartellrecht ist bis heute Verbotsgesetzgebung mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. aber Weissbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag, ABl. C 132 vom 12. Mai 1999, 1 ff. und Verordnung Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 336 vom 29. Dezember 1999, 21 ff.).

Auch in der EU sind die Immaterialgüterrechte über die Eigentumsordnung gewährleistet (Art. 295 EG, ex Art. 222 EGV). Auf der Grundlage von Art. 30 EG macht die EU Integrations- bzw. Binnenmarktpolitik.

2. Unter Art. 30 EG, der die Immaterialgüter ausdrücklich erwähnt, wird sehr oft deren missbräuchliche Anrufung geprüft (vgl. zu «existence» und «exercise» WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 747). Dadurch gelangt man sehr nahe an die Grenzziehung unter Art. 3 Abs. 2 KG. Weiter ist zu beachten, dass gestützt auf Art. 81 EG zwar primär Kartellrecht erwogen wird, der Artikel aber gleichzeitig einen *integrationspolitischen Auftrag* enthält, weil er auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten zielt. Die nationale Integration ist in der Schweiz dagegen Gegenstand des Binnenmarktgesetzes (BBl 1995 IV 548) und des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (BBl 1995 IV 535) und nicht des Kartellgesetzes.

3. Wegen des Wortlautes von Art. 6 KG und Art. 3 Abs. 2 KG ist man versucht, die Kartellverträglichkeit von Immaterialgüterrechten unter Einbezug der Verordnung zur Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen (GFVO

240/96, ABl. L 31 vom 9. Februar 1996, 2 – 13) zu prüfen, obwohl in der EU eine dem Art. 3 Abs. 2 KG vergleichbare Bestimmung fehlt. Dabei sollten m.E. die Argumente aus der GFVO 240/96 aber via Art. 5 Abs. 1 und 2 KG – die wirtschaftliche Effizienz – in die Kartellrechtsdiskussion einfließen und nicht via Art. 6 KG, denn dieser Artikel 6 KG ist vielleicht nur im Kartellgesetz, weil der Gesetzgeber versucht hat, die Lösung in der EU zu übernehmen, ohne dabei die Unterschiede zu beachten. Deshalb hat die Wettbewerbskommission bisher nur zögernd von ihrer Erlasskompetenz Gebrauch gemacht (vgl. RPW 1998/1, 154 für Homologation und Sponsoring im Sportartikelbereich und RPW 1998/2, 351 für Kalkulationshilfen).

Die vorstehende Argumentation gilt weder für Art. 7 KG noch für Art. 82 EG, weil beide Artikel für den Missbrauch einer marktbeherrschende Stellung keine Freistellung vorsehen (vgl. dennoch Art. 8 KG für die Schweiz).

#### IV. Einzelfragen

##### 1. Problembewältigung

Zwei Fragen sind gleichzeitig zu beantworten, um die Tragweite des Art. 3 Abs. 2 KG mit Sicherheit bestimmen zu können. 1. Ist der zu beurteilende Sachverhalt rein immaterialgüterrechtlicher Natur oder wohnt ihm auch eine wettbewerbsrechtliche und entsprechend kartellrechtsrelevante Komponente inne? 2. Ist die wettbewerbsrechtliche Komponente mit dem Kartellrecht, insbesondere Art. 5 und 7 KG, kompatibel?

In verschwindend wenigen idealtypischen Fällen (vgl. C. A. MEYER, *Der Alleinvertrieb*, 2. Aufl., St. Gallen 1992, 94 ff.) lässt sich die Wettbewerbsrelevanz eines immaterialgüterrechtlichen Sachverhaltes verneinen. In der Mehrheit der Fälle ist

eine Rechtsgüterabwägung nach Art. 5 Abs. 2 KG wohl unumgänglich, meist aber zugunsten etwa eines Lizenzvertrages lösbar. Provokativ formuliert kommt Art. 5 KG wahrscheinlich die gleiche Bedeutung wie Art. 3 Abs. 2 KG für die Immaterialgüterrechte zu. Lassen sich doch alle Immaterialgüterrechte und dazugehörige Abreden, soweit sie sich auf die vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtsausübung der Exklusivrechte beziehen, im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. a KG rechtfertigen.

Man darf auch anders fragen, ob überhaupt eine kartellrechtsrelevante Wettbewerbsabrede ohne Berücksichtigung des Art. 3 KG vorliegt. Ich verweise auf Art. 4 und 5 KG. Anschliessend muss die Frage beantwortet werden, ob die Abrede, welche die immaterialgüterrechtliche Monopolstellung betrifft, sich tatsächlich auf deren Kern bezieht, nämlich Persönlichkeitsrecht, Belohnung für besondere Leistung, oder verpönte rein wettbewerbsrechtliche Ziele verfolgt. Gehen die getroffenen Abreden oder das Verhalten in ihrer Wirkung unerlaubt über die Rechte hinaus, welche sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben? Dann ist nämlich auch eine vermeintlich nicht zu beachtende Immaterialgüterrechtsabrede wiederum – und zwar trotz oder gerade wegen Art. 3 Abs. 2 KG – kartellrechtsrelevant. Damit ist abschliessend noch zu prüfen, ob eine derartige Abrede nach Art. 5 KG unzulässig ist oder sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

Sodann ist zu vermeiden, jede Immaterialgüterrechtsstellung «tel quel» mit einer dominanten Position nach Art. 7 KG gleichzusetzen. Erst wenn besondere Umstände hinzutreten, wird z.B. ein Markenprodukt hersteller dominant, etwa weil sein Produkt unersetzlich ist. Nun muss dieser marktbeherrschende Hersteller zusätzlich missbräuchlich han-



deln (Art. 7 Abs. 2 KG), um vom Kartellrecht erfasst zu werden (Art. 3 Abs. 2 KG). Anders formuliert ist die *Freiheit eines Inhabers eines immateriellen Gutes durch das Kartellrecht in keiner Weise beschränkt, solange keine wettbewerbsrelevanten Umstände zusätzlich gegeben sind* (ebenso für die EU WAELBROECK/FRIGNANI mit zahlreichen Verweisen, Rn. 834 ff.).

## 2. Kern des Immateriellen Gutes

Wie lässt sich nun dieser Kernbereich der Immaterialgüterrechte umschreiben oder wann liegt ein Missbrauch eines Immaterialgüterrechts zur Umgehung der Kartellrechtsbestimmungen vor?

In der EU wird etwa die Meinung vertreten, dass der Bestand der gewerblichen und kommerziellen Schutzrechte garantiert sei, dass aber bei der Ausgestaltung und Ausübung dieser Rechte die gemeinschaftsrechtlichen Schranken zu beachten seien (C. O. LENZ, EG 30 N10. Der EuGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass Art. 81 Abs. 1 EG den Bestand der Immaterialgüterrechte nicht berühre, dass jedoch die Ausübung dieser Rechte unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG falle, wenn diese «Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache» sei (Deutsche Grammophon/Metro, Rs. 78/70 Slg. 1971, 487; WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 747). Darunter versteht man in der EU, dass die gewerblichen Schutzrechte nicht zur Umgehung des Kartellrechtsverbotes missbraucht werden dürfen. Somit soll *eine Art* «rule of reason»-Test durchgeführt werden (J. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1998, KG 3 N 9). Diese Leseweise kommt auch Art. 3 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 2 ZGB zu.

Nun sollen zufällig ausgewählte spezifische Klauseln für Patente, Marken und das Know-how erörtert

werden. Vielleicht wird dadurch der Kern der betroffenen Immaterialgüter fassbarer und der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 KG bestimmbarer? Gleichzeitig soll aber auch anhand der nachfolgend erwähnten Klauseln der Missbrauchstest (Art. 3 Abs. 2 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 ZGB) konkretisiert werden.

## 3. Lizenzen

Der idealtypische Lizenzvertrag, Überlassung der Lehre gegen Lizenzgebühr, ist via Art. 3 Abs. 2 KG kein Thema für das Kartellrecht. Nur sind die wenigsten Lizenzverträge idealtypisch, so dass man nicht umhin kommt, die Kartellrechtsverträglichkeit einzelner weiterer Klauseln zu prüfen.

Was in der EU im Rahmen von Lizenzvereinbarungen erlaubt ist, kann wohl der GFVO 240/96 entnommen werden. Allerdings muss mit der nötigen Differenziertheit jede einzelne Bestimmung, die in der EU kartellrechtskonform oder verboten ist, für die Schweiz geprüft werden.

So ist m.E. nicht einzusehen, weshalb eine Verpflichtung des Lizenznehmers, dem Lizenzgeber seine Rechte an Verbesserungen oder neuen Anwendungsformen der überlassenen Technologie ganz oder teilweise zu übertragen, zu verbieten ist (so die GFVO 240/96, Art. 3 Ziffer 6). Ohne Lizenzvertrag wäre der Nehmer nie in der Lage gewesen etwas zu verbessern, was man deshalb mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Schweiz zu rechtfertigen vermag (ebenso HILTY, 345).

Eine Nichtangriffsklausel für die im Lizenzvertrag umschriebene Lehre dürfte wohl im Einzelfall zu rechtfertigen und damit kartellrechtlich erlaubt sein (vgl. dazu Art. 4 Abs. 2 lit. b GFVO 240/96, Meldepflicht statt Verbot).

Negativ nimmt eine einfache Markenlizenz in einem Alleinvertriebs- oder Franchisevertrag ein kom-

plexes realtypisches Vertragswerk mit Sicherheit nicht «tel quel» via Art. 3 Abs. 2 KG vom Anwendungsbereich des Kartellrechts generell aus (vgl. WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 792 ff.).

## 4. Patente

Wie verhält es sich mit Abreden, die etwa über die Schutzdauer des Patents hinaus Wirkung entfalten sollen? Derartige Abreden sind in der EU verboten. Sie müssen im Einzelfall in der Schweiz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sorgfältig geprüft werden, trotz Art. 3 Abs. 2 KG. Eine patentrechtlich gerechtfertigte Markt- oder Gebietsaufteilung bekommt mit Wegfall der Rechtfertigung eine unliebsame wettbewerbsrechtliche Komponente (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG), die wohl im Einzelfall gerechtfertigt werden muss, um weiter bestehen zu können (a. M. HILTY, 346).

Verträge mit Patentlizenzen, die nicht in allen Vertragsgebieten durch Patente gedeckt sind, müssen immer nach Art. 5 Abs. 2 KG beurteilt werden. Denn in den schutzfreien Gebieten haben wir wohl eher eine Marktaufteilung, die sich ähnlich wie beim Alleinvertriebsvertrag (MEYER, 34 f.), nach Art. 5 KG meist rechtfertigen lässt.

## 5. Marken

Ist eine Abrede zur Einschränkung einer Waren- und Dienstleistungsliste zur Überwindung der Gefahr von Verwechselbarkeiten kartellrechtsrelevant? Spielt die Frage der Möglichkeit des zweigleisigen Vertriebes eine wettbewerbsrechtliche Rolle?

Wie sind Gebietsabreden, die in der EU bekanntlich verpönt sind, zu beurteilen, etwa bei identischen Marken: Der Händler A vertreibt Zeiss-Produkte nur in Deutschland, Händler B dagegen nur in Spanien. Der Konflikt der doppelten Marke (vgl. auch HAG I und II Rs. 192/73

und C-10/89, Slg. 1974 731 und Slg. 1990 I-3711, etc. in der Folge des Zweiten Weltkrieges; Kritik der Kommission dazu bei WAELBROECK/FRIGNANI, Rn. 815) ist wohl ein Problem von Art. 3 Abs. 2 KG aber auch unter Art. 4 KG zu erörtern. Schwer wird immer die Frage der lauterer Absicht zu beantworten bzw. nachzuweisen sein.

## 6. Know-how, Geheimnisse

Know-how, das eine Gesamtheit technischer Kenntnisse darstellt, die geheim, wesentlich und in geeigneter Form identifiziert sind, bildet ein Immaterialgut im Sinne des Art. 3 Abs. 2 KG (vorne II. 3, a.M. HILTY, 342, und BERGER, 5). Die Rechtsordnung in der Schweiz schützt die faktische Monopolstellung des Geheimnisherrn und sanktioniert damit positivrechtlich dessen immaterielles Gut (Art. 321a Abs. 4 OR, Art. 162 StGB und Art. 6 und 15 UWG). Gemäss Botschaft muss der Begriff des immateriellen Gutes weit gefasst werden (Botschaft, 74).

## 7. Preisabsprachen

Preisabsprachen haben auch etwa in einem Markenlizenzvertrag keinen unmittelbaren Bezug zum Immaterialgüterrecht und sind deshalb wohl auch nicht zu den für die Rechtsausübung notwendigen Klauseln gemäss Art. 3 Abs. 2 KG zu ordnen, womit derartige Klauseln wohl nach Art. 4 und 5 Abs. 3 lit. a KG verboten sind. Ebensowenig vermag sich der Buchhandel nicht via Art. 3

Abs. 2 KG, wohl schon eher via Art. 8 KG den Fängen der Wettbewerbskommission zu entziehen (vgl. den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. September 1999). Der Kernbereich des Urheberrechts (Art. 3 Abs. 2 KG) ist bei Preisabsprachen überschritten.

## 8. Erschöpfung von Immaterialgüterrechten

Die Tendenz, in der Schweiz die klassischen Immaterialgüterrechte mit Ausnahme des Patentrechts als international erschöpft aufzufassen (vgl. sic! 1999, 478 ff. und international: RIC, 189, 2. 1999, 5 – 42 zur Frage 1 der Studententage des LIDC in Venedig 1999), mag für einzelne Hersteller unangenehm sein.

Allerdings bleibt der Eindruck, dass oft Erschöpfungsdiskussionen zum Zwecke der Marktabgrenzung oder der Preissegmentierung geführt werden. Unter diesen Umständen ist die Diskussion der Erschöpfung wohl kein Thema für Art. 3 Abs. 2 KG (zutreffend HILTY's diesbezügliche Kritik am Gesetzgeber, 333). Die wettbewerbsrechtliche Komponente der Erschöpfung muss via Art. 5 und 7 KG diskutiert werden. Dabei ist nicht ausser Acht zu lassen, dass eine Marktdifferenzierung für den Hersteller existenzielle Bedeutung haben kann, falls er seine Produkte etwa in Märkte mit staatlichem Preisdiktat liefern will oder muss und aus diesen Ländern Grauimport droht. Allerdings ist in diesen Fällen etwa im Urheber- oder im Markenrecht kein Kernbereich

des immateriellen Gutes betroffen. Graumarktabflüssen aus solchen Märkten ist wohl eher durch wohl-dosierte Belieferung und eine effiziente Verbrauchskontrolle zu begegnen (MEYER, 192 f.), nicht aber über den Umweg der Erschöpfungstheorie. Dies schliesst m.E. nicht aus, dass eine Marktabstottung im einen oder anderen Fall trotzdem gestützt auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt gerechtfertigt sein mag und sowohl unter Art. 3 Abs. 2 KG dem Immaterialgüterrecht zuzuordnen ist, aber gleichzeitig auch konform mit Art. 4 Abs. 1 und 5 KG sein kann (vielleicht diesbezüglich etwas zu pauschal BGE 122 III 469 Chanel, 124 III 321, Nintendo und ZR 1998, 289, Kodak, denn die Schweiz muss sich zumindest vorläufig nicht unilateral in den «Binnenmarkt Welt» integrieren. Zutreffend deshalb BGE vom 7. Dezember 1999, Urteil 4C.24/1999, Kodak SA/Jumbo Markt AG, NZZ vom 8. Dezember 1999).

## V. Ergebnis

*Der Test zur Grenzziehung nach Art. 3 Abs. 2 KG muss doppelt ausfallen:* Zunächst ist der Kern des immateriellen Gutes zu bestimmen (Art. 3 Abs. 2 KG) und dann, um sicher zu sein, muss man die Vereinbarkeit des interessierenden Sachverhaltes mit der übrigen Rechtsordnung, insbesondere Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 5 und 7 KG, prüfen. Die Grenzziehungsdiskussion lässt sich deshalb wohl nur kasuistisch fortführen.