

From:sophist@t-online.de
To:comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu
Date:28/09/2009 17:18:54
Subject:Public consultations - Review of the competition rules applicable to vertical agreements

DG Competition, Unit A2 Antitrust and Mergers Policy and Scrutiny
HT.1171 stakeholder input

Language: German/ Sprache: Deutsch

In der Sache

**Überarbeitung der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung und -Leitlinien
im Rahmen der öffentlichen Anhörung**

Hohe Kommission!

Grundsätzlich ist die fortentwickelnde Anpassung der Gruppenfreistellung für Vertikalvereinbarungen als auch die der zugehörigen Leitlinien begrüßenswert. Als bedauerlich stellt es sich hingegen dar, dass diese Gelegenheit ungenutzt bleibt, insbesondere die Vertikal-Leitlinien auch an anderer Stelle zu überarbeiten.

Aufgrund der Technologietransfergruppenfreistellungsverordnung als auch der begleitenden Leitlinien des Jahres 2004 entwickelten sich Abgrenzungsschwierigkeiten bei dem Vertrieb von Software. In diesem Kontext sind die beibehaltenen wenn auch neu nummerierten Passagen der Vertikal-Leitlinien zumindest Unklarheiten und Fragen erregend, die im Folgenden kurz dargestellt werden und zu Teilen bereits in der entsprechenden Fachliteratur zu kritischen Kommentaren führten:

- (I) In der Rdnr. 40 des Leitlinien-Entwurfes wird (unverändert) ausgeführt, dass Vereinbarungen, das Urheberrecht des Lizenzgebers nicht zu verletzen, freigestellt seien, sofern sie gegen Art. 81 I EGV verstoßen. Fraglich ist dabei bereits, ob es solche Vereinbarungen geben kann und welcher Gestalt solche Vereinbarungen denn im Falle ihrer Existenz sind. Dazu wird bedauerlicherweise geschwiegen. Befremdend wirkt es in diesem Zusammenhang, dass die Kommission scheinbar bei Vereinbarungen, welche über das Urheberrecht getroffen werden, nicht zwischen solchen trennt, die faktische Verstößen gegen das Urheberrecht zu verhindern suchen, und solchen, bei denen der Lizenzgeber versucht, vertraglich seine Rechte über die gesetzlich vorgegebenen Urheberrechte auszuweiten. Insbesondere unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung zu Bestand und Ausübung von Immaterialgütern ist hier deutlich mehr Klarheit wünschens- und erstrebenswert.
- (II) In Rdnr. 41 geht die Kommission offenkund von der Gültigkeit von sog. Schutzhüllenverträgen (*shrink wrap*) und vermutlich auch weiteren Vertragsschlussmodellen (wie etwa im Rahmen sog. Aktivierungen) zwischen Endabnehmer und Softwareentwickler aus. Entsprechend wäre der Vertrieb von Datenträgern mit Software kein Anwendungsfall des Technologietransfers bzw. Heranziehung solcher Regeln, sondern eben eine sonstige, nach der Vertikal-GVO zu beurteilende Vertikalkonstellation. Ein solches Verständnis widerspricht bereits grundsätzlich weitgehend dem Art. 5 Abs. I der Richtlinie 2009/24/EG, nach welcher der Erwerber von Software ohne Weiteres zur Benutzung der erworbenen Software berechtigt ist. Entsprechend kann es im harmonisierten Wirtschaftsraum kaum dazu kommen, dass ein solcher Lizenzvertrag als Vertrag neben dem Kauf- bzw. Erwerbsvertrag zwischen Endabnehmer und Vertrieb abgeschlossen werden muss. Vielmehr erhält der Käufer, ggf. auch aus Gründen des Verbraucherschutzes, die Lizenz bzw. das Nutzungsrecht mit Erwerb der Software. Da also diese Abgrenzung zwischen Vertikal- und Technologietransfer-Regime kaum mit dem europäischen Rechtsordnung zu vereinbaren ist, erscheint sie unsinnig zumal sie zu einer fragwürdigen, abweichenden Behandlung vergleichbarer Sachverhalte führt, will doch die Kommission nämlich allgemein sog. Master-Lizenzen nach den Grundsätzen des Technologietransfers behandeln (s. die entsprechenden Leitlinien, Rdnr. 42).
- (III) Zuletzt sollte auch Rdnr. 42 klarstellend formuliert werden und sorgfältig darstellen, was hardware incorporating software (in der deutschen Sprachfassung heißt es lediglich, dass es sich um Software handeln müsse, die gemeinsam mit Hardware geliefert worden sein muss) umfasst; ob etwa auch sog. Komplett-PCn beiliegende O.E.M.- bzw. *system builder*-Versionen erfasst sein sollen. Ferner bleibt die Kommission die Begründung schuldig, weswegen Weiterverkaufsverbote oder Verwendungsverbote bezüglich anderer Hardware, welche dadurch den Markt für

Gebrauchtssoftware oder den für Hardware beeinträchtigen, freigestellt sein sollen.

In Anblick der aufgezeigten Unklarheiten sollte die Kommission die Gelegenheit für Klarstellungen und Begründung ihrer Überlegungen nutzen.

Hochachtungsvoll

Dipl.-Jur. Arne Nordmeyer
Nelkenweg 11
D-29690 Bothmer