

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 78

**Die Beurteilung
exklusiver Know-how-Lizenzen
nach dem EWG-Kartellverbot**

**Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen
Erschließung von Artikel 85 Absatz 1 EWGV**

Von

Heino Herrmann



Duncker & Humblot · Berlin

HEINO HERRMANN

**Die Beurteilung exklusiver Know-how-Lizenzen
nach dem EWG-Kartellverbot**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 78

Die Beurteilung exklusiver Know-how-Lizenzen nach dem EWG-Kartellverbot

**Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen
Erschließung von Artikel 85 Absatz 1 EWGV**

Von

Heino Herrmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Herrmann, Heino:

Die Beurteilung exklusiver Know-how-Lizenzen nach dem
EWG-Kartellverbot : zugleich ein Beitrag zur dogmatischen
Erschliessung von Artikel 85 Absatz 1 EWGV / von Heino
Herrmann. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 78)

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-08002-5

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08002-5

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1993 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Literatur und Entscheidungspraxis sind bis einschließlich Juni 1993 berücksichtigt.

Der Entschluß, mit einem EWG-kartellrechtlichen Thema zu promovieren, reifte anläßlich eines Besuches bei der Generaldirektion IV der EG-Kommission in Brüssel. Die Innenansicht dieses gewaltigen Behördenapparates ließ offenbar werden, daß allein die emotionale Begeisterung für die Europäische Idee nicht ausreichen würde, unsere rechtliche Zukunft zu verstehen.

Die Auswahl des Themas geht zurück auf eine Anregung von Herrn Prof. Dr. Helmut Köhler, dem ich an dieser Stelle für seine großzügige Förderung der Arbeit und für die zahlreichen fruchtbaren Gespräche über dieses und andere Themen danken möchte. Dankbar bin ich ferner Herrn Prof. Dr. Herbert Buchner für die Mühen der Zweitkorrektur sowie meinem lieben Ex-Kollegen, Herrn Dr. Jörg Fritzsche, für seine große Hilfsbereitschaft im Kampf mit der Computertechnik.

Ohne die freundschaftliche Arbeitsatmosphäre am Lehrstuhl und ohne die Geduld und das Mitgefühl meiner Freundin, Frau Mgr. Magdalena Rozwadowska, wäre diese Arbeit vermutlich im Versuchsstadium steckengeblieben. Daß sie aber überhaupt begonnen werden konnte, verdanke ich vor allem meinen Eltern und der steten Unterstützung, die sie mir auf meinem bisherigen Lebensweg gewährt haben.

Augsburg/München, im August 1993

Heino Herrmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	11
1. Unverfälschter Wettbewerb als Vertragsziel	11
2. Know-how-Transfer als Mittel zur Integration	14
3. Entstehungsgeschichte der Gruppenfreistellungsverordnung	15
4. Grenzen der abstrakt-generellen Regelung	18
5. Gegenstand und Ablauf der Untersuchung	20
B. Charakteristika der Know-how-Überlassung	24
I. Vertragsgegenstand Know-how	25
1. Wirtschaftlicher Know-how-Begriff	25
2. Juristischer Know-how-Begriff (Überblick)	27
3. Gesetzliche Regelungen des Know-how	29
4. EWG-kartellrechtlicher Know-how-Begriff	31
5. Résumé	33
II. Rechtsnatur des Know-how	33
1. Internationaler Überblick	34
2. Insbesondere: Know-how als absolutes Recht?	35
3. Folgerungen	37
III. Der Know-how-Vertrag	39
1. Typologische Einordnung	40
2. Rechtlicher Gehalt der Know-how-Übermittlung	43
3. Befristete Lizenz und dauerhafte Übertragung	47
4. Zusammenfassung und kartellrechtliche Folgerungen	50
C. Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWGV	53
I. Begriffliche Grundlagen und Problemstellung	54
1. Horizontale und vertikale Bindungen	55
2. Meinungsstand	56
3. Veränderung der Marktstellung Dritter	59
4. Beschränkung der Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit der Beteiligten	63
5. Zwischenergebnis und Folgerungen	68
II. Einschränkungen des Verbotstatbestands bei Know-how-Verträgen	70
1. Immanenztheorie	71
a) Inhalt und Hauptanwendungsfälle	72
b) Anwendung auf Lizenzverträge	73
c) Anwendung im EWG-Recht?	74
d) Wertungsergebnisse	76
2. Rule of Reason	78
a) Inhalt und rechtliche Natur	78
b) Ansätze einer Rule of Reason in der Praxis des EWG-Kartellrechts	79

c) Meinungsstand und Bewertung	80
d) Verdrängung durch autonome EG-rechtliche Ansätze	82
3. Wettbewerbsfördernde Aspekte und das Kriterium der Beschränkung	
potentiellen Wettbewerbs	84
a) Überblick zum Diskussionsstand	84
b) Einschränkung von zumindest potentielltem Wettbewerb	86
aa) Allgemeine Grundlagen	86
bb) Einschlägige Entscheidungspraxis	86
cc) Zusammenfassung	88
c) Die eigentliche Wettbewerbsöffnungstheorie	89
d) Zur grundsätzlichen Berechtigung des Wettbewerbsöffnungsgedankens	90
e) Tatbestandsreduktion oder Freistellungsmotiv?.....	91
aa) Der Standpunkt der Kommission	92
bb) Der Standpunkt des EuGH	93
cc) Zusammenfassung und Bewertung	94
4. Lehre vom spezifischen Gegenstand des Schutzrechts	95
a) Ausgangslage im EWG-Kartellrecht	96
b) Art. 30, 36 EWGV und deren Verhältnis zu den Wettbewerbsregeln ..	97
c) Der Umfang des spezifischen Gegenstands	99
d) Vergabe von Lizenzen als Ausfluß des spezifischen Gegenstands	100
e) Spezifischer Gegenstand des Know-how?	102
D. Die Beurteilung territorialer Beschränkungen bei der Know-how-	
Lizenz	105
I. Einführung	105
1. Ausschließliche Lizenz, Gebietsbeschränkungen und Gebietsschutzab-	
sprachen	105
2. Zur Vorgehensweise	106
II. Die Reichweite des Kartellverbots	108
1. Begriffliche Wettbewerbsbeschränkung	108
2. Einschränkung des Verbotstatbestands	109
3. Der frühere Standpunkt der Kommission	110
4. Das Maissaatgut-Urteil des EuGH	111
a) Dogmatisches Fundament	111
b) Übertragbarkeit auf andere Vertragsgegenstände	112
c) Das Wesen der "offenen" ausschließlichen Lizenz	113
d) Selbstbeschränkung der Vertragsparteien	114
e) Beschränkung der Wettbewerbsstellung Dritter	114
f) Die Kriterien des Entwicklungsaufwands und der Markteinführung ..	116
5. Die neuere Entscheidungspraxis der Kommission zu Know-how-Ver-	
trägen	117
a) Boussois/Interpane	118
b) Rich Products/Jus-rol	119
c) Delta Chemie/DDD-Spezialfleckenentferner	120
d) Moosehead/Whitbread	121

e) Mitchell Cotts/Sofiltra	123
f) Elopak/Metal Box - Odin	124
g) Transocean Marine Paint Association	125
h) Résumé	126
III. Regelung der Gruppenfreistellungsverordnung im Überblick	127
IV. Einzelfragen	128
1. Verzicht des Lizenzgebers, im Gebiet des Lizenznehmers anderen Unternehmen die Nutzung des Know-how zu gestatten (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 VO)	128
a) Allgemeines zum Begriff der "Nutzung"	129
b) Erfüllung des Verbotstatbestands?	129
Exkurs: Zur Beurteilung endgültiger Know-how-Übertragung	131
c) Sachliche Rechtfertigung der Freistellung	132
d) Sachlicher Umfang der Freistellung	133
e) Enge Auslegung des Nutzungsbegriffs in Ziff. 1	135
f) Zeitlicher Umfang der Freistellung (Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 VO) ...	135
g) Sachliche Rechtfertigung der Befristung	137
h) Befristung bei zulässiger "offener" Exklusivlizenz?	138
i) Überschreitung der in der VO genannten Fristen	139
2. Verzicht des Lizenzgebers, im Gebiet des Lizenznehmers sein Know-how selbst zu nutzen (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 VO)	141
a) Überblick	141
b) Sachlicher Umfang der Freistellung	142
c) Zeitlicher Umfang der Freistellung	143
d) Freistellungshindernisse	143
3. Gebietsbeschränkungen zulasten der Lizenznehmer	145
a) Grenzen der "offenen" ausschließlichen Lizenz	146
aa) Ausgangslage	146
bb) Direktimporte und Parallelimporte	147
cc) Anwendungsverbote und Vertriebsverbote	147
b) Systematik der Gruppenfreistellung	148
c) Verbote im Hinblick auf das dem Lizenzgeber vorbehaltene Gebiet (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 VO)	149
aa) Inhalt und Tatbestandsmäßigkeit der freigestellten Klausel	149
bb) Sachlicher Umfang der Freistellung	150
cc) Zeitlicher Umfang und Freistellungshindernisse	151
d) Verbot der Anwendung des Know-how in Gebieten anderer Lizenznehmer (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 4 VO)	151
aa) Inhalt und Tatbestandsmäßigkeit der freigestellten Klausel	151
bb) Sachlicher Umfang der Freistellung	153
cc) Zeitlicher Umfang der Freistellung	154
dd) Freistellungshindernisse	155
e) Verbot des Vertriebs in Gebieten anderer Lizenznehmer (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 5 und 6 VO)	155
aa) Inhalt und sachlicher Umfang der freigestellten Klauseln	155
bb) Erfüllung des Verbotstatbestands?	156

cc) Zeitlicher Umfang der Freistellung	159
dd) Freistellungs Hindernisse	160
f) Verbote im Hinblick auf Gebiete nichtausschließlicher Lizenznehmer und auf lizenzfreie Gebiete	162
aa) Gebiete einfacher Lizenznehmer	162
bb) Lizenzfreie Gebiete	163
4. Gebietsschutzabsprachen und sonstige Verhaltensweisen	164
a) Verpflichtung des Lizenzgebers, weiteren Lizenznehmern Gebiets- beschränkungen aufzuerlegen	164
b) Vereinbarungen zur Verhinderung von Parallelimporten	165
c) Geltendmachung gewerblicher Schutzrechte	166
E. Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse	168
Literaturverzeichnis	172

A. Einleitung

Am 1. April 1989 ist die Verordnung Nr. 556/89/EWG der Kommission zur Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Know-how-Verträgen in Kraft getreten¹. Angesichts der eher stiefmütterlichen Behandlung, die das Recht der Know-how-Verträge im Recht der Mitgliedsstaaten überwiegend erfährt², mag eine so detaillierte Regelung auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts zunächst verwundern; immerhin hatte die Kommission innerhalb des weiten Anwendungsfeldes des EWG-Kartellverbotes zuvor lediglich sechs andere Vertragstypen in den Genuß einer solchen Freistellungsregelung kommen lassen³.

Daß hierin dennoch keine Überschätzung der Bedeutung von Know-how-Verträgen zum Ausdruck kommt, darf man schon aufgrund des ebenso breiten wie kontroversen Echos vermuten, welches die Aktivitäten der Kommission zu diesem Problemkreis vor wie auch nach dem Erlaß der VO gefunden haben. Immerhin befaßt sich die VO mit der Kombination zweier Problemkreise, die von genereller, ja charakteristischer Bedeutung im Prozeß des (wirtschaftlichen) Zusammenwachsens der EG sind. Einerseits setzt das Recht der Know-how-Verträge wesentliche Rahmenbedingungen für den gesamten innergemeinschaftlichen Technologie-Transfer und damit für die technische und wirtschaftliche Integration in der Gemeinschaft. Andererseits bildet die Politik der Schaffung bzw. Erhaltung von Wettbewerbsfreiheit seit jeher einen Brennpunkt der Aktivitäten der EWG.

1. Unverfälschter Wettbewerb als Vertragsziel

Art. 3 lit. f EWGV nennt als eines der Ziele der Gemeinschaft "... die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt". Die Bedeutung dieser Zielvorgabe hat

¹ Abl. 1989 L 61/1 = GRUR Int. 1989, 298; im Folgenden als "VO" bezeichnet.

² Jedenfalls gilt dies in zivilrechtlicher Hinsicht; für das deutsche Kartellrecht vgl. dagegen § 21 GWB.

³ In Zusammenhang mit Know-how-Überlassungen interessieren davon die Gruppenfreistellung für Patentreizen (VO Nr. 2349/84, ABl. 1984 L 219/15 in der berechtigten Fassung gemäß ABl. 1985 L 280) sowie diejenige für Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften (VO Nr. 418/85, ABl. 1985 L 53/5).

der EuGH noch unterstrichen, indem er dieser Bestimmung nicht etwa bloß programmatischen Charakter, sondern unmittelbar normative Wirkung beimaß⁴. Tatsächlich ist heute kaum ein anderer Bereich des materiellen Gemeinschaftsrechts in seinen praktischen Auswirkungen bedeutsamer als die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EWGV. Auf keinem anderen Gebiet hat sich eine vergleichbare Fülle von sekundärem Gemeinschaftsrecht und Entscheidungspraxis des EuGH und der Kommission entwickelt und nur wenige Aspekte der Gemeinsamen Politik der EWG werden in der Literatur ähnlich intensiv diskutiert. So könnte man versucht sein, in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht von einer "Europäischen Wettbewerbsgemeinschaft" zu sprechen.

Ob die Entscheidung des EWGV zugunsten einer vorwiegend marktwirtschaftlich geprägten Wirtschaftsgemeinschaft der Sache nach damit erklärt werden kann, daß eben der freie, d.h. vor staatlicher wie vor privater Einflußnahme geschützte Wettbewerb den besten Mechanismus zur Förderung von Marktentwicklung und Bedürfnisbefriedigung darstelle⁵, ist und bleibt wohl auch weiterhin umstritten. Im Grunde handelt es sich hierbei um eine wirtschaftspolitische, wenn nicht gar ideologiebestimmte Grundsatzfrage, die in den einzelnen Mitgliedsstaaten schon immer mit durchaus unterschiedlichen Akzenten diskutiert und in praktische Politik umgesetzt wurde. Schon deshalb darf immerhin in Zweifel gezogen werden, daß eine dahingehende Wertentscheidung ausschlaggebendes Motiv für die Einstufung des Wettbewerbs als Vertragsziel war.

Eine andere, ebenfalls wirtschaftspolitische Begründung des Wettbewerbspostulats mag dagegen eher bestimmend gewesen sein: die EWG hat es sich seit ihrem Entstehen in immer zunehmendem Maße zur Aufgabe gemacht, zum gemeinsamen Nutzen in kommenden Jahrzehnten eine weltweit führende Rolle auf den Gebieten der Forschung, der technologischen Entwicklung und im Bereich des Handels zu übernehmen. Die somit avisierte internationale Konkurrenz mit anderen Industrie- und Handelsmächten, besonders auch auf dem Gebiet der Hochtechnologie, macht es erforderlich, Innovationsbereitschaft und Produktivität der Privatunternehmen zu fördern. Gerade in dieser Hinsicht vermag ein System innergemeinschaftlichen Wettbewerbs wertvolle Anreize zu setzen⁶.

⁴ EuGH Slg. 1973, 215, 244; Slg. 1977, 2115, 2145 ff.

⁵ In diesem Sinne etwa *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 607 m.w.N.; *Mégret* u.a., *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 4, S. 95.

⁶ 1. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik, Brüssel 1972, S.11 f.; *Bellamy/Child*, *Common Market Law of Competition*, Rn 1-04; ähnlich *Mégret* u.a., S. 94 ff.

Aus ganz anderer, pragmatischer Blickrichtung zeigen sich weitere unbestreitbare Vorteile des Wettbewerbs als eines Instruments zur Koordinierung einer ehemals neu zu schaffenden, supranationalen Wirtschaftsgemeinschaft. Angesichts bestehender Unterschiede in den volkswirtschaftlichen Strukturen der Einzelstaaten und angesichts der eher lockeren Integration dieser Staaten auf politischer und legislativer Ebene wäre die Errichtung eines Systems staatlicher Lenkung wohl gar nicht zu realisieren gewesen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf den damit verbundenen legislatorischen und bürokratischen Aufwand als auch mit Rücksicht auf den dafür erforderlichen politischen Konsens⁷.

Schließlich ist das Vertragsziel "Wettbewerb" auch und vor allem im Zusammenhang mit anderen Gründungsprinzipien der EWG zu sehen und zu erklären. Die vorrangig beabsichtigte Schaffung des Gemeinsamen Binnenmarktes⁸, insbesondere der ungehinderte Austausch von Waren und Dienstleistungen, setzen neben der Beseitigung staatlicher Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und ähnlicher Hemmnisse weiterhin voraus, daß keine privaten Handelsbarrieren an deren Stelle treten. Diese naheliegende Erkenntnis hat nicht nur etwa die praktische Anwendung der Vorschriften über den freien Warenverkehr (Art. 30 ff EWGV) nachhaltig beeinflusst⁹; sie war auch mitbestimmend für die Schaffung eines durchschlagskräftigen Kartellrechts, mittels dessen Privatunternehmen wirkungsvoll am Gebrauch wettbewerbsbeschränkender Praktiken gehindert werden sollten. Nichts würde für den einzelnen Unternehmer sonst näher liegen, als z.B. eigene traditionelle Absatzmärkte gegen neu entstehende Konkurrenz aus anderen Mitgliedsstaaten durch private Absprachen und dergleichen wieder wirksam abzuschotten¹⁰. Das Gemeinschaftsrecht macht sich hier einen "dem Wettbewerb eigenen Integrationseffekt" (Ipsen)¹¹ zunutze. Mit anderen Worten: es verwendet die Wettbewerbsordnung als ein Mittel zur Erreichung des übergeordneten Zweckes der wirtschaftlichen Integration.

⁷ Ähnlich *Emmerich*, Kartellrecht, § 33 Ziff. 2.

⁸ Vgl. Art. 2, 8a EWGV, speziell hinsichtlich der Vertragsziele nach Art. 3 lit. a und c.

⁹ Näheres etwa bei *Gleiss/Hirsch*, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Art. 85 Rn 349 ff.

¹⁰ Vgl. einstweilen etwa *Mestmäcker*, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 33 ff; *Emmerich*, § 33 Ziff. 2 a bb m.w.N.; *Bellamy/Child*, aaO. Rn 103. Gerade bei Lizenzverträgen, wo Gebietsbeschränkungen und -aufteilungen besonders häufig praktiziert werden, liegt hier ein zentrales Problem, auf das noch näher einzugehen sein wird.

¹¹ *Ipsen*, S. 608; ähnlich *Mestmäcker*, S. 48 f (Wettbewerb als Integrationsinstrument); vgl. auch *Mailänder*, Vereinbarungen zur Know-how-Überlassung im Wettbewerbsrecht der EWG, GRUR Int. 1987, 523, 526.