DGRI Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.

DGRI e. V. • Emmy-Noether-Straße 17 • D-76131 Karlsruhe

European Commission
DG Competition
Antitrust Registry
1049 Brussels
BELGIEN

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit
1. Vorsitzender
Rechtsanwalt
Oranienstraße 164, D-10969 Berlin

Telefon: +49-30-61 68 94 09
Telefax: +49-30-61 68 94 56
E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com

Per E-Mail: comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

Berlin, den 17. Mai 2013

Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen und der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen

Hier: Stellungnahme der *Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) (no. 21625424990-18 of the Transparency Register of the European Commission)*

Sehr geehrte Damen und Herren,

die **Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.** (DGRI) ist eine der in Deutschland führenden unabhängigen wissenschaftlichen Vereinigungen im Bereich des IT-Rechts. Zu ihren Mitgliedern zählen Richter, Rechtsanwälte, Rechtswissenschaftler, Firmenjuristen der IT-Branche und IT-Techniker. Sie befasst sich mit Fragen im Bereich der Schnittstelle zwischen Informatik- und EDV-Recht einerseits sowie Recht und Wirtschaft andererseits. Sie fördert die Zusammenarbeit von Lehre, Forschung, Gesetzgebung und Praxis in allen Fragen der Informationstechnik. Sie begleitet Gesetzgebungsvorhaben als neutrale Institution und ist nicht den Partikularinteressen einzelner Unternehmen oder Branchen verpflichtet.

Die DGRI befasst sich – insbesondere über ihre Fachausschüsse Vertragsrecht und Wirtschafts- & Steuerrecht – seit vielen Jahren mit allen Fragen des Lizenzvertragsrechts. Auf den Sitzungen vom 7. März 2013 und 16. April 2013 in München haben sich die Fachausschüsse Vertragsrecht und Wirtschafts- & Steuerrecht mit dem vorliegenden Entwurf der Europäischen Kommission beschäftigt. Hierauf aufbauend nimmt die DGRI zum Entwurf einer Verordnung über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von Technologietransfer-Vereinbarungen

(nachfolgend **„TT-GVO-E“**) und der Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Technologietransfer-Vereinbarungen (nachfolgend **„Leitlinien-E“**) Stellung, wobei diese Stellungnahme aufgrund des Tätigkeitsbereichs der DGRI schwerpunktmäßig auf Lizenzvereinbarungen über Software-Urheberrechte abstellt.

An der nachfolgenden Stellungnahme waren neben den Unterzeichnern folgende DGRI-Mitglieder beteiligt: Rechtsanwalt Dr. Reemt Matthiesen, Rechtsanwältin Michaela Witzel LL.M. und Rechtsanwältin Dr. Sonja Fechtner.

1. Zum Anwendungsbereich der TT-GVO und zum Verhältnis zu anderen GVOen

Die Freistellung nach Art. 2 Abs. 1 TT-GVO-E gilt für Technologietransfer-Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen, die mit dem Ziel der Produktion von Vertragsprodukten durch den Lizenznehmer und/oder seine Zulieferer geschlossen werden.

1.1 Software-Urheberrechte (Art. 1 Abs. 1 lit. b), sub-lit. g) TT-GVO-E)

In der Definition von „Technologie“ werden „Software-Urheberrechte“ als einer der Anwendungsfälle genannt. Der Begriff der „Software-Urheberrechte“ ist allerdings unklar und wird auch in den Leitlinien-E (Rz. 47) nicht präzisiert. Beim Urheberrechtsschutz im Zusammenhang mit Software wird grundsätzlich unterschieden zwischen

- einem Computerprogramm als Werk,
- einer Datenbank als Werk und
- dem Investitionsschutz des Herstellers einer (einfachen) Datenbank, die keine Werkqualität erreicht, sowie
- der evtl. gesondert urheberrechtlich schutzfähigen grafischen Oberfläche des Computerprogramms.

Die Oberfläche eines Computerprogramms dürfte im Regelfall nicht unter den Begriff „Technologie“ zu fassen sein, die anderen Fälle hingegen schon. Neben der Lizenzierung einer Software kommt auch der Lizenzierung von Datenbanken eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu.

Wird Software – etwa im Rahmen eines so genannten „Customizing“ – parametriert, kann bei einer komplexen Software die Gesamtheit der Parametereinstellungen - neben dem Urheberrecht am eigentlichen Computerprogramm – Datenbank-Schutz genießen. Die wirtschaftliche Bedeutung ist erheblich, da vor allem komplexe betriebswirtschaftliche Computerprogramme (ERP-Systeme, CRM-Systeme, Kernbankanwendungen, Bestands-führungssysteme) ohne umfangreiche Parametrierung für den Nutzer nicht verwendbar sind.

Die DGRI empfiehlt zur Klarstellung, die Terminologie in der TT-GVO-E und den Leitlinien-E an die Richtlinie 2009/24/EG vom 23.04.2009 (vormals Richtlinie 91/250/EWG vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen und die Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrecht und der verwandten Schutzrecht in der Informationsgesellschaft anzupassen (zum Wortlaut der jeweiligen Empfehlungen siehe unter Nr. 3).

1.2 "Unmittelbar und ausschließlich mit der Produktion von Vertragsprodukten verbunden" und "Vertragsprodukte" (Art. 1 Abs. 1 lit. c), f) und g) TT-GVO-E)

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. c) TT-GVO-E umfasst der Begriff der „Technologietransfer-Vereinbarung" eine Technologielizenz-Vereinbarung einschließlich Vereinbarungen mit Bestimmungen, die sich auf den Erwerb von Produkten durch den Lizenznehmer oder aber auf die Lizenzierung oder die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder von Know-how auf den Lizenznehmer beziehen, sofern diese Bestimmungen **unmittelbar und ausschließlich mit der Produktion von Vertragsprodukten verbunden** sind. Gemäß Art. 1 Abs. 1 lit. b) TT-GVO-E fallen unter den Begriff der „Technologie" auch Software-Urheberrechte.

Die Definition der Technologietransfer-Vereinbarung soll in der TT-GVO-E also insoweit geändert werden, dass künftig auch alle Bestimmungen, die sich auf den Erwerb von Produkten durch den Lizenznehmer oder aber auf die Lizenzierung oder die Übertragung von Rechten des geistigen Eigentums oder von Know-how auf den Lizenznehmer beziehen, von der Freistellung umfasst sind. Voraussetzung ist, dass diese Bestimmungen *„unmittelbar und ausschließlich mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden sind."* Bislang kam es auf den wesentlichen Gegenstand der Vereinbarung an.

Die Formulierung *„unmittelbar und ausschließlich mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden"* ist bei Lizenzvereinbarungen zu den Schutzrechten nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) Unterpunkte (a) bis (f) TT-GVO-E – speziell auch bei Patentlizenzvereinbarungen - vergleichsweise transparent. Das zeigt auch das Beispiel zur Lizenzvereinbarung bei der Milchproduktion in den Leitlinien-E (dort Rz. 50).

Bei Softwarelizenzvereinbarungen ergeben sich allerdings praktische Probleme bei der Auslegung des Begriffs *„unmittelbar und ausschließlich mit der Produktion der Vertragsprodukte verbunden"*. Liegt etwa bei Beratungsleistungen und Verpflichtungen zur Pflege im Rahmen eines Softwareüberlassungsvertrages noch der unmittelbare und ausschließliche Bezug zur Produktion der Vertragsprodukte vor? Aus Sicht der DGRI lässt sich hier in beide Richtungen argumentieren. Eine Klarstellung in der TT-GVO-E, den Erwägungsgründen oder zumindest in den Leitlinien zur Auslegung dieser Anforderungen wäre daher wünschenswert.

Ein ähnliches Auslegungsproblem sieht die DGRI bei der Bestimmung des Begriffs "*Vertragsprodukt*". Die Schwierigkeit bei Softwarelizenzvereinbarungen besteht darin, dass gemäß der Definition in Art. 1 Abs. 1 lit. g) in Verbindung mit lit. f) TT-GVO-E das „Vertragsprodukt" eine *„Ware oder Dienstleistung in Form eines Zwischen- oder End-produkts"* sein kann. Insoweit ist bei Software unklar, ob und ggf. in welchen Fällen

- Daten und/oder
- Software (kopierte, neue, geänderte) und/oder
- eine Dienstleistung in Form beispielsweise einer Dokumenten- bzw. Datenverwaltung

als „Vertragsprodukte" im Sinne der TT-GVO-E in Betracht kommen können.

Gemäß Rz. 45, 46 der Leitlinien-E kann die TT-GVO-E auf Zulieferverträge anwendbar sein. Speziell im Hinblick auf die Frage, inwieweit Daten als Zwischenprodukt in Betracht kommen, ist beispielweise der Anwendungsbereich der TT-GVO-E in folgendem Fallbeispiel unklar:

> *Bei der Produktion von Zahnprothesen werden verschiedene Software-Produkte eingesetzt und entsprechende Softwarelizenzvereinbarungen abgeschlossen. Software-Hersteller A lizenziert eine Software, mit deren Hilfe die Mundhöhle des Patienten durch einen Zahnarzt an einzelnen Punkten abgemessen („gescannt") wird. Der Zahnarzt liefert diese relativ grobmaschigen Datenpunkte als Scan-Datensatz an den Prothesenproduzenten. Der Prothesenproduzent setzt drei weitere Software-Produkte ein: Zunächst wird der Scan-Datensatz mittels einer vom Software-Hersteller B lizenzierten Software so aufbereitet, dass über die Scan-Datenpunkte hinaus die Kauflächen der Zähne möglichst wirklichkeitsgetreu „modelliert" werden. Dieser neue Datensatz wird von einer Bildgebungssoftware (CAM des Herstellers C) weiterverarbeitet, die wiederum über eine Schnittstelle mit einer Maschinensteuerungssoftware (des Herstellers D) interagiert. Letztere steuert die Maschine, mit der die Prothese gefräst wird.*

Unklar ist im Fallbeispiel etwa, ob im Rahmen von Zulieferverträgen ein Datensatz als Zwischenprodukt qualifiziert werden kann und als solches für die Anwendbarkeit der TT-GVO-E ausreicht. Ebenso ist – über vorstehendes Fallbeispiel hinaus - unklar, ob die Verwaltung von Daten etwa durch eine ERP-Software oder eine Dokumentenmanagement-Software ein Vertragsprodukt im Sinne der TT-GVO-E sein können. Kann aus der bestimmungsgemäßen Anwendung einer Software automatisch auf das Vertragsprodukt geschlossen werden (fällt etwa eine Software zur Buchhaltung unter die TT-GVO-E, wenn man die Buchhaltung als Dienstleistungsprodukt begreift)? Oder muss es sich um ein genau definiertes Produkt handeln, das weitervertrieben wird? Auch insofern lässt sich aus Sicht der DGRI in beide Richtungen argumentieren, das Ergebnis scheint eher "zufällig".

Diese Probleme werden durch die Kommentierung in den Leitlinien-E (Rz. 44, 46, 50 und 52) noch nicht ausreichend geklärt. Die DGRI empfiehlt daher, in Art. 1 Abs. 1 lit. c), f) und g) TT-GVO-E die Besonderheiten von Softwarelizenzvereinbarungen stärker zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, als der europäische Softwaremarkt eine große wirtschaftliche Bedeutung hat und gegenüber dem US-amerikanischen Softwaremarkt weiter gestärkt werden sollte. (Zu konkreten Änderungsvorschlägen siehe unter Nr. 3).

1.3 Abgrenzung zur Vertikal-GVO, F&E-GVO und Spezialisierungs-GVO

Erwägungsgrund 7 TT-GVO-E regelt, dass die TT-GVO-E nicht für Vereinbarungen zur reinen Vervielfältigung und zum reinen Vertrieb urheberrechtlich geschützter Softwareprodukte gelten solle, da derartige Vereinbarungen nicht die Vergabe von Technologielizenzen zu Produktionszwecken zum Gegenstand haben, sondern eher mit Vertriebsvereinbarungen vergleichbar seien. Rz. 52 der Leitlinien-E erläutert, dass die Vergabe von Software-Urheberrechtslizenzen für die reine Vervielfältigung und den reinen Vertrieb eines geschützten Werks, das heißt die Erstellung von Kopien für den Weiterverkauf, nicht als „Produktion" im Sinne der TT-GVO-E angesehen werde und daher weder unter die TT-GVO-E noch unter die Leitlinien-E falle. Die Vervielfältigung für den Vertrieb falle stattdessen unter die Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten

Verhaltensweisen (nachfolgend **„Vertikal-GVO"**). Hierbei handele es sich vielmehr um eine Vervielfältigung zum Vertrieb, wobei unabhängig vom technischen Vertriebsverfahren eine Lizenz zur Vervielfältigung der Software auf einem Datenträger erteilt werde. So falle beispielsweise die Vergabe von Software-Urheberrechtslizenzen, bei der der Lizenznehmer eine Masterkopie der Software erhält, damit er die Software vervielfältigen und an Endkunden weiterverkaufen kann, weder unter die TT-GVO-E noch unter die Leitlinien-E. Die TT-GVO-E und die Leitlinien-E gelten auch nicht für die Lizenzierung von Software-Urheberrechten und den Vertrieb von Software über sogenannte „Schutzhüllenlizenzen", bei denen davon ausgegangen werde, dass der Endkunde mit dem Öffnen der Verpackung eine Reihe von Bedingungen, die in der Verpackung eines physischen Datenträgers enthalten sind, automatisch akzeptiert habe, oder die Lizenzierung von Software-Urheberrechten und den Vertrieb von Software durch Herunterladen aus dem Internet. Wenn der Lizenznehmer hingegen die lizenzierte Software in das Vertragsprodukt integriert, handele es sich nicht um reine Vervielfältigung, sondern um Produktion. So gelten die TT-GVO-E und die Leitlinien-E beispielsweise für die Lizenzierung von Software-Urheberrechten, bei der der Lizenznehmer das Recht hat, die Software durch Integration in ein Gerät zu vervielfältigen, mit dem die Software interagiert.

Rz. 41 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABl. C 130 v. 19.5.2010, S. 1) führt aus: *„Vereinbarungen über die Lieferung von Kopien einer Software auf einem materiellen Träger zum Zweck des Weiterverkaufs, mit denen der Wiederverkäufer keine Lizenz für Rechte an der Software erwirbt, sondern lediglich das Recht, die Kopien weiterzuverkaufen, sind im Hinblick auf die Anwendung der GVO als Vereinbarungen über die Lieferung von Waren zum Weiterverkauf anzusehen. Bei dieser Art des Vertriebs wird die die Software betreffende Lizenzvereinbarung nur zwischen dem Inhaber der Urheberrechte und dem Nutzer der Software geschlossen, wobei die rechtliche Vermutung geschaffen wird, dass der Nutzer durch die Entsiegelung des Softwareprodukts die Bestimmungen der Vereinbarung annimmt."*

Die DGRI begrüßt die klarstellenden Ausführungen, ist jedoch der Auffassung, dass durch diese Erläuterungen in den Leitlinien noch nicht ausreichend geklärt ist, welche Art von Software-Lizenzvereinbarung unter welche Gruppenfreistellungsverordnung fällt. Aus Sicht der DGRI bedarf dies einer Klarstellung mit dem Ziel der Rechtssicherheit. Zu vermeiden ist, dass für gewisse Arten von Software-Lizenzvereinbarungen innerhalb der Liefer- bzw. Wertschöpfungskette (also nicht gegenüber Endnutzern) gar keine Gruppenfreistellungsverordnung einschlägig ist.

Die DGRI hat folgende Fallgestaltungen untersucht, wie sie bei Softwarelizenzierung und Softwarepflege üblicher Weise vorkommen:

a. Bei Software-Projektverträgen (einschließlich Planung, Pflichtenhefterstellung und Projektleitung, Programmierung sowie Customizing) kommt nach herrschender Ansicht eine Anwendbarkeit der derzeit geltenden TT-GVO nicht in Betracht. Die Vertikal-GVO ist evtl. anwendbar.

b. Hardware-bezogene Verträgen unterfallen nicht der derzeit geltenden TT-GVO, die Vertikal-GVO kann anwendbar sein. Dies gilt sowohl für die Gerätelieferung, als auch für Konfiguration und Wartung. Anders ist es jedoch, wenn – im Sinne eines sogenannten Systemvertrags – Hardware mit Software und evtl. zusätzlichen Leistungen zur Verfügung gestellt wird. Gerade beim Systemvertrag ist die

Abgrenzung von derzeitiger TT-GVO und Vertikal-GVO unklar und sollte künftig in den Leitlinien-E klargestellt werden. Weder im Bereich der Gerätelieferung noch bei Konfiguration und Wartung hält die DGRI die TT-GVO für anwendbar.

c. Im Bereich der „reinen" Softwareüberlassung (also ohne Software-Anpassung, dazu siehe unter d.) ist die Anwendbarkeit der derzeit geltenden TT-GVO, aber auch der TT-GVO-E häufig unklar. Das gilt u.a. wegen der unklaren Definition von „Produktion von Vertragsprodukten" (siehe oben Nr. 1.1) jedenfalls in all den Fällen, in den die Software keine Maschine bzw. kein Gerät/Hardware oder Zubehör von Geräten (etwa Schließanlage) steuert.

   Software wird in unterschiedlichen vertraglichen Varianten überlassen, die häufig allesamt als „Lizenz" bezeichnet werden. Unterschieden wird etwa nach deutschem Recht zwischen kaufrechtlicher dauerhafter Überlassung (gegen Einmalentgelt) und mietrechtlicher Überlassung auf Zeit (gegen Mehrfachentgelt). Es ist in der TT-GVO-E nicht ausreichend geklärt, welche Gruppenfreistellungsverordnung für die dargestellten Fallkonstellationen anwendbar ist. Insbesondere bei den Zulieferverträgen wäre klarzustellen, ob beide Konstellationen – Kauf und Miete – zur Anwendbarkeit der TT-GVO-E führen.

   Darüber hinaus ist die Anwendbarkeit bei Verträgen, die Outsourcing-Leistungen zum Gegenstand haben, denkbar. Allerdings ist die Abgrenzung etwa zur Spezialisierungs-GVO unklar.

d. Die Bedeutung von Cloud-Diensten und on-demand Überlassung von Software (etwa im Rahmen von *Software as a Service, Infrastructure as a Service* und *Platform as a Service*) gewinnt immer mehr an Bedeutung. Die Kommission will im Rahmen ihrer EU-Cloud-Strategie (siehe Mitteilung vom 27. September 2012 zur „Freisetzung des Cloud-Computing Potenzials in Europa") europäische Cloud-Lösungen gezielt fördern, auch im Verhältnis zu den führenden US-Cloud-Anbietern. Daher empfiehlt die DGRI, den Anwendungsbereich der TT-GVO speziell auch bei diesen neuen Formen der Software-Überlassung klarzustellen, damit nicht auf diese Form der Softwarelizenzierung gar keine Gruppenfreistellungsverordnung Anwendung findet. Denn nach Rz. 41 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen verlangt die Anwendung der Vertikal-GVO einen Vertrieb der Software auf einem materiellen Datenträger. Nach Ansicht der DGRI darf die Frage der Anwendbarkeit einer Gruppenfreistellungsverordnung nicht davon abhängig sein, auf welchem Wege die Software vertrieben wird, sei es auf einem Datenträger, per Download oder per on-demand Überlassung.

e. Die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnungen auf die Erstellung einer neuen Individual- oder Standardsoftware scheint ebenfalls unklar, weil sowohl die TT-GVO-E als auch die Vertikal-GVO im Regelfall ausscheiden werden und der Anwendungsbereich der F&E GVO sehr eng ist („gemeinsame Verwertung oder gemeinsamer Zugang"). Hier wäre geboten, seitens der Kommission klarzustellen, dass eine GVO in Betracht kommt und welche.

f. Der Markt der Software-Erstellung ist im Vergleich mit dem Markt der Software-Anpassungsprojekte klein. Heutzutage wird nur noch selten bei der Programmierung komplett neu aufgesetzt. Im Regelfall wird vorbekannter Code (immer öfter auch

Open Source Software) angepasst. Ist die Softwarelizenzvereinbarung mit einem Recht zur Weiterentwicklung verbunden, kommt die Anwendung der TT-GVO in Betracht. Allerdings ist nicht jedes Anpassungsrecht ein Bearbeitungsrecht. Vielmehr ist bei der Anpassung von Software (teilweise auch Customizing genannt) zu unterscheiden zwischen:

- Einstellung von Parametern der Software (sogenannte Parametrierung)
- Änderungen am Quellcode
- Ergänzung von neuem Code (sogenannte Add-Ons).

Bei der Parametrierung wird die Software an sich nicht bearbeitet. Allerdings kann das Ensemble der Parameter-Einstellungen – neben dem Computerprogramm – Urheberrechtsschutz genießen (siehe oben Nr. 1.1).

In den Leitlinien-E sollte klargestellt werden, welche Formen der Anpassung von der TT-GVO-E erfasst sein können. Das gilt insbesondere auch, weil Software-Pflegeverträge häufig ein Recht zur Weiterentwicklung enthalten.

g. Auf Pflegeverträge findet nach derzeit überwiegender Ansicht die TT-GVO keine Anwendung. In der IT-Branche ist es jedoch überwiegend so, dass die Kosten für die (erstmalige) Software-Überlassung vergleichsweise niedrig sind und die größere wirtschaftliche Bedeutung in der Wartung/Pflege der Software und der Pflegegebühr liegt.

h. Software-Pflege umfasst üblicherweise vier Leistungsbereiche: Hotline-Service, Mängelbeseitigung (durch Änderung am Code oder Lieferung neuer Versionen der Software), Anwender-Unterstützung und Aktualisierung (Weiterentwicklung). Soweit die Pflege Hotline-Services und Fehlerbeseitigung umfasst, ist klar, dass die TT-GVO-E nicht anwendbar ist. Bei den anderen Leistungsbereichen wäre eine Abgrenzung zwischen TT-GVO und Vertikal-GVO erforderlich.

i. Der Vertrieb von Software kann durch Vertragshändler oder durch Handelsvertreter erfolgen. Denkbar sind auch Mischformen, nach denen der Softwarevertrieb nach dem Modell des Vertragshändlers, der Vertrieb der Pflegeleistungen nach dem Modells des Handelsvertreters erfolgt. Wird der Vertrieb mit einem Bearbeitungsrecht kombiniert, wäre nach Ansicht der DGRI der Anwendungsbereich der TT-GVO-E eröffnet.

j. Neben den „klassischen" Software-Vertragstypen gibt es im Zusammenhang mit Internetverträgen verschiedene sogenannte Provider-Verträge (etwa Access-, Content- und Host-Provider). Die Erstellung einer Website einschließlich des Hosting der Website und der Verfügbarkeit im Internet wird als Internet-Systemvertrag bezeichnet. Gerade auch bei diesen Verträgen ist die Abgrenzung zwischen der TT-GVO-E (wohl häufig nicht erfüllt) und Vertikal-GVO unklar.

Die vorstehenden Fallgruppen zeigen, dass im IT-Bereich ein großer Bedarf an Fallgruppen-bezogener Klarstellung des Anwendungsbereichs der TT-GVO-E in den Leitlinien-E besteht. Der Einordnung der Fallgruppen liegt aus Sicht der DGRI keine Systematik zugrunde, sondern es sind oft "Zufälligkeiten" entscheidend.

1.4 Technologiepools (Erwägungsgrund 7 der TT-GVO-E)

Technologiepools spielen im IT Bereich eine nicht zu unterschätzende Rolle, wie man z.B. an den der MPEG (Motion Picture Expert Group) zugehörigen Patentpools sehen kann. Die Kommission sieht einerseits die Vorteile dieser Technologiepools, erkennt andererseits aber auch mögliche Nachteile. Deshalb will die Kommission die Technologiepools nicht als von der GVO erfasst ansehen.

Nach Auffassung der DGRI hätte die Kommission an dieser Stelle durchaus mutiger sein können und die Technologiepools (sowie Lizenzvereinbarungen der Pools mit Lizenznehmern, die die in den Pools zusammengefassten Schutzrechte lizenzieren wollen) unter die GVO fassen können. Die von der Kommission unter Rz. 244 und 250 aufgeführten Kriterien zur kartellrechtlichen Beurteilung von Technologiepools und Lizenzvereinbarungen mit den Pools sind jedenfalls so konkret, dass man diese Kriterien auch als Regelungen in die GVO selbst hätte aufnehmen können (siehe zu den Empfehlungen unter Nr. 3).

2. Nicht freigestellte Beschränkungen (Art. 5 TT-GVO-E)

2.1 Sogenannte „Grantback"-Klauseln

Durch die geplante Änderung der TT-GVO-E würde künftig nicht mehr darauf abgestellt, ob es sich um „abtrennbare" Verbesserungen des Lizenznehmers handelt - nicht von der Freistellung erfasst wären in Zukunft alle Exklusivlizenzen an Verbesserungen des Lizenznehmers. Diese Änderung ist zu begrüßen, denn es ist nicht einzusehen, dass der Lizenzgeber eine Exklusivlizenz für Verbesserungen verlangen dürfen soll, die der Lizenznehmer selbst entwickelt hat. Deshalb kann es auch nicht darauf ankommen, ob der Lizenzgeber bereit wäre, hierfür eine Vergütung zu zahlen. Dagegen erscheint es weiterhin als angemessen, dass der Lizenzgeber eine nicht exklusive Lizenz an Verbesserungen des Lizenznehmers vereinbaren kann, denn der Verbesserung liegt die vom Lizenzgeber lizenzierte Technologie zugrunde, so dass eine nicht exklusive Lizenz sachlich angemessen erscheint.

2.2 Zu Nichtangriffs- und Kündigungsklauseln (Art. 5 Abs. 1 lit. b) TT-GVO-E)

Bereits unter der geltenden TT-GVO sind Nichtangriffsklauseln vom Schutzbereich der GVO ausgeschlossen. Da die Verteidigung unwirksamer Schutzrechte mittels einer Nichtangriffsklausel grundsätzlich anti-kompetitive Wirkung hat, ist das nach Auffassung der DGRI auch richtig. Nach der bisherigen TT-GVO konnte der Lizenzgeber aber die Lizenzvereinbarung kündigen, wenn der Lizenznehmer die lizenzierten, ungültigen Schutzrechte angreift. Durch dieses Kündigungsrecht dürften aber in vielen Fällen die Lizenznehmer vom Angriff eines Schutzrechts abgehalten worden sein, denn der Lizenznehmer hat u.U. Investitionen für die Herstellung von Vertragsprodukten getätigt, die im Falle einer Kündigung durch den Lizenzgeber nutzlos wären. Da erfahrungsgemäß insbesondere marktstarke Unternehmen bei der Lizenzierung von Schutzrechten gerne Nichtangriffsklauseln vereinbaren, hat die Möglichkeit der Kündigung im Ergebnis eine ähnliche Wirkung wie die Nichtangriffsklausel selbst, wie die Leitlinien-E unter Rz. 125 zutreffend ausführen.

Aus Sicht der DGRI wäre deshalb die Herausnahme des Kündigungsrechts aus dem Schutzbereich der TT-GVO-E zu begrüßen.

2.3 Beschränkungen des Lizenznehmers bei der Nutzung oder Entwicklung seiner eigenen Technologien (Art. 5 Abs. 2 TT-GVO-E)

Sofern es sich bei den Vertragsparteien nicht um konkurrierende Unternehmen handelt, soll die Freistellung nach Artikel 5 Abs. 2 TT-GVO-E nicht für unmittelbare oder mittelbare Verpflichtungen gelten, die den Lizenznehmer in der Möglichkeit beschränken, seine eigene Technologie zu verwerten oder eine der Parteien darin Forschungs- und Entwicklungsarbeiten durchzuführen, sofern dies nicht unerlässlich ist, um die Preisgabe des lizenzierten Know Hows an Dritte zu verhindern.

Während entsprechende Beschränkungen im Falle konkurrierender Unternehmen sogar als Kernbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 lit. d) zum vollständigen Entzug der Freistellung führen, sieht die Kommission entsprechende Beschränkungen bei nicht konkurrierenden Unternehmen immerhin noch als so kritisch an, dass zumindest die entsprechende Vertragsklausel vom Schutzbereich der GVO ausgeschlossen sein soll.

Nach Auffassung der DGRI ist diese Regelung angemessen, denn entsprechende Beschränkungen sind nicht sachgerecht und können wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zeitigen.

3. Zusammenfassung und Empfehlungen

3.1 Die DGRI empfiehlt in Art. 1 Abs. 1 lit. b) sub-lit. g) TT-GVO-E die Änderung von „Software-Urheberrechten" in „Urheberrechte an Computerprogrammen, Datenbankwerken und Datenbanken".

3.2 Als Klarstellung zum Anwendungsbereich der TT-GVO empfiehlt die DGRI, im Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 lit. f) TT-GVO-E softwarelizenz-spezifische Beispiele für Waren und Dienstleistungen sowie für Zwischen- und Endprodukte zu ergänzen.

3.3 Zudem empfiehlt die DGRI eine Ergänzung der Definition von „Produktion" in Art. 1 Abs. 1 TT-GVO-E sowie eine entsprechende Kommentierung in den Leitlinien-E (z.B. bei Rz. 44).

3.4 Da es im Zusammenhang mit Software-Urheberrechten wesentlich mehr Vertragstypen gibt als etwa bei Patenten, Geschmacks-/Gebrauchsmustern, Halbleiterrechten u.ä. und die Bestimmung der Anwendbarkeit der TT-GVO-E auf Softwarelizenzvereinbarungen ungleich komplexer ist, empfiehlt die DGRI eine Ergänzung der Erläuterungen zum Anwendungsbereich im Hinblick auf die oben unter 1.3 a.-h. genannten Fallgruppen in den Leitlinien-E.

3.5 Im Hinblick auf Technologiepools empfiehlt die DGRI zur Klarstellung, die in den Leitlinien-E Rz. 244 und 250 aufgeführten Kriterien zur kartellrechtlichen Beurteilung

von Technologiepools und Lizenzvereinbarungen mit den Pools als Regelung in den Text der TT-GVO-E aufzunehmen.

Für Rückfragen und Ergänzungen steht Ihnen die DGRI gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Anselm Brandi-Dohrn
Vorsitzender der DGRI e.V.

Isabell Conrad
Leiterin Fachausschuss
Wirtschafts- & Steuerrecht

- verhindert -

Dr. Mathias Lejeune
Leiter Fachausschuss Vertragsrecht

Dr. Thomas Stögmüller
Leiter Fachausschuss Vertragsrecht