

Thomas Schiffner

Open Source Software

Freie Software im deutschen
Urheber- und Vertragsrecht

VVF

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FORSCHUNG UND ENTWICKLUNG

Herausgeber:

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 690

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schiffner, Thomas:

Open Source Software : Freie Software im
deutschen Urheber- und Vertragsrecht /

Thomas Schiffner. - München: VVF, 2002

(Rechtswissenschaftliche Forschung und
Entwicklung; Bd. 690)

Zugl.: München, Univ., Diss., 2002

ISBN 3-89481-465-9

© 2002 by VVF Verlag V. Florentz GmbH, Postfach 34 01 63, 80098 München,
Fürstenstraße 15, 80333 München, Tel.: 0 89/280 90 95

Fax: 089/280 95 28, e-mail: vvf-verlag@t-online.de, www.vvf-verlag.de

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, auch die der Übersetzung,
des Nachdruckes und der Vervielfältigung des Buches, oder Teilen daraus,
vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages
in irgendeiner Form (Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren), auch nicht
für Zwecke der Unterrichtsgestaltung, reproduziert oder unter Verwendung
elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung: VVF Verlag V. Florentz, 80333 München. Printed in Germany.

VORWORT

Aus der Idee, eine freie Alternative zu den marktbeherrschenden proprietären Systemen aufzuzeigen, ist mittlerweile eine ernstzunehmende Gefahr für die Softwarekonzerne geworden. Insbesondere die Möglichkeit, ein Open Source-Programm an die eigenen Bedürfnisse anzupassen und Sicherheitslücken in dem freigegebenen Quellformat aufzudecken, macht Open Source Software für kommerzielle und private Nutzer zunehmend interessanter. Dabei ergreift der Open Source-Gedanke mittlerweile auch andere Bereiche. Die Idee, durch die Preisgabe von gewonnenen Erkenntnissen einen zum Teil enormen Innovations- und Schöpfungsprozess in Gang zu setzen, erfasst neben dem Internet, das bereits gegenwärtig eine große Anzahl von freigegebenen Informationen für jeden Interessierten bereit hält, zunehmend auch Bildungsmaterialien, Werke der Literatur und Musik, die als Open Content in einen offenen Schaffensvorgang gestellt werden.

Dabei überrascht es, dass derzeit die im Zusammenhang mit Open Source Software vielfältig auftretenden Rechtsfragen zu Lizenzierung und Vertragsgestaltung noch nicht abschließend geklärt sind. Ziel dieser Abhandlung ist es, die verschiedenen Probleme darzustellen, Lösungen zu finden und das System der Freien Software in die Kategorien des deutschen Rechts zu integrieren.

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2002 bei der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation eingereicht. Literatur und Rechtsprechung sind bis August 2002 berücksichtigt, die angegebenen Internetseiten wurden zu diesem Zeitpunkt letztmals auf ihre Aktualität hin überprüft.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm., danke ich herzlich für die Anregung zu diesem Thema, die umfassende und stets hilfsbereite Betreuung während der Bearbeitung sowie die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gerhard Schrickler für die rasche Erstellung des Zweitberichts. Das Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht ermöglichte durch das Bereitstellen eines hervorragend ausgestatteten Arbeitsplatzes und nicht zuletzt durch seine finanzielle Unterstützung eine zügige Erstellung des Werks. Schließlich danke ich meinen Kollegen am Institut, die mir immer wieder mit Rat und Tat motivierend zur Seite standen.

München, im August 2002

Thomas Schiffner

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	V
LITERATURVERZEICHNIS	XV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXV
ERSTER TEIL: GRUNDBEGRIFFE UND GRUNDLAGEN	1
A) EINLEITUNG	2
B) EINFÜHRUNG	4
I. Der Begriff „Open Source Software“	4
II. Problemaufriss und Zielsetzung der Untersuchung	6
III. Methodische Vorgehensweise	8
C) TECHNISCHE UND TERMINOLOGISCHE GRUNDLAGEN	9
I. Computerprogramme, Software, Hardware	10
1. Computerprogramm	10
2. Software, Hardware.....	12
3. Distributions-Handbücher	13
4. Urheber und Programmautor.....	13
II. Open Source Definition	14
1. Freie Weiterverbreitung	17
2. Offener Quellcode	17
3. Abgeleitete Programme.....	17
4. Integritätsschutz des Originals	18
5. Diskriminierungsverbot.....	18
6. Verbot der Beschränkung auf bestimmte Anwendungsarten.....	18
7. Verbreitung der Lizenzbestimmungen	18
8. Verbot der Beschränkung auf ein bestimmtes Produkt.....	18
9. Verbot einer Ausstrahlung auf andere Software	19
IV. Abgrenzung zur proprietären Software	20

IV. Abgrenzung zu sonstiger autodistributiver Software.....	21
1. Autodistributive Software	21
2. Public-Domain-Software.....	22
3. Freeware	23
4. Shareware	23
5. Sonstige Formen.....	24
V. Möglichkeiten des Bezugs von Open Source Software	25
D) RECHTLICHE GRUNDLAGEN	28
I. Rechtsnatur von Computerprogrammen	28
1. Computerprogramme als immaterielles Gut	29
2. Computerprogramme als Know-how	31
3. Computerprogramme als Sachen	34
4. Zusammenfassung und persönliche Stellungnahme	39
II. Schutz von Computerprogrammen nach dem Urheberrecht	40
1. Anfänge des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen	41
2. Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen nach Einführung der §§ 69a ff. UrhG	44
3. Exkurs: Entwicklung von Software als individuelles Schaffen	48
4. Konsequenzen für Open Source Software	50
III. Schutz von Computerprogrammen nach sonstigen Vorschriften.....	51
1. Patentrechtlicher Schutz.....	51
2. Markenrechtlicher Schutz	53
3. Wettbewerbsrechtlicher Schutz.....	55
4. Zusammenfassung.....	56
E) OPEN SOURCE-BEWEGUNG UND OPEN SOURCE-IDEE	57
I. Geschichte der Open Source-Bewegung	57
II. Entwicklung von Linux.....	63
III. Verbreitung und Einsatzbereich von Open Source Software	66
IV. Motivation der Open Source-Entwickler, „Open Source-Ideologie“	69
V. Abkehr von dem Ideal der „altruistischen“ Erstellung und Verbreitung	74

F) WEITERE OPEN SOURCE-LIZENZMODELLE	77
I. Möglichkeiten einer Ausgestaltung	77
1. „copyleft“-Lizenzen	78
2. „non-copyleft“-Lizenzen	79
3. „not-for-profit“-Lizenzen	81
II. GNU „Lesser“ oder Library Public License (LGPL)	83
III. Berkeley Software Distribution License (BSD-License)	85
IV. Q Public License (QPL).....	87
V. Netscape und Mozilla Public License (NPL/MPL).....	88
1. Funktionsweise des Netscape-Modells	89
2. Inhaltliche Vorgaben der Netscape-Lizenzen	91
VI. Aladdin Ghostscript Free Public License (AGFPL).....	92
VII. Apple Public Source License (APSL)	95
VIII. Eigene Stellungnahme	97
1. GNU/GPL oder BSD-Lizenz	98
2. Duallizenz.....	99
3. Sonstige Lizenzen	100
 ZWEITER TEIL: NUTZUNG, VERBREITUNG UND BEARBEITUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE NACH DEUTSCHEM URHEBERRECHT.....	 103
 A) ANWENDBARKEIT DES URHG.....	 105
I. Open Source-Lizenzen am Beispiel der GNU/GPL	105
II. Territorialitäts- und Schutzlandprinzip	108
 B) SCHUTZGEGENSTAND NACH DEM URHEBERRECHT.....	 111
I. Programmformate	111
II. Dokumentation, Entwurfs- und Begleitmaterial	113
III. Programmbibliotheken und Datenbanken.....	115
 C) URHEBER VON OPEN SOURCE-PROGRAMMEN.....	 117
I. Miturheberschaft nach § 8 UrhG	117

II. Werkverbindung nach § 9 UrhG	119
III. Besonderheiten bei der Entwicklung von Open Source Software	121
1. Miturheberschaft	121
2. Bearbeitungen und Werkverbindungen.....	123
D) NUTZUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE	124
I. Programm Benutzung als urheberrechtlich relevante Vervielfältigungshandlung.	125
II. Benutzung eines Open Source-Programms	129
III. Bestimmungsgemäße Benutzung nach § 69d UrhG	131
E) VERBREITUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE.....	133
I. Das Verbreitungsrecht an Computersoftware.....	133
II. Verbreitungsrecht und Erschöpfungsgrundsatz bei Open Source-Programmen.	136
1. Erschöpfungsgrundsatz als Gefahr für den Open Source-Vertrieb.....	136
2. Verhinderung der Erschöpfungswirkung über eine inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechts	138
3. Verhinderung der Erschöpfungswirkung durch die Rechtseinräumung direkt durch den Rechtsinhaber	140
4. Ergebnis.....	142
F) BEARBEITUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE	142
I. Zustimmungserfordernis nach § 69c Nr. 2 UrhG.....	144
II. Bearbeiterurheberrecht nach § 3 UrhG.....	145
G) RECHTLICHE GESTALTUNG DES „COPYLEFT“-MODELLS	147
I. Verzicht auf urheberrechtliche Verwertungsrechte.....	147
1. Zulässigkeit eines Verzichts auf einzelne Verwertungsrechte.....	148
2. Verzicht auf die Verwertungsrechte in Open Source-Lizenzen.....	148
II. Verpflichtungen des Lizenznehmers	150
III. Schuldrechtliche Verknüpfung	152
IV. Einräumung eines inhaltlich beschränkten einfachen Nutzungsrechts nach §§ 31 Abs. 1, 32 UrhG	154
1. Nutzungsrechte nach § 31 UrhG	154

2. Inhaltliche Beschränkung von Nutzungsrechten.....	155
3. Open Source-Modell als eigene Nutzungsart im Urheberrecht	157
a) Technisch und wirtschaftlich eigenständige Nutzung.....	157
b) Ablehnung einer eigenen Nutzungsart bei Metzger/Jaeger	158
c) Eigene Stellungnahme.....	159
4. Inhaltliche Beschränkungen im Einzelnen.....	161
a) Verbreitung und Vergütung	162
b) Verpflichtung zur Weitergabe des Quellcodes	162
c) Verpflichtung zur Weitergabe von Änderungen unter denselben Bedingungen ...	162
5. Ergebnis.....	164
V. Nach § 158 Abs. 2 BGB auflösend bedingte Einräumung eines Nutzungsrechts ..	165
1. Bedingungsstellung bei der Nutzungsrechtseinräumung	165
2. Ausnahmsweise Bedingungsstellung für den Fall einer fehlenden eigenen Nutzungsart	166
VI. Einräumung des Nutzungsrechts direkt durch den Rechtsinhaber.....	168
VII. Ergebnis.....	170
1. Wirksamkeit nach bisher geltendem Recht.....	170
2. Wirksamkeit nach dem neuen Urhebervertragsrecht	171
H) WIRKSAMKEIT EINZELNER REGELUNGEN IM „COPYLEFT“-MODELL	173
I. Open Source-Lizenzbestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen	174
1. Anwendbarkeit der Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	174
a) Generelle Bestimmung des jeweils anzuwendenden Rechts	176
b) Anwendung der §§ 305 ff. BGB n. F. im Einzelfall	177
aa) Erwerber ist Verbraucher	177
bb) Anwender ist kein Verbraucher	178
c) Zwischenergebnis.....	180
2. Open Source-Verträge.....	180
a) Bloßes Ablaufenlassen	181
b) Bearbeitung, Vervielfältigung und Weiterverbreitung	181
c) Weitergabe einer urheberrechtlich relevanten Bearbeitung.....	182
3. „Stellen“ der AGB nach § 305 Abs. 1 BGB n. F.	182
4. Wirksame Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB n. F.	184
5. Inhaltskontrolle bezüglich der Nutzungsrechtseinräumung.....	186
II. Größtmögliche Freiheit und Urheberpersönlichkeitsrecht.....	188
1. Recht auf Namensnennung.....	188
2. Schutz vor Entstellungen des Werkes - Integritätsschutz	190
III. Wirksamkeit gegenüber Minderjährigen.....	192

IV. Erstreckung auf neue Nutzungsarten	195
DRITTER TEIL: VERTRAGSRECHTLICHE BEURTEILUNG DER ÜBERLASSUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE.....	199
A) VERTRAGSRECHTLICHE BEURTEILUNG	200
I. Rechtsnatur von Softwareüberlassungsverträgen im Allgemeinen	201
1. Anwendung von Kaufrecht	202
2. Softwareüberlassung im Rahmen eines Know-how-Vertrags	203
3. Sonstige Vertragstypen nach BGB.....	203
4. Vertrag sui generis	205
II. Literaturübersicht zur Vertragsnatur der Überlassung von Open Source Software.....	205
1. Vertragliche Einordnung nach Metzger/Jaeger	206
2. Vertragliche Einordnung bei Sester	208
a) Kritik an dem Konzept von Metzger/Jaeger	209
b) Nähe zur BGB-Gesellschaft.....	210
3. Kritik an den bestehenden Einordnungen	211
a) Analyse der in Betracht kommenden Personenkonstellationen.....	211
b) Fehlende Berücksichtigung dieser Personenverhältnisse innerhalb der schuldrechtlichen Beziehungen.....	212
c) Fehlende Trennung zwischen den unterschiedlichen Vertragsinhalten	214
III. Eigene vertragliche Zuordnung der Überlassung von Open Source Software....	217
1. Die vertragliche Bindung zwischen Weitergebendem und Empfänger - „Ersterwerb“.....	217
a) Vorüberlegung - Eigentum und Nutzungsrechte an Computersoftware	218
b) „Ersterwerb“ gegen Entgelt – kommerzielle Distribution.....	222
aa) Erwerb gegen Entgelt auf Datenträger	222
bb) Erwerb gegen Entgelt über das Internet.....	224
c) Unentgeltlicher Erwerb eines Programms – Private Weitergabe.....	225
aa) Unentgeltliche Weitergabe auf einem Datenträger	225
bb) Unentgeltliche Weitergabe per Download.....	229
2. Erwerb eines Nutzungsrechts hinsichtlich des bloßen Programmgebrauchs – „kleine Open Source-Berechtigung“	230
3. Erwerb eines Nutzungsrechts hinsichtlich der Veränderung und Weiterverbreitung – „große Open Source-Berechtigung“	232
a) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.....	234
b) „Open Source-Entwicklervertrag“ als Vertrag sui generis	237
c) Vertragsschluss bei der „großen Open Source-Berechtigung“	238
IV. Ergebnis	238

B) HAFTUNG- UND GEWÄHRLEISTUNG.....	239
I. Problemdarstellung	239
II. Haftung und Gewährleistung bei der Open Source-Verbreitung	241
1. Ersterwerb der Programmkopie	243
a) entgeltlicher Erwerb	243
aa) Gewährleistung für „Distributions-Leistungen“.....	243
bb) Gewährleistung für das Programm selbst	246
cc) Haftung des Distributors/Händlers nach dem Produkthaftungsgesetz	248
dd) Vertragliche und deliktsrechtliche Haftung des Distributors/Händlers	252
b) unentgeltlicher Erwerb.....	254
2. Haftung des Rechtsinhabers	257
a) Grundsätze einer Haftung	257
b) Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz.....	258
 VIERTER TEIL: ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK.....	 261
 A) ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	 262
 B) AUSBLICK.....	 268
 THE OPEN SOURCE INITIATIVE: OPEN SOURCE DEFINITION	 270
 GNU GENERAL PUBLIC LICENSE	 273
 GNU LESSER GENERAL PUBLIC LICENSE.....	 279
 THE BERKELEY SOFTWARE DISTRIBUTION LICENSE	 287
 STICHWORTVERZEICHNIS.....	 288

ERSTER TEIL: GRUNDBEGRIFFE UND GRUNDLAGEN

„Consequently, OSS poses a direct, short-term revenue and platform threat to Microsoft - particularly in server space. Additionally, the intrinsic parallelism and free idea exchange in OSS has benefits that are not replicable with our current licensing model and therefore present a long term developer mindshare threat.“

- Microsoft-Studie “Halloween I”.¹

¹ Interne Studie „Open Source Software – A (New?) Development Methodology“ des Softwarekonzerns Microsoft zu Potenzial und Gefahren der Open Source-Bewegung im Softwaremarkt, veröffentlicht unter <http://www.opensource.org/halloween/halloween1.php>.

A) EINLEITUNG

Die Entwicklung erinnert ein wenig an ein modernes Märchen aus dem Reich des hart umkämpften Softwaremarktes. Open Source Software hat sich binnen weniger Jahre von einem Nischenprodukt für Hacker und Hobbyprogrammierer zu einer ernst zu nehmenden Gefahr selbst für den Marktführer *Microsoft* entwickelt.² Nahezu in jeder Fachpublikation wird auch das Thema Open Source angesprochen, es gibt Messen³ und Ausstellungen für diese Produkte und der Systembetreuer eines Unternehmens müsste sich den Vorwurf nachlässigen Verhaltens gefallen lassen, wenn er beim Neuerwerb von Software nicht zumindest Informationen zu einer Open Source-Alternative einholen würde. Open Source Software, insbesondere das Betriebssystem Linux, stellt sich plötzlich für verschiedenste Nationen,⁴ Verwaltungen, Schulen,⁵ den Deutschen Bundestag⁶ oder die Bundeswehr⁷ als die richtige Lösung dar, zumindest in euphorischen Artikeln wird sogar von einer „Übernahme der Weltherrschaft“ geträumt.⁸ Dass der derzeit konstruierte schnellste Computer der Welt⁹ unter Linux laufen soll, erscheint daneben schon beinahe als Selbstverständlichkeit.¹⁰ Mittlerweile haben sich auch die Europäische Union¹¹ oder der Deutsche Bundestag mehrfach mit dem Thema Open Source beschäftigt; dabei wurde teilweise dringend empfohlen, wo immer möglich den Einsatz dieser Systeme vor anderen Lösungen vorzuziehen. Schließlich gibt es sogar bei den kommerziellen Softwareunternehmen Überlegungen, zumindest in beschränk-

² S. die Aussage des Chief Executive Officer von *Microsoft*, *Steve Ballmer*, nach der Linux die größte aktuelle Bedrohung für das Unternehmen sein soll, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2597.html>.

³ Etwa die Sammelausstellung „linux Exchange“ auf der Cebit 2001 in Hannover, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2597.html>

⁴ Vgl. den beabsichtigten Einsatz von Open Source Software in Chile, <http://www.pro-linux.de/news/2001/3316.html>; daneben in afrikanischen Staaten, Brasilien, China und Mexiko, s. *Grassmuck*, <http://www.mikro.org/Events/OS/text/freie-sw2.html>, S. 54 ff.

⁵ S. die Ankündigung des Linux-Distributors SuSe, 5.000 deutsche Schulen kostenlos mit Linux auszustatten, <http://www.pro-linux.de/news/2001/3189.html>; zum Einsatz von Open Source Software in der Bildung s. *Grassmuck*, <http://www.mikro.org/Events/OS/text/freie-sw2.html>, S. 53 f.

⁶ <http://www.pro-linux.de/news/2001/3189.html>.

⁷ V.a. aus Sicherheitsüberlegungen, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2844.html>.

⁸ <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,14101,00.html>.

⁹ S. <http://www.ibm.com/news/us/2001/08/092.html>.

¹⁰ <http://www.ibm.com/news/us/2001/08/092.html>.

¹¹ S. das „*Symposium on use of Open Source Software in EU public administrations*“ vom 22. Februar 2001, Informationen s. den Bericht Nr. 298 der *Interchange of Data between Administrations (IDA)* unter <http://europa.eu.int/ISPO/ida/jsps/index.jsp?fuseAction=home>.

tem Umfang die bislang als Geschäftsgeheimnis streng gehüteten *source codes* ihrer Programme offenzulegen und eventuell sogar freizugeben.¹²

Die derzeitige Erfolgswelle der Open Source Software beinhaltet allerdings mehr Potenzial als den Aufstieg einer von „langhaarigen Leuten“¹³ entwickelten Software zu weltweit anerkannten „erwachsenen“¹⁴ Produkten. Open Source soll mehr darstellen als eine bloße Lizenzfrage. Im wesentlichen zeigt die Entwicklung von Open Source Software eine Alternative zu dem herkömmlichen Weg, bei der auf globaler Kooperation und Offenheit hinsichtlich gemachter Innovationen aufgebaut wird. Dabei wird in der Praxis gezeigt, dass gute Programme nicht nur innerhalb der großen Softwareunternehmen geschrieben werden können, die ihre Erneuerungen und Entwicklungen als Geschäftsgeheimnisse streng unter Verschluss halten, sondern dieses Ziel ebenso durch eine rigorose Freigabe jedes geschöpften Wissens an andere erreicht werden kann.

Und letztlich stellt sich dann auch die Frage, ob das Modell Open Source tatsächlich eine Widerlegung unserer derzeitigen Urheberrechtstheorie darstellt,¹⁵ weil die typischen Motivationen des Schaffenden –Entlohnung und Versorgung– dabei in den Hintergrund treten, indem auf einen möglichen Verdienst durch die wirtschaftliche Verwertung eines geschaffenen Programms zunächst verzichtet wird. Open Source geht zumindest einen neuen, bisher so nicht dagewesenen Weg. Im Interesse einer unfassbaren Gemeinschaft der Softwarenutzer werden die freiwilligen Beiträge einzelner addiert und somit gemeinsam Wissen und Werte geschöpft. Das –als innovationshemmend eingeschätzte– „Privileg“ des geistigen Eigentums soll aufgebrochen werden, um einen freien Informationsfluss zu gewährleisten.¹⁶ Auf diese Art und Weise stellt sich das Open Source-Modell als logische Konsequenz einer Entwicklung dar, in der der Zugang zu Informationen als eines der wichtigsten Wirtschaftsgüter einzuordnen ist. Daneben ist es ein Spiegelbild des bereits zu erkennenden Trends, dass künftig immer häufiger eine über die politischen Grenzen hinausgehende Zusammenarbeit durch Netzwerke stattfinden wird.

Neben diesen Überlegungen, die sich mit der Zukunft der Informationsgesellschaft beschäftigen, bietet Open Source Software allerdings auch noch für den

¹² S. die Überlegung von *Microsoft*, Großkunden den *source code* von Windows 2000 zur Verfügung zu stellen, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2804.html>.

¹³ So wörtlich bei *Grassmuck*, <http://www.mikro.org/Events/OS/text/freie-sw2.html>, S. 92.

¹⁴ *Erich Clementi*, Vertriebsleiter für Europa bei *IBM*, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2685.html>.

¹⁵ So die Titelfrage in dem Aufsatz von *Grzeszick*, MMR 2000, S. 412 ff.

¹⁶ *Stallman*, GNU-Manifest, (dt. Übersetzung v. *Gerwinski*), <http://www.gnu.de/manager.html>.

Juristen ein umfassendes Tätigkeitsfeld. Trotz der seit einigen Jahren andauernden Marktpräsenz sind die juristischen Auseinandersetzungen mit diesem Thema nur äußerst dünn gesät. Selbst in den Vereinigten Staaten, in denen die Open Source-Bewegung aus der Taufe gehoben wurde, ist die rechtliche Bewertung derselben noch sehr unsicher. Tatsache ist, dass die Wirksamkeit der verschiedenen Open Source-Lizenzmodelle, nach denen die Programme entwickelt und vertrieben werden, noch nie gerichtlich überprüft wurde. Der Linux-Distributor RedHat warnt Investoren deshalb mit einer Klausel über „Risiken der unsicheren Rechtslage“ vor der Möglichkeit, dass im Falle einer Unwirksamkeit des Lizenzmodells dem Unternehmen die gesamte Geschäftsbasis entzogen würde.¹⁷ Noch deutlicher stellt sich dieses Problem vor dem Hintergrund dar, dass nahezu alle Lizenzmodelle im Geltungsbereich von US-Recht entwickelt wurden, obwohl diese auch in anderen Ländern Gültigkeit haben müssen.¹⁸ Ein Spannungsfeld zeichnet sich in diesem Zusammenhang schon durch die Unterschiede zwischen dem amerikanischen *Copyright*- und dem kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur*-System an.

Im Rahmen dieser Untersuchung soll aus diesen Gründen zunächst eine umfassende Bewertung des Open Source-Systems anhand der Kriterien des deutschen Urheberrechts vorgenommen werden. In einem ergänzenden Abschnitt werden dann vertrags- und haftungsrechtliche Fragen bei der Erstellung und dem Vertrieb von Open Source Software weiterführend untersucht.

B) EINFÜHRUNG

I. Der Begriff „Open Source Software“

Bei Open Source Software¹⁹ handelt es sich um Computerprogramme, die sich weder hinsichtlich der mit ihnen zu lösenden Aufgaben noch in ihrem Inhalt von sonstigen bekannten Programmformen unterscheiden. Der Begriff²⁰ wird

¹⁷ „Risks related to legal uncertainty. We could be prevented from selling or developing our products if the GNU General Public License and other licenses under which our products are developed and licensed are not enforceable.“, s. McGowan, Univ. of Illinois Law Report 2001, S. 101 ff., 112.

¹⁸ Vgl. dazu Metzger, <http://www.heise.de/tp/deutsch/inhalt/te/7947/1.html>.

¹⁹ „Open Source“ (engl.) für offener Quellcode, offenes Quellformat. Zu dieser technischen Besonderheit s.u. Erster Teil, C) II.

²⁰ Mittlerweile scheint sich der Begriff „Open Source Software“ in Fachkreisen durchgesetzt zu haben. Allerdings ist die Terminologie selbst unter den Mitbegründern der Open Source- bzw. Free Software-Bewegung uneinheitlich, vgl. Stallmann, „Why ‘Free Software’ is better than ‘Open source’“, <http://www.fsf.org/philosophy/free-software-for-freedom.html>; Greve, <http://www.gnu.org/philosophy/greve-clown.de>, S. 5; s. a. die Bestrebung der FSF Europe,

vielmehr dazu gebraucht, eine besondere Art der Erstellung, Verbreitung und Weiterentwicklung von Programmen aussagekräftig von anderen Modellen zu unterscheiden; mit der Verwendung dieser Bezeichnung soll zudem eine deutliche Abgrenzung zu der entgeltlich und kommerziell entwickelten und vertriebenen Software getroffen werden. Dem Anwender wird dadurch vor Augen geführt, dass er nicht nur ein Programm bestimmter Herkunft benutzt, sondern dass gleichzeitig Herstellung, Gebrauch und Weitergabe desselben besonderen Marktregeln unterliegen.

Maßgebliches Kriterium, auf das in allen Publikationen der Open Source-Vorreiter und -Institutionen eingegangen wird, ist das Vorliegen einer im Bereich der herkömmlichen kommerziellen²¹ Softwareverbreitung unbekanntenen Freiheit,²² die dem Nutzer den kostenfreien bzw. äußerst günstigen Erwerb, die Erlaubnis der freien Weitergabe an Dritte sowie die Option der eigenen Bearbeitung, insbesondere der Verbesserung und Anpassung an die eigenen Bedürfnisse, ermöglicht. Daneben sollen dem *user* natürlich auch alle Möglichkeiten offen stehen, die bereits von der Verwendung proprietärer Computerprogramme bekannt sind. Vor allem im Bezug auf die Nutzung eines Programms im üblichen Sinne, also dem Ablaufenlassen desselben zur Erfüllung der mit ihm zu bewältigenden Aufgabe, bestehen keinerlei Restriktionen. Die einzige Einschränkung dieser Freiheit liegt darin, dass niemand das Recht haben soll, anderen dieselbe Freiheit vorzuenthalten.²³ Anlehnend an diese Besonderheiten hat sich zunächst auch die griffigere Bezeichnung „Free Software“ für diesen Bereich des Softwaremarkts etabliert.²⁴ Die in der Folgezeit geschehene weitgehende Abkehr von diesem Begriff ergab sich zum einen durch die in ihm enthaltene Doppeldeutigkeit. Die Bezeichnung als „freie Software“ würde die Maxime einer absoluten Kostenfreiheit zu sehr nahe legen, was allerdings der eigentlichen Idee, dem Anwender die genannten Freiheiten zu verschaffen

mit einer Initiative den Begriff „Freie Software“ zu propagieren, <http://www.pro-linux.de/news/2001/3699.html>.

²¹ Hier hat sich innerhalb der Open Source-Gemeinschaft die Bezeichnung „proprietäre Software“ (*engl.* „*proprietary software*“ für Programme, bei denen der Rechtsinhaber von seinem nach Urheberrecht/Copyright bestehenden Schutz üblichen Gebrauch macht, insbes. durch entgeltlichen Vertrieb, Bearbeitungsverbote usw.) durchgesetzt, vgl. auch die Verwendung in den bislang veröffentlichten juristischen Arbeiten: *Grzeszick*, MMR 2000, S. 412 ff.; *Koch*, CR 2000, S. 273 ff. u. S. 333 ff.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839 ff.; *Sester*, CR 2000, S. 797 ff.

²² Einführende Darstellung dieser Freiheit bei *Free Software Foundation (FSF)*, Free Software Definition, <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>; *Perens*, The Open Source Definition, <http://www.opensource.org/osd.html>, abgedruckt im Anhang.

²³ *Greve*, Geschichte und Philosophie des GNU Projekts, <http://www.gnu.org/philosophy/greeve-clown.html>.

²⁴ Vgl. nur die Free Software Foundation als eine der maßgeblichen Organisationen auf dem Open Source-Sektor, <http://www.fsf.org>.

–wobei die tatsächliche Kostenfreiheit nicht die Hauptrolle spielt–,²⁵ nicht in ausreichendem Maße gerecht würde.²⁶ Weiterhin bestand eine Verwechslungsgefahr mit der sog. „Freeware“,²⁷ einem anderen, jedoch inhaltlich unterschiedlichem Konzept der Softwareverbreitung durch Verzicht auf das Kopierverbot. Mit der Verwendung des Begriffs „Open Source“ würde zudem bereits im Namen auf eines der auffälligsten Kennzeichen dieses Modells hingewiesen, nämlich die Offenlegung und Weitergabe des Quellformats, des *source codes*.²⁸

Somit ist zunächst einmal festzuhalten, dass der Sinn des Open Source-Modells darin liegt, die Befugnisse des Anwenders im Gegensatz zu den herkömmlichen Vertriebsarten wesentlich zu erweitern. Insoweit kann der Ausrufung einer neuen Freiheit auf dem Softwaremarkt durch die Initiatoren dieser Bewegung jedenfalls dem Grunde nach zugestimmt werden.

II. Problemaufriss und Zielsetzung der Untersuchung

Open Source Software ist kein völlig neues,²⁹ allerdings ein erst jüngst wissenschaftlich entdecktes Phänomen auf dem Softwaremarkt. Bis in die jüngere Vergangenheit fand trotz zahlreicher juristischer Veröffentlichungen zu den Bereichen Urheber- und Vertragsrecht bei Computerprogrammen³⁰ die Gruppe der nach dem Open Source-Modell vertriebenen Programme kaum Beachtung in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Auch im Rahmen der relativ seltenen Publikationen zu anderen Formen autodistributiver Software³¹ fand diese Vertriebsform regelmäßig keine Erwähnung.³² Ein Grund dafür mag auf jeden Fall in dem äußerst kleinen Marktanteil der Open Source Software zu dieser Zeit und dem daraus resultierenden geringen Bekanntheitsgrad liegen. Weiterhin ist zu

²⁵ Anschaulich das von *Stallman* verwendete Wortspiel „*To understand the concept, you should think of 'free speech', not 'free beer'*“, Free Software Definition, <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>.

²⁶ Einführend zu der Idee der Freiheit im Softwaremarkt *Greve*, Geschichte und Philosophie des GNU Projekts, <http://www.gnu.org/philosophy/greeve-clown.html>.

²⁷ Dazu s.u. Erster Teil, C) IV. 3.

²⁸ Zu diesen Fachbegriffen s.u. Erster Teil, C) II. 2.

²⁹ *Stallman* begann mit der Entwicklung des GNU-Projektes um 1980, <http://www.gnu.org/philosophy/greeve-clown.html>; *Torvalds* erste Schritte zu Linux fanden 1991 statt, Linux Newbie FAQ, <http://tomix.de/linux/faq/>; Gründung der Open Source Initiative im Februar 1998, History of the Open Source Initiative, <http://www.opensource.org/history.html>.

³⁰ Vgl. nur die umfassende Darstellung zur Einführung der §§ 69a ff. UrhG durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9.6.1993 (BGBl. I, S. 910 f.) u.a. bei *Broy/Lehmann*, GRUR 92, S. 419 ff.; *Dreier*, GRUR 93, S. 781 ff.; *Kappes*, JuS 94, S. 659 ff.; *Raubenheimer*, CR 94, S. 69 ff. jew. m.w.N.

³¹ Z.B. *Freeware*, *Public Domain Software*, *Shareware*, dazu s. u. Erster Teil, C) IV.

³² *Heymann*, CR 91, S. 6 ff.; *Hoeren*, CR 89, S. 887 ff.; *Müller-Broich*, Autodistributive Computersoftware, Diss., 1998; *Schulz*, CR 90, S. 296 ff. u.a.

bedenken, dass viele dieser Programme aufgrund der zu ihrer sinnvollen Nutzung erforderlichen Fachkenntnisse zunächst nur für versierte Anwender geeignet waren. Im Gegensatz zu der für einen breiten Markt entwickelten Standard-Kaufsoftware, die regelmäßig mit nur geringen Kenntnissen installiert und benutzt werden kann,³³ sind bzw. waren Open Source-Programme nur Programmierern oder ähnlich qualifizierten Personen zugänglich. Innerhalb dieser kleinen Nutzergemeinde³⁴ fanden Auseinandersetzungen offensichtlich nur intern statt, ein Ruf nach juristischer Aufarbeitung streitiger Themen wurde gar nicht erst laut. In dieser Eigenart liegt wohl auch die Begründung dafür, dass bislang, soweit ersichtlich, keine Gerichtsentscheidungen zum Thema Open Source Software bekannt geworden sind.³⁵

Überraschend ist allerdings, dass trotz der stetig wachsenden Marktanteile von Open Source-Programmen in der jüngeren Vergangenheit³⁶ sowie dem erheblich gestiegenen Interesse der Öffentlichkeit,³⁷ sich nähere Stellungnahmen aus juristischer Sicht bislang auf wenige Stimmen beschränken.³⁸ Durch die Möglichkeit der freien Bearbeitung und Weiterverbreitung ergeben sich nämlich zunächst interessante Fragestellungen des Urheberrechts, insbesondere wird festzustellen sein, dass sich die Wertungen des Open Source-Modells doch erheblich von den Grundsätzen des deutschen Urheberrechtssystems unterscheiden; *Metzger/Jaeger* sprechen in diesem Zusammenhang sogar sehr plastisch von einer eigenständigen „Urheberrechtsphilosophie“.³⁹ Weiterhin finden sich auch beachtenswerte Fragestellungen zu den Themen Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Haftungs- und Gewährleistungsrecht sowie zum Kartellrecht. Die ersten Ansätze zur Auseinandersetzung mit diesen Fragen ergeben sich aus den genannten Veröffentlichungen der jüngsten Vergangenheit. Dabei folgt allerdings aus der Natur der Sache, dass innerhalb von Zeitschriftenaufsätzen nur eine einführende Darstellung gegeben werden kann.

³³ Vgl. den Begriff des „*Plug-and-Play*“, der mittlerweile neben Hardware-Bestandteilen auch für Software verwendet wird.

³⁴ In der Open Source Bewegung oft „*community*“ genannt.

³⁵ *Koch*, CR 2000, S. 273 ff., 279.

³⁶ Hier allen voran das Betriebssystem Linux, aber auch der Webserver *Apache* und seit 1998 der Internet-Browser *Netscape Navigator*; s.a. den Zuwachs an Marktanteilen von 24% für Linux als Serversystem im Jahre 2000, Pro-Linux-News, <http://www.pro-linux.de/news/2001/2685.html>.

³⁷ Vgl. nur die Anzahl der Fachzeitschriften wie z.B. Linux computing, Linux Enterprise, Linux-Magazin, Linux NetMag, Linux Open, Linux-Reporter, sowie die Linux-Rubriken in nahezu allen Computerzeitschriften, z.B. CHIP, c't, ComputerBILD.

³⁸ Zunächst lediglich *Grzeszick*, MMR 2000, S. 412 ff.; *Koch*, CR 2000, S. 273 ff. u. S. 333 ff.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839 ff.; *Sester*, CR 2000, S. 797 ff.; erst kürzlich erschienen sind die Untersuchung von *Jaeger/Metzger* und die Diss. von *Koglin* (beide 2002).

³⁹ GRUR Int. 99, S. 839 ff., 840.

Ziel der vorliegenden Untersuchung soll demnach sein, sich mit den im Zusammenhang mit der Erstellung, Nutzung und Verbreitung von Open Source Software aufwerfenden Rechtsfragen intensiver auseinanderzusetzen und dieses neue Modell in die deutsche Rechtslandschaft einzuordnen zu versuchen. Besonderes Augenmerk soll dabei auf den Bereich des Urheberrechts gelegt werden, da hier die Besonderheiten dieses Systems am weitgehendsten zum Tragen kommen. Daneben soll allerdings auch eine vertragsrechtliche Beurteilung der beim Erwerb und der Weitergabe von Open Source Software getätigten Rechtsgeschäfte vorgenommen werden.

Diese Studie soll dem im Computer- und Softwarerecht Interessierten die Möglichkeit geben, sich aus einer Hand über die Besonderheiten der „freien Software“ informieren zu können. Ferner soll sie dazu dienen, das bislang in der Diskussion eher ein Schattendasein fristende Open Source-Modell weiter in das juristische Rampenlicht zu stellen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse können nicht nur diesem speziellen Bereich dienlich sein, sondern zugleich die Augen für neue Wege des urheberrechtlichen Schutzes öffnen. Fragen dieser Art werden in Zukunft öfter zu beantworten sein, da „Open Source“ nur den Trend einer im Zusammenhang mit der technischen Entwicklung entstehenden, bislang unbekanntenen Informationsfreiheit und einer zunehmenden globalen Zusammenarbeit widerspiegelt.⁴⁰

III. Methodische Vorgehensweise

Die Untersuchung von Computerprogrammen als urheberrechtlich geschützten Werken erfordert zunächst eine Darstellung der dabei gebräuchlichen technischen Begriffe und Terminologien. In diesem Zusammenhang soll auch eine Abgrenzung zwischen Open Source Software und anderen Formen frei erhältlicher Software getroffen werden. Im folgenden werden die Entwicklung des Urheberrechtsschutzes für Programme zusammengefasst und die derzeit anerkannten Voraussetzungen desselben dargestellt. Um sich einen Überblick über die für eine Beurteilung erforderlichen Intentionen des Open Source-Modells verschaffen zu können, erfolgt ein Abriss der Entwicklung der Open Source-Idee mit Hinweisen auf die jeweilige Zielsetzung und Motivation der Beteiligten. Weil Open Source Software nicht nur nach der bekannten GNU/*General Public License*, sondern auch nach vielen anderen Lizenzmodellen verbreitet wird, werden einige der alternativen Regelungen vorgestellt und auf ihre jeweiligen Besonderheiten hingewiesen. Dieser Abschnitt bietet auch

⁴⁰ Vgl. die Ausblicke bei *O'Reilly*, <http://www.heise.de/tp/deutsch/spezial/wos/6433/1.html>, und die verschiedenen Bestrebungen, andere Werke außerhalb der Software nach Open Source- oder ähnlichen Regelungen freizugeben.

eine Hilfestellung zur Beantwortung der Frage, welche Lizenz sich für die Freigabe eines entwickelten Programms in welchem Fall anbietet.

Im Hauptteil dieser Arbeit wird die Nutzung, Verbreitung und Bearbeitung von Open Source Software nach deutschem Urheberrecht eingehend gewürdigt. Dabei werden nach einer Prüfung der Anwendbarkeit des deutschen Rechts, der jeweils geschützten Gegenstände und der Urheberschaft an einem Open Source-Programm die jeweils zulässigen Nutzungs- und Verwertungshandlungen getrennt einer rechtlichen Untersuchung zugeführt. Behandelt werden die bloße Programmnutzung im Sinne eines schlichten Ablaufenlassens, die Weiterverbreitung und schließlich die Bearbeitung von Open Source Software. Die wichtigste Frage ist in diesem Zusammenhang, wie sich die im Open Source-Modell enthaltenen Vorgaben im deutschen Urheberrecht wirksam absichern lassen. Anschließend werden einzelne Regelungen des sog. „copyleft“-Modells auf ihre Vereinbarkeit mit dem UrhG hin durchleuchtet.

Ein weiterer vertragsrechtlicher Teil soll die neben der urheberrechtlichen Situation überaus interessante Frage nach den einer Weitergabe von Open Source-Produkten zugrundeliegenden Rechtsgeschäften beantworten. Die bislang zu Softwareüberlassungsverträgen entwickelten Grundsätze lassen sich dabei nur zum Teil heranziehen; insbesondere sind die Unterschiede zum herkömmlichen Erwerb von Computerprogrammen so groß, dass in vielen Fällen nach neuen Lösungen gesucht werden muss. Diese Fragen, die vor allem für eine Gesamtbetrachtung des Open Source-Modells von erheblicher Bedeutung sind, haben weiterhin eine Auswirkung auf die Haftungssituation innerhalb desselben. Abschließend wird deshalb die Gewährleistung und Haftung von Händlern, Privaten und Rechtsinhabern bei einer Überlassung von Open Source Software zusammengefasst.

Zuletzt findet sich eine Übersicht der erarbeiteten Ergebnisse sowie ein Ausblick auf die zukünftigen Entwicklungen am Markt der freien Software. Wichtige Lizenzbestimmungen und andere Materialien werden in einem Anhang abgedruckt.

C) TECHNISCHE UND TERMINOLOGISCHE GRUNDLAGEN

Den meisten juristischen Abhandlungen, die sich mit Fragestellungen des Computer- und Softwarerechts befassen, geht eine mehr oder weniger ausführliche Einführung in die Fachterminologie der Computerbranche voraus, um auch dem mit der Materie weniger vertrauten Leser die wichtigsten Begriffe vorab zu erläutern. Gelegentlich ist eine derartige Vorgehensweise sogar erfor-

derlich, um hinsichtlich der teilweise uneinheitlichen Verwendung verschiedener Ausdrücke den Untersuchungsgegenstand näher einzugrenzen.

In der vorliegenden Arbeit soll dieser Teil bewusst kurz gefasst bleiben. Zum einen hat das umfangreiche Schrifttum zum Computerrecht mittlerweile schon einen Großteil an Aufklärungsarbeit betrieben, sodass sich eingehende Ausführungen hierzu erübrigen dürften. Zum anderen bestehen im Zusammenhang mit einigen detaillierteren Auseinandersetzungen in der Wissenschaft in ausreichendem Maße Möglichkeiten, sich über etwaige offenen Fragen umfassend zu informieren.⁴¹

Wichtiger erscheint hier, einige Begriffe spezifisch zum behandelten Thema näher zu bestimmen; dabei sollen vor allem der Begriff der Open Source Software mit Leben erfüllt, weiterhin auch einige andere Erscheinungsformen „freier“ Software dargestellt und davon abgegrenzt werden.

I. Computerprogramme, Software, Hardware

1. Computerprogramm

Bezeichnenderweise hat sich bis heute in der juristischen Literatur keine allgemein anerkannte Definition von „Computersoftware“ und „Computerprogrammen“ durchsetzen können.⁴²

Bei den meisten Vorschlägen zu einer näheren Bestimmung des Begriffs „Computerprogramm“ wird allerdings auf die Mustervorschriften⁴³ der WIPO⁴⁴ aus dem Jahre 1977 Bezug genommen. Danach ist ein Computerprogramm „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einem maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“. Maßgebliches Kriterium soll demnach die Steuerungsfunktion eines Programms sein; daneben fällt auf, dass auch die Programmbeschreibung und das Begleitmaterial zu dem Programm als Bestandteile desselben angesehen werden.⁴⁵

⁴¹ Stellv. für viele *König*, Das Computerprogramm im Recht; *Lehmann* [Hrsg.], Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge; *Koch*, Computervertragsrecht; *Nauroth*, Computerrecht für die Praxis, jew. m. w. Nachw.

⁴² *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 8.

⁴³ WIPO Publikation Nr. 814 (1978), Model Provisions on the Protection of Computer Software, Copyright 78, S. 6 ff. (engl.); GRUR Int. 78, S. 286 ff. (dt.).

⁴⁴ *World Intellectual Property Organization*.

⁴⁵ § 1 (iv) Mustervorschriften WIPO.