

FSFE • Talstraße 110 • 40217 Düsseldorf • Germany

Bundeskartellamt

Kaiser-Friedrich-Str. 16
D-53113 Bonn

Karsten Gerloff
Präsident

Free Software Foundation Europe
Hauptniederlassung Düsseldorf
Talstraße 110
40217 Düsseldorf, Germany

Tel: +49 241 1740 5270
cell: +49 176 9690 4298

gerloff@fsfeurope.org

Bedenken der FSFE zu den Zusammenschlussverfahren B5-148/10 und B7-103/10

Date: 2010-12-22

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir wenden uns an Sie, um Ihnen unsere Bedenken hinsichtlich der geplanten GU-Gründung in der Sache Microsoft, Apple, EMC und Oracle / CPTN Holdings LLC (Aktenzeichen B5-148/10) mitzuteilen.

Die Free Software Foundation Europe (FSFE) ist eine unabhängige, gemeinnützige, wohltätige Organisation, die sich für Freie Software einsetzt. Für die Sicherung einer gleichen und gerechten Teilhabe aller an der Informationsgesellschaft ist es entscheidend, dass jeder die Freiheiten hat, Software zu benutzen, zu studieren, weiterzugeben und zu verändern. Ziel der FSFE ist es, durch ihre Aktivitäten das Verständnis und die Unterstützung für Freier Software in Öffentlichkeit, Politik und Gesetzgebung maßgeblich zu verbessern. Der Einsatz und die Entwicklung von Technologien, die ihren Nutzern diese Freiheiten gewähren, wie zum Beispiel das GNU/Linux-Betriebssystem, wird von der FSFE gefördert und unterstützt.

Einer der Wege, auf denen wir diese Ziele erreichen, ist die aktive Beteiligung an Wettbewerbsverfahren, die Freie Software betreffen. Freie Software stellt in vielen Bereichen die wichtigste Konkurrenz zu marktbeherrschenden Anwendungen dar.¹

Das Zusammenschlussverfahren von Microsoft, Apple, EMC und Oracle / CPTN Holdings LLC zum Zwecke der Übernahme eines Patentportfolios von Novell Inc. ist insofern von besonderem Interesse für die FSFE.

¹ Ghosh et al (2007): FLOSSImpact, S. 9. <http://flossimpact.eu>

Novells Patente betreffen wahrscheinlich Freie Software

Novell hat eine lange Geschichte der Entwicklung Freier Software, insbesondere durch Suse Linux GmbH, die das Unternehmen 2004 erwarb. Novell war des weiteren stark involviert in die Entwicklung von Unix - eine Familie von Betriebssystemen, die eng mit GNU/Linux verwandt ist, dem wohl wichtigsten Freie Software-System - sowie in die Bereiche Sicherheit und Authentifizierung. Letztere sind besonders bei Netzwerk-Anwendungen und Internet-Technologien relevant.

Unseres Wissens ist die anstehende Übernahme von Novell durch Attachmate (Fall B7-103/10) der erste Fall dieser Art, bei dem wesentliche Bestandteile des Patentportfolios des erworbenen Unternehmens abgespalten und an eine Patentverwaltungsgesellschaft verkauft werden, die aus einem Zusammenschluss von Softwarefirmen besteht. (So gab es beispielsweise bei der Übernahme von Sun durch Oracle im Januar 2010 keinen vergleichbaren Vorgang.)

Die Liste der Patente, die CPTN Holdings erwerben möchte, ist nicht öffentlich. Angesichts des langjährigen Engagements von Novell in Freier Software ist es jedoch sehr wahrscheinlich, dass das Portfolion eine große Anzahl von Patenten enthält, die sich auf Technologien im Zusammenhang mit dem Linux-Kernel und andere Technologien von entscheidender Bedeutung für Unix und GNU/Linux-Betriebssystemen beziehen.

Microsoft hat Patente wiederholt zur Beschränkung des Wettbewerbs eingesetzt

Microsoft, eine der vier Firmen im CPTN-Konsortium, ist wiederholt wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens verurteilt worden, sowohl in Europa als auch in den USA. Das Unternehmen nutzt konsistent seine Patente, um Konkurrenz von Seiten Freier Software zu beschränken.

Im Mai 2007 behauptete Microsoft öffentlich, 235 Patente zu halten, die sich auf den Linux-Kernel und andere Freie Software-Technologien beziehen.² Das Unternehmen weigert sich allerdings, diese Patente zu benennen.

Basierend auf dieser unbewiesenen Behauptung hat Microsoft Verträge zur Lizenzierung dieser Patente mit einer Reihe von Unternehmen abgeschlossen, insbesondere im Embedded-Sektor. Dazu gehören Brother International Corporation, Fuji Xerox Co. Ltd, Kyocera Mita Corporation, LG Electronics, Samsung Electronics Co. Ltd und TomTom International BV.³ Diese Verträge unterliegen stets strikten Vertraulichkeitsvereinbarungen. Das Unternehmen nutzt sie, um seine unbewiesenen Behauptung zu untermauern und Angst, Unsicherheit und Zweifel unter Freie Software-Unternehmen und deren Kunden zu säen.

Im September 2009 wurde ein Plan von Microsoft vereitelt, eine Anzahl seiner Patente an Patentverwertungsgesellschaften (sog. "Patent-Trolle") zu verkaufen. Eine Anzahl solcher

² "Microsoft takes on the free world". Fortune, May 14, 2007.

http://money.cnn.com/magazines/fortune/fortune_archive/2007/05/28/100033867/index.htm

³ Der Anhang enthält eine Auflistung von Presseberichten über solche Verträge.

Organisationen wurde zu einer nichtöffentlichen Versteigerung eingeladen. Der Meistbietende verkaufte die Patente anschliessend an das Open Invention Network (OIN) weiter, dass sich als defensiven Patentpool versteht. OIN stellte die Patente seinen Lizenznehmern anschliessend kostenlos zur Verfügung.⁴

Unklarheit über die Struktur der CPTN Holdings

Wenn CPTN Holdings erlaubt würde, die betreffenden Patente von Novell ohne Auflagen zu erwerben, würde dies signifikant die Möglichkeiten erweitern, die Microsoft hat, um gegen Konkurrenz aus dem Bereich Freier Software vorzugehen. Der Erwerb der Patente würde auch Microsofts Verunsicherungskampagne sehr viel effektiver machen. Dies trifft insbesondere zu, da die Liste der betroffenen Patente nicht öffentlich ist.

Die Tatsache, dass Microsoft nur einer von vier Partnern in der CPTN Holdings ist, ist nicht ausreichend, um Microsoft (oder einen der anderen Partner) daran zu hindern, die im gegenwärtigen Zusammenschlussverfahren betroffenen Patente zu einer Verhinderung des Wettbewerbs einzusetzen. Sowohl tatsächliche Patentklagen als auch deren blosser Androhung wird gravierende Auswirkungen auf den Wettbewerb im Softwaremarkt haben.

Mit der Ausnahme von Oracle hat keiner der Partner der CPTN Holdings ein ausgeprägtes Interesse an bedeutenden Freie Software-Projekten. Als drittgrösstes Software-Unternehmen der Welt (mit einem vorwiegend proprietären Produktportfolio) hält Oracle selbst eine ausreichend grosse Anzahl von Patenten, um vor patentbezogenen Klagen anderer Technologieunternehmen sicher zu sein. Es ist daher möglich, dass Oracle kein Interesse am Schicksal jener Unternehmen hat, die ihr Geschäft auf jenen Technologien aufgebaut haben, die den von CPTN Holdings zu erwerbenden Patenten unterliegen. Alle Partner in CPTN sind weiterhin in unterschiedlichem Umfang Konkurrenz von Freier Software in mehr als einem Bereich ihres Kerngeschäfts ausgesetzt (z.B. Betriebssysteme, Middleware, Virtualisierung).

Es gibt keine öffentlich verfügbaren Informationen über die interne Struktur der CPTN Holdings. Es ist unklar, welche Anteile am Konsortium die jeweiligen Partner halten, und wie Entscheidungsbefugnisse verteilt sind.

Darüber hinaus ist es möglich, dass CPTN Holdings lediglich als Übergangsfahrzeug dienen könnte, um die betreffenden Patente zu halten, entweder bis die Übernahme von Novell durch Attachmate abgeschlossen ist, oder bis zu einem späteren Zeitpunkt. Die Patente könnten jederzeit weiter verkauft oder das Konsortium aufgelöst werden. Wenn Microsoft oder ein Stellvertreter zum alleinigen Eigentümer der betreffenden Patente würde, würde dies dem Unternehmen erheblich grössere Möglichkeiten verschaffen, den Wettbewerb durch die oben beschriebenen Methoden zu seinen eigenen Gunsten einzuschränken.

⁴ "OIN outmaneuvers Microsoft, buys Linux patents". ZDNet, September 9, 2009.

<http://www.zdnet.com/blog/open-source/oin-outmaneuvers-microsoft-buys-linux-patents/4800>

Vorschläge zur Sicherstellung des Wettbewerbs

Ausgehend von diesen Überlegungen bitten wir das Bundeskartellamt, im Verfahren B5-148/10 den geplanten Anteilserwerb und die GU-Gründung im Detail zu untersuchen und zu diesem Zweck eine vertiefte Prüfung einzuleiten. Insbesondere sollte Klarheit geschaffen werden hinsichtlich der internen Entscheidungsstrukturen der CPTN Holdings, sowie der Aufteilung der Anteile an CPTN Holdings zwischen den Partnern.

Dabei bitten wir das Bundeskartellamt, sein Augenmerk auch darauf zu richten, wie sich die Rolle von CPTN Holdings, die langfristigen Verpflichtungen der Partner zueinander, und die Regelungen für den Fall der Auflösung der Gesellschaft auf den Wettbewerb im Softwaremarkt auswirken werden. Es sollte auch festgestellt werden, ob die von CPTN Holdings erworbenen Patente aus dem Novell-Bestand früher oder später weiter verkauft werden könnten, entweder an eine Drittpartei oder an einen der Konsortiumspartner.

Bereits vor einer solchen Analyse sind jedoch die potentiellen Risiken dieses Patentankaufs für den Softwaremarkt deutlich erkennbar. Aus diesem Grund bitten wir das Bundeskartellamt, eine Genehmigung der Übernahme an Bedingungen zu knüpfen, die den Einsatz der fraglichen Patente zu Zwecken der Wettbewerbsbeschränkung (auch und vor allem gegen Freie Software) nachhaltig und langfristig verhindern. Die genaue Natur solcher Massnahmen müsste im Rahmen einer eingehenden Untersuchung aller Aspekte sowohl des Hauptverfahrens (B7-103/10) und des Nebenverfahrens (B5-148/10) festgestellt werden

Eine solche langfristig effektive Massnahme würde darin bestehen, CPTN Holdings die Bedingung aufzuerlegen, die fraglichen Patente zu Bedingungen verfügbar zu machen, die ihre uneingeschränkte Umsetzung in Freier Software unter Copyleft-Lizenzen⁵ wie der GNU General Public License⁶ erlauben.

5 „Das Copyleft ist eine Klausel in urheberrechtlichen Nutzungslizenzen, die festschreibt, dass Bearbeitungen des Werks nur dann erlaubt sind, wenn alle Änderungen ausschließlich unter den identischen oder im Wesentlichen gleichen Lizenzbedingungen weitergegeben werden. Sie verhindert, dass veränderte Fassungen des Werks mit Nutzungseinschränkungen weitergegeben werden, die das Original nicht hat. Das Copyleft setzt voraus, dass Vervielfältigungen und Bearbeitungen in irgendeiner Weise erlaubt sind.“ <http://de.wikipedia.org/wiki/Copyleft>

6 Die GNU General Public License ist die am weitesten verbreitete Freie Software-Lizenz.

Mit freundlichen Grüßen,

Karsten Gerloff

Präsident, Free Software Foundation Europe

Anhang

1. Linspire (June 2007)

http://www.pcworld.com/article/132893/microsoft_linspire_sign_linux_patent_deal.html

"Linspire will work with Novell and Microsoft to develop open-source "translators" that allow Open Office and Microsoft Office users to share documents more easily. The company has also licensed Microsoft's RT audio codec to make its Pidgin IM (instant messaging) client interoperable with Windows Live Messenger and other Microsoft products. As part of the deal, Linspire also pledged to add support for Windows Media 10 in future releases of its Linux OS distribution. The company also agreed to make Windows Live Search the default search engine in Linspire 5.0. Financial terms of the agreement between Linspire and Microsoft were not disclosed."

2. LG (June 2007)

http://www.pcworld.com/article/132662/microsoft_lg_sign_linux_pact.html

"As part of the deal, LG, one of the world's largest electronics companies, can use undefined "patented Microsoft technology" in its products, including Linux-based devices. [...] As in similar deals with Xandros (announced earlier this week), Novell, Samsung and Fuji Xerox, Microsoft did not detail just what patents LG was licensing, and LG did not say if its Linux-based devices violated any Microsoft patents."

3. TomTom (February 2009)

<http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/6718/1/>

"What Microsoft really wants from TomTom isn't money, it's support in building fear about Linux in other companies, especially the makers of mobile and wireless devices just like TomTom's own product. Microsoft wants you to believe you need a Microsoft license to deploy Open Source software. This settlement is likely to deter some of those companies from using Linux at all."

4. Novell (Moonlight) (December 2009)

<http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/6932/1/>

"As a result of today's expansion of that deal, Moonlight users will enjoy protection under the patent covenant regardless of whether they're using Novell's (NASDAQ: NOVL) Linux distro or another distributor's."

5. Amazon (February 2010)

http://www.pcworld.com/article/190181/amazon_wastes_money_pays_microsoft_for_linux.html

"(Redmond has claimed that Linux violates more than 200 of Microsoft's patents for years. There's one little problem with this assertion: It's not true.) [...] Amazon just signed a patent cross-licensing deal that pays Microsoft intellectual property fees for, among other things, patents that cover Amazon's Linux-based Kindle e-reader and its Linux servers. Too bad Microsoft has never, ever been able to show that its patents cover anything to do with Linux."

6. HTC (April 2010)

http://blogs.computerworld.com/16025/microsoft_marches_on_android_and_linux

"Dealing directly with Google would run the risk of Microsoft having to prove that their patents were both valid and that Linux infringes them. That's taking chances that Microsoft doesn't want to take. Besides, that might lead to Microsoft suing Google and Google returning the favor.

Microsoft doesn't want that. They might lose. Even if they won, they'd be looking at years of expensive litigation. It's so much more profitable to just threaten smaller companies into paying them off."