

Thomas Grünvogel: Technologietransfer-Verträge und das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen – Die Verwertung von Immaterialgüterrechten im Spannungsverhältnis von Rechtssicherheit und Ökonomisierung im Zeitalter des 'more economic approach' im Europäischen Kartellrecht (LES-Schriftenreihe zum Technologietransfer, Band 5) – Baden-Baden: Nomos 2013. 315 S., 82,- €. ISBN 978-3-8329-7707-8

Die kartellrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen für Technologietransferverträge blicken auf eine 30jährige Geschichte zurück. Zunächst wurden Patentlizenzvereinbarungen und Know-how-Vereinbarungen in getrennten Verordnungen behandelt (1984 bzw. 1988), bis 1996 die erste Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen (GFVO-TT) verabschiedet wurde. Während das Überschreiten einer Marktanteilsschwelle in der Verordnung von 1996 lediglich als Indiz ausgestaltet war, das den nachträglichen Entzug der Freistellungswirkung erlaubte, wandelte der Nachfolgetext von 2004 die Marktanteilsschwellen in echte Anwendungsvoraussetzungen um. Hierin kam der Übergang zum *more economic approach* zum Ausdruck, der das formorientierte Denken durch eine wirkungsbezogene Analyse ablöste oder zumindest ergänzte. Damit verbunden war die Abschaffung der weißen Listen freigestellter oder unbedenklicher Klauseln sowie eine Differenzierung nach Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Nicht-Wettbewerbern. Während die Texte von 1996 und 2004 den kartellrechtlichen Rahmen für Technologietransfer-Vereinbarungen lockerten, folgt die jüngste, im März 2014 verabschiedete Gruppenfreistellungsverordnung einem *more prudent approach*: Punktuelle Verschärfungen lassen sich als (leichte) Gegenbewegung deuten. Die hier zu besprechende, von *Jochen Glöckner* betreute Dissertation wurde vor Verabschiedung der neuen Verordnung abgeschlossen. Sie setzt sich zum Ziel, den ökonomischen Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik auf die Verwertung von Immaterialgüterrechten anzuwenden. Weit über den eigentlichen Gegenstandsbereich hinaus stellt *Thomas Grünvogel* grundlegende Überlegungen zum Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht an und richtet das Augenmerk auch auf die Folgen für die Innovationsanreize. Das Buch entspricht damit dem *state of the art* und fördert zahlreiche Einsichten zu Tage. Diese münden in konkrete rechtspolitische Vorschläge.

Im ersten seiner beiden Hauptteile legt der Verfasser die Grundlagen für die Schnittstelle zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht, wobei er zwischen den immaterialgüterrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und europarechtlichen Grundlagen unterscheidet. Er geht auf die klassischen Theorien zur Rechtfertigung des geistigen Eigentums ein, was ihn zu den ökonomischen Ansätzen der Gegenwart führt. Die wettbewerbstheoretischen Grundlagen sind von großer Bedeutung, wobei der Verfasser die Entwicklungen bis hin zum *more economic approach* der europäischen Wettbewerbspolitik verfolgt. Schließlich geht er auf die Stellung des Immaterialgüterrechts im System der europäischen Verträge ein. Er erörtert das Potential von Immaterialgüterrechten zur Einschränkung der Verkehrsfreiheiten, insbesondere des freien Warenverkehrs, sowie des Wettbewerbs, und geht dann auf die Möglichkeit ein, die Beschränkungen durch die hinter dem Immaterialgüterschutz stehenden Wertungen zu rechtfertigen. Die verschiedenen Konzepte, beispielsweise der Begriff des spezifischen Gegenstands, haben im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten einerseits und dem Kartellrecht andererseits eine unterschiedliche Tragweite, die vom Verfasser genau bestimmt wird.

Im zweiten Teil macht er die Ergebnisse des "Allgemeinen Teils" für die kartellrechtliche Beurteilung von Technologietransfer-Vereinbarungen fruchtbar. Er diskutiert die verschiedenen normativen Ansätze für die Anwendung des Kartellrechts auf Schutzrechte des

geistigen Eigentums und geht auf Ansätze ein, die zu einer immaterialgüterrechtsbedingten Restriktion der kartellrechtlichen Tatbestände führen, beispielsweise unter dem Gesichtspunkt der Spürbarkeit und der *rule of reason*. Er spricht sich für eine Materialisierung des Beschränkungsbegriffs aus, lehnt aber die Übernahme der *rule of reason* in das europäische Recht unter anderem deshalb ab, weil Art. 101 Abs. 3 AEUV bereits eine einschlägige Rechtfertigungsmöglichkeit biete. Ebenso möchte er den Markterschließungsgedanken nicht grundsätzlich zu einer Tatbestandsreduktion des Kartellverbots benutzen, sondern im Regelfall bei der Freistellung unterbringen. Er verweist hierzu unter anderem auf den Systemwechsel im europäischen Kartellverfahrensrecht, durch den 2004 das Freistellungsmonopol der Europäischen Kommission entfiel. Im Ergebnis plädiert der Verfasser dafür, die Schutzrechte des geistigen Eigentums nicht als Anwendungssperren für das Kartellrecht zu deuten, sondern die immaterialgüterrechtlichen Wertungen in die Auslegung der kartellrechtlichen Tatbestände einzubringen. Zu diesem Zweck schlägt er vor, das zentrale Anliegen des geistigen Eigentums in die Kartellrechtsanwendung einfließen zu lassen: Wenn es das Ziel der Immaterialgüterrechte ist, den Imitationswettbewerb auszuschalten, um Innovationswettbewerb zu fördern, seien beschränkende Klauseln, die ausschließlich auf den Schutz vor Imitation abstellen, vom Kartellverbot auszunehmen. Dies gelte beispielsweise für ausschließliche territoriale Herstellerlizenzen.

Im Hinblick auf die einschlägige Gruppenfreistellungsverordnung arbeitet der Verfasser zunächst die Diskussion auf, welcher rechtliche Status den Gruppenfreistellungsverordnungen nach Einführung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 101 Abs. 3 AEUV überhaupt noch zukommt. Mit überzeugenden Argumenten schließt er sich der Auffassung an, dass auch nach Abschaffung des Freistellungsmonopols der Europäischen Kommission die Gruppenfreistellungsverordnungen ihren konstitutiven Charakter behalten haben. Was die GFVO-TT aus dem Jahr 2004 betrifft, so arbeitet der Verfasser Änderungsbedarf heraus. Er stellt ein Spannungsverhältnis zwischen den Marktanteilsschwellen und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit fest. Zwar wendet er sich nicht prinzipiell gegen das Anwendungskriterium der Marktanteile, hält aber die Schwellen der GFVO-TT 2004 (nämlich einen gemeinsamen Marktanteil von 20 Prozent für Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und einen individuellen Marktanteil von 30 Prozent für Vereinbarungen zwischen nicht-konkurrierenden Unternehmen) für zu niedrig. Das Risiko einer Fehleinschätzung dämpfe die Lizenzbereitschaft und damit auch den Innovationswettbewerb. Die Marktanteilsschwellen seien aus diesem Grund deutlich zu erhöhen. Außerdem seien (widerlegliche) Rechtmäßigkeitsvermutungen einzuführen, z.B. in Bezug auf die Pflicht des Lizenznehmers, seine Lizenz nicht zu übertragen und keine Unterlizenzen zu erteilen. Auch wenn es möglich sei, die Kartellrechtswidrigkeit der betreffenden Klauseln zu beweisen und damit die Legalitätsvermutung zu widerlegen, werde hierdurch die Rechtssicherheit vergrößert.

Was die Marktanteilsschwellen betrifft, so ist es sicherlich zutreffend, dass der Festlegung starrer Grenzen stets ein dezisionistisches Element innewohnt. Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass die Voraussetzungen der Gruppenfreistellung nicht zu tief angesetzt werden dürfen. Der Entzug der Freistellung im Einzelfall sollte die seltene Ausnahme bleiben. In der Verwaltungspraxis ist eine solche Einzelfallkorrektur denn auch quasi inexistent. Zwar ist die dynamische Betrachtungsweise im Bereich des Technologietransfers (sowie von Forschung und Entwicklung) augenfälliger als im Gegenstandsbereich anderer Gruppenfreistellungsverordnungen. Die Kartellrechtsanwendung sollte aber insgesamt nicht nur auf die statischen, sondern auch auf die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs ausgerichtet werden. Es ist deshalb nicht verkehrt, dass sich die Marktanteilsschwellen der verschiedenen Gruppenfreistellungsverordnungen in ähnlicher Größenordnung bewegen. Im Fall von Pioniererfindungen, die keinem aktuellen Wettbewerb

ausgesetzt sind, wäre eine Heraufsetzung der Marktanteilsschwellen ohnehin nicht hilfreich. Besonderheiten des jeweiligen Marktes können in die Prüfung der Einzelfreistellung eingebracht werden.

Der Vorschlag des Verfassers, Vermutungen für die Kartellrechtskonformität bestimmter Klauseln einzufügen, stellt eine (partielle) Rückkehr zu den Listen freigestellter und weißer Klauseln der GFVO-TT aus dem Jahr 1996 dar. Die Positivlisten waren durch die GFVO-TT 2004 abgeschafft worden, um ihren in der Praxis spürbaren "Zwangsjackeneffekt" zu beseitigen und die Vertragsfreiheit zu stärken. Es besteht die Gefahr, dass die Einführung von Konformitätsvermutungen die Parteien wieder zu größerer Uniformität der Vertragsgestaltung veranlassen wird. Der Verfasser sieht dieses Risiko, hält ihm aber das Argument der Rechtssicherheit entgegen. Es stellt sich die allgemeine Frage, ob es solcher Vermutungen wirklich braucht. Gerade beim Ausschluss der Vergabe von Unterlizenzen sehen die alten (Rn. 155) und die neuen (Rn. 183) Leitlinien zu den Technologietransfer-Vereinbarungen vor, dass solche Verpflichtungen im Allgemeinen keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinn von Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Die Behörde muss also besondere Umstände des Einzelfalls darlegen, bevor sie in speziell gelagerten Konstellationen das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung bejahen kann. Vor einer erneuten Systemänderung wäre außerdem auf alle Durchsetzungswege Rücksicht zu nehmen, also auch auf den Weg über das Privatrecht. Die Anstrengungen, das Private Enforcement zu stärken, könnten durch klägerfeindliche Umkehrungen der Beweislast beeinträchtigt werden. Erläuterungen in den Leitlinien erlauben demgegenüber größere Flexibilität. Zustimmung verdient der Verfasser darin, dass die Leitlinien sehr viel genauer und umfangreicher kommentieren sollten, welche Vereinbarungen überhaupt als wettbewerbsbeschränkend im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV eingestuft werden sollten. Auch die Forderung des Verfassers, den Leitlinien bei aller Ökonomisierung eine klarere juristische Struktur, nämlich eine Gliederung nach Tatbestandsmerkmalen zu geben, ist zu unterstützen. Letztendlich ist die Einbuße an Rechtssicherheit aber der Preis, der für eine stärker kontextbezogene Bewertung von Vertragsbestimmungen zu zahlen ist. Gruppenfreistellungsverordnungen, Leitlinien sowie Behörden- und Gerichtsentscheide haben die Aufgabe, für mehr Anwendungssicherheit zu sorgen. Vor diesem Hintergrund ist es zu bedauern, dass Gerichtsentscheide zum Lizenzkartellrecht Mangelware sind.

Der Verfasser hat eine umsichtige Studie zur Tiefenstruktur des Lizenzkartellrechts unter dem Einfluss der ökonomischen Betrachtungsweise vorgelegt. Sie macht die Lektüre von Texten zur Oberflächenstruktur, also zum positiven Lizenzkartellrecht nicht überflüssig. Die anwendungsorientierten Arbeiten werden aber gut daran tun, auf dem hier gelegten Fundament aufzubauen.

Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich