



KI an der Schnittstelle zwischen dem Kartell- und dem Immaterialgüterrecht

Wettbewerbsrechtliche Grundlagen und Überlegungen

Sandro Travaglini

Zürich, 15. April 2025

Verhältnis zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht

Grundsatz

- Art. 3 Abs. 2 KG

"Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz."

- Erster Satz:

- Wettbewerbswirkungen
- Gesetzgebung über das geistige Eigentum
 - › Weit gefasst: sämtliche immaterialgüterrechtliche Regelungen, die Ausschliesslichkeitsrechte verleihen (Patent-, Marken-, Design- und Urheberrecht sowie Sorten- bzw. Topographieschutzrecht)
 - › Umstritten: Know-how
- "ausschliesslich"?

Verhältnis zwischen Kartell- und Immaterialgüterrecht

Hintergrund & Auslegung

- Hintergrund:
 - Früher Annahme eines Zielkonflikts zwischen Immaterialgüterrecht und Kartellrecht
 - › Immaterialgüterrechtliche "Monopole" als Gegensatz zum Schutz des Wettbewerbs
 - › Eigenständigkeitstheorie: Kartellrecht kommt nur zur Anwendung, wenn Verhalten über den Schutzbereich des Immaterialgüterrechts hinausgeht
 - Heute überwiegend Annahme einer Zielparallelität oder -komplementarität
 - › Beide Rechtsgebiete zielen auf Innovation und die bestmögliche Versorgung der Allgemeinheit ab
 - › Deshalb eher restriktive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 S. 1 KG und damit wohl auch beschränkte praktische Bedeutung des Vorbehalts (vgl. BVGer 2018, B-831/2011, E. 77 ff. – *SIX/DCC*)
 - › KG grundsätzlich anwendbar – unter Berücksichtigung immaterialgüterrechtlicher Besonderheiten (insbesondere Innovationsanreize)
 - Grundsätzlich vergleichbar mit Entwicklung in USA und EU

Anwendungsbeispiele

Art. 5 – Lizenzverträge

- BGE 143 II 297, E. 6.3.1 / 6.4.1 – *Gaba*:

"Der Begriff des Vertriebsvertrags ist umfassend zu verstehen und beinhaltet nicht nur eigentliche Vertriebsverträge, sondern auch einzelne Vertragsklauseln in anderen Verträgen; derartige Klauseln finden sich oftmals in Franchise- oder Lizenzverträgen [...] Insofern unterliegen solche Klauseln Art. 5 Abs. 4 KG. Dieses Verständnis trifft [...] auch in Bezug auf Immaterialgüterrechte nach Art. 3 Abs. 2 KG zu"

- Vertikale "Harte Abreden" i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG
 - Preisbindung zweiter Hand (Mindest- oder Festpreise; nicht aber Preis zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer)
 - Absoluter Gebietsschutz (Verbot von Passivverkäufen)
- Horizontale "Harte Abreden" i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG
- Erhebliche Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG

Anwendungsbeispiele

Art. 5 – Lizenzverträge

- Mögliche Vertragsinhalte
 - Vertikale Wettbewerbsverbote
 - Allein-/Exklusivlizenzen
 - Unterlizenzverbote
 - Kreuzlizenzen
 - Rücklizenzverpflichtungen
 - Nichtangriffsklauseln

Anwendungsbeispiele

Art. 5 – Weitere immaterialgüterrechtliche Vertragsformen

- F&E-Vereinbarungen
 - Kooperation ausserhalb von Vollfunktions-JV
 - Horizontal vs. vertikal
 - Förderung von F&E / rationellere Nutzung der Ressourcen vs. Marktaufteilung oder Verkaufsbeschränkungen

- Markenabgrenzungs-/Streitbeilegungsvereinbarungen
 - Rechtssicherheit vs. Marktaufteilung
 - Nebenabreden (z.B. Pay-for-Delay)

Anwendungsbeispiele

Art. 7 – Vorfrage

- Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU:

*"Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als **substituierbar** angesehen werden."*

- Immaterialgüterrecht stärkt Produktdifferenzierung, aber impliziert nicht automatisch eigenen Markt oder auch schon nur Marktmacht (vgl. US Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)

*"The [DoJ and FTC] will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, **there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power***

- Neue / innovative Produkte und Dienstleistungen
- Statischer vs. dynamischer Wettbewerb

Anwendungsbeispiele

Art. 7 – Vorfrage

Sonderfall digitale Märkte:

- Konzentrationstendenzen, u.a. aufgrund von
 - Netzwerk-, Skalen- und Verbundeffekten
 - Lock-in, Wechselkosten
 - Datenvorsprung
- Trends bei KI?
 - Ähnliche Akteure (aber auch neue wie Nvidia, OpenAI)
 - Zentrale Bedeutung von Daten und Rechenleistung (und Energie)
 - Ähnliche Marktdynamik?

Anwendungsbeispiele

Art. 7 – Lizenzverweigerung

- BVGer B-831/2011, E. 932 ff. – *SIX/DCC*
 - Ausschliesslichkeitsrecht bildet "*die wesentliche Substanz eines [Immaterialgüterrechts]*"
 - In Anlehnung an EU Recht "*erhöhte Anforderungen*" für unzulässige Geschäftsverweigerung/Eingriff mittels Zwangslizenz, d.h. zusätzlich:
 - › Unerlässlichkeit: kein gleichwertiges Substitut
 - › Produktneuheit: Entwicklung eines neuen oder Weiterentwicklung eines bestehenden Gutes
 - Nicht bei "*Interoperabilitätsverweigerungen*"/Schnittstelleninformationen (vgl. auch Art. 21 URG)
 - EU: Missbrauch bei Lizenzverweigerung trotz FRAND-Erklärung bei Standardessentiellen Patenten (SEP)

Anwendungsbeispiele

Art. 7 – Weitere Fallgruppen

- Diskriminierung bei Preisen oder Handelsbedingungen / Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen
 - Insbesondere relevant für Lizenzgebühren
 - FRAND (in der Schweiz keine Rechtsprechung)
 - "Angemessene" Lizenzgebühr:
 - › Vergleichsmarktkonzept
 - › Hypothetischer Wettbewerbspreis
 - › Bottom-up
- Einschränkung von Erzeugung, Absatz oder technischer Entwicklung
 - Sperrpatente
 - Patent Fencing

Schnittstelle im Lichte von KI

- Komplementarität von Kartell- und Immaterialgüterrecht
- Immaterialgüterrecht und Kartellrecht als "*policy levers*"¹
 - *Ex ante vs. ex post*
 - *Kombination möglich – aber in Grenzen*
 - › *Anwendungsbereich KG*
 - › *Grundsatzentscheide*
 - › *Rechtssicherheit*

¹ Schäfer, Quentin B., AI, IP, and Competition Policy: Adjusting Policy Levers to a new GPT (October 14, 2024). Abbott and T Schrepel (eds), Artificial Intelligence and Competition Policy (Concurrences 2024), <https://ssrn.com/abstract=4986413>; vgl. Lim, Daryl and Yu, Peter K., The Antitrust–Copyright Interface in the Age of Generative Artificial Intelligence (March 3, 2024). Emory Law Journal, Vol. 74, 2025, Forthcoming, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper No. 24-87, <https://ssrn.com/abstract=4746385>

LAS