

Prüfe dein Wissen: PdW

# Wettbewerbs- und Kartellrecht

von  
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

5., neu bearbeitete Auflage

Wettbewerbs- und Kartellrecht – Schwintowski

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen



Verlag C.H. Beck München 2012

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 63268 6

sind unter den Voraussetzungen des § 536 a BGB möglich. Auch hier gelten kurze Verjährungsregeln (§ 548 BGB). Das Gesellschaftsrecht kennt überhaupt keine Gewährleistungsregeln, sondern sieht einerseits Treuepflichten und andererseits die jederzeit mögliche Kündigung vor. Als Folge davon wird **liquidiert** und zwar in der Regel zu **gleichen Teilen**. Dies entspricht in aller Regel nicht den Interessen des Lizenznehmers. Es ist daher sachgerecht, den Lizenzvertrag als Vertrag *sui generis* einzuordnen. Als Folge davon sind einerseits die allgemeinen Regeln über Leistungsstörungen bei gegenseitigen Verträgen (§§ 320 ff. BGB) und andererseits diejenigen für Verschulden bei Vertragsanbahnung (§§ 280, 311 a BGB) und während der Laufzeit des Vertrages (§ 280 BGB) anzuwenden. Dies führt zu einem interessengerechten Ausgleich.

### 421. Ausschließliche – einfache Lizenz

Man unterscheidet zwischen ausschließlichen und einfachen Lizenzen. Was meint man damit?

Die ausschließliche Lizenz gewährt das **alleinige Recht zur Verwertung** des Schutzrechts. Damit hat die ausschließliche Lizenz **quasi dingliche Wirkung** (BGH NJW 1983, 1790 – Verankerungsteil). Auch der Erwerber des etwa zugrunde liegenden Patents muss die ausschließliche Lizenz gegen sich gelten lassen, d. h., diese bleibt bestehen und wirkt auch gegen den Rechtsnachfolger des Lizenzgebers (§ 15 Abs. 3 PatG).

Im Gegensatz zur ausschließlichen Lizenz vermittelt die **einfache Lizenz** im Grundsatz nur eine **schuldrechtliche** Rechtsposition.

### 422. Drittwirkung der einfachen Lizenz

Als Folge dieser bloß schuldrechtlichen Wirkung konnte der Lizenzgeber die einfache Lizenz also wirksam an einen Dritten weiterveräußern (§ 137 BGB). Rechtsnachteile entstanden auch dann, wenn etwa im Konkurs des Lizenzgebers der Konkursverwalter das Schutzrecht weiterveräußerte. Die durch einen solchen Verkauf ausgelösten Schadensersatzansprüche des Lizenznehmers waren in der Regel mangels Masse nicht durchsetzbar. Der Gesetzgeber hat in dieser Situation reagiert. Wissen Sie, wie?

Im Rahmen der Gebrauchsmusternovelle vom 15. 8. 1986 (BGBl. I, 1446) hat er durch Einführung des § 15 Abs. 3 PatG (lesen !) eine bewusste Drittwirkung der einfachen Lizenz herbeigeführt. Mit Wirkung vom 1. 1. 1987 hat damit auch die einfache Lizenz eine quasi dingliche Wirkung gegenüber jedem Rechtserwerber. Zu beachten ist allerdings, dass das Benutzungsrecht des Lizenznehmers gegenüber Dritten nicht weiterreicht, als die Berechtigung des (früheren) Patentinhabers selbst (OLG Karlsruhe GRUR Int. 1987, 788). Damit ist die Differenzierung zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz weitgehend überflüssig.

## 423. Alleinige Lizenz

In der Wirtschaftspraxis wird zunehmend die alleinige Lizenz (sole licence) vergeben. Sie ist der ausschließlichen Lizenz sehr nahe und unterscheidet sich eigentlich nur in einem einzigen Punkt. Welchem?

Bei der alleinigen Lizenz darf nur noch der Lizenznehmer die Rechte nutzen. Auch der Lizenzgeber selbst, der das Schutzrecht nach wie vor besitzt, ist von der Nutzung ausgeschlossen.

## 424. Keine Formvorschriften

Sie wollen einen Lizenzvertrag schließen; müssen Sie Formvorschriften beachten?

Nein. Der Lizenzvertrag kommt formfrei zustande.

## 425. Keine Gewähr für Rentabilität

Der Erwerber einer Lizenz für Bremsrollen wendet ergänzend zur Lizenz ca. 200 000 EUR Entwicklungskosten auf. Später erweist sich das entwickelte Produkt, wegen der technischen Überlegenheit eines Konkurrenten, als nicht verwertbar. Der Lizenznehmer verlangt Schadensersatz, zumindest aber Gewährleistung für eine gewinnbringende gewerbliche Verwertbarkeit. Zu Recht?

Nein. Der Lizenzgeber hat nicht für die wirtschaftlichen Eigenschaften der lizenzierten Erfindung einzustehen. Er haftet ohne besondere Zusicherungen oder anderweitige Vereinbarungen weder für die Wirtschaftlichkeit der Auswertung des Schutzrechts noch für die gewinnbringende gewerbliche Verwertbarkeit (RGZ 75, 400; BGHZ 60, 312) oder überhaupt für die Ertragsfähigkeit bzw. Rentabilität (RGZ 78, 363, 367; BGH GRUR 1974, 40).

## 426. Eigenschaftszusicherungen

Angenommen, der Lizenzgeber sichert bestimmte technische Eigenschaften zu. Wonach richten sich die Rechtsfolgen?

Naheliegend ist eine Analogie zu § 443 BGB. Dieser Norm liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, dass derjenige der Garantien gibt, dafür einstehen muss.

## 427. Schadensersatz wenn Brauchbarkeit fehlt

Lässt sich dem Lizenzvertrag weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigend zustande gekommene Zusicherung entnehmen, so kommt es für den Umfang der Pflichten auf den gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch, also darauf an, was die Parteien im Allgemeinen als vereinbart angesehen

haben. Dieses dem Kaufrecht entnommene Konzept (vgl. § 434 BGB) bedeutet aber nicht, dass der Lizenzvertrag nun doch als Kaufvertrag eingestuft wird. Wissen Sie, wie der BGH im Grundsatz formuliert?

*BGH GRUR 1979, 768 – Mineralwolle.* Auch ohne spezielle Zusicherung hat der Lizenzgeber für die **Brauchbarkeit** des Verfahrens zu den vertraglich vorausgesetzten Zweck einzustehen und dem Lizenznehmer, wenn die Brauchbarkeit fehlt, Schadensersatz zu leisten. Eine sachgerechte Wahrung der Interessen des Lizenznehmers ist nur durch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge möglich, so dass der Lizenzgeber, wenn die Brauchbarkeit zu dem vertraglich vorgesehenen Zweck fehlt, auch für **anfängliches Unvermögen** ohne spezielle Zusicherung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist.

### 428. Rücktritt

Bei fehlender technischer Ausführbarkeit kann der Lizenznehmer Rücktritt vom Vertrag erklären, mit der Folge, dass seine Pflicht zur Zahlung der Lizenzgebühr entfällt. Da der Rücktritt das Vertragsverhältnis von Anfang an (ex tunc) unwirksam werden lässt, kann der Lizenznehmer grundsätzlich auch seine bereits erbrachten Leistungen zurückverlangen. Welches ist die Rechtsgrundlage dieses Rücktrittsrechts?

Sie ist nicht abschließend geklärt. Der BGH (*BGH GRUR 1961, 494 – Hubroller*) hat offen gelassen, ob das Rücktrittsrecht aus § 326 a. F. BGB oder wegen fehlender Brauchbarkeit aus § 459 a. F. BGB analog oder aus der rechtsähnlichen Anwendung von § 464 a. F. BGB herzuleiten ist. Als Rechtsgrundlage käme auch § 242 BGB wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage in Betracht. Man könnte auch aus den §§ 434, 536 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken mit dem Inhalt formulieren, dass der Lizenzgeber für solche Mängel einzustehen hat, die den Vertragsgegenstand zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch untauglich machen.

### 429. Rechtsgrundlage für Schadensersatz

Hat der Lizenzgeber seine Pflichten schuldhaft verletzt, so hat er Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach den Regeln über anfängliches Unvermögen zu leisten, wenn die Vertragsstörung vor Abschluss des Vertrags vorlag (*BGH GRUR 1979, 768 – Mineralwolle*). Nach welcher Anspruchsgrundlage wird bei Vertragsstörungen nach Abschluss des Vertrages Schadensersatz geschuldet?

Nach § 280 Abs. 2 iVm § 286 BGB oder § 280 Abs. 1, 3 iVm §§ 281, 282 oder 283 BGB.

## 430. Umfang des Schadensersatzes

Der Lizenzgeber hat nach § 249 BGB Schadensersatz zu leisten, also die Differenz zwischen ordnungsgemäßer und nicht ordnungsgemäßer Vertragserfüllung auszugleichen. Zu beachten ist dabei der Schutzzweck des geschlossenen Vertrages, wonach der Lizenzgeber zwar die technische Ausführbarkeit, nicht aber den wirtschaftlichen Erfolg schuldet. Was bedeutet das praktisch?

Folglich sind zwar die Aufwendungen zu ersetzen, die der Lizenznehmer in der Annahme ordnungsgemäßer Vertragserfüllung gemacht hat, nicht aber ein **entgener Gewinn**, denn diesen schuldet der Lizenzgeber ohnehin nicht. Dies ist anders, wenn der Lizenzgeber bestimmte Eigenschaften zugesichert hatte.

## 431. Rechtsmängel

Der Lizenzgeber hat das Recht **zu verschaffen**, also dafür einzustehen, dass es bei Vertragsschluss frei von irgendwelchen **Rechtsmängeln** ist (§ 433 BGB). Andernfalls haftet er nach den §§ 437, 453 BGB. Welche Rechtsmängel könnten gemeint sein?

Zum Beispiel bei Vertragsabschluss vorhandene Belastungen durch einen Nießbrauch, durch ein Pfandrecht oder durch eine Lizenz zugunsten eines Wettbewerbers ebenso wie die Abhängigkeit von einem anderen Schutzrecht oder das Bestehen eines Vorbenutzungsrechts, eine erklärte Lizenzbereitschaft gemäß § 23 PatG, eine erteilte Zwangslizenz nach § 24 PatG, eine Benutzungsanordnung nach § 13 PatG und schließlich eine widerrechtliche Entnahme nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PatG.

## 432. Einfache Lizenz

Gilt dies auch alles für die einfache Lizenz?

Nur eingeschränkt. So kann sich aus dem Wesen der einfachen Lizenz ergeben, dass ein vorhandenes Vorbenutzungsrecht oder eine bestehende Zwangslizenz eine vom einfachen Lizenznehmer hinzunehmende Belastung ist, da er ohnehin mit weiteren Lizenzvergaben rechnen muss.

## 433. Ausübungspflicht

Der Lizenznehmer ist verpflichtet, die vereinbarte Lizenzgebühr zu zahlen. Oft werden, wegen der erwarteten Veränderungen während der Zeitdauer des Lizenzvertrags, gleitende Lizenzgebühren vereinbart. Wertsicherungsklauseln sind nur im Rahmen von § 1 PrKlG zulässig. Dabei steht dem Lizenzgeber, auch dann, wenn dies im Vertrag nicht ausdrücklich vereinbart ist, ein Anspruch auf Rechnungslegung zu. Neben der Verpflichtung des Lizenznehmers die Lizenzgebühr zu zahlen, steht eine weitere Hauptpflicht. Welche?

Gemeint ist die **Ausübungspflicht** des Lizenznehmers. Das heißt, der Lizenznehmer ist verpflichtet, die erworbene Lizenz auch wirklich auszuüben, denn dies ist der Grund, warum der Lizenzgeber gerade ihm und keinem anderen die Lizenz einräumt. Fehlen im Lizenzvertrag ausdrückliche Abreden, so ist der Wille der Parteien aus den Vorverhandlungen und dem Zweck des Vertrages zu ermitteln. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass der Abschluss einer **ausschließlichen** Lizenz dafür spricht, dass der Lizenznehmer damit auch einen **Ausübungszwang** übernommen hat.

### 434. Know-how-Verträge

Ein Unternehmen kann über Schutzrechte oder Lizenzen an Schutzrechten verfügen. Daneben entsteht im Unternehmen regelmäßig technisches Wissen, etwa in Form von technischen Betriebsgeheimnissen oder allgemeinem Erfahrungswissen. Dazu gehören zum Beispiel die Konstruktionszeichnungen, Rezepte, Muster, Modelle, Formeln, Arbeitsbeschreibungen oder überhaupt alle speziellen Verfahrensweisen, die keinem Sonderrechtsschutz als Immaterialgüterrecht zugänglich sind. Dieses im Unternehmen gesammelte **Know-how** ist Teil des Goodwill des Unternehmens und damit ein **Vermögenswert**. Aus diesem Grund können neben Lizenzverträgen auch **Know-how-Verträge** geschlossen werden. Können Sie Know-how in eine einfache Formel fassen?

Know-how meint das nicht durch Schutzrechte gesicherte (betriebliche) Erfahrungswissen auf technischem Gebiet, das gegenüber Dritten einen Vermögensvorteil gewährt.

### 435. Kaufmännisches Wissen

Es hat sich eingebürgert, mit Know-how-Verträgen das im naturwissenschaftlich-technischen Bereich liegende Wissen zu erfassen. Sind damit alle die einem Unternehmen zur Verfügung stehenden vermögenswerten Rechte erfasst?

Nein. Das Unternehmen kann auch über kaufmännisches Wissen verfügen, das entweder geheim oder nur einem kleinen Kreis von Nutzern zugänglich ist und damit dem Wissensträger einen wirtschaftlichen Vorteil vermittelt.

### 436. Know-how als Betriebsgeheimnis

Das einfache Know-how ist ein Wissensvorsprung genereller Art, den einzelne Unternehmen besitzen und Interessenten beispielsweise in Schwellenländern in Form von Know-how-Lizenzverträgen übermitteln. Den besonderen Schutz als Betriebsgeheimnis genießt das Know-how dann, wenn vier Merkmale kumulativ vorliegen. Können Sie sie nennen?

- (1) Der technisch geprägte Wissensstand muss dem Wissensträger wirtschaftliche oder technische Vorteile bieten.

## B. Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- (2) Er darf nicht jedem Dritten durch allseits verfügbare Quellen zugänglich sein, also nicht zum Stand der Technik gehören.
- (3) Ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der fortbestehenden Geheimhaltung muss bestehen (*BGH GRUR* 1955, 424 – Möbelpaste).
- (4) Der Know-how-Träger muss das Betriebsgeheimnis aktiv sichern.

### 437. Know-how-Verrat: strafbar

In welcher Norm des UWG finden Sie Schutzregeln zugunsten betrieblichen Know-hows?

§ 17 UWG behandelt den Treuebruch eines Arbeitnehmers, der ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses verrät. Der Verrat ist **strafbar** (§ 17 Abs. 2 UWG).

### 438. Verhältnis zum Wettbewerbsverbot

Ein Weinberater, der im Außendienst tätig war, war vertraglich verpflichtet, auch nach Beendigung des Vertrages die Namen der Kunden, die er durch seine Tätigkeit erfahren hat, in keiner Weise für sich oder einen Dritten zu verwenden. Ist die hierin enthaltene nachvertragliche Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers wirksam?

Nein (*LAG Hamm DB* 1986, 2087). Eine solche nachvertragliche Geheimhaltungsklausel ist eine vertragliche Wettbewerbsklausel, die dann unwirksam ist, wenn es an der Vereinbarung der gesetzlich vorgeschriebenen Karenzentschädigung (§ 74 HGB) fehlt (ähnlich *ArbG Siegburg BB* 1979, 166).

### 439. Preisabstandsklauseln

Was verstehen Sie unter Preisabstandsklauseln?

Damit verpflichtet sich der Lizenzgeber, das von ihm selbst (neben dem Lizenznehmer) hergestellte Produkt (in derselben oder etwas anderen Form) zu einem bestimmten, oberhalb des Preises des Lizenznehmers liegenden, Preis zu verkaufen.

### 440. Preisabstandsklauseln kartellrechtswidrig

Sind Preisabstandsklauseln kartellrechtlich zulässig?

Nein, sie verstoßen gegen §§ 1, 2 GWB, i. V. m. Art. 4 VO 330/2010 weil sie gegenüber dem Endabnehmer wie ein Höchstpreis wirken.

### 441. Ausnahme: Taschenbuchlizenzen

Wo sind Preisabstandsklauseln dennoch gebräuchlich?

Zulässig sind Preisabstandsklauseln ausnahmsweise bei Taschenbuchlizenzen, denn die Einräumung der Taschenbuchlizenz soll den Lizenznehmer davor schützen, dass der Lizenzgeber seinerseits Billigausgaben herausgibt. Damit konkretisiert die Taschenbuchlizenz nur die Treuepflicht des Lizenzgebers, insbesondere seine Pflicht, dem Lizenznehmer eine angemessene Ausnutzung der Lizenz zu ermöglichen (BGHZ 60, 312, 319). Folglich hat der, der eine ausschließliche Taschenbuchlizenz einräumt, alles zu unterlassen, was den Absatz einer Taschenbuchausgabe unangemessen beeinträchtigt. Der Lizenzgeber darf daher nicht selbst oder über Dritte Ausgaben herausgeben, die preislich in der Nähe des üblichen Taschenbuchpreises liegen. Die Preisabstandsklauseln sind also lediglich eine Konkretisierung der dem Taschenbuchlizenzvertrag immanenten Preisabstandspflicht und insoweit zulässig (BGH WuW/E BGH 2190 – Preisabstandsklausel).

### 442. Unzulässige Meistbegünstigung

Besondere Bedeutung im Rahmen einfacher Lizenzverträge haben **Meistbegünstigungsklauseln**. Sie haben den Zweck, zugunsten des durch eine solche Klausel begünstigten Lizenznehmers sicherzustellen, dass er nicht schlechter als andere Lizenznehmer an derselben Erfindung steht. Angenommen, der Lizenzgeber verpflichtet sich, zukünftigen Lizenznehmern keine günstigeren Konditionen einzuräumen, als dem Unternehmen A. Ist dies kartellrechtlich zulässig?

Nein, denn der Lizenzgeber kann als Folge dieser Klausel in Zukunft keine günstigeren Bedingungen mehr vereinbaren; die Klausel wirkt wie eine Höchstpreisbindung (BGH GRUR 1971, 272 – Blitzgeräte).

### 443. Zulässige Meistbegünstigung

Man kann eine Meistbegünstigung auch in anderer Form vereinbaren. Wissen Sie, was gemeint ist?

Der Lizenzgeber verpflichtet sich, dem begünstigten Lizenznehmer alle Begünstigungen zukommen zu lassen, die er in Zukunft Dritten einräumt.

### 444. Zulässigkeitsgrenzen

Bei einer solchen Gestaltung der Meistbegünstigungsklausel erhält der Lizenzgeber – so scheint es jedenfalls – einen Verhaltensspielraum. Er kann Dritten in Zukunft günstigere Bedingungen einräumen, muss diese dann allerdings an den Meistbegünstigten weitergeben. Eine der Höchstpreisklausel vergleichbare preisbindende Wirkung scheint diese Meistbegünstigungsklausel nicht zu haben. Wirklich?

## *B. Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

---

Das kommt darauf an. Handelt es sich bei dem Meistbegünstigten um einen sehr starken Kunden, so lohnt es sich nicht, einem dritten Unternehmen einen günstigeren Preis einzuräumen. In diesem Fall wirkt die Meistbegünstigungsklausel wie eine Preisbindung nach §§ 1, 2 i. V. m. Art. 4 VO 330/2010 und ist deshalb unzulässig (BGH GRUR 1981, 605 – Garant). Handelt es sich dagegen bei dem Meistbegünstigten um einen schwachen Kunden, so bewirkt die Klausel keine Preisbindung, da die ökonomischen Auswirkungen der Meistbegünstigung nur schwach bleiben.

## **IX. Marktbeherrschende Unternehmen**

### **445. Zulässigkeit marktbeherrschender Unternehmen**

Dürfen Unternehmen nach nationalem und europäischem Recht marktbeherrschend sein?

Ja, sowohl § 19 GWB als auch Art. 102 AEUV lassen das zu, sie verbieten lediglich die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung.

### **446. Nationaler – europäischer Anwendungsbereich**

Stimmen § 19 GWB und Art. 102 AEUV in ihrem Anwendungsbereich vollständig überein?

Nein, § 19 GWB enthält einige spezielle Regelungen, die über Art. 102 AEUV hinausgehen, insbesondere die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen (§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB). Diese Regelungen haben in der Praxis erhebliche Bedeutung, vor allem im Bereich der Netzindustrien.

### **447. Nationale Besonderheiten**

Gibt es weitere Abweichungen im Recht der marktstarken Unternehmen gegenüber Art. 102 AEUV?

Ja, die Vorschriften über das Verbot missbräuchlichen Verhaltens gegenüber wirtschaftlich abhängigen kleinen und mittleren Unternehmen (§ 20 Abs. 2 GWB) erfüllen eine wichtige wettbewerbs- und mittelstandspolitische Funktion. Das gilt insbesondere auch für das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis. Diese Regelungen, die in Art. 102 AEUV keine Entsprechung haben, bleiben trotz der Anpassung des deutschen Kartellrechts an das europäische Kartellrecht aufrechterhalten (Begründung zum Regierungsentwurf vom 26. 5. 2004 – BT-Drs. 15/3640).