



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

2/2004

David Mamane

Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?

© *David Mamane, 2004*

Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?

David Mamane¹

Seit dem 1. Mai 2004 ist die neue Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen der Europäischen Kommission in Kraft. Die Verordnung und die Leitlinien der Kommission beziehen sich auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Lizenzverträgen innerhalb der europäischen Wettbewerbsregeln. Aufgrund der Änderungen gegenüber der vorherigen Verordnung ergibt sich ein erheblicher Handlungsbedarf für bestehende und neu abzuschliessende Vereinbarungen. Der folgende Beitrag stellt dar, welchen Hintergrund die neue Verordnung hat und in welchen Bereichen die Änderungen von Relevanz sind.

I. Einführung

Die Europäische Kommission hat im April 2004 die endgültige Fassung der neuen Technologietransfer-Gruppenfreistellungsverordnung ("TT-GVO")² erlassen und somit im Bereich der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Lizenzverträgen in Europa ein neues Zeitalter eingeläutet. Die TT-GVO ist eine Freistellungsverordnung der neuen Generation, welche den Vertragsparteien erheblich mehr Spielraum bei der Vertragsgestaltung lässt und sich verstärkt an ökonomischen Grundsätzen anlehnt. Vereinbarungen, welche eindeutig keine wettbewerbswidrigen Konsequenzen haben, soll ein „sicherer Hafen“ geboten werden. Die Verordnung und vor allem auch die

1 Lic. iur. David Mamane, LL.M. (Bruges), Advokat, Teaching Assistant am College of Europe, Bruges (dmamane@coleurop.be). Der Autor dankt den Herren lic. iur. Martin Thomann, LL.M, Rechtsanwalt in Zürich, Dr. Dr. Dominik Hanf, Professor am College of Europe, und Prof. Richard Whish, King's College, London, für ihre wertvollen Hinweise und inspirativen Diskussionen. Der vorliegende Beitrag wird in der "sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht" Ausgabe 07+08/2004 veröffentlicht.

2 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, Amtsblatt Nr. L 123 vom 27/04/2004, S. 11-17 (nachfolgend "TT-GVO"). Die (neue) TT-Gruppenfreistellungsverordnung ersetzt die 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, Amtsblatt Nr. L 31 vom 9/02/1996, S. 2-13 (nachfolgend "Verordnung 240/96"). Die Bezeichnung „TT-GVO“ wird für die aktuelle Verordnung verwendet, wohingegen die ursprüngliche Version als „Verordnung 240/96“ bezeichnet wird.

zugehörigen Leitlinien³ sollen die Rechtssicherheit fördern, indem sie die Entscheidungspraxis der Kommission darlegen und sowohl für die betroffenen Unternehmen, als auch für nationale Behörden und Gerichte vorhersehbar machen. Die inhaltlichen Abweichungen gegenüber der vorherigen Regelung und die Einführung von Marktanteilsschwellen führen jedoch auch zu einem erhöhten Beratungsbedarf, da die konkrete Anwendung der TT-GVO komplexe ökonomische und rechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Definition und Überwachung des relevanten Marktes und des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Vertragsparteien notwendig erscheinen lässt. Zudem müssen aktuelle Verträge innert der Übergangsfrist den neuen Regelungen angepasst werden.

II. Wettbewerbswidrigkeit und Freistellung

A. Wettbewerbsrechtliche Inhaltskontrolle

Die Ausübung von Immaterialgüterrechten durch den Abschluss von Lizenzverträgen untersteht grundsätzlich der vertraglichen Inhaltsfreiheit. Infolge der dem Inhaber aufgrund einer Interessenabwägung im Sinne eines dynamischen Wettbewerbs vom Gesetzgeber verliehenen Monopolrechte können Lizenzverträge jedoch ökonomische Konsequenzen haben, die eine spezifische kartellrechtliche Inhaltskontrolle notwendig erscheinen lassen.⁴ Die Schranken der Inhaltsfreiheit ergeben sich unter anderem aus der Unzulässigkeit wettbewerbswidriger Vereinbarungen, welche sowohl im Schweizerischen Kartellgesetz⁵ als auch im Europäischen Wettbewerbsrecht⁶ vorzufinden sind. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der scheinbare Widerspruch zwischen der schutzrechtsbedingten Wettbewerbsbeschränkung und der kartellrechtlichen Inhaltskontrolle vom EuGH dahingehend gelöst wurde, dass zwar von einem durch das EU-Wettbewerbsrecht

3 Bekanntmachung der Kommission - Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Amtsblatt Nr. C 101 vom 27/04/2004, S. 2-42 (nachfolgend „die Leitlinien“).

4 Siehe R. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001, S. 358f.

5 Art. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), SR 251.

nicht antastbaren *Bestand* des einzelstaatlichen Immaterialgüterrechts ausgegangen wird, dessen *Ausübung* aber durchaus kontrolliert werden kann, wenn sie Gegenstand, Mittel oder Folge einer Kartellabsprache ist.⁷ Aufgrund der wirtschaftlichen und kulturellen Vernetzung und der Vorbildfunktion der Europäischen Gesetzgebung und Praxis ist das Europäische Wettbewerbsrecht auch in der Schweiz von zunehmender Wichtigkeit.

B. Anwendung auf Lizenzverträge

Lizenzvereinbarungen, welche im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EGV "den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken" sind verboten und gemäss Abs. 2 desselbigen Artikels nichtig. Es stellt sich daher einerseits die Frage, inwiefern gewisse Klauseln in Lizenzverträgen überhaupt den Wettbewerb einschränken und somit unter Art. 81 Abs. 1 EGV fallen⁸. Andererseits wird die Verbotsbestimmung durch die Möglichkeit der Freistellung gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV eingeschränkt⁹. So können die Bestimmungen von Abs. 1 für einzelne Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen "für nicht anwendbar erklärt werden"¹⁰. Da die europäischen Wettbewerbsregeln auf sämtliche Vereinbarungen Anwendung finden, welche "den

6 Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung, Amtsblatt Nr. C 325 vom 24/12/2002, nachfolgend "EGV".

7 M. SUCKER, S. GUTTUSO, J. GASTER, "Artikel 81-Fallgruppen Immaterialgüterrechte", in H. SCHRÖTER, T. JAKOB, W. MEDERER (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden 2003, S. 703ff.; ausführlich zur Dichotomie Bestand/Ausübung und der diesbezüglichen Kritik: H. ULLRICH, in: U. IMMENGA, E.-J. MESTMÄCKER, *EG Wettbewerbsrecht Kommentar Band I*, München 1997, S. 1206ff., siehe zum Schweizer Recht und zur Frage der Tragweite von Art. 3 Abs. 2 KG: R. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Bern 2001, S. 399ff.

8 So ist etwa gemäss dem Urteil des EuGH in Sachen *Nungesser/Kommission*, Rechtssache 258/78, Slg. 1982, 2015 die Vergabe einer "offenen ausschliesslichen Lizenz" mit Art. 81 Abs. 1 EGV vereinbar, da der Lizenznehmer ohne die Ausschliesslichkeitszusage das Investitionsrisiko nicht übernommen hätte und somit die Verbreitung einer "neue Technologie" behindert würde.

9 Sofern die Anwendungsbedingungen von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt sind: (i) Die Vereinbarung muss objektive wirtschaftliche Vorteile bieten, (ii) die Beschränkung des Wettbewerbs muss für die Erzielung der Effizienzvorteile unerlässlich sein, (iii) die Verbraucher müssen eine angemessene Beteiligung an den Effizienzgewinnen erhalten, und (iv) die Vereinbarung darf den Parteien keine Möglichkeiten eröffnen, hinsichtlich eines wesentlichen Teils der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten.

10 Art. 81 Abs. 3 EGV.

Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind“, befinden auch Vereinbarungen eines Schweizer Unternehmens innerhalb des Anwendungsbereichs¹¹, sofern diese Vereinbarungen innerhalb der Gemeinschaft durchgeführt werden¹² oder dort Auswirkungen zeitigen¹³.

C. Gruppenfreistellung von Technologietransferverträgen

Die Kommission ist ermächtigt,¹⁴ eigenständig Verordnungen über die Freistellung von Gruppen von Technologietransfervereinbarungen zu erlassen, welche in generell-abstrakter Form bestimmte Klauseln als nicht wettbewerbswidrig oder als freigestellt erklären.

Im Bereich der Technologietransferverträge hat die Kommission schon mehrfach derartige Verordnungen erlassen¹⁵ und hat erstmals in der Verordnung 240/96 über die Gruppenfreistellung von Technologietransfer-Vereinbarungen¹⁶ von 1996 umfassend Patent und Know-how Verträge freigestellt. Diese Verordnung enthielt eine Liste mit freigestellten Klauseln, eine Liste mit ausdrücklich zulässigen („weissen“) Klauseln, welche in Lizenzvereinbarungen verwendet werden können, eine Liste nicht freigestellter („schwarzer“) Klauseln, welche nicht in den Anwendungsbereich der Freistellung fallen und eine Liste mit sogenannten "grauen Klauseln", welche mit einem Widerspruchsvorbehalt versehen sind und bei der Kommission angemeldet werden müssen. Der sachliche Anwendungsbereich war auf

11 Siehe hierzu die Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 EGV, Amtsblatt Nr. C 101 vom 27/04/2004, S. 81-96; insbesondere Rz. 100 ff.

12 Siehe das Urteil des EuGH in Sachen *Ahlström Osakeyhtiö (Zellstoff)*, Verbundene Rechtssachen C-89/85 und andere, Slg. 1988, 651, Rz. 16.

13 Siehe das Urteil des EuGH in Sachen *Gencor*, Rechtssache T-102/96, Slg. 1999, II-753, bezüglich der Fusionskontrolle.

14 Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt Nr. P 36 vom 06/03/1965, S. 533-535.

15 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, Amtsblatt Nr. L 219 vom 16/08/1984, S. 15-24; 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, Amtsblatt Nr. L 61 vom 04/03/1989, S. 1-13.

16 Verordnung (EG) Nr. 240/96, siehe oben Fn. 2.

Patentlizenz- und Know-how Vereinbarungen beschränkt¹⁷, wobei der Begriff des "Patents" auch Anmeldungen, Topographien, ergänzende Schutzzertifikate und Sortenschutzrechte umfasst. Zudem beschränkte sich die Verordnung auf Vereinbarungen zwischen zwei Parteien.

Folgende Hauptkritikpunkte wurden gegenüber der Verordnung 240/96 erhoben¹⁸:

- Die Liste der "weissen Klauseln" wirke wie eine "Zwangsjacke", da die Parteien versucht seien, sich auf die Verwendung der in dieser Liste vorgesehenen Klauseln zu beschränken anstatt im Rahmen der Vertragsfreiheit die für sie notwendigen Vereinbarungen zu treffen.
- Der eingeschränkte sachliche Anwendungsbereich bewirke Rechtsunsicherheit bezüglich weiterer Immaterialgüterrechte, da einzig die Kommission in der Lage sei, Klauseln im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EGV freizustellen. Dies wurde insbesondere im Zusammenhang mit Softwarelizenzen kritisiert. Zudem sei der Nichteinbezug von Mehrparteienlizenzen und Patentpools problematisch.
- Die unterschiedliche Behandlung von Klauseln mit vergleichbarem wirtschaftlichen Effekt sei widersprüchlich. Zudem fehle vielfach eine wirtschaftliche Begründung für einige der "schwarzen Klauseln", welche insbesondere dann kein Problem darstellen sollten, wenn die Parteien über keine Marktmacht verfügen.

III. Überarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung

Ende der neunziger Jahre startete die Kommission einen Modernisierungsprozess des EU-Wettbewerbsrechts.¹⁹ Im Zuge dieser Modernisierung wurden die Verordnung 2790/99 über die Gruppenfreistellung von vertikalen Vereinbarungen²⁰, die Verordnung 2658/2000 über die Gruppenfreistellung von Spezialisierungs-

17 Andere Immaterialgüterrechte sind nur dann eingeschlossen, wenn sie in einer Nebenbestimmung der Lizenzvereinbarung aufgeführt sind.

18 Evaluierungsbericht der Kommission über die Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen. COM(2001) 786 final vom 20/12/2001, Rz. 74ff.

19 Siehe hierzu: Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027 vom 28/04/1999, insbesondere Rz. 71.

20 Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt Nr. L 336 vom 29/12/1999, S. 21-25.

vereinbarungen²¹, die Verordnung 2659/2000 über die Gruppenfreistellung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung²² und die Durchführungsverordnung 1/2003 zu Art. 81 und 82 EGV²³ angepasst. Die Überarbeitung der Verordnung 240/96 war der letzte Schritt zur Vollendung des Modernisierungsprozesses der Vorschriften bezüglich Art. 81 EGV.²⁴

In Anbetracht der zeitlich (bis 2006) beschränkten Geltungsdauer der Verordnung 240/96 und des fortschreitenden Modernisierungsprozesses verfasste die Kommission im Jahre 2001 einen Evaluierungsbericht²⁵ zur Reform der Verordnung 240/96. Im Oktober 2003 hat die Kommission den Entwurf für eine neue Technologietransferverordnung²⁶ und den Entwurf einer Bekanntmachung der Kommission mit Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen²⁷ publiziert. Dem Entwurf, wie auch schon dem Evaluierungsbericht, liegt ein vermehrt wirtschaftlich orientierter Ansatz zugrunde. Den Vertragsparteien soll ein grösserer Spielraum für die Vertragsgestaltung eingeräumt werden und die wettbewerbsrechtliche Beurteilung einzelner Klauseln soll verstärkt auch von der Marktmacht und dem zwischen den Parteien bestehenden Wettbewerbsverhältnisses abhängig sein.

Aufgrund der Vernehmlassung²⁸ und kritischer Voten²⁹ betreffend einzelner Punkte

21 Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, Amtsblatt Nr. L 304 vom 05/12/2000, S. 3-6.

22 Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Amtsblatt Nr. L 304 vom 05/12/2000, S. 7-12.

23 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt Nr. L 1 vom 04/1/2003, S. 1-25.

24 Die Kommission hat nunmehr die interne Prüfung ihrer Praxis bezüglich Art. 82 EGV (missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) begonnen. Siehe hierzu P. LOWE, Präsentation anlässlich der Fordham Antitrust Conference in Washington, 23/10/2003, zugänglich unter http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf

25 Evaluierungsbericht der Kommission über die Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen. COM(2001) 786 final vom 20/12/2001

26 Entwurf einer Kommissionsverordnung über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des EG-Vertrages auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen, Amtsblatt Nr. C 235 vom 1/10/2003, S. 11-16

27 Entwurf von Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Amtsblatt Nr. C 235 vom 1/10/2003, S. 17-54

28 Siehe http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/technology_transfer_2/

des Entwurfs erfolgte eine teilweise nachhaltige Überarbeitung gewisser Regelungen.³⁰ Die endgültige Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen³¹ wurde im April 2004 publiziert und trat am 1. Mai 2004 in Kraft. Gleichzeitig publizierte die Kommission auch ihre Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 EGV auf Technologietransfer-Vereinbarungen³², welche sowohl über die Anwendung der TT-GVO als auch allgemein über die Praxis der Kommission in diesem Bereich Auskunft geben.

Diesen Leitlinien kommt im Zusammenhang mit der Durchführungsverordnung 1/2003 erhöhte Bedeutung zu. Ein Kernstück der Modernisierung des EU-Wettbewerbsrechts ist die direkte Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 3 EGV durch nationale Behörden und Gerichte.³³ Dies erfordert klare und kohärente Regeln, um eine berechenbare und einheitliche Anwendung des Wettbewerbsrechts zu ermöglichen.

IV. Die neue Gruppenfreistellungsverordnung

Bei der Überarbeitung der Verordnung 240/96 wurden erhebliche Änderungen vorgenommen. Vorab ist hervorzuheben, dass (i) die „weissen Klauseln“ abgeschafft wurden, so dass die Parteien nun freier über den Inhalt ihrer Vereinbarungen bestimmen können, (ii) Marktanteilsschwellen eingeführt wurden (20% bei Verträgen zwischen Konkurrenten und 30% bei Verträgen zwischen nicht-konkurrierenden

29 Siehe etwa M. DOLMANS, A. PIILOLA, "The Proposed New Technology Transfer Block Exemption – Is Europe really better off than with the current regulation?", (2003) *World Competition* 26(4), S. 541-565; und aus ökonomischer Sicht R.C. LUND, P. MUYSERT, "The European Commission's Draft Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines: A Significant Departure from Accepted Competition Policy Principles", (2004) *E.C.L.R.* 4, S. 181-189.

30 Angekündigt am 16. Januar 2004 durch Kommissar MARIO MONTI, "The New EU Policy on Technology Transfer Agreements", *SPEECH/01/19*. Insbesondere die Kernbeschränkungen in Art. 4 TT-GVO wurden überarbeitet. So wurden etwa in Art. 4 Abs. 1 TT-GVO Kundenbeschränkungen im Sinne von alternativen Bezugsquellen und die territorialen und Kundenbeschränkungen in nicht wechselseitigen Vereinbarungen zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer freigestellt.

31 Verordnung (EG) Nr. 772/2004, siehe oben Fn. 2.

32 Siehe oben Fn. 3.

33 Gemäss der Verordnung Nr. 17 (Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, *Amtsblatt* Nr. P 013 vom 21/02/1962, S. 204-211) war einzig die Kommission ermächtigt, Einzelfreistellungen gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV zu erlassen. Mit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 (s.o. Fn. 23) erhalten die nationalen Behörden und Gerichte die Möglichkeit Art. 81 Abs. 3 EGV anzuwenden.

Unternehmen)³⁴, so dass Verträge zwischen Parteien deren Marktanteile ausserhalb dieser Schwellenwerte liegen, nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, (iii) Verträge zwischen konkurrierenden Unternehmen und Verträge zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen³⁵ unterschiedlich behandelt werden, und (iv) nunmehr auch Geschmacksmuster³⁶ und Urheberrechte an Software³⁷ in den Anwendungsbereich der Gruppenfreistellung fallen.

A. Das Grundprinzip

Die Mechanik der neuen TT-GVO lehnt sich in weiten Teilen an diejenige der „modernisierten“ Gruppenfreistellungsverordnungen³⁸ an. Dies bedeutet, dass für Verträge von Unternehmen, deren Marktanteile unterhalb der festgelegten Schwellenwerte liegen, eine Freistellung im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EGV für sämtliche Klauseln des Vertrags erfolgt, sofern alle Bedingungen der TT-GVO erfüllt sind. In diesem Fall befindet sich die Vereinbarung in einem "safe harbour". Im Unterschied zur Verordnung 240/96 werden die Vertragsparteien somit von der "Zwangsjacke" befreit und können frei bestimmen, welche vertragliche Regelung am besten ihre Interessen widerspiegelt. Nicht von der Freistellung erfasst werden jedoch solche Klauseln, welche die TT-GVO explizit in Art. 4 und 5 ausnimmt.

Sollte eine derartige Vereinbarung insgesamt oder einzelne ihrer Klauseln aufgrund ihres Inhalts oder des Marktanteils der Parteien nicht unter die Gruppenfreistellungsverordnung fallen, schliesst dies die Anwendung der allgemeinen Regeln von Art. 81 EGV nicht aus. Die TT-GVO erstellt lediglich einen "safe harbour" für Vereinbarungen, bei welchen in der Regel mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sie nicht wettbewerbswidrig sind, bzw. eine Freistellung möglich ist. Eine Vereinbarung, welche nicht durch die TT-GVO freigestellt ist, muss daher keine unzulässige Beschränkung im Sinne von Artikel 81

34 Siehe Art. 3 TT-GVO. Es ist zu beachten, dass diese Schwellenwerte bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern aufgrund des kumulierten Marktanteils, zwischen Nicht-Wettbewerbern aufgrund der individuellen Marktanteile gemessen werden.

35 Siehe Art. 3 und 4 TT-GVO

36 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. h TT-GVO

37 Siehe Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO

38 Gruppenfreistellungen für Vertikalabreden, Spezialisierungsvereinbarungen und F&E-Vereinbarungen, siehe Fn. 20, 21 und 22.

Abs. 1 EGV darstellen und auch die Möglichkeit einer Individualfreistellung ist hierdurch nicht ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörde zuerst die Unzulässigkeit nach Artikel 81 Abs. 1 EGV nachweisen muss. Erst danach wird die betroffene Partei ihrerseits den Beweis für das Vorliegen der Voraussetzungen einer Individualfreistellung nach Artikel 81 Abs. 3 EGV anzuführen haben.³⁹

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kommission die in Art. 4 TT-GVO aufgeführten Kernbeschränkungen als Vereinbarungen betrachtet⁴⁰, welche eine Wettbewerbsbeschränkung *bezwecken*. Im Gegensatz zu solchen, die lediglich eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirken*⁴¹, muss die Kommission hier in der Regel keinen Nachweis einer tatsächlichen Auswirkung der Vereinbarung am Markt erbringen. Derartige Vereinbarungen sind ihrem Wesen nach wettbewerbsbeschränkend und eine Einzelfreistellung ist nur in Ausnahmefällen möglich.

B. Der Anwendungsbereich

Die TT-GVO ist anwendbar auf Technologietransfer-Verträge welche die Produktion von Vertragsprodukten ermöglichen und zwischen zwei Unternehmen vereinbart wurden.⁴² Diese Definition hat folgende Konsequenzen. Erstens sind unter der TT-GVO einzig Verträge zwischen zwei Unternehmen freistellbar. Mehrparteienlizenzen kommen nicht in den Genuss der Gruppenfreistellung. Zweitens müssen die Verträge die "Produktion" von Vertragsprodukten ermöglichen. Somit sind Lizenzverträge, welche einzig die Möglichkeit der Erteilung einer Unterlizenz vorsehen, sich aber nicht auf die Produktion beziehen, von der Freistellung ausgeschlossen. Dies betrifft insbesondere Technologiepool-Verträge, welche in der Regel einzig die Lizenzierung innerhalb des Pools zum Zweck der gebündelten Weiterlizenzierung vorsehen. Die

39 Die allgemeine Beweislast ist neu in Art. 2 der Verordnung 1/2003 (siehe oben Fn. 23) festgelegt.

40 Siehe Rz. 13 der Leitlinien.

41 Die Dichotomie bezwecken/bewirken geht auf den Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EGV zurück und ist von ausschlaggebender Bedeutung für die Beurteilung von Vereinbarungen. Hierzu ausführlich R. WHISH, *Competition Law*, London 2003, S. 106ff.

42 Siehe Art. 2 Abs. 1 TT-GVO. Hauptgrund für die Beschränkung des Anwendungsbereichs ist die Verordnung 19/65 (siehe oben Fn. 14), welche die Kommission zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen ermächtigt.

Verträge zwischen dem Pool und seinen Lizenznehmern unterliegen jedoch wieder der TT-GVO. Letztlich ist der Anwendungsbereich bezüglich des Lizenzgegenstands beschränkt. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO umfasst der Begriff "Technologie" nur Patente⁴³, Know-how⁴⁴ und Software-Rechte⁴⁵.

1. Kein Einbezug von Mehrparteien-Lizenzen und Technologiepools

Der Evaluierungsbericht der Kommission erwog die Möglichkeit, die neue TT-GVO auch auf Mehrparteien-Lizenzen zu erweitern, da Mehrparteienverträge aufgrund der zunehmenden Komplexität der neuen Technologien für die Wirtschaft verstärkt von Bedeutung sind.⁴⁶ Insbesondere mehrseitige Pools zwischen Nicht-Konkurrenten können wettbewerbsfördernde Wirkung haben, da so Transaktionskosten gespart, Sperrpositionen beseitigt und kostspielige Patentprozesse vermieden werden können. Es ist aber in Betracht zu ziehen, dass aufgrund derartiger Vereinbarungen auch wettbewerbshindernde Effekte, etwa infolge von Ausschliessungseffekten und Erleichterung von Kollusion, auftreten können. Eine Erweiterung auf Mehrparteien-Lizenzen hätte sich auch aufgrund der Asymmetrie mit der Gruppenfreistellung für vertikale Vereinbarungen aufgedrängt.⁴⁷ Die neue TT-GVO sieht jedoch keine Anwendbarkeit auf Mehrparteien-Lizenzen vor. Dies ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass Art. 1 Abs. 1 lit. b der Ermächtigungsverordnung 19/65⁴⁸ lediglich Gruppenfreistellungsverordnungen für Vereinbarungen zwischen zwei Parteien ermöglicht⁴⁹ und die Kommission diese Ermächtigungsverordnung – im Gegensatz zur TT-GVO selbst – nicht eigenständig ändern kann. Hierfür wäre ein

43 Folgende IGR werden gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. h TT-GVO den "Patenten" zugerechnet: Patente, Patentanmeldungen, Gebrauchsmuster, Gebrauchsmusteranmeldungen, Geschmacksmuster, Topographien von Halbleitererzeugnissen, ergänzende Schutzzertifikate für Arzneimittel oder andere Produkte, für die solche Zertifikate erlangt werden können, und Sortenschutzrechte.

44 Siehe die Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. i TT-GVO: "Gesamtheit nicht patentierter praktischer Kenntnis, die durch Erfahrung gewonnen werden, und die [...] geheim, [...] wesentlich, [...] und identifiziert sind [...]".

45 Vgl. die Richtlinie 91/250/EWG des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Amtsblatt Nr. L 122 vom 17/05/1991, S.42-46.

46 Evaluierungsbericht, Rz. 132 ff., siehe oben Fn. 18.

47 Siehe Artikel 2 Abs. 1 der Verordnung 2790/1999 (siehe oben Fn. 20).

48 Verordnung Nr. 19/65 (siehe oben Fn. 14).

Verfahren unter Einbezug des Rates notwendig gewesen, welches das Inkrafttreten der neuen TT-GVO erheblich verzögert hätte.

Jedoch geht die Kommission in den Leitlinien davon aus, dass Lizenzvereinbarungen zwischen mehr als zwei Unternehmen oft die gleichen Fragen aufwerfen wie solche zwischen zwei Unternehmen, so dass die Grundsätze der TT-GVO auf Mehrparteienlizenzen analog angewendet werden können.⁵⁰ Die Leitlinien beinhalten auch Auskünfte bezüglich der Behandlung von Technologiepools,⁵¹ so dass erstmals in abstrakter Form ersichtlich wird, wie die Kommission diese wirtschaftlich eminent wichtigen Vertragskonstellationen zukünftig zu beurteilen gedenkt.

2. Einbezug von Softwarelizenz-Verträgen

Einer der Hauptkritikpunkte bezüglich der Verordnung 240/96 bezog sich auf den Anwendungsbereich, der auf Patente und Know-how beschränkt war. Dies stellte insbesondere im Bereich der Software-Lizenzen ein Problem dar, da Urheberrechtlizenzen nicht vom Anwendungsbereich der Verordnung erfasst wurden. Auch wenn die Kommission verlauten liess, dass sie derartige Verträge analog behandeln würde, stellten sich trotzdem erhebliche Fragen der Risikoabwägung. Jedoch auch im Bereich des allgemeinen Urheberrechts und der Warenzeichen stellte sich immer wieder die Frage, ob nicht eine Erweiterung sinnvoll wäre. Auch die Kommission erwog dies in ihrem Evaluierungsbericht. Die TT-GVO ist nunmehr auch auf "Softwarelizenz-Vereinbarungen"⁵² und "Geschmacksmuster"⁵³ anwendbar.

Dass jedoch etwa Warenzeichen, Datenbanken, literarische Werke, etc. nicht einbezogen wurden, ist einerseits mit der auf "gewerbliche Schutzrechte" beschränkten Ermächtungsverordnung⁵⁴ zu erklären. Andererseits ist die Kommission der Ansicht, dass sich bei der Lizenzierung von Wiedergabe- und

49 Schon für die Verordnung 2790/1999 musste die Verordnung 19/65 angepasst werden (mittels Verordnung (EG) 1215/1999) um die Erfassung von Mehrparteien-Verträge zu ermöglichen.

50 Vgl. §40 der Leitlinien

51 Leitlinien §§ 210-235.

52 Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

53 Art. 1 Abs. 1 lit. h TT-GVO.

54 Art. 1 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 19/65, siehe oben Fn. 14.

anderen Rechten im Zusammenhang mit dem Urheberrecht Fragen ergeben, die nicht im Zusammenhang mit der Nutzung einer Technologie zum Zweck der Herstellung eines Produktes stehen. Soweit sich jedoch ähnliche Konstellationen wie innerhalb der TT-GVO ergeben, geht die Kommission davon aus, dass deren Grundsätze analog angewendet werden können.⁵⁵ Schliesslich ist zu beachten, dass die Lizenzierung von Schutzrechten wie Warenzeichen oder Urheberrechten dann der TT-GVO unterstehen, wenn sie mit der Nutzung von lizenzierten Technologien unmittelbar verbunden sind, jedoch nicht den Hauptgegenstand der Vereinbarung darstellen.⁵⁶

C. Die Marktanteilsschwellen

Im Gegensatz zur Verordnung 240/96 hängt die Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung von den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen ab. Verträge zwischen Konkurrenten (horizontale Vereinbarungen) kommen nur dann in den Genuss der Freistellung, wenn der *kombinierte* Marktanteil der beiden Unternehmen nicht 20% überschreitet. Für Verträge zwischen Nicht-Konkurrenten (vertikale Vereinbarungen) gilt die Freistellung, sofern die *individuellen* Marktanteile nicht 30% überschreiten.⁵⁷ Diese klare Unterscheidung auf der Grundlage der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den beiden Parteien spiegelt den Ansatz der Kommission wider, demzufolge Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern in der Regel den Wettbewerb stärker beeinträchtigen. Liegen die Marktanteile oberhalb dieser Schwellenwerte, so geben die Leitlinien Auskunft über die Beurteilung gemäss Art. 81 Abs. 1 und 81 Abs.3 EGV. Die Marktanteilsschwellen sind vergleichbar mit den Werten in bestehenden Gruppenfreistellungsverordnungen, welche auf andere

55 Siehe § 51ff der Leitlinien.

56 Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO.

57 Es ist zu beachten, dass gemäss der Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV nicht spürbar beschränken (De minimis Bekanntmachung), Amtsblatt Nr. C 368 vom 22/12/2001, S. 13-15, auch untere Schwellenwerte (gemäss Ziff. 7: 10% kumuliert bei Wettbewerbern und 15% individuell bei Nicht-Wettbewerbern) bestehen, welche die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung bemessen. NB: In Ziff. 11 finden sich Kernbeschränkungen, welche die Anwendbarkeit der De minimis Bekanntmachung ausschliessen.

Typen von horizontalen⁵⁸ oder vertikalen⁵⁹ Verträgen anwendbar sind. Die unterschiedliche Behandlung von Verträgen zwischen Konkurrenten und solchen zwischen Nicht-Konkurrenten findet sich sowohl in der Verordnung als auch in den Leitlinien.

Die Definition der relevanten Märkte erfolgt gemäss den allgemeinen, von der Kommission angewandten Grundsätzen.⁶⁰ Es ist jedoch zu beachten, dass sowohl Produkt- als auch Technologiemarkte einzubeziehen sind. Gemäss den Leitlinien sind bei den Technologiemarkten auch die Marktanteile der im zugehörigen Produktmarkt tätigen Lizenznehmer dem Lizenzgeber zuzurechnen.⁶¹ Insbesondere diese Aufsummierung der Marktanteile der Lizenznehmer kann dazu führen, dass die Schwellenwerte schnell überschritten werden.

Die Unterscheidung zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern ist von erheblicher Bedeutung, da sie auch zu unterschiedlicher Behandlung bezüglich der unzulässigen Kernbeschränkungen führt.⁶² Der Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. j TT-GVO ist zu entnehmen, dass konkurrierende Unternehmen ohne die Vereinbarung im relevanten Technologie- und/oder Produktmärkten miteinander im Wettbewerb stehen, wobei im Technologiemarkt einzig tatsächliche Wettbewerber, im Produktmarkt jedoch auch potenzielle⁶³ Wettbewerber einbezogen werden. Die Wettbewerbsbeziehung ist *ex ante* zu betrachten, so dass diesbezügliche Änderungen nach Abschluss der Vereinbarung nicht zu einer Neu Beurteilung der Vereinbarung führen.⁶⁴ Sind Technologien zweier Unternehmen zwar grundsätzlich konkurrierend, befinden sie sich jedoch in einer ein- oder zweiseitigen Sperrposition, so sind die Parteien nicht als Wettbewerber anzusehen, da zumindest eine der

58 Artikel 4 der Verordnung (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen.

59 Artikel 3 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen

60 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft Amtsblatt Nr. C 372 vom 09/12/1997, S. 5-13.

61 §70 der Leitlinien.

62 Siehe Art. 4 TT-GVO.

63 Ein Markteintritt wäre im Fall einer geringfügigen, aber dauerhaften Erhöhung der Produktpreise innerhalb von ein bis zwei Jahren möglich. Vgl. §29 Leitlinien.

64 Siehe Art. 4 Abs. 3 TT-GVO.

Parteien ihre Technologie ohne Einverständnis der anderen Partei nicht nutzen kann.⁶⁵ Die Beweislast hierfür liegt bei den Parteien, wobei die Kommission diesbezüglich hohe Anforderungen zu stellen scheint. So werden beispielsweise rechtskräftige Urteile oder Gutachten unabhängiger Sachverständiger als massgebliche Nachweise angesehen.

Während Kritiker geltend machen, dass die Schwellenwerte zu tief seien und insbesondere bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern zu schnell erreicht werden⁶⁶, haben Vertreter der Kommission⁶⁷ darauf hingewiesen, dass in den vom US Department of Justice und der Federal Trade Commission herausgegebenen "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property" ähnliche Schwellenwerte gelten. Zudem treffen die US-Guidelines keine Unterscheidung zwischen Verträgen zwischen Konkurrenten und Verträgen zwischen Nicht-Konkurrenten. Für beide Varianten gilt die "Antitrust safety zone" bis zu einem Marktanteil von 20%, und zwar unter dem Vorbehalt, dass die Vereinbarung keine "offensichtlich wettbewerbsbehindernde" Beschränkung beinhaltet.⁶⁸ Grundsätzlich hat die Europäische Kommission die Schwellenwerte so gewählt, dass Vereinbarungen, welche in den Genuss der Freistellung gelangen, den beteiligten Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betroffenen Produkte auszuschalten.⁶⁹ Für die besonders dynamischen Technologiemarkte sind die Marktanteilsschwellen dennoch problematisch, da hier rasche Marktanteilsgewinne möglich sind, welche sodann die jeweiligen Verträge aus dem Anwendungsbereich der TT-GVO ausnehmen. Zudem stellt sich ein Problem im Zusammenhang mit Innovationsmärkten, in welchen das neue Produkt sogleich als ein eigener Markt betrachtet werden kann. Der potentielle Lizenzgeber hat in diesem Fall einen Marktanteil von 100% und folglich die Schwellenwerte wären

65 Siehe §32 Leitlinien.

66 Siehe M. DOLMANS, A. PIILOLA, oben Fn. 29, S. 551f.

67 Mündliche Intervention von LUC PEEPERKORN (EU Kommission, GD Wettbewerb) anlässlich der "IBC's 10th Annual Advanced Competition Law" Konferenz, Brüssel, 07/11/2003.

68 Section 4.3 der Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>; "Facially anticompetitive" sind Beschränkungen, welche *per se* als wettbewerbswidrig betrachtet werden, oder den Output reduzieren bzw. Preise erhöhen.

69 Erwägungsgrund 15 der TT-GVO.

überschritten.⁷⁰

Soweit sich die Parteien jedoch im Zeitpunkt des Vertragsschlusses innerhalb der jeweiligen Schwellenwerte befanden, ist die TT-GVO noch weitere zwei Jahre nach Überschreitung derselben weiterhin anwendbar.⁷¹ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass vor allem im Bereich der Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern die Schwellenwerte schnell erreicht sind, so dass hier den Leitlinien eine erhöhte Bedeutung zukommt. Im Zusammenhang mit der Durchführungsverordnung Nr. 1/2003⁷² obliegt den Unternehmen eine erhöhte Pflicht zur Selbsteinschätzung der Wettbewerbswidrigkeit ihrer Vereinbarungen, da die Möglichkeit zur Meldung bei der Kommission nicht mehr besteht.⁷³

Zwecks besserer Vorhersehbarkeit ihrer Entscheidungen über die Anwendung der TT-GVO hinaus, sieht die Kommission analog zu den US-Guidelines⁷⁴ in ihren eigenen Leitlinien die Möglichkeit eines "second safe harbour" vor. Sollten bei einer Vereinbarung, die keine Kernbeschränkungen⁷⁵ enthält, die Marktanteilsschwellen überschritten werden, sei eine Verletzung von Art. 81 EGV unwahrscheinlich, "wenn es neben den von den Vertragsparteien kontrollierten Technologien vier oder mehr von Dritten kontrollierte Technologien gibt, die zu für den Nutzer vergleichbaren Kosten anstelle der lizenzierten Technologie eingesetzt werden können"⁷⁶. Es sich wird in der Praxis zeigen, inwiefern dieser "second safe harbour" zur Anwendung kommen wird. Einerseits besteht insbesondere bei Hightech-Märkten mit Netzeffekten und ausgeprägten Konsumentenpräferenzen oder "lock-in"-Effekten das Risiko, dass auch vier zusätzliche Technologien keinen ausreichenden Wettbewerbsdruck erzeugen können. Andererseits kann fragwürdig sein, ob in einem Technologiemarkt die absolute Zahl von insgesamt fünf substituierbaren

70 Siehe hierzu § 25 der Leitlinien, sowie die Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Amtsblatt Nr. C 3 vom 06/01/2001 S. 2-30, insbesondere §§ 50-52.

71 Siehe Art. 8 Abs. 2 TT-GVO

72 Siehe oben Fn. 23.

73 Im Zusammenhang mit der Pflicht zur Selbsteinschätzung ist auch auf die Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EGV, Amtsblatt Nr. C 101 vom 27/04/2004, S. 97-118 hinzuweisen, welche über die diesbezügliche Praxis informiert.

74 Section 4.3 der Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (siehe oben Fn. 68).

75 Siehe Art. 4 TT-GVO

76 Siehe § 131 der Leitlinien.

Technologien nicht zu hoch gegriffen ist, da in einem Hightech-Markt nur selten ein Investor gefunden werden kann, der die Entwicklung einer neuen Technologie finanziert, wenn schon drei oder vier konkurrenzfähige Technologien verfügbar sind. Dies spricht einzig für die Qualität der Technologien und nicht für einen Mangel an Wettbewerbsdruck im betreffenden Markt. Abgesehen hiervon ist jedoch der von der Kommission vorgeschlagene Ansatz sicherlich begrüßenswert, da er auf einen dynamischen Wettbewerb setzt, welcher stärker von Innovationen denn von aktueller Marktmacht angetrieben wird.

D. Die neue materielle Regelung

Die neue TT-GVO beinhaltet nicht länger eine Liste der ausdrücklich zulässigen Klauseln (sogenannte „weisse Liste“, Art. 2 der Verordnung 240/96). Dies bedeutet, dass sich die Vertragsparteien bei der Vertragsgestaltung nicht mehr an diese vordefinierten Klauseln verlassen müssen und eröffnet einen erweiterten Spielraum für kreative Lösungen von vertragspezifischen Problemen. Das neue System der TT-GVO beinhaltet nur noch zwei Listen. Eine "schwarze Liste" beinhaltet Klauseln, welche den gesamten Vertrag aus dem Anwendungsbereich fallen lassen (die "Kernbeschränkungen" gemäss Art. 4 TT-GVO), während die Klauseln der "grauen Liste" zwar nicht freigestellt sind, jedoch ansonsten den Vertrag insgesamt unberührt lassen (die "nicht freigestellten Beschränkungen" gemäss Art. 5 TT-GVO).

Sofern sich weder eine Kernbeschränkung, noch eine nicht freigestellte Klausel in der Vereinbarung finden, und sofern sich die Marktanteile der beteiligten Parteien unterhalb der Schwellenwerte befinden, ist die Vereinbarung aufgrund der TT-GVO vollumfänglich freigestellt.

1. Die Kernbeschränkungen (Artikel 4 TT-GVO)

Die neue TT-GVO beinhaltet eine "schwarze Liste" mit Kernbeschränkungen. Der Einbezug dieser Klauseln in eine Vereinbarung bewirkt den Ausschluss der Gruppenfreistellung für den gesamten Vertrag. Die Kommission betrachtet diese Klauseln als Beschränkungen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung *bewirken* und somit in der Regel auch nicht in den Genuss einer Einzelfreistellung kommen

können.⁷⁷ Abhängig davon, ob es sich um eine Vereinbarung zwischen Wettbewerbern oder um eine solche zwischen Nicht-Wettbewerbern handelt, werden unterschiedliche Kernbeschränkungen aufgelistet.

Für Vereinbarungen zwischen konkurrierenden Unternehmen gilt die Freistellung nicht, wenn sie eine der folgenden Kernbeschränkungen enthalten:

- Preisbindungen jeglicher Art⁷⁸ (Art. 4 Abs. 1 lit. a TT-GVO).
- Beschränkung des Outputs mit Ausnahme von Beschränkungen, die dem Lizenznehmer in einer nicht wechselseitigen Vereinbarung oder einem einzelnen Lizenznehmer in einer wechselseitigen Vereinbarung auferlegt werden⁷⁹ (Art. 4 Abs. 1 lit. b TT-GVO).
- Zuweisung von Märkten oder Kunden (Art. 4 Abs. 1 lit. b TT-GVO). Zulässig ist jedoch (i) die Beschränkung der Anwendungsbereiche oder Produktmärkte in welchen der Lizenznehmer tätig sein kann, (ii) die Exklusivität zwischen Lizenzgeber und –nehmer für bestimmte Anwendungsbereiche, Produktmärkte oder Exklusivgebiete in nicht wechselseitigen Vereinbarungen, (iii) die Alleinlizenz zugunsten des Lizenznehmers in einem bestimmten Gebiet, (iv) die Beschränkung des aktiven und passiven Verkaufs⁸⁰ in das Exklusivgebiet oder die Exklusivkundengruppe der Gegenpartei in nicht wechselseitigen Vereinbarungen, (v) die Beschränkung des aktiven Verkaufs⁸¹ in das Gebiet eines anderen Lizenznehmers in nicht wechselseitigen Vereinbarungen, sofern dieser Lizenznehmer kein Wettbewerber des Lizenzgebers ist, (vi) die Beschränkung der Produktion nur für den Eigenbedarf, sofern der Verkauf der Vertragsprodukte als Ersatzteile für eigene Produkte möglich ist ("captive use"), und (vii) die Beschränkung der Produktion für einen bestimmten Kunden in nicht wechselseitigen Vereinbarungen (als alternative

77 §14 und 18 der Leitlinien. NB: Eine Einzelfreistellung ist zwar i.d.R. nicht wahrscheinlich, aber unter Umständen möglich. Eine Kernbeschränkung kann ausnahmsweise die Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen. Siehe Urteil des EuGH in Sachen *Sprl Louis Erauw-Jacquery / Sc La Hesbignonne*, 27/87, Slg. 1988, 1919

78 Dies schliesst nicht nur Festpreise und Mindestpreise, sondern auch Höchstpreise und Preisempfehlungen ein. Siehe § 79ff. der Leitlinien.

79 Wechselseitige Output-Beschränkungen bezwecken und bewirken in der Regel einen insgesamt niedrigeren Output im Markt, was zu höheren Preisen führt.

80 Zur Definition der aktiven und passiven Verkäufe, siehe Rz. 50f. der Mitteilung der Kommission - Leitlinien für vertikaler Beschränkungen, Amtsblatt Nr. C 291 vom 13/10/2000, S.1-44

81 Entgegen der Verordnung 240/96 ist eine Beschränkung des passiven Verkaufs in dieser Konstellation zugunsten eines anderen Lizenznehmers nicht möglich. Vgl. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 6 der Verordnung 240/96.

Bezugsquelle).

- Einschränkungen der Verwertung eigener Technologien oder der Möglichkeit Forschungs- und Entwicklungsarbeiten zu betreiben⁸² (Art. 4 Abs. 1 lit. d TT-GVO). Wie der vorstehenden Auflistung zu entnehmen ist, findet sich innerhalb der Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern eine zusätzliche Differenzierung zwischen wechselseitigen und nicht wechselseitigen Vereinbarungen.⁸³ Die wechselseitigen Vereinbarungen werden strenger beurteilt, da hier sich konkurrierende Technologien in einem Lizenztausch ("cross-licensing agreements") lizenziert werden.⁸⁴ Werden etwa Outputbeschränkungen in einer wechselseitigen Vereinbarung gegenseitig vereinbart, so wird eine Outputbeschränkung auch bewirkt.⁸⁵ Im Bereich der Verkaufsbeschränkungen führen wechselseitige Beschränkungen zwischen Wettbewerbern zu einer Marktaufteilung, da so verhindert wird, dass aktive oder passive Verkäufe in Gebiete oder Kundengruppen der Gegenpartei getätigt werden.⁸⁶ Für Vereinbarungen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen gilt die Freistellung nicht, wenn sie eine der folgenden Kernbeschränkungen enthalten:

- Preisbindung, jedoch unter Vorbehalt der Möglichkeit, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eine der Vertragsparteien tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken (Art. 4 Abs. 2 lit. a TT-GVO).

- Die Beschränkung des Gebiets- oder Kundenkreises, in welche der Lizenznehmer passiv verkaufen darf (Art. 4 Abs. 2 lit. b TT-GVO).⁸⁷ Zulässig ist

82 Ausnahme: Sofern die Beschränkung unerlässlich ist, um die Preisgabe des lizenzierten Know-hows an Dritte zu verhindern.

83 Siehe die Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 lit. c und d TT-GVO, sowie §78 der Leitlinien.

84 Es ist jedoch zu beachten, dass die TT-GVO hier mehr Spielraum lässt als die Verordnung 240/96. Letztere war aufgrund ihres Art. 5 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Abs. 2 Ziff. 2 nicht auf wechselseitige Vereinbarungen von territorialen Beschränkungen zwischen Wettbewerbern anwendbar.

85 Siehe §82 der Leitlinien.

86 Siehe §169 der Leitlinien. Ist die Vereinbarung jedoch nicht wechselseitig, so kann die jeweils nicht gebundene Partei immer noch mit ihrer eigenen Technologie in den Markt der anderen Partei liefern.

87 Diese Kernbeschränkung wurde gegenüber der ursprünglichen Fassung im Entwurf radikal abgeändert. Insbesondere ist zu beachten, dass die Beschränkung von passiven Verkäufen des Lizenzgebers nicht eingeschlossen und somit deren Einschränkung vollumfänglich zulässig ist. Des Weiteren sind sämtliche Beschränkungen des aktiven Verkaufs durch den Lizenzgeber oder die Lizenznehmer *e contrario* zulässig.

jedoch (i) die Beschränkung des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet oder eine Exklusivkundengruppe des Lizenzgebers, (ii) die Beschränkung des passiven Verkaufs in ein Exklusivgebiet oder eine Exklusivkundengruppe eines anderen Lizenznehmers während dessen ersten beiden Jahren als Lizenznehmer, (iii) die Auflage, dass der Lizenznehmer die Vertragsprodukte nur für den Eigenbedarf herstellt oder bereitstellt, sofern der Verkauf der Vertragsprodukte als Ersatzteile für eigene Produkte möglich ist ("captive use"); (iv) die Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher durch Lizenznehmer, die auf der Großhandelsstufe tätig sind; (v) die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler, die Mitgliedern eines selektiven Vertriebssystems auferlegt werden.

- Die Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs durch einen Lizenznehmer an Endverbraucher, soweit dies innerhalb eines selektiven Vertriebssystems geschieht und der Lizenznehmer auf der Einzelhandelsstufe tätig ist. Es besteht jedoch die Möglichkeit, Mitgliedern des Systems zu verbieten, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben (Art. 4 Abs. 2 lit. c TT-GVO).

2. Die nicht freigestellten Beschränkungen (Art. 5 TT-GVO)

Als nicht freigestellte Beschränkungen bezeichnet die neue TT-GVO Klauseln, welche von der Freistellung ausgenommen sind, deren Verwendung jedoch nicht den Vertrag insgesamt von der Freistellung ausnimmt. Die Klauseln in Art. 5 TT-GVO können aus diesem Grunde auch als neue "graue Liste"⁸⁸ bezeichnet werden. Für Klauseln, welche in diese Liste fallen, besteht keine Vermutung für oder gegen ihre Rechtmässigkeit. Sie müssen jeweils einzeln beurteilt und ihre Vor- und Nachteile für den Wettbewerb abgewogen werden. Folgende Klauseln sind in Art. 5 TT-GVO aufgeführt:

- Die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Erteilung einer Exklusivlizenz für eigene abtrennbare Verbesserungen oder neue Anwendungen der überlassenen Technologie (Art. 5 Abs. 1 lit. a TT-GVO).

⁸⁸ Obwohl dieser Begriff eine gewisses Verwechslungsrisiko beinhaltet, da die ursprüngliche graue Liste Klauseln beinhaltete, welche gemäss dem Widerspruchsverfahren durch die Kommission

- Die Verpflichtung des Lizenznehmers zur Übertragung der Rechte an derartigen Verbesserungen oder neuen Anwendungen (Art. 5 Abs. 1 lit. b TT-GVO).
- Nichtangriffsklauseln, welche den Lizenznehmer in seiner Möglichkeit beschränken, die Gültigkeit der Rechte am geistigen Eigentum zu bestreiten (z.B. mittels Patentnichtigkeitsklage). Es ist jedoch zulässig, die Beendigung der Lizenzvereinbarung vorzusehen, wenn der Lizenznehmer die Gültigkeit eines lizenzierten Schutzrechts angreift (Art. 5 Abs. 1 lit. c TT-GVO).
- Einschränkungen der Verwertung eigener Technologien oder der Möglichkeit Forschung und Entwicklung zu betreiben⁸⁹ in Verträgen zwischen nicht konkurrierenden Unternehmen (Art. 5 Abs. 2 TT-GVO).

Im Vergleich zur Verordnung 240/96 gilt hier anzumerken, dass nun die Übertragung oder ausschliessliche Rücklizenzierung von *nicht abtrennbaren* Verbesserungen freigestellt ist. Hierdurch wird der Wettbewerb nicht beschränkt, da der Lizenznehmer nicht abtrennbare Verbesserungen ohnehin nicht ohne die Erlaubnis des Lizenzgebers verwerten darf.⁹⁰

Wenn sich in einer Technologistransfer-Vereinbarung eine der oben erwähnten Klauseln finden sollte, so ist diese nicht durch die TT-GVO freigestellt. Dies kann jedoch nach einer individuellen Beurteilung gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV erfolgen. Fällt eine Vertragsklausel in die Liste des Art. 5 TT-GVO, so bietet dies im Vergleich zu einer Klausel im Sinne von Art. 4 TT-GVO den Vorteil, dass nicht dem gesamten Vertrag, sondern nur der betreffenden Klausel die Freistellung entzogen wird.

3. Beurteilung

Mit der **Abschaffung der "weissen Liste"** wird den Vertragsparteien ein erweiterter Spielraum für die Vertragsgestaltung belassen. Durch den Wegfall der starren Aufteilung der Klauseln und die Einführung einer umfassenden Freistellung wird die im Evaluationsbericht der Kommission und auch von der Industrie geforderte Flexibilität erheblich erhöht. Es gilt jedoch zu bedenken, dass dies gleichzeitig auf

innerhalb von vier Monaten beurteilt wurden. Dieses Verfahren existiert im aktuellen Entwurf nicht mehr.

89 Ausnahme: Sofern die Beschränkung unerlässlich ist, um die Preisgabe des überlassenen Know-hows and Dritte zu verhindern.

90 Vg. §109 der Leitlinien.

Kosten der bisherigen Unabhängigkeit von Marktanteilen geht. So wurde einerseits mehr Flexibilität eingeführt, jedoch andererseits auch aufgrund der Marktanteilsschwellen ein geringeres Mass an Rechtssicherheit in Kauf genommen. Verträge, welche im Zeitpunkt des Vertragsschlusses freigestellt waren, können wegen des Erfolgs des lizenzierten Produkts nachträglich wieder eine rechtliche Grauzone fallen, in welcher die Unternehmen und ihre Rechtsberater anhand der Leitlinien die Verträge zu beurteilen haben. Dies bedingt eine dynamische und fortdauernde Risikoanalyse innerhalb der betroffenen Unternehmen, auch wenn die Regelungsdichte der Leitlinie immerhin die Vorhersehbarkeit der Entscheidungspraxis der Kommission verbessert.

Im Vergleich zur Verordnung 240/96 sind des weiteren erhebliche Änderungen bezüglich der zulässigen Klauseln zu erkennen. Insbesondere infolge der Einführung der Unterscheidung zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern ergeben sich diesbezüglich Diskrepanzen.

So sind zum Beispiel bezüglich der **Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern** gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. c Ziff. (v) TT-GVO in nicht wechselseitigen Vereinbarungen Beschränkungen des passiven Verkaufs in das Exklusivgebiet eines anderen Lizenznehmers als unzulässige Kernbeschränkungen zu betrachten⁹¹, wohingegen die Verordnung 240/96 derartige territoriale Beschränkungen als zulässig erachtete. Diese nunmehr strengere Beurteilung gewisser territorialer Beschränkungen könnte darin begründet sein, dass einerseits eine strengere Behandlung von horizontalen Verträgen als notwendig erachtet wurde, andererseits aber auch die Marktintegration der neuen Mitgliedstaaten der EU verstärkt in Betracht gezogen wird. Im Gegenzug ist unter der TT-GVO die Zuweisung von Kunden in nicht wechselseitigen Vereinbarungen unter Umständen erlaubt, wohingegen dies unter der ursprünglichen TT-GVO als "schwarze Klausel"⁹² qualifiziert wurde. Auch im Bereich der Wettbewerbsverbote⁹³ ist die neue TT-GVO grosszügiger, da sie solche bis zum

91 Sofern der geschützte Lizenznehmer zum Zeitpunkt der Lizenzerteilung in Konkurrenz zum Lizenzgeber stand.

92 Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4 der Verordnung 240/96.

93 Auflagen für den Lizenznehmer, keine fremden Technologien zu verwenden, die mit der lizenzierten Technologie im Wettbewerb stehen. Siehe §196 der Leitlinien.

Erreichen der Marktanteilsschwellen von Art. 3 Abs. 1 und 2 TT-GVO⁹⁴ freistellt. Bezüglich der **Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern** ist vorab zu bemerken, dass sämtliche Beschränkungen zulasten des Lizenzgebers nicht in der Liste der Kernbeschränkungen aufgeführt und somit innerhalb der Marktanteilsschwellen zulässig sind.⁹⁵ Bezüglich der Beschränkung des passiven Verkaufs zwischen Lizenznehmer ist darauf hinzuweisen, dass die Verordnung 240/96 zwar eine Beschränkung passiver Verkäufe während insgesamt 5 Jahren vorsah, die massgebliche Frist jedoch schon mit der ersten Vermarktung des Produkts durch einen der Lizenznehmer zu laufen begann und so bei einer späteren Lizenzerteilung schon abgelaufen sein konnte. Insofern ist die jetzige Lösung⁹⁶ flexibler für Fälle zeitlich gestaffelter Lizenzverträge in verschiedenen Vertragsgebieten. Erheblich mehr Spielraum lässt die neue TT-GVO in temporaler Hinsicht bezüglich der Beschränkung des aktiven Verkaufs im Falle einer Know-how-Lizenz. Nach Aufhebung der 10-Jahres-Frist⁹⁷ kann die Beschränkung des aktiven Verkaufs nunmehr während der gesamten Lebensdauer des Know-hows⁹⁸ gelten. Schlussendlich sind jetzt Outputbeschränkungen zwischen Nicht-Wettbewerbern bis zum Erreichen des Schwellenwerts gemäss Art. 3 Abs. 2 TT-GVO zulässig, die zuvor von der Verordnung 240/96 als "schwarze Klauseln"⁹⁹ gewertet wurden. Nicht direkt der TT-GVO, jedoch den zugehörigen Leitlinien ist zudem zu entnehmen, dass auch weitere Beschränkungen, die unter der Verordnung 240/96 nicht ausdrücklich zulässig waren, nunmehr innerhalb der Marktanteilsschwellen freigestellt sind.¹⁰⁰ So sind zum Beispiel Wettbewerbsverbote¹⁰¹ und

94 Dies ist auch zwischen Nicht-Wettbewerbern anwendbar. Oberhalb der Schwellenwerte ist zu prüfen, ob eine Marktabschottung ermöglicht wird. Siehe §196ff. der Leitlinien.

95 Sofern die Schwellenwerte von Art. 3 Abs. 2 TT-GVO eingehalten sind und keine Kernbeschränkung in der Vereinbarung zu finden ist, gilt die Vereinbarung als freigestellt.

96 Siehe Art. 4 Abs. 2 lit. b Ziff. (ii) TT-GVO: Eine Beschränkung des passiven Verkaufs zwischen exklusiven Kundengruppen/Gebieten der Lizenznehmer ist zulässig für die ersten beiden Jahre in denen dem Lizenznehmer dieses Gebiet bzw. diese Kundengruppe zugewiesen wurde.

97 Vg. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung 240/96.

98 Demgemäss solange das Know-how geheim bleibt. Vgl. §54 der Leitlinien.

99 Siehe Art. 3 Abs. 1 Ziff. 5 der Verordnung 240/96.

100 Dies ergibt sich aus der Mechanik der TT-GVO, welche alles erlaubt, was nicht explizit als Kernbeschränkung oder nicht freigestellte Klausel bezeichnet wird.

101 Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung 240/96 waren Wettbewerbsverbote auf der "schwarzen Liste". Vgl. §196ff. der Leitlinien.

Koppelungsvereinbarungen¹⁰² zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern innerhalb der Marktanteilsschwellen neu als freigestellte Klauseln zu bewerten.

E. Weitere Bestimmungen von Relevanz

1. Entzug und Nichtanwendung der Freistellung

Entspricht eine Technologietransfer-Vereinbarung nicht den Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV, obwohl sie gemäss der TT-GVO freigestellt wäre, kann die Kommission oder die nationale Wettbewerbsbehörde gemäss Art. 6 TT-GVO i.V.m. Art. 29 Abs. 1 der Verordnung 1/2003¹⁰³ die Freistellung entziehen. Ein solcher Entzug soll insbesondere dann erfolgen, wenn der Marktzugang aufgrund der kumulativen Wirkung paralleler Netze gleichartiger beschränkender Vereinbarungen beschränkt ist. Die Kommission nimmt eine Marktabschottung dann an, wenn aufgrund der parallelen Vereinbarungen mindestens 50% des Marktes gebunden sind.¹⁰⁴ Abweichend vom normalen Verfahren haben die Behörden in diesen Fällen nachzuweisen, dass die Vereinbarung in den Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EGV fällt und dass nicht alle Voraussetzungen von Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt sind.¹⁰⁵ Zudem kann die Kommission gemäss Art. 7 TT-GVO auch mittels Verordnung die Freistellung innerhalb eines spezifischen Marktes entziehen, falls dieser Markt infolge von parallelen Netzen gleichartiger Vereinbarungen abgeschottet ist.

2. Anwendung der Marktanteilsschwellen

Im Zusammenhang mit den Marktanteilsschwellen ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2 TT-GVO eine gewisse Erleichterung in dynamischen Märkten. Sofern die Schwellenwerte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingehalten wurden, bleibt die Freistellung für zwei weitere Kalenderjahre gültig, auch wenn die Schwellenwerte

102 Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung 240/96 waren gewisse Koppelungsvereinbarungen auf der "grauen Liste". Vgl. §191ff. der Leitlinien.

103 Sieh oben Fn. 23.

104 Vgl. §199 der Leitlinien. Siehe insbesondere auch das Grundsatzurteil betreffend Marktabschottung durch parallele Vereinbarungen: Urteil des EuGH in *Stergios Delimitis / Henninger Bräu AG*, Rechtssache C-234/89, Slg. 1991, 935.

105 §119 der Leitlinien.

überschritten sind. Dies erlaubt den betroffenen Unternehmen, die Vereinbarung neu zu evaluieren und gegebenenfalls zu überarbeiten.

3. Übergangsfrist

Sofern eine Vereinbarung vor dem 30. April 2004 abgeschlossen wurde und die Voraussetzungen der Verordnung 240/96 erfüllte, gilt deren Freistellung gemäss Art. 10 TT-GVO weiter bis zum 31. März 2006. Dies gibt den Vertragsparteien genügend Zeit, ihre Vereinbarungen entsprechend den veränderten Umständen zu evaluieren und nötigenfalls neu zu verhandeln. Die Rechtssicherheit ist aus Sicht der Kommission insofern gewahrt, als dass die Verordnung 240/96 über eine beschränkte Laufzeit bis zum 31. März 2006 verfügte¹⁰⁶ und die Parteien demnach nicht darüber hinaus auf die Freistellung bestimmten Verhaltens vertrauen durften.

F. Die Leitlinien

Gleichzeitig mit dem Erlass der TT-GVO hat die Kommission auch Leitlinien für die Anwendung von Art. 81 EGV im Bereich der Technologietransfer-Vereinbarungen publiziert.¹⁰⁷ Die Leitlinien dienen einerseits als Orientierungshilfe für die Anwendung der TT-GVO, andererseits aber auch allgemein für die Anwendung von Art. 81 EGV auf derartige Verträge im allgemeinen. Dieser Ansatz entspricht den bereits für Vertikalabreden bestehenden Leitlinien.¹⁰⁸

Die Leitlinien sind somit von Bedeutung für die Auslegung der TT-GVO, da sie wertvolle Hinweise geben über (i) die konkrete Vorgehensweise bei der Definition des relevanten Marktes, (ii) die Unterscheidung von Nicht-Wettbewerbern und Wettbewerbern, (iii) den Anwendungsbereich (insbesondere auch die Abgrenzung zu anderen Gruppenfreistellungsverordnungen), (iv) die Kernbeschränkungen und Voraussetzungen, sowie (v) den Entzug der Freistellung und die Nichtanwendung der Gruppenfreistellung. Diese Punkte werden anhand von Beispielkonstellationen und Verweisen auf die bisherige Rechtsprechung erklärt.

106 Art. 13 der Verordnung 240/96.

107 Siehe oben Fn. 32.

108 Siehe oben Fn. 80.

Die Leitlinien geben auch Aufschluss über die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 und 3 EGV ausserhalb des Anwendungsbereichs der Gruppenfreistellung. Dies ist wichtig für den Fall, dass die (i) die Marktanteilsschwellen überschritten sind,¹⁰⁹ (ii) die Vereinbarung zwischen mehr als zwei Parteien abgeschlossen wurde, (iii) der Vertrag insgesamt aufgrund einer Kernbeschränkung gemäss Art. 4 TT-GVO oder (iv) einzelne Klauseln in der Vereinbarung aufgrund von Art. 5 TT-GVO nicht freigestellt sind. In all diesen Fällen besteht keine Regelvermutung für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV oder für das Nichtvorliegen der Anforderungen einer Individualfreistellung gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV. Die Leitlinien geben hier ein Prüfungsraster und Anhaltspunkte für die Bewertung einzelner Klauseln und Lizenzbeschränkungen (z.B. Lizenzgebühren, Exklusivlizenzen, Verkaufsbeschränkungen, Produktionsbeschränkungen, Nutzungsbeschränkungen, Kopplungsvereinbarungen und Wettbewerbsverbote). Des weiteren setzen sich die Leitlinien mit Fragen bezüglich Anspruchsregelungs- und Anspruchsverzichtvereinbarungen (Konfliktregelung/Vergleichsvereinbarungen) und Technologiepools auseinander.

Die Leitlinien sind explizit auf die Anwendung von Art. 81 EGV auf Technologietransfer-Vereinbarungen beschränkt. Fragen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV sind nicht eingeschlossen.¹¹⁰ Zwar ist dies unter dem Gesichtspunkt verständlich, dass im Bereich von Art. 82 EGV keine Freistellung im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EGV möglich wäre. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass gerade im Bereich der missbräuchlichen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen erhebliche Unsicherheiten, insbesondere auch bezüglich der Lizenzierung von Technologien, bestehen. Die Kommission sollte daher in Zukunft die Gelegenheit ergreifen, Leitlinien über die Anwendung von Art. 82 EGV auf Immaterialgüterrechte erstellen. Insbesondere im Bereich der

109 Überschreitet der Marktanteil der beteiligten Unternehmen die in Art. 3 TT-GVO festgelegten Schwellenwerte, so kommt die TT-GVO nicht zur Anwendung und die Vereinbarung muss im Lichte der Leitlinien beurteilt werden.

110 Leitlinien § 2. Dies ist insofern inkonsistent, als dass in § 226 der Leitlinien festgehalten wird, dass marktbeherrschenden Technologiepools offen sein und ihre Lizenzgebühren in fairer und nicht diskriminierender Weise festsetzen sollten.

Zwangslizenzen für Immaterialgüterrechte¹¹¹, ist auch nach dem Urteil des Gerichtshofs in Sachen *IMS Health*¹¹² und nach dem Kommissionsentscheid in Sachen *Microsoft*¹¹³ eine klare Stellungnahme der Kommission notwendig.

V. Schlussbemerkungen

Es kann festgehalten werden, dass die neue Gruppenfreistellungs-Verordnung für die Technologietransfer-Verträge stark von anderen, seit 1999 veröffentlichten und in Kraft getretenen Freistellungs-Verordnungen beeinflusst wurde. Durch die Abschaffung der "weissen Liste" und die Einführung einer umfassenden Freistellung mit wenigen Ausnahmen wurde ein wesentlich flexibleres Instrument geschaffen. Zudem ist die Erweiterung des Anwendungsbereich auf Software-Lizenzen höchst begrüßenswert, da hierdurch die TT-GVO einem wichtigen Sektor geöffnet wird, welcher von der erhöhten Rechtssicherheit sicherlich profitieren kann. Des weiteren sind nun auch effizienzsteigernde Beschränkungen freigestellt, welche unter dem alten Regime nicht in den Genuss der Verordnung kamen. So sind Wettbewerbsverbote und Koppelungsvereinbarungen, sowie gewisse Kunden- und Outputbeschränkungen zwischen Nicht-Wettbewerbern freigestellt.

Mit der Einführung von Marktanteilsschwellen ergibt sich zwar eine Kohärenz zu den übrigen Gruppenfreistellungs-Verordnungen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dies im Gegenzug auch eine restriktivere Regelung für gewisse Vereinbarungen und die Notwendigkeit einer erheblich komplexeren Vorabklärung mit sich bringt. So können sich vor allem bezüglich der Marktdefinition und der Berechnung der Marktanteile vermehrt Probleme ergeben, welche nicht ohne Einbezug komplexer ökonomischer und rechtlicher Abklärungen gelöst werden können. Vor allem in dynamischen Märkten ergibt sich zudem das Risiko, dass innerhalb weniger Jahre ein Vertrag nicht mehr der Freistellung unterfällt und dann unter Umständen neu

111 Urteil des Gerichtshofes vom 6. April 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) und Independent Television Publications Ltd (ITP) / Kommission der Europäischen Gemeinschaften* ("Magill"), Verbundene Rechtssachen C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995 Seite I-743.

112 Urteil des Gerichtshofes vom 29. April 2004 *IMS Health GmbH & Co. OHG / NDC Health GmbH & Co. KG*, Rechtssache C-418/01 (noch nicht publiziert). Siehe diesbezüglich auch die Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Tizzano vom 2. Oktober 2003.

verhandelt werden muss, um nicht als wettbewerbswidrig zu gelten. Die Neuverhandlungen von Lizenzverträgen während deren Laufzeit kann zu erheblichen Problemen führen, insbesondere wenn sich eine der Parteien nunmehr – beispielsweise aufgrund grösserer Investitionen, die im Hinblick und im Vertrauen auf den Lizenzvertrag getätigt wurden - in einer schwächeren Position befindet. Hier kann unter Umständen angebracht sein, derartige Eventualitäten im Vertrag vorzusehen und für den Fall der Überschreitung der Schwellenwerte schon eine wettbewerbskonforme bedingte Regelung vertraglich vorzusehen. Der in den Leitlinien angeführte "second safe harbour",¹¹⁴ welche hier gewisse Erleichterung bringen kann, ist zwar zu begrüßen, bleibt jedoch nur, aber immerhin, eine von der Kommission angekündigte Praxis, deren Wirksamkeit sich noch zeigen muss.

Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der Verordnung 1/2003¹¹⁵ ist des weiteren zu beachten, dass infolge des neuen *ex post* Ansatzes¹¹⁶ eine dynamische Selbsteinschätzung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit notwendig wird. In Kombination mit den niedrigen Schwellenwerten führt dies dazu, dass die Vertragsgestaltung in der Praxis nun verstärkt nicht mehr einzig auf die Gruppenfreistellung beschränkt sein wird, sondern vor allem auch die Leitlinien in Betracht gezogen werden müssen. Insgesamt besteht aufgrund dieser Situation die Gefahr, dass Lizenzgeber vermehrt von einer Lizenzierung absehen, da die Risiken nicht mehr eindeutig abschätzbar sind. Dies würde die Verbreitung neuer Technologien entgegenstehen und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Europäischen Marktes schwächen.

In jedem Fall sind Unternehmen und deren Anwälte gut beraten, wenn sie innert der Übergangsfrist bis zum 31. März 2006 die bisherigen Verträge im Lichte der neuen Regelungen beurteilen und entsprechend anpassen.

113 Entscheidung der Kommission vom 24. März 2004 in Sachen COMP/C-3/37.792 Microsoft, C(2004)900 final, 21/04/2004, <http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>

114 §131 der Leitlinien.

115 Siehe oben Fn. 23

116 Unter der Verordnung 17/65, siehe oben Fn. 33, konnten Vereinbarungen der Kommission notifiziert werden, womit die Vertragsparteien bis zu einem Entscheid derselben immun gegen Verwaltungsstrafen waren.



RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, “Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention”.

2/2003, Dominik Hanf, “Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats”.

3/2003, Dominik Hanf, “Talking with the “pouvoir constituant” in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants’ Access to Justice”.

4/2003, Horst Dippel, “Conventions in Comparative Constitutional Law”.

5/2003, Ludwig Krämer, “Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4”.

6/2003, Ludwig Krämer, “Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling”.

7/2003, Ludwig Krämer, “The Genesis of EC Environmental Principles”.

8/2003, Takis Tridimas, “The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?”.

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, “Accords d’association”.

2/2004, David Mamane, “Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?”.