

von Rechtsanwältin **Yvonne A. E. Schulten**

Software-Verträge und Gruppenfreistellungsverordnung

Wettbewerbsbeschränkungen in Software-Verträgen können kartellrechtswidrig sein. Das kann u.a. die Nichtigkeit des Vertrages und empfindliche Bußgelder zur Folge haben. Fällt eine Vereinbarung unter das Kartellverbot kann sie allerdings aufgrund einer Freistellung wirksam sein. So genannte Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) regeln solche Freistellungen explizit. Bei Software-Verträgen bereitet insbesondere die Abgrenzung zwischen der Vertikal-GVO und der TT-GVO Schwierigkeiten ...

1. Das Kartellverbot

Im europäischen Kartellrecht gilt Art. 101 Abs.1 AEUV (vormals Art. 81 EGV):

“

"Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken [...]."

”

Sind diese Voraussetzungen sowie ungeschriebene Tatbestandsmerkmale wie die so genannte „Spürbarkeit“ (dabei geht es um erforderlich Marktanteilsschwellen) erfüllt, ist die jeweilige Vereinbarung bzw. der Beschluss oder die Verhaltensweise verboten.

2. Freistellung

Es kann aber eine Freistellung vom Kartellverbot greifen. Art. 101 Abs.3 AEUV regelt, dass die Regelungen des Art. 101 Abs.1 AEUV für nicht anwendbar erklärt werden können:

“

"Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf
§-§ Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
§-§ Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
§-§ aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,
die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

§ 3 Abs. 1 a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
§ 3 Abs. 1 b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten."

”

Ob ein solcher Fall vorliegt, ist eine Abwägungsfrage im Einzelfall. Wenn ein Software-Vertrag unter eine GVO fällt, vereinfacht sich die Prüfung. Denn dann muss nicht im Einzelfall geprüft werden, ob die in Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Voraussetzungen erfüllt sind, sondern die Freistellungsbedingungen der jeweiligen GVO sind zu prüfen.

Ist eine GVO anwendbar und sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht eine Freistellung vom Kartellverbot.

3. Abgrenzung zwischen der Vertikal- und der TT-GVO

Bei Software-Verträgen sind neben der F&E-GVO (Forschung und Entwicklung) und der Spezialisierungs-GVO insbesondere relevant die

- Vertikal-GVO Nr. 330/2010 und die
- Technologie-Transfer-GVO Nr. 772/2004 (TT-GVO).

Die Abgrenzung zwischen den beiden Verordnungen kann mitunter schwierig sein.

Praxistipp: Ausgangspunkt ist der jeweilige Vertragstyp. Denn die Anwendungsbereiche der jeweiligen GVO knüpfen an bestimmte Vertragstypen an. Bei gemischt-typischen Verträgen richtet sich die Einordnung in der Regel nach dem vertraglichen Schwerpunkt.

Folgende Anhaltspunkte können für die Einordnung herangezogen werden. Es ist jedoch Vorsicht geboten, da es auf die Details des jeweiligen Vertrages ankommt und zum Teil unterschiedliche Auffassungen für die Einordnung vertreten werden.

a) Vertikal-GVO

Die GVO erfasst nur vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. Absprachen zwischen Unternehmen, die in einem Lieferanten-Kunden-Verhältnis stehen.

Sie ist anwendbar auf Verträge über den „Bezug, Kauf und Weiterverkauf“ von „Waren oder Dienstleistungen“. Es werden im Grundsatz folgende Einordnungen vertreten:

- Reine Software-Vertriebsverträge im Sinne so genannter Shrink-Wrap-Verträge fallen unter die Vertikal-GVO. Dabei kommt es darauf an, dass nicht zwischen dem Software-Hersteller und dem Vertriebspartner eine Lizenz einräumung stattfindet, sondern zwischen dem Software-Hersteller und den Endkunden, mit denen der Vertriebspartner einen Vertrag über die Softwareüberlassung geschlossen hat. Hinweis: Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit der GVO ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtmäßigkeit solcher Vertragskonstellationen in Deutschland nicht anerkannt ist.
- Bei Gewährung einer Lizenz an den Vertriebspartner zur Einräumung von Unterlizenzen an dessen Endkunden ist die Vertikal-GVO dahingegen nicht anwendbar (Lizenzkette Software-Hersteller – Vertriebspartner – Endkunde).
- Unkörperliche Überlassung von Software ist von der Vertikal-GVO wohl nicht erfasst.
- Bei Vertriebsverträgen über Hardware mit vorinstallierter Software kann die Vertikal-GVO gelten.
- Wartungs-/Pflegeverträge können als Dienstleistungsvertrag unter die Vertikal-GVO fallen, wenn es sich nicht um reine Update-Verträge handelt und die Lizenz einräumung im Vordergrund steht.

b) TT-GVO

Die GVO erfasst neben vertikalen auch horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. Absprachen zwischen direkten Wettbewerbern bzw. Unternehmen der gleichen Produktionsstufe.

Sie bezieht sich auf Vereinbarungen zur Erteilung von Technologie-Lizenzen zum Zwecke der Produktion. Es muss außerdem das mit der Verwertung verbundene Risiko zum Teil beim Veräußerer bleiben. Das wäre beispielsweise bei erfolgsabhängiger Vergütung der Fall.

Das Kriterium der Produktion ist von entscheidender Bedeutung und aus ihm folgt grundsätzlich:

- Bei Gewährung einer Lizenz durch den Software-Hersteller zur Einräumung von Unterlizenzen an Endkunden kann die TT-GVO anwendbar sein, beispielsweise bei Überlassung einer Masterkopie der Software auf einem Datenträger an den Vertriebspartner zur Herstellung und zum Vertrieb der Software. Es werden Kopien der Software angefertigt und dem Endkunden vom Vertriebspartner Rechte im Wege der Unterlizenz eingeräumt.
- Softwareverträge mit Endkunden fallen in der Regel nicht unter die TT-GVO.
- Teilweise wird die Anwendbarkeit der TT-GVO vertreten bei Inkorporation von Software in ein anderes Produkt. Denn die Softwarelizenz diene in einem solchen Fall auch der Herstellung von Vertragsprodukten.
- Software-Entwicklungsverträge sind in der Regel erfasst, beispielsweise wenn eine Lizenz an einer Software zur Entwicklung und Herstellung eines neuen oder verbesserten Produktes eingeräumt wird.

Praxistipp: Fällt der Software-Vertrag unter eine GVO und ist er nach der GVO freigestellt, erübrigt sich die Vorfrage, ob überhaupt ein Kartellverbot vorliegt. Diese Vorfrage kann mitunter schwierig zu beantworten sein, da die für ein Kartellverbot erforderliche Spürbarkeit durch Abgrenzung des betroffenen sachlichen und geografisch relevanten Marktes zu ermitteln ist, was bei Software-

Produkten nicht immer einfach ist.

4. Fazit

Bereits die Frage, ob ein Software-Vertrag unter das Kartellverbot fällt, kann mit einer aufwendigen Prüfung verbunden sein. Fällt der Vertrag unter eine GVO und greifen deren Voraussetzungen für eine Freistellung, besteht insofern im Ergebnis Rechtssicherheit. Vor allem die Vertikal-GVO und die TT-GVO spielen daher in der Praxis eine wichtige Rolle bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Software-Verträgen.

Autor:

RAin Yvonne A. E. Schulten

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Informationstechnologierecht