

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
<i>1. Kapitel: Einleitung</i>	1
<i>2. Kapitel: Der rechtliche Schutz von Software</i>	15
<i>3. Kapitel: Softwareverträge und Softwarelizenzen</i>	37
<i>4. Kapitel: Ökonomische Besonderheiten auf Softwaremärkten</i>	91
<i>5. Kapitel: Spezifische Anforderungen an die Software-Kartellaufsicht aus ökonomischer Perspektive</i>	105
<i>6. Kapitel: Skizze des Systems der Art. 101 ff. AEUV sowie der weiteren Instrumente des Kartellrechts</i>	135
<i>7. Kapitel: Analyserahmen zur Beurteilung von Softwarevereinbarungen nach Maßgabe des Art. 101 AEUV</i>	153
<i>8. Kapitel: Einzelne Modalitäten und Klauseln auf dem Prüfstein</i>	299
<i>9. Kapitel: Umsetzung in deutsches Recht und in Deutschland</i>	443
<i>10. Kapitel: Kritik und Alternativen: Gestalt möglicher Software-Gruppenfreistellungsverordnungen</i>	447
<i>11. Kapitel: Ausblick</i>	501
<i>12. Kapitel: Gesamtergebnis</i>	507
Literaturverzeichnis	517
Sachverzeichnis	543

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
1. Kapitel: Einleitung	1
<i>A. Einführung in die Thematik</i>	<i>1</i>
<i>B. Untersuchungsgegenstand, -rahmen und -ziel</i>	<i>7</i>
<i>C. Gang der Untersuchung</i>	<i>8</i>
<i>D. Methode dieser Untersuchung</i>	<i>9</i>
I. Kartellfreistellungen nach Kartellverboten	9
II. Beurteilungsmaßstab	9
III. Ausgewertete Literatur	10
<i>E. Terminologie</i>	<i>11</i>
<i>F. Stetige Änderung bzw. „Fortentwicklung“ des europäischen Kartellrechts</i>	<i>12</i>
I. Erneuerung der Vertikal-GVO (2010) sowie der Spezialisierungs- und der FuE-GVO (2011)	13
II. Kontinuität von der TT-GVO 2004 zur TT-GVO 2014	13
<i>G. Die Rolle des nationalen Kartellrechts</i>	<i>13</i>
2. Kapitel: Der rechtliche Schutz von Software	15
<i>A. Software</i>	<i>15</i>
I. Begriff und Kategorien von Software	15
II. Erscheinungsformen von Software (Quellcode und Objektcode)	17
III. Abgrenzung von Hard- und Software	18
1. Die Abgrenzbarkeit von Hard- und Software	18
2. Virtualisierung, Clouds, Streams, Services	18
IV. Abgrenzung von Software und Daten	19
V. Kopien bzw. Datenträger als Vervielfältigungsstücke und Absatzwege	19
VI. Zwischenergebnis	20

<i>B. Die rechtliche Schutzdimension von Software</i>	20
I. Nationales (deutsches), europäisches und internationales Recht des Geistigen Eigentums	20
II. Urheberrechtlicher Schutz	21
1. Softwareschutz durch das deutsche Urheberrechtsgesetz (UrhG)	21
a. Schutz implementierter Werke und Schutz von Software-Teilen	22
b. Der rechtliche Schutz von Schnittstellen und Standards	24
2. Softwareschutz durch die Computerprogramm-Richtlinie (91/250/EWG bzw. 2009/24/EG)	25
III. Patentrechtlicher Schutz	25
1. Softwareschutz durch das deutsche Patentgesetz (PatG)	25
2. Softwareschutz durch europäische Patente	27
IV. Kollision oder Kumulation urheberrechtlichen und patentrechtlichen Schutzes	28
1. Vergleich zwischen urheberrechtlichem und patentrechtlichem Schutz	28
2. Überschneidung und Zusammenfall von Urheber- und Patentrechtsschutz	29
V. Softwareschutz über Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster oder Marken	31
VI. Software und zugehöriges Wissen als Know How	31
1. Der Know How-Begriff	31
2. Rechtlicher Schutz von Know How	31
3. Zwischenergebnis	33
<i>C. Die faktische Schutzdimension von Software</i>	33
<i>D. Zusammenwirken rechtlichen und faktischen Softwareschutzes</i>	34
<i>E. Zusammenfassung und Würdigung</i>	35
3. Kapitel: Softwareverträge und Softwarelizenzen	37
<i>A. Vertragsgegenstand Software und gewillkürte Zuordnung dieser</i>	37
I. Der Lizenz-Begriff	37
II. Vertraglicher Rahmen	40
III. Konzentrierung und Kollektivierung von Software-Rechten bei Gemeinschaftswerken	41
IV. Gemeinschaftsweite Erschöpfung und „Gebrauchsoftware“	42
V. Zwischenergebnis	49
<i>B. Softwarevertragsrecht und Typologie des Softwarevertragsrechts</i>	50
I. Überlassung von Standardsoftware	50
1. Betriebssysteme und ihr Vertrieb	52
a. Vertrieb von Betriebssystemen	52

b. Interoperabilität und offene Formate	55
2. Computerspiele	55
3. Der Einbezug von Nutzungsbestimmungen (EULA) durch OK-Klicks, Online-Aktivierung etc.	56
4. Digitale Distribution und Stream-Nutzung	57
a. Digitale Distribution	57
b. Software-Nutzung via ASP, SaaS, Stream, Cloud etc.	58
5. Typische Klauseln für Einsatz- und Weiterverwendungsbeschränkungen	59
a. Allgemeines	59
b. „Kampf dem Gebrauchten“ – Der Kampf gegen Gebrauchtsoftware	60
6. Technische Schutzmaßnahmen	62
a. Möglichkeiten durch TPM bzw. DRM	62
b. Einsatzunterschiede gegenüber Privaten und Unternehmen ...	64
c. Selbsthilferechte	64
7. Beteiligte Akteure und Gang der Lizenzierung	64
a. Entwicklungsstufe	65
b. Vertriebsstufe	65
c. Zwischenergebnis	66
d. Gang der Lizenzierung: Der Weg des Nutzungsrechts bis zum Endnutzer	66
II. Vertriebsverträge	68
1. Exklusivitätsregeln und Wettbewerbsverbote	69
2. Vertriebsvorgaben wie Abgabebeschränkungen und -selektionsvorgaben (etwa OEM- und Upgrade-Versionen)	70
3. Implementierung von TPM/DRM	71
4. Voreinstellungen	71
III. Erstellung und Überlassung von kundenspezifischer Software (Software-Erstellung und Customizing)	71
IV. Engine- und Modul-Lizenzierungen und Software-Werkzeuge (Tools)	73
V. Schnittstellen-, Standard- und Dateiformat-Lizenzierungen	75
VI. Videokonsolenspiellizenz	75
VII. Portierungslizenz und -auftrag („Softwareübersetzung“)	77
VIII. Free Software und Open Source-Lizenzen (F/OSS)	77
1. F/OSS, Wikipedia, Creative Commons, Web 2.0 usf.: Neuartige Formen der Softwareerschaffung	78
2. Mögliche Bestimmungen	80
a. Copyleft (Viraler Effekt)	80
b. Lizenzgebührenverbot/Kostenlosigkeit bzw. Unentgeltlichkeit	81
c. Patentklauseln	81
IX. Software-Wartungs- und Pflegeverträge	81
X. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen (FuE)	82

XI.	Allgemeine Klauseln und Vertragsmodalitäten	82
1.	Nicht-Geltendmachungsvereinbarungen	82
2.	Nichtangriffsklauseln	82
3.	Rechts- und Gerichtswahl	83
4.	Einschaltung von Handelsvertretern	83
5.	Quellcode-Hinterlegung (Escrow)	83
6.	Multiple Licensing (parallele Lizenzierung nach verschiedenen Lizenzbestimmungen) und Lizenzkompatibilität	83
XII.	(Rechte-)Pools	84
XIII.	Besonderheiten der öffentliche Beschaffung bzw. Auftragsvergabe ...	84
C.	<i>Privatrechtliche Grenzen der Vertragsgestaltung</i>	84
I.	Urheberrechtliche Grenzen	85
II.	Sonstige privatrechtliche Grenzen	86
III.	Verhältnis dieser Grenzen zueinander und zum Kartellrecht	86
D.	<i>Zusammenfassung und Anmerkungen</i>	87
4.	Kapitel: Ökonomische Besonderheiten auf Softwaremärkten ...	91
A.	<i>Marktstrukturen</i>	91
I.	Starrer Markt dynamischer Produkte	91
1.	Statistik: Betriebssysteme	91
a.	Personalcomputer	91
b.	Smartphones und andere Geräte	92
2.	Statistik: Office-Programmpakete (Office Suites)	93
3.	Statistik: Browser	94
4.	Analyse und Zwischenergebnis	94
II.	Netzwerkeffekte	95
1.	Definition der direkten und indirekten Netzwerkeffekte	95
2.	Standardisierung, Kompatibilität, Interoperabilität: Netzwerkeffekte als Expansionsfaktoren und Faktoren der Marktstatik	96
3.	Brückenkopffunktion: Einfluss auf weitere (Downstream-)Märkte	99
4.	Ökonomische Folgen und Zwischenergebnis	101
B.	<i>Kostenstrukturen bei Software</i>	101
I.	Aus Perspektive der Entwickler	101
1.	Hohe Entwicklungskosten, geringe Stückkosten	101
2.	Zunahme der Entwicklungskosten	103
II.	Aus Perspektive der verwendenden Erwerber	103
C.	<i>Zusammenfassung</i>	104

5. Kapitel: Spezifische Anforderungen an die Software-Kartellaufsicht aus ökonomischer Perspektive	105
A. <i>Binnenmarkt, Wettbewerb und Harmonisierung des Immaterialgüterrechts in Europa</i>	105
B. <i>Wechselwirkungen der Kartell- und Schutzrechteordnung mit Bezug zu Software</i>	106
I. Unbestimmte theoretische Grundlagen und Normierung des More Economic Approach	106
II. Die ökonomische Analyse des Immaterialgüterrechts auch aus europäischer Perspektive	109
1. Die europäische Perspektive und rechtspolitische Tendenzen	109
2. Besonderheiten des geistigen Eigentums und der Software	111
a. Geistiges Eigentum als „Monopol“ mit Ausschlusswirkung und Möglichkeiten des Blockadebrechens	111
b. Unterschiede zwischen geistigem Eigentum und Sacheigentum	113
aa. Verkörperung bzw. Manifestation statt Gegenständlichkeit	113
bb. Anreizgedanken und persönlichkeitsrechtliche Färbung	114
cc. Erschöpflichkeit des Immaterialgutes	114
c. Besonderheiten des Immaterialgutes Software	116
aa. Software als Wirtschaftsgut und ökonomische Herausforderungen	116
bb. Geheimhaltung: das „behütete Feuer“ Quellcode	116
cc. Anreizmodelle jenseits klassischer Investitionsamortisierung durch Lizenzgebühren	117
dd. Besonderheiten der Software und des (rechtlichen) Softwareschutzes	118
ee. Möglicher staatlicher Maßnahmenkatalog jenseits des Kartellrechts	122
d. Zwischenergebnis	124
3. Konflikt zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht	125
a. Konflikt zwischen nationalen Rechten und europäischer Wettbewerbsordnung, europäischen Rechten und europäischer Wettbewerbsordnung	125
b. Kartellrechtliche Folgen und Maßnahmen zur Wohlfahrtssteigerung: Insbesondere Zwangslizenzen und Grenzen vertraglicher Freiheit	127
c. Besondere Anforderungen an kartellrechtliche Maßnahmen bezogen auf Softwaremärkte und -rechte	129
C. <i>Zusammenfassung des Zustandes als (kartellrechtliche) Herausforderung</i>	130

6. Kapitel: Skizze des Systems der Art. 101 ff. AEUV sowie der weiteren Instrumente des Kartellrechts	135
<i>A. Art. 101 AEUV und Gruppenfreistellungsverordnungen</i>	135
<i>B. Art. 102 AEUV</i>	136
I. Allgemeines	136
II. Art. 101 und Art. 102 AEUV im Vergleich und ihr Verhältnis zueinander	136
III. Die Microsoft-Verfahren	137
1. Sachverhalte	137
2. Zentrale Argumentationsmuster	139
<i>C. Die Fusionskontroll-Verordnung</i>	140
I. Maßstab der Fusionskontrolle	140
II. Verhältnis zu Art. 101 AEUV	141
III. Anwendungsfälle mit besonderem Bezug zum IP/IT-Recht	141
1. Medienrecht	141
2. Oracle ./ Sun	141
a. Sachverhalt	141
b. Argumentationslinien insbes. im Zusammenhang zu F/OSS ...	142
3. Microsoft u. a.: CPTN-Gründung	143
a. Sachverhalt	143
b. Argumentationslinien insbes. im Zusammenhang zu F/OSS ...	144
4. Motorola ./ Google	145
a. Sachverhalt	145
b. Argumentationslinien insbes. im Zusammenhang mit F/OSS ..	145
5. Zusammenfassung und Bewertung der vorgestellten Fälle	148
<i>D. Die rechtliche Qualität weiterer Quellen</i>	149
I. Leitlinien	149
II. Bekanntmachungen	150
<i>E. Verfahrensrecht zu Art. 101 AEUV, insbesondere nach der EGV 1/2003</i>	150
<i>F. Zusammenfassung des europäischen kartellrechtlichen Instrumentariums</i>	151
7. Kapitel: Analyserahmen zur Beurteilung von Software- vereinbarungen nach Massgabe des Art. 101 AEUV	153
<i>A. Vorfrage: Europäisches Recht und europäische Methodenlehre</i>	153
I. Deutsche Methodenlehre als Ausgangs- und Vergleichspunkt	154
II. (Ausgebliebener?) Europäischer Methodendiskurs	155
1. Methodik zur Findung und Bildung europäischen Rechts	156

2. Methodik zur Auslegung und Analogiebildung	
im europäischen Recht	157
a. Europäischer status quo	157
b. Die Rolle der ökonomischen Analyse als Auslegungskriterium	159
c. Übergang zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung	
und deren Anforderungen	161
aa. Allgemeines zur Analogie	162
bb. Notwendigkeit und Möglichkeit der Analogiebildung	
bei Gruppenfreistellungsverordnungen	164
cc. Extensive oder restriktive Auslegung der	
Gruppenfreistellungsverordnungen	170
III. Zwischenergebnis	171
<i>B. Kartellverbote: Die tatbestandlichen Voraussetzungen</i>	
<i>des Art. 101 Abs. 1 AEUV</i>	171
I. Kontrollierbare Akteure: Unternehmen	171
II. Kontrollierbares Verhalten: Koordinierungen und Vereinbarungen	172
1. Verträge über Rechtsinhaberschaftswechsel und Gestattungen	
(Lizenzen)	173
2. Vereinbarung gesetzlicher Regeln – Statuierung des legalen	
status quo	174
3. Sonstige Vertragsgestaltungshindernisse	175
4. Technische Schutzmaßnahmen (TPM/DRM)	175
III. Bewirkung oder Bezwecken eines Wettbewerbshindernisses	179
1. Regelbeispiele Art. 101 I lit. a), b) Var. 1 u. 2, lit. c), d), e)	
(Wettbewerbsbeschränkungen bzgl. Absatz und Vertrieb)	180
2. Regelbeispiel Art. 101 I lit. b) Var. 3 (u. 4)	
(Entwicklungskontrolle)	181
3. Kernbeschränkungen der Gruppenfreistellungsverordnungen	
als Grundlage zur Konkretisierung des Tatbestandes des	
Art. 101 I AEUV	182
IV. Zwischenstaatlichkeitsrelevanz, betroffene Märkte und Spürbarkeit	184
1. Binnenmarktrelevanz	184
2. Betroffener Markt sowie Wettbewerbs- und	
Nicht-Wettbewerbsverhältnisse der Akteure	185
a. Differenzierung nach horizontalen und vertikalen Verhältnissen	185
b. Betroffene Märkte und Marktmacht der Akteure	186
aa. Marktkategorien im Technologiesektor: Erfindungsmarkt,	
Technologiemarkt und Produktmarkt	186
bb. Sachliche Bestimmung der Softwaremärkte	187
(1) Plattformabhängigkeit und allgemeine Abhängigkeit	
von bestehenden Produkten	188
(2) Funktionalität und Versionen	191
(3) Preise und Kosten	192

(a) Kaufpreis und Lizenzgebühren (direkte Anschaffungskosten)	192
(b) Migrations- und sonstige Folgekosten	193
(c) Zwischenergebnis	193
(d) Diskussionen um Gebrauchtswaremärkte („Second-Hand-Markt“ mit geringeren Preisen)	194
(4) Kompilationen, Pakete, Suites et cetera	197
(5) Dynamische Faktoren	198
(6) Anschlussmärkte, einschließlich Wartungsmärkte	199
(7) Geschmacksfaktoren sowie weitere subjektive Faktoren und deren Relevanz	200
(a) Marken-Affinität	200
(b) Quelloffene Software als eigene Produktkategorie	200
(c) Computerspiele	201
(aa) Funktionalität und technische Aspekte	202
(bb) Autoren und Titelfiguren	203
(cc) Aufwand und Entwicklungskosten	203
(dd) Mehrspielerfunktionalität und Anzahl möglicher Spieler	203
(ee) Zielgruppe: Casual oder Hardcore	204
(ff) Genres	204
(gg) Vermarktungsperioden	206
(hh) Kommerzielle Abnehmer und Vertrieb	207
(ii) Netzwerkeffekte und Marktmacht der Anbieter	207
(jj) Gesamtbetrachtung zu Computerspielen	208
cc. Geographische Bestimmung der Softwaremärkte	208
dd. Marktanteile und deren statistische Erfassung	209
c. Marktzutrittschancen zu Softwaremärkten	211
d. Zusammenfassung der Marktfaktoren	213
3. Beschränkungen von (zu) geringer Relevanz (Bagatellen)	213
V. (Immaterialgüterrechtlich bedingte) Tatbestandsrestriktionen	214
1. Lehre des spezifischen Gehalts eines Immaterialgüterrechts	214
a. Allgemeines Dogma der Trennung zwischen Bestand und Ausübung	214
b. Spezifischer Schutzgegenstand der Softwareschutzrechte	215
c. Kritik	217
2. Art. 101 I – immanente Abwägung bzw. Vorabwägung (Rule of Reason)	218
3. Weitere Ansätze und Lehren zur Berücksichtigung des Immaterialgüterrechts	218
4. Stellungnahme und Zwischenergebnis	219
VI. Zwischenergebnis	221
C. Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 101 Abs. 3 AEUV	222

I.	Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnung	222
1.	Freistellungsmöglichkeiten durch die Technologietransfer-GVO 2004 (TT-GVO 2004)	223
a.	Rechtssetzungshistorie	223
b.	Prämissen	225
c.	Spezifika der Software	226
d.	Voraussetzungen der Anwendbarkeit	226
aa.	Vereinbarungen und darin beteiligte Akteure	226
bb.	Software als zu transferierende Technologie nach der TT-GVO 2004	226
(1)	Software-Urheberrecht, Software-Patente, Software-Know How	226
(2)	Übermittlungsform (Source Code oder Object Code) ..	228
(3)	Verbundene und integrierte Rechte des geistigen Eigentums	229
cc.	Transferbegriff und Verhältnis zur Entäußerung	230
dd.	Zum Zweck der Produktion der Vertragsprodukte transferierte Technologie	231
(1)	Integration in Hardware (insbes. Embedded Systems) ..	232
(2)	Einbettung und Vermengung mit anderer Software und die Übermittlung von Quellcode	233
(3)	Softwarenutzung zur Erzeugung und Anpassung weiterer Software	235
(4)	Kundenspezifische Software (Individualsoftware)	235
(5)	Softwarevervielfältigung, -vertrieb, -nutzung	236
(a)	Vervielfältigung und Datenträgerproduktion	236
(b)	Rein digitale Vervielfältigung und Online-Vertrieb ..	237
(c)	Zwischenergebnis	238
(6)	Softwareüberlassung und Folgeprodukte als Dienstleistungserbringung	238
(a)	Lehre des „spezifischen Endprodukts“	239
(b)	Lehre der erheblichen technischen Unterstützungsfunktion durch die Software und die verwandte Lehre der „funktionsorientierten Software“	239
(c)	Lehre der Erkennbarkeit für die Vertragsparteien ..	240
(d)	Stellungnahme und eigener Ansatz	241
(7)	Sonstige Softwareüberlassung im Rahmen von Standardbürosoftware, nicht aber Basissoftware	242
ee.	Bewertung und Zwischenergebnis	243
ff.	Untersuchung typischer Konstellationen bzgl. des Anwendungsbereiches der TT-GVO 2004	245
(1)	Softwarebeschaffung und -nutzung	245
(2)	OEM und andere Fälle gebündelten Vertriebs	245

(a) Vorinstalliertes Betriebssystem und andere Software	245
(b) Sonstige Bundles	246
(3) Softwarevertrieb im Übrigen	247
(4) Vereinbarungen über Normen und Standards	247
(5) Konsolenspielherstellunglizenz	247
(6) Lizenzierung von Software-Teilen, SDKs etc.	248
(7) Cloud Computing, SaaS, Virtualisierung etc.	248
(8) F/OSS	249
(9) Technologiepool	249
gg. Zwischenergebnis	250
e. Freistellungsvoraussetzungen bzw. Freistellungshindernisse	251
aa. Erreichen der jeweiligen Marktanteilsschwellen:	
Technologie- und Produktmärkte	251
bb. Befreiung verhindernde Kernbeschränkungen und nicht freistellungsfähige Klauseln	252
cc. Rechtsfolge: Freistellungsumfang und -dauer	252
f. Entzug der Gruppenfreistellung im Einzelfall nach Art. 6 TT-GVO	252
g. Zwischenergebnis	253
2. Freistellungsmöglichkeiten durch die Technologietransfer-GVO 2014 (TT-GVO 2014)	253
a. Rechtssetzungshistorie	253
aa. Rahmenbedingungen	253
bb. Vorstellung einer ökonomischen Studie im Dezember 2011	254
cc. Vorstellung des TT-GVO-E 2014 im Februar 2013	254
(1) Anwendungsbereich	255
(2) Begriff des Technologie-Transfers und Reichweite der Freistellung	255
(3) Kernbeschränkungen und nicht-freigestellte Beschränkungen	255
(4) Marktanteilsschwellen	256
(5) Verhältnis zu anderen GVOen und Schlussbestimmungen	256
(6) Überarbeitung der TT-Leitlinien	256
(7) Stellungnahmen zu diesen Entwürfen	257
(8) Summarische Bewertung dieser Entwürfe	258
dd. Finale Fassung der TT-GVO 2014	258
b. Prämissen und Softwarespezifika	259
c. Voraussetzungen der Anwendbarkeit	259
aa. Beteiligte Akteure	259
bb. Software als zu transferierende Technologie nach der TT-GVO	259
(1) Software-Urheberrechte, Software-Patente, Software-Know How	259

(2) Übermittlungsform (Quellcode oder Objektcode)	260
(3) Erstreckung der Freistellung auf sonstige Rechte des geistigen Eigentums	260
cc. Transferbegriff und Verhältnis zur Entäußerung	260
dd. Ziel der Produktion	261
ee. Von der TT-GVO erfasste Softwareverträge	261
(1) Embedded Systems	261
(2) Software-Integration, Software-Werkzeuge, Quellcode-Überlassung, F/OSS etc.	261
(3) Softwareüberlassung und Dienstleistungserbringung mittels der überlassenen Software	262
(4) Infrastrukturdienstleistungen wie Cloud, ASP, SaaS etc.	262
(5) Softwarevertrieb	263
d. Freistellungs Voraussetzungen bzw. Freistellungshindernisse . .	263
e. Subsidiarität zu FuE- und Spezialisierungs-GVO	264
f. Sonstige Bestimmungen	264
g. Zwischenergebnis	264
3. Analoge Anwendung der TT-GVO	265
a. Seitens der Kommission angekündigte Regelungslücke im Zeichen begrenzter Ermächtigung: Bipolarität der TT-GVO . . .	265
b. Eine weitere Lücke, die die Kommission ließ: Masterssoftwarelizenzen, Golden Discs und Online-Vertrieb . . .	266
c. Allgemeine Ausweitung auf alle Arten von Urheberrechten . . .	267
d. Zwischenergebnis	268
4. Freistellungsmöglichkeiten durch die Forschungs- und Entwicklungs-GVO	268
a. Allgemeines	268
b. Voraussetzungen der Anwendbarkeit	269
aa. Allgemeines	269
bb. Typische Anwendungskonstellationen	270
cc. Verhältnis zur TT-GVO	270
c. Freistellungs Voraussetzungen bzw. Freistellungshindernisse . .	271
d. Zwischenergebnis	271
5. Freistellungsmöglichkeiten durch die Spezialisierungs-GVO	272
6. Freistellungsmöglichkeiten durch die Vertikal-GVO	273
a. Allgemeines	273
b. Voraussetzungen der Anwendbarkeit	274
aa. Allgemeines	274
bb. Ausschluss der Anwendbarkeit im Falle geistigen Eigentums als Hauptgegenstand der Vereinbarung	274
(1) Vertriebs- und Überlassungskonstellationen	274
(a) Vorgaben der Kommission und Würdigung dieser . .	274
(b) Kritik und Diskussion	276
(c) Zwischenergebnis	283

(2) Software als sonstiges Neben- bzw. Beiprodukt	283
(3) Temporäre Softwareüberlassung	284
(4) „Voluminisierungs-Lizenz“	284
(5) Zwischenergebnis	284
cc. Die Vertikal-GVO bei (temporärer) Überlassung via Stream, Cloud usf.	284
dd. Die Vertikal-GVO in (sonstigen) Dienstleistungs- konstellationen	286
c. Freistellungsvoraussetzungen bzw. Freistellungshindernisse . .	287
d. Zwischenergebnis	287
7. Analoge Anwendung der Vertikal-GVO	288
8. Sonstige „Ausstrahlungswirkung“ der GVOen	288
9. Vergleich, Anwendungshierarchie und Spezialität der GVOen . .	288
10. Zwischenergebnis	291
II. Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV direkt.	291
1. Allgemeiner Rahmen: Die kumulativ zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV	292
a. Verbesserung der Warenerzeugung/-verteilung, technologischer Fortschritt oder wirtschaftlicher Fortschritt . . .	292
b. Verbraucherwohlfahrt (Beteiligung der Verbraucher)	292
c. Beschränkungen, die unerlässlich sind oder die den Wettbewerb nicht ausschalten (Art. 101 III lit. a, lit. b AEUV) .	293
2. Spezielle Kommissionsvorstellungen	293
a. Allgemeine Lehren, insbes. das Markterschließungs-Dogma . . .	293
b. Grundsätzlich kein Wettbewerbsverstoß bei mindestens vier Wettbewerbern mit eigener Technologie	294
3. Zwischenergebnis	295
D. Exkurs: Die Rechtsfolge gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV	295
I. Zivilrechtliche Rechtsfolge	295
II. Öffentlich-rechtliche Sanktionsmöglichkeiten	296
E. Kurze Zusammenfassung des analytischen Rahmens	296
8. Kapitel: Einzelne Modalitäten und Klauseln auf dem Prüfstein . .	299
A. Freie und Open Source-Software (F/OSS) und ihre typischen Klauseln	299
I. F/OSS-Akteure als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn	300
II. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	305
1. Lizenzgebührenverbot bzw. Bestimmungen zur Kostenlosigkeit . .	305
a. Auswirkung bzgl. F/OSS-Distributoren einschl. Plattformen . .	306
b. Auswirkung bzgl. F/OSS-Entwickler	310
c. Zwischenergebnis	311
2. Copyleft-Klausel (Viraler Effekt)	311

3.	Weitere (Vertriebs-) Auflagen	317
4.	Ausschluss abweichender bzw. individueller Vereinbarungen	318
5.	Patent- und Patentvergeltungsklauseln	319
	a. Patentrechte und „Patentleift“	319
	b. Patentvergeltung und weitere Patentbestimmungen	321
6.	Aufhebung der F/OSS-Lizenzgewährung bei fortgesetzter Lizenzierung durch den F/OSS-Lizenznehmer	323
7.	OSD und FSD (= F/OSS-Standards)	324
8.	Sonstige negative Effekte	325
9.	Zwischenergebnis	327
III.	Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	328
	1. Freistellung durch die TT-GVO	328
	a. Anwendbarkeit der TT-GVO	328
	aa. Ausschluss als Technologie-Pool	328
	bb. Zwei-Parteien-Begrenzung der TT-GVO	328
	cc. Quellcode-Erfordernis und F/OSS	330
	b. Freistellungshindernisse	331
	aa. Verstoß gegen Art. 4 I lit. d) bzw. Art. 5 II TT-GVO	332
	bb. Verstoß gegen Art. 4 I lit. c) bzw. II lit. b) TT-GVO	333
	cc. Verstoß gegen Art. 5 I lit. a) TT-GVO (Rücklizenzierung)	333
	dd. Hilfsweise: Verstoß gegen Art. 5 I lit. b) (Patentangriffsausschluss)	335
	ee. Hilfsweise: Verstoß gegen Art. 4 I lit. a) bzw. Art. 4 II lit. a) TT-GVO (Preisfestsetzung)	336
	ff. Zwischenergebnis	337
	2. Freistellung durch die FuE-GVO	337
	3. Freistellung durch die Vertikal-GVO	338
	a. Anwendbarkeit der Vertikal-GVO	338
	b. Hilfsweise: Freistellungshindernisse	341
	4. Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 III im Übrigen	341
	a. Positive ökonomische Effekte	342
	b. Erforderlichkeit	345
	5. Quantifizierungsfaktoren und Marktabgrenzungen	348
	6. Gesamt abwägung und Zwischenergebnis	349
B.	Softwareentwicklungsverträge	351
	I. Auftragssoftware (Individualsoftware)	351
	II. Komponenten- und Entwicklungswerkzeugverträge	352
	1. Rücklizenzierung (Grant Back)	352
	a. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	352
	b. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	355
	aa. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	355
	bb. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	356
	2. Running Royalties	357
	3. Zwischenergebnis	358

<i>C. Softwarebeschaffungsverträge</i>	358
I. Die Beschaffung als solche	358
II. Gebrauchtssoftwareweiterverkaufsverbot	359
1. Untersagung des Weiterverkaufs im Sinne des Verbots des „Gebrauchtssoftwarehandels“ – Abgrenzung von anderen Klauseln	359
2. Negative Effekte nach Art. 101 I	360
a. Die Anwendbarkeit des § 34 I UrhG und dieser als Bestandteil des spezifischen Schutzgegenstandes	360
b. Negative Auswirkungen auf die Vertragsgegenseite bzw. Lizenznehmer	363
c. Negative Auswirkungen auf Dritte	364
d. Besonderheiten bei Computerspielen	366
e. Negative Auswirkungen auf Verbraucher insgesamt	367
f. Weniger schwerwiegende, alternative Beschränkungen	367
g. Zwischenergebnis	368
3. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	368
a. Freistellung durch die TT-GVO	368
b. Freistellung durch die Vertikal-GVO	369
c. Freistellungsmöglichkeit nach Art. 101 III im Übrigen	370
4. Quantifizierungsfaktoren	375
5. Zwischenergebnis	376
III. Vergünstigte Upgradepreise und sonstige günstigere Versionen als Beschaffungsbestimmung	376
1. Günstige Upgrade-Preise für Vorversionsbenutzer	377
2. Mengenrabatte (Volumenlizenzen)	379
3. Abnahmevoraussetzung wie Eigenschaft als Schule/Universität etc. (Schulversionen etc.)	379
4. OEM-, DSP- und vergleichbare Versionen	380
5. Zwischenergebnis	380
IV. Kopplung an Maschinen/Leistungsfähigkeit/Benutzer u. a. als Einsatzbeschränkungen (CPU-, Upgrade- und Gebäude-Klauseln usf.)	380
1. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	380
2. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	384
a. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	384
b. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	386
c. Zwischenergebnis	386
V. ASP, SaaS, Cloud & Stream	387
<i>D. Softwareerforschungsverbote und Dekompilierung</i>	388
I. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	388
II. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	389
1. Freistellung durch die TT-GVO	389
2. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	390
3. Zwischenergebnis	390

<i>E. Verbot der Sicherungskopie</i>	390
<i>F. Bundles bzw. Kopplungsgeschäfte (Bundling, Tying)</i>	391
I. Arten von Kopplungen	391
1. OEM und andere vergleichbare Arten (DSP, SB usf.)	391
2. Sonstige Bundles (Tying)	394
II. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I sowie Anwendungsbereich des Art. 101 I lit. e)	394
III. Zwischenergebnis	395
<i>G. Konsolenspielherstellungsverträge</i>	395
I. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	396
II. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	397
1. Freistellung durch die TT-GVO	397
2. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	399
III. Zwischenergebnis	400
<i>H. Vertriebsauflagen (Vertriebssteuerung)</i>	400
I. Vertrieb von OEM, Systembuilder, DSP usf.	402
1. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	402
2. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	407
a. Freistellung durch die TT-GVO	407
b. Freistellung durch die Vertikal-GVO	408
c. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	409
3. Quantifizierungserwägungen	411
4. Zwischenergebnis	412
II. Value-Added-Reselling	412
1. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	412
2. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	414
a. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	414
b. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	415
3. Zwischenergebnis	415
III. Vertrieb von Upgrade-Versionen	415
1. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	415
2. Positive Effekte und Freistellung nach Art. 101 III	416
a. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	416
b. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	417
3. Zwischenergebnis	417
IV. Vertrieb von Schüler-, Schulen- u. a. Spezialversionen	418
1. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	418
2. Positive Effekte und Freistellungen nach Art. 101 III	418
a. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	418
b. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	419
V. Voreinstellungsverträge	419
VI. Das „Durchreichen“ der übrigen Vorgaben	420
VII. Implementierung von TPM/DRM	420

1. Lizenzierung von TPM/DRM (Erwerb von TPM/DRM)	420
2. Vertriebsbezogene TPM-/DRM-Nutzung	420
a. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	420
b. Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 101 III	421
VIII. Sonstige unspezifische Vorgaben	422
1. Mengenvorgaben	422
2. Gebietsaufteilung und Exklusivstellungen	423
a. Kundengruppenvorbehalt	423
b. Exklusivprivilegien für Händler	423
IX. Sonstige Vertriebsvereinbarungen	425
I. <i>Softwarepflege und -wartung</i>	425
I. Negative Effekte und Verstoß wider Art. 101 I	425
II. Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 101 III	428
1. Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen	428
a. Anwendungsvoraussetzungen	428
b. Marktanteilsschwellen und allgemeine Quantifizierungsfaktoren	429
2. Freistellung nach Art. 101 III im Übrigen	429
III. Zwischenergebnis	431
J. <i>Technologiegemeinschaften, Technologiepools, Standardverbreitung</i> . .	431
I. Format- und Standard-Lizenz	431
II. Technologiepools	432
K. <i>Allgemeine und sonstige Klauseln</i>	434
I. Nichtangriffsvereinbarungen	434
II. Geheimhaltungsklauseln und Wettbewerbsverbote	434
III. Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln	435
IV. Weitere Bestimmungen	436
L. <i>Besonderheiten bei anderen Schutzrechten</i>	436
I. Patentrechtsschutz (Software-Patentlizenz)	436
II. Know How (Software-Know How-Lizenz)	437
III. Zwischenergebnis	438
M. <i>Zusammenfassung und abschliessende Feststellungen</i>	438
I. Grundsätzliches und Erwägungen zu Art. 101 I	438
II. Art. 101 III und die Gruppenfreistellungsverordnungen	440
1. Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnungen und ihre Kernbeschränkungen und nicht-freigestellte Klauseln . . .	440
2. Art. 101 III im Übrigen	441
9. Kapitel: Umsetzung in deutsches Recht und in Deutschland	443
A. <i>Die Anwendung des europäischen Rechts in Deutschland und das dem AEUV nachgeformte GWB</i>	443

B. Auswirkungen der Nichtigkeit gem. Art. 101 Abs. 2 AEUV und § 1 GWB gemäss deutschen Zivilrechts	445
C. Zusammenfassung	446

10. Kapitel: Kritik und Alternativen: Gestalt möglicher Software-Gruppenfreistellungsverordnungen

A. Kritik an Art. 101 AEUV und den GVOen – Garanten des Softwarewettbewerbs?	447
I. Zielerreichung bzw. Zielbeitrag durch die Klauselkontrolle	447
II. Zielkonformität der gegenwärtigen Gruppenfreistellungs- verordnungen samt ihrer Leitlinien	449
B. Alternative Regelungen und insbesondere Anregungen für neue GVOen	453
I. Beibehalt oder Aufgabe des gegenwärtigen Regelungsmodells	453
1. Das US-Recht als Modell für Reformen	453
2. Abkehr von oder Beibehalt der „Schirmtechnik“ und weitergehendes Aufspannen des „Schirmes“	455
3. Umformulierung von Kernbeschränkungen	458
4. Zwischenergebnis	458
II. Regelungsform bzw. -ort (Fundstelle)	459
III. Regelungsinhalt	461
1. Vorüberlegungen zur Wirkung einer Gruppenfreistellungs- verordnung samt Kernbeschränkungen	461
2. Software(entwicklungs)-GVO bzw. Software-TT-GVO als Äquivalent zur TT-GVO	462
a. Anwendungsfeld und Ziel	462
aa. Produkt-Kriterium	463
(1) Allgemein	463
(2) Dienstleistungs-Bezug	464
bb. Bipolare Begrenztheit	465
(1) „Linux-Klausel“	465
(2) Generelle Ausweitung auf unbegrenzte Parteienanzahl ..	466
(3) Zwischenergebnis	466
cc. (Software-)Patente oder (Software-)Urheberrechte oder (Software-)Know How	466
dd. Spezialität gegenüber der TT-GVO und Verhältnis zu anderen GVOen	467
b. Kernbeschränkungen und nicht-freigestellte-Klauseln	467
aa. Ausnahme einfacher Rücklizenz und (weitere) „Linux-Klausel“	468
bb. Preisfestsetzung auf Null und (weitere) „Linux-Klausel“ ..	468
cc. Weiterverkaufsverbote	468

dd. Verbot der Lizenzierung geschlossener Standards etc.	469
ee. Bestimmte, zweckfremde Bundles von Software	469
ff. Sonstige Kernbeschränkungen	469
gg. Übernahme der TT-GVO-Kernbeschränkungen im Übrigen	470
(1) Gleichbehandlung von Software-Urheber- und -Patentrechten und sonstigen technischen und gewerblichen Schutzrechten	470
(2) Direktübernahme oder dynamischer/statischer Verweis	471
(3) Zwischenergebnis	472
c. Übriger Regelungsgehalt	472
d. Alternative	472
e. Auswirkung	472
3. Software-Vertikal-GVO bzw. Softwarevertriebs- und -überlassungs-GVO als Äquivalent zur Vertikal-GVO	472
a. Notwendigkeit und Ziel einer solchen Regelung	472
b. Anwendungsbereich	474
aa. Softwareüberlassung.	474
(1) Datenträgergebundene Software	474
(2) Datenträgerlose Software	474
(a) Grundsätzliches und dauerhafte Software- überlassung	474
(b) Temporäre Softwareüberlassung und -zurverfügungstellung	476
bb. Sonstige Immaterialgüterrechte (Urheberrechte) ungeachtet der Form	476
cc. Sonstige Bestandteile bzw. verbundene Waren, Dienstleistungen usf.	477
dd. Individualsoftware	477
ee. Parteienanzahl.	477
(1) Allgemeine Erwägungen	477
(2) F/OSS und „Linux-Klausel“	478
ff. Übriger Regelungsgehalt	478
gg. Anwendbarkeitsverhältnis zu anderen GVOen	478
c. Kernbeschränkungen oder nicht freistellungsfähige Klauseln	479
aa. Preisfestsetzung auf Null (weitere „Linux-Klausel“)	479
bb. Orientierung an Kundenkreisbeschränkungen	479
cc. Einsatzbeschränkungen	479
(1) Weitergabeverbote	479
(a) Ausdrückliche Weitergabeverbote	480
(b) Gleichermaßen und strikter wirkende Klauseln	481
(c) Plattforminterner Handel	481
(d) Vertriebslizenzen und deren Übertragung	481
(e) Relativierung durch Marktanteile	482

(f) Ausnahme für Computerspiele und andere „kurzweilige“ Güter	483
(g) Zwischenergebnis	483
(2) Upgrade-Klauseln	484
(3) Einschränkung von Softwareerforschung, Dekompilierung usf.	484
dd. Vertriebsauflagen	484
(1) Das „Durchreichen“ von Beschränkungen	485
(2) Upgrade-Preise	485
(3) Bündel und Kopplungen	485
(a) OEM-Praxis und vergleichbare Kopplungen	485
(b) Software-Bündelung und Bündelung mit „Nebegenständen“	487
(c) Pflege- und Wartungsdienste	487
ee. TPM/DRM und Produktgestaltung	488
ff. Offene Standards gebieten?	488
gg. Übrige Kernbeschränkungen der Vertikal-GVO	488
d. Änderungsnotwendigkeit bzgl. anderer GVOen	488
e. Auswirkung	489
4. Zwischenergebnis	489
IV. Abweichendes Ergebnis unter anderen Prämissen	490
V. Überarbeitung der Leitlinien	490
VI. Durchsetzungserwägungen	491
1. Prognosen bzgl. des Kommissionshandelns	491
2. Ermächtigungen der Kommission	493
3. Weitere Erwägungen	493
C. <i>Zwischenergebnis und Eingrenzung eines urheberrechtlichen bzw. immaterialgüterrechtlichen Arbeitsfeldes</i>	493
I. Softwarebesonderheiten und ein Pre- und ein More Economic Approach bei Software?	493
II. Korrekturmöglichkeiten jenseits der Gruppenfreistellungs- verordnungen	495
III. Zusammenfassung	499
11. Kapitel: Ausblick	501
A. <i>Die europäische Urheberrechtsreform, die „Digitale Agenda“ und die Digitalunion</i>	501
B. <i>Mögliche Entwicklungslinien und weitere Gefährdung des Wettbewerbs</i>	502
I. Zunehmende Kontrolle über Software durch die Industrie bei abnehmender kartellrechtlicher Kontrolle	502

II. Kartellrecht und Datenökonomie	505
C. Zusammenfassung	505
12. Kapitel: Gesamtergebnis	507
A. Methodische Vorerwägungen zu Art. 101 AEUV und der analogen Anwendung von GVOen	507
B. Software als besonderes (Rechts- und Handels-)Gut	507
C. Art. 101 AEUV und Softwareverträge	508
I. Grundsätzliches zu Art. 101 I AEUV und Software	508
II. Marktabgrenzung bei Software	508
III. Grundsätzliches zu den Gruppenfreistellungsverordnungen	509
IV. Konkrete Softwareverträge und -klauseln nach Art. 101 I und Art. 101 III AEUV	510
1. F/OSS	510
2. Entwicklungs- und Entwicklungswerkzeugverträge	511
3. Gebrauchtssoftware-Handelsverbot	511
4. Günstige Upgrade-Preise auf Vertriebssebene	512
5. Günstige Schulversionen usf.	512
6. OEM, DSP und anderes.	512
7. Sonstige Bundles	512
8. Einsatzbeschränkungen wie CPU-Klauseln usf.	513
9. Softwareerforschungsverbote und Vergleichbares	513
10. Value Added Reselling	513
11. Computerspiele im Allgemeinen	513
12. Konsolenspielherstellungslizenz-Verträge	514
13. Pflege und Wartung	514
14. ASP, SaaS, Stream, Cloud etc.	514
V. Schutzrechtregimeunabhängigkeit	515
D. Wege zu (etwas) mehr Wettbewerb	515
I. Allgemeines, auch Urheberrechtliches, und die Rolle des Art. 101 AEUV für die Zukunft.	515
II. Neue Software-Gruppenfreistellungsverordnungen und überarbeitete Leitlinien	515
Literaturverzeichnis	517
Sachverzeichnis	543