

**NIEDERER KRAFT FREY**

Studienvereinigung Kartellrecht – Arbeitssitzung mit dem CLIC,  
Universität Bern

# **Das Immaterialgüterrecht im Fokus des Kartellrechts – Lizenzkartellrecht**

Nicolas Birkhäuser

Rechtsanwalt, LL.M., Partner

Bern, 19. Juni 2026

---

# Inhaltsverzeichnis

1. Allgemeine Grundsätze: Lizenzverträge im schweizerischen und im europäischen Kartellrecht
2. Besondere Regelung: TT-Vereinbarungen im schweizerischen und im europäischen Kartellrecht
3. Anwendbarkeit von Art. 7 KG / Art. 102 AEUV auf Lizenzverträge
4. Backup: Marktbeherrschung von BGer SIX DCC zu BGer KEMI

Allgemeine Grundsätze:  
Lizenzverträge im schweizerischen und  
im europäischen Kartellrecht

---

# Verhältnis Immaterialgüterrecht und Kartellrecht

- In der Schweiz sind Wettbewerbswirkungen, welche sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, aufgrund ihrer **vermuteten prokompetitiven** Wirkung grundsätzlich vom Anwendungsbereich des KG **ausgenommen** (Art. 3 Abs. 2 KG)
- Dieser Schutz hat jedoch **Grenzen**, da mit der Berufung auf geistiges Eigentum der **Zweck** des Kartellgesetzes **umgangen** werden könnte
- Deshalb: **Lizenzverträge unterstehen** in der Schweiz i.d.R. **immer auch dem Kartellgesetz**; Art. 3 Abs. 2 KG hat faktisch eine **beschränkte Bedeutung** für Lizenzverträge

---

# Prokompetitive Wirkung von Lizenzverträgen

- Grundsätzlich **prokompetitive Wirkung von Lizenzverträgen** (anerkannt im EU- und Schweizer Recht), u.a. weil (**TT-Leitlinien**, Rz. 13, 23):
  - "Verbreitung von Technologie" und "Innovation anregt"
  - "Kombination der Technologie des Lizenzgebers (LG) mit den Ressourcen und Technologien des Lizenznehmers (LN)"
  - oft "für den LG effizienter ist, seine Technologie in Lizenz zu vergeben, als sie selbst zu nutzen"
  - "führen [...] häufig zu Effizienzgewinnen"
  - Amortisation von Forschungskosten; Anreize zur Fabrikation neuer Produkte
- **Wirkungen der Lizenzierung**: "Senkung der Produktionskosten" oder "Möglichkeit, neue oder verbesserte Produkte herzustellen" (TT-Leitlinien, Rz. 13, 23)
- Als **Grundsatz** "sind sogar die weitaus meisten [TT-]Vereinbarungen dem Wettbewerb förderlich" (TT-Leitlinien, Rz. 13, 22)

---

# Antikompetitive Wirkung von Lizenzverträgen

- **Wettbewerbsschädigende** Wirkungen sind möglich, wenn:
  - mindestens eine Vertragspartei **Marktmacht hat** oder **erlangt** und
  - die **Vereinbarung** zur **Begründung, Erhaltung** oder **Verstärkung** dieser **Marktmacht** beiträgt oder
  - es einer Partei bzw. den Parteien ermöglicht, diese **Marktmacht auszunutzen**
- **Unabhängig von Marktmacht** sind **wettbewerbsschädigende** Wirkungen möglich bei:
  - Bestimmten **besonders schwerwiegenden Abreden**
    - diese sind **spezifisch** für Lizenz- bzw. TT-Verträge zu prüfen und zu beurteilen
    - u.a. **Kernbeschränkungen** sind teilweise **anders** zu beurteilen:  
Abreden betr. Preis, Menge, Gebiet
    - nicht freigestellt: **Rücklizenzverpflichtung** betreffend Verbesserungen (**Grantback**)

---

# Rechtliche Grundlagen Schweiz

- **Verordnung der WEKO:**

- Die WEKO **könnte** gestützt auf Art. 6 Abs. 1 lit. d KG eine Verordnung erlassen, unter der Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz als gerechtfertigt gelten
- **Bisher nicht** erfolgt; auch künftig wohl nicht damit zu rechnen

- **Vertikalbekanntmachung (VertBM) der WEKO:**

- Gemäss Art. 10 Abs. 6 VertBM: **nicht** auf Sachverhalte mit **lizenzvertraglichem Inhalt** anwendbar
- Kann aber als **Auslegungshilfe** für Beurteilung von **Verträgen mit starken Vertriebselementen** herangezogen werden:
  - wobei **aber** den **besonderen Umständen** von Lizenzverträgen und Technologietransfer Rechnung zu tragen ist
  - **sonst** wird besondere **Regelung für TT-Vereinbarungen ausgehöhlt**

---

# Lizenz- bzw. TT-Verträge als Vertriebsverträge? (I)

- **Weshalb ist die Frage der Qualifikation als Vertriebsvertrag relevant?**
  - Art. 5 Abs. 4 KG regelt: "Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei [...] Abreden in **Vertriebsverträgen** über die **Zuweisung von Gebieten**, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden." sowie vermutet bei Abreden über **Mindest- oder Festpreise**
  - Lizenzverträge enthalten oft **Exklusivitätsklauseln**, die auch **geographische Abgrenzungen** vorsehen
- **Die Frage ist deshalb:** Sind Lizenzverträge bzw. TT-Verträge als **Vertriebsverträge** zu qualifizieren, **die Art. 5 Abs. 4 KG unterstellt sind?**

---

# Lizenz- bzw. TT-Verträge als Vertriebsverträge? (II)

- Es wird von einem überwiegenden Teil der Lehre postuliert, dass Abreden, die **gemäss EU-Recht (TT-GVO) freigestellt** sind, **auch in CH zulässig** sein sollten
- ABER: Der **Begriff des Vertriebsvertrags** umfasst nach der Auffassung eines Teils der Lehre **nicht nur den eigentlichen Vertriebsvertrag**, sondern auch **Vertriebsklauseln, die lediglich Bestandteil** eines umfassenderen Vertrags sind, insb. in Franchise- oder Lizenzverträgen
- **BGer 143 II 297, GABA: Weite Auslegung** des Begriffes "Vertriebsvertrag" führt dazu, dass **jeder** Lizenzvertrag bzw. TT-Vertrag **mit Vertriebselementen** als **Vertriebsvertrag** qualifiziert würde
- **Mögliches Abgrenzungskriterium: Kommerzieller Fokus / Hauptziel der Vereinbarung.** Trägt der Lizenznehmer das wirtschaftliche Risiko?  
→ Wenn **Fokus** auf Technologietransfer / Lizenzierung liegt, sollte **kein** Vertriebsvertrag angenommen werden

Besondere Regelung:  
Technologietransfer-Vereinbarungen im  
Schweizerischen und im Europäischen  
Kartellrecht

---

# Die Grundfrage

## Warum braucht IP eine eigene Freistellungsverordnung?

- **Das Dilemma:** Viele Lizenzverträge erfüllen die Tatbestände des Kartellrechts – Gebiete, Mengen, Kundenbeschränkungen
- **Ohne Lizenzschutz:** Technologien bleiben proprietär – keine Verbreitung, kein downstream-Wettbewerb
- **Die TT-GVO schafft:** Gezielten Safe Harbour für bilateral lizenzierte Technologie
- **Das Leitprinzip:** Technologie-Lizenzierung ist grundsätzlich **wettbewerbsfördernd** – weil sie Technologie verbreitet
- **Abgrenzung zur Vertikal-GVO:** Schwerpunkt der Vereinbarung ist die **Produktion**, nicht der Vertrieb

---

# TT-GVO: Anwendungsvoraussetzungen (I)

**TT-GVO (2026/877) und TT-Leitlinien (C/2026/2323) in Kraft seit 1. Mai 2026**

(Geltungsdauer bis 30. April 2038)

**"Technologietransfer-Vereinbarung"** (Art. 1 Abs. 1 lit. c TT-GVO):

- **Lizenzierung** von **Technologierechten** zwischen zwei Unternehmen **zum Zweck der Produktion** von Vertragsprodukten, oder
- **Übertragung** von **Technologierechten** zwischen zwei Unternehmen zum Zweck der Produktion, **wenn** das **Verwertungsrisiko** (zumindest) teilweise beim Veräusserer **verbleibt** (z.B. umsatzabhängiges Entgelt)

---

# TT-GVO: Anwendungsvoraussetzungen (II)

"**Technologierechte**" (Art. 1 Abs. 1 lit. b TT-GVO):

- **Für Produktion** von Vertragsprodukten, insbesondere:
  - Patente, Designs (Gebrauchsmuster), Halbleitertopographien, ergänzende Schutzzertifikate, Sortenschutzrechte, Software-Urheberrechte
  - Know-how
- **Nicht erfasst:** Marken, sonstige Urheberrechte (ausser Software)  
(aber **Kombination** mit anderen Rechten möglich, wenn unmittelbar mit Produktion verbunden: Art. 2 Abs. 3 TT-GVO)

---

# TT-GVO: Anwendungsvoraussetzungen (III)

## Marktanteilsschwellen / Wettbewerber

### Parteikonstellation

Wettbewerber

Nicht-Wettbewerber

### Marktanteilsschwelle

≤ 20% kombiniert

≤ 30% individuell

- **NEU 2026:** Noch nicht vermarktete Technologien = **Marktanteil 0%** (keine Schwellenprobleme für Start-ups / neue Technologien)
- **NEU 2026:** Übergangsfrist bei Schwellenüberschreitung neu **3 Jahre** (vorher 2 Jahre)

**Wettbewerber:** Treten Unternehmen **erst nach Abschluss der Vereinbarung** miteinander in Wettbewerb, so gelten sie **während der gesamten Dauer** der Vereinbarung als **Nicht-Wettbewerber**, sofern die Vereinbarung nicht später wesentlich geändert wird.

---

# TT-GVO: Neu seit der Revision: Datenlizenzen

## Datenlizenzen:

- TT-GVO **direkt anwendbar**, wenn lizenzierte **Daten als Technologierecht qualifizieren** (z.B. Know-how)
- Lizenzierung von **Datenbanken**, die **urheberrechtlich** oder durch **Schutzrechte sui generis geschützt** sind, zum **Zweck der Produktion**: Europäische Kommission wendet **TT-GVO-Grundsätze analog** an (TT-Leitlinien, Rz. 63–67)
- Lizenzierung von **Daten**, die **nicht** durch **Schutzrechte sui generis** oder **Urheberrechte** an Datenbanken **geschützt** sind: **Einzelfallprüfung** nach den allgemeinen Grundsätzen (TT-Leitlinien, Rz. 67)

**Zweck:** Rechtssicherheit für die zunehmend relevante Datenlizenzierung

---

# Ausnahmen zu Kernbeschränkungen

## AUSNAHMEN von den Kernbeschränkungen zwischen Wettbewerbern (Art. 4 Abs. 1)

**Preis-Beschränkung:** keine Ausnahme

**Output-Beschränkungen:** **zulässig**, wenn bezgl. Vertragsprodukte dem Lizenznehmer in nicht wechselseitigen oder nur einem Lizenznehmer in wechselseitigen Vereinbarungen auferlegt

**Markt-/Kundenzuweisung:** **zulässig** bei:

- Beschränkung Produktion / Beschänkung des aktiven und/oder passiven Verkaufs im Exklusivgebiet der anderen Partei (nicht wechselseitig)
- Beschränkung des aktiven Verkaufs in Exklusivgebiete anderer Lizenznehmer (nicht wechselseitig)
- Produktion nur für Eigenbedarf (Ersatzteilverkauf bleibt frei)
- Produktion nur für bestimmten Kunden als alternative Bezugsquelle

**F&E-Beschränkungen:** (nur) **zulässig**, wenn zum Schutz geheimen Know-hows unerlässlich

---

# Ausnahmen zu Kernbeschränkungen

## **AUSNAHMEN von den Kernbeschränkungen zw. Nicht-Wettbewerbern (Art. 4 Abs. 2)**

**Preisbeschränkung:** Höchstverkaufspreise und unverbindliche Preisempfehlungen **zulässig**, sofern kein faktischer Fest-/Mindestpreis entsteht

**Beschränkung Gebiet / Kundenkreis, in die der Lizenznehmer Vertragsprodukte passiv verkaufen darf** – Beschränkung passiver Verkauf **zulässig** bei:

- In Exklusivgebiet/-kundengruppe des Lizenzgebers
- Produktion nur für Eigenbedarf (Ersatzteilverkauf bleibt frei)
- Produktion nur für bestimmten Kunden als alternative Bezugsquelle
- Verkauf an Endverbraucher, wenn Lizenznehmer = Grosshändler
- Verkauf an nicht zugelassene Händler im selektiven Vertriebssystem (normal)

**Beschränkung des aktiven oder passiven Verkaufs an Endverbraucher im sel. Vertrieb:**  
Beschränkung des Verkaufs von nichtzugelassenen Niederlassungen aus **zulässig** (normal)

Anwendung von Art. 7 KG / Art.  
102 AEUV auf Lizenzverträge

---

# Anwendungsfälle von Art. 102 AEUV (I)

## Koppelung:

- **Microsoft Teams:**

- Vorwurf: Unzulässige Koppelung von Microsoft Teams an Office 365 / Microsoft 365  
→ Missbrauch: Ausbeutung / Verdrängung
- Marktbeherrschende Stellung von Microsoft auf Markt für SaaS-Produktivitätsanwendungen für Geschäftskunden festgestellt
- Folge: Entbündelung von Microsoft Teams und Office 365 / Microsoft 365

- **Google Android:**

- Marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für lizenzierbare Betriebssysteme für Smartphones (ohne iOS)
- Smartphone-Hersteller mussten für die Lizenzierung von "Google Play Store" die Apps "Google Search" und "Google Chrome" vorinstallieren
- Vorwurf: Missbräuchliche Koppelung → Missbrauch: Verdrängung
  - Pflicht zur Vorinstallierung führte zu einem Wettbewerbsvorteil von "Google Search" und "Google Chrome" gegenüber konkurrierenden Apps

---

# Anwendungsfälle von Art. 102 AEUV (II)

## Unangemessene Lizenzkonditionen (z.B. Lizenzgebühren):

- **Kaum Anwendungsfälle**; Qualifikation von Konditionen als missbräuchlich nur in aussergewöhnlichen Fällen
- **Margarete Vestager**: "Having said that, as a competition authority, it is **not our role** to be a **price regulator**. In markets that work normally, market forces correct excessive price levels."
- **Motta / De Streel**: Excessive Pricing in Competition Law: Never say never?
  - "Another common objection to the use of excessive pricing actions by competition authorities is that it is **extremely difficult** to determine whether a **price is excessive**." (S. 13)
  - "We [...] consider that, outside market failure, an antitrust authority **lacks political legitimacy** to intervene on the market." (S. 14)

---

# Bisherige Praxis in der Schweiz

**Kaum Anwendungsfälle** von Art. 7 KG auf Lizenzverträge bzw. Technologierechte –  
**Erwähnenswerte Fälle:**

- **Vorabklärung "Thalidomid" (RPW 2006/3, S. 436 ff.):**
  - Frage: Haben Inhaber einer Exklusivlizenz (Pharmion) und Exklusivvertriebspartner für die Schweiz (Lipomed) für Medikament Thalidomid **unangemessene Preise** verlangt?
    - **Keine Anhaltspunkte für unangemessene Preise**
    - Frage der marktbeherrschenden Stellung wurde deshalb offengelassen
- **Blocking Patent, Verfügung der WEKO vom 7. Oktober 2024:**
  - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Novartis) verneint:
    - **Unterlassungsklagen gegen potenzielle Patentverletzer kein Verstoss** gegen Art. 7 Abs. 2 lit. e KG
    - Erwerb des Patent-Portfolios, um "freedom to operate" sicherzustellen, zulässig
  - Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung mangels Missbrauchs offengelassen (Rz. 53)

---

# Mögliche Anwendungsfälle von Art. 7 KG (I)

- **Wichtig:** Vorliegen eines Immaterialgüterrechts begründet für sich keine marktbeherrschende Stellung
- **Verweigerung einer Lizenz:**
  - Geschäftsverweigerung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)
  - Bisher keine Fallpraxis in der Schweiz
  - Wohl nur in Ausnahmefällen denkbar:
    - Konkurrent ist auf Lizenzgegenstand angewiesen, z.B. SEP
    - Marktzugang zum beherrschten Markt oder zu einem nachgelagerten Markt wird erschwert
- **Missbräuchliche Unterlassungsklagen durch Inhaber von Patenten:**
  - Ggf. denkbar bei Standard Essential Patents (vgl. Huawei/ZTE, EuGH C-170/13)
  - Vgl. auch vorige Folie betr. Blocking Patent

---

# Mögliche Anwendungsfälle von Art. 7 KG (II)

- **Unangemessene / diskriminierende Lizenzbedingungen:**
  - Wohl nur bei klar unangemessenen / diskriminierenden Lizenzbedingungen denkbar:
    - Feststellung eines "angemessenen Preises" ist sehr schwierig (vgl. oben EU)
  - Aktuell: Vorabklärung gegen Microsoft betr. Preiserhöhungen für Geschäftskunden-Lizenzen für Microsoft 365:
    - Gemäss Medienbericht wird Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geprüft
- **Koppelungsgeschäfte:**
  - Bisher keine Praxis in der Schweiz dazu
  - Ggf. denkbar, vgl. Fälle "Microsoft Teams" und "Google Android"
  - Bei (i) einer marktbeherrschenden Stellung und (ii) relativer Marktmacht möglich

Backup:  
Marktbeherrschung  
von BGer SIX DCC  
zu BGer KEMI

---

## Urteile des Bundesgerichts zu Art. 7 KG:

- Folgende **Urteile des Bundesgerichts der letzten 3 Jahre** sind aufschlussreich:
  - Urteil BGer vom 2.11.2022, Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (**BGer SIX DCC**), 2C\_596/2019
  - Urteil BGer vom 5.3.2024, Swisscom WAN-Anbindung (**BGer WAN**), 2C\_698/2021
  - Urteil BGer vom 23.4.2024, Sport im Pay-TV (**BGer Pay-TV**), 2C\_561/2022
  - Urteil BGer vom 23.1.2025, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen (**BGer KEMI**), 2C\_244/2022
- Die vier Urteile behandeln insbesondere die **Prüfung des Missbrauchs** einer marktbeherrschenden Stellung.

---

## Background – BGer SIX DCC wurde durch jüngere Urteile des BGer präzisiert:

- **BGer SIX DCC** hat zu **Debatten** geführt; umstritten waren insbesondere die **Kriterien** und **Anforderungen** bei der **Prüfung des Missbrauchs** einer marktbeherrschenden Stellung.
- Water under the bridge: **BGer SIX DCC wurde durch das BGer** in den drei vorgenannten jüngeren Urteilen **präzisiert** insb. betr. Prüfung des Missbrauchs.
- Relevant ist insb. der **Nachweis der Wettbewerbsschädigung**.
- Es sind nachfolgend deshalb **die drei jüngeren Urteile** zu prüfen:  
(i) BGer KEMI, (ii) BGer WAN, (iii) BGer Pay-TV.
- Zu beachten sind **auch** Verweise in den jüngeren Urteilen auf **ältere Rechtsprechung**, wie insb. BGE 139 I 72 – Publigroupe (z.B. in BGer KEMI auf E. 10.1.2: Prüfung im Einzelfall, ob Verhaltensweise eine Behinderung bzw. Benachteiligung darstellt).

---

## Bezugnahme auf Rechtsprechung des EuGH (1):

- **BGer KEMI** nimmt auf **Rechtsprechung des EuGH** Bezug:

"**Die Eignung**, eine Verdrängungswirkung zu erzeugen, hänge nicht von der Form ab, sondern davon, **ob in der Praxis unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände das Verhalten eine Verdrängungswirkung entfalte.**" (E. 10.2.1, mit Verweis auf Urteil EuGH i.S. Servizio Elettrico Nazionale SpA vom 12. Mai 2022; Hervorhebung hinzugefügt).

"Da die Eignung zur Verdrängung nicht nur rein hypothetisch sein darf, **musste die Wettbewerbsbehörde mit Verhaltensstudien nachweisen, dass ein Verdrängungseffekt besteht.**" (E. 10.2.1, mit Verweis auf Urteil EuGH i.S. Servizio Elettrico Nazionale SpA vom 12. Mai 2022; Hervorhebung hinzugefügt).

---

## Bezugnahme auf Rechtsprechung des EuGH (2):

- **BGer KEMI** nimmt auf **Rechtsprechung des EuGH** Bezug:

"Die Frage, ab wann ein bestimmtes Verhalten in der Lage ist, den Wettbewerb zu beschränken, hat der EuGH folgendermassen beantwortet: **"Dieser Nachweis muss jedoch grundsätzlich auf greifbare Beweise gestützt sein**, die, indem sie *über eine bloße Annahme hinausgehen*, die *tatsächliche Eignung* der in Rede stehenden Praxis zeigen, **solche Wirkungen zu entfalten**, wobei, **falls Zweifel daran bestehen, diese dem Unternehmen**, das eine solche Praxis anwendet, **zugutekommen müssen**" (Urteil Unilever, Rn. 42; Hervorhebungen [kursiv] durch BGer)." (E. 10.2.2; Hervorhebung hinzugefügt).

---

## **BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (1):**

- **BGer KEMI verweist** im direkten Zusammenhang mit dem "Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung" **auf BGer Pay-TV:**

**"Die Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung [bei KEMI] war somit nur abstrakter Natur. Dies stellt noch keine Wettbewerbsbehinderung dar. In diesem Sinne hat das Bundesgericht zuletzt auch im Urteil 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 entschieden (vgl. Urteil [BGer Pay-TV] 2C\_561/2022 [...] E. 10.2 und E. 10.4.2). [...] Der Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung durch die Klausel A [...] im Sinne eines "effect-based approach" (vgl. hiervor) ist demnach nicht erfüllt."** (E. 10.5; Hervorhebung hinzugefügt).

- **BGer KEMI verweist** auch auf **BGer WAN** u.a. i.Z.m. Einzelfallanalyse (E. 9.4) und Wettbewerbsschädigung (E. 10.5). – Die Stellen in BGer WAN betreffen mit einer Ausnahme (E. 7.3) aber nicht ausdrückl. das Thema Wettbewerbsschädigung.

---

## BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (2):

- **BGer Pay-TV führt an den in BGer KEMI verwiesenen Stellen aus:**

"Die Verweigerung musste sodann **wettbewerbsbehindernde Wirkung** haben (vgl. E. 10.4.2 hiernach), wobei die Verweigerung der Geschäftsbeziehung **kausal** für die wettbewerbsbehindernde Wirkung **sein musste** [...]." (E. 10.2; Hervorhebung hinzugefügt).

"**Aufgrund der von der Vorinstanz ermittelten, herausragenden Bedeutung** der [...] im Pay-TV hatten sie [...] **einen hinreichend grossen Nachteil**, sodass ihnen die wirksame Teilnahme am Pay-TV-Plattformmarkt nicht möglich war." (E. 10.4.2; Hervorhebung hinzugefügt).

"Massgebend ist, dass die **Missbräuchlichkeit** (einschliesslich der **Wettbewerbsschädigung**) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der **Einzelfallanalyse** festgestellt wird." (E. 6.2; Hervorhebung hinzugefügt; ohne direkten Verweis in BGer KEMI).

---

## BGer KEMI verweist auf BGer Pay-TV / BGer WAN (3)

- **BGer WAN setzt sich weniger explizit mit der Wettbewerbsschädigung auseinander, deckt sie aber ebenfalls ab:**

"Massgebend ist, dass die **Missbräuchlichkeit** (einschliesslich der **Wettbewerbsschädigung**) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der **Einzelfallanalyse** festgestellt wird." (E. 7.3; Hervorhebung hinzugefügt; praktisch gleich BGer Pay-TV, E. 6.2).

- Materiell geht es **in allen drei Entscheiden** um die Wettbewerbsschädigung.
- Alle drei Urteile stellen **hohe Anforderungen an den Missbrauch**.
- Die nachfolgenden **Zitate aus BGer KEMI** veranschaulichen, was der **Nachweis der Wettbewerbsschädigung** konkret bedeutet.

---

## BGer KEMI: Zitate zum Nachweis der Wettbewerbsschädigung:

- Nachweisen, dass Verhaltensweisen "*effektiv potentiell geeignet* sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen" (E. 10.3).
- "nicht alleine aufgrund ihrer Form bzw. per se missbräuchlich, sondern muss tatsächlich geeignet sein, andere Wettbewerber zu verdrängen" (E. 10.3).
- "mit Beweismitteln des marktbeherrschenden Unternehmens, welche eine wettbewerbsschädigende Wirkung entkräften, konkret auseinandersetzen" (E. 10.3).
- "Nachweis einer effektiven, potentiellen Wettbewerbsschädigung [...] im Sinne eines "effect-based approach"" (E. 10.5).

---

## Weitere Themen im Zusammenhang mit der Marktbeherrschung z.B.:

- Ist aus den Urteilen des BGer zu Art. 7 KG etwas in Bezug auf die relative Marktmacht abzuleiten?
- Revision des Kartellgesetzes
- Mit Blick auf die EU und Deutschland:
  - Vermutung der Marktbeherrschung / Vermutung des Missbrauchs?
    - EU (u.a. Draft Guidelines der Europäische Kommission)
    - Deutschland
  - Stand der Draft Guidelines der Europäische Kommission

---

# Vielen Dank!



Nicolas Birkhäuser  
[nicolas.birkhaeuser@nkf.ch](mailto:nicolas.birkhaeuser@nkf.ch)

Niederer Kraft Frey Ltd

Zurich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zurich T +41 58 800 80 00

Geneva: Place de l'Université 8 CH-1205 Geneva T +41 58 800 85 00 [nkf.ch](http://nkf.ch)

# NKF

Niederer Kraft Frey Ltd

Zurich: Bahnhofstrasse 53 CH-8001 Zurich T +41 58 800 80 00

Geneva: Place de l'Université 8 CH-1205 Geneva T +41 58 800 85 00 [nkf.ch](http://nkf.ch)



# Kartellrecht und immaterial- güterrechtsbezogene Sachverhalte

## Aktuelle Fragen des Schweizer Kartellrechts

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC (Center for the Law of  
Innovation and Competition) der Universität Bern

Arbeitssitzung am 19. Juni 2026

**Prof. Andreas Heinemann**

Universität Zürich

# I. Verhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht

## Früher: "Konfliktthese"

- Das Immaterialgüterrecht gewährt «**Monopole**», die im **Gegensatz zum Schutz des Wettbewerbs** stehen.
- Konsequenz: Bedürfnis nach **Demarkation** der beiden Rechtsgebiete durch **formale Grenzziehungen**
  - **USA: *inherency doctrine***  
Kartellrecht kann nur auf Beschränkungen **ausserhalb des Schutzbereichs** eines Immaterialgüterrechts angewendet werden.
  - **EU**: Unterscheidung von **Bestand und Ausübung** und Lehre vom **spezifischen Gegenstand**
  - **Deutschland: "Inhaltstheorie"**
  - **Schweiz: *Hans Zschokke*: "Eigenständigkeitstheorie"**

## Nur bisweilen gesetzliche Regelung

### ➤ Deutschland (bis 2005): **§ 17 GWB – Lizenzverträge**

"(1) Verträge über Veräußerung oder Lizenzierung von erteilten oder angemeldeten Patenten oder Gebrauchsmustern, von Topographien oder Sortenschutzrechten sind verboten, soweit sie dem Erwerber oder Lizenznehmer Beschränkungen im Geschäftsverkehr auferlegen, **die über den Inhalt des gewerblichen Schutzrechts hinausgehen**. Beschränkungen hinsichtlich Art, Umfang, technischem Anwendungsbereich, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus."

### ➤ Schweiz (bis heute): **Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG**

"Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich **ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben**."

## Heute: Kein Konflikt, sondern "Komplementarität"

- Ausgangspunkt: Ökonomische Analyse der *Chicago School*, insbesondere *Ward Bowman, Patent and Antitrust Law, 1973*
- **Kein Konflikt zwischen IP Protection und Antitrust:** Beide Rechtsgebiete wollen Innovation fördern, nur mit unterschiedlichen Mitteln
- Das Wettbewerbsrecht schützt die **statische und die dynamische Effizienz**
  - **statische Effizienz:** Optimale Faktorallokation
  - **dynamische Effizienz:** Optimale Anreize zur Hervorbringung technischen Fortschritts
- Konsequenzen:
  - Immaterialgüterrechte sind **keine Ausnahme vom Wettbewerb, sondern Mittel im Wettbewerb.**
  - Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete nach **dem Schutzzinhalt ist verfehlt.**
  - Ziel der **Förderung von Innovationen** ist **innerhalb der kartellbehördlichen Tatbestände** zu verwirklichen.

## II. Konsequenz für den Gesetzgeber

- **Immaterialgüterrechtsvorbehalte in den Kartellgesetzen sollten gestrichen werden; so geschehen z.B. in**
  - Deutschland 2005
  - Australien 2019
  - Neuseeland 2023
  
- **Vorbehalt aufrechterhalten in:**
  - Kanada
  - Schweiz

*Hilty*: "Relikt aus einer anderen Kartellrechtsepoche"; "Fossil"

➔ in der Literatur wird teilweise die Aufhebung von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG gefordert.

## III. Auslegung von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG

### ➤ Vorschläge in der Literatur:

- Restriktive Interpretation oder teleologische Reduktion
- Einbeziehung des gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs
- Verneinung des normativen Charakters
- Einfallstor für die restriktiven Konzepte: "Wettbewerbswirkungen, die sich **ausschliesslich** aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben".

### ➤ S. die OECD Recommendation on Intellectual Property Rights and Competition (2023), Art. II.6:

"Apply, when relevant, exceptions from national competition law for IP rights narrowly, having regard to the importance of preserving effective competition."

- **Mainstream-Lösung:** Unterscheidung zwischen Abreden und einseitigen Verhaltensweisen
  - **Wettbewerbsabreden:** Die Wettbewerbswirkungen ergeben sich nicht «ausschliesslich» aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum, sondern auch **aus der Abrede**.
  - **Einseitiges Verhalten:** Auch auf immaterialgüterrechtlich gestützte Marktmachtausübung kann das Kartellrecht anwendbar sein, **z.B. in essential facilities-Fällen**  
(vgl. auch EU-Entscheide *Magill*, *IMS Health*, *Microsoft*, *Huawei/ZTE*)
  - **Fusionskontrolle:** wie Wettbewerbsabreden
  
- **Teilweise in der Literatur:** Wettbewerbswirkungen **ergeben sich niemals ausschliesslich** aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum
  
- ➔ **Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG: Ø**

## ➤ Gerichte:

- BVGer – DCC (2018):

Wissenschaftliche Auslegung von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG unter Berücksichtigung des Paradigmenwechsels vom Konflikt zur Komplementarität (allerdings *obiter dicta*, und das BGer ging in seiner Entscheidung nicht hierauf ein).

- BGer – "KEMI" oder "Vifor" (2025):

E. 10.8.2.: "Die Klausel B geht diesbezüglich mit anderen Worten **nicht über das hinaus, was der Schutz des URG unmittelbar garantiert**. Die entsprechende (negative) Wettbewerbswirkung ergibt sich direkt bzw. **ausschliesslich aus dem URG [...]** und ist deshalb gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG dem Kartellrecht entzogen."

➔ **Verkennung der modernen Sichtweise!**

## ➤ Klarstellung:

- Wenn der Anwendungsvorbehalt nicht greift, ist lediglich "das Tor in das Kartellrecht geöffnet".
- Das Ergebnis der Anwendung des Kartellrechts hängt von den **materiell-rechtlichen Tatbeständen** ab.  
Art. 5 und 7 KG
- In die Auslegung dieser Tatbestände sind die Anliegen des Immaterialgüterschutzes einzubringen.
- Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG sendet ein **"Innovationssignal"** !  
Erweiterung des Zweckartikels (Art. 1 KG) in dynamischer Hinsicht



## IV. Anwendungsbeispiele

- Wettbewerbsbeschränkungen in **Lizenzverträgen**
- Technologiegemeinschaften ("**patent pools**")
- **Pay-for-Delay**-Vereinbarungen
- **Zwangslizenzen**
- **Zugang zu Schnittstelleninformationen/Interoperabilität**
- **SEP's**
- **Sperrpatente**
- **Einfuhrbeschränkungen**

## Beispiel: "Interoperabilitätsverweigerung"

### ➤ Begriff von **BVGer – DCC (2018)**

- Marktbeherrscherin verweigert die Herausgabe von Schnittstelleninformationen an Hersteller konkurrierender Zahl-Terminals
- **Weko (2010), BVGer (2018), Bger (2022)**: Verstoss gegen KG 7
- **BVGer**: An die Missbräuchlichkeit einer **Interoperabilitätsverweigerung** sind **niedrigere Anforderungen** zu stellen als bei Lizenzverweigerung
- nicht Zugang zu Primärprodukt wird verweigert, sondern Möglichkeit der Herstellung von Interoperabilität
- ➔ Grundlegende Pflicht eines Marktbeherrschers, **Schnittstelleninformationen offenzulegen**

## In diesem Sinn nun EuGH – Android Auto (2025)

- Mit *Android Auto* kann man die Apps eines Android-Geräts auf den Bildschirm eines Fahrzeugs legen.
- Das gilt nur für **unterstützte Anwendungen**.
- In Italien gibt es die **App Enel X Italia**, mit der man **Ladestationen für E-Autos** finden und buchen kann.
- *Alphabet/Google* verweigerte den Zugang zu den *Android Auto*-Schnittstellen.
- **EuGH**:
  - Missbrauch, wenn Zugang zur Plattform die App **attraktiver für Konsumenten** macht.
  - Es kommt **nicht auf Unerlässlichkeit** an.
  - **Ausnahme**: Plattform wurde **ausschliesslich für eigene Zwecke** entwickelt.

## Folgerungen

- Die **Existenz von Immaterialgüterrechten** wird nicht thematisiert.
- Stattdessen Berücksichtigung der **Innovationsanreize innerhalb der kartellrechtlichen Tatbestände**

Negative Wirkungen hinsichtlich des Aufbaus einer Plattform sind nicht zu erwarten, wenn die Investitionsentscheidung **von vornherein auf dem Plan beruhte, dass auch Dritte die Einrichtung nutzen können.**

- ➔ Entscheidend sind **materielle Erwägungen (Konsequenzen für Innovationsanreize)** und **nicht formelle Kriterien (Schutzrechtsinhalt)**.
  - Von einer Argumentation mit dem Schutzrechtsinhalt ist abzusehen
  - Es kommt auf die Innovationsanreize an, und zwar diejenigen **aller Marktakteure**

# Ein Feld, ein Zaun, kein Übertreten?

Gedanken zur Anwendung des Kartellrechts in IPR-bezogenen Sachverhalten durch die Behörde

*«Macht den Zun nicht ze wiit»*

Bruder Klaus (Niklaus von Flüe) «Macht den Zaun nicht zu weit»



# Die These — Es passt, wenn die Münze steht.

## IMMATERIALGÜTERRECHT

### Bestand und Schutzzumfang des Ausschliesslichkeitsrechts

Welches exklusive Recht besteht – und wie weit es reicht.

## KARTELLRECHT

### Beurteilung des Erwerbs und der Ausübung von IP-Rechten

Wie eine Schutzposition im Wettbewerb eingesetzt werden darf.

**Kein Normenkonflikt:** Sie stehen in komplementärer Wechselwirkung und haben keinen Vorrang, sie bestellen das Feld unterschiedlich, aber gemeinsam.

*Zielparallelität: Beide fördern Innovation, Wirtschaftswachstum und Konsumentenwohlfahrt – so OECD/LEGAL/0495.*



# Der Rahmen — national und international

## Art. 3 Abs. 2 KG · Schweiz

- Kein Geltungs- oder Anwendungsvorbehalt, aber spezifischer Gehalt IPR berücksichtigen.
- Praxis liest eng: (Vorbehalten sind nur) Wirkungen, die sich **ausschliesslich** aus IPR ergeben.
- Verhalten (darüber hinaus) → kartellrechtliche Zulässigkeitsprüfung

## OECD/LEGAL/0495 · 8.6.2023

- Schutzrechte entbinden nicht von der Einhaltung des Wettbewerbsrechts.
- Ausnahmen eng; Schutzzrechtsumfang ≠ relevanter Markt; keine Marktmacht-Vermutung
- Ersetzt die Empfehlungen von 1978 (Marken) und 1989 (Patente/Know-how).

*Fünf Bausteine der OECD-Empfehlung*

Durchsetzung

Lizenzbeurteilung

Transparenz

Remedies

Kooperation



# Fall 1 — Abrede im Lizenzgewand

## Gaba

WEKO 30.11.2009 → BVGer B-506/2010 → BGE 143 II 297

Lizenzvertragliche Gebietsabschottung → unzulässige Gebietsabrede nach Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG, sanktioniert.

**Muster:** Lizenzvertrag immunisiert nicht vor Anwendung KG – Wirkung kartellrechtlich analysiert – missbräuchliches Exportverbot korrigiert.



# Fälle 2 & 3 — Marktmacht aus Schutzrechten



## Terminals mit DCC

WEKO 29.11.2010 → BVGer B-831/2011 → BGer  
2C\_596/2019

Verweigerung von Schnittstelleninformationen  
→ Missbrauch nach Art. 7 KG, sanktioniert.



## Sport im Pay-TV

WEKO 9.5.2016 → BVGer B-4003/2016 → BGer  
2C\_561/2022

Exklusives Sportübertragungsangebot und  
Verweigerung von Zugang für konkurrierende TV-  
Plattformen  
→ Missbrauch nach Art. 7 KG, sanktioniert.

**Muster:** Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 KG verneint bzw. offengelassen, da kein Einfluss auf die Anwendbarkeit KG – Wirkung kartellrechtlich analysiert – missbräuchliche Zugangsverweigerung korrigiert.



# Fälle 4 & 5 — Marktmacht aus Schutzrechten



## Blocking Patent

WEKO 7.10.2024

Verdacht auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Erwerb und Durchsetzung von Sperrpatenten → Einstellung.



## Vifor/HCl (Kemi)

WEKO 19.12.2016 → BVGer B-2597/2017 → BGE 151 II 742

Lizenzvertrag → Klausel A nur abstrakte Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung; Klausel B begrenzter Missbrauch von Art. 7 KG (Für den Teil, der nicht durch URG gedeckt ist und nicht die Nachahmungsfreiheit beeinträchtigt.).

**Muster:** Ausübung exklusive Schutzposition respektiert – kartellrechtlicher Missbrauch verneint bzw. teilweise bejaht.



# Synthese — ein gemeinsam bestelltes Feld für eine gut gedeihende Feldfrucht

## Der IP-Zaun

...nicht zu weit: kein Freibrief für wettbewerbswidriges Verhalten.

## Der kartellrechtliche Zaun

...nicht zu weit: er bestimmt nicht Bestand und Umfang des IP-Rechts, beurteilt aber dessen Erwerb und Ausübung aus kartellrechtlicher Sicht.

Immer dasselbe Muster: Bestand respektieren – übermässige resp. wettbewerbswidrige Ausübung begrenzen.

**«Macht den Zun nicht ze wiit»** – kein Vorrang, beide halten Mass.



# Die Zukunft — Wohin fällt die Münze?



*«Steht sie weiter – oder fällt sie?»*

**DIGITALE MÄRKTE, IPR UND KG QUO VADIS?**

## **Marktkonzentration und Marktmacht**

Frage: KG digital ermächtigen und/oder  
sektorielle Ex ante-Regulierung mit aktivem  
Market Shaping-Ansatz?

**WAS DEN WURF ENTSCHIEDET**

**Zeit(faktor)  
Rechtliche Instrumente  
Ressourcen**

Wettbewerbsfragen, die im digitalen Sektor auftreten, sind für die Wettbewerbsbehörden immer wichtiger geworden – und viele davon werfen Fragen im Zusammenhang mit Rechten des geistigen Eigentums auf (OECD/LEGAL/0495).