

# COMPUTER UND RECHT



## Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik (DGRI) zur Überarbeitung der Gruppenfreistellungs-Verordnung (EG) Nr. 240/96 für Technologietransfer-Vereinbarungen (GFTT)<sup>1</sup>

### I. Die IT-Branche in Deutschland

#### 1. US-Hardware Anbieter- und Software-Anbieter

Die IT-Branche in Deutschland ist zunächst dadurch gekennzeichnet, dass es einige wenige große Anbieter von zugleich Hardware und Softwaresystemen gibt, die die ganze Angebotspalette abdecken. Dabei handelt es sich um Tochtergesellschaften großer US-Konzerne wie z.B. die deutschen Gesellschaften von *IBM*, *HP*, *Compaq*, *Dell*, *SUN* sowie *Fujitsu-Siemens*, einem Gemeinschaftsunternehmen der *Siemens AG* und *Fujitsu Ltd. Japan*, dem einzigen derartigen Unternehmen, das zumindest zu 50% noch in deutscher Hand befindlich ist. Mit Ausnahme von *Fujitsu-Siemens* unterhalten diese Firmen im Wesentlichen keine eigenen Fertigungsstandorte in Deutschland, sondern importieren die Produkte aus den USA bzw. aus anderen europäischen Ländern.

#### 2. Hardware Teilmärkte

Es gibt wohl mehrere Teil-Märkte, die nach den Größenklassen der *Hardware* einteilbar sind, etwa

- ▷ Mainframe,
- ▷ Server + Middle Ware,
- ▷ PC/Laptop (unterteilt in Consumer PC/Laptops und Business PC/Laptops).

Evtl. ergeben sich weitere Differenzierungen in spezifischen Ausprägungen mit Netzen.

#### 3. Hardware- Anbieter aus Asien und Europa

Zu diesem Hardware-Markt kommen einige japanische Unternehmen wie z.B. *Toshiba* und *Sony* sowie *Samsung* aus Korea und einige kleinere in Deutschland ansässige Anbieter wie z.B. *Actebis*, *Medion*, *Maxdata* und *Gericom*, die aber nur einen Teil des Sortiments abdecken. Die zuletzt genannten Firmen stellen ihre Produkte in Deutschland und zum Teil in Österreich (*Gericom*) her.

#### 4. Betriebssystemwelten

Die Betriebssystemwelten und die Preise sehen jeweils sehr unterschiedlich bei der Software aus, je nach dem, welchen Rechner man zugrundelegt. Die „Abhängigkeiten“ gegenüber marktbeherrschenden Anbietern von

Betriebssystem Software sind sehr unterschiedlich, je nach Teilmarkt. Sie dürften am größten beim Sektor PC/Laptop sein.

#### 5. Software-Einteilung

Innerhalb der *Software* kann hinsichtlich ihrer Funktionen und Standards abgeschichtet werden:

- ▷ Maschinennahe Software, also Betriebssysteme, Werkzeuge, Compiler;
- ▷ Textprogramme, Kalkulationsprogramme, Mail-Programme, „Office-Systeme“/„Business-Suites“;
- ▷ Software für technische Anwendungen;
- ▷ Anpassungen solcher Standardsoftware/Pakete;
- ▷ Erstellung von Individualsoftware;
- ▷ Planung und Entwicklung von Software für besondere Anwendungen.

Je nach Ebene ist der Markt auch mit anderen Märkten verbunden, so etwa im Bereich der Planung mit dem Bereich der Unternehmensberater, im Bereich der Anpassung ebenso, dabei auch mit den großen Consulting-Firmen in Kombination mit Wirtschaftsprüfung.

#### 6. Software-Markt

Im Bereich von *Software* besteht eine große Abhängigkeit zu marktbeherrschenden US-Unternehmen wie insbesondere *Microsoft*, *SUN*, *Oracle* und *Siebel*. Lediglich *SAP* ist ein deutsches Unternehmen mit weltweiter Bedeutung im Softwaremarkt (mit Software für bestimmte betriebliche Anwendungen, so v.a. Warenwirtschaft, Buchhaltung und Branchen).

Die Abhängigkeit von den US-Firmen beruht darauf, dass die Trends in der Branche in den USA gesetzt und deshalb neue Produkte in den USA geschaffen werden. In Deutschland sind allerdings viele Softwarehäuser ansässig, die sich darauf spezialisiert haben, die Produkte der US-Firmen zu vertreiben und eigene Produkte, die mit der Betriebssystemsoftware der US-Firmen kompatibel sind, anzubieten.

Daneben sind sog. „Lösungshäuser“ zu nennen, die sich auf individuelle Softwarelösungen spezialisiert haben.

1) Diese Stellungnahme ist am 2.9.2002 der EU Kommission übergeben worden.

## Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-Verordnung

Insoweit ist der Übergang zu Anbietern von IT-Services fließend (s.u. 9.)

### 7. Open Source

In letzter Zeit hat das *Open Source* Modell an Bedeutung gewonnen. Mit der Firma *SuSe* in Nürnberg ist einer der großen Anbieter in diesem Marktsegment mit seiner Muttergesellschaft in Deutschland ansässig. Es gibt Bemühungen seitens der öffentlichen Verwaltung, sich von proprietärer Software Produkten unabhängiger zu machen, was sich in Empfehlungen zu LINUX oder anderen Open Source Modellen allgemein zeigt. Das zugrunde liegende Modell abstrakt klingt einfach, die praktische Ausführung in den entsprechenden Lizenzen ist sowohl urheber- als auch vertragsrechtlich problematisch. Einzelheiten sind noch nicht geklärt. Verlässlichkeit hinsichtlich des Angebots ist möglicherweise auch noch nicht gegeben. Von *Open Source* gibt es diverse Modelle/Derivate.

### 8. Public Domain Software und Shareware

Ein kleiner Markt hat im Bereich der Akquisition immer noch eine kleine Bedeutung, nämlich Public Domain und sog. Share Ware. Deren Bedeutung scheint aber eher rückläufig zu sein.

### 9. IT-Services

Im Bereich IT-Services sind einerseits die beiden großen Systemanbieter *IBM* und *HP/Compaq* führend, andererseits gibt es eine große Anzahl kleinerer und größerer (*EDS*, *Accenture*, *CSC Plönzke*, *SBS [Siemens Business Services]*, *T-Systems*) Unternehmen, die sich auf IT-Services spezialisiert haben und die von den Systemanbietern unabhängig sind. Die 20 größten Anbieter vereinen etwa 50 % Marktanteil auf sich.

### 10. Umsätze

Der Umsatz für Software auf dem Deutschen Markt soll im Jahre 2002 etwa 16,1 Mrd. Euro betragen und in 2003 auf 17,9 Mrd. ansteigen. Mit IT-Services soll in 2002 ein Umsatz von 30,9 Mrd. Euro gemacht werden, in 2003 wird ein Anstieg auf 33,6 Mrd. prognostiziert (Quelle: Bitkom, Computer Reseller News 18/2002).

## II. Gepflogenheiten und Besonderheiten in der Vertragsgestaltung

Nachfolgend geben wir eine kurze Zusammenstellung wesentlicher Punkte, denen bei Vertragsverhandlungen und der Nutzung von Software Produkten eine große Bedeutung zukommt.

### 1. Rechtswahl und Gerichtsstand

Die marktbeherrschenden US-Softwareanbieter bestehen bei der Vertragsgestaltung darauf, im Wege der Rechtswahl das jeweilige US-Recht des Bundesstaates, in dem die Muttergesellschaft ansässig ist, zu vereinbaren. Hintergrund hierfür ist die Tatsache, dass das US-Recht einen deutlich weitergehenden Spielraum beim Ausschluss von Gewährleistungs- und Haftungsansprüchen der Kunden zulässt als das deutsche Recht. Einen vergleichbar strengen Maßstab wie die §§ 307 ff. BGB gibt es nicht.

Um die Rechtsverfolgung zu erschweren, vereinbaren US-Anbieter außerdem in den Verträgen mit ihren deutschen Kunden eine verbindliche, ausschließliche Zustän-

digkeit der jeweiligen zuständigen Bundes- oder Landesgerichte in den USA.

### 2. Im Lizenzvertragsrecht finden sich häufig folgende Fallgestaltungen

#### a) Nichtangriffs-/Freistellungsklauseln

Der Lizenznehmer muss sich vertraglich verpflichten, keine eigenen Patente oder Urheberrechte gegen die von einem Lizenzgeber lizenzierten Produkte geltend zu machen. Dabei werden andere Kunden des Lizenzgebers in den Schutzbereich einer derartigen Klausel einbezogen, so dass es im Einzelfall vorkommen kann, dass ein Patent in der gesamten Branche nicht mehr durchsetzbar ist. Für den Fall, dass der Lizenznehmer gegen diese Verpflichtung verstößt, muss dieser den Lizenzgeber, dessen konzernangehörige Firmen und dessen Kunden von allen Schadensersatzansprüchen freistellen, außerdem ist der Lizenzgeber berechtigt, den Lizenzvertrag wegen einer Vertragsverletzung zu kündigen.

#### b) Klauseln bezüglich der Rechte an Verbesserungen und Änderungen des Lizenznehmers

Es ist inzwischen übliche Praxis in Lizenzverträgen, dass der Lizenzgeber nur beschränkte Lizenzen an den vom Lizenzgeber erstellten Verbesserungen, d.h. nur im Hinblick auf die Nutzung im Rahmen der jeweils lizenzierten Produkte gewährt, aber umgekehrt weitgehend unbeschränkte Lizenzrechte an Verbesserungen oder Änderungen vom Lizenznehmer verlangt, die der Lizenznehmer erarbeitet hat. Es werden also keine reziproken Vereinbarungen getroffen, sondern der Lizenzgeber wird bevorteilt, weil er Verbesserungen des Lizenznehmers völlig unbeschränkt für alle seine Produkte und den Vertrieb an Dritte nutzen kann, wohingegen der Lizenznehmer allenfalls Rechte an Verbesserungen zur Nutzung im Rahmen des jeweils lizenzierten Produktes erhält. Der Vorteil, dass der Lizenzgeber im Rahmen seines Vertriebes auch die Verbesserungen an den lizenzierten Produkten unterlizenzieren darf, erscheint allerdings gerechtfertigt, um alle anderen Lizenznehmer ebenfalls in den Genuss der Verbesserungen zu bringen, die ein Lizenznehmer macht.

In vielen Fällen wird der Lizenznehmer darüber hinaus vertraglich verpflichtet, entsprechende (Immaterialgüter)rechte und Know-how an von ihm erstellten Verbesserungen oder Änderungen auf den Lizenzgeber zu übertragen.

#### c) Vertragliche Anbindung der Software an einen Rechner

Hierfür gibt es verschiedene Konstruktionen. Man wird unterscheiden können in

- ▷ vertragliche Anbindungen,
- ▷ technische Anbindungen,
- ▷ Kombination beider Methoden.

Im Rahmen der vertraglichen Anbindung versuchen die Lizenzgeber, die Lizenznehmer dazu zu verpflichten, die lizenzierten Software Produkte nur zusammen mit den Hardware Produkten des Lizenznehmers anzubieten. Der *BGH* (*BGH* v. 6.7.2000 – I ZR 244/97) war der Auffassung, mittels schuldrechtlicher Beschränkungen des eingeräumten dinglichen Rechts zum Vertrieb der Software könne der Urheber den Weitervertrieb der Soft-

## Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-Verordnung

ware wegen Erschöpfung nicht auf der urheberrechtlichen Ebene begrenzen. Lediglich eine schuldrechtlich wirkende Bindung sei im Rahmen des kartellrechtlich zulässigen als möglich angesehen.

Als technische Anbindung in diesem Sinne ist z.B. die Problematik der sog. Recovery-CD (s. 3.d)) anzusehen.

### d) Verpflichtungen zur Weitergabe der AGB des Lizenzgebers

Marktbeherrschende US-Firmen zwingen ihre Vertriebspartner dazu, Ihnen genehme, häufig auf US-Recht beruhende AGB an ihre Vertriebspartner sowie an die Endkunden weiterzureichen (sog. „Enduser License Agreements“ [EULA]). Dabei dürfte es typisch sein, dass gerade auch bei den Verträgen mit US-amerikanischen Herstellern die europäischen Händler/PC-Hersteller verpflichtet werden, bestimmte Klauseln in ihren Verträgen mit den Endkunden zu verwenden, die den deutschen bzw. europäischen Recht nicht entsprechen und zwar weder im Hinblick auf den Vertragstyp „Kauf“ noch auf Gewährleistung, Haftung, und erst recht nicht auf die Nutzungsbeschränkungen.

Zudem wird regelmäßig das sog. Shrinkwrap Vertriebsmodell zugrundegelegt, obwohl die vertragsrechtliche Zulässigkeit dieses Vertriebsmodells in Deutschland zumindest gegenüber Endkunden fraglich ist, da der Endkunde zum einen den Vertrag mit dem Händler, nicht mit „Lizenzgeber“/ Software-Hersteller schließt, zum anderen meist auf die „EULA“ nicht nach § 305 Abs. 2 BGB vom Händler vor Vertragsschluss hingewiesen wurde.

In den letzten Jahren werden die AGB häufig auf Internetseiten des Lizenzgebers aufgeführt, auf die dann im Vertragstext verwiesen wird. Dadurch wird es dem Lizenzgeber erleichtert, diese AGB einseitig zu ändern, ohne den Vertrag ändern zu müssen.

### 3. Faktische Sperren, die häufig nicht vertraglich abgesichert sind

Durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde ein Trend hin zum Verbraucherschutz EU-weit statuiert, der in Deutschland seinen Niederschlag auch in der grundlegenden Änderung der Gewährleistungsvorschriften im BGB gefunden hat. Die faktischen Sperren stehen häufig und unkontrolliert in krassem Gegensatz zu den Gebrauchserwartungen. Ihre kartellrechtliche Freistellung würde bedeuten, dass der Erfolg auf der vertragsrechtlichen S., der in der Verbraucherorientierung liegt, praktisch wieder ausgehebelt wird.

#### a) Bundling

Es wurde bereits oben ausgeführt, dass Vertriebspartner und Zwischenhändler großer US-Softwarefirmen von diesen vertraglich verpflichtet werden, bestimmte Softwareprodukte nur zusammen mit anderen Produkten des jeweiligen Lizenzgebers sowie eigenen Produkten des Vertriebspartners bzw. Zwischenhändlers zu vertreiben und diese Verpflichtung vertraglich an ihre jeweiligen Kunden weiterzugeben. Dadurch wird erreicht, dass dieses „Bundling“ bis zum Endkunden wirkt. Der Endkunde hat nur die Wahl alle „gebündelten“ Produkte zu erwerben oder vom Erwerb gänzlich Abstand zu nehmen. Der Endkunde könnte zwar theoretisch versuchen, einzelne Teilprodukte gegen Produkte anderer Hersteller auszutauschen. In der Praxis scheitert dies jedoch re-

gelmäßig schon daran, dass das notwendige Fachwissen für die Integration von Fremdprodukten fehlt. Auch wäre hierzu Einblick in den Source Code der lizenzierten Produkte erforderlich.

Man muss auf der anderen Seite berücksichtigen, dass ein Bundling verwandter und aufeinander hinentwickelter Softwareprodukte für eine optimale Leistung sehr oft auch als Bemühen des Herstellers, seinen Kunden ein optimales Produkt zu liefern, gerechtfertigt ist. Es dürfte gesetzgeberisch schwer sein, eine einigermaßen sichere Grenze zwischen willkürlich verbundenen und technisch zusammengehörigen Softwareprodukten zur Verfügung zu stellen.

#### b) Freischaltungserfordernisse

Marktstarke US-Anbieter führen neuerdings Freischaltungserfordernisse ein. Sofern der Kunde nicht eine besondere Freischaltung beim Hersteller der Softwareprodukte erwirbt, geht das Programm nach einiger Zeit in einen „Lesemodus“ über, der weder ein Ausdrucken oder ein Bearbeiten der vorhandenen Dateien noch die Eingabe neuer Dateien zulässt. Diese Freischaltung ist insbesondere dann zu wiederholen, wenn der Kunde das erworbene Programm auf einem anderen Rechner statt dem zusammen mit dem Programm gekauften nutzen will oder wenn der Kunde bestimmte Komponenten seines PC Systems austauschen will bzw. muss. Dadurch wird der Kunde in der Nutzung der käuflich erworbenen Software über das aus Sicht des Herstellers schützenswerte Maß hinaus beschränkt. Durch diese System wird also der Kunde gezwungen, sich ständig mit dem Lizenzgeber in Verbindung zu setzen, wenn er Änderungen an seinem Computersystem vornehmen will. Der Hersteller erlangt damit indirekt die weitgehende Kontrolle über seine im Markt befindlichen Produkte und kann die damit verbundenen Kenntnisse planmäßig zum Ausbau seiner Marktmacht ausnutzen.

Infolge der Diskussion um fortschrittliche Kopierschutzmaßnahmen, die in den USA durch die Content Owner (Hollywood, Musikindustrie) und in Deutschland vor dem Hintergrund der Einführung von Urheberrechtsabgaben auf digitale Produkte geführt wird, haben namhafte Hard- und Softwarehersteller angekündigt, bei der nächsten Generation von PC Systemen hardwareimplementierte Kopierschutztechniken einzubauen, die den Herstellern absolute Kontrolle gewähren und für die Nutzer eine noch nie da gewesenen „sklavische“ Abhängigkeit von den Herstellern der Hard- und Software bedeuten dürften.

#### c) Programmsperren

Hierunter sind Fallgestaltungen zu verstehen, bei denen die Nutzung einer Software nach einiger Zeit durch Programmsperren unmöglich gemacht wird. Um die Programmsperre zu überwinden muss der Lizenznehmer ein spezielles Codewort eingeben, das er vom Lizenzgeber gegen Vergütung „erwerben“ muss. Üblich ist es auch, dass die Programmsperre nur bei Zahlung weiterer Lizenzgebühren/Erwerb neuer Programmversionen an den/vom Lizenzgeber überwunden werden kann.

#### d) Recovery-CD

Seit einiger Zeit liefert ein marktbeherrschender Anbieter bzw. gestattet dieser, die Software mit einer sog. Recovery-CD auszuliefern. Dahinter verbirgt sich eine als

## Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-Verordnung

Sicherungskopie vermutete CD, auf die die gesamte Betriebssystemsoftware kopiert ist, die aber durch ein sog. „BIOS Lock“ an den Computer gebunden ist. Dadurch wird eine technische Bindung an den gekauften Computer herbeigeführt, so dass die Nutzung der Recovery-CD beim Sicherungsfall dann nicht erfolgreich sein kann, wenn der Computer ausgewechselt oder dessen wesentliche Teile geändert werden. Ein gutgläubiger Kunde kann auf Grund der AGB annehmen, dass er die Software bei Weiterveräußerung der Software an einen Dritten vorher auf seinem System löschen muss und stattdessen die Weitergabe der Recovery-CD zu erfolgen hat. Auf Grund der geschilderten Umstände kann jedoch der Dritterwerber nichts mit der Recovery-CD anfangen. Hätte der Kunde selbst eine Sicherungskopie der Software auf einem Datenträger anfertigen wollen, so hätte er dafür einen regelrechten Berg von Disketten, mehrere CD und längere Zeit benötigt. Dies ist nicht praktikabel und deshalb unzumutbar. Durch die fehlende Praktikabilität wird dem Kunden auch faktisch das durch § 69d UrhG eingeräumte Recht zur Erstellung einer Sicherungskopie genommen.

### 4. Horizontales Bundling von Softwarepaketen

In diesen Fällen liest das grundlegende Softwarepaket immer auch aus, ob die Software, die sonst noch auf dem Rechner läuft, lizenziert ist und umgekehrt. Es gibt im Hinblick auf die Abfrage, ob ein Konkurrenzprodukt (auch) auf dem Rechner läuft, keine technischen Zwänge. Allenfalls können Zielrichtungen des Verdrängungswettbewerbs und v.a. Vergütungsmodelle bei der Software eine Rolle spielen, die Verbilligungen dafür vorsieht, dass die Software i.V.m. anderer Software des gleichen Herstellers benutzt wird. Für diese Vertriebskonstruktion des Aufsetzens auf andere Produkte und andere Produktversionen, sog. Migrationspfade, gibt es aber keine rechtliche Absicherung bzw. Begründung, insbesondere keine urheberrechtliche.

### III. Notwendigkeit der besonderen Berücksichtigung von software-relevanten Beschränkungen durch das Kartellrecht

In dem Evaluierungsbericht der Kommission wird die Frage aufgeworfen, ob softwarerelevante Wettbewerbsbeschränkungen einer besonderen Regelung bedürfen. Die DGRI bejaht diese Frage, weil die Verwertung von Software folgende Besonderheiten aufweist:

#### 1. Unterschiede im Verhältnis zu Patent und Know-how

Anders als Patente und Know-how wird Software nicht über die körperlichen Belegstücke einer Technologie verwertet und danach bewertet. Vielmehr stellt sie selbst das Produkt dar, das am Markt angeboten wird, gewissermaßen als eine „Dienstleistung“. Hieraus erklärt sich, dass Abreden wie Verwendungsbeschränkungen, Kundenbeschränkungen, in Grenzen vielleicht auch Koppelungsabreden eine andere Bedeutung haben als bei Patent- oder Know-how Lizenzen. Zu unterscheiden ist nämlich jeweils zwischen der Funktion solcher Klauseln, die „Dienstleistung“ selbst zu definieren und überschießenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen.

#### 2. Bedeutung von Rücklizenzierungsklauseln

Einzelne wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen können je nach Softwareart und Einsatzzweck unterschiedliche Bedeutung haben, beispielsweise hat die Ver-

pflichtung zur Rücklizenzierung von Verbesserungen bei Open Source Software Systemen eine ganz andere Bedeutung als bei proprietär gehaltener Software.

### 3. Unterschiedliche Schutzrechtssituation

Bei Software treten sehr unterschiedliche Schutzrechtssituationen auf, nämlich einerseits Patent- und andererseits Urheberrechtsschutz. Urheberrechtsschutz spielt in der bisherigen Gruppenfreistellungsverordnung nur eine untergeordnete Rolle, während er für den Software-schutz zentral ist. Dabei verändert Urheberrecht seine Funktion, denn bis auf die Dekompilierungsregelung wirkt das Urheberrecht als Zugangsbeschränkung. Außerdem findet keine Offenbarung des neuen Wissens statt. Im Gegenteil dient Urheberrecht der zusätzlichen Absicherung von softwaregebundenen Betriebsgeheimnissen durch seinen absoluten Schutz. Ein solcher Schutz ist aber eigentlich dem Urheberrecht fremd. Vielmehr ist ein solcher Ideen- und Know-how Schutz sowie der Schutz von Betriebsgeheimnissen, wenn überhaupt nur im Rahmen des Wettbewerbsrechts oder des Patentrechts erfasst und erfährt dort auch spezielle Regelungen bzw. Kompensationen (etwa in der Zwangslizenz).

### 4. Besondere Abhängigkeit vom Hersteller bzw. Lizenzgeber

Beim Erwerb oder der Lizenzierung von Software gerät der Käufer bzw. der Lizenznehmer in eine besondere Abhängigkeit zum Hersteller bzw. Lizenzgeber. Da Software auf Grund des enorm schnellen technischen Fortschritts schneller als andere Produkte veraltet und zur Fehlerbehebung Einblick in den Source Code erforderlich ist, den der Hersteller bzw. Lizenzgeber nicht offen legen muss, ist der Käufer bzw. Lizenznehmer ständig darauf angewiesen, dass der Hersteller bzw. Lizenzgeber ihm entsprechende Unterstützung durch Fehlerbehebung, Pflegemaßnahmen und Weiterentwicklungen gewährt. Anders als bei Hardware Produkten, bei denen Ersatzteile nicht unbedingt beim Verkäufer erworben werden müssen, besteht bei Software Produkten keine Möglichkeit auf andere Anbieter auszuweichen.

Diese Abhängigkeit wird sich in Zukunft durch die Einführung von hardwareimplementierten Kopierschutz-techniken (sog. „Digital Rights Management Systemen“) noch erheblich verschärfen.

### 5. Annahme der bisherigen Gruppenfreistellungsverordnung

Die Annahme der Gruppenfreistellungsverordnung Software werde regelmäßig im Rahmen des Technologietransfers nur mitlizenzieren, geht fehl. Zum einen gibt es auch im technischen Bereich wirtschaftlich wertvolle Technologien, die vollständig softwaregebunden sind und als solche lizenziert werden (Mess- und Steuerungstechniken). Zum anderen ist die Lizenzierung von Software der verschiedensten Art längst zu einem selbstständigen Geschäft geworden. Die Gruppenfreistellungsverordnung erfasst also nur Ausnahmesituationen, nicht aber Wettbewerbsbeschränkungen bei der Normalverwertung von Software.

Die Vertragsgestaltungen der Softwareverwertung, die denjenigen der Gruppenfreistellungsverordnung im Wertschöpfungsprozess entsprechen würden, nämlich die Lizenzierung von Entwicklungswerkzeugen und Ähnliches sind nicht erfasst und im tatsächlichen auch weithin unbekannt.

## Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-Verordnung

### 6. Marktstrukturen bei Software-Dienstleistungen

Die Marktstrukturen im Bereich von Software-Dienstleistungen sind, das ist vorstehend schon aufgezeigt worden, einerseits sehr unterschiedlich. Andererseits zeichnen sich zumindest weite Segmente durch einen hohen Oligopolisierungsgrad bei Vorliegen überwiegend ausländischer Anbieter auf.

### 7. Lizenzaustauschsysteme und Technologiegemeinschaften

Eine weitere Besonderheit bei der Verwertung von Software liegt in der Bildung von Lizenzaustauschsystemen und von Technologiegemeinschaften im Bereich der Softwareentwicklung und -verwertung. Es ist einerseits zu vermuten, dass angesichts des modularen Aufbaues von Softwaresystemen hier Abhängigkeiten entstanden sind, die eine Poolbildung und Austauschsysteme nahe legen und rechtfertigen, die aber andererseits auch Anlass zu restriktivem Verhalten untereinander und gegenüber Dritten geben können. Dabei wird wiederum die Eigenheit von Software auch eine besondere Behandlung notwendig machen.

## IV. Empfehlungen der DGRI

Bei der Frage, welche konkreten Empfehlungen die DGRI vor dem Hintergrund der unter III. dargestellten grundsätzlichen Notwendigkeit der kartellrechtlichen Berücksichtigung softwarerelevanter Beschränkungen als sinnvoll ansieht, ist zunächst festzustellen, dass sich die unter II. dargestellten Beschränkungen von Lizenznehmern von Software in zwei Gruppen unterteilen lassen.

### 1. Kartellrechtlich bedeutsame Beschränkungen

Hier sind einerseits vertragliche Beschränkungen wie Nichtangriffs-/Freistellungsklauseln (II.2.a)], Rechte an Verbesserungen und Änderungen des Lizenznehmers (II.2.b)], Verpflichtungen zur Weitergabe der AGB (II.2.d)], Bundling Verpflichtungen (II.3.a)] und andererseits faktische Beschränkungen wie Freischaltungserfordernisse (II.3.b)], Programmsperren (II.3.c)], Recovery-CD (II.3.d)] zu unterscheiden.

### 2. Urheber- und vertragsrechtlich bedeutsame Beschränkungen

Hierunter fallen Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln (II.1), Verpflichtungen zur Weitergabe der AGB (II.2.d)] und die vertragliche Anbindung der Software an einen Rechner (II.2.c)].

Wie diese Einteilung verdeutlicht, fällt zwar ein überwiegender Teil der dargestellten Missbrauchstatbestände in den Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungs-VO für Technologietransfer-Vereinbarungen. Die übrigen Tatbestände erfordern aber nach unserer Auffassung auf Grund ihrer Bedeutung für die IT-Branche ebenfalls eine Regelung, die die Missbräuche verhindern bzw. begrenzen kann.

### 3. Spezielle „Software-Verordnung“

Aus diesem Grunde schlägt die DGRI vor, die Gesamtheit softwarebezogener vertraglicher und außervertraglicher Beschränkungen in einer speziell an den für

Software ausgerichteten Bedürfnissen ausgestalteten VO zu regeln. Darin sollten dann nicht nur die kartellrechtlich bedeutsamen, sondern darüber hinaus auch die anderen in dieser Untersuchung dargestellten Fragen geregelt werden.

### 4. Präzisierung der Leitlinien 40–41 für vertikale Beschränkungen

In diesem Zusammenhang sollte auch über eine Revision der Leitlinien 40–41 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Abl. EG 2000 Nr. C 291) nachgedacht werden, da diese nach unserer Überzeugung zu unpräzise formuliert sind und der sicher nicht beabsichtigte Eindruck entstehen könnte, als ob damit einige der in dieser Darstellung aufgeführten Tatbestände legalisiert seien. Durch die derzeitige Fassung dieser Leitlinien wird den aufgeführten Missbrauchstatbeständen Vorschub geleistet.

Dabei ist zu beachten, dass die Praxis eine Mischform zwischen den beiden in den Leitlinien zum Ausdruck kommenden Varianten benutzt, ohne dass die eine oder die andere Variante in reiner Form Gebrauch fände.

(40) für sich gesehen bringt nicht zum Ausdruck, dass es sich um eine Software handeln soll, die tatsächlich nicht nur auf einem Datenträger/materiellen Träger repräsentiert ist, sondern zugleich auch so verpackt ist, dass Datenträger und Verpackung stets verschlossen bis zum Endkunden bleiben.

Bei (41) wird der Eindruck erweckt, als wenn das Kopieren und Weiterverkaufen bei käuflich erworbener Software generell untersagbar wäre. Das Kopieren ist aber zumindest im Hinblick auf die Sicherungskopie ohnehin nicht untersagbar. Auch das Weiterverkaufen ist bei käuflich erworbener Software wegen der Erschöpfung nicht untersagbar. Das Verbot, die Software i. V.m. anderer Hardware zu verwenden, ist ebenfalls zumindest in der Allgemeinheit nicht rechtmäßig. Zulässig wäre es lediglich, zu verbieten, die Software auf einer anderen Software bzw. Hardware so einzusetzen, dass die bestimmungsgemäße Nutzung überschritten bzw. nicht eingehalten wird. Dies sind aber keine Beschränkungen. Bei den OEM-Lizenzen wird keine der beiden Varianten eingehalten. Einerseits wird die Software vom Händler/OEM Partner auf dem Rechner aufgespielt und insofern wird eine Nutzungshandlung vorgenommen, so das (40) nicht einschlägig sein kann. Andererseits verlangt das OEM Geschäft typischerweise, dass die Software nur zusammen mit neuer Hardware vom OEM lizenziert wird. Dies kann im Verhältnis zwischen Hersteller und OEM Partner schuldrechtlich wirksam vereinbart werden. Jedoch kann das Weiterverkaufs-Verbot gegenüber dessen Kunden nicht wirksam greifen. Wenn derartige Beschränkungen aber rechtswidrig sind, können sie auch nicht freigestellt werden.

Eine umfassende Regelung der aufgeworfenen Fragen in einer VO würde unserer Auffassung nach den Bedürfnissen der Praxis sehr viel stärker gerecht, als die (möglicherweise nur teilweise) Regelung der dargestellten Missbrauchstatbestände in verschiedenen Verordnungen, zumal es sich bei Software infolge des Zusammenspiels von immaterialgüterrechtlichen (Urheberrecht, zukünftig vermehrt Patentrecht, s. hierzu den Vorschlag für eine RL über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen, KOM [2002] 92, 2002/0047 [COD]), allgemein vertragsrechtlichen sowie wettbewerbs- und kartellrechtlichen Regelungen verbunden

## Stellungnahme zur Gruppenfreistellungs-Verordnung

mit starken internationalen Bezügen um ein hochkomplexes Produkt handelt. Auf Grund der in den letzten Jahren durch verschiedene EU-Verordnungen im Bereich des Vertragsrechts (z.B. durch die sog. Verbrauchsgüterrichtlinie, 1999/44/EG) und des Urheberrechts (zuletzt die RL zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts, 2001/29/EG) erfolgten EU-weiten Rechtsvereinheitlichung der vertraglichen und der urheberrechtlichen Grundlagen erscheint uns insoweit der Boden für eine derartige weitergehende Vereinheitlichung gegeben zu sein.

Dabei ist andererseits darauf zu achten, dass sowohl ein Überschuss von Software vermieden wird, als auch eine zu starke Reglementierung der Vertragsfreiheit erfolgt, die auch kleine und mittelständische Softwarehäuser treffen würde. Die aufgezeigte Abhängigkeit vom Spezialwissen des Lizenzgebers wird schwerlich ohne schädlichen Dirigismus zu regeln sein. Da es legitim ist, das Know-how zum Schutz der Software geheim zu halten, liegt darin auch nicht von vorneherein ein Missbrauchstatbestand nach Art. 82 EG.

### 5. Jedenfalls notwendige Überarbeitungen der bestehenden Gruppenfreistellungsverordnung

Für den Fall, dass sich die EU-Kommission diesem Vorschlag nicht anschließen könnte, halten wir es für zwingend erforderlich, im Rahmen der Überarbeitung der bestehenden Gruppenfreistellungs-VO für Technologietransfer-Vereinbarungen zumindest die in dieser Stellungnahme dargestellten kartellrechtlich bedeutsamen Beschränkungen zu regeln.

Dabei sollte nach unserer Auffassung an dem System zulässiger („weiße Liste“) und unzulässiger Klauseln („schwarze Liste“) festgehalten werden. Die Praxis benötigt klare und eindeutige Regelungen. Ein an den „Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property“ des US Department of Justice, Federal Trade Commission orientierte Verordnung, die keine klaren in der Praxis handhabbare Grenzen aufzeigt und stattdessen nur allgemeine Einschätzungen zu den jeweiligen Themenkomplexen wiedergibt, erscheint ungeeignet,

um die notwendige Rechtssicherheit und eine wirksame Bekämpfung der dargestellten Missbrauchstatbestände sicherstellen zu können. Es ist dabei nach unserer Auffassung auch eine größere Differenzierung geboten, als sie in den Leitlinien für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen erkennbar wird. Außerdem sollte in zukünftigen Guidelines der Softwareverwertung auf den einzelnen Märkten ein besonderes Kapitel gewidmet sein.

### 6. Umgang mit restriktiven Lizenzierungsstrategien

Eine der Fragen, denen die Kommission als Wettbewerbsbehörde in diesem Zusammenhang nachgehen müsste, besteht unseres Erachtens darin, ob nicht die bisherige Toleranz gegenüber restriktiven Lizenzierungsstrategien und Praktiken dazu beigetragen hat, dass sich oligopolistische Marktstrukturen herausgebildet haben. Auch wenn diese Entwicklung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, so könnte doch angesichts der raschen technischen Entwicklung für die Zukunft Grund für eine kritischere Wettbewerbsaufsicht bestehen, damit nicht erst verspätet im Wege der Aufsicht über marktbeherrschende Unternehmen die etwaigen Missbräuche kontrolliert werden müssen. Dies ist bekanntlich nicht nur schwierig, sondern kann den für den Wettbewerb eingetretenen Schaden nicht mehr beheben. Damit soll jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein „gebundelter Software Vertrieb“ durchaus gerechtfertigt sein kann, wie oben bei II. 3. A) ausgeführt wurde.

Die DGRI als unabhängige Vereinigung, die sich u.a. mit den Voraussetzungen und Folgen der Informationstechnik in Recht, Wirtschaft und Verwaltung beschäftigt, möchte sich auf die vorstehenden nur der Problemkennzeichnung dienenden Hinweise und Anregungen beschränken. Selbstverständlich stehen wir gerne zu einem Fachgespräch mit einzelnen ihrer Vertreter zur Verfügung, um die einzelnen Fragen näher zu erläutern.

*Prof. Dr. Alfred Büllsbach*

*RA Thomas Hoene*

1. Vorsitzender der DGRI

Sprecher des Fachausschusses Vertragsrecht

## Redaktion

RA ULRICH GASPER, LL.M.  
(geschäftsführend), Köln

RAin STEFANIE FUCHS-GALILEA  
Köln

CARINA ALVES ROSA  
Redaktionsassistentin, Köln

## Ständige Mitarbeiter

RA Prof. Dr. MICHAEL BARTSCH  
Karlsruhe

RA THOMAS HEYMANN  
Frankfurt a. M.

RA PROF. DR. JOCHEN SCHNEIDER  
München

## Herausgeber

RA DR. THOMAS GRAEFE  
München

DR. EUGEN EHMANN  
Regierungsdirektor, Vorrä

## Herausgeberbeirat

PROF. DR. HARALD BARTL  
Fachhochschule Worms und Wissenschaftliche  
Hochschule für Unternehmensführung Koblenz

PROF. DR. ULRICH BATTIS  
Humboldt-Universität zu Berlin

PA DIPL.-ING. JÜRGEN BETTEN  
München

RA DR. MATTHIAS BRANDI-DOHRN  
München

RA DIPL.-PHYS. FRIEDRICH WILHELM ENGEL  
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

DR. KNUT P. ENGELHARDT, LL.M.  
München

PROF. DR. WILLI ERDMANN  
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof,  
Karlsruhe

PROF. DR. DR. HERBERT FIEDLER  
Universität Bonn

RA PROF. DR. NORBERT P. FLECHSIG  
Syndikus des SWR, Stuttgart

RA THOMAS HOENE  
Stuttgart

RA DIPL.-ING. DR. GÜNTHER HOEPFFNER  
Erlangen

PROF. DR. ULRICH IMMENGA  
Universität Göttingen

PROF. DR. FRIEDHELM JOBS  
Richter am Bundesarbeitsgericht, Kassel

PROF. DR. WOLFGANG KILIAN  
Universität Hannover

PROF. DR. MICHAEL LEHMANN  
Max-Planck-Institut für ausl. und intern. Patent-,  
Urheber- und Wettbewerbsrecht und Universität  
München

PROF. DR. THEODOR LENCKNER  
Universität Tübingen

PROF. DR. KLAUS LENK  
Universität Oldenburg

PROF. DR. ULRICH LOEWENHEIM  
Universität Frankfurt a. M.

DR. OTTO MALLMANN  
Richter am Bundesverwaltungsgericht, Berlin

PROF. DR. FRITZ NICKLISCH  
Universität Heidelberg

RA DR. THOMAS CHRISTIAN PAEFGEN  
Attorney-at-Law (New York), LL. M. (Chicago),  
M.B.A. (Insead), Frankfurt a.M./Monte Carlo

PROF. DR. CHRISTOPH PAULUS  
Humboldt-Universität, Berlin

PROF. DR. YVES Poullet  
Director Research Center for Computer and Law  
University of Namur

RA HORST PRIEßNITZ  
Hauptgeschäftsführer Markenverband e.V.,  
Wiesbaden

DR. MARTIN SCHAEFER  
Deutsche Landesgruppe der IFPI e.V.,  
Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft  
e.V., Hamburg

RA PROF. DR. JOACHIM SCHERER, LL.M.  
(Columbia), Frankfurt a. M.

PROF. DR. ULRICH SIEBER  
Universität München

PROF. DR. SPIROS SIMITIS  
Universität Frankfurt a.M.

PROF. DR. STEFAN SMID  
Universität Halle

PROF. DR. EIKE ULLMANN  
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof,  
Karlsruhe

PROF. DR. HANNS ULLRICH  
Universität der Bundeswehr, München

RA THOMAS C. VINJE  
Brüssel

DR. STEFAN WALZ  
Ministerialrat im Bundesjustizministerium, Berlin

RA DR. FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN  
Köln

RAin DR. URSULA WIDMER  
Bern

## Korrespondenten

HEINER BECKMANN  
Richter am OLG, Hamm

DR. REINHARD ELLGER  
Max-Planck-Institut für ausl. und intern.  
Privatrecht, Hamburg

DR. GÜNTER GALL  
Europäisches Patentamt, München

RA DR. IVO GEIS  
Hamburg

RA DIPL.-ING. GÜNTER FREIHERR VON  
GRAVENREUTH, München

RA DR. ARMIN HERB  
Stuttgart

RA SVEN-ERIK HEUN  
Frankfurt a.M.

LOTHAR JAEGER  
Vorsitzender Richter am OLG, Köln

PATASS MANFRED KINDERMANN  
Böblingen

DR. THOMAS KLEBE  
IG Metall, Frankfurt

RA CLEMENS KOCHINKE, MCL.  
Attorney-at-Law, Washington, D.C.

PROF. DR. JOSEF MEHRINGS  
Fachhochschule Münster

RA CLAUDIUS MÜLLER-HENGSTENBERG  
Böblingen

RA DR. FALK PETERS  
Berlin

PROF. DR. ECKART RAUBOLD  
Deutsche Telekom AG, Technologiezentrum,  
Darmstadt

RA DR. HELMUT REDEKER  
Bonn

RA DR. ULRICH SEIDEL  
Köln

DIPL.-INFORM. DR. SIEGFRIED STREITZ  
EDV-Sachverständiger, Brühl

UNIV.-DOZ. DR. WERNER ROBERT SVOBODA  
GESPLAN GmbH, Wien

JULIA TOPEL  
Regierungsrätin im Bundeskartellamt, Berlin

DR. IRINI VASSILAKI  
Universität Göttingen

PROF. DR. PETER WEDDE  
Fachhochschule Frankfurt a. M.

RA DR. CHRISTOPH ZAHNRT  
Neckargemünd

DIPL.-ING. ALBRECHT ZIMMERMANN  
EDV-Sachverständiger, Korntal-Münchingen

## COMPUTER UND RECHT (CR)

Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologien

### REDAKTION

COMPUTER UND RECHT, Anschrift des Verlags; Telefon 02 21/9 37 38-1 80  
(Redaktions-Sekr.) bzw. -4 99 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Telefax  
02 21/9 37 38-9 03 (Redaktions-Sekr.) bzw. -9 43 (Vertrieb/Abonnementsver-  
waltung), E-Mail: [computerundrecht@otto-schmidt.de](mailto:computerundrecht@otto-schmidt.de).

### VERLAG

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Unter den Ulmen 96–98, 50968 Köln, Postfach  
51 10 26, 50946 Köln, Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

### ANZEIGEN

*Renate Becker* (Anzeigenleitung), Telefon 02 21/9 37 38-4 21, Telefax 02 21/9  
37 38-9 42, E-Mail: [anzeigen@otto-schmidt.de](mailto:anzeigen@otto-schmidt.de), gültig ist die Preisliste Nr. 16  
vom 1.1.2003.

### SATZ

FotoSatz Pfeifer GmbH, Lochhamer Schlag 11, 82166 Gräfelfing.

### DRUCK

Westholsteinische Verlagsdruckerei Boyens & Co., Wulf-Isebrand-Platz 1–3,  
25746 Heide.

### ERSCHEINUNGSWEISE

Jeweils zum 15. eines Monats.

### BEZUGSPREIS

Jahresabonnement 279,-€ (für Mitglieder der Deutschen Gesellschaft für Recht  
und Informatik (DGRI) e.V. jährlich 239,-€, Einzelheft 27,90€). Kombinati-  
ons-Abonnement in Verbindung mit der CR-CD jährlich 379,-€ (für  
DGRI-Mitglieder jährlich 339,-€). Alle Preise zuzüglich Versandkosten und inklusive  
Umsatzsteuer.

BESTELLUNGEN bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungs-  
termin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ISSN: 0179-1990

### URHEBER- UND VERLAGSRECHTE

Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor  
versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag ein-  
schließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter  
zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz) ge-  
hen für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nut-  
zungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen,  
Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Wer-  
ken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befug-  
nis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und  
Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektroni-  
scher und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.  
Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urhe-  
berrechtlich geschützt. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze,  
soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Je-  
de vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf  
vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für  
Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeiche-  
rung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektroni-  
schen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den  
persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

### HINWEISE FÜR AUTOREN UND EINSENDER

Bitte senden Sie alle Aufsatzmanuskripte (als Datei per E-Mail), zum Abdruck  
bestimmte Gerichtsentscheidungen und Leserbriefe unmittelbar an die Redak-  
tion. Bei der Einsendung von Entscheidungen sind wir für den Hinweis dank-  
bar, ob sie rechtskräftig sind.