



*Der High-Tech-Verband*

---

# RECHTSFRAGEN DER OPEN SOURCE SOFTWARE

Prof. Dr. Gerald Spindler,  
Universität Göttingen

---

---

# RECHTSFRAGEN DER OPEN SOURCE SOFTWARE

Prof. Dr. Gerald Spindler,  
Universität Göttingen

im Auftrag des Verbandes der  
Softwareindustrie Deutschlands e. V. (VSI)

---

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>A. EINLEITUNG</b>	<b>8</b>
<b>B. GANG DER UNTERSUCHUNG</b>	<b>12</b>
<b>C. OPEN SOURCE SOFTWARE LIZENTYPEN UND ABGRENZUNG</b>	<b>14</b>
I. TYPEN VON OPEN SOURCE SOFTWARE UND LIZENZEN	14
1. Die GPL	14
2. Die Lesser-GPL	14
3. Mozilla-Lizenzen	16
II. „DUAL LICENSING“	17
III. ABGRENZUNG ZU ANDEREN FORMEN	18
1. Public Domain	18
2. Freeware	18
3. Shared Source Code	18
IV. SCHEMATISCHE EINORDNUNG	19
<b>D. URHEBERRECHT</b>	<b>20</b>
I. GRUNDSÄTZE	20
1. Urheberrechtlicher Schutz von Software	20
2. Keine Aufgabe des Urheberrechts an einem Werk	21
II. VERWERTUNGSRECHTE	22
1. Wer ist Urheber?	22
a) Miturheber nach § 8 UrhG	22
b) Verbundenes Werk nach § 9 UrhG	24
c) Sukzessive Erstellung	24
d) Konsequenzen: Verfügungs- und Klagebefugnisse	25
e) Fazit	26
2. Einräumung von Verwertungsrechten durch die GPL	27
a) Auslegung der GPL und rechtliche Qualifizierung	27
(1) Die GPL als Nutzungsrechtseinräumung	27
(2) Schutzzumfang: Nur Software und Quellcode	27
b) Die rechtliche Einordnung der GPL-Pflichten des Nutzers	28

(1) Schuldrechtliche Qualifizierung	28
(2) Inhaltlich beschränktes Nutzungsrecht	29
(3) Dingliche Qualifizierung	31
c) Vertragspartner und wirksame Vereinbarung der GPL?	32
(1) Das Grundmodell: Der Individualvertrag	32
(2) Wirksame Einbeziehung der GPL als AGB?	34
(a) GPL als AGB	34
(b) Zumutbare Kenntnisnahme, insbesondere beim Download	35
(c) Nachträgliche Zustimmung?	36
(d) Die Sprachenfrage	38
e) Spätere Bestätigung sowie Rechtsmißbrauch	38
(3) Fazit	39
d) Umfang der Verwertungsrechte	39
(1) Urheberrechtliche Grundsätze	39
(a) Keine zukünftigen Nutzungsarten (§ 31 IV UrhG)	39
(b) Neue Nutzungsarten und GPL-Vereinbarung	41
(c) Auslegung der GPL: Exklusive Nutzungsrechte oder enumerative Aufzählung?	43
(2) Einzelne Verwertungsrechte	43
(a) Vervielfältigung und Bearbeitung, Programmablauf	43
(b) Verbreitungsrecht: Making available to the public	44
(c) Vermietrecht	45
(d) Nutzung in Netzwerken, besonderen Computerarten	46
(e) Application Service Providing	46
e) Schranken der nach GPL auferlegten Pflichten	46
(1) Zwingendes Urheberrecht	46
(a) Urheberpersönlichkeitsrecht	46
(b) Einschränkungen durch zwingendes Urhebervertragsrecht	47
(2) Inhaltskontrolle	47
(a) Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe und GPL-Unterstellung bei Veränderung	47
(b) Weiterverbreitung und Erschöpfungsgrundsatz	48
(i) GPL als Verletzung des Erschöpfungsgrundsatzes?	48
(ii) Erschöpfungsgrundsatz und AGB-Inhaltskontrolle	51
3. Veränderung von GPL-Software	52

a) Grundsatz der GPL: Weitergabe der GPL erforderlich	52
b) Firmeninterne Entwicklung von Software aufgrund von GPL	52
(1) Pflicht zur Offenlegung?	52
(2) Konflikt mit Arbeitnehmer-Urheberrecht	53
c) Aufteilung von eigenen und OSS-basierten Entwicklungen	55
(1) Grundlagen	55
(2) Kriterien der Abgrenzung	56
(3) Die Verwendung von Software-Libraries (DLL)	57
(4) Veränderungen durch GPL-Compiler, -Editoren und DIF-Programme	58
(5) Treiberprogramme	59
d) Transparenzgebot und GPL	59
e) Technische Kopierschutzsysteme und OSS	59
f) Embedded Software sowie Verkauf von Hardware mit Open Source Software	60
4. Werke, die mit der GPL erstellt werden	60
5. Fazit	61
III. DIE DURCHSETZUNG DER GPL	61
IV. KOLLISIONSRECHTLICHE EINORDNUNG	64
1. Schutzlandgrundsatz	64
2. Vertragliche Rechtswahl und Verbraucherschutz	66
a) Die Einräumung der dinglichen Rechte - Schutzlandprinzip und Vertragsstatut	67
b) Rechtswahl in Lizenzverträgen	67
c) Die Anknüpfung nach Art. 28 EGBGB	67
d) Verbraucherkollisionsrecht (Art. 29 EGBGB)	68
3. Urheberrechtsverletzungen	69
4. Internationale Zuständigkeit	70
5. Fazit: Rechtsanwendungsrisiken	70
<b>E. VERTRAGSRECHTLICHE PROBLEME DES EINSATZES VON OPEN SOURCE</b>	<b>72</b>
I. DAS GRUNDMODELL: DER ISOLIERTE ERWERB VON OPEN SOURCE SOFTWARE (DOWNLOAD)	72
1. Grundsätze: Schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft und urheberrechtliche Übertragung von Nutzungsrechten (Lizenz)	72
2. Der Vertragstypus des Erwerbs der Open Source-Software	73

3. Fernabsatz von Open Source Software	76
4. Die Gewährleistung für Open Source Software	77
a) Die gesetzliche Gewährleistung	77
b) Der Gewährleistungsausschluß in der GPL	78
c) Gewährleistungsadressat	79
5. Die vertragliche Haftung	79
6. Besonderheiten beim Download über Dritte (Hosting)	80
II. GEMISCHTE VERTRÄGE	81
1. Vertrieb von Open Source auf Datenträgern	81
a) Gegenseitige Abhängigkeit der Verträge	81
b) Gewährleistung	82
c) Haftung	83
2. Gemeinsamer Vertrieb mit proprietärer Software	83
3. Vertrieb von Open Source mit Dienstleistungen (Support)	84
4. Verkauf von Hardware mit Open Source Software (OEM-Fälle, Embedded Systems)	85
III. KOLLISIONSRECHTLICHE KONSEQUENZEN	86
1. Isolierter Erwerb	87
2. Gemischte Verträge	87
<b>F. HAFTUNGSRECHT</b>	<b>88</b>
I. VERSCHULDENSABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG	88
1. Software als Produkt	88
2. Pflichtenumfang	88
3. Haftungsumfang	89
II. VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG (ProdHaftG)	90
1. Produkteigenschaft	90
a) Verkörperte Software als Produkt im Sinne des ProdHaftG	90
b) On-Line übertragene Software	91
2. Produktherstellung im Rahmen beruflicher Tätigkeit	93
3. Produktfehler	94
4. Haftungsumfang	95
III. HAFTUNGSEINSCHRÄNKUNG AUFGRUND VERTRAGLICHER HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN	95
1. Verschuldensabhängige Produkthaftung	95
2. Verschuldensunabhängige Produkthaftung	95

---

IV. HAFTUNGSADRESSATEN (SOFTWAREHERSTELLER, -LIEFERANTEN UND -HÄNDLER)	96
1. Bei originären OSS-Produkten	96
a) Die Hersteller	96
(1) Verschuldensabhängige Produkthaftung	96
(2) Verschuldensunabhängige Produkthaftung	97
b) Anbieter, Händler und Importeure	97
2. Haftung von Download-Centern (Provider)	98
a) Haftungsprivilegierung nach TDG	98
b) Haftung nach allgemeinen Regeln	99
c) Verschuldensunabhängige Produkthaftung	99
V. HAFTUNG DER VERWENDER VON OPEN SOURCE SOFTWARE	101
1. Haftung des Nutzers von OSS gegenüber Dritten aus Urheberrecht	101
2. Pflichten beim Einsatz von Open Source Software	102
<b>G. ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>104</b>
<b>H. ANNEX: LIZENZEN</b>	<b>108</b>
I. GPL	108
II. LGPL	113

## A. EINLEITUNG

Open Source<sup>1</sup> genießt einen immer höheren Stellenwert in der politischen Diskussion um die in der Informationsgesellschaft einzuschlagenden Entwicklungspfade. Open Source als Software, bei der der Quellcode frei zugänglich ist und der Bearbeitung offen steht, bietet sich als vermeintlich sowohl kostengünstige als auch zukunftssichere Alternative zu etablierten Softwaresystemen an.<sup>2</sup> Selbst große Hardwarehersteller, wie IBM, sehen im Einsatz von Open Source, insbesondere Linux, eine Chance, den etablierten Betriebssystemen jedenfalls im Server-Bereich Konkurrenz zu bieten.<sup>3</sup> Von Amazon als dem führenden Online-Buchvertrieb wird berichtet, daß die Kosteneinsparungen und damit die Schwelle zur Gewinnerzielung zu einem wesentlichen Teil auf den Einsatz von Open Source zurückzuführen sei.<sup>4</sup> Mindestens ein Viertel aller Internet-Server basiert inzwischen auf dem Einsatz von Linux,<sup>5</sup> andere Einschätzungen gehen sogar von 67% aus.<sup>6</sup> Andererseits werden die Chancen für Linux, bestimmte Nachteile gegenüber etablierten Softwaresystemen aufzuholen eher skeptisch beurteilt, erst recht im PC-Markt.<sup>7</sup>

Open Source ist indes keineswegs „frei“ im Sinne, daß es an Open Source keinerlei Urheberrechte gäbe bzw. die Software und der Quellcode gemeinfrei wären. Charakteristisches Merkmal von Open Source Software ist vielmehr die Verwendung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte, um dem Nutzer (Verwerter, Veränderer etc.) gerade die Pflichten aufzuerlegen, die zur kostenfreien Weitergabe und Offenlegung des Quellcodes führen. Kernpunkt von Open Source, der in der politischen Diskussion oft zur Vermengung von Open Source mit Freeware oder Shareware führt,<sup>8</sup> ist die Bestimmung in der General Public License,<sup>9</sup> daß jeder die GPL-Software kostenlos benutzen und verändern kann, seinerseits aber verpflichtet ist, die so erstellte Software der GPL-Lizenz zu unterstellen, andernfalls rückwirkend seine Befugnis zur freien Benutzung erlischt (§ 4 GPL). Jeder, der Open Source benützt, um Software selbst zu erstellen, ist daher seinerseits gehalten, jedermann ohne jede Beschränkung (etwa auf kommerziellen Einsatz) den Quellcode zugänglich zu machen und die Software wiederum der GPL zu unterwerfen, der sog. „viral effect“ der GPL.<sup>10</sup> Demgemäß wird Open Source einer allgemeinen, nach US-amerikanischen Recht ausgestalteten Lizenz (der GPL) unterstellt, die auch die Grundlage bzw. das Muster für vielfache Abwandlungen anderer Open Source Software-Lizenzen bildet.<sup>11</sup> Über die „Open Source Initiative“ (OSI) werden die von der GPL abweichenden Lizenzen „zertifiziert“, indem geprüft wird, ob sie weitge-

hend dem Grundgedanken der Open Source-Bewegung entsprechen.<sup>12</sup> Dementprechend sind unter anderem auch folgende Lizenzmodelle „anerkannt“:

- LGPL (Lesser Public License)<sup>13</sup>
- BSD License,<sup>14</sup> auf der auch die Apache-Lizenz beruht<sup>15</sup>
- MIT License<sup>16</sup>
- Linux Documentation License<sup>17</sup>
- Artistic License<sup>18</sup>
- MITRE Collaborative Virtual Workspace License<sup>19</sup>
- IBM Public License<sup>20</sup>
- Ricoh Source Code Public License<sup>21</sup>
- Mozilla Public License<sup>22</sup>
- Python License<sup>23</sup>
- Sun Community Source License<sup>24</sup>

Dies schließt einen *kommerziellen Vertrieb von Open Source Software* keineswegs aus, indem Entgelte für Datenträger, Beratung, Garantien oder sonstige Serviceleistungen verlangt werden; allein Lizenzgebühren für die Software und den Quellcode dürfen nicht erhoben werden.<sup>25</sup> Die GPL läßt derartige Aktivitäten ausdrücklich zu.<sup>26</sup> Aus der Tatsache, daß die GPL eine unentgeltliche Weitergabe vorschreibt, darf auch keineswegs geschlossen werden, daß das Urheberrecht keine Rolle für die Open Source Software spielen würde; vielmehr dient es gerade dazu, die Verbreitung und die sekundären ökonomischen Effekte, an denen Entwickler und Distributoren verdienen können, zu steuern und zu gewährleisten. Es ist daher müßig, über einen – gesetzlich nicht normierten – Verstoß gegen eine „Urheberrechtstheorie“ zu philosophieren (s. Rn. 33);<sup>27</sup> es handelt sich stattdessen um eine Instrumentalisierung des Urheberrechts für Zwecke, die ursprünglich nicht im Visier des Urheberrechts lagen.<sup>28</sup>

*Motiv* für die unentgeltliche Leistung vieler Programmierer war neben einem (ursprünglichen) allgemeinen altruistischen Credo, im Dienste einer guten Sache (und gegen entsprechende Konzentrationstendenzen im Softwarebereich) und im Sinne eines freien Meinungs austauschs<sup>29</sup> zu arbeiten, offenbar auch der Ge-

1 Zur Geschichte der Open Source Software siehe Grzeszick, MMR 2000, 412, 413 f.; Schiffner, Open Source Software, S. 57 ff.  
 2 S. Beschluß des Bundestages BT-Drucks. 14/5246, S. 4 f.; das Bundeswirtschaftsministerium fördert bereits seit 1999 verstärkt den Einsatz und die Information über Open Source Software, s. dazu den Beitrag von Sandl, CR 2001, 346 ff. (Referent im BMWIT) Vergleichbare Initiativen sind auf der Ebene der EU in Vorbereitung, s. etwa den Bericht von Daffara u.a., Free Software/Open Source: Information Society Opportunities for Europe, April 2000, Version 1.2, <http://eu.conecta.it/paper.pdf>.  
 3 Hintergrund ist die mit Linux kostengünstigere Konstruktion und Wartung sog. Mainframes, die im wesentlichen von IBM vertrieben werden, und die im Wettbewerb zu Server-Lösungen stehen, vgl. FAZ 30. Januar 2002, Nr. 25, S. 19 „Sun hat Zweifel an der Freundschaft zwischen IBM und Linux“; s. auch Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 144 zur Entwicklung und Verbreitung von LINUX.  
 4 FAZ 30. Januar 2002, Nr. 25, S. 19 „Sun hat Zweifel an der Freundschaft zwischen IBM und Linux“.  
 5 FAZ 30. Januar 2002, Nr. 25, S. 19 „Sun hat Zweifel an der Freundschaft zwischen IBM und Linux“.  
 6 S. Lutterbeck u.a., Sicherheit in der Informationstechnologie und Patentschutz für Softwareprodukte, Kurzgutachten für das BMWIT, 2000, S. 65; Sandl, CR 2001, 346, 347.  
 7 FAZ 30. Januar 2002, Nr. 25, S. 19 „Sun hat Zweifel an der Freundschaft zwischen IBM und Linux“. Im Server-Sektor beruht dies auf der Tatsache, daß Linux-Systeme derzeit nicht mehr als 8 Prozessoren ansteuern können, im Gegensatz zu etablierten Systemen wie Solaris von Sun Microsystems bis zu 64 Prozessoren.  
 8 S. auch Plaß, GRUR 2002, 670, 671, die Public Domain und Open Source unter einem Sammelbegriff des „Open Content“ behandelt.  
 9 Im folgenden mit GPL abgekürzt, in der offiziellen Version zu finden auf der Homepage der Free Software Foundation <http://www.fsf.org>.  
 10 Zur Unterscheidung von Open Source und Freeware s. auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 2 ff.; Schiffner, Open Source Software, S. 21 ff.  
 11 Genannt seien etwa Apache, Mozilla, als besondere Version für die Programmbibliotheken (Libraries).

12 Vgl. [http://www.opensource.org/docs/definition\\_plain.html](http://www.opensource.org/docs/definition_plain.html).  
 13 GNU Lesser General Public License (LGPL) <http://www.fsf.org/copyleft/lesser.html>.  
 14 Berkeley Software Distribution 4.4. BSD Copyright <http://www.de.freebsd.org/copyright/license.html>.  
 15 <http://www.apache.org/LICENSE.txt>.  
 16 MIT License <http://www.opensource.org/licenses/mit-license.html>.  
 17 Linux Documentation Project Copying License, <http://www.redhat.com/mirrors/LDP/LDP-COPYRIGHT.html>.  
 18 <http://language.perl.com/misc/Artistic.html>.  
 19 Collaborate Virtual Workspace License CVW <http://cvw.mitre.org/cvw/licenses/source/license/html>.  
 20 IBM Public License Version 1.0, <http://www.research.ibm.com/jikes/license/license3.htm>.  
 21 <http://www.risource.org/RPL/RP-1.0A.shtml>.  
 22 Mozilla Public License <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html>.  
 23 Python Copyright, <http://www.python.org/doc/Copyright.html>.  
 24 <http://www.sun.com/software/communitysource/>.  
 25 Zutr. Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 3; Deike, CR 2003, 9, 10.  
 26 Ziff. 1 II GPL: „You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a free“.  
 27 So aber Grzeszick, MMR 2000, 412, 416 f.; ausführlich auch F.A.Koch, CR 2000, 273, 279 f., der im Ergebnis aber zu recht auf die unterschiedlichen Marketing-Strategien und die mittelbaren ökonomischen Vorteile der Open Source Entwickler verweist.  
 28 Zutr. Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 95; F.A.Koch, CR 2000, 273, 279 f.; siehe ferner Grzeszick, MMR 2000, 412, 416 f.  
 29 Näher zur Philosophie der GNU- und Linux-Gemeinde Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 11 ff.; Schiffner, Open Source Software, S. 69 ff., beide im wesentlichen unter Rückgriff auf die offiziellen Stellungnahmen, s. auch für GNU den Vater der GPL Richard Stallmann unter <http://www.gnu.org/philosophy/license-list.html> sowie die Free Software Foundation [www.fsf.org](http://www.fsf.org).

winn an Reputation auf dem Markt guter Programmierer,<sup>30</sup> letztlich also durchaus ein monetärer, wenn auch mittelbarer Nutzen für den Einzelnen. Hierzu dient das in der GPL (§ 2 a) vorgesehene Recht, jede Modifizierung einer GPL-Software mit einem Urheberrechtsvermerk zu versehen, den spätere Nutzer oder Programmierer nicht verändern dürfen.<sup>31</sup> Hinzu kommt vor allem im Bereich der Embedded Systems und der Hardware der Verkauf von beratender Dienstleistung (Support), Unterstützung sowie Softwarepflege.<sup>32</sup> Vor allem Hardwareproduzenten zeigen aber inzwischen zunehmendes Interesse am Einsatz von Open Source Software, wäre damit doch die Möglichkeit geboten, dominierende Stellungen von Softwareanbietern auf dem Betriebssystemmarkt zumindest abzuschwächen. Gleichzeitig können Hardwareproduzenten selbst Dienstleistungen anbieten oder auf dem Open Source-Betriebssystem aufsetzende Softwarelösungen vertreiben, die nicht unbedingt der GPL unterfallen müssen (s. dazu Rn. 138 ff.).

Ein weiterer mit der Offenlegung des Quellcodes eng verbundener Effekt, der aber nicht notwendigerweise mit Open Source verknüpft sein muß, ist die sog. *Basar-Methode*<sup>33</sup> der Softwareentwicklung: Anstatt Software logisch vorzustrukturieren und nach Ablaufplänen in verschiedenen Stufen zu entwickeln (sog. Kathedral-Methode), wird Open Source Software häufig dezentral durch eine unbekannte Vielzahl von Programmierern entwickelt, deren Module in die Software integriert werden. Allerdings differieren auch hier die Entwicklungsprozesse ganz erheblich voneinander: von der dezentralen gleichzeitigen Entwicklung, die schließlich zu einer Auswahl und Annahme der besten Softwaremodule durch ein Komitee erfolgt, wie im Fall von Linux, bis zur sukzessiven, getrennt voneinander erfolgenden Weiterentwicklung der Software finden sich zahlreiche Formen der Softwareerstellung.

Der Einsatz von Open Source wirft neben höchst interessanten ökonomischen Problemen<sup>34</sup> eine Vielzahl von Rechtsfragen auf, von denen im folgenden die wichtigsten im Hinblick auf den Einsatz von Open Source Software bei Verbrauchern und Unternehmen beleuchtet werden sollen.

<sup>30</sup> Vgl. <http://www.fsf.org/copyleft/gpl-faq.html>; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 48; zu den Bewegungsgründen der Open-Source-Programmierer siehe auch *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 416.

<sup>31</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 48 f.

<sup>32</sup> S. dazu *Sandl*, CR 2001, 346, 347; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 16 f., 95.

<sup>33</sup> *Raymond*, [http://www.firstmonday.dk/issues/issue3\\_3/raymond/](http://www.firstmonday.dk/issues/issue3_3/raymond/), s. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 13; *Sester*, CR 2000, 797, 798 ff.

<sup>34</sup> Genannt seien aus institutionenökonomischer Sicht nur die Frage, ob die beschriebenen Anreizmechanismen nicht insgesamt zu einem Marktversagen führen, indem gerade Anreize zur Schaffung von Code beseitigt werden - oder ob Märkte für Serviceleistungen rund um Open Source ausbaufähig genug sind, um mögliche Verluste der Softwareindustrie auszugleichen.

## B. GANG DER UNTERSUCHUNG

Ausgangspunkt der rechtlichen Untersuchung ist die urheberrechtliche Einordnung der Open Source Software, die zunächst kurz gegen andere Typen unentgeltlich überlassener Software abzugrenzen ist (C.II.). Zentrale Fragen im Rahmen des Urheberrechts richten sich angesichts der Vielzahl von Entwicklern der Software auf die Bestimmung des Urhebers (D.II.1.), sowie auf die von der GPL eingeräumten Nutzungsrechte, bei denen sich etliche Auslegungsprobleme ergeben (D.II.2.). In diesem Zusammenhang wird die rechtliche Qualifizierung der von der GPL gewählten Konstruktion zu untersuchen sein (D.II.2.b), ebenso wie grundlegende Auslegungsfragen vor dem Hintergrund der Zweckübertragungslehre, wie sie in § 31 IV, V UrhG ihren Niederschlag gefunden hat (D.II.2.d). Fraglich erscheint auch die wirksame Einbeziehung der GPL als allgemeine Geschäftsbedingung beim Erwerb der Software (D.II.2.c)(2)), wovon zahlreiche Detailfragen abhängen. Im Anschluß an diese grundlegenden Bereiche sind einige, sich aus der praktischen Anwendung der GPL ergebenden Probleme zu thematisieren, insbesondere die Abgrenzung zwischen proprietär entwickelter und auf der Basis von Open Source Software entwickelter Software, die wiederum von der GPL erfaßt wird (D.II.3.) und damit den „Viral Effect“ auslöst. Der urheberrechtliche Teil wird mit Überlegungen zum Kollisionsrecht beschlossen, das gerade aufgrund der praktisch global entwickelten Open Source Software besondere Probleme aufwirft (D.IV.).

Der zweite Schwerpunkt der Analyse liegt auf den mit dem Einsatz von Open Source Software verbundenen vertrags- und haftungsrechtlichen Fragen. Zunächst ist die vertragstypologische Einordnung eines isolierten Erwerbsvorgangs von Open Source Software, idealtypisch als Download per Internet, zu beleuchten, einschließlich der damit verbundenen Haftungs- und Gewährleistungsprobleme (E.I.3, E.I.5), um sodann Modifizierungen in Gestalt von gemischten Verträgen zu untersuchen, wie sie in der Praxis typischerweise auftauchen, etwa die Distribution auf Datenträgern (E.II.1) oder der Verkauf mit zusätzlicher Software (E.II.2.), Support bzw. Beratung (E.II.3.) sowie in Kombination mit Hardwareprodukten (E.II.4.). Aus haftungsrechtlicher Sicht stehen die produkthaftungsrechtlichen Risiken im Vordergrund, einschließlich der Frage nach den Haftungsadressaten (E.III.).

Nicht nur die Pflichten und Rechte von Urhebern und Nutzern im wechselseitigen Verhältnis berühren den Einsatz von Open Source Software; vielmehr bedarf es abschließend auch der haftungsrechtlichen Analyse der Pflichten der Nutzer im Hinblick auf Dritte, die durch den Einsatz von Software tangiert werden können (F.V.).

## C. OPEN SOURCE SOFTWARE-LIZENZTYPEN UND ABGRENZUNG

### I. TYPEN VON OPEN SOURCE SOFTWARE UND LIZENZEN

Die Open Source Software-Lizenz schlechthin gibt es nicht, wohl aber ein Grundmuster, auf das zahlreiche Lizenzformen aufbauen. Da die GPL<sup>35</sup> Ausgangspunkt für die meisten Lizenzarten ist und heute auch weithin für Open Source Produkte verwandt wird, steht sie im Vordergrund der Untersuchung:<sup>36</sup>

#### 1. DIE GPL

Grundlage der GPL ist die Einräumung eines weitgehenden Verwertungsrechts für den Nutzer, indem ihm die Anfertigung beliebiger (unveränderter) Kopien des Quellcodes und auch deren Veränderung gestattet wird. Die veränderten bzw. bearbeiteten Werke darf der Nutzer wiederum vervielfältigen und verbreiten (§ 2),<sup>37</sup> sofern er sie wiederum der GPL unterstellt und für die Lizenzierung kein Entgelt erhebt. Da die GPL auf dem US-amerikanischen Urheberrecht beruht, ergeben sich en détail Auslegungsfragen, auf die noch zurückzukommen sein wird und die Probleme im Hinblick auf die im Urhebervertragsrecht geltende Zweckübertragungslehre mit sich bringen.<sup>38</sup>

Neben der GPL existieren zahlreiche weitere Abarten,<sup>39</sup> wie etwa die Gruppe der sog. BSD-Lizenzen, zu denen vor allem die ökonomisch bedeutsame Apache-Lizenz bzw. Software<sup>40</sup> zählt, oder die Mozilla-Lizenzfamilie,<sup>41</sup> die eng mit der Freigabe des Netscape Navigator-Codes zusammenhängt.<sup>42</sup> Alle genannten Lizenzarten zeichnen sich durch Variationen gegenüber den Pflichten der GPL aus; das Grundmuster indes, die veränderte Software ebenfalls kostenlos und nur bei Unterstellung unter die Lizenz weiter zu veräußern, kehrt in aller Regel wieder.

#### 2. DIE LESSER-GPL

Die Lesser GPL (LGPL) ist eine besondere Form der GPL für die Nutzung von Softwarebibliotheken (häufig in der Form von DLL-Bibliotheken). Wesentliches Motiv für die Schaffung der LGPL ist der oft erforderliche Zugriff von Software, die auf einem bestimmten Betriebssystem (wie Linux) basiert, auf bestimmte Module des Betriebssystems. Würde einheitlich die GPL verwandt, hätte der Zugriff solcher Software zur Folge, daß durch die Inkorporation der Module in den Ablauf der Software diese gegebenenfalls selbst unter die GPL gestellt werden müßte – somit die Offenlegung des Source Codes etc. erforderlich wäre. Dadurch wäre der Einsatzbereich von Open Source Betriebssystemen erheblich eingeschränkt, da praktisch jegliche proprietäre Software von der Nutzung der Open Source Betriebssysteme ausgenommen wäre; die möglichst weite Verbreitung

der Open Source Bibliotheken und die Setzung von Standards ist demnach Ziel der LGPL.<sup>43</sup> Dementsprechend erlegt die LGPL den Nutzern (bzw. Weiterentwicklern) nicht derart weitgehende Pflichten wie die GPL auf. Ein Wechsel zur GPL ist allerdings nach § 3 der LGPL ohne weiteres für jeden Nutzer möglich, so daß eine Software, die unter der LGPL stand, verändert und unter der GPL weiter verbreitet werden darf.

Übereinstimmungen mit der GPL ergeben sich zunächst im Hinblick auf die Erlaubnis, Vervielfältigungen der Software-Bibliothek herzustellen und zu verbreiten (§ 1 LGPL). Ebenso darf nach § 2 LGPL der Nutzer die Bibliothek verändern und verbreiten. Nach §§ 5 und 6 der LGPL darf der Nutzer die Bibliothek zusammen mit proprietärer Software verbreiten, wenn diese mit der Bibliothek verknüpft ist. § 7 LGPL schließlich erlaubt die Verbindung von freien und proprietären Teilen einer Bibliothek, sofern die freien Teile unabhängig als Kopie unter die LGPL gestellt und beigelegt werden sowie ein entsprechender Hinweis auf diese freien Bestandteile in der Gesamtbibliothek zu finden ist.

Dem Muster der GPL gleichen die Bestimmungen der LGPL, daß der Nutzer Veränderungen der (freien) Bibliothek wiederum der LGPL unterstellen und sie unentgeltlich vertreiben muß. Auch der Entfall der Rechte wird wie in der GPL geregelt (§ 8 LGPL).

Hinsichtlich der Pflicht, neue Werke unter die LGPL zu stellen, muß unterschieden werden: Programme, die zwar auf eine LGPL-Bibliothek zugreifen, aber unabhängig hiervon und nicht zusammen mit der Bibliothek vertrieben werden („in isolation“), müssen nach § 5 I LGPL nicht unter diese Lizenz gestellt werden, sondern können „proprietär“ bleiben. Damit ist es möglich, Programme, die auf Linux als Betriebssystem etwa aufbauen, weiterhin unter eine proprietäre Lizenz zu stellen, so daß ökonomische Anreize für die Benützung des Linux-Betriebssystems bestehen.<sup>44</sup> Dies ändert sich jedoch bei einer Verknüpfung des Programms mit der Bibliothek (dynamischer Verlinkung) und deren gemeinsamer Verbreitung, da § 5 II, III LGPL dann das Ergebnis der „Zusammenarbeit“ zwischen Bibliothek und Programm als ein „neues“ Programm bzw. Werk ansieht.<sup>45</sup>

Ausnahmen von der Pflicht zur Unterstellung unter die LGPL für den Fall der Verlinkung sieht allerdings § 6 LGPL vor, wenn dem Nutzer wenigstens das Recht zur Anpassung der Software an die eigenen Bedürfnisse sowie das Reengineering zur Beseitigung von Fehlern gestattet wird.<sup>46</sup> In diesem Fall muß jedoch zusätzlich zu einem Hinweis auf die Nutzung der LGPL-Bibliothek bzw. der Lizenz entweder der gesamte (!) Quellcode des Programms offengelegt werden<sup>47</sup> oder ein „suitable shared library mechanism for linking with the Library“ verwandt werden, mithin ein bekanntes, geeignetes Linking-Verfahren.<sup>48</sup> Erfüllt der Software-Nutzer bzw. -Entwickler letzt genannte Bedingung, muß

43 Vgl. Präambel Abs. 12 der LGPL.

44 S. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 52.

45 § 5 II LGPL: „However, linking a „work that uses the Library“ with the Library creates an executable that is a derivative of the Library (because it contains portions of the Library), rather than a „work that uses the library“. The executable is therefore covered by this License. Section 6 states terms for distribution of such executables.“

46 § 6 I LGPL: „6. As an exception to the Sections above, you may also combine or link a „work that uses the Library“ with the Library to produce a work containing portions of the Library, and distribute that work under terms of your choice, provided that the terms permit modification of the work for the customer's own use and reverse engineering for debugging such modifications.“

47 § 6 a) LGPL: „a) Accompany the work with the complete corresponding machine-readable source code for the Library including whatever changes were used in the work (which must be distributed under Sections 1 and 2 above); and, if the work is an executable linked with the Library, with the complete machine-readable „work that uses the Library“, as object code and/or source code, so that the user can modify the Library and then relink to produce a modified executable containing the modified Library. (It is understood that the user who changes the contents of definitions files in the Library will not necessarily be able to recompile the application to use the modified definitions.)“

48 § 6 b) LGPL: „b) Use a suitable shared library mechanism for linking with the Library. A suitable mechanism is one that (1) uses at run time a copy of the library already present on the user's computer system, rather than copying library functions into the executable, and (2) will operate properly with a modified version of the library, if the user installs one, as long as the modified version is interface-compatible with the version that the work was made with.“

35 <http://www.fsf.org>; in deutscher Übersetzung abgedruckt bei *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 177 ff.

36 Überblick über weitere Lizenzarten auch bei *Schiffner*, Open Source Software, S. 77 ff.

37 § 2: „You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions...“

38 S. dazu unten Rn. 85 ff.

39 Ausführliche Beschreibung und Analyse bei *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 54 ff.; *F.A.Koch*, CR 2000, 273; *Arlt/Brinkel/Volkmann*, Kap. ...Rn. ...@.

40 <http://www.apache.org/LICENSE-1.1>.

41 <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html>.

42 Zu den Hintergründen auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 62 f.

er nicht den Quellcode seiner Software offenlegen. Was allerdings unter einem solchen „suitable“ Linking-Mechanismus zu verstehen ist, kann in der Praxis erhebliche Probleme aufwerfen. Grundsatz dürfte sein, daß der Verbindungsmechanismus auch mit veränderten Version der Bibliothek arbeiten können muß.<sup>49</sup> Dennoch muß der Nutzer das Programm für den persönlichen Bedarf nach § 6 I LGPL verändern können, so daß – anders als nach üblichem Softwareurheberrecht – die Dekompilierung zulässig sein muß.

### 3. MOZILLA-LIZENZEN

Eine weitere bedeutende Gruppe von Open Source-Lizenzen läßt sich zu den sog. Mozilla<sup>50</sup>-artigen Lizenzen zusammenfassen.<sup>51</sup> Die Mozilla-Lizenz-Familie läßt weitergehend als die GPL einen Vertrieb und die Einbindung proprietärer Software zu, was sich weitgehend vor dem Hintergrund der Probleme der Offenlegung des Source Code des Netscape Navigators erklärt.<sup>52</sup>

Den Nutzern werden unter der Mozilla-Lizenz Rechte eingeräumt, die weitgehend der GPL vergleichbar sind, so die Nutzung der ursprünglichen Software, deren Vervielfältigung, Veränderung, Zugänglichmachung und Verbreitung sowie die Vergabe von Unterlizenzen (§ 2.1 a Mozilla-Lizenz). Nach § 2.2 Mozilla-Lizenz gilt dies auch für Veränderungen der Original-Software. Im Rahmen des Vertriebs der Software können Gebühren für den Support oder die Gewährleistung verlangt werden (§ 3.5 Mozilla-Lizenz). Allerdings sieht – ähnlich wie die GPL – auch hier die Mozilla-Lizenz vor, daß die Urheber der Software möglichst keinerlei Haftung oder Gewährleistung treffen soll. Während diese Teile weitgehend der GPL vergleichbar sind, unterscheidet sich die Mozilla-Lizenz wesentlich hinsichtlich der Befugnis, die unter die Mozilla-Lizenz gestellte Software zusammen mit proprietärer Software zu vertreiben: Anders als die GPL, die den gemeinsamen Vertrieb von selbständigen Werken als Ganzes nur bei Unterstellung insgesamt unter die GPL gestattet, erlaubt die Mozilla-Lizenz hier ein Mosaik aus Mozilla-lizenzierter und proprietär lizenzierter Software.<sup>53</sup>

Hinsichtlich der Pflichten des Nutzers, insbesondere bei der Veränderung der Software, folgt die Mozilla-Lizenzfamilie zwar weitgehend der GPL, etwa indem die Nutzungsrechte automatisch bei Verletzung der Lizenz entfallen (§ 8.1 Mozilla-Lizenz),<sup>54</sup> doch ist die Pflicht des Nutzers bei Fortentwicklungen der Software, diese wiederum unter die Lizenz zu stellen, nicht derart eindeutig gefaßt wie in der GPL.<sup>55</sup> Trotz der Interpretationsprobleme der Mozilla-Lizenz ist eine Pflicht des „contributors“, seine veränderte Software der Mozilla-Lizenz ebenfalls zu unterstellen, im Ergebnis unzweifelhaft. Anders als die GPL wird jedoch nicht jede Veränderung erfaßt, sondern nur diejenige, die entweder in dem selben Quellcode enthalten ist oder – bei mehreren Dateien – in denen Quellcode geschrieben ist. Werden jedoch die Änderungen in einer eigenen Datei abgespeichert, müssen diese nicht der Mozilla-Lizenz unterstellt und damit auch nicht freigegeben werden.<sup>56</sup> Es muß daher nur ein selbständiger Code in einem eigenständigen

<sup>49</sup> So zu Recht *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 53.

<sup>50</sup> Mozilla Public License, [www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html](http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html).

<sup>51</sup> Hierzu werden oft gezählt: die Sun Public License ([www.sun.com/developers/spl.html](http://www.sun.com/developers/spl.html)), die Erlang Public License (<http://eddie.sourceforge.net/EPL>), die Interbase Public License (<http://www.info.borland.com/devsupport/interbase/opensource/PL.html>), die ICS Open Source Public License (<http://www.opencontrol.org/OSPL.htm>) oder die Zenplex Public License ([http://www.zenplex.org/zpl\\_txt.html](http://www.zenplex.org/zpl_txt.html)); eine Übersicht weiterer Public Licenses findet sich unter <http://www.opensource.org/licenses/>; *Arlt/Brinkel/Volkman*, Kap. ...Rn. ...@.

<sup>52</sup> S. dazu *Arlt/Brinkel/Volkman*, Kap. ...Rn. ...@; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 62 f. mwNchw.

<sup>53</sup> Vgl. *Arlt/Brinkel/Volkman*, Kap. ...Rn. ...@; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 64.

<sup>54</sup> Allerdings mit einer Schonfrist von 30 Tagen ab Kenntnis des Nutzers vom Verstoß, s. ferner § 8.2, 8.3 der Mozilla-Lizenz; *Arlt/Brinkel/Volkman*, Kap. ...Rn. ...@.

<sup>55</sup> S.dazu die Kritik von *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 65.

<sup>56</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 65 unter Hinweis auf die Kommentierung der Mozilla-Lizenz unter <http://www.mozilla.org/MPL/annotated.html>.

gen File vorliegen, um von der Pflicht zur unentgeltlichen Freigabe entbunden zu werden. Modifizierungen gegenüber der GPL ergeben sich auch hinsichtlich der Freigabe des Quelltextes bzw. Quellcodes: Dieser muß bei Modifizierungen der Programme nur mindestens 12 Monate über einen üblichen elektronischen Verbreitungsmodus, bei Weiterentwicklungen gar nur 6 Monate zugänglich gemacht werden.<sup>57</sup> Bemerkenswert ist ferner, daß § 3.4 der Mozilla-Lizenz den Urheber der Veränderung dazu verpflichtet, auf die nötige Einwilligung Dritter zur Nutzung der modifizierten Software hinzuweisen, sobald er von diesen Kenntnis hat. Hat daher ein Erwerber die Software verändert, die aber ihrerseits zum Teil jedenfalls unter Patent- oder Urheberschutz stand, muß er dies einem Dritten, der die Software wiederum erwirbt, mitteilen. Auch enthält die Mozilla-Lizenz eine Art salvatorischer Klausel – im Gegensatz zu § 7 GPL, die hier das Entfallen der Nutzungsrechte anordnet –, indem dem Nutzer geboten wird, die Bestimmungen der Lizenz so weit wie möglich zu befolgen, wie es ihm aufgrund gesetzlicher Bestimmungen bzw. der Rechtsprechung gestattet ist.<sup>58</sup>

## II. „DUAL LICENSING“

In der Praxis findet sich oft eine besondere Form der Lizenzierung, das sog. „Dual Licensing“:<sup>59</sup> Damit wird ein und dieselbe Software sowohl unter eine Open Source-Lizenz als auch unter eine proprietäre Lizenz gestellt. Dies muß kein Widerspruch sein, da es dem Urheber frei steht, mit wem er unter welchen Bedingungen kontrahiert, so daß für ein und dasselbe immaterielle Wirtschaftsgut verschiedene Lizenzen abgeschlossen werden können. Ausgeschlossen ist diese Form der Lizenzierung jedoch, wenn es sich um Software handelt, die bereits unter der GPL steht, da diese in § 2b GPL den Weitervertrieb zu anderen Bedingungen als der GPL untersagt. Dementsprechend ist es auch nicht möglich, später veränderte Software, die unter der GPL lizenziert wurde, in einen proprietären Teil zu überführen, da wiederum § 2b GPL dem entgegensteht und die andere, proprietäre Software wiederum nach der GPL freigegeben werden müßte.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> § 3.2 Mozilla-Lizenz.

<sup>58</sup> § 4 Mozilla-Lizenz.

<sup>59</sup> Prominentestes Beispiel ist die MySQL-Software im Datenbankbereich, <http://www.mysql.com>.

<sup>60</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 81.

### III. ABGRENZUNG ZU ANDEREN FORMEN

#### 1. PUBLIC DOMAIN

Für Public Domain Software<sup>61</sup> ist der (versuchte)<sup>62</sup> vollständige Verzicht auf jegliche Urheberrechte kennzeichnend, jedenfalls aber das uneingeschränkte Recht der Verwertung für den Nutzer. Anders als die GPL oder andere Lizenzmodelle kann der Nutzer daher die Software (fast)<sup>63</sup> ohne jegliche Einschränkung benützen oder verändern, wie er möchte. Die GPL bzw. Open Source Software räumen dagegen dem Nutzer ausdrücklich Veränderungs- und Verwertungsrechte ein, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen, und machen damit gerade von dem an der Software bestehenden Urheberrecht Gebrauch.

#### 2. FREeware

Sog. Freeware oder freie Software<sup>64</sup> zeichnet sich in der Regel dadurch aus, daß zwar die Software selbst kostenlos zur Benutzung überlassen wird, im Gegensatz zur GPL und Open Source Software der Quellcode aber nicht offengelegt wird. Der Nutzer erhält daher nur ein einfaches Nutzungsrecht an der Software, nicht aber weitergehende Befugnisse.<sup>65</sup> Auch findet sich oft die Beschränkung auf bestimmte Einsatzgebiete, etwa den privaten Bereich.<sup>66</sup>

#### 3. SHARED SOURCE CODE

Microsoft hat jüngst ein Modell vorgestellt, das auf den ersten Blick dem Open Source-Modell ähnelt, den Shared Source Code. Für das Betriebssystem Windows CE, das für embedded systems verwandt wird, wird eine Shared Source License verwandt, die dem Lizenznehmer das Recht einräumt, die Software zu nutzen, zu verändern, insbesondere für die Anpassung an seine eigene Hard- oder Software, und jene auch zu verbreiten. Die Lizenz ist bei kommerziellen Zwecken allerdings nur auf Testzwecke beschränkt.

61 Vgl. allgemein zu Public Domain-Verträgen Hoeren, CR 1989, 887 ff.; siehe auch Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 279 ff.; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, J Rn. 19 ff.; *F.A.Koch*, Computer-Vertragsrecht, Rn. 848.

62 Außer in den in § 29 S. 1 UrhG geregelten Fällen, kann das Urheberrecht unter Lebenden nicht wirksam übertragen werden. Die rechtsgeschäftliche Übertragung als Verfügung ist nichtig sowie der auf eine solche Verfügung gerichtete schuldrechtliche Vertrag vorbehaltlich der Auslegung oder einer Umdeutung gem. § 306 BGB unwirksam; vgl. *Block* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 29 Rn. 4; *Spautz* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 29 Rn. 5 ff.; *Schricker* in: *Schricker UrhG Vor* §§ 28 ff. Rn. 17; *Nordemann/Hertin* in: *Fromm/Nordemann UrhR Vor* § 28 Rn. 1.

63 Das Verwertungsrecht wird nur durch das nicht veräußerbare Urheberpersönlichkeitsrecht des Softwareerstellers beschränkt, vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 5 f.

64 Vgl. allgemein zu den Verträgen über Freeware *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 281 ff.; *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs. 10; vgl. auch *Hoeren*, CR 1989, 888 ff., der Freeware als Unterfall der Public Domain-Software begreift.

65 Vgl. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 142; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334.

66 S. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 6.

### IV. SCHEMATISCHE EINORDNUNG

Charakteristisch für die verschiedenen Lizenzen sind daher folgende Elemente:<sup>67</sup>

- die kostenlose Nutzung
- der zeitlich uneingeschränkte Gebrauch
- die freie Verfügbarkeit des Source Codes
- die freie Veränderbarkeit des Source Codes
- die freie Abgabe von Derivaten
- kein Zugriff auf proprietäre Software bzw. kein Bezug dazu

Darauf ergibt sich folgende Skala:

Kriterien	kostenlose Nutzung	unbeschränkter Gebrauch	Quellcode veränderbar	Derivate kostenlos abzugeben	Kein Bezug zu proprietärer Software
Shareware	X	–	–	–	–
Freeware/ Public Domain Software	X	X	–	–	–
BSD	X	X	X	–	–
LGPL (Lesser License)	X	X	X	X	–
GPL	X	X	X	X	X

67 Vgl. *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 45; *Schiffner*, Open Source Software, S. 17 f.

## D. URHEBERRECHT

Die rechtliche Einordnung der Open Source Software wirft zahlreiche Rechtsfragen auf, da das Urheberrecht für die Zwecke der Open Source-Bewegung instrumentalisiert wird, so daß Verwerfungen mit tradierten Grundsätzen auftreten. Überlagert werden diese Probleme schließlich durch kollisionsrechtliche Fragestellungen, da die GPL (und andere Lizenzen) deutlich dem US-amerikanischen Lizenzvertragsrecht nachgebildet sind, so daß an sich aus international-privatrechtliche Perspektive zunächst nach dem anwendbaren Recht zu fragen wäre. Im folgenden wird trotz dieser im Prinzip zu stellenden Vorfrage nach dem anwendbaren Recht das Open-Source-Modell zunächst aus nationalrechtlicher Perspektive beleuchtet, da kollisionsrechtlich wiederum zahlreiche Fragen von der (nationalrechtlichen) Einordnung der Open-Source-Lizenz abhängen, wie etwa die Frage nach dem Vertragspartner, seines Sitzes oder nach der Qualifizierung der Lizenz als Kauf- oder Schenkungsvertrag. Aus diesem Grund werden die kollisionsrechtlichen Fragen erst im Anschluß an die nationalrechtliche Untersuchung behandelt.

## I. GRUNDSÄTZE

### 1. URHEBERRECHTLICHER SCHUTZ VON SOFTWARE

Software ist seit der Umsetzung der entsprechenden EG-Richtlinie<sup>68</sup> in §§ 69a ff. UrhG ohne Rücksicht auf die geistig-ästhetische Höhe<sup>69</sup> urheberrechtlich geschützt<sup>70</sup> und zwar sowohl in Form des sog. Quellcodes als auch des Objectcodes,<sup>71</sup> nicht dagegen jedoch allein die Idee oder der Algorithmus<sup>72</sup> (dazu auch unten Rn. 138 ff.). Es bedarf indes einer individuell-schöpferischen Gestaltung des Programmes gem. §§ 69a III UrhG, so daß nicht jeder auch noch so einfache Programmablauf geschützt ist. Die Unterstellung der Software unter eine Lizenz wie der GPL kann kein Urheberrecht begründen; dessen Entstehung beurteilt sich allein – je nach dem Schutzland (s. D.IV.1.) – nach dem jeweiligen UrhG. Fehlt es an einer individuell-schöpferischen Gestaltung, vermag die Vereinbarung einer Lizenz wie der GPL nur schuldrechtliche Wirkung zu entfalten.<sup>73</sup>

Nach § 69c UrhG sind wie im allgemeinen Urheberrecht die Vervielfältigung, die Bearbeitung und die Verbreitung einer Software nur mit Erlaubnis des Urhebers zulässig.<sup>74</sup> Eine Vervielfältigung liegt nach hM bereits beim Ablauf einer Software im Arbeits- oder Bildschirmspeicher vor,<sup>75</sup> was nunmehr durch die InfoSoc-Richtlinie der EG bestätigt

68 EG-Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991 ABl. Nr. L 122, S. 42 ff. vom 17.5.1991.

69 So noch BGH, Urteil v. 09.05.1985 - I ZR 52/83, NJW 1986, 192, 196 - Inkassoprogramm; vgl. auch BGH, Urteil v. 04.10.1990 - I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 f. - Betriebssystem.

70 Erforderlich ist jedoch eine gewisse Individualität, so daß Aneinanderreihungen aus bekannten Programmmodulen keinen urheberrechtlichen Schutz genießt. Im Einzelfall kann die Abgrenzung jedoch schwierig sein, vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 123; einen guten Überblick liefern *Junker/Benecke*, Computerrecht, 3. Aufl., 2003, Rn 29 ff.

71 *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger UrhR, § 69a Rn. 4; *Hoeren* in: Möhring/Nicolini UrhG § 69a Rn. 5; *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69a Rn. 10; *Nordemann/Vinck* in: Fromm/Nordemann UrhR § 69a Rn. 4; *Ernst*, MMR 2001, 208 ff.

72 *Hoeren* in: Möhring/Nicolini UrhG § 69a Rn. 12; *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69a Rn. 12; a.A. *Nordemann/Vinck* in: Fromm/Nordemann UrhR § 69a, Rn. 2; für die Idee ergibt sich dies unmittelbar aus § 69a Abs. 2 S.2 UrhG.

73 Vgl. *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 274.

74 Zu Einzelheiten der nach § 69c UrhG zustimmungsbedürftigen Handlungen siehe *Junker/Benecke*, Computerrecht, 3. Aufl., 2003, Rn 56 ff.

75 Vgl. zum Streitstand OLG Hamburg, Urteil v. 22.02.2001 - 3 U 247/00, GRUR 2001, 831 = NJW-RR 2001, 1198; OLG Düsseldorf, Urteil v. 14.05.1996 - 20 U 126/95, CR 1996, 728, 729; *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 16 Rn. 19; *Loewenheim*, IIC 1996, 41, 47; *Dreier*, CR 1991, 577, 579 f.; *Dreier*, in: Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, S. 101, 112; *Bechthold*, ZUM 1997, 427, 430; *Becker*, ZUM 1995, 231, 243 f.; *Nordemann* in: Fromm/ Nordemann UrhR § 16 Rn. 2; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 380; *Waldenberger*, ZUM 1997, 176, 179; *Haberstumpf*, in: Lehmann, Rechtsschutz von Computerprogrammen, Rn. 117; *Lehmann*, FS Schricker, 1995, S. 543, 566; offen gelassen in BGHZ 112, Urteil v. 04.10.1990 - IZ 139/89, 264, 277 f. = GRUR 1991, 449 = NJW 1991, 1231; BGH, Urteil v. 20. 01.1994 - I ZR 267/91, NJW 1994, 1216, 1217, m. Anm. *Lehmann*.

wurde.<sup>76</sup> Da es keinen gutgläubigen Erwerb eines Urheberrechts im deutschen Immaterialgüterrecht gibt,<sup>77</sup> löst schon die unbefugte Benutzung eines Softwareprogramms entsprechende Ansprüche des Urhebers aus.

Auch ist für jegliche Umarbeitung des Programms eine Lizenz (bzw. Einwilligung) des Urhebers gem. § 69c Nr. 2 UrhG nötig, wobei der Begriff der Umarbeitung wiederum weit verstanden wird, um jede mögliche Umgehung auszuschließen, so daß selbst die Kompilierung eines Programms hiervon erfaßt wird.<sup>78</sup> Liegt die Zustimmung des Urhebers vor, erwirbt der Bearbeiter seinerseits ein Urheberrecht an den bearbeiteten Teilen der Software, § 69c Nr. 2 S. 2 iVm § 3 UrhG. Zur Nutzung einer solchen bearbeiteten Software bedarf es daher der Rechteinräumung sowohl des ursprünglichen Urhebers als auch des Bearbeiters.

Dem weiten Schutz des Softwareurhebers stellt das Urheberrecht allerdings gewisse Mindestrechte des Nutzers<sup>79</sup> gegenüber, die zwar nicht einer Nutzungsrechtseinräumung qua Gesetz entsprechen, andererseits aber auch weiter gehen als bloße Schrankenbestimmungen.<sup>80</sup> Dem zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigten der Software, die Dekompilierung zur Schaffung einer Sicherungskopie, das Testen der Software, die Dekompilierung zur Schaffung der Interoperabilität mit anderen Programmen sowie die Umarbeitung zur bestimmungsgemäßen Benutzung und Fehlerbeseitigung zu. Eine Vervielfältigung der Software zur bestimmungsgemäßen Benutzung wird zwar von § 69d I UrhG auch vorgesehen; doch steht diese unter dem Vorbehalt anderweitiger vertraglicher Bestimmungen, die gerade hier in mannigfaltiger Weise in der Praxis verwandt werden,<sup>81</sup> wobei indes ein Kern an Rechten beim Nutzer verbleiben muß, um das Programm ohne ständige Erlaubniseinholung benutzen zu können.<sup>82</sup>

### 2. KEINE AUFGABE DES URHEBERRECHTS AN EINEM WERK

Das deutsche Urheberrecht wird – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, wie etwa der US-amerikanischen<sup>83</sup> – von dem Grundsatz beherrscht, daß das Urheberrecht nicht aufgegeben werden kann; es gibt also keine Art Dereliktion an einem geistigen Werk.<sup>84</sup> Daher kann Open Source Software auch nicht als Verzicht auf ein Urheberrecht gedeutet werden. Die GPL selbst sieht auch keineswegs einen solchen Verzicht vor, sondern benützt gerade das Urheberrecht, um die Softwareentwicklung und -distribution zu steuern.

76 Vgl. Art. 5 I der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Abl. EG L 167 vom 22.6.2001, S. 10 ff., s. dazu *Spindler*, GRUR 2002, 105, 107; *Linnenborn*, K&R 2001, 394; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 516; *Kröger*, CR 2001, 316, 317; *Walter* in: Walter (Hrsg.), Europäisches Urheberrecht, Rn. 56.

77 *Schricker* in: Schricker UrhG Vor §§ 28 ff Rn. 44; *Spautz* in: Möhring/Nicolini UrhG § 31 Rn. 14.

78 *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69c Rn. 12; *Hoeren* in: Möhring/Nicolini UrhG § 69c Rn. 7; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger UrhR 2002 § 69c Rn. 18; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1071.

79 Allgemein hierzu *Junker/Benecke*, Computerrecht, 3. Aufl., 2003, Rn 71 ff; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137, 138 ff.

80 Für die Einordnung des § 69 d UrhG als Schrankenbestimmung: *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69d Rn. 1; *Hoeren* in: Möhring/Nicolini UrhG § 69d Rn. 1 ff.; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 883; dagegen aber: *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger UrhG § 69d Rn. 1.

81 Vgl. zur vertraglichen Einschränkung von Nutzungsrechten etwa durch CPU-Klauseln oder Netzwerkbeschränkungen *Heussen* in: Kilian/ Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, Kap. 32, Rn. 37; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, C Rn. 52 ff.; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137; *Spindler* in: Spindler (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV, Rn. 101 ff.; *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69 d Rn. 14; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 983 ff.

82 Vgl. *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger UrhR § 69d Rn. 34 ff; *Loewenheim* in: Schricker UrhG § 69d Rn. 12; *Hoeren* in: Möhring/Nicolini UrhG, § 69d, Rn. 16 f; *Nordemann/Vinck* in: Fromm/Nordemann UrhR § 69d Rn. 6.

83 *Braveman* in: Nordemann/Roeber (Hrsg.), Das neue U.S. Copyright Law, S. 77, 90 f.; vgl. auch *Spautz* in: Möhring/Nicolini UrhG § 31 Rn. 11; *Bodewig*, FS Schricker 1995, S. 833 ff., 854.

84 BGHUrteil v. 23.02.1995 - I ZR 68/93 GRUR 1995, 673, 675 = NJW 1995, 1556, 1557 - Mauer-Bilder; *Schricker* in: Schricker UrhG § 29 Rn. 15; *Ahlberg* in: Möhring/Nicolini UrhG § 7 Rn. 5; *Wandtke/Grunert* in: Wandtke/Bullinger UrhG § 31 Rn. 1.

Daraus kann aber andererseits auch *kein allgemeiner Verstoß der GPL gegen ungeschriebene Grundsätze des Urheberrechts* abgeleitet werden;<sup>85</sup> denn die Open Source-Bewegung verwendet lediglich die vom Urheberrecht gebotenen Instrumente, um einen entsprechenden Zweck zu erreichen. Das Immaterialgüterrecht wird hinsichtlich seiner Ausschlußfunktion gerade verwandt, um die beabsichtigte Weiterverbreitung zu verwirklichen.<sup>86</sup> Zwar verhält sich dies teilweise widersprüchlich zur Begründung und Funktion von Urheberrechten.<sup>87</sup> Ebensowenig, wie Schenkungen mit dinglicher Besicherung von Auflagen von vornherein der Eigentumsordnung widersprechen, kann aber die GPL als ein grundsätzlicher Verstoß gegen Prinzipien des Immaterialgüterrecht gewertet werden.

## II. VERWERTUNGSRECHTE

### 1. WER IST URHEBER? (RECHTSBEZIEHUNGEN DER ENTWICKLER UNTEREINANDER)

Basiert daher die GPL letztlich als nötige Vorbedingung ihrer Wirksamkeit<sup>88</sup> auf einem Urheberrecht, an dem einfache Nutzungs- bzw. Verwertungsrechte eingeräumt werden, stellt sich angesichts der nicht zu überschauenden Vielfalt an Programmierern, die an einem Open Source-Produkt mitgewirkt haben, wie etwa Linux, die Frage, wer überhaupt als Inhaber des Urheberrechts anzusehen ist<sup>89</sup> und wer die Verwertungsrechte einräumen kann, mithin: wer Lizenzvertragspartner werden kann. Entscheidend ist der Entwicklungsablauf der Software, der für jede Software unterschiedlich sein kann und der von der GPL nicht determiniert wird. So können etwa gleichzeitig verschiedene Programmierer an einer Software arbeiten, die während dieser Phase freigegeben wird, für die aber ein Endzeitpunkt definiert ist. Aber auch die sukzessive Verbesserung von Open Source Software durch immer neue Releases, an denen Programmierer mitarbeiten, läßt sich in der Praxis finden.<sup>90</sup> Nach diesen verschiedenen Entwicklungsmodellen entscheidet sich auch, wer Urheber für welche Teil der Software werden kann:

#### a) MITURHEBER NACH § 8 URHG

Für viele Open Source-Projekte findet sich eine gemeinsame, dezentrale Entwicklung, indem die verschiedenen Entwickler im Rahmen eines gemeinsamen Konzepts zusammenwirken. In diesem Fall können sie als Miturheber für ein einheitliches Werk<sup>91</sup> qualifiziert werden.<sup>92</sup> Allerdings ist hierfür erforderlich, daß die Mitwirkung an einem Werk erfolgt, das nach einem gemeinsamen Plan bzw. einer gemeinsamen Idee entworfen worden ist,<sup>93</sup> wobei die einzelnen Beiträge nicht gesondert verwertbar sind.<sup>94</sup>

85 So aber *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 416 f.; ausführlich auch *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 279 f., der im Ergebnis aber zurecht auf die unterschiedlichen Marketing-Strategien und die mittelbaren ökonomischen Vorteile der Open Source Entwickler verweist.

86 Ebenso *Schiffner*, Open Source Software, S. 148 f.

87 *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 416 f.

88 Dies betonen im Hinblick auf die „Urheberrechtsphilosophie“ des Schutzes geistigen Eigentums *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 94 ff.

89 Vgl. hierzu ausführlich *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., S. 159 ff.

90 *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 277; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 27.

91 *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 8 Rn. 8 f.; *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 8 Rn. 4 ff.; *Thum* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 8 Rn. 7; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhR* § 8 Rn. 2 f.

92 *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 166 f.; *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672.

93 Vgl. BGH, Urteil v. 14.07.1993 - I ZR 47/91, BGHZ 123, 208, 213 = NJW 1993, 3136, 3137 - Buchhaltungsprogramm; BGH, Urteil v. 09.05.1985 - I ZR 52/83, NJW 1985, 192, 195 ff.; BGH, Urteil v. 14.11.2002 - I ZR 199/00, ZUM 2003, 304, 307 - Staatsbibliothek; vgl. auch BGH, Urteil v. 13.6.2002 - I ZR 1/00, BGHZ 151, 92 = NJW 2002, 3549, 3550 f. = GRUR 2002, 961, 962 - Mischtonmeister; OLG Frankfurt Urteil v. 17.09.2002 - 11 U 67/00 CR 2003, 50, 51 f.; OLG Köln, Urteil v. 14. 10. 1952 - 4 U 82/52, GRUR 1953, 499 - Kronprinzessin Cécile I; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 8 Rn. 7; *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 8 Rn. 4 ff.; für Open Source Software: *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 166; *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 276.

94 BGH, Urteil v. 14.11.2002 - I ZR 199/00, ZUM 2003, 304, 307 - Staatsbibliothek.

Vor allem bei sog. Experimental Releases, die unter Mitwirkung anderer Programmierer zu einer späteren „Stable Release“ werden,<sup>95</sup> kann dies der Fall sein.<sup>96</sup>

Allein die Tatsache, daß über die *Annahme einzelner Werkbeiträge ein Komitee* oder eine einzelne Person entscheidet, ändert indes nichts daran, daß die einzelnen Entwickler Urheber ihrer jeweiligen Beiträge sind und bleiben. Nur wenn hier noch von einem gemeinsamen Werk bzw. einer Idee gesprochen werden kann, besteht eine Miturheberschaft; ausschlaggebendes Kriterium dürfte sein, ob die einzelnen Module für sich noch lauffähig sind, auch wenn sie auf ein gemeinsames Programm bezogen sind, wie z.B. Linux. In diesem Fall besteht keine Miturheberschaft mehr, da es sich nicht mehr um einen gemeinsamen Plan handelt, der gemeinsam realisiert wird, sondern um Erweiterungen eines bestehenden Werkes. Oftmals wird es sich jedoch im Zuge der sog. Basar-Methode bei Open Source Software und bei substantieller Mitwirkung um eine Miturheberschaft nach § 8 UrhG handeln.<sup>97</sup>

Problematisch ist ferner die implizite Voraussetzung des § 8 I, III UrhG, daß die Miturheberschaft sich grundsätzlich auf *verschiedene gleichartige Beiträge* der gleichen Werkskategorie bezieht.<sup>98</sup> Solange die Open Source Software allein Programme im Sinne der §§ 69a ff. UrhG betrifft, werden sich hieraus keine Probleme ergeben; dies ändert sich indes, wenn eine graphische Benutzeroberfläche, insbesondere ein audiovisuelles Design integriert wird. Hier bricht der alte Streit darüber auf, ob die entsprechenden Codes ihrerseits dem Schutz der §§ 69a ff. UrhG oder den jeweiligen Werkarten zu unterstellen sind. Geht man richtigerweise und mit der hM von dem Schutz durch die jeweilige Werkkategorie aus, da die dem Werk zugrundeliegende Form nicht ausschlaggebend für den Schutzzumfang sein kann,<sup>99</sup> so kann häufig die Miturheberschaft am Vorliegen unterschiedlicher Werkbeiträge scheitern; zumindest muß dann für die jeweiligen Werkkategorien differenziert werden. Für die Unterstellung unter die GPL würde dies im Prinzip indes keinen Unterschied machen, da sie in § 0 GPL sowohl „any program or other work“ erfaßt, mithin auch andere Urheberrechtskategorien als Software – jedoch entstünde dann keine Miturheberschaft an dem Gesamtwerk, das aus verschiedenen Werkkategorien besteht.

Liegt eine solche Miturheberschaft vor, bestimmt § 8 II 1 UrhG, dass zwischen den Miturhebern eine *Gesamthandsgemeinschaft* entsteht, ordnet dies aber nur für das Veröffentlichungs- sowie das Verwertungsrecht des Werkes an, mit den daraus folgenden Problemen der gemeinsamen Entscheidung über die Verwertung des Gesamthandsguts, insbesondere über die Unterstellung unter die GPL.<sup>100</sup> Auf diese Gesamthandsgemeinschaft finden zwar ergänzend die Regelungen der BGB-Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB Anwendung, jedoch mit Modifikationen: So kann – anders als nach §§ 705 ff. BGB – die Gemeinschaft nicht etwa durch Kündigung aufgelöst werden, sondern endet erst mit Ablauf der Schutzfrist, berechnet nach dem Tod des längstlebenden Miturhebers.<sup>101</sup> Jedenfalls im Hinblick auf die gesamthänderisch gebundenen Verwertungsrechte dürfte die Miturheber zudem auch die solidarische Haftung treffen, etwa im Hinblick auf Rechte Dritter nach § 97 UrhG. Denn sie handeln oft – eben wie von § 8 UrhG vorausgesetzt – nach einem gemeinsamen Plan, indem die Software gemeinsam entwickelt

95 Vgl. zu Entwicklungszyklus von IT Systemen *Köhntopp/Köhntopp/Pfützmann*, DuD 2000, 508, 510 f.

96 So *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672.

97 Vgl. auch *Schiffner*, Open Source Software, S. 121 f.

98 So etwa für Filmwerke und die Beteiligung musikalischer Urheber *Schricker*, in: *Poll* (Hrsg.), Videorecht - Videowirtschaft, 1986, S. 76, 79; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhG* § 8 Rn. 12.

99 Für die h.M. *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 69 a Rn. 7; *Leistner/Bettinger*, Beilage CR 12/ 1999, 1, 16 f.; *Günther*, CR 1994, 611, 612; *F.A.Koch*, GRUR 1991, 180, 181; *Raubenheimer*, CR 1994, 69, 70 f.; *Wiebe*, GRUR Int. 1990, 21, 26 f.; zweifelnd *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 69 a Rn. 6.

100 Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 27.

101 *Thum* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 8 Rn. 51 sowie § 65, Rn. 2 f.; *Gass* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 65 Rn. 5; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 8 Rn. 11.

wird, so daß von einem gemeinsazem Zweck ausgegangen werden kann. Weder ist eine bestimmte Geschäftsführung noch ein Gesamthandsvermögen oder eine realiter stattfindende Gesellschafterversammlung erforderlich, um eine Gesellschaft anzunehmen; maßgeblich ist die gemeinsame Verbindung zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.<sup>102</sup>

#### b) VERBUNDENES WERK NACH § 9 URHG

Möglich ist aber auch ein sog. verbundenes Werk, bei dem mehrere selbständige Werke, die unabhängig voneinander geschaffen wurden und selbständig sind, miteinander verbunden werden.<sup>103</sup> An der Urheberschaft für die einzelnen Bestandteile des Werkes ändert sich dadurch nichts, jeder Entwickler bleibt Urheber des jeweiligen Moduls. Mit dem verbundenen Werk entsteht ebenfalls eine BGB-Gesellschaft,<sup>104</sup> die bei Open Source Software auf das Ziel der gemeinsamen Verwertung bzw. Unterstellung unter die GPL<sup>105</sup> der so miteinander verbundenen Werke gerichtet ist,<sup>106</sup> ohne daß jedoch die Urheberrechte an den jeweiligen Werken damit Gesamthandsgut würden.

Die Tragfähigkeit einer solchen Konstruktion steht und fällt jedoch mit der Unabhängigkeit der einzelnen Werke, die miteinander verbunden werden.<sup>107</sup> Gerade bei Softwareelementen und -modulen wird es entscheidend darauf ankommen, ob sie selbstständig lauffähig sind und die Kriterien der §§ 69a ff. UrhG erfüllen. So werden bestimmte Module oder Funktionen, die für ein Betriebssystem wie Linux geschrieben worden sind, kaum als eigenständig lauffähige Programme zu qualifizieren sein.<sup>108</sup> Daran kann man hinsichtlich der Isolierbarkeit und Lauffähigkeit etwa des Kernels berechnete Zweifel äußern.<sup>109</sup>

#### c) SUKZESSIONS ERSTELLUNG

Bei einer sukzessiven Bearbeitung einer Software entsteht nach deutschem Urheberrecht gem. § 69 c Nr. 2 S. 2 UrhG ein neues Urheberrecht, das sich auf die Veränderungen bzw. die Bearbeitung allein bezieht (Bearbeiterurheberrecht).<sup>110</sup> Die Zulässigkeit der Bearbeitung und damit ihre Verwertung hängen allerdings ihrerseits von der Zustimmung des Urhebers der ursprünglichen Software ab.<sup>111</sup> Eine dezentrale, sukzessive – bisweilen als klassische Form für Open Source bezeichnete<sup>112</sup> – Entwicklung der Software benötigt daher praktisch von jedem Entwickler die Einwilligung zur Bearbeitung und Lizenzräumung an alle nachfolgenden Programmierer.<sup>113</sup> Umgekehrt kann der ursprüngliche Urheber an der bearbeiteten Software keine alleinigen Rechte mehr geltend machen, er muß zusammen mit allen schöpferisch an der Bearbeitung der Software Beteiligten die Nutzungsrechte vergeben.<sup>114</sup>

102 Ähnlich im Ergebnis *Schiffner*, Open Source Software, S. 211 ff., 234 ff.

103 *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 277; *Schiffner*, Open Source Software, S. 123 f.

104 Differenzierend *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhR* § 9 Rn. 4; allgemein *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 9 Rn. 3; *Thum* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 9 Rn. 20 ff.; *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 9 Rn. 12 ff.

105 Zutr. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 27.

106 So *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 277 f.

107 S. dazu *Thum* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 8 Rn. 7 ff.; *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 8 Rn. 10 ff.; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 8 Rn. 5; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhR* § 8 Rn. 10 ff.

108 *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 276.

109 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 27 gegen *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 278.

110 S. oben Rn. 30; *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672; *Schiffner*, Open Source Software, S. 145 f.

111 *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 3 Rn. 31; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 3 Rn. 35; vgl. auch *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 3 Rn. 37: Das Bearbeiterurheberrecht entsetzt mit der Bearbeitung auch dann, wenn der Urheber des Originalwerks eine nach § 23 S. 2 UrhG erforderliche Einwilligung zur Bearbeitung nicht gegeben hat.

112 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 28.

113 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 22, 27 f.; *Schiffner*, Open Source Software, S. 145 f.

114 *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672.

Ob zwischen den vorherigen und den nachfolgenden Programmierern eine *BGB-Gesellschaft* entsteht, ist umstritten: Eine Auffassung geht von dem Ziel der gemeinsamen Verbreitung und Fortentwicklung der Software aus, so daß ein gemeinsames Ziel gegeben sei.<sup>115</sup> Dagegen wird vorgebracht, daß keine BGB-Gesellschaft entstehe, sondern vielmehr der Programmierer „Teil einer Entwicklergesellschaft mit dem Ziel der gemeinsamen Verbreitung und Fortentwicklung der Software“ werde.<sup>116</sup> Auch hier soll § 8 II 3 UrhG entsprechend eingreifen, mit der Folge, daß jeder an der Entwicklung Beteiligte Verletzungen der Lizenz geltend machen könne. Daran ist richtig, daß die BGB-Gesellschaft typischerweise auf gegenseitige Pflichten gerichtet ist, was gerade bei Open Source Software aber fehlt, da der nächste Nutzer nicht seinerseits die Software weiterentwickeln muß. Vielmehr greifen derartige Pflichten erst bei Veränderung und/oder weiterer Verbreitung ein. Zudem wäre fraglich, auf welche Software das Ziel der Entwicklung bei einer sukzessiven Bearbeitung eigentlich gerichtet sein sollte; denn die neue Software, die ebenfalls unter die GPL gestellt werden muß, ist zwar von der ursprünglichen Open Source Software abgeleitet, doch ist sie gerade eigenständig im Sinne des Urheberrechts. Eine BGB-Gesellschaft ad incertas personas müßte daher sowohl auf die Aufnahme beliebiger späterer Entwickler als auch auf beliebige Software gerichtet sein, sofern nur die GPL eingehalten würde. Dies scheint den Begriff der gemeinsamen Zweckverfolgung unzulässig auf Austauschverträge, wozu auch Schenkungen gehören können, auszudehnen. Aber auch der diffuse Begriff der „Entwicklergesellschaft“ erscheint wenig geeignet, die sukzessive Erstellung bei Open Source Software zu erfassen. Naheliegender erscheint es, die Rechtsverhältnisse zwischen späterem Bearbeiter und den ursprünglichen Urhebern als zweiseitige Rechtsgeschäfte anzusehen, denen die GPL als Lizenzvertrag und – wie noch zu zeigen sein wird (Rn. 186 ff.) – typischerweise eine Schenkung zugrundeliegt.<sup>117</sup>

#### d) KONSEQUENZEN: VERFÜGUNGS- UND KLAGEBEFUGNISSE

Sowohl bei der Miturheberschaft nach § 8 UrhG als auch der gemeinschaftlichen Verwertung nach § 9 UrhG handelt es sich jeweils (mindestens) um eine Gesamthandsgemeinschaft, die die Urheberrechte an der Software inne hat. Die gemeinschaftliche Verwertung nach § 9 UrhG bildet zudem nach ganz hM eine BGB-Gesellschaft.<sup>118</sup> Allerdings kann die Gesamthandsgemeinschaft hinsichtlich der Urheberrechte nicht wie eine BGB-Gesellschaft gekündigt bzw. aufgelöst werden; die gemeinschaftlich gebundenen (Mit-) Urheberrechte können daher nicht durch eine Kündigung aus der Bindung gelöst werden.

Inzwischen ist die BGB-Gesellschaft zwar als eine typische Form der Gesamthandsgemeinschaft von der Rechtsprechung sogar als parteifähig und damit teilrechtsfähig anerkannt worden;<sup>119</sup> doch muß dies nicht für alle Gesamthandsgemeinschaften gelten und ändert überdies nichts an der Frage, wer für die Gesamthandsgemeinschaft eine Rechteübertragung und -übertragung erklären kann. So muß bei der BGB-Gesellschaft auch bei deren Teilrechtsfähigkeit die Rechteübertragung grundsätzlich einstimmig erfolgen.<sup>120</sup> Auch die Klageerhebung bedarf der Zustimmung aller BGB-Gesellschafter, sofern keine besondere Regelung über Geschäftsführung und Vertretung getroffen worden ist; eine actio pro societate kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.<sup>121</sup> § 8 II S. 3

115 So *Sester*, CR 2000, 797, 800.

116 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 29; wohl auch *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672, aber ohne nähere Begr.

117 Unklar insoweit *Schiffner*, Open Source Software, S. 213 f., 234 ff., der offenbar auch auf die sukzessive Erstellung BGB-Gesellschaftsrecht anwenden will.

118 BGH, Urteil v. 02.10.1981 - I ZR 81/79, GRUR 1982, 41, 42 f. - Musikverleger III; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 9 Rn. 9.

119 BGH Urteil v. 29.01.2001 - II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 ff.

120 BGH, Urteil v. 02.10.1981 - I ZR 81/79, GRUR 1982, 41, 43 - Musikverleger III.

121 Vgl. zur actio pro societate *Ulmer* in: *MünchKommBGB* § 705 Rn. 169 ff.; *Sprau* in: *Palandt BGB* § 714 Rn. 9; *Keßler* in: *Staudinger BGB* § 705 Rn. 61 ff.; *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 21 IV.

UrhG verlangt zudem die Klage auf Leistung an alle Miturheber, auch wenn nur der einzelne Urheber klagt.

In der Praxis kommt es daher für eine Open Source Software entscheidend darauf an, ob der Miturheber als Kläger die Namen aller anderen Miturheber benennen kann;<sup>122</sup> nur für die Fälle, in denen – wie die GPL es vorsieht – der Miturheber seinen Namen hinterläßt, wird dies möglich sein.<sup>123</sup> Daran ändert auch die zitierte Rechtsprechung zur Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft nichts,<sup>124</sup> da hier § 8 II S. 3 UrhG als spezialgesetzliche Regelung vorgeht. Darüber hinaus wäre fraglich, ob die genannte Rechtsprechung auch für nicht unternehmerisch tätige BGB-Gesellschaften gilt.<sup>125</sup> Die Urhebervermutung des § 10 I UrhG kann zwar bedingt weiterhelfen, sofern mehrere als Miturheber genannt werden können, doch hängt es sehr von den Umständen des Einzelfalls ab, ob genügend Miturheber bezeichnet werden können, so daß ein Gegenbeweis scheitern würde.<sup>126</sup>

Dagegen soll bei einer Unterlassungsklage nach § 8 II S. 3 UrhG auch die Klage durch einen einzelnen Miturheber möglich sein, selbst wenn die anderen Miturheber nicht benannt werden können.<sup>127</sup> Denn bei einem Unterlassungsanspruch muß nicht auf Leistung an alle Gesellschafter der Gesamthandsgemeinschaft geklagt werden, da hier nicht die Gefahr der Übervorteilung besteht.<sup>128</sup> Allerdings verfängt § 8 II S. 3 UrhG nicht bei rein vertraglichen Ansprüchen, so daß die Reichweite der Aktivlegitimation von der Art der geltend gemachten Ansprüche bzw. der Qualifizierung der in der GPL enthaltenen Bestimmungen abhängt.<sup>129</sup> Nur wenn die in der GPL niedergelegten Pflichten dingliche Wirkung entfalten (s. Rn. 51 ff.), kann daher über eine Unterlassungsklage auch nur eines einzelnen Miturhebers die GPL durchgesetzt werden.

In vergleichbarer Weise wird bei § 9 UrhG entweder § 8 II S. 3 UrhG analog<sup>130</sup> oder § 744 II BGB (Notverwaltung)<sup>131</sup> angewandt, so daß auch hier die Klageerhebung unter Nennung aller anderen Urheber erfolgen muß.

#### e) FAZIT

Im Ergebnis können daher je nach der Form der Entwicklung die unterschiedlichsten Urheberrechtsgemeinschaften entstanden sein; selbst diese können wiederum in gemischter Form auftreten, etwa bei einer ursprünglich gemeinschaftlich entwickelten Software, die später weiter bearbeitet wurde. Aus urheberrechtlicher Sicht müssen daher für jeden Teil die Urheberrechtsverhältnisse, die bestehenden Gemeinschaften und die daraus resultierenden Rechte festgestellt werden, um beurteilen zu können, wer verfügungs- und wer klagebefugt ist.<sup>132</sup> Diese Rechtslage, die nicht in jedem Fall eindeutige urheberrechtliche Zuordnungen erkennen läßt, wird zudem noch durch die Tatsache, daß die Software international-dezentral entwickelt wird, verkompliziert, worauf im Rahmen des Internationalen Urheberrechts (Rn. 166 ff.) zurückzukommen ist.

122 Vgl. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 168; *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 279; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 28.

123 S. aber *Plaß*, GRUR 2002, 670, 672, die dies wohl generell nicht für möglich hält.

124 BGH, Urteil v. 29.1.2001 - II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 ff.; *K.Schmidt*, NJW 2001, 992 ff.; *Kemke*, NJW 2002, 2218; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 326; *Habersack*, BB 2001, 477 ff.; *Ulmer*, ZIP 2002, 585 ff.

125 Vgl. *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1807 f.

126 Näher *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 168 f., dort auch zu der hier nicht einschlägigen Vermutungsregel des § 10 II UrhG (Herausgeber).

127 *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 168; ebenso *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 28 f.; dagegen *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 279.

128 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 29 unter Berufung auf *Nordemann*, in: *Nordemann/Fromm* UrhG § 8 Rn. 20; ebenso *Ahlberg* in: *Möhring/Nicolini* UrhG § 8 Rn. 42; *Thum* in: *Wandke/Bullinger* UrhR § 8 Rn. 41; anders allerdings die hM für § 1004: Geltendmachung nach Maßgabe des Gesamthandsverhältnisses, mithin gemeinschaftlich, vgl. *MünchKommBGB/Medicus*, § 1004 Rn. 19; *Palandt/Bassenge* § 1004 Rn. 14.

129 Vgl. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 169 f.

130 *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann* UrhG § 9 Rn. 9.

131 *Loewenheim* in: *Schricker* UrhG § 9 Rn. 11; offen gelassen von *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 29.

132 Eindrucksvoll *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 278 anhand des Beispiels von Linux, das eine Kombination der genannten Entwicklungsformen aufweist.

## 2. EINRÄUMUNG VON VERWERTUNGSRECHTEN DURCH DIE GPL

### a) AUSLEGUNG DER GPL UND RECHTLICHE QUALIFIZIERUNG

#### (1) Die GPL als Nutzungs- und Verwertungsrechtseinräumung

Fraglich ist zunächst, wie die GPL urheberrechtlich eingeordnet werden kann. Zwar ist die GPL als Lizenz primär nach US-amerikanischen Recht entwickelt worden, doch muß sie aufgrund des noch zu erörternden Schutzlandprinzips<sup>133</sup> im Internationalen Urheberrecht, das auch auf die Entstehung des Urheberrechts anwendbar ist, nach deutschen Grundsätzen qualifiziert werden, was nicht ausschließt, die US-amerikanische Rechtslage zu berücksichtigen. Denn die GPL bezeichnet sich selbst als „Lizenz“ und erklärt die Software auch nicht für gemeinfrei; vielmehr zeigt § 4 GPL deutlich, daß die Urheberrechte weiterhin bei den Entwicklern der Software verbleiben sollen, indem dem Nutzer der Software das Recht zur freien Benutzung des Quellcode entzogen wird, wenn er seinerseits die von ihm entwickelte Software nicht der GPL unterstellt. Auf die Frage, ob es im deutschen Urheberrecht überhaupt einen Verzicht auf die Urheberrechte geben kann,<sup>134</sup> kommt es daher nicht an.<sup>135</sup> Vielmehr liegt eine allgemeine Einräumung von einfachen Verwertungs- und Nutzungsrechten nach § 31 I, II UrhG vor, die im Falle der GPL in § 2 durch die freie Veränderungs- und Verbreitungsbefugnis ausgesprochen wird, mithin ein einfaches Verwertungsrecht nach § 31 II UrhG.<sup>136</sup> Dieses soll der Nutzer nach dem Modell der GPL direkt vom Urheber erwerben, auch bei kommerzieller Distribution, da § 6 GPL bestimmt,<sup>137</sup> daß der Empfänger die Lizenz vom ursprünglichen Lizenzgeber erhält, wenn das Programm weitergegeben wird.<sup>138</sup>

#### (2) Schutzzumfang: Nur Software und Quellcode

Die GPL erfaßt sowohl die Software (im Sinne des maschinenlesbaren *object code*) als auch den Quellcode (Source Code). Darüber hinaus bezieht sich die GPL auf alle Umgestaltungen oder Bearbeitungen in Programmform, die auf dem eigentlichen Programm basieren.<sup>139</sup> Im Gegensatz zum deutschen Recht (§ 69a I UrhG) wird damit im Prinzip die *Programmdokumentation* (das Entwurfsmaterial) nicht von den Pflichten der GPL und der Nutzungsrechtseinräumung erfaßt, so daß auf den ersten Blick auch keine Änderungen an einer Dokumentation zulässig wären, ebensowenig wie deren Verbreitung. Dies ist insbesondere für Veränderungen der Open Source Software von Bedeutung, da eine ordnungsgemäße Dokumentation oft das mühselige Aufsuchen entsprechender Änderungen erspart und Arbeiten an der Software und die Fehlerbeseitigung erleichtert. Allerdings wird der Urheber verpflichtet sein, der Änderung der Dokumentation zuzustimmen, wenn schon Änderungen an der Software selbst unter der GPL erlaubt werden.<sup>140</sup>

133 s. Rn. 163

134 Dafür *Schricker* in: *Schricker* UrhG § 29 Rn. 18; *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, S. 42 ff.; dagegen die wohl hL: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 311; *Hertin* in: *Fromm/Nordemann* UrhG Vor § 28 Rn. 2; *Spautz* in: *Möhring/Nicolini* UrhG § 31 Rn. 1; s. auch BGH, Urteil v. 23.02.1995 - I ZR 68/93, NJW 1995, 1556, 1557: Verzicht auf Verwertungsrechte möglich, aber keine Aufgabe des Urheberrechts möglich, dazu *Schack*, JZ 1995, 837, 839.

135 S. oben Rn. 32; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 842; *F.A.Koch*, CR 2000, 333; ähnlich *Plaß*, GRUR 2002, 670, 673; in der Regel sei Lizenz anzunehmen.

136 *F.A.Koch*, CR 2000, 333; *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 155; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 843; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 32.

137 § 6: „Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.“

138 Keine sog. Nutzerketten, *Omsels* FS Hertin 2000, S. 14 ff.1, 160; *Plaß*, GRUR 2002, 670, 676.

139 § 0 I S. 2 GPL: „The „Program“, below, refers to any such program or work, and a „work based on the Program“ means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language.“, § 0 II GPL: „...and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program).“

140 Zutr. *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 274 f. unter Hinweis auf § 39 II UrhG analog; restriktiver *Schiffner*, Open Source Software, S. 113 f.: nur in Einzelfällen.

## b) DIE RECHTLICHE EINORDNUNG DER GPL-PFLICHTEN DES NUTZERS

Scheidet ein allgemeiner Verzicht auf Urheberrechte aus, bleibt zu fragen, wie die GPL und die in ihr statuierten Pflichten überhaupt auf das Nutzungsrecht einwirken können, ob als dingliche Beschränkung im Sinne einer auflösenden Bedingung bei Verletzung von schuldrechtlichen Pflichten, oder rein als schuldrechtliche Pflicht des Lizenznehmers zur Weitergabe der GPL oder als inhaltlich beschränktes Nutzungsrecht.<sup>141</sup>

Diese Diskussion ist keineswegs akademischer Natur: Denn bei einer rein schuldrechtlichen Verpflichtung – wie etwa im schweizerischen Recht<sup>142</sup> – könnten entsprechende Pflichtverletzungen allein von dem Vertragspartner (dem Softwaregeber)<sup>143</sup> gegenüber dem Nutzer geltend gemacht werden, die gegebenenfalls an Dritte vom Nutzer weiter gegebene Software würde jedoch allein denjenigen Bedingungen unterliegen, die der Nutzer dem Dritten vorgegeben hat. Jeder Zweit-Erwerber könnte die Software daher nach der mit dem Nutzer als Erst-Berechtigten vereinbarten Lizenz benutzen und verändern, ohne noch der GPL unterworfen zu sein – sofern der Nutzer als Erst-Erwerber unter Verletzung der Pflichten der GPL die Software ohne entsprechende Zugrundelegung der GPL an den Zweit-Erwerber weitergegeben hat. Nur bei einer dinglichen Wirkung kann die GPL „durchschlagen“, indem jede weitere Software, die auf einem Open Source Produkt basiert, etwaigen Unterlassungsansprüchen wegen unberechtigter Nutzung der Primär-(Open Source)-Software unterliegt, wenn die Bedingungen der GPL nicht eingehalten werden. Andererseits würde bei einer dinglichen Wirkung grundsätzlich der Erschöpfungsgrundsatz eingreifen; diesem kann nur dadurch ausgewichen werden, wenn von vornherein das Verbreitungsrecht inhaltlich beschränkt verliehen würde, indem nur die unentgeltliche Weitergabe zugelassen ist. Dann träte der Erschöpfungsgrundsatz nur hinsichtlich des beschränkt eingeräumten Teils des Verbreitungsrechts ein.<sup>144</sup>

Auch kann die Qualifizierung Auswirkungen auf die Anforderungen an die Einbeziehung der GPL im Rahmen der Verbreitung der Open Source Software haben, da die GPL – wie beschrieben (Rn. 49 ff.) – selbst nicht die Einräumung von Unter-Lizenzen, etwa vom Erst- an den Zweitnutzer vorsieht; vielmehr soll entsprechend § 6 GPL bei jedem Nutzer ein neuer Lizenzvertrag zwischen ihm und dem Urheber zustande kommen.<sup>145</sup>

### (1) Schuldrechtliche Qualifizierung

Auf den ersten Blick deutet die Formulierung in § 4 GPL auf eine lediglich schuldrechtliche Pflicht des Erwerbers bzw. Nutzers der Open Source Software hin. Denn ihm werden alle Handlungen, insbesondere die Vervielfältigung, die Veränderung, Verbreitung oder weitere Lizenzierung verboten, sofern die Lizenz selbst ihm nicht entsprechende Tätigkeiten gestattet. Insbesondere die Weiterlizenzierung scheint es nahe zu legen, daß es sich um zwischen Parteien wirkende Pflichten handelt, nicht aber um gegenüber jedermann beschränkte Nutzungsrechte im dinglichen Sinne.<sup>146</sup> Derartige schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen dem Urheber und dem Nutzer, die diesen in der

141 So zu Recht die Auffächerung von Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 842 f.

142 Dazu R.H.Weber, FS Honsell 2002, S. 41, 45.

143 Wer Urheber und damit klagebefugt ist, kann durchaus problematisch sein, s. oben Rn. 34 ff.

144 Vgl. BGH, Urteil v. 06.07.2000 – I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 11 f. = NJW 2000, 3571, 3572 – OEM-Version; BGH, Urteil v. 06.03.1986 – I ZR 208/83, GRUR 1986, 736, 737 – Schallplattenvermietung; BGH, Urteil v. 21.11.1958 – I ZR 98/57, GRUR 1959, 200, 202 f. – Der Heiligenhof; Loewenheim in: Schricker UrhG § 17 Rn. 49; Kroitzsch in: Möhring/Nicolini UrhG § 17 Rn. 34.

145 Keine sog. Nutzerketten, Omsels, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 146 f.; Plaß, GRUR 2002, 670, 676 hin.

146 So wohl Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 155 f.

Verwertung beschränken<sup>147</sup> und für den Fall der Verletzung der vertraglichen Bestimmungen den Rückfall des Nutzungsrechts an den Urheber vorsehen,<sup>148</sup> sind durchaus möglich und anerkannt – und liegen der schuldrechtlichen Qualifikation der Lizenz etwa im schweizerischen Recht zugrunde.<sup>149</sup> Allerdings unterliegen sie auch der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle sowie den kartellrechtlichen Schranken.

Gegen eine solche schuldrechtliche Qualifizierung spricht jedoch gerade die von der GPL beabsichtigte Konzentration der Lizenzvergabe auf den Urheber – und nicht auf den Softwaregeber. Zudem läßt sich gegen eine solche Einstufung und für eine dinglich wirkende Beschränkung des Nutzungsrechts der in § 4 GPL angeordnete automatische Wegfall der Nutzungsrechte ins Feld führen, wenn gegen die Pflichten der GPL verstoßen wird.<sup>150</sup> Der Entzug einer Nutzungsposition an einem Gegenstand bei Verstoß gegen bestimmte Pflichten kann zwar sowohl schuldrechtlich als auch dinglich qualifiziert werden, wie zum einen das Mietrecht, zum anderen die dinglich gesicherten Pflichten durch Grunddienstbarkeiten, Eigentumsvorbehalte etc. zeigen. Für eine dingliche Betrachtungsweise streitet entscheidend die Aufhebung jeglicher, für dingliche Rechtspositionen typischer Verfügungsmöglichkeiten. Denn der Nutzer einer GPL-geschützten Software verliert bei Verletzung die besagten Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte, die indes typisch für die Freiheit des Eigentümers bzw. Nutzungsberechtigten sind, mit einer Sache nach seinem Belieben zu verfahren.

### (2) Inhaltlich beschränktes Nutzungsrecht

56 Näher liegt daher eine inhaltliche, dinglich wirkende Beschränkung des Nutzungsrechts (§ 32 UrhG a.F.),<sup>151</sup> indem die Einhaltung der GPL-Bedingungen gleichsam das Nutzungsrecht von vornherein entsprechend ausgestaltet.<sup>152</sup> Zwar ist § 32 UrhG a.F. bei der Reform des Urhebervertragsrechts ersatzlos gestrichen worden; doch geht aus der amtlichen Begründung hervor, daß der Gesetzgeber damit nicht grundsätzlich die Möglichkeit der Beschränkungen des Nutzungsrechts aufheben wollte<sup>153</sup>: „§ 32 in seiner geltenden Fassung ist entbehrlich und z. T. irreführend, da räumliche und sachliche Beschränkungen des Verbreitungsrechts nicht unbegrenzt möglich sind. Nutzungsrechte können auch nicht beliebig zugeschnitten werden. Im Übrigen werden Beschränkungen schon in § 31 Abs. 1 Satz 1 impliziert; sie ergeben sich auch aus § 31 Abs. 5.“<sup>154</sup>

Jedoch wird zu Recht darauf hingewiesen,<sup>155</sup> daß ein beschränktes Nutzungsrecht voraussetzt, daß nach der Verkehrsauffassung wirtschaftlich und technisch eigenständige Nutzungsarten abgespalten werden können.<sup>156</sup> Wegen der damit verbundenen möglichen Einschränkung der Verkehrsfähigkeit der betreffenden Werkstücke kommt eine

147 Zur Möglichkeit schuldrechtlicher Beschränkungen s. BGH, Urteil v. 06.07.2000 – I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 12 f. = NJW 2000, 3571, 3572 f. – OEM-Version; OLG Düsseldorf, Urteil v. 03.03.1998 – 20 U 76/97, CR 1999, 150 (nur Leitsatz); offen OLG Köln, Urteil v. 12.07.1996 – 6 U 136/95, CR 1996, 723, 725; s. auch Harte-Bavendamm in: Kilian/Heussen (Hrsg.), Computerrechtshandbuch, Kap. 54, Rn. 76; ferner in Bezug auf Shareware und Public Domain Software Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 332 ff. sowie Hoeren, CR 1989, 887 ff.; Schulz, CR 1990, 296, 298; Heymanns, CR 1991, 7, 9 f.

148 S. Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG Vor § 31 Rn. 10.

149 Dazu R.H.Weber, FS Honsell 2002, S. 41, 48 f.

150 Zutr. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 843; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 38; ebenso Sester, CR 2000, 797; Grzeszick, MMR 2000, 412, 415; Schiffner, Open Source Software, S. 152 f.; einschränkend F.A.Koch, CR 2000, 333, 334, der dies offenbar nur für Linux-basierte Software annehmen will, da die Verkehrsauffassung nur in diesem Fall eine eigene, dinglich wirkende Software-Nutzung annehme.

151 § 32 UrhG a.F. wurde im Zuge der Reform des Urhebervertragsrechts mit Wirkung zum 1.7.2002 ersatzlos gestrichen, vgl. die amtliche Begründung, BT-Drs. 14/6433, S. 14.

152 In diese Richtung tendiert offenbar F.A.Koch, CR 2000, 333, 334 f., der im Hinblick auf den Erschöpfungsgrundsatz von einem vornherein eingeschränkten Verbreitungsrecht spricht; ähnlich Schiffner, Open Source Software, S. 157 ff.

153 Wandtke/Grunert in Wandtke/Bullinger UrhG § 32, Rn. 55, wonach sich aus der Streichung des § 32 UrhG a.F. keine inhaltliche Änderung ergibt.

154 Begr. RegE BT-Drs. 14/6433, S. 14.

155 So Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 38 f.; Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 843; zust. Deike, CR 2003, 9, 16.

156 BGH, Urteil v. 08.11.1990 – I ZR 14/88, GRUR 1990, 669, 671 – Bibelreproduktion; BGH, Urteil v. 12.12.1991 – I ZR 165/89, GRUR 1992, 310, 311 – Taschenbuch-Lizenz; OLG Hamburg, Urteil v. 1.2.1994 – 3 W 20/94, NJW-RR 1995, 1324, 1325; Schricker in: Schricker UrhG Vor § 28 ff. Rn. 52 55; Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG §§ 31 32 Rn. 6; Reh binder, Urheberrecht, S. 249.

solche Beschränkung nur in Betracht, wenn es sich um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt,<sup>157</sup> so z.B. eine Differenzierung nach verschiedenen Nutzergruppen, etwa zwischen kommerziellen und privaten Anwendern (z.B. bei Shareware oder Freeware).<sup>158</sup> Eine selbständige Nutzungsart kann vorliegen, wenn Verbesserungen der Qualität erzielt, die Möglichkeiten der Nutzung erweitert oder bestimmte Nutzerkreise erschlossen werden.<sup>159</sup>

Zunächst steht einer Interpretation als beschränktes Nutzungsrecht die Tatsache entgegen, daß die GPL sämtliche Nutzungsarten und -gruppen erfaßt, also *gerade keine Aufspaltung* vorsieht, so daß auch die Möglichkeit der inhaltlichen Beschränkung des Nutzungsrechts entfallen würde.<sup>160</sup> Dem ließe sich indes entgegen, daß für die Beurteilung der eingeschränkten Nutzungsart nicht relevant ist, ob die GPL selbst nur bestimmte Nutzungsarten erfaßt, sondern ob die GPL insgesamt als eigenständige Nutzungsart von Software zu begreifen ist. Da auch die technische Eigenständigkeit angesichts der mit der GPL verbundenen umfangreichen Verbesserungen der Nutzungsmöglichkeiten für den Anwender (Bearbeitungsmöglichkeit etc.) kaum bestritten werden kann,<sup>161</sup> ist die Frage, ob Open Source auch *wirtschaftlich eine eigenständige Verwertungsart* darstellt, *entscheidend* für die Annahme inhaltlich beschränkter Nutzungsrechte. Daß sich hier eigenständige Märkte im Sinne eines eigenen Geschäftsmodells entwickelt haben, sowohl hinsichtlich Vertrieb, Support als auch Eigenständigkeit gegenüber proprietärer Software, läßt sich kaum bestreiten.<sup>162</sup>

Das *eigentliche Problem* besteht jedoch darin, ob die für die Aufspaltung von Nutzungsrechten in verschiedene *Nutzungsarten fundamentale Annahme der gegenseitigen Ausschließlichkeit* (z.B. Buch in Taschenbuch und in gebundener Ausgabe als zwei Nutzungsarten<sup>163</sup>) auch bei Open Source Software gegeben ist. Anders formuliert muß ein paralleler Vertrieb in kommerzieller Form und der Vertrieb über den Weg der GPL möglich sein. Genau an dieser Annahme bestehen jedoch erhebliche Zweifel, da ein kommerzieller Vertrieb derselben Software unter einer proprietären Lizenz neben einer Schenkung unter Geltung der GPL wirtschaftlich kaum sinnvoll erscheint.<sup>164</sup> Daß mit der Open Source Software andere Leistungen einhergehen und vertrieben werden, etwa in Form von Support, Handbüchern, Beratungen, Schulungen etc., ist unschädlich, da die Nutzungsart hierdurch nicht eigenständig wird. So ist auch bei (komplexer) Software häufig zu beobachten, daß gleichzeitig Pflege- und Support- oder Schulungsverträge abgeschlossen werden, ohne daß es sich deswegen um eine eigenständige, vom Verkehr anders aufgefaßte Nutzungsart handeln würde.<sup>165</sup> Für eine Qualifizierung als wirtschaftlich eigenständige Nutzungsart ist ferner ins Feld geführt worden, daß das Recht zur kommerziellen Verwertung bei einer Aufspaltung gerade beim Urheber verbleibe und Sinn mache, da sich dieser bei Scheitern des Vertriebswegs über Open Source immer noch für einen kommerziellen Vertrieb entscheiden könne. Maßgeblich sei jedoch die Tatsache, daß mit dem beim Urheber verbleibenden Recht der kommerziellen

157 BGHZ, Urteil. v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 11. - OEM-Version; BGH, Urteil v. 21.11.1958 - I ZR 98/57, GRUR 1959, 200, 202 - Der Heiligenhof; BGH, Urteil v. 06.03.1986 - I ZR 208/83 GRUR 1986, 736, 737 - Schallplattenvermietung; BGH, Urteil v. 08.11.1989 - I ZR 14/88 GRUR 1990, 669, 671 - Bibelreproduktion; BGH, Urteil v. 12.12.1991 - I ZR 165/89 GRUR 1992, 310, 311 - Taschenbuch-Lizenz; *Schricker* in: *Schricker UrhG* §§ 31/32 Rn. 8; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 362 f. u. 444; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 544.

158 Offen in Bezug auf den sog. OEM-Vertrieb im Gegensatz zum „normalen“ Vertrieb allerdings BGH Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 13 - OEM-Version = NJW 2000, 3571, 3573.

159 BGH, Urteil v. 12.12.1991 - I ZR 165/89 GRUR 1992, 310, 311 - Taschenbuch-Lizenz.

160 So *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 843; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 38 f.; aA wohl *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334 f.

161 Zutr. *Schiffner*, Open Source Software, S. 157.

162 Vgl. *F.A.Koch*, CR 2000, 333 ff., 336; zust. *Schiffner*, Open Source Software, S. 158, 160 f.

163 S. etwa BGH, Urteil v. 12.12.1991 - I ZR 165/89 GRUR 1992, 310, 311 - Taschenbuch-Lizenz.

164 *Deike*, CR 2003, 9, 16.

165 Anderer Auffassung *Schiffner*, Open Source Software, S. 159 f., der auf das Beispiel von Ghostscript verweist, daß in der Tat sowohl kommerziell als auch als Open Source vertrieben wird, wobei die kommerzielle Variante Dienstleistungen wie das Beseitigen von Fehlern etc. enthält. Hier wäre allerdings näher zu prüfen, ob

Verwertung (und auch dessen Untersagung) eine „fleet in being“ gegen Versuche, die Software kommerziell zu vermarkten, bestehe. Gerade dadurch sei eine Kontrollmöglichkeit gegeben, so daß ein wirtschaftlicher Wert der Aufspaltung bestünde.<sup>166</sup> Mit dieser Argumentation wird jedoch die Aufspaltung zum Selbstzweck erklärt: Nur um die unentgeltliche Verbreitung zu sichern, soll ein wirtschaftlich eigenständiger Wert einem tatsächlich nicht bestehenden komplementären kommerziellen Vertrieb zukommen. Für die Frage, ob eine eigenständige Nutzungsart vorliegt, kommt es jedoch darauf an, ob im Verkehr zwei komplementäre Nutzungsarten für das gleiche Produkt gegeben sind; vor allem das Beispiel des Dual Licensing und der von der GPL abweichenden Lizenzen wie BSD oder Modzilla zeigen, daß kommerzieller und GPL-Vertrieb sich praktisch ausschließen bzw. zu Modifizierungen der Lizenz zwingen – womit die Grundannahme der wirtschaftlichen Eigenständigkeit kaum vereinbar sein dürfte.

Dies kann zusätzlich durch die Überlegung untermauert werden, daß auch der inzwischen entfallene § 32 UrhG a.F. die von Anfang an vorhandene inhaltliche Einschränkung des Nutzungsrechts im Auge hatte, nicht aber den von der GPL konstruierten späteren Wegfall der Verwertungsrechte insgesamt bei Verletzung der Pflichten.

### (3) Dingliche Qualifizierung

61 Scheidet eine Einordnung als inhaltlich beschränktes, dingliches Nutzungsrecht aus, kann der in § 4 GPL angeordnete automatische Wegfall der Nutzungsrechte, wenn gegen die Pflichten der GPL verstoßen wird,<sup>167</sup> nur *wie eine Art Eigentumsvorbehalt* gedeutet werden. Die GPL wirkt damit im Grundsatz wie eine auflösende Bedingung nach § 158 II BGB, die zum Wegfall ex ante bei Eintritt der Bedingung führt;<sup>168</sup> denn (fast) jegliche schuldrechtliche Pflicht kann durch eine Bedingung dinglich besichert werden.<sup>169</sup> Auch zeigt § 6 GPL, der Nutzerketten verhindern will,<sup>170</sup> daß die Entstehung einer Lizenz nicht abhängig von den Verhältnissen zwischen den einzelnen Nutzern sein soll, die die Open-Source Software weitergeben.<sup>171</sup>

Demgegenüber ist eingewandt worden, daß bei Vertragsbrüchigkeit der Lizenznehmer sich jederzeit wieder die GPL-Lizenz besorgen könne, da sie zur Annahme stets zur Verfügung stünde, so daß damit die Wirkung des nachträglichen Wegfalls der Nutzungsrechte konterkariert werden könnte.<sup>172</sup> Daran ist richtig, daß der vertragsbrüchige Lizenznehmer sich wieder die Rechte besorgen kann; die Verletzung von Pflichten wird jedoch durch die erneute Annahme der GPL nicht beseitigt, so daß der Lizenznehmer quasi aufgrund des konstanten Bruchs der Lizenz stets wieder die Nutzungsrechte entzogen bekommt, sie wirken quasi fort. Die einmal ohne entsprechende Befugnis veränderte Software wird nicht dadurch zur „berechtigten“ Software, indem die GPL nochmals vereinbart wird; denn die Vereinbarung hätte zum Zeitpunkt der Bearbeitung vorliegen müssen. Die spätere Vereinbarung der GPL geht ins Leere, da sie sich auf die ursprüngliche Software bezieht; allenfalls kann der Verstoß „geheilt“ werden, indem der Softwarebearbeiter die veränderte Software nunmehr unter die GPL stellt. Eine Veränderung der Software ohne deren Unterstellung unter die GPL kann daher auch nicht mit wiederholter Annahme der GPL „geheilt“ werden, sofern die neue Software nicht unter

166 So *Schiffner*, Open Source Software, S. 160 f.

167 Zutr. *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 843; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 38; ebenso *Sester*, CR 2000, 797; *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 415; einschränkend *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334, der dies offenbar nur für Linux-basierte Software annehmen will, da die Verkehrsauffassung nur in diesem Fall eine eigene, dinglich wirkende Software-Nutzung annehme.

168 *Sester*, CR 2000, 797; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 38; *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 415; *Deike*, CR 2003, 9, 16; *Schiffner*, Open Source Software, S.165 f.

169 Vgl. *Westermann* in: MünchKomm BGB § 158 Rn. 25; *Heinrichs* in: Palandt BGB § 158 Rn. 12 f.

170 S. Fn. 144; *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 159.

171 Vgl. *Platz*, GRUR 2002, 670, 676; *Deike*, CR 2003, 9, 16.

172 So *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 157; wohl auch *Schiffner*, Open Source Software, S. 141 (s. aber auch S. 166 f.); in diese Richtung auch *Deike*, CR 2003, 9, 17, wenngleich ebenfalls die dingliche Wirkung vertretend.

Geltung der GPL weiterveräußert wird. Dies gilt vor allem im Verhältnis zu Zweit-Erwerbern: Hat ein Erst-Erwerber die Software unter Verletzung der GPL bearbeitet und veräußert er diese ohne Unterstellung unter die GPL an einen Zweit-Erwerber weiter, erhält dieser nicht die Rechte *an der veränderten Software*, indem er nunmehr die GPL vereinbart, da der Erst-Erwerber seine Urheberrechte (jedenfalls hinsichtlich des veränderten Softwareteils) behält.<sup>173</sup>

Bloß schuldrechtlichen Charakter sollen dagegen die Pflichten zur unentgeltlichen Weitergabe der Open Source Software sowie zur Beifügung des Formularvertrages haben, da diese Bedingungen nicht charakteristisch seien für eine „wirtschaftlich-technisch selbständige Nutzungsform und daher nicht Bestandteil des Nutzungsrechts“.<sup>174</sup> Insbesondere sei die Verbreitungsform der Open Source Software im Wege der unentgeltlichen Weitergabe der Software, aber des Entgelts für Material und Handbücher keine eigenständige Nutzungsform, da die Gesamtpreisbildung einer Abgrenzbarkeit dieser Nutzungsform von anderen entgegenstehe, zumal dem Nutzer nicht erkennbar sei, wofür er das Entgelt zahle. Daher fehle es an der Abgrenzbarkeit zum entgeltlichen Vertrieb.<sup>175</sup>

Sofern damit die Frage des inhaltlich (dinglich) beschränkten Nutzungsrechts gemeint ist (Rn. 56), kann dem beigespflichtet werden, nicht jedoch im Hinblick auf den Wegfall des Nutzungsrechts: Denn die Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe ist integraler Bestandteil der Philosophie der GPL, zumal die § 4 GPL nicht danach differenziert, welche Pflichten genau verletzt werden. Wird dem Nutzer nicht ersichtlich, für welchen Teil einer Leistung er ein Entgelt bezahlt, handelt es sich zwar insgesamt um einen entgeltlichen Vertrag, doch ändert dies an der immaterialgüterrechtlichen Wirkung der GPL nichts – wenn die GPL wirksam vereinbart wurde (dazu Rn. 65 ff.). Der Erwerber ist auf entsprechende Ansprüche aus Rechtsmangelgewährleistungsvorschriften gegen den Veräußerer verwiesen, wenn dieser selbst nicht über die entsprechenden Rechte verfügt.

### c) VERTRAGSPARTNER UND WIRKSAME VEREINBARUNG DER GPL?

Die Einräumung der Verwertungsrechte ist zwar ein dinglicher Vorgang,<sup>176</sup> jedoch beruht er auf der GPL als Lizenzvertrag, mithin einem Vertrag des Immaterialgüterrechts,<sup>177</sup> der an jedermann gerichtet ist. Fraglich ist jedoch, wie das Angebot auf Abschluß der GPL durch den Nutzer angenommen wird und wer Vertragspartner sein kann. Dabei ist zunächst zwischen dem Grundmodell des (in der Praxis außerhalb individueller Beratung kaum vorkommenden Falls des) individuell abgeschlossenen Vertrages und der Einbeziehung der GPL als AGB zu trennen:

#### (1) Das Grundmodell: Der Individualvertrag

Wird die Open Source Software über eine Web-Site direkt per *Download* erworben, liegt ein direkter Vertragsabschluß zwischen dem Erwerber und dem Anbieter vor. „Anbieter“ kann hier nur die Urhebergemeinschaft sein (s. auch unten Rn. 206 f. für den Abruf über

Dritte). Unterstellt man, daß die Web-Site von jemanden betrieben wird, der selbst bei der Erstellung der Software mitgewirkt hat, hängt bei einer Mehrheit von Urhebern die Rolle des Anbieters als Vertragspartner entscheidend von seiner Mitwirkung an der gesamten Software ab, ob als Teil einer Miturhebergemeinschaft – in diesem Fall tritt der Anbieter für die Gemeinschaft als Stellvertreter auf – oder als sukzessiver Ersteller – in diesem Fall tritt er zum Teil für die übrigen Miturheber als Bote auf, für seinen Teil im eigenen Namen.<sup>178</sup>

Wird die Software dagegen von einem *Distributor* erworben und die GPL entweder als Vertrag beigelegt oder erscheint sie als Lizenzvertrag bei erstmaliger Installation der Software, stellt sich die Frage, wie der Lizenzvertrag zwischen Erwerber und Urheber zustande kommt. Geht man von dem – in der Praxis allerdings unrealistischen Fall – aus, daß der Distributor allein die Open Source Software vertreibt (also ohne Support, Handbücher etc.), so daß tatsächlich ein isolierter Vertrag vorliegt, wird der Distributor oftmals als Bote qualifiziert werden können, der das Angebot des Urhebers auf Abschluß des GPL-Lizenzvertrages überbringt, das der Nutzer konkludent mit der Inbetriebnahme der Software annimmt.<sup>179</sup> Denn zwar kann der Bote nicht über das „Ob“ eines Vertrags entscheiden,<sup>180</sup> doch folgt daraus für die isolierte Distribution nicht, daß der Distributor als Stellvertreter zu qualifizieren wäre.<sup>181</sup> Entscheidend für die Stellung als Stellvertreter und das eigene Ermessen des Vertreters bei der Abgabe der Willenserklärung ist die Wahl des Vertragspartners, insbesondere im Hinblick auf die Erfüllung der Gegenleistung und die Einhaltung des Synallagmas. Gerade dies spielt für die GPL erklärtermaßen keine Rolle, da sie sich an jedermann mit dem Angebot des Abschlusses des Lizenzvertrages wendet – was der Vergleich mit dem unmittelbaren Download von einer Web-Site deutlich zeigt. Ob dieser Streit allerdings praktische Konsequenzen hat, erscheint eher zweifelhaft.

Der in der Praxis wesentlich bedeutsamere Fall des *Abschlusses eines gemischten Vertrages über Open Source Software*, der auch Support, Handbücher etc. enthält oder den Verkauf eines PC mitsamt entsprechender Software, ist dagegen für die schuldvertragliche Ebene anders zu behandeln: Wie noch darzulegen sein wird (Rn. 208 ff.), handelt es sich hier um einen einheitlich dem Kaufvertragsrecht zu unterstellenden Vertrag, so daß der Distributor hier selbst als Vertragspartner auftritt<sup>182</sup> – und auch in dieser Funktion vom Vertragspartner so verstanden wird. Dies muß auch für die schuldrechtliche Pflicht zur Rechteeinräumung gelten, selbst wenn der Distributor keine eigenen Verwertungsrechte erworben haben sollte; denn als Verkäufer muß er nicht notwendigerweise sachenrechtlich bzw. immaterialgüterrechtlich berechtigt sein, es genügt, wenn er die Pflicht hat, die Rechte zu verschaffen. Für den Lizenzvertrag selbst als Rechteeinräumung kann es dagegen dabei bleiben, daß der Distributor auch bei gemischten Verträgen als Stellvertreter oder Bote des Urhebers auftritt.

Selbst wenn aber der Software nicht der (Formular-) Lizenzvertrag beigelegt wurde, erhält der Nutzer in der Regel spätestens bei der *Inbetriebnahme der Software* eine entsprechende Aufforderung zur Zustimmung mit dem entsprechenden Lizenzvertrag.<sup>183</sup> Sollte die Software *nicht* eine derartige Aufforderung enthalten, dürfte die konkludente

173 Anders offenbar *Schiffner*, Open Source Software, S. 141, der auch bei einem bestimmungswidrig handelnden Ersterwerber für den Zweiterwerber annimmt, daß dieser die GPL vereinbaren kann und dann alle Rechte erhalte; dabei wird übersehen, daß sich dies schlechterdings nicht auf die proprietären Teile der Software, sondern nur auf die ursprüngliche Open Source Software beziehen kann.

174 So *Plaß*, GRUR 2002, 670, 677.

175 *Plaß*, GRUR 2002, 670, 677.

176 *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334 f.; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 32.

177 Vgl. allgemein zum Begriff des Lizenzvertrages *Schricker* in: *Schricker UrhG* Vor § 28 ff Rn. 20 f; *Spautz* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 31 Rn. 17; *Hertin* in: *Fromm/Nordemann UrhGVor* § 31 Rn. 62; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, S. 72 ff; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, J Rz. 51 ff.; *Berger* in: *Redeker* (Hrsg.), IT-Verträge, Kap. 1.2; sowie zu deren Auslegung *Schricker* in: *Schricker UrhG* §§ 31/32 Rn. 9 ff.

178 Im Grundsatz wie hier *Deike*, CR 2003, 9, 16.

179 So *Plaß*, GRUR 2002, 670, 677; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 32 f.

180 Vgl. *Schilken* in: *Staudinger BGB*, Vor §§ 164 ff. Rn. 75; *Schramm* in: *MünchKomm BGB* Vor § 164 Rn. 42; *Heinrichs* in *Palandt BGB* Vor § 164 Rn. 11.

181 So aber *Deike*, CR 2003, 9, 13.

182 So auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2002, S. 164 f.; 172 f.; anders dagegen *Deike*, CR 2003, 9, 13; *Jaeger/Metzger*, a.a.O., differenzieren wiederum danach, ob der Erwerb durch einen Download - dann Schenkung, siehe S.137 ff (144) - oder durch Erwerb auf einem Datenträger - dann Schenkung hinsichtlich der Nutzungsrechte, bezüglich Datenträger und Software selbst hingegen Kaufrecht, siehe S.156 ff (158) erfolgt.

183 *Plaß*, GRUR 2002, 670, 677; *Deike*, CR 2003, 9, 13.

Annahmeerklärung spätestens in dem Moment annehmen zu sein, in dem der Nutzer die Software verändert oder verbreitet<sup>184</sup> – sofern der Nutzer allerdings überhaupt Kenntnis von der Existenz der GPL und damit vom Angebot hat. Ist dies nicht der Fall, können zum einen die §§ 69a ff. UrhG eingreifen, indem der Nutzer die dort geregelten Verwertungsrechte eingeräumt erhält, allerdings nur, sofern der Veräußerer der Software die Verwertungsrechte an der Software hatte. Hat er selbst die Software unter Geltung der GPL erworben, sind ihm zwar entsprechend der GPL die Rechte eingeräumt worden; doch sind diese ex tunc entfallen in dem Moment, in welchem der Veräußerer unter Verstoß gegen die GPL die Software ohne deren Zugrundelegung die Software veräußert. Da das (deutsche) Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Urheberrechten kennt, kann daher der Nutzer, der keinerlei Kenntnis von der GPL erhält, keinerlei Verwertungsrechte an der Software erwerben, nicht einmal nach §§ 69a ff. UrhG. Zwar enthält § 5 GPL eine Bestimmung, daß die Handlung der Veränderung oder Verbreitung die Einverständniserklärung mit der Lizenzklärung impliziert; doch kann § 5 GPL – auch aus individualvertraglicher Sicht – unmöglich den Vertragsabschluß fingieren, da erst der Vertragsabschluß überhaupt dazu führen würde, daß die Bestimmung des § 5 GPL vereinbart wird. Vor Vertragsabschluß kann § 5 GPL selbstverständlich keine Wirkung entfalten,<sup>185</sup> ebensowenig, wenn der Nutzer überhaupt keine Kenntnis von der GPL hatte. Allerdings kann der Erwerber die *Wirkung der GPL wiederherstellen* – und sich damit auch die Verwertungsrechte verschaffen –, indem er die GPL nochmals vereinbart. Das Problem wird in der Praxis häufig sein, daß in diesen Fällen der Nutzer keine Kenntnis davon haben wird, daß die Software überhaupt unter die GPL gestellt worden war und daher auch nicht auf die Idee verfallen wird, die GPL nochmals zu vereinbaren.

## (2) Wirksame Einbeziehung der GPL als AGB?

Die vorstehenden Ausführungen bezogen sich rein auf das Zustandekommen des Vertrages nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen; sie blendeten dabei aus, daß die entsprechenden Bestimmungen zu Angebot und Annahme des Lizenzvertrages und damit zur Übertragung des Nutzungsrechts in der GPL selbst enthalten sind, die aber unter Umständen den besonderen Bestimmungen zur wirksamen Einbeziehung der AGB und zu deren Inhaltskontrolle unterliegen. Die Frage der wirksamen Einbeziehung der GPL als AGB entfaltet dabei nicht nur für die immaterialgüterrechtlichen Rechteinräumung Bedeutung, sondern auch für die noch später zu behandelnde vertrags- und haftungsrechtliche Situation.

### (a) GPL als AGB

Daß die in der GPL enthaltenen Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert werden müssen, dürfte keinem Zweifel unterliegen.<sup>186</sup> Sie sind gem. § 305 I BGB für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert und werden einseitig von der „Anbieter“-Seite<sup>187</sup> gestellt, ohne daß der Erwerber über sie verhandeln könnte. Selbst wenn ein Veräußerer der Open Source Software auf die GPL Bezug nimmt, liegen AGB vor, da schon die einmalige Verwendung von Bedingungen, die von einem anderen vorformuliert werden, dem Tatbestandsmerkmal der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter-

184 So Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 32, 148 f.; Deike, CR 2003, 9, 13.

185 Im Ergebnis ebenso Deike, CR 2003, 9, 13; F.A.Koch CR 2000, 333, 339.

186 Ebenso F.A.Koch, CR 2000, 333, 339; Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 147; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 147; Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 846; Deike, CR 2003, 9, 13.

187 Auch hier stellt sich das Problem, wer Verwender der AGB ist. Dies kann sinnvollerweise nur die Urhebergemeinschaft sein, entsprechend den Urn. 34 ff. herausgearbeiteten Kriterien, s. auch F.A.Koch, CR 2000, 333, 339; dies übernehmend Deike, CR 2003, 9, 13.

fällt, sofern der Verwender jene zur Sicherung seiner Interessen gebraucht.<sup>188</sup> Unterliegt die GPL den besonderen Vorgaben der §§ 305 ff. BGB, müssen für ihre wirksame Einbeziehung auch für den Rechtsverkehr gegenüber Verbrauchern die Anforderungen nach § 305 II BGB erfüllt sein.

Allerdings gelten gem. § 310 I BGB diese strengen Anforderungen an die Einbeziehung der AGB nicht im *Rechtsverkehr mit Unternehmen*; hierzu zählen auch die öffentlich-rechtlichen Körperschaften.<sup>189</sup> Zwar bedarf es auch gegenüber Unternehmen einer rechtsgeschäftlichen Einbeziehung der AGB in den Vertrag; die Einigung der Parteien muss sich also auch auf die Einbeziehung der AGB erstrecken.<sup>190</sup> Ob dies der Fall ist, wird durch Auslegung ermittelt, wobei sich jedoch verschiedene Modifikationen gegenüber der Einbeziehung im Verhältnis zu Verbrauchern ergeben. So ist gegenüber Unternehmern eine ausdrückliche Einbeziehung auch dann wirksam, wenn die AGB dem für den Vertragsschluss maßgeblichen Schreiben nicht beigefügt waren und der Kunde den Inhalt der AGB nicht kennt, soweit diese branchenüblich sind.<sup>191</sup> Allerdings ändert dies nichts daran, dass der Verwender grundsätzlich auch Unternehmen die zumutbare Kenntnisnahme ermöglichen muss,<sup>192</sup> insoweit genügt jedoch im Einzelfall der Hinweis einer Übersendung auf Wunsch.<sup>193</sup> Im Voraus für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften vereinbarte AGB (Rahmenvereinbarung) dürfen außerdem auf die jeweils aktuelle Fassung abstellen, soweit nur der Verwender den Kunden unverzüglich über evtl. Neufassungen informiert.<sup>194</sup> Schließlich können AGB im Rechtsverkehr mit Unternehmen auch durch schlüssiges Handeln einbezogen werden, wobei für den anderen Teil die Verweisung auf das Klauselwerk jedoch unzweideutig erkennbar sein muß, damit dieser wiederum die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.<sup>195</sup>

### (b) Zumutbare Kenntnisnahme, insbesondere beim Download

Lädt der Nutzer die Software aus dem Internet herunter, ist für die wirksame Einbeziehung sowohl ein deutlicher Hinweis auf die AGB (bzw. die GPL)<sup>196</sup> als auch die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme erforderlich<sup>197</sup> – aber auch jeweils ausreichend –, damit diese bei Vertragsabschluß gem. § 305 II BGB wirksam einbezogen werden können. Der Hinweis (als Hyperlink) muß sich unmittelbar bei dem entsprechenden Download befinden, so daß der Nutzer die GPL sofort und ohne große Mühen einsehen kann. Allein die Möglichkeit, die GPL über die Web-Site aufzufinden, genügt nicht.<sup>198</sup> Da in der

188 BGH, Urteil v. 16.11.1990 - V ZR 217/89, NJW 1991, 843; Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), § 1 Rn. 24; Heinrichs in: Palandt BGB § 305 Rn. 11; für Open Source Software auch Schiffner, Open Source Software, S. 183; Zweifel dagegen bei F.A.Koch, CR 2000, 333, 339.

189 Heinrichs in: Palandt BGB § 310 Rn. 4 f.; Basedow in MünchKomm BGB § 310 Rn. 6; Schlosser in: Staudinger BGB § 24 Rn. 9.

190 BGH, Urteil v. 12.02.1992 - VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 194; OLG Dresden, Urteil v. 13.02.1998 - 8 U 2863/97, NJW-RR 1999, 846; Heinrichs in Palandt BGB § 305 Rn. 50; Basedow in MünchKomm BGB § 305 Rn. 89.

191 BGH, Urteil v. 30.06.1976 - VIII ZR 267/75, NJW 1976, 1886, 1887; BGH, Urteil v. 03.02.1982 - VIII ZR 316/80, NJW 1982, 1749, 1750; Basedow in MünchKomm BGB § 305 Rn. 92; Heinrichs in Palandt BGB § 305 Rn. 51, 54.

192 BGH, Urteil v. 03.12.1987 - VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 304; Heinrichs in Palandt BGB § 305 Rn. 51, 54.

193 OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.03.1995 - 18 U 26/94, VersR 1996, 1394.

194 Heinrichs in Palandt BGB § 305 Rn. 51; krit. Basedow in: MünchKomm BGB § 305 Rn. 96, der bei veränderten AGB eine Bekanntgabe bis spätestens zum Zeitpunkt des Vertragschlusses fordert.

195 Zu den Voraussetzungen schlüssiger Einbeziehung im Einzelnen: BGH, Urteil v. 12.02.1992- VIII ZR 84/91, BGHZ 117, 190, 195 ff.; BGH, Urteil v. 03.12.1987 - VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 304; BGH, Urteil v. 6.12.1990 - I ZR 138/89, NJW-RR 91, 570, 571; Heinrichs in: Palandt BGB § 305 Rn. 52.; Schlosser in: Staudinger BGB § 2 AGBG Rn. 17; vgl. auch Basedow in: MünchKomm BGB § 305 Rn. 91 ff., der zusätzlich noch nach Branchenüblichkeit differenziert.

196 Vgl. zu den Anforderungen an den Hinweis auf AGB bei Vertragsabschlüssen im Internet vgl. Horn, MMR 2002, 209 f.; Koehler, MMR 1998, 289, 290; Löhnig, NJW 1997, 1688 f.; Thot/Gimmy, in: Kröger/Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internet-Recht, S. 14 f.

197 Für die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme von AGB bei Vertragsabschlüssen im Internet etwa durch einen Hyperlink Horn, MMR 2002, 209, 210; Thot/Gimmy, in Kröger/ Gimmy (Hrsg.), Handbuch zum Internet-Recht, S. 15; Koehler, MMR 1998, 289, 291; Köhler, NJW 1998, 185, 189; Löhnig, NJW 1997, 1688 f.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 234; Scherer/Butt, DB 2000, 1009, 1014; Waldenberger in: Hoeren/Sieber (Hrsg.) Handbuch Multimedia Recht, Kapitel 13.4 Rn. 39; kritisch Cichon, Internetverträge, S. 219 f.; Strömer, Online-Recht, S. 121 f.; für die Unwirksamkeit etwa von langen AGB bei nicht gegebener Druckmöglichkeit Kamanabrou, CR 2001, 421, 422 f.; Horn, MMR 2002, 209, 210; Koehler, MMR 1998, 289, 292; Köhler, NJW 1998, 185, 189; Löhnig, NJW 1997, 1688, 1689; für Btx-Angebote OLG Köln, Urteil v. 21.11.1997 - 19 U 128/97, CR 1998, 244, 245.

198 Anders anscheinend Schiffner, Open Source Software, S. 184, der das reine Auffinden der GPL im Internet für ausreichend hält.

Regel schon die Möglichkeit des Downloads bei Software als Angebot anzusehen ist,<sup>199</sup> wird der Vertrag mit dem Nutzer schon in dem Augenblick geschlossen, in welchem der Nutzer den Download aktiviert, so daß mangels expliziten Hinweises die AGB bzw. die GPL nicht Bestandteil des Vertrages werden können.<sup>200</sup> In diesem Fall können sich die Verwertungsrechte des Erwerbers allein nach den §§ 69a ff. UrhG richten, sofern der Veräußerer überhaupt die Verwertungsrechte inne hatte – andernfalls kann der Erwerber selbst nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Veräußerer wegen Rechtsmängelgewährleistung geltend machen.

In ähnlicher Weise versagt die Einbeziehung der GPL in den Vertrag im Rahmen eines (nicht über das Internet erfolgenden) *Distributionsvorgangs*, wenn sie nicht bei Vertragsabschluß zur Kenntnis genommen werden konnte, etwa durch einen Hinweis auf die Lizenz, die dem Softwarepaket entnommen werden kann. Allein das Abspeichern einer README-Datei auf einem Datenträger genügt hier in der Regel nicht, da diese nicht beim Vertragsabschluß zur Kenntnis genommen werden kann. Erst recht vermag der schlichte Hinweis, daß der Kunde sich die GPL auch anderweitig besorgen könne, etwa als Download über das Internet,<sup>201</sup> den Anforderungen des § 305 BGB nicht zu genügen.<sup>202</sup> In Betracht kommt in diesen Fällen aber eine nachträgliche Einbeziehung:

### (c) Nachträgliche Zustimmung?

Konnte der Nutzer die Bestimmungen der GPL nicht vor Vertragsabschluß zumutbar zur Kenntnis nehmen, ist eine Einbeziehung der GPL allenfalls nachträglich unter den Bedingungen einer Vertragsänderung möglich. Eine Zustimmung zur GPL könnte etwa in der Veränderung der Software oder einer Nutzung liegen, für die der Nutzer eine Berechtigung in der Lizenz nach § 69d UrhG benötigen würde.<sup>203</sup> Denn ohne entsprechende Einräumung von Nutzungsrechten würden die entsprechenden Verbote der §§ 69a ff. UrhG eingreifen. Der Vorstellung einer nachträglichen Vertragsänderung, wenn die Einräumung von Nutzungsrechten erforderlich wird, entspricht das Modell von § 5 GPL.<sup>204</sup> Dies wird gedeutet als konkludente Annahme der durch die GPL formulierten Nutzungsbedingungen, ohne daß es einer tatsächlichen Annahme durch den Nutzer, wie dies nach § 151 S. 1 BGB notwendig wäre, bedürfte.<sup>205</sup> Zudem sieht die GPL vor, daß in das neue, auf dem Einsatz von Open Source Software basierenden Programm am Anfang der Quelldatei der Gewährleistungs- und Haftungsausschluß sowie ein Hinweis auf die GPL einzufügen ist.

Derartige Konstruktionen werfen das grundsätzliche Problem auf, daß die Vorschriften zur Einbeziehung von AGB, die dazu dienen, sich über deren Inhalt vorab zu orientieren und gegebenenfalls vom Vertragsabschluß abzusehen oder zumindest jedoch Verhandlungen über einzelne Bestimmungen anzustreben,<sup>206</sup> unterlaufen werden könnten. Denn der Benutzer hat bei nachträglicher Vereinbarung von AGB praktisch keine Wahl

mehr, noch vor dem eigentlichen Vertragsabschluß auf die Bedingungen einzuwirken. So muß der Benutzer grundsätzlich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB vor oder bis spätestens beim Vertragschluß haben. Deshalb sollen auch etwa bei sog. Schutzhüllenverträgen alle Hinweise, die erst nach Vertragsschluß wahrnehmbar sind, nicht Vertragsbestandteil sein.<sup>207</sup> Will der Hersteller hier seine AGB vollständig in den Vertrag einbeziehen, so muss er diese von außen vollständig sichtbar in die Schutzhülle einlegen.<sup>208</sup> Diese Überlegungen scheinen wegen der parallel verlaufenden Interessenlage auf das Problem der nachträglichen Einbeziehung der GPL übertragbar. Zwar kann die Rechteeinräumung auch derart interpretiert werden, daß der Kunde die Verwertungsrechte erst mit Zustimmung zu den AGB erhält; dagegen spricht jedoch, daß der Kunde beim Erwerb der Software typischerweise davon ausgeht, in diesem Zeitpunkt auch den Übereignungsvertrag bzw. aus immaterialgüterrechtlicher Sicht die Rechteeinräumung abzuschließen. Eine Rechteeinräumung erst nach Abschluß des eigentlichen (schuldrechtlichen) Erwerbvertrages (Kauf- oder Schenkung), die nicht der Vertragsabschlußsituation entspricht, läuft dem gesetzlichen Leitbild der Inhaltskontrolle zuwider, sofern der Kunde keinen deutlichen Anhalt dafür hat, daß ihm mit Vertragsabschluß nicht die nötigen Rechte bereits eingeräumt werden. Andernfalls würde er darauf verwiesen, entsprechende Rechtsmängelgewährleistungsansprüche geltend zu machen, wenn er entgegen seinen Vorstellungen beim Vertragsabschluß weniger Rechte oder mehr Pflichten auferlegt bekommt. Da die GPL als AGB nicht vorher von dem Kunden in den Vertrag wie eine Rahmenvereinbarung einbezogen werden konnte, kann eine in den AGB enthaltene Klausel, die eine Annahmefiktion enthält, auch keine Wirkung entfalten.<sup>209</sup>

Dies spräche gegen die Zulässigkeit einer nachträglichen Einbeziehung von AGB; im Falle von Open Source Software jedoch ist die Sachlage etwas anders: Hier kann der Nutzer im Falle der Nichteinbeziehung der AGB weniger oder gar keine Rechte ausüben als zuvor, die AGB wirken sich hier typischerweise in einer *Rechteeinräumung* aus. Daher ist die Annahme durchaus gerechtfertigt, daß in dem Falle, in dem sich der Nutzer zu einer Veränderung oder Nutzung der Software über den gesetzlich erlaubten Rahmen hinaus entschließt, ein neuer Vertrag unter Einbeziehung der GPL abgeschlossen wird. § 5 GPL vermag hier zwar keinerlei rechtliche Wirkung zu entfalten, da er die vorherige Einbeziehung der AGB voraussetzt;<sup>210</sup> doch würde er insoweit rein deklaratorisch wirken. Anders als im dem oben (Rn. 69) diskutierten Fall hat der Nutzer hier wenigstens Kenntnis von der GPL<sup>211</sup> - wenn auch erst nach dem Vertragsabschluß und damit eigentlich „zu spät“ im Sinne von § 305 II BGB. Denn der Erwerber erhalte sonst auch hier keinerlei Verwertungsrechte, auch nicht nach §§ 69a ff. UrhG: Der Veräußerer verfügt aufgrund der dogmatischen Konstruktion der GPL selbst nicht über die Befugnis, die Urheberrechte einzuräumen. Wenn aber die GPL nicht wirksam einbezogen wird, kann der Erwerber auch keine Verwertungsrechte eingeräumt erhalten. Da das Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Verwertungsrechten kennt, würde der Nutzer mangels wirksamer Rechteeinräumung keine entsprechenden Rechte erhalten und allein auf Rechtsmängelgewährleistungsansprüche gegenüber dem Veräußerer angewiesen sein.

Davon zu trennen sind wiederum mögliche *schuldrechtliche Ansprüche*, etwa wenn der Nutzer aufgrund der Werbung des Veräußerers von vornherein unzutreffende Vorstel-

199 Anders als bei sonstigen Waren, für die der Verkäufer nur eine *invitatio ad offerendum* ausspricht, da er sonst das Risiko der Verfügbarkeit tragen würde (s. dazu *Mehring* in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia Recht, Kap.13.1., Rn. 52 ff.), fehlt es daran bei Software, die beliebig vervielfältigbar ist, so daß hier bereits ein Angebot vorliegt, vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 321, für Open Source Software *Sester*, CR 2000, 797, 804; *Omsels* FS Hertin 2000, S. 141, 151; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 148.

200 Zutr. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 151 f.; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 148; s. aber auch *Sester*, CR 2000, 797, 804 f.

201 So aber offenbar *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 340; ihm wohl folgend *Schiffner*, Open Source Software, S. 184.

202 *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 148 f.

203 So in der Tat *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 148.

204 „5. You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.“

205 *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 846; dagegen *Omsels*, FS Hertin, 2000, S. 141 ff., 152.

206 *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG § 2 Rn 2; *Wolf* in: *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 2 AGBG Rn. 1.

207 So *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn 383; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, J Rz. 8; *Berger* in *Redeker*, IT-Verträge, Kap. 1.2., Rz. 35.

208 *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn 385.

209 Darauf weist zu Recht *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 152 unter Berufung auf BGH, Urteil v. 31.05.1990 - IX ZR 257/89, WM 1990, 1787, 1788 hin; zudem wäre eine unzulässige Tatsachenfiktion gegeben, vgl. *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 339.

210 Vgl. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 152; *Schiffner*, Open Source Software, S. 184; mißverständlich daher *Piaß*, GRUR 2002, 670, 678, die offenbar nur die zumutbare Kenntnisnahme prüfen will.

211 So auch *Schiffner*, Open Source Software, S. 185.

lungen über die Reichweite seiner Nutzungsrechte hatte und nicht erkennen konnte, daß ihn später Pflichten treffen.. Denn in einem solchen Fall könnte das Vertragsangebot der Urheber auf der Web-Site dahingehend ausgelegt werden, daß umfassende Nutzerrechte eingeräumt werden sollen, ohne daß entsprechende Pflichten erkennbar wären.

#### (d) Die Sprachenfrage

Darüber hinaus bestehen Zweifel an der wirksamen Einbeziehung der GPL als AGB hinsichtlich der Tatsache, daß die GPL allein in *Englisch* abgefaßt ist. Denn der deutsche Vertragspartner soll nach einer weit verbreiteten Meinung nicht in der Lage sein, Englisch zu verstehen, jedenfalls nicht bei längeren juristischen Texten.<sup>212</sup> Aus diesem Grund scheitert die Einbeziehung der GPL beim Vertrieb über deutsche Distributoren, solange der Open Source Software keine deutsche Übersetzung beigelegt wird.<sup>213</sup> Dies gilt auch für die nachträgliche Einbeziehung, unabhängig davon, ob man sie nach § 5 GPL oder den oben (Rn. 76 ff.) entwickelten Grundsätzen zuläßt. In diesem Fall erhält der Nutzer allerdings keinerlei Lizenz, da der Erwerb der Lizenz an die vertraglichen Bedingungen geknüpft ist;<sup>214</sup> zur Veränderung und Weiterverbreitung ist er dann nicht mehr befugt.

Allerdings kann dieses Ergebnis zum einen nicht auf andere Vertriebsformen, zum anderen nicht auf Unternehmen oder Behörden übertragen werden: Wird die Open Source Software etwa über das Internet von einer ausländischen Website heruntergeladen, läßt sich der Nutzer willentlich auf die fremde Verhandlungssprache ein, so daß er sich nicht darauf berufen kann, daß die AGB in einer ihm fremden Sprache abgefaßt seien.<sup>215</sup> Gerade Open Source Software wird aber oft über ausländische Web-Sites zum Download angeboten, so daß die Einbeziehung der GPL jedenfalls bei dieser Vertriebsform nicht an der Sprachenfrage scheitert.<sup>216</sup>

#### (e) Spätere Bestätigung sowie Rechtsmißbrauch

Sollte die Einbeziehung der GPL daher unwirksam und auch nicht auf anderem Weg ausdrücklich das Einverständnis mit der GPL erklärt worden sein,<sup>217</sup> kann sich nach einer längeren Nutzungsdauer doch der Einwand des Rechtsmißbrauchs gegenüber einem Anspruch des Urhebers auf Unterlassung der Nutzung ergeben.<sup>218</sup> Allerdings darf der Einwand des Rechtsmißbrauchs nicht dazu führen, Angebote von Open Source Software, die eine umfassende Nutzung suggerieren könnten (etwa ohne Hinweis auf die damit eintretenden Pflichten nach der GPL), nachträglich mit Pflichten aufgrund der GPL zu unterlegen, die dem Nutzer zumutbarerweise nicht bekannt sein konnten. Ein Rechtsmißbrauch kommt daher nur in Betracht, wenn der Nutzer zunächst nur von einer üblichen Einräumung von Nutzungsrechten an der Software ausgehen konnte, mit hin einer stärkeren Beschränkung als sie die GPL enthält.

212 Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG § 2 Rn. 51; Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher AGBG § 2 Rn. 28.

213 So in der Tat Omsels, FS Hertin 2000, S. 141 ff, 149; Plaß, GRUR 2002, 670, 678 f.; dies in Abrede stellend Schiffner, Open Source Software, S. 185 f.

214 Zutr. Plaß, GRUR 2002, 670, 679, die auf den parallelen Fall des unwirksamen Eigentumsvorbehalts in AGB und dem fehlenden Eigentumserwerb des Käufers in BGH, NJW-RR 1986, 1378, 1379 m.Anm. Ulmer/Schmidt, JuS 1984, 18 ff. verweist; s. auch Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen AGBG § 2 Rn. 106 f.

215 BGH, Urteil v. 10.03.1983 - VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489; BGH, Urteil v. 10.03.1983 - VII ZR 302/82, BGHZ 87, 112, 114f.; s. auch Wolf in: Wolf/Horn/Lindacher AGBG § 2 Rn. 28; Müller-Hengstenberg, NJW 1996, 1777, 1782; Koehler, MMR 1998, 289, 293; Schlosser in: Staudinger BGB § 2 AGBG Rz. 28a.; Waltl, Online-Netzwerke und Multimedia, in: Lehmann (Hrsg.), Internet- und Multimediale Recht, S. 185, 202; Waldenberger, BB 1996, 2365, 2369; Waldenberger in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimediale Recht, Kap. 13.4. Rn. 46.

216 Sester, CR 2000, 797, 805; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 149; s. aber auch Omsels, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 149.

217 Näher zu den Bestätigungsmöglichkeiten Plaß, GRUR 2002, 670, 679.

218 Omsels, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 154; ; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 149 f.

Allerdings ist eine spätere, individuelle Bestätigung der GPL durch die Annahme der GPL stets möglich – und damit auch ihre Einbeziehung. Dadurch, daß die GPL ständig im Netz verfügbar ist, kann sie auch für die einzelne Software noch wirksam vereinbart werden, wenn etwa ein Nutzer in Anspruch genommen wird.<sup>219</sup>

#### (3) Fazit

Aus den Problemen der Einbeziehung der GPL als AGB und den in § 7 der GPL ausgesprochenen Verboten des Vertriebs ohne Unterstellung unter die GPL folgt, daß je nach den Einzelfallumständen überhaupt kein Vertrieb von Open Source Software im deutschen (und auch europäischen Rechtssystem<sup>220</sup>) möglich ist.<sup>221</sup> Nur wenn von einer nachträglichen Zustimmung durch konkludente Zustimmung und durch Einlassen auf eine fremde Vertragssprache ausgegangen werden kann, kann die Einbeziehung wirksam erfolgen.

Dies bedeutet für Importeure und Distributoren von Open Source Software, die diese im Rahmen von Komplett-Paketen veräußern oder im Rahmen von Beratungsleistungen anbieten, da sie unter Umständen von ihren Kunden in Regreß wegen Rechtsmängeln genommen werden können, wenn die Einräumung der Verwertungsrechte an der mangelnden Einbeziehung der GPL als AGB scheitert, ohne daß Importeuren etc. wirksame Regreßmöglichkeiten ihrerseits zur Verfügung stünden – die hier einschlägigen Rechtsgrundlagen können jedoch erst im Rahmen der vertragsrechtlichen Qualifikation von gemischten Verträgen und entsprechenden Vertriebsmodellen behandelt werden (s. Rn. 208 ff.).

#### d) UMFANG DER VERWERTUNGSRECHTE

Weitere Probleme ergeben sich durch den beschränkten Schutzzumfang der GPL, die Grundsatzfragen des Urhebervertragsrechts im Wechselspiel zwischen ergänzender Vertragsauslegung und Zweckübertragungslehre aufwirft:

##### (1) Urheberrechtliche Grundsätze

###### (a) Keine zukünftigen Nutzungsarten (§ 31 IV UrhG)<sup>222</sup>

Nach dem Grundsatz des § 31 IV UrhG kann ein Urheber nur diejenigen Verwertungsrechte für Nutzungsarten übertragen, die zum Zeitpunkt des Übertragungsaktes bekannt sind. Grundsätzlich umfaßt die Einräumung von Verwertungsrechten keine neuen, zu diesem Zeitpunkt noch unbekannt Nutzungsarten. Über die § 69a IV UrhG, der auf die Regelungen für Sprachwerke verweist, gilt § 31 IV UrhG grundsätzlich auch im Bereich der Software. Allerdings steht dem Schutzzweck des § 31 IV UrhG, Urheber möglichst weitgehend an den Früchten ihres Werkschaffens zu beteiligen bei Computerprogrammen das Interesse des Herstellers entgegen, Computerprogramme auch bei fortschreitender Technik weiter vermarkten zu können, weshalb die Anwendung des § 31 IV UrhG auf Software zum Teil abgelehnt wird.<sup>223</sup> Angesichts des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 69a UrhG läßt sich eine solche wertungsmäßige Beschränkung jedoch nicht dogmatisch untermauern. Vor allem aber stellt § 31 IV UrhG letztlich eine spezielle Ausprägung des in § 31 V UrhG festgelegten Zweckübertragungsgrundsatzes

219 Vgl. Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 154; s. auch Plaß, GRUR 2002, 670, 679.

220 Die genannten Voraussetzungen der Einbeziehung und der Inhaltskontrolle von AGB entsprechen der EU-Richtlinie zu mißbräuchlichen Klauseln.

221 Ebenso Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 153.

222 Dazu zuletzt: BGH, Urteil v. 5.07.2001 Az: I ZR 311/98, NJW 2002, 896 ff.; BGH, Urteil v. 16.1.1997, Az: I ZR 38/96, NJW 1997, 1369 ff.; BGH, Urt. v. 4. Juli 1996, Az: I ZR 101/94, NJW 1997, 320 ff.

223 Grützmacher in: Wandtke/Bullinger UrhR § 69a Rn. 58.

dar<sup>224</sup>, dessen umfassende Geltung auch für Software – mit Ausnahme für Arbeits- und Dienstverhältnisse – nicht bestritten ist.<sup>225</sup> Das Urheberrecht schützt durch diesen zwingenden Grundsatz den Urheber vor einer Übertragung aller Rechte auch für die Zukunft, gerade weil sich zur Zeit des Lizenzvertrages die wirtschaftliche Tragweite anderer Nutzungsarten noch nicht abschätzen läßt. Daran ändert auch nichts der vom neuen Urhebervertragsrecht in § 32 I S. 3 UrhG eingeführte Anspruch auf nachträgliche Anpassung der Vergütung, da sich dies nur auf die ursprünglich übertragenen Verwertungsrechte bezieht.<sup>226</sup> Als unterschiedliche Nutzungsarten wurden etwa der Einsatz auf Desktop- oder Notebookgeräten<sup>227</sup> ebenso wie verschiedene Vertriebsformen („OEM“)<sup>228</sup> qualifiziert. Dagegen soll die direkte Satellitenaustrahlung von Rundfunksendungen an die Öffentlichkeit ebensowenig eine neue Nutzungsart<sup>229</sup> im Verhältnis zu den herkömmlichen terrestrischen Rundfunksendungen sein, da der technische Unterschied zwischen beiden Übertragungsarten für den Endverbraucher nicht erkennbar sei, wie die DVD im Verhältnis zu einer Video-Auswertung zur Heimanwendung.<sup>230</sup>

In einem grundsätzlichen Konfliktverhältnis zu der Zweckübertragungslehre steht die ergänzende Vertragsauslegung, die natürlich angesichts des Vertragscharakters der Einräumung von Verwertungsrechten eingreift.<sup>231</sup> Denn die ergänzende Vertragsauslegung kann gerade bei veränderten Rahmenbedingungen herangezogen werden, um zu ermitteln, ob unter den neuen Bedingungen die Vertragsparteien die Lizenz auch auf damals noch unbekannte Nutzungsarten erstreckt werden kann. Einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung widerspricht jedoch der Schutz, der §§ 31 IV, V UrhG dem Urheber zuteil werden lassen will.<sup>232</sup> Daher muß die ergänzende Vertragsauslegung auf die Nutzungsarten beschränkt sein, die zum Zeitpunkt der Lizenzinräumung bereits bekannt waren und die von den Vertragsparteien bei verständiger Würdigung in den Vertrag aufgenommen worden wären.<sup>233</sup> Hierfür spricht schließlich auch, daß es sich bei § 31 V UrhG der Sache nach um eine gesetzlich normierte teleologische Auslegung von Nutzungsverträgen handelt,<sup>234</sup> also um eine auf eine bestimmte urheberrechtlich relevante Situation zugeschnittene Auslegungsvorschrift, so daß sich diese Vorschrift der ergänzenden Vertragsauslegung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gegenüber als speziell darstellt. Allerdings erfordert die Feststellung des mit der Ein-

räumung verfolgten und dem Vertrag zugrunde gelegten Zwecks wiederum eine Vertragsauslegung.<sup>235</sup>

Dies gilt erst recht für *Verwertungsrechte*, die von neuen Nutzungsarten zu unterscheiden sind: Im Urhebervertragsrecht wird grundsätzlich eher eine dem Urheber freundliche Auslegung vertreten, die nicht zuletzt durch § 31 V UrhG ihren Niederschlag findet, indem die Urheberrechte möglichst weitgehend beim Urheber verbleiben sollen.<sup>236</sup> Daraus folgt, daß der Anwendungsbereich einer ergänzenden Vertragsauslegung relativ schmal bleibt, insbesondere wenn Verwertungsrechte in einer Lizenz aufgeführt werden und die Lizenz – wie die GPL – sich selbst keine Anwendung auf andere Verwertungsrechte beilegt.

### (b) Neue Nutzungsarten und GPL-Vereinbarung

Für die Frage schließlich, ob eine Nutzungsart bekannt war, muß auf den Zeitpunkt abgestellt werden, in dem die Rechte dem Nutzer eingeräumt werden.<sup>237</sup> Daraus resultiert allerdings ein weiteres Problem bei der Verwendung der GPL: Da diese aus dem Jahre 1991 stammt, aber stets aufs neue mit dem Urheber vereinbart wird, um eine Nutzerkette zu verhindern, ist bei neueren Lizenzinräumungen fraglich, ob sie auch andere Nutzungsarten umfaßt. Zwar würde § 31 IV UrhG einer Erstreckung auf neue Nutzungsarten, wie die Verbreitung über das Internet, durch eine spätere Lizenzerteilung nicht vereitelt, da heute diese Nutzungsart auf jeden Fall bekannt ist. Doch würden in diesem Fall wiederum § 31 V UrhG und die oben benannten Auslegungsregeln eingreifen, indem nur bei entsprechenden Indizien in einer Lizenz die Erstreckung auch auf andere, nicht benannte Nutzungsarten erstreckt würde – sofern der Zweck der Nutzungsrechtseinräumung dafür spricht.

Teilweise wird dafür plädiert, den *Zeitpunkt der ersten Verbreitung der Software* heranzuziehen.<sup>238</sup> Im Rahmen der Miturheberschaft ergeben sich wenig Probleme, da es hier darauf ankommen wird, wann die Software zum ersten Mal zur Nutzung bereitgestellt wird. Nur die Nutzungsarten, die zu diesem Zeitpunkt bekannt sind, werden von der Lizenz erfaßt, nicht hingegen Nutzungsarten, die erst später bekannt werden. Keine Rolle spielt dabei, daß die Miturheber die Software zu unterschiedlichen Zeiten entwickelt haben, sofern noch von einem gemeinsamen Werk im Sinne von § 8 UrhG ausgegangen werden kann und nicht bereits eine sukzessive Erstellung vorliegt. Bei einem Werk von Miturhebern ist der entscheidende Zeitpunkt derjenige, ab dem von der Erstellung des gemeinsamen Werks ausgegangen werden kann, also bei einer langjährigen Entwicklung erst der letzte Zeitpunkt, mit dem das Werk entstanden ist.

Doch hilft dies allenfalls für das Verbreitungsrecht, nicht jedoch für das Veränderungsrecht und die Derivate, die auf Open Source Code basieren, weiter; wird hier der Entwickler verpflichtet, die Beschränkungen, wie sie für die alte GPL galten, auf seine Software zu übertragen? Oder inkorporiert er bei Unterstellung seiner Software unter die GPL die neue Form? Gegen eine solche Auslegung spricht aber der Zweck des § 31 IV UrhG, den Urheber davor zu schützen, daß ihm unbekannte Verwertungsrechte von der eingeräumten Lizenz umfaßt werden sollten.<sup>239</sup>

224 Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG §§ 31/32, Rn. 9.

225 Lehmann, FS Schricker 1995, S. 543, 557 ff., 568; Haberstumpf in: Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, S. 151 ff.; vgl. auch Loewenheim in: Schricker UrhG § 69a Rn. 24.

226 Vgl. Hertin, MMR 2003, 16 ff.

227 Lehmann, FS Schricker 1995, S. 543 ff., S. 568.

228 KG, Urteil v.17.06.1997 - 5 U 7145/96, CR 1998, 137, 138; KG, Urteil v.27.02.1996 - 5 U 8281/95, CR 1996, 531; OLG Frankfurt CR 2000, 581 - For Bundles only; Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG §§ 31/32 Rn. 6; die OEM-Vertriebsart ist insbesondere vor dem Hintergrund des Erschöpfungstatbestandes relevant; offen gelassen von BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 11 = NJW 2000, 3571 - OEM-Version; Berger, NJW 1997, 300 ff.; s. auch Loewenheim in: Schricker UrhG § 69a Rn. 29; zurückhaltend Witte CR 2000, 654, 654; Chrocziel CR 2000, 738, 739 f.; Lehmann CR 2000, 740, 741; Leistner/Klein MMR 2000, 751, 752; Bartsch K&R 2000, 61277.

229 BGH, Urteil v.4.7.1996 - I ZR 101/94, BGHZ 133, 281, 289; krit. im Hinblick auf das Abstellen des BGH auf die Perspektive des Fernsehzuschauers Schricker in: Schricker UrhG §§ 31, 32 Rn. 30.

230 OLG München, Urteil v. 10.10.2002 - 6 U 5487/01, CR 2003, 141 = NJW 2003, 675 - Zaubenberg.

231 Vgl. zur Zweckübertragungstheorie Schricker in: Schricker UrhG §§ 31/32, Rn. 31 ff.; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger UrhR § 31 Rn. 70 ff.; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 546 ff.; Schweyer, Die Zweckübertragungstheorie im UrhR.; Donle, Die Bedeutung des § 31 Abs 5 UrhG für das UrhVR.

232 § 31 V S. 1 ist keine bloße Auslegungsregel im Zweifelsfall, sondern geht darüber hinaus, vgl. Schricker in: SchrickerUrhG §§ 31/32 Rn. 34; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger UrhR § 31 Rn. 71; anders Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 547.

233 S. auch Hertin in: Fromm/Nordemann- UrhG § 31 Rn. 10 f., der den Anwendungsbereich der ergänzenden Vertragsauslegung noch weiter einschränkt: zulässig ist es demnach nur, wirtschaftlich zunächst (noch) bedeutungslose, aber technisch schon bekannte Nutzungsarten in Gestalt eines Risikogeschäfts zum Vertragsgegenstand zu machen, wenn die Nutzungsart konkret benannt und ausdrücklich vereinbart wird (unter Verweis auf BGH, Urteil v. 26.01.1995 - I ZR 63/93, GRUR 1995, 212, 214). Und weiter: für derartige Risikogeschäfte ist eine Einbeziehung von Nutzungsarten durch eine ergänzende Vertragsauslegung ausgeschlossen, nur eine ausdrückliche Vereinbarung ist zulässig.

234 Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger UrhR § 31 Rn 70.

235 Spautz in: Möhring/Nicolini UrhG § 31 Rn 49; Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG §§ 31/32 Rn 31.

236 Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger UrhR § 31 Rn. 70; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 547; Schricker in: Schricker § 31 Rn. 31 f.; Spautz in Möhring/Nicolini UrhG § 31 Rn. 47, alle mwNachw.

237 S. etwa Spautz in: Möhring/Nicolini UrhG § 31 Rn. 42.

238 So Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 36.

239 Schricker in: Schricker UrhG §§ 31/32 Rn. 25 f.; Wandtke/Grunert in: Wandtke/Bullinger UrhR § 31 Rn. 38; für Open Source Software auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 36 f.

Für die *sukzessive Erstellung und Bearbeitung einer Open Source Software* ergibt sich damit das Problem, daß hier zwei verschiedene, voneinander unabhängige Lizenzen erforderlich sind, um die bearbeitete Software zu nutzen. Da aber zwischen dem Erwerb der Software durch den Bearbeiter und der weiteren Inverkehrgabe der veränderten Software ein erheblicher Zeitraum liegen kann, ist der Fall nicht auszuschließen, daß der erste Urheber noch keine weitergehenden Nutzungsrechte als der zweite Urheber (Bearbeiter) einräumen konnte, da eine Nutzungsart bei Erwerb der Software durch den Bearbeiter noch nicht bekannt war. Man nehme etwa an, daß ein Softwareentwickler das Betriebssystem Linux für Application Service Providing optimieren will; in diesem Fall wird davon ausgegangen, daß die GPL nicht die Nutzungsart des Application Service Providing umfaßt (s. Rn. 109 f.), so daß auch nach § 31 IV UrhG keine Rechte eingeräumt werden können – wohl wäre dies aber für den Bearbeiter der Software möglich, der diese zu einem Zeitpunkt weiter lizenziert, zu dem die neue Nutzungsart bekannt ist. Daraus resultiert die eigentümliche Gemengelage, daß der Softwareentwickler nur für seinen Teil etwa das Application Service Providing als neue Nutzungsart lizenzieren kann, nicht aber für die – ebenfalls erforderliche – Lizenz für die „alte“ Software. Demgemäß kann bei sukzessiver Erstellung von Software die Situation eintreten, daß ein Teil der Software der „alten“ GPL unterstellt ist, die nicht neuere Nutzungsarten umfaßt (z.B. die Internet-Verbreitung), während der in neuerer Zeit bearbeitete Teil der Software neue Nutzungsarten umfaßt, da er der „neueren“ GPL unterstellt wäre – vorausgesetzt, daß § 31 V UrhG eine entsprechende Erstreckung zuläßt, worauf zurückzukommen ist.

Zwar könnte darauf abgestellt werden, daß der nächste Erwerber der bearbeiteten Software diese wiederum nur mit der Lizenz der GPL erhält, die dann entsprechend „aktualisiert“ wäre, indem ja nun neue Nutzungsarten bekannt sind. Theoretisch ließe sich demnach zwar argumentieren, daß aufgrund der von der GPL gewählten Konstruktion, daß die Lizenz stets aufs Neue direkt vom Urheber mit jedem Nutzer vereinbart wird, quasi eine immerwährende Aktualisierung der Lizenz bei jedem Erwerbsakt mit entsprechender Lizenzinräumung erfolgt. Doch widerspräche eine solche Konstruktion dem gesetzlichen Leitbild des § 31 IV UrhG, indem ein „urheberrechtliches Perpetuum mobile“ entstünde, das de facto § 31 IV UrhG über die Konstruktion der ständigen Vereinbarung der Lizenz mit dem Urheber stets aufs Neue aushebeln würde. Die stets auf Neue erfolgende Einräumung der Nutzungsrechte durch Vereinbarung der GPL mit jedem neuen Erwerber kann nicht dazu führen, daß ein „alter“ Urheber einer Open Source Software praktisch mit einer stetigen Anpassung seiner Verwertungsrechte im Hinblick auf inzwischen aufgetretene Nutzungsarten einverstanden sein müßte – dies wäre ein Verstoß gegen § 31 IV UrhG, der den Urheber vor unwägbareren Rechteinräumungen schützen will.<sup>240</sup>

Wie auch immer man § 31 IV UrhG auslegt, ein schlichter Vermerk wie § 9 GPL, der alle späteren Versionen einer Lizenz („any later version“) in das Nutzungsrecht inkorporieren soll, kann nicht neue, zum Zeitpunkt des Lizenzvertragsschlusses noch unbekannt Nutzungsarten einschließen.<sup>241</sup>

Daraus folgt für Nutzer einer Open Source Software, daß sie nicht sicher sein können, welche Nutzungsarten tatsächlich frei sind. Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, zu welchem Zeitpunkt und welcher Version die verwandte Software der GPL unterstellt wurde; denn nur in diesem Umfang werden die Verwertungsrechte dem Nutzer eingeräumt.<sup>242</sup>

<sup>240</sup> Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 36.

<sup>241</sup> Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 846; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 37; Schiffner, Open Source Software, S. 197.

<sup>242</sup> Dies räumen auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 37 ein, die darauf verweisen, daß eine ausdrückliche Lizenzierung der Software nach der neuesten Version abhelfen könne – was indes vom Goodwill des jeweiligen Entwicklers abhängt.

### (c) Auslegung der GPL: Exklusive Nutzungsrechte oder enumerative Aufzählung?

Eng mit den skizzierten Grundsätzen hängt eine weitere zentrale Frage zusammen, die für alle Verwertungsrechte gilt und die sich auf die Auslegung der GPL selbst bezieht: Denn § 0 II S. 1 der GPL bestimmt:

„Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this license; they are outside its scope.“

Damit gibt die GPL selbst deutlich zu erkennen, auf welche Nutzungsrechte sie angewandt werden möchte. Wörtlich genommen, würde die GPL allein das Vervielfältigungs-, das Verbreitungs- und das Bearbeitungs- bzw. Veränderungsrecht erfassen, aber keinerlei anderen Verwertungsrechte, auch nicht die nach deutschem Verständnis sog. unbenannten Verwertungsrechte nach § 15 UrhG.<sup>243</sup>

Problematisch an einer solchen Auslegung ist jedoch zum einen, daß die GPL damit von sich aus bedeutende Verbreitungswege abschneiden würde, die gerade für Open Source Software herangezogen werden, wie etwa das Internet. Zum anderen erscheint es auch dogmatisch problematisch, eine ausländische Lizenz *allein* vor dem Hintergrund deutscher urheberrechtlicher Kategorien auszulegen. Zwar verweist das Schutzlandprinzip (s. Rn. 166 f.) auf das jeweilige Land, in dem das Urheberrecht geltend gemacht wird, doch kann dies andererseits nicht dazu führen, daß eine nach einer ausländischen Rechtsordnung erstellte Lizenz allein nach dem Verständnis des deutschen Rechtskreises beurteilt wird. Der damit verbundene Sinn der ausländischen Rechtskategorien muß vielmehr auf das deutsche Verständnis übertragen werden.

Trotz dieser Bedenken gibt das deutsche Urheberrecht nur einen engen Korridor vor, in dessen Rahmen eine Lizenz hinsichtlich der Nutzungsrechtseinräumung ergänzend ausgelegt werden kann: Wenn eine Lizenz ausdrücklich bestimmte Verwertungsrechte aufführt und sonst explizit keine weiteren Rechte aufnehmen will, spricht zunächst viel gegen eine ergänzende Auslegung. Auch die Zweckübertragungslehre nach § 31 V UrhG setzt schon nach ihrem Wortlaut voraus, daß die Nutzungsarten nicht explizit benannt werden; auch der Schutzzweck des § 31 V UrhG, den Urheber möglichst vor einer weitgehenden, pauschalen Nutzungsrechtseinräumung zu bewahren, spricht dagegen, bei einer sonst kostenlosen Verbreitung eine Ausdehnung der in der GPL bezeichneten Nutzungsarten zu folgern.

## (2) Einzelne Verwertungsrechte

### (a) Vervielfältigung und Bearbeitung, Programmablauf

Ohne Zweifel umfaßt die GPL sämtliche Vervielfältigungsrechte nach § 16 UrhG und die Verbreitungsrechte nach § 17 UrhG, ebenso die Veränderung der Software.<sup>244</sup> Die weitere Verbreitung ist allein daran geknüpft, daß der Quellcode und die Software selbst unentgeltlich angeboten werden muß. Entgelte für Datenträger oder für selbständige Garantien werden durch die GPL aber nicht untersagt.<sup>245</sup>

Das *Ablauflassen* des Programms selbst wird dagegen von der GPL unmittelbar nicht erfaßt, indem etwa ein Nutzungsrecht eingeräumt würde; vielmehr will die GPL das Ablauflassen eines Programms nicht beschränken.<sup>246</sup> Allerdings erscheint fraglich, ob

<sup>243</sup> So in der Tat die Auslegung von F.A.Koch, CR 2000, 333, 338; unklar Deike, CR 2003, 9, 16, der diese Frage offenbar nicht für relevant erachtet.

<sup>244</sup> Einzelheiten dazu bei F.A.Koch, CR 2000, 333, 338.

<sup>245</sup> Vgl. F.A.Koch, CR 2000, 333, 334.

<sup>246</sup> § 0 II S. 2 GPL: „The act of running the Program is not restricted“.

angesichts dieser weit gefaßten Klausel aus deutscher urheberrechtlicher Sicht nicht doch im Wege der Auslegung ein entsprechendes (einfaches) Nutzungsrecht gemeint ist, da der Sinn einer solchen „Nicht-Beschränkung“ nicht recht ersichtlich wäre.<sup>247</sup> Zudem räumt die GPL – wie soeben gezeigt – das Vervielfältigungsrecht ein; da aber nach deutschem Verständnis jeder Ablauf eines Programms durch das Laden in den Arbeitsspeicher eine Vervielfältigung notwendigerweise impliziert,<sup>248</sup> kann von einem Nutzungsrecht ausgegangen werden.<sup>249</sup> Schließlich gibt § 69d UrhG dem Nutzer auf jeden Fall ein entsprechendes Nutzungsrecht an der Software.

#### (b) Verbreitungsrecht: Making available to the public

Probleme können sich jedoch hinsichtlich des Umfangs des Verbreitungsrechts ergeben: In Zusammenhang mit § 31 IV UrhG, der die Einräumung von Nutzungsrechten strikt auf die zum Zeitpunkt der Übertragung bestehenden Verwertungsrechte beschränkt, bestehen Zweifel, ob das Verbreitungsrecht auch das Recht der Zugänglichmachung über Datennetze erfaßt (making available). Zwar ist dieses Recht nunmehr als eigenständiges Verwertungsrecht in Art. 3 der Richtlinie über Urheberrechte in der Informationsgesellschaft von 2001 (InfoSoc-Richtlinie) vorgesehen, in Umsetzung der Art. 8 WCT<sup>250</sup> und in Zukunft in Gestalt eines neuen § 69c Nr. 4 UrhG, doch konnte es zuvor höchstens als unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe erfaßt werden.<sup>251</sup> Demgemäß kann nur bei extensiver Auslegung des Begriffes „distribute“ in § 2 GPL angenommen werden,<sup>252</sup> daß die GPL gerade das für die Verbreitung über das Internet erforderliche Recht der Zugänglichmachung einräumt.<sup>253</sup> Dabei kann nicht *allein* auf ein US-amerikanisches Verständnis der Begrifflichkeiten abgehoben werden,<sup>254</sup> da die Urheber- und Verwertungsrechte – wie noch näher zu beleuchten sein wird (Rn. 166 f.) – allein dem Schutzland unterstellt sind, in dem sie geltend gemacht bzw. vereinbart werden. Zwar ist einzuräumen, daß gerade die Verteilung über die Datennetze die typische Form der Verbreitung der Open Source Software darstellt;<sup>255</sup> doch vermag dies nichts an dem Grundsatz zu ändern, daß zum Zeitpunkt einer Lizenzerteilung nicht bekannte Nutzungsarten nicht von dem Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte erfaßt werden. Hinzu kommt, daß nach Art. 3 III der InfoSoc-Richtlinie keine Erschöpfung beim Online-Vertrieb eintritt, so daß auch aus diesem Grund erhebliche Unterschiede zwischen den Vertriebswegen bestehen – ob rechtspolitisch richtig, mag hier dahinstehen.<sup>256</sup>

Aber auch bei einer auf den Zweck der GPL – der größtmöglichen Verbreitung – gründenden Auslegung verbleiben Zweifel, da auch die USA Signatarstaat des WIPO-Vertrages von 1997 waren und demgemäß das neue Recht und die entsprechenden Differenzierungen spätestens seit diesem Zeitpunkt bekannt waren.<sup>257</sup> Entscheidend ist daher

247 Anders offenbar *Deike*, CR 2003, 9, 10.

248 Statt vieler: *Loewenheim* in: Schrickler UrhG § 69c Rn. 9; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 152; *F.A.Koch*, GRUR 1997, 417, 423, alle mwNachw.

249 Im Ergebnis ebenso *Schiffner*, Open Source Software, S. 130 f.

250 Ausführlich dazu *Spindler*, GRUR 2002, S. 105, 107 ff.; *Gerlach*, ZUM 1999, 278 ff.; *Kröger*, CR 2001, 316, 318; *Schippa*, Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie, 1999, S. 126 f., 146 ff.

251 S. dazu *Spindler*, JZ 2002, 60, 64 f.; *Dreier* in: Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, S. 133, je mwNachw.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 420; v. *Ungern-Sternberg* in: Schrickler UrhG § 15 Rn. 24 ff.; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhG § 15 Rn. 2*; *Leupold*, CR 1998, 234, 240; *Loewenheim* in: *Loewenheim/Koch* (Hrsg.) Praxis des Online-Rechts, Kap. 7.2.4.5, S. 304, *Ernst*, GRUR 1997, 592, 595; für digital übertragene On-Demand-Dienste; *Bechthold*, ZUM 1997, 427, 431; *Dreier*, GRUR 1997, 859, 863; *Schippa*, Die Harmonisierung des Urheberrechts in Europa im Zeitalter von Internet und digitaler Technologie, S. 89 f.; *Plaß*, WRP 2001, 195, 198.

252 Zur urheberkollisionsrechtlichen Behandlung des § 31 IV UrhG und der Auslegung einer ausländischen Lizenz s. unten Rn. 166 ff.

253 So *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 158; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 33; dagegen *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 338.

254 So anscheinend aber *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 33 Fn. 133, die auf § 106 (3) Copyright Act 1976 hinweisen.

255 *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 158.

256 Vgl. *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 517; *Linneborn*, K&R 2001, 394, 395; *Kröger*, CR 2001, 316, 318; *Knies*, GRUR Int. 2002, 314, 316.

257 Dies wird von *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 33 nicht berücksichtigt.

die rechtstatsächliche Frage, ob die Verbreitung mittels Datennetzen zur Zeit der Formulierung der GPL bereits als neue Nutzungsart bekannt war<sup>258</sup> – jedenfalls für Software, die zu dieser Zeit der GPL unterstellt wurde.

Dementsprechend können – wie oben beschrieben (Rn. 89 ff.) Probleme bei einer Einräumung von Nutzungsrechten durch eine GPL-Version vor 1997 im Hinblick auf die Internet-Verbreitung bzw. auf § 31 IV UrhG nicht ausgeschlossen werden, da neue Nutzungsarten und erst recht neue Verwertungsrechte grundsätzlich von einer Lizenz nicht erfaßt werden, wenn sie zum Zeitpunkt der Lizenzerteilung noch nicht bekannt waren.

Selbst eine sich ständig aktualisierende Einräumung der Verwertungsrechte, indem die GPL immer wieder aufs Neue mit jedem neuen Nutzer vereinbart wird, vermag daran nichts zu ändern, da die GPL nach wie vor keine entsprechenden Verwertungsrechte enthält.

#### (c) Vermietrecht

Die skizzierten Zweifel gelten in noch schärferem Maße für die Frage, ob auch das Vermietrecht von der GPL umfaßt ist, da diese in § 0 II GPL nur das Vervielfältigungs-, das Verbreitungs- und Veränderungsrecht erwähnt.<sup>259</sup> Das Vermietrecht nach §§ 17 III, 69c Nr. 3 UrhG wird in der GPL nicht erwähnt. Auch hier könnte wieder das Verhältnis von (ergänzender) Lizenzvertragsauslegung einerseits und § 31 IV UrhG andererseits maßgeblich sein: Vertritt man in entsprechender Anwendung des mutmaßlichen Willens der Lizenzgeber eine extensive Auslegung, liegt die Ausdehnung der Lizenz auch auf nicht benannte Nutzungsarten, mithin auch das Vermietrecht nahe.<sup>260</sup> Indes ist zwischen neuen Nutzungsarten, wie dem Application Service Providing, das eine Vermietung erfordert, und dem Verwertungsrecht selbst – hier: dem Vermietungsrecht – zu unterscheiden. Das Vermietungsrecht als solches war lange bekannt, auch zum Zeitpunkt, als die GPL entwickelt wurde. Von einem „unbekannten Verwertungsrecht“, das praktisch mit einer neuen Nutzungsart verknüpft wäre, wie im Fall der Internet-Veröffentlichung und dem Recht auf Zugänglichmachung, kann daher nicht gesprochen werden. Die Auslegung, daß die GPL konkludent auch die Vermietrechte umfasse, ist zwar vor dem Hintergrund der Intentionen der Open Source-Urheber gut nachvollziehbar, sie steht jedoch mit den Grundsätzen des deutschen Urheberrechts zur Auslegung von Nutzungsrechtseinräumungen in einem unauflösbaren Konflikt.

Die Frage, ob die Vermietung der Software selbst entgeltlich erfolgt, richtet sich dagegen vielmehr auf die Entgelte, die mit dem Einsatz der Software selbst erzielt werden können. Daher könnte man argumentieren, daß die entgeltliche Überlassung der Open Source Software nicht im Konflikt mit der GPL stünde, da diese nur auf die unentgeltliche Überlassung der Nutzungsrechte abziele.<sup>261</sup> Allerdings ist auch die Vermietung eine Verwertung der Software, so daß eine entsprechende Nutzungshandlung, die entgeltlich erfolgt, mit den Grundsätzen der GPL – sofern man sie erweiternd auslegt – in Widerspruch geriete.

258 Dies nimmt *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 158 an.

259 § 0 II GPL: „Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope“.

260 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 33; dagegen *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 336, der sich auf § 0 II S. 1 der GPL stützt, die explizit keine anderen Rechte als Vervielfältigung, Verbreitung oder Änderung bzw. Bearbeitung erfassen und einräumen will.

261 Insoweit zutr. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 34.

#### (d) Nutzung in Netzwerken, besonderen Computerarten

Als unterschiedliche Nutzungsarten wird etwa auch der Einsatz auf Desktop- oder Notebookgeräten<sup>262</sup> ebenso wie verschiedene Vertriebsformen („OEM“)<sup>263</sup> qualifiziert. Allerdings kann hier die GPL Anwendung finden, da der Begriff der „copy“ sämtliche Formen der Vervielfältigung erfaßt und die GPL keine spezifischen Ausschlußklauseln für bestimmte Computereinsatzformen enthält.

#### (e) Application Service Providing

Auch wenn derzeit noch nicht absehbar ist, ob dem sog. Application Service Providing tatsächlich der ihm prophezeite Erfolg beschieden sein wird, wirft diese Nutzungsart für Open Source Software das Problem auf, ob auch der Einsatz von Open Source Software im Wege dieser Nutzungsform von den durch die GPL eingeräumten Nutzungsrechten gedeckt ist.

Das Application Service Providing steht zwischen der reinen Sachüberlassung einer Software (etwa auf einer CD-ROM) und der Zugänglichmachung von Inhalten über Datenetze (etwa im Internet), da jeweils Teile des gesamten Softwarepakets zum einen auf dem zentralen Server verbleiben, andere Teile aber zumindest in den Arbeitsspeicher beim Nutzer geladen werden. Diese Zwitterstellung spiegelt sich entsprechend in dem urheberrechtlichen Streit über die Einordnung von Application Service Providing: Zum Teil wird sie dem Vermietrecht nach § 69 c Nr. 3 UrhG,<sup>264</sup> zum Teil dem „making available“ zugeordnet, da keine Überlassung körperlicher Werkstücke stattfindet, sondern nur eine Online-Nutzung.<sup>265</sup> Insgesamt dürfte mehr für die Einordnung als „making available“ sprechen, da weder das Programm auf dem Server körperlich überlassen wird noch der Programmteil im Arbeitsspeicher für sich allein funktionsfähig ist.

Mit diesem Streit korrespondiert ferner die Frage, ob Application Service Providing eine neue Nutzungsart im Sinne von § 31 IV UrhG ist. Hierfür spricht, daß diese Form der Softwarenutzung erst in jüngerer Zeit (etwa Mitte/Ende der 90er Jahre) größere Bekanntheit erlangte und daher zum Zeitpunkt der Entwicklung der GPL unbekannt war. Demgemäß deckt die GPL nicht den Einsatz von Linux etwa im Rahmen des Application Service Providing ab.<sup>266</sup> Sieht man bereits das „making available to the public“ als nicht von der GPL erfaßt an, ist der Ausschluß aus den damit verbundenen Nutzungsarten nur folgerichtig.

### e) SCHRANKEN DER NACH GPL AUFERLEGTE PFLICHTEN

#### (1) Zwingendes Urheberrecht

##### (a) Urheberpersönlichkeitsrecht

Auch wenn an jedermann ein weitgehendes Nutzungs- und Bearbeitungsrecht vorgesehen werden kann, wirkt sich die Konstruktion der GPL als Verwertungsrecht – und nicht als (nach deutschem Recht unmöglicher<sup>267</sup>) Verzicht auf jegliches Urheberrecht –

<sup>262</sup> Lehmann, FS Schrickler 1995, S. 543 ff., S. 568.

<sup>263</sup> BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, NJW 2000, 3571, 3572; KG, Urteil v.17.06.1997 - 5 U 7145/96, CR 1998, 137, 138; KG, Urteil v.27.02.1996 - 5 U 8281/95, CR 1996, 531; Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG §§ 31/32 Rn. 6; die OEM-Vertriebsart ist insbesondere vor dem Hintergrund des Erschöpfungstatbestandes relevant; vgl. hierzu nunmehr BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, NJW 2000, 3571; Berger, NJW 1997, 300 ff.; Loewenheim in: Schrickler UrhG § 69a Rn. 29.

<sup>264</sup> So F.A.Koch ITRB 2001, 39 ff.

<sup>265</sup> So Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 735 ff.; Röhrborn/Sinhardt, CR 2001, 69, 73.

<sup>266</sup> F.A.Koch ITRB 2001, 39 ff.; auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 34 räumen dies ein; anders Bettinger/Scheffelt, CR 2001, 729, 736.

<sup>267</sup> BGH, Urteil v. 23.02.1995 - I ZR 68/93, BGHZ 129, 66, 73 = NJW 1995, 1556, 1557 - Mauer-Bilder; Schrickler in: Schrickler UrhG § 29 Rn. 15; Ahlberg in: Möhring/Nicolini UrhG § 7 Rn. 5; Block in: Wandtke/Bullinger UrhR § 29Rn. 15.

dahingehend aus, daß der Urheber sich nicht aller Rechte entäußert. Vielmehr verbleibt ihm zwingend das Urheberpersönlichkeitsrecht nach §§ 14 iVm 69a IV UrhG, was auch durch die InfoSoc-Richtlinie nicht angetastet wurde.<sup>268</sup> Zwar wird in der Regel Software nicht die für § 14 UrhG erforderliche künstlerisch-persönliche Prägung erreichen,<sup>269</sup> doch sind Fälle entsprechend gestalteter grafischer Benutzeroberflächen<sup>270</sup> oder entsprechender Designs mit künstlerischer Höhe durchaus denkbar.<sup>271</sup>

Dieser Integritätsschutz kann nach ständiger Rechtsprechung und zutreffender hM nicht abbedungen werden, da § 14 UrhG zum Kernbereich des Urheberpersönlichkeitsrechts zählt und daher Verfügungen über § 14 UrhG unzulässig sind,<sup>272</sup> zumal gerade das Persönlichkeitsrecht verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Zwar wird jüngst auch hier eine Verfügungsmöglichkeit angenommen,<sup>273</sup> doch bedarf eine solche Verfügung einer ausdrücklichen Erwähnung, für die eine allgemeine Bestimmung in AGB - wie derjenigen in der GPL – im Hinblick auf den in § 31 V UrhG niedergelegten Gedanken, daß nur genau bezeichnete Verwertungsrechte für bekannte Nutzungsarten übertragen werden können, kaum hinreichend sein dürften.<sup>274</sup>

Schließlich kann die generelle Änderungsbefugnis auch nicht in das Persönlichkeitsrecht der Programmierer eingreifen, die entsprechende Urhebervermerke in der Software anbringen – abgesehen davon, daß die GPL auch nicht dazu ermächtigt.<sup>275</sup>

#### (b) Einschränkungen durch zwingendes Urhebervertragsrecht

Eine Einschränkung der freien Weitergabe des Softwarecodes an Lizenznehmer unter Verzicht auf Lizenzgebühren hätte sich durch eine geplante Reform des Urhebervertragsrechts ergeben können, war hier doch eine zwangsweise Vergütung für Autoren bzw. Urheber vorgesehen. Daher hätte ein Open Source Softwareentwickler entgegen der GPL nicht wirksam auf seine Vergütung verzichten können. Aufgrund einer entsprechenden Eingabe von Vertretern aus dem Open Source-Bereich<sup>276</sup> wurde dieser Passus jedoch dahingehend verändert, dass der Urheber nunmehr gem. § 32 III S. 3 UrhG für jedermann auch unentgeltlich ein einfaches Nutzungsrecht einräumen kann.<sup>277</sup>

### (2) Inhaltskontrolle

Da die GPL selbst als ein Formularvertrag zu qualifizieren ist, gelangen die Vorschriften zur Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) zur Anwendung:

#### (a) Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe und GPL-Unterstellung bei Veränderung

Keinerlei Bedenken begegnen im Grundsatz<sup>278</sup> die Verbote in der GPL, die Open Source

<sup>268</sup> Erwägungsgrund Nr. 19 der InfoSoc-Richtlinie.

<sup>269</sup> Dabei ist str., ob die Urheberpersönlichkeitsrechte überhaupt für Software Anwendung finden, dafür Dreier, GRUR 1993, 781, 783; Loewenheim in: Schrickler, UrhG, § 69a Rn. 24; zurückhaltend Lehmann, FS Schrickler 1995, S. 543 ff, 563; CR 1990, 625, 630; Haberstumpf, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz von Computerprogrammen, Rn. 109.

<sup>270</sup> S. etwa zum Schutz von Web-Seiten Bettinger, CR 2000, 234 ff.

<sup>271</sup> Zutr. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 844; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 23, 35; zust. Omsels, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 158; F.A.Koch, CR 2000, 273, 279.

<sup>272</sup> BGH, Urteil v. 01.10.1998 - I ZR 104/96, GRUR 1999, 230, 232 - Treppenhausgestaltung; BGH, Urteil v.28.11.1985 - I ZR 104/83, GRUR 1986, 458, 459 - Oberammergauer Passionsspiele; BGH, Urteil v. 19.10.1972 - I ZR 174/60, GRUR 1963, 40, 42 - Straßen - gestern und morgen; Hertin in: Fromm/Nordemann UrhG Vor § 14 Rn. 20.

<sup>273</sup> OLG München, Urteil v. 1.8.1985 29 U 2114/85, GRUR 1986, 460, 463 - Die unendliche Geschichte; ausführlich dazu Schrickler, FS Hubmann 1985, S. 409 ff.; Peifer, GRUR Int. 1995, 25, 42.

<sup>274</sup> Zutr. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 845.

<sup>275</sup> Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 844.

<sup>276</sup> S. dazu Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 96 ff.

<sup>277</sup> Vgl. auch RegE UrhG BT-Drucks. 14/6433 S. 15; s. auch Ory, AfP 2002, 93, 97 f.; Schiffner, Open Source Software, S. 171 f.

<sup>278</sup> Zur Frage der Verletzung des Transparenzgebots hinsichtlich des Ausmaßes an Veränderungen s. unten Rn. @.

Software nach Veränderungen nur unentgeltlich und unter Unterstellung unter die GPL – vorbehaltlich der skizzierten Einwände hinsichtlich neuer Nutzungsarten (s. Rn. 86 ff.) – weiter zu verbreiten. Denn dem Urheber steht nach §§ 23 S. 1, 69c UrhG ohnehin das Recht zu, eine Weiterverbreitung seines veränderten Werkes zu untersagen, so daß die Einräumung der Befugnis, das Werk weiterzuverbreiten, eine Erweiterung des Rechtskreises des Nutzers ist.<sup>279</sup> Eine derartige Erweiterung des Rechtskreises kann der Urheber dann mit der Auflage verbinden, bei Weiterverbreitung selbst kein Entgelt mit Ausnahme von Entgelten für andere Leistungen als die Lizenz einräumung zu verlangen.<sup>280</sup>

Auch das Verbot zur Verbindung mit anderen Werken ist grundsätzlich zulässig.<sup>281</sup> Denn eine mögliche gegenseitige Beeinflussung der Produkte und die Wahrnehmung durch den Verkehr stellt daher nicht nur unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Programmautors, dem es nicht gleichgültig sein kann, in welcher Verbindung sein Werk auftritt, sondern auch unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung eine eigenständige Verwertungsart eines Programms dar.<sup>282</sup>

### (b) Weiterverbreitung und Erschöpfungsgrundsatz

Ein weiteres Problemfeld ergibt sich daraus, daß die GPL jegliche Weiterverbreitung untersagt, wenn diese nicht unentgeltlich erfolgt und wenn das Werk nicht der GPL wiederum unterstellt wird.<sup>283</sup> Eine derart weitgefaßte Klausel könnte gegen das gesetzliche Leitbild des Erschöpfungsgrundsatzes und der darin zum Ausdruck gekommenen Befugnis des Nutzers verstoßen, ein einmal erworbenes Werk, an dem sich die Verbreitungsrechte durch die Inverkehrgabe des Werkes erschöpft hat, ohne Zustimmung des Urhebers weiterverbreiten zu dürfen (§§ 17 II, 69c Nr. 3 UrhG):

#### (i) GPL als Verletzung des Erschöpfungsgrundsatzes?

Die GPL begreift jeden Erwerb der Open Source Software als „Ersterwerb“, indem jedesmal aufs Neue ein Lizenzvertrag mit dem Urheber zustande kommen soll, so daß auch bei derivativen Erwerb von einem Dritten die Bedingungen der Lizenz eingreifen sollen.<sup>284</sup> Diese Pflichten sind zu Recht als einer der Stützpfeiler des Open-Source-Systems genannt worden, der wegbrechen würde, wenn der Erschöpfungsgrundsatz in seiner klassischen Ausprägung eingreifen könnte. An einem Werk aber, bei dem die Verbreitungsrechte sich erschöpft haben, hat der Nutzer in vollem Umfang eine freie Verfügungsbefugnis; der Urheber kann ihm nicht mehr die Verbreitung an sich untersagen oder diese unter bestimmte Bedingungen stellen.<sup>285</sup> Konstruktiv-dogmatisch wird die Wirkung der GPL mit einer Beschränkung des Verbreitungsrechts auf eine unentgeltliche Weiterverbreitung erreicht, so daß bei einer entgeltlichen Weitergabe kein Verbreitungsrecht eingeräumt wird. In der OEM-Entscheidung des BGH hat der I. Zivilsenat zwar festgehalten, daß eine schuldrechtliche Pflicht aufgrund der erforderlichen Verkehrsfähigkeit nicht durch das Verbreitungsrecht abgesichert werden könne, so daß aufgrund eines mit Zustimmung des Urhebers erfolgten Inverkehrbringens dessen Ver-

breitungsrecht sich erschöpft.<sup>286</sup> Insbesondere führt der Senat aus, daß „die von der Klägerin erstrebte Beschränkung der Erschöpfungswirkung (...) darauf hinaus(laufe), daß die vertraglich eingegangenen Bindungen nicht nur inter partes, sondern gegenüber jedermann Wirkung entfalten könnten. Eine derartige Verdinglichung schuldrechtlicher Verpflichtungen ist dem deutschen Recht fremd; sie ist auch im Interesse der Verkehrsfähigkeit nicht erwünscht“.<sup>287</sup> Verallgemeinert würden diese Sätze für die GPL bedeuten, daß der dinglich wirkende Vorbehalt der GPL hinfällig wäre, da die Verkehrsfähigkeit der Software bei Pflichtverstößen sonst beeinträchtigt wäre.

Allerdings gilt es zu bedenken, dass die OEM-Entscheidung die spezielle Situation bei Open Source Software nicht im Blick hatte. Hält man die Prämisse der GPL aufrecht, wonach *jeder Erwerb von Open Source Software einen Ersterwerb darstellt*, so scheidet eine Übertragung des OEM-Urteils von vornherein aus. Denn dieses behandelt allein die Frage, inwiefern eine dingliche Nutzungsbeschränkung auch über die Erstverbreitung hinauswirkt, eine Situation also, die nach dem Ansatz der GPL überhaupt nicht eintreten könnte.<sup>288</sup> Weil der BGH aber grundsätzlich auf der zweiten Stufe eine Erschöpfung jedenfalls dann annehmen will, wenn sich der Erstverbreiter im Zeitpunkt des Inverkehrbringens an die Beschränkungen seiner Lizenz gehalten hat,<sup>289</sup> stellt sich die Frage, ob in der Konstruktion des „fingierten“ Ersterwerbs *nicht ein Unterlaufen des Erschöpfungsgrundsatzes* gesehen werden muss. Auf den ersten Blick scheint dies der Fall zu sein, weil bereits die Möglichkeit jeglicher Erschöpfung durch die Konstruktion ausgeschlossen wird. Allerdings ergibt sich aus dem Urteil, dass auch der BGH es grundsätzlich für zulässig hält, durch Einführung eines Direktvertriebs dem Endkunden im Rahmen der Erstverbreitung nur beschränkt einzuräumen.<sup>290</sup> Auf eine solche Etablierung eines Direktvertriebs läuft die GPL hinaus, indem jedes Mal ein neuer Lizenzvertrag unmittelbar zwischen dem (Zweit-, Dritt-, etc.) Erwerber mit dem Urheber zustande kommen soll. Freilich ist eine derartige Argumentation problematisch, weil es eben dieser Direktvertrieb ist, welcher durch die GPL erst fingiert wird. Jedoch ergeben sich aus dem Urteil selbst weitere denkbare Lösungswege. Denn der BGH war offensichtlich gewillt, trotz der vorgenommen strikten Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes Softwareherstellern Auswege für alternative Vertriebsformen aufzuzeigen. Den Herstellern bleibt es nach dem Urteil „im Rahmen des kartell- und AGB-rechtlich Zulässigen unbenommen, ihre Vertragspartner vertraglich zu binden und sie zu verpflichten, bestimmte Verwendungsbeschränkungen an ihre jeweiligen Vertragspartner weiterzugeben“<sup>291</sup> Genau in diesem Sinne könnte man die Regelungen der GPL verstehen. Die AGB-rechtlich und kartellrechtlich für OEM-Versionen vorgebrachten Bedenken<sup>292</sup> greifen bei Open-Source so nicht, weil sie sich im wesentlichen auf die differierende Preisgestaltung zwischen den OEM- und Normalversionen beziehen. Ein weiterer Ansatzpunkt ergibt sich daraus, dass den Softwareherstellern immer dann weitreichende Gestaltungsspielräume verbleiben sollen, wenn der Benutzer der jeweiligen Software auf Nut-

279 Zutr. *Plaß*, GRUR 2002, 670, 679.

280 Vgl. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 47 f.

281 im Hinblick auf die Verbindung einer Prüfversion eines Computerprogramms mit einem Buch zu einem Gesamtpaket OLG Köln, Urteil v. 12.07.1996 - 6 U 136/95, CR 1996, 723, 725; kritisch hierzu *Werner*, CR 1996, 727.

282 S. auch § 4 VerlagsG sowie BGH GRUR 1992, 310, 311, 312 - Taschenbuch-Lizenz: Zulässigkeit der dinglichen Aufspaltung des Nutzungsrechts für die Einzelausgabe, Gesamtausgabe, Ausgabe in Sammelwerken.

283 Wörtlich heißt es in § 4: „You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License.“

284 Vgl. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 32 Fn. 126; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 336.

285 Grundlegend BGH, - OEM-Version .

286 BGH, Urteil v.06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 12 - OEM-Version; ähnlich OLG München, Urteil v. 12.02.1998 - 29 U 5911/97, NJW 1998, 1649, 1650; OLG Frankfurt, Urteil v. 25.06.1996 - 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494; OLG Frankfurt, Urt.v.03.11.1998 - 11 U 20/98, CR 1999, 7, 8 f.; dazu: *Metzger*, GRUR 2001, 210 ff.; *Moritz*, MMR 2001, 94 ff.; *Witte*, CR 2000, 654 f.; *Lehmann*, CR 2000, 740 f.; *Chrocziel*, CR 2000, 738 ff.; *Bartsch*, K&R 2000, 612; vgl. auch *Loewenheim* in: *Schricker UrhG § 69c Rn. 30*; *Haberstumpf* in *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Teil II Rdn. 129; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 922; *Berger*, NJW 1997, 300, 301; *Witte*, CR 1996, 533, 534; *Lehmann*, NJW 1993, 1822, 1825; *Redeker*, Der EDV-Prozeß, Rdn. 107; a.A. KG, Urteil v. 27.02.1996 - 5 U 8281/95, CR 1996, 531, 532; *Nordemann/Vinck* in: *Fromm/Nordemann UrheberG* . § 69c Rdn. 6; *Erben/Zahrnt*, CR 1996, 535; *Erben/Zahrnt* CR 1998, 267, 268.

287 BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 12 unter Verweis auf BGH, Urteil v. 27.02.1981 - I ZR 186/78 80, 101, 106.

288 So denn auch *Schiffner*, Open Source Software, S. 141 f.

289 BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 13 f.; *Metzger*, GRUR 2001, 210, 211; *Chrocziel*, CR 2000, 738, 739; *Witte*, CR 2000, 654, 655; krit. dazu *Schricker*, FS Dietz 2001, S. 447, 452 Fn. 16.

290 So *Witte*, CR 2000, 654, 655.

291 BGH, Urteil v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 15.

292 Vgl. *Witte*, CR 2000, 654, 655; *Lehmann*, CR 2000, 740; *Chrocziel*, CR 2000, 738, 740, *Bartsch*, K&R 2000, 612.

zungsrechte angewiesen ist, die ihm die Klägerin unmittelbar einräumen muss.<sup>293</sup> Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Nutzer eine gesonderte Nutzungsrechteinräumung benötigt, die ihm § 69d I UrhG nicht bietet, etwa wenn er das Programm ändern will,<sup>294</sup> was bei Open Source Software regelmäßig der Fall sein wird. Schließlich dient der Erschöpfungsgrundsatz der Sicherung der Verkehrsfähigkeit des urheberrechtlich geschützten Werkes und ist quasi das Spiegelbild zum Verbreitungsrecht, das der *Beteiligung des Urhebers an der wirtschaftlichen Verwertung* seines geistigen Eigentums dient.<sup>295</sup> An einer solchen Beteiligung fehlt es aber gerade bei der von der GPL gewählten Konstruktion, so daß vom Telos der Norm her es fraglich erscheint, ob die Korrektur des Verbreitungsrechts – der Erschöpfungsgrundsatz – in derselben Weise wie bei „normalen“ Urheberrechten eingreifen kann.

Ferner will der BGH offensichtlich generell nicht einen derart weit reichenden Satz der Beschränkung der dinglichen Wirkung aufstellen, indem er keineswegs eine beschränkte Erschöpfungswirkung aufgrund einer beschränkten Nutzungsrechteinräumung ausnimmt: „Hätte das vervielfältigende Unternehmen (authorized replicator) die Ware entgegen der Verwendungsbeschränkung der Klägerin nicht an einen mit der Klägerin vertraglich verbundenen Zwischenhändler oder Hardware-Hersteller, sondern an einen Dritten abgegeben, hätte eine Erschöpfung – vorausgesetzt, es handelte sich um eine im Rahmen des § 31 I 2 UrhG<sup>296</sup> zulässige Beschränkung – nicht eintreten können, weil die Ware nicht mit Zustimmung der Klägerin in Verkehr gebracht worden wäre.“<sup>297</sup> Gerade dies ist aber die Konstellation der GPL, die durch die dingliche Verknüpfung bei Verstoß gegen die Pflichten das Verbreitungsrecht entfallen läßt, so daß der Veräußerer keine Rechte mehr einräumen kann. Demgemäß kann kein Nutzer ein Recht auf entgeltliche Weiterverbreitung haben, da der Erschöpfungsgrundsatz für dieses entgeltliche Verbreitungsrecht von vornherein nicht eingreift – es wurde nie erschöpft, da es nie vergeben wurde.<sup>298</sup>

Hinsichtlich des *Downloads aus dem Internet* ergäben sich zudem nach der schon früher vorherrschenden Auffassung von vornherein keine Schwierigkeiten, da hier keine Inverkehrgabe durch ein körperliches Werkstück stattfände,<sup>299</sup> was erst jüngst durch die InfoSoc-Richtlinie der EU bekräftigt wurde.<sup>300</sup> Für diese Vertriebsform erübrigt sich daher die Diskussion um den Erschöpfungsgrundsatz zumindest für den ersten Erwerbsvorgang via Internet und die erste Weitergabe, da der Erschöpfungsgrundsatz hier gerade nicht eingreift.

293 BGH, Urteil. v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 16.

294 So *Chrocziel*, CR 2000, 738, 740; zu den durch § 69d typischerweise gewährten Nutzungsrechten vgl. *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137, 138 ff.

295 Statt vieler: BGH GRUR 2001, 51 - Parfümflakon; *Schricker*, FS Dietz 2001, S. 447, 450 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn 390, je mwNachw

296 Die OEM-Entscheidung erging noch zu §32 a.F. Dessen Regelungsgehalt findet sich seit dem 01.07.2002 in § 31 I 2 UrhG. Eine inhaltliche Änderung ergibt sich insoweit allerdings nicht.

297 BGH, Urteil. v. 06.07.2000 - I ZR 244/97, BGHZ 145, 7, 12.

298 So *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 335 unter Verweis auf *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 17 Rn. 49; s. auch OLG Düsseldorf, Urteil v. 26.07.1995 - 20 U 65/95, CR 1995, 730 für Beschränkungen bei Shareware-Software, allerdings nicht bezogen auf den Erschöpfungsgrundsatz

299 BGHUrteil v. 17.02.2000 - I ZR 194/97 GRUR 2000, 699 für die Kabelweiterleitung; v. *Ungern-Sternberg* in: *Schricker UrhG* § 15 Rn. 32 ff.; dagegen mit beachtlichen Gründen: *Koehler*, Der Erschöpfungsgrundsatz des Urheberrechts in Online-Bereich, S. 25 f., 177 ff.; *Hoeren* in: *Möhring/Nicolini* § 69c Rn. 16; *Vinck* in: *Fromm/Nordemann UrhG* § 69c Rn. 6; anders auch - aber ohne Berücksichtigung der genannten BGH-Entscheidung und der InfoSoc-Richtlinie *Schiffner*, Open Source Software, S. 135 f.

300 Erwägungsgrund Nr. 25 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167, S. 10 ff.; s. dazu *Spindler*, GRUR 2002, 105, 110; *Hoeren*, MMR 2000, 515, 517.

## (ii) Erschöpfungsgrundsatz und AGB-Inhaltskontrolle

Diese konstruktive Einschränkung des Erschöpfungsgrundsatz steht für die offline-Distribution allerdings noch unter dem Vorbehalt, daß die in der GPL als vorformulierte Klauseln enthaltenen Restriktionen der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB stand halten:

Betroffen sind etwa Fälle, in denen der Nutzer eine Open Source Software von einem Dritten entgeltlich erwirbt – wobei dieser gegen die GPL wegen der Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe der Software selbst verstößt –, dann aber durch die Einschränkungen der GPL sich an deren (entgeltlicher) Weiterveräußerung gehindert sieht.<sup>301</sup> Der Erschöpfungsgrundsatz seinerseits hängt nicht davon ab, ob ein Werkstück entgeltlich oder unentgeltlich erworben wird, sondern greift bei jeder Veräußerung ein.<sup>302</sup> Da im Wege der kundenfeindlichsten Auslegung die GPL so verstanden werden muß, daß auch die Werkstücke mit erschöpften Verbreitungsrecht erfaßt werden sollen, um ein Unterlaufen der GPL zu verhindern, spricht zunächst einiges gegen die Zulässigkeit dieser Klausel.<sup>303</sup> Schützenswerte Interessen der Open Source-Urheber bestünden nach dieser Auffassung nicht, da sich die Problematik durch eine Freigabeklausel für die Fälle der vom Erschöpfungsgrundsatz erfaßten Vervielfältigungsstücke leicht erfassen ließe.<sup>304</sup>

Ein derartiger Konflikt erscheint aber nur möglich, wenn man die Verletzung der in der GPL enthaltene Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe nicht auf das Nutzungsrecht bzw. das Recht zur Weitergabe durchschlagen läßt,<sup>305</sup> wie es gerade hier vertreten wird. Denn in dem Fall, daß der Dritte unter Verstoß gegen die GPL die Open Source Software entgeltlich weiterverbreitet, entfällt sein Nutzungsrecht und damit auch das Recht zur Weiterverbreitung, so daß der Nutzer von dem Dritten keinerlei Nutzungsrechte, die über § 69d UrhG hinausgehen (wenn überhaupt), erwerben kann.<sup>306</sup> Demgemäß kann es auch keinen Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz für Fälle der entgeltlichen Inverkehrgabe von Werkstücken der Software geben, da diese konstruktiv ausgeschlossen sind. Dabei ist die Konstruktion der GPL, daß die Verwertungsrechte nur unmittelbar vom Urheber eingeräumt werden und nicht wie nach § 34 I UrhG durch Weiterübertragung durch den Vor-Nutzer, zulässig, da eine derartige Klausel ein Minus gegenüber dem ebenfalls zulässigen Verbot der Weiterveräußerung von Nutzungsrechten ist.<sup>307</sup>

301 Darauf stellt im wesentlichen *Plaß*, GRUR 2002, 670, 680 ab.

302 BGHGRUR 1995, 673, 675 f. - Mauerbilder; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 17 Rn. 39; *Kroitzsch* in: *Möhring/Nicolini UrhG* § 17 Rn. 41; entscheidend ist, dass sich der Berechtigte der Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke endgültig begibt (*Vinck* in: *Fromm/Nordemann UrhG* § 17 Rn. 9).

303 So *Plaß*, GRUR 2002, 670, 679 f., die die Klausel sowohl als überraschend nach § 305c I BGB (unter Berufung auf OLG Nürnberg, Urteil v. 20.6.1989 - 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634 f.; aA *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs.105, allerdings ohne nähere Diskussion.,

304 So *Plaß*, GRUR 2002, 670, 680 unter Bezugnahme auf OLG Nürnberg, Urteil v.20.06.1989 - 3 U 1342/88, NJW 1989, 2634 f.; OLG Frankfurt/M, Urteil v. 25.06.1996 - 11 U 4/96, NJW-RR 1997, 494.

305 So in der Tat *Plaß*, GRUR 2002, 670, 681, allerdings ohne sich mit der Frage der Bedingung nach § 158 II BGB auseinanderzusetzen.

306 Anders - und konsequent - die Folgerung von *Plaß*, GRUR 2002, 670, 681, die lediglich den Wegfall der Nutzungsrechtsbeschränkungen annimmt.

307 *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 339 unter Berufung auf OLG Frankfurt, Urteil v. 09. 09.1997 - 11 U 6/97, CR 1998, 525, 526; *Loewenheim* in: *Schricker UrhG* § 34 Rn. 10.

### 3. VERÄNDERUNG VON GPL-SOFTWARE

Ein wesentliches Merkmal von Open Source Software ist neben der Offenlegung des Quellcode die Befugnis zur Veränderung der Software und der anschließenden Weiterverbreitung. Dies erlaubt in der Praxis den Anwendern, die Software den eigenen Bedürfnissen anzupassen, aber auch neue Software zu entwickeln. Umso wichtiger ist es, die Auswirkungen der GPL auf derartige Neuentwicklungen zu beleuchten:

#### a) GRUNDSATZ DER GPL: WEITERGABE DER GPL ERFORDERLICH

Nach § 2 b GPL muß der Nutzer Software, die unter Verwendung von Code, der der GPL unterliegt, seinerseits der GPL unterstellen, damit die freie Verfügbarkeit auch bei Derivaten sichergestellt ist. Andererseits verlangt die GPL nicht, daß jegliche Bearbeitung der GPL unterstellt wird; vielmehr stellt sie klar, daß Urheberrechte an Software, die weitgehend ohne Verwendung von GPL-Code geschrieben wurde, nicht tangiert werden sollen. Das entscheidende Problem für die Praxis besteht allerdings darin, zu entscheiden, wann der Beitrag einer GPL-Software zu der neu entwickelten Software derart groß ist, daß die gesamte Software der GPL unterstellt und damit zur Open Source Software werden muß. Zunächst ist jedoch ein Blick auf die firmen- bzw. behördeninterne Entwicklung von Software zu werfen:

#### b) FIRMENINTERNE ENTWICKLUNG VON SOFTWARE AUFGRUND VON GPL

##### (1) Pflicht zur Offenlegung?

Schon allein aufgrund der Tatsache, daß zahlreiche Behörden oder Großunternehmen sich für den Einsatz von Open Source Software und deren Weiterentwicklung im eigenen Unternehmen interessieren, stellt sich die Frage, ob die Pflicht zur Lizenzierung nach § 2 GPL auch für die rein firmen- bzw. behördeninterne Verwendung eingreift. Denn § 2 GPL hält jeden Softwareentwickler bei einer aus dem Open Source Code gewonnenen Software dazu an, diese wiederum der GPL zu unterstellen, sofern die Software verbreitet oder veröffentlicht wird. Wann es sich um eine Veröffentlichung im Sinne der GPL handelt, läßt diese offen<sup>308</sup> – was indes nicht weiter verwundert, da in der Regel das Schutzland nach den Regeln des Internationalen Urheberrechts über die Auslegung dieser für Verwertungsrechte essentiellen Begriffe entscheidet. Die Pflicht zur Offenlegung des firmenintern entwickelten Codes steht und fällt demnach mit der Frage, ab wann auch innerhalb einer Firma oder einer Behörde von einer „Öffentlichkeit“ bei der Verbreitung auszugehen ist.

Maßstab für die Entscheidung ist § 15 III UrhG und die hierzu entwickelte Kasuistik;<sup>309</sup> denn auch die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft sieht explizit davon ab, den Begriff der Öffentlichkeit näher zu regeln, sondern unterstellt diesen vielmehr der Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten.<sup>310</sup> Zieht man daher die im deutschen Recht entwickelte Rechtsprechung zu Rate, ergibt sich ein relativ weiter Begriff der Öffentlichkeit bzw. ein enges Verständnis der Nicht-Öffentlichkeit: Demnach ist eine persönliche Verbundenheit der Teilnehmer erforderlich, die sich nicht allein in der Zugehörigkeit zu einer (großen) Organisation erschöpft, sondern vielmehr das Bewußtsein der persönlichen Verbundenheit hervorrufen muß.<sup>311</sup> So hat die Rechtsprechung die Öffentlichkeit bereits bei größeren Betriebsfeiern bejaht, auch wenn die Beteiligten durch ihre Zugehörigkeit zum Betrieb im Grundsatz jedenfalls miteinander persönlich

308 Ebenso Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 39.

309 Darauf weisen zu Recht Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 39 f.

310 Ausführlicher dazu Spindler, GRUR 2002, 105, 108; Reinbothe, GRUR Int 2001, 733, 736.

311 V. Ungern-Sternberg in: Schrickler UrhG § 15 Rn. 64 f.; Kroitzsch in: Möhring/Nicolini UrhG, § 15 Rn. 30 m.w.N.

verbunden waren.<sup>312</sup> Ob diese Judikatur im Angesicht moderner Entwicklungen noch angemessen ist, erscheint zwar zweifelhaft; so wird zunehmend dafür eingetreten, die Bindung etwa an eine Rechnerarchitektur bzw. ein Netzwerk genügen zu lassen.<sup>313</sup> Dennoch sind die Reihen der Judikatur und der h.M. bislang fest geschlossen:

Versucht man die *Öffentlichkeit negativ abzugrenzen*, so könnten alle Kommunikationsnetze oder Angebote, die nach bestimmten Kriterien Nutzer ausschließen, von § 15 III UrhG ausgenommen werden, etwa unternehmensinterne Netze.<sup>314</sup> Allerdings zeigt allein schon die Zahl der damit ausgenommenen Nutzer für ein Großunternehmen wie Daimler-Chrysler etwa, daß unter Zugrundelegung des deutschen Öffentlichkeitsbegriffs schwerlich noch von einer privaten Wiedergabe gesprochen werden könnte.<sup>315</sup> Denn die Rechtsprechung verlangt neben der Abgrenzung des Personenkreises, die noch durch die Unternehmenszugehörigkeit gewährleistet wäre, zusätzlich die persönliche Verbundenheit der Personen durch gegenseitige Beziehungen oder zum Veranstalter.<sup>316</sup> Auch wenn theoretisch damit die Verbundenheit zum Arbeitgeber noch bejaht werden könnte,<sup>317</sup> lehnt die Rechtsprechung wohl schon kleinere Betriebseinheiten ab,<sup>318</sup> da vor allen Dingen eine enge und persönliche Verbundenheit gefordert wird.<sup>319</sup> Ohne daß eine bestimmte Zahl bestimmt würde, ist damit nicht zu leugnen, daß neben der Abgeschlossenheit des Kreises ein quantitatives Kriterium hinzutritt, daß praktisch die Zugänglichmachung an Personen, die nur durch ein bestimmtes Kriterium definiert sind (alle GRUR-Angehörige etwa), bereits ausschließt.

Wendet man daher den überkommenen Begriff der Öffentlichkeit an, kommt man nicht umhin, bei behörden- oder firmeninternen Softwareentwicklungen und deren Einsatz im Rahmen von Netzwerken ebenfalls eine Pflicht zur öffentlichen Zurverfügungstellung aufgrund der GPL anzunehmen.<sup>320</sup>

##### (2) Konflikt mit Arbeitnehmer-Urheberrecht

Besondere Probleme können aus der Überschneidung der Pflicht zur unentgeltlichen Weitergabe der bearbeiteten Software mit dem Arbeitnehmer-Urheberrecht nach § 69b UrhG entstehen: Denn dem Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer mit der Entwicklung bzw. Weiterbearbeitung einer Software beauftragt, stehen danach sämt-

312 Vgl. BGH, Urteil v. 24.06.1955 - I ZR 178/53, BGHZ 17, 376, 378 f. = NJW 1955, 1356; abl. demgegenüber Kracht, Der Öffentlichkeitsbegriff des § 15 Abs. 2 und 3 UrhG im Kontext neuer Mediendienste, S. 81 unter Hinweis auf BGH, Urteil v. 19.06.1956 - I ZR 104/54, GRUR 1956, 515 - Tanzkurs.

313 So etwa Hoeren, WiVerw 1999, 230, 240, der eine persönliche Verbundenheit bereits durch eine organisatorische EDV-Verbindung annimmt; ebenso Gahrau in: Hoeren/Sieber (Hrsg.) Handbuch Multimedia Recht Kap. 7.1, Rn. 83; ähnlich Flechsig, ZUM 1996, 833, 837, der einzelfallbezogen auf die betriebsbezogene technische Verbundenheit anstelle der persönlichen abstellen will; auf die Überschaubarkeit der Mitarbeiterzahl und deren Fluktuation abstellend Kotthoff, GRUR 1997, 597, 600.

314 Für den Ausschluß von unternehmensweiten Intra-Netzen schon für den früheren Richtlinienvorschlag Hoeren, WiVerw 1999, 230, 243; ebenso sein Schüler Kracht, Der Öffentlichkeitsbegriff des § 15 Abs. 2 und 3 UrhG im Kontext neuer Mediendienste, S. 79 ff.

315 Katzenberger, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, S. 45; Kappes, Rechtsschutz computergestützter Informationssammlungen, S. 106 f.; differenzierend Flechsig, ZUM 1996, 833, 837, der einzelfallbezogen auf die betriebsinterne technische Verbundenheit anstelle der persönlichen abstellen will, ähnlich wohl Hoeren, WiVerw 1999, 230, 240; persönliche Verbundenheit bereits durch eine organisatorische EDV-Verbindung (!); ebenso Gahrau, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.) Handbuch Multimedia Recht Kap. 7.1, Rn. 83; auf die Überschaubarkeit der Mitarbeiterzahl und deren Fluktuation abstellend Kotthoff, GRUR 1997, 597, 600.

316 BGH, Urteil v. 24.6.1955 - I ZR 178/53, BGHZ 17, 376, 379 = GRUR 1955, 549; BGH, Urteil v. 07.10.1960 - I ZR 17/59, GRUR 1961, 97, 99; BGH, Urteil v. 11.07.1996 - I ZR 22/94, GRUR 1996, 875, 876 - Zweibettzimmer im Krankenhaus; BGH Urteil v. 07.06.1984 - I ZR 57/82, GRUR 1984, 734, 735 - Vollzugsanstalten; OLG München, Urteil v. 17.09.1998 - 6 U 304/94, ZUM 1999, 152, 154; wNachw bei v. Ungern-Sternberg in: Schrickler UrhG § 15 Rn. 64 ff.

317 In diesem Sinne Kracht, Der Öffentlichkeitsbegriff des § 15 Abs. 2 und 3 UrhG im Kontext neuer Mediendienste, S. 81 ff.

318 BGH, Urteil v. 24.6.1955 - I ZR 178/53, BGHZ 17, 376, 380 = GRUR 1955, 549 für Betriebsfeiern; s. auch BGH, Urteil v. 12.07.1974 - I ZR 68/73, GRUR 1975, 33 f. für Altersheime.

319 BGH, Urteil v. 12.07.1974 - I ZR 67/73, UFITA 73 (1975), 286, 288; BGH, Urteil v. 28.11.1961 - I ZR 56/60, 36, 171, 177, 181; dazu auch BGH, Urteil v. 11.07.1996 - I ZR 22/94, NJW 1996, 3084, 3085 = GRUR 1996, 875 - Zweibettzimmer in Krankenhäusern; siehe auch Katzenberger, Elektronische Printmedien und Urheberrecht, S. 45, der allein gleichgerichtete berufliche Interessen nicht für eine persönliche Verbundenheit ausreichen läßt.

320 So auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 40.

lichen vermögensrechtliche Befugnisse (Nutzungsrechte) ausschließlich zu<sup>321</sup> – ohne daß das Gesetz den Arbeitgeber damit zum Urheber erklären würde. Demgegenüber verpflichtet die GPL den Urheber (bzw. Bearbeiter der Software) zur unentgeltlichen Einräumung der Nutzungsrechte.

Aus diesem *Dilemma* könnten auf den ersten Blick nur zwei Konstruktionen helfen: Zum einen, daß der Arbeitnehmer selbst kein Urheber ist, sondern die Software nur fremd bearbeitet, also der Arbeitgeber als eigentlicher Adressat der GPL auch als Urheber anzusehen ist. Diese Lösung scheitert aber von vornherein daran,<sup>322</sup> daß § 69b UrhG eindeutig den Arbeitnehmer als Urheber identifiziert, indem gerade die Vermögensrechte dem Arbeitgeber zugewiesen werden, was voraussetzt, daß der Arbeitgeber von vornherein kein Urheber ist.<sup>323</sup> Zum anderen könnte argumentiert werden, daß die Rechteeinräumung an den Arbeitgeber durch § 69b UrhG unentgeltlich erfolgt, sozusagen von Gesetzes wegen die GPL erfüllt wird, indem der Arbeitnehmer seine Verwertungsrechte dem Arbeitgeber kostenlos einräumt, das Arbeitsentgelt nur für eine Dienstleistung und nicht für die Rechteeinräumung gezahlt wird.<sup>324</sup> Aber auch diese Konstruktion scheitert an der Konzeption des § 69b UrhG, der gerade im Lichte der Urhebervertragsrechtsreform die Einräumung der Nutzungsrechte als Regelfall ansieht und über §§ 32, 32a, 43 UrhG dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf angemessene Vergütung einräumt. Eines solchen Anspruchs bedürfte es aber nicht, wenn der Arbeitnehmer von vornherein keine eigenen Verwertungsrechte hätte.<sup>325</sup>

Eine *Lösung* läßt sich nur finden, wenn die GPL ergänzend ausgelegt wird: Da die GPL im wesentlichen auf der Pflicht aufbaut, bei Bearbeitungen und Veränderungen die veränderte Software ihrerseits frei abzugeben und den Sourcecode zu veröffentlichen sowie die GPL wiederum zu vereinbaren, wird deutlich, daß sie im Kern auf die Befugnis zur Weitergabe und Ausgestaltung der Verwertungsrechte abzielt. Zwar spricht die GPL durchgängig nur vom „author“ – und damit vom Urheber – doch hat sie nicht die arbeitsteilige Aufspaltung zwischen Urheber (Arbeitnehmer) und Verwertungsbefugten (Arbeitgeber) vor Augen, sondern beide als Einheit. Bei verständiger Würdigung der Lizenz ist aber Lizenznehmer der GPL nicht der einzelne angestellte Softwareentwickler, sondern sein Arbeitgeber. Die GPL würde in derartigen Fällen gerade in ihr Gegenteil verkehrt, wenn bei einer (aus Sicht von Dritten) zufälligen Aufspaltung von Urheber und Verwertungsbefugten eine Weitergabe der Software unter Einhaltung der GPL nicht möglich wäre. Es kommt mithin darauf an, ob der Verwertungsbefugte die Pflichten aus der GPL einhält – und nicht darauf, ob innerhalb der arbeitsteiligen Organisation die Pflichten der GPL gegenüber dem Verwertungsbefugten beachtet werden. Als „author“ im Sinne der GPL muß in diesen Fällen also die Einheit aus Urheber und Verwertungsbefugten nach § 69b UrhG betrachtet werden. Daß Rechtsunsicherheiten verbleiben, ist allerdings nicht zu verkennen.

Aus der *Urhebervertragsrechtsreform* resultiert ein weiteres Problem, nämlich, daß der Arbeitnehmerurheber aufgrund von § 32a II UrhG auch ex post eine angemessene Beteiligung an der urheberrechtlichen Vergütung beanspruchen kann. Zwar hat der Gesetzgeber die Situation der Open Source Software in § 32 III S. 3 UrhG berücksichtigt, indem es keinen zwingenden Vergütungsanspruch für unentgeltlich abgegebene Soft-

ware gibt; doch setzt diese Klausel eben die unentgeltliche Abgabe voraus, an der es bei der gegen Arbeitsentgelt entwickelten Open Source Software fehlt.<sup>326</sup>

### c) AUFTEILUNG VON EIGENEN UND OSS-BASIERTEN ENTWICKLUNGEN

Ein Kernproblem in der Praxis besteht in der Entscheidung, ab welchem Anteil der Verwendung von Code, der unter die GPL fällt, die gesamte, selbst entwickelte Software der GPL unterstellt werden muß. So wird für Treiber, die auf der Grundlage von Linux entwickelt wurden, kolportiert, daß diese nicht für andere Unternehmen zugänglich waren, also trotzdem sie auf Software basierten, die der GPL unterstanden, zu „proprietärer“ Software wurden.<sup>327</sup>

#### (1) Grundlagen

Der sog. „Viral effect“, der zur Überleitung der GPL auf Programme führt, die auf GPL-geschützten Code beruhen, ist rechtlich in § 2 b) GPL verankert, der bestimmt, daß

„You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change

You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License“.

§ 2 II GPL legt darüberhinaus fest, was unter einem abgeleiteten Werk („derived work“) verstanden werden kann:

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it. Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program. In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.

Nicht unähnlich legt das deutsche Urheberrecht die Grenzen zwischen einer Bearbeitung des Werkes, welcher der Urheber nach §§ 23, 69 c Nr. 2 UrhG zustimmen muss, und der Zusammenfügung bzw. der Verbindung zweier Werke gem. § 9 UrhG fest.<sup>328</sup> Während die zusammengefügte oder verbundenen Werke jedes für sich getrennt nutzbar bleiben, stellen das Originalwerk und dessen Bearbeitung nicht zwei selbständige Werke dar. Die Bearbeitung ist gerade ähnlich der in § 2 II GPL unter die Lizenz ge-

321 Hoeren in: Möhring/Nicolini UrhG § 69b Rn. 15; Loewenheim in: Schricker UrhG § 69b Rn. 11; siehe auch Grützmaker in: Wandtke/Bullinger UrhR § 69b Rn. 19.

322 Zutr. Deike, CR 2003, 9, 17; wohl auch Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 20.

323 Loewenheim in: Schricker UrhG § 69b Rn. 1; Hoeren in: Möhring/Nicolini UrhG § 69b Rn. 1; Nordemann/Vinck in: Fromm/Nordemann UrhG § 69b Rn. 1; Grützmaker in: Wandtke/Bullinger UrhR § 69b Rn. 1;

324 So in der Tat F.A.Koch, CR 2000, 333, 341.

325 Im Ergebnis ebenso Deike, CR 2003, 9, 17.

326 Zutr. Deike, CR 2003, 9, 17.

327 Vgl. FAZ 30. Januar 2002, Nr. 25, S. 19 „Sun hat Zweifel an der Freundschaft zwischen IBM und Linux“, etwa für PS/2 Tastatur-Treiber von IBM basierend auf Linux.

328 Vgl. zur Abgrenzung von Werkverbindung und Bearbeitung im deutschen UrhG Thum, in: Wandtke/Bullinger UrhR § 9 Rn. 11; Loewenheim in: Schricker UrhR § 9 Rn. 6; Ahlberg in: Möhring/Nicolini UrhG § 9 Rn. 4; Nordemann in: Fromm/Nordemann UrhR § 9 Rn. 2.

stellte „work which ist derived from the program“ lediglich eine abhängige Umgestaltung des Ausgangswerkes wohingegen die Eigenart der jeweiligen zusammengeführten Werke nach §§ 23, 69 c Nr. 2 UrhG dem Begriff „identifiable sections of that work which are not derived from the program and which can be reasonably considered independent and separate works in themselves“ in § 2 II GPL nahe kommt, für die der Geltungsbereich der Lizenz ausgeschlossen sein soll.

Nach § 2 II GPL ist aber selbst bei Unabhängigkeit des neuen Werkes die Unterstellung unter die GPL zwingend, wenn das neue Werk zusammen mit der GPL-geschützten Software als Ganzes verbreitet wird – anders als nach deutschem Recht, das nicht nach der Verbreitung differenziert. Auch soll es nach § 2 GPL nicht darauf ankommen, ob das abgeleitete Werk zusammen mit dem GPL-Code auf einem Speichermedium verbreitet wird, so daß auch GPL-Code zusammen mit eigenständiger („proprietärer“) Software verbreitet werden darf, ohne daß deswegen bereits die Software als „Ganzes“ qualifiziert und damit der GPL unterstellt würde.<sup>329</sup>

## (2) Kriterien der Abgrenzung

Entscheidend ist daher, wie die Entwicklung neuer Software abgegrenzt werden kann von einer nur zur Open Source Software komplementären Software. Da es kaum allgemeingültige Kriterien geben dürfte, kann nur auf eine „wertende Gesamtbetrachtung“ insgesamt abgestellt werden.<sup>330</sup> Als Indizien für ein gemeinsames Ganzes aus GPL-Code und neuem Werk können etwa gelten:

- daß der Code nicht ohne den GPL-Code selbständig geladen werden kann, sonst liegt ein selbständiges Werk auch im Sinne der GPL vor.<sup>331</sup> Auf ein gemeinsames Booten wie beim Kernel eines Betriebssystems kann es dagegen nicht ankommen,<sup>332</sup> ebensowenig auf die Abhängigkeit vom Betriebssystem, da sonst sämtliche an sich eigenständigen Programme stets ein Derivat vom Betriebssystem wären.
- daß sowohl der GPL-Code als auch der hinzugefügte Code Teil eines Anwendungsprogramms (.exe bzw. Executable) werden und ob sie in einem Adreßraum ausgeführt werden.<sup>333</sup>

Module,<sup>334</sup> die auch für die Kommunikation zwischen anderen eigenständigen Programmen angewandt werden, sog. Pipes,<sup>335</sup> Sockets<sup>336</sup> oder Kommandozeilenargumente,<sup>337</sup> sind nicht eigenständig, da sie stets auf anderen Programmen aufbauen.

Indes ist die Tragfähigkeit nur technischer Indizien beschränkt: Denn gerade Software läßt sich beliebig umgruppieren und in kleine und kleinste Module (Sub-Routinen) unterteilen, die miteinander vernetzt sind, so daß die Antwort auf die Frage, ob ein einheitliches Programm vorliegt, sinnvollerweise kaum aus der Struktur eines Programmes heraus beantwortet werden kann.<sup>338</sup> Ergänzend muß es daher auf die Verkehrsan-

schauung ankommen, ob die Funktionen eines Programmes vorliegen, wobei komplexere Software wie Betriebssysteme oder Office-Systeme nicht als eine einheitliche Software, sondern nur als Konglomerat verschiedener Anwendungen gelten können.<sup>339</sup> Ein Indiz kann auch sein, ob die typische Struktur eines Programms auch bei Einbindung in ein Gesamtwerk erhalten bleibt.<sup>340</sup>

## (3) Die Verwendung von Software-Libraries (DLL)

Einen wichtigen Sonderfall stellt die Verwendung des Links auf Software-Libraries im Wege des Dynamic Linking dar. In zahlreichen Programmen – in der Windows-Welt fast ausnahmslos – wird während der Ausführung des Programms auf Standard-Routinen bzw. Programme etwa des Betriebssystems zugegriffen, die sich in sog. Software Libraries befinden (DLL). Derartige „Bibliotheken“ stehen gemeinsam den Anwendungsprogrammen zur Verfügung („shared library“), so daß diese von zahlreichen Modulen entlastet werden können. Solche Bibliotheken enthalten demnach in der Regel urheberrechtlich geschützte Programme; sie selbst können dem Schutz der §§ 87a ff. UrhG unterstehen, da erhebliche Investitionen in ihre Zusammenstellung geflossen sind,<sup>341</sup> so daß auch hier die Frage entsteht, wie der Verweis von Anwendungsprogrammen auf GPL-geschützte Bibliotheken sich auswirkt. Im Open Source-Bereich finden sich Bibliotheken, die entweder der GPL<sup>342</sup> oder der Lesser GPL unterstellt sind, einer speziell für diesen Bereich entwickelten Public License.

Die rechtliche Einordnung dieser Verknüpfungen zwischen GPL-Bibliotheken und anderer Software wirft schier unlösbare Probleme auf: Bei einer dynamischen Verlinkung werden die Bibliothek und deren Routinen erst geladen, wenn die fremde Software auf die Bibliothek im Verlauf der Ausführung darauf zurückgreift. Demgemäß würde es an einer gleichzeitigen Ausführung von Anfang an fehlen, so daß der Schluß auf eine Selbständigkeit nahe läge; andererseits wird zu Recht darauf hingewiesen, daß tatsächlich die Verbindung beider Programme beim Nutzer im Rahmen der Ausführung stattfindet und die gemeinsame Ausführung von Programm und Bibliothek unerlässlich für die Funktionsweise der fremden Software ist.<sup>343</sup> Auch von der Verkehrsanschauung her gibt es offenbar keine einheitliche Betrachtung: Wie schon in der proprietären Software-Welt, greifen auch bei Open Source Bibliotheken zahlreiche Anwendungsprogramme auf Module etwa des Betriebssystems zu, ohne daß der Verkehr diese Programme als unselbstständig oder als notwendige Verknüpfung mit dem Betriebssystem im Sinne eines einheitlichen Programms betrachten würde.<sup>344</sup> Eine klare und einheitliche Aussage, unter welchen Umständen daher eine Software, die auf der GPL unterstellte Programmbibliotheken zugreift, selbst von der GPL bei gemeinsamen Vertrieb mit der GPL-Programmbibliothek erfaßt würde, läßt sich nicht geben.<sup>345</sup>

Allerdings bedeutet dies nicht, daß die Software nicht unter einer proprietären Lizenz isoliert vertrieben werden könnte. Denn § 2 der GPL<sup>346</sup> läßt die Trennung der Program-

329 S. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 42.

330 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 42.

331 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 42.

332 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 42.

333 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 42 unter Heranziehung der von der Free Software Foundation vorgeschlagenen Kriterien, unter <http://www.fsf.org/copyleft/gpl-faq.html>.

334 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 43.

335 Darunter sind Einträge in einem Dateisystem zu verstehen, in die ein anderes Programm Daten hineinschreiben kann, die wiederum von einem anderen Programm geöffnet und ausgelesen werden können, <http://www.jpsoft.com/gloss.htm#P>; technische Einzelheiten unter [http://search.solaris.techtarget.com/sDefinition/0,,sid2\\_gci212791,00.html](http://search.solaris.techtarget.com/sDefinition/0,,sid2_gci212791,00.html).

336 Als Sockets werden Adressen zu einem Port-Identifizier, der I/O realisiert, verstanden. Ein bekanntes Socket wird im Rahmen der Client-Server-Architektur verwandt.

337 Ein Programm startet von seiner Kommandozeile ein anderes Programm, gibt aber bereits bestimmte Parameter vor, die das andere Programm für eine bestimmte Anwendung konfigurieren. Weiter bekannt dürfte dies noch aus der DOS-Welt sein, etwa die DOS-Sequenz „DIR /P /B“, bestehend aus dem Befehl „DIR“ mit den Argumenten „/P“ und „/B“.

338 Dies räumen auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 43 ein.

339 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 43.

340 Vgl. *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 69a Rn 21

341 Vgl. *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 275 für die Lesser GPL.

342 Dazu zählen die GNet (network library), die PING Utility Library, die GNU ccAudio library, die GNU Scientific Library sowie die GNU cgicc library, s. dazu die umfangreiche Liste unter <http://www.gnu.org/directory/GNU/> sowie *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 44.

343 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 44; s. auch *Wuermeling/Deike*, CR 2003, 87, 89 f.

344 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 45.

345 Ebenso die Einschätzung von *Wuermeling/Deike*, CR 2003, 87, 90.

346 § 2 GPL „If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.“

me zu, solange nicht gleichzeitig die Open Source Software mit veräußert wird.<sup>347</sup> Die GPL verhindert damit nur, daß Open Source Software und zugreifendes Programm gemeinsam unter eine „proprietäre“ Lizenz gestellt werden; in diesem Fall erfaßt die GPL – bei fehlender Selbständigkeit – das gesamte Programmpaket.

#### (4) Veränderungen durch GPL-Compiler, -Editoren und DIF-Programme

Besondere Fragen stellen sich beim Einsatz von Compilern oder Editoren, die ihrerseits unter die GPL gestellt worden sind. Üblicherweise übersetzt ein Compiler einen Quellcode in den Maschinencode (Objektcode). Anders als eine Übersetzung eines Sprachwerkes in eine andere Sprache, die auch eine eigene geistige Schöpfung nach § 23 UrhG enthält, indem die stilistischen Mittel umgewandelt werden müssen<sup>348</sup>, besteht die Leistung des Compilers nur in einer mechanischen Umwandlung, die in der Regel nicht zu einem Urheberrechtsschutz am Objektcode führt. Auch die GPL selbst will diese Fälle nicht der GPL unterstellen, indem § 0 II S. 2 GPL festhält, daß der Output des Programms nicht der GPL unterliegt, wenn der Inhalt nur ein auf dem Programm basierendes Werk darstellt. Allerdings ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß diese Regel nur dann eingreift, wenn der Compiler nicht Teile seines eigenen Quellcodes in den Objektcode überträgt, wie es beim Programm Bison als sog. Compiler-Compiler (Parser) bekannt wurde. In diesen Fällen käme tatsächlich die Pflicht zur Unterstellung des Objektcodes unter die GPL in Betracht.<sup>349</sup>

Die gleichen Grundsätze finden Anwendung auf der GPL unterstehenden *Editoren*, die bei der Erstellung von Softwaretools hilfreich sein. Deren Einsatz führt in der Regel nicht zur Unterstellung der erstellten Software unter die GPL, da kein eigenständiger GPL-Code in die Software eingeführt wird und der Editor nur Hilfsfunktionen übernimmt.<sup>350</sup>

Vergleichbare Grundsätze gelten auch für sog. *DIF-Programme*.<sup>351</sup> Diese unterstehen selbst nicht der GPL, auch wenn sie sich auf GPL-Programme beziehen. Denn sie führen nur zur Veränderung dieser Programme, indem sie ein neues Programm aufgrund der in ihnen enthaltenen Befehle zum Austausch von Kommandos oder Programmbefehlen im Ursprungsprogramm mit Bestandteilen aus dem DIF-Programm erzeugen. Da indes das neue Programm unter Verwendung des GPL-Codes hergestellt wurde, untersteht dieses neue Programm eindeutig der GPL.<sup>352</sup> Eine besondere Lizenz für die Nutzung des so erstellten Programms bedarf es nicht, da die GPL die Veränderung der Software und Benutzung zuläßt und nur die weitere Verbreitung unter bestimmte Kautelen stellt. Das DIF-Programm selbst ist – ähnlich den Programmen, die auf Bibliotheken (DLL) zugreifen – dagegen nicht der GPL unterworfen, sondern nur wenn es zusammen mit Software, die der GPL untersteht, vertrieben wird.<sup>353</sup>

347 Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 45.

348 Bearbeitungen setzen hierbei einen Gestaltungsspielraum voraus, weswegen routinemäßige Umgestaltungen, etwa die Übersetzung einer Speisekarte, keinen Urheberrechtsschutz begründet. Die Untergrenze ist insoweit durch das rein Handwerkliche bestimmt. Bei Übersetzungen durch Übersetzungscomputer fehlt es grundsätzlich bereits an der persönlichen Schöpfung, vgl. *Loewenheim* in: Schrickler UrhG § 2 Rn. 12; auf die Richtigkeit und die Qualität der Übersetzung kommt es bei der Bestimmung der Bearbeitereigenschaft des Übersetzers jedoch nicht an, vgl. BGH, Urteil v. 05.07.1967 - Ib ZR 113/65, GRUR 1968, 152, 153 - Angélique I; siehe zum Ganzen OLG Zweibrücken, Urteil v. 21.02.1997 - 2 U 30/96, GRUR 1997, 363 - Jüdische Friedhöfe; BGH, Urteil v. 15.09.1999 - I ZR 57/97, NJW 2000, 140, 141; *Loewenheim* in: Schrickler UrhG § 3 Rn. 21; *Nordemann/Vinck* in: Fromm/Nordemann UrhG § 3 Rn. 5; *Ahlberg* in: Möhring/Nicolini UrhG § 3 Rn. 12; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 238.

349 So Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 46 unter Hinweis auf die inzwischen vorgenommenen Modifikationen bei der Bison-Lizenz, [http://www.gnu.org/manual/bison/html\\_mono/bison.html](http://www.gnu.org/manual/bison/html_mono/bison.html), <http://www.fsf.org/copyleft/gpl-faq.html>; s. auch *Wuermeling/Deike*, CR 2003, 87, 88 f.

350 So auch die Einschätzung der FSF, <http://www.fsf.org/copyleft/gpl-faq.html>; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 46.

351 Der Ausdruck DIF-Programme oder kurz „dif“ kommt von „different“ und umschreibt die Funktionsweise solcher Programme: sie enthalten keinen selbständigen Code sondern nur Anweisungen, wie ein anderes Programm zu modifizieren ist.

352 Zutr. Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 46 f.

353 So Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 47.

#### (5) Treiberprogramme

Schließlich kann auch für Treiber, die mit Betriebssystemen zusammenarbeiten, danach gefragt werden, inwiefern sie proprietäre Software darstellen. Denn ein Treiber ist oftmals zwar ein eigenständiges Programm, muß jedoch notgedrungen auf das Betriebssystem und seine Softwarearchitektur zurückgreifen. Dennoch dürfte die Verkehrsauffassung Treibersoftware als eigenständig ansehen und nicht als Teil einer übergreifenden Betriebssystemsoftware, was sich nicht zuletzt in den – im proprietären Sektor – unterschiedlichen Vertriebskanälen für Treiber- und Betriebssystemsoftware niederschlägt.

#### d) TRANSPARENZGEBOT UND GPL

Hält man sich die beschriebenen Probleme der Abgrenzung von entwickelter Software, die durch die GPL erfaßt wird, und proprietärer Software vor Augen, die aus den Formulierungen der GPL resultieren, liegt die Frage auf der Hand, ob die GPL als AGB in diesem Rahmen dem Transparenzgebot standhält, das auch für den unternehmerischen Rechtsverkehr und selbst im Rahmen von Leistungsbeschreibungen eingreift. Grundsätzlich ist eine ABG-Klausel, aus der der Kunde nur bedingt seine Rechte erkennen kann, intransparent.<sup>354</sup> Das muß aber auch für Lizenzverträge Geltung beanspruchen: Kann der Kunde nicht klar erkennen, welchen Umfang eine Rechteeräumung enthält und welche Pflichten ihm für seine eigenen Produkte auferlegt werden, fällt eine solche Klausel dem Verdikt des Verstoßes gegen das Transparenzgebots anheim. Genau daran scheint aber die GPL zu scheitern, da die Abgrenzung kaum durchführbar und für den Kunden nicht erkennbar, vielmehr mit erheblichen Risiken hinsichtlich seiner eigenen Arbeitsprodukte bzw. Softwareentwicklung verbunden ist.<sup>355</sup>

#### e) TECHNISCHE KOPIERSCHUTZSYSTEME UND OSS

In einem weiteren Punkt kann Open Source Software in Konflikt mit dem Urheberrecht geraten: Denn die inzwischen von der InfoSoc-Richtlinie explizit geschützten technischen Maßnahmen gegen unbefugtes Kopieren<sup>356</sup> verhindern tendenziell auch das Aufsetzen von Open Source Software auf Verschlüsselungstechniken. So ist der Fall<sup>357</sup> des DeCSS-Programms bekannt geworden, das entwickelt wurde, um DVD-Filme auch auf dem Linux-System lesbar zu machen, was allerdings implizierte, die Verschlüsselung CSS aufzubrechen.<sup>358</sup> Zwar wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie mit dem dort geregelten Schutz nicht so weit gehen könne, daß auch derartige Schutzsysteme, die die Interoperabilität von Systemen gefährden, davon erfaßt sein könnten.<sup>359</sup> Doch erscheint dies vor dem Hintergrund der weit gefaßten Definitionen in Art. 6 der InfoSoc-Richtlinie zweifelhaft, zumal die Verschlüsselungstechnik dazu führt, daß nur über lizenzierte DVD-Player die Filme abgespielt werden können. Letztlich handelt es sich um eine kartell- und nicht urheberrechtliche Frage, weil zwei

354 BGH, Urteil v. 12.06.2001 - XI ZR 274/00, CR 2001, 596 - Telefonkarten; BGH, Urteil v. 19.10.1999 - XI ZR 8/99, NJW 2000, 651; grundlegend BGH, Urteil v. 24.11.1988 - III ZR 188/87, BGHZ 106, 42, 49; BGH, Urteil v. 10.07.1990 - XI ZR 275/89, BGHZ 112, 115, 116 f.; BGH, Urteil v. 15.10.1991 - XI ZR 192/90, BGHZ 116, 1, 2; BGH, Urteil v. 04.02.1997 - XI ZR 149/96, ZIP 1997, 496, 497; BGH, Urteil v. 12.10.1995 - I ZR 172/93, NJW 1996, 1407, 1408; BGH, Urteil v. 25.01.1996 - VII ZR 233/94, BGHZ 131, 392, 396; BGH, Beschluß v. 26.10.1994 - VIII ARZ 3/94, BGHZ 127, 245, 253 f.; BGH, Urteil v. 17.01.1989 - XI ZR 54/88, NJW 1989, 582 f.; dazu aus dem neueren (wenn auch krit.) Schrifttum *Staudinger*, WM 1999, 1546 ff.; *Fahr*, Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG - zur Abgrenzung kontrollfreier Preis- und Leistungsbestimmungen, 1999.

355 Darauf – allerdings ohne Bezug zur AGB-Inhaltskontrolle – weisen auch *Wuermeling/Deike*, CR 2003, 87, 89 hin.

356 S. dazu *Möschel/Bechtold*, MMR 1998, 571, 572 ff.; *Bechtold*, GRUR 1998, 18, 19 ff.; *Bechtold* in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Kap 7.11, Rn. 1 ff.; *Wand*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht; *Wand*, GRUR Int. 1996, 897, 898 ff.; *Koelman/Helberger* in: Hugenholz (ed.), Copyright and Electronic Commerce, . 165 ff.

357 Entscheidung des U.S. District Court for the Southern District of New York, online abrufbar unter <http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/Pdf/D02NYSC/00-01149.PDF> (Abruf November 2002).

358 Dazu *Metzger*, CR 2000, 263 f.

359 So wohl *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 102 f., die allerdings auch rechtspolitisch argumentieren.

Produkte miteinander gekoppelt werden, der Verkauf des DVD-Spielers mit einer (generellen) Lizenz zum Abspielen von Filmen. Auf dieser Ebene sind Zweifel nicht unberechtigt; sie können jedoch nicht dazu herangezogen werden, um urheberrechtlich an dem Schutz der technischen Maßnahmen zu rütteln, wie er von Art. 6 InfoSoc-Richtlinie vorgegeben ist.

#### f) EMBEDDED SOFTWARE SOWIE VERKAUF VON HARDWARE MIT OPEN SOURCE SOFTWARE

Nach § 1 GPL darf Open Source Software auf „any medium“ unverändert kopiert und verbreitet werden. Daher ist auch die Verwendung der Open Source Software unter GPL im Rahmen von embedded systems oder im Rahmen des Verkaufs von Hardware möglich.<sup>360</sup> In diesen Fällen muß der Veräußerer neben den in §§ 1 und 2 der GPL erwähnten Bedingungen die in § 3 GPL besonders statuierten Pflichten beachten,<sup>361</sup> indem er entweder dem Erwerber den maschinenlesbaren Quelltext oder ein schriftliches, drei Jahre lang bindendes Angebot zur Aushändigung des Quelltextes zu überreichen hat. Gegen diese Pflichten bestehen keine Bedenken, da der Erwerber eine Erweiterung seiner urheberrechtlichen Befugnisse erhält. Da zudem die Software von der Hardware weitestgehend getrennt werden kann, stellen sich keine anderen als die zuvor diskutierten Probleme bei der Veränderung von Software.

#### 4. WERKE, DIE MIT DER GPL ERSTELLT WERDEN

Ein weiteres Problem resultiert aus der weiten Formulierung des § 0 I S. 1 GPL, der vom Wortlaut her in Verbindung mit § 0 II S. 2 GPL<sup>362</sup> jedes Werk erfaßt, daß mit einem Programm erstellt wurde, das der GPL unterfällt.<sup>363</sup> Daraus könnte man die Folgerung ableiten, daß jedes Textdokument oder jedes andere Werk, das mit einem GPL-Programm erzeugt wird, ebenfalls vom Viral-Effekt der GPL erfaßt würde; die Konsequenzen wären für die Nutzer unabsehbar, da zahlreiche Dokumente oder Arbeitserzeugnisse gemeinfrei wären und jedermann zugänglich gemacht werden müßten.<sup>364</sup> Richtig ist zwar, daß die GPL sich im Grundsatz nicht auf Computerprogramme als Werk beschränkt; doch zielt § 0 II S. 2 GPL eindeutig auf Umgehungen der GPL ab, indem Derivate, die aus einer GPL-Software erzeugt worden sind, auch von der GPL erfaßt werden sollen. Werke, die zwar auf dem Programm basieren, nicht aber seine Werkkategorie teilen, sind eben nicht aus dieser Werkart abgeleitet und damit nicht von der GPL erfaßt. Zwar ist es richtig, daß anders als nach § 3 UrhG, der verlangt, daß das Werk wesentliche Züge des Originalwerks übernimmt,<sup>365</sup> die GPL bereits ausreichen läßt, daß jede veränderte oder unveränderte Form des Programms im Arbeitsergebnis enthalten ist,<sup>366</sup> dazu führt, daß die GPL das Werk erfaßt;<sup>367</sup> doch steht auch

<sup>360</sup> Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 34 f.

<sup>361</sup> „3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,  
b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,  
c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection b above.)”

<sup>362</sup> The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program).

<sup>363</sup> § 0 Abs. 1 GPL: „This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License”.

<sup>364</sup> Darauf weisen zu Recht Wuermeling/Deike, CR 2003, 87, 88 hin.

<sup>365</sup> Vgl. Loewenheim in: Schriker UrhG § 3 Rn. 5; dahingehend Ahlberg in: Möhring/Nicolini UrhG § 3 Rn. 4; vgl. auch BGH, Urteil v.29.04.1999 - I ZR 65/96, BGHZ 141, 267, 282 - Laras Tochter.

<sup>366</sup> § 0 I S. 2 GPL: „that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language”.

<sup>367</sup> So Wuermeling/Deike, CR 2003, 87, 88.

hinter dieser Formulierung klar der Umgehungsgedanke, so daß die im Rahmen von § 3 UrhG entwickelten schärferen Kriterien zur Auslegung herangezogen werden können. Andernfalls müßte eine solche Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB anheimfallen, da sie eine wesentliche Abweichung vom gesetzlichen Leitbild enthält – auch im unternehmerischen Rechtsverkehr – und zudem überraschend sein dürfte.<sup>368</sup> Berücksichtigt man schließlich, daß die GPL als AGB zu Lasten des Verwenders ausgelegt werden muß bzw. bei der Inhaltskontrolle kundenfeindlich, gelangt man zur Unzulässigkeit dieser weiten Fassung.<sup>369</sup>

#### 5. FAZIT

Zieht man das Resümé aus den geschilderten urheberrechtlichen Problemen, so beginnen die Probleme bereits bei der klaren Feststellung der Urheberschaft eines der GPL unterstehenden Werkes, damit aber auch der unklaren Ableitung der Rechte. Sie setzen sich fort bei der Frage der wirksamen Vereinbarung der GPL als Lizenzvertrag, der jedenfalls gegenüber Verbrauchern als Endkunden scheitert. Aber auch der Umfang der von der GPL eingeräumten Rechte ist geringer als neuere Lizenzen im proprietären Bereich, da die GPL weder das Recht auf Zugänglichmachung – und damit der ganze Internet-Vertrieb – noch das Vermietrecht vorsieht – und damit das Application Service Providing unmöglich macht. Schließlich stößt die Verwendung der GPL auf erhebliche Probleme bei der Schaffung neuer Software, die auf Open Source Software aufbaut; denn die Reichweite der GPL ist in diesen Fällen höchst unklar, so daß auch der Vertrieb von proprietärer Software in Verbindung mit Open Source Software mit erheblichen Risiken behaftet ist. Im Falle der Entwicklung von Software durch Arbeitnehmer erhält der Arbeitgeber keinerlei Verwertungsrechte, so daß die gesamte industrielle Herstellung von Open Source Software mit großer Rechtsunsicherheit behaftet ist.

### III. DIE DURCHSETZUNG DER GPL

Natürlich stehen dem Urheber und damit auch den Open Source-Entwicklern<sup>370</sup> die Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und auf Schadensersatz nach § 97 UrhG zu.<sup>371</sup> Für den Beseitigungsanspruch greift allein die Besonderheit ein, daß der Verletzer nicht nach § 101 UrhG die Beseitigung mit der Zahlung einer Entschädigung in Geld abwenden kann, da es gerade um die unentgeltliche Verbreitung der Software geht.<sup>372</sup> Problematisch ist allerdings die bereits besprochene Aktivlegitimation (Rn. 43 ff.), so daß in der Praxis das Risiko für einen Verletzer der GPL im Hinblick auf Ansprüche der Urheber der Open Source nicht als besonders hoch einzustufen ist, erst recht nicht, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – Unterlassungsansprüche ebenfalls nur unter den Bedingungen des § 8 II UrhG zulassen möchte, da in diesem Fall sämtliche Urheber klagen müßten.

Für den Schadensersatzanspruch ist zwar ein Verschulden erforderlich, doch kann der Verletzer in der Regel nicht ins Feld führen, daß er sich über den Umfang des Urheberrechts geirrt habe, insbesondere, ob es sich um ein der GPL zu unterstellendes Derivat handelt, da er verpflichtet ist, sich über seine Berechtigung ausreichend zu informieren.<sup>373</sup> Spätestens aber nach einer Abmahnung wird der Verletzer bösgläubig. In der Re-

<sup>368</sup> Dies deuten auch Wuermeling/Deike, CR 2003, 87, 88 wohl an, wenn sie darauf hinweisen, daß ein solches Verständnis „überraschend“ sei.

<sup>369</sup> Wuermeling/Deike, CR 2003, 87, 88 ziehen diese Konsequenz eigenartigerweise nicht.

<sup>370</sup> Zur Bestimmung des Urhebers s. Rn. 34 ff.

<sup>371</sup> zu einer Klage wegen Verletzung der GPL in den USA vgl. MySQL vs. Nusphere, <http://www.mysql.com/news/article-75.html>, <http://slashdot.org/article.pl?sid=01/07/12/1453210>.

<sup>372</sup> Zutr. Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 83; s. auch Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 157.

gel wird bei Open Source Software als Rechtsfolge nur die Herausgabe des Gewinns des Verletzers in Betracht kommen, da ein konkreter Schaden im Sinne entgangenen Gewinns oder eine Lizenzanalogie<sup>374</sup> aufgrund der expliziten Politik der GPL nicht begründet werden kann.

Wesentlich bedeutsamer wäre für einen Verletzer der GPL das Risiko, von *Wettbewerbern auf Unterlassung und Schadensersatz* in Haftung genommen zu werden, etwa indem Hersteller proprietärer Software einen Konkurrenten in Anspruch nehmen, der zwar Open Source Software benutzt, die auf dieser Basis entwickelte und vertriebene Software aber nicht unter die GPL stellt und damit diese verletzt. In Betracht käme hier nur ein Anspruch aus § 1 UWG, insbesondere wegen eines Vorsprungs im Wettbewerb durch Vertragsbruchs. Eine erforderliche Wettbewerbshandlung kann zunächst kaum abgelehnt werden, da hierfür jedes Verhalten genügt, dass äußerlich geeignet ist, den Absatz oder Bezug einer Person zum Nachteil einer anderen Person zu fördern.<sup>375</sup> Der erforderliche Nachteil ist dabei nicht nur im Verhältnis zu den Urhebern der Open Source Software zu suchen, sondern vor allem zu den Entwicklern proprietärer Software, die sich unentgeltlich zur Verfügung stehende Software nicht zu nutzen machen können, sondern diese – um die Vorteile der proprietären Software ausüben zu können, insbesondere die Geheimhaltung des Quellcode – selbst entwickeln oder einkaufen müssen. Auch zu diesen und nicht nur zwischen Open Source-Distributoren und -Entwicklern untereinander, die ihre Software auf demselben Markt vertreiben, besteht ein Wettbewerbsverhältnis, da es nur auf die potentielle Substituierbarkeit der Produkte aus Sicht des Nachfragers ankommt.<sup>376</sup> An dieser Stelle scheiden indes bereits die Verstöße aus, die nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgen und dementsprechend rein privater Natur sind,<sup>377</sup> mithin solche, die durch Nutzer erfolgen, die die Open Source Software in keiner Weise wirtschaftlich nutzen wollen.

Die Sittenwidrigkeit des Verstoßes gegen die GPL folgt nicht allein schon dem Vertragsbruch. Sie ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn sie einem Wettbewerbszweck dient und besondere unlauterkeitsbegründende Umstände hinzutreten, die den Verstoß nicht mehr als eine reine Vertragsverletzung erscheinen lassen.<sup>378</sup> Dabei ist zunächst unproblematisch, dass derjenige, der Open Source Software entgegen der GPL vertreibt, andere von seiner Weiterentwicklung ausschließt und damit sein vertragswidriges Verhalten als Mittel des eigenen Wettbewerbs einsetzt. Andernfalls würde ohnehin wohl schon die Wettbewerbshandlung ausscheiden. Letzlich entscheidend ist aber nicht der bloße Vertragsbruch als solcher, sondern das Ausmaß seiner Sittenwidrigkeit. In diesem Zusammenhang bemerkenswert ist die Umorientierung in der Rechtsprechung hinsichtlich der Unlauterkeit des Rechtsbruchs, wie sie in den letzten Jahren

stattgefunden hat und innerhalb derer maßgebliche Einschränkungen zu konstatieren sind.<sup>379</sup> Der Verletzung wertbezogener Normen, aus der schon fast per se die Unlauterkeit gefolgert worden war,<sup>380</sup> wurde eine umfassende Sittenwidrigkeitsprüfung an die Seite gestellt, welche gerade beim Verstoß gegen solche Normen zur Ablehnung von UWG-Ansprüchen führen kann, deren Wert- und Wettbewerbsbezug ohnehin eher zweifelhaft scheinen.<sup>381</sup> Im Rahmen dieser Beurteilung kommt es dann maßgeblich darauf an, ob der Verletzer bewußt und planmäßig handelte, auf den Maßstab der Unlauterkeit des Vorsprungs im Wettbewerb, die wettbewerbsrechtliche Motivation und der Einhaltung gewisser Regeln, die den Rechtsbruch trotz Gesetzesverstoß nicht unlauter erscheinen lassen.<sup>382</sup> Diese Regeln finden auch im Bereich der nichtwertbezogenen Normen Gültigkeit<sup>383</sup> und insbesondere auch bei den im Open Source Bereich allein relevanten Vertragsverstößen. Dabei wurde die Unlauterkeit des Vorsprungs im Wettbewerb durch Vertragsbruch bislang vor allem durch die Fallgestaltung Abwerben von Mitarbeitern<sup>384</sup> und der Missachtung vertraglicher Bindungssysteme durch Außenseiter<sup>385</sup> näher konkretisiert, wobei insbesondere die Kasuistik zum wettbewerbsrechtlichen Schutz von Vertriebsbindungen für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von GPL-Verstößen hilfreich ist. Denn durch die Auflage, Software nur auf bestimmten Vertriebskanälen oder generell kostenlos zur Verfügung zu stellen, werden die Mitarbeiter der Software durchaus in ihren Vertriebsmöglichkeiten gebunden. Voraussetzung für den wettbewerbsrechtlichen Schutz von Vertriebsbindungen ist, dass sie rechtlich nicht zu missbilligen und dazu theoretisch und praktisch lückenlos sind.<sup>386</sup> Mit dem Merkmal der rechtlichen Missbilligung ist dabei im wesentlichen die Missbrauchsaufsicht des Kartellrechts angesprochen.<sup>387</sup> Gedankliche und praktische Lückenlosigkeit<sup>388</sup> sollen demgegenüber gewährleisten, dass die Ware auch tatsächlich nur in dem betreffenden Vertriebssystem erhältlich ist. Unabhängig von Tendenzen in der Rechtsprechung, die praktische Lückenlosigkeit lauterkeitsrechtlich aufzugeben,<sup>389</sup> kommt es auf die Lückenlosigkeit jedenfalls nicht in dem für die Open Source Software interessanten Fall des sog. Schleichbezuges an.<sup>390</sup> Erschleicht sich ein Außenseiter vertriebsgebundene Ware durch unwahre Angaben oder durch Tarnung von einem gebundenen Händler, handelt er unabhängig von der praktischen Lückenlosigkeit des Systems daher wettbewerbswidrig. Dass praktisch nicht gewährleistet ist, dass sich sämtliche Entwickler im Open Source Bereich an die GPL halten, schadet dabei für die Wirksamkeit des Vertriebssystems nicht. Ein solcher Schleichbezug kann bei der Nutzung von Open Source Software stets dann angenommen werden, wenn der Bezieher der Software diese zur Weiterentwicklung nutzt und dann entgegen der GPL kommerziell vertreibt. Denn dieser Nutzer

373 Der Nutzer trägt das Risiko des Rechtsirrtums, vgl. BGH, Urteil v. 23.05.1975 - I ZR 22/74, GRUR 1975, 667, 669 - Reichswehrprozess und BGH, Urteil v. 18.04.1974 - KZR 6/73, NJW 1974, 1903 f., was insbesondere dann gilt, wenn das Bestehen einer Schutzrechtslücke in Fachkreisen streitig ist, vgl. BGH, Urteil v. 18.12.1997 - I ZR 79/95, GRUR 1998, 568, 569 - Beatles-Doppel-CD, vgl. aber auch BGH, Urteil v. 18.05.1955 - I ZR 8/54, BGHZ 17, 266, 295 - Grundig-Reporter; BGH, Urteil v. 24.06.1955 - I ZR 88/54, BGHZ 18, 44, 57 f. - Fotokopie, nach welchen etwas anderes gelten kann, wenn rechtliches Neuland betreten wird; vgl. zum Ganzen auch *Wild* in: Schrickler UrhG § 97 Rn. 51 ff.

374 Mit der Ausnahme des „Dual Licensing“, s. dazu *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 85.

375 BGH, Urteil v. 26.10.1951 - I ZR 8/51, BGHZ 3, 270, 277 - Constanze I; BGH, Urteil v. 06.07.1954 - I ZR 38/53, BGHZ 14, 163, 170 f. - Constanze II; BGH, Urteil v. 28.11.1996 - I ZR 184/94, GRUR 1997, 473, 474 - Versierter Ansprechpartner; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht Einl. UWG Rn. 215.

376 BGH, Urteil v. 12.01.1972 - I ZR 60/70, GRUR 1972, 553 f. - Statt Blumen ONKO-Kaffee; BGH, Urteil v. 17.01.2002 - I ZR 215/99, WRP 2002, 973, 975 - Lottoschein; *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht Einl. UWG Rn. 229a; *Piper* in Köhler/Piper UWG Einf. Rn. 237.

377 Zur Abgrenzung des geschäftlichen vom privaten Verkehr vgl. *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht Einl. UWG Rn. 208 ff.

378 BGH, Urteil v. 21.04.1983 - I ZR 30/81, GRUR 1983, 451 f. - Ausschank unter Eichstrich; BGH, Urteil v. 07.05.1986 - I ZR 95/84, GRUR 1986, 816, 819 - Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf; BGH, Urteil v. 14.04.1994 - I ZR 123/92 - Ziegelvorhangfassade; BGH, Urteil v. 11.12.1999 - I ZR 130/96, WRP 2000, 734, 737 - Außenseiteranspruch II; *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht 22. Aufl. 2001 § 1 UWG Rn. 695.

379 Vgl. BGH, Urteil v. 17.07.1997 - I ZR 58/95, GRUR 1998, 407, 411 - TIAPRIDAL; BGH, Urteil v. 03.12.1998 - I ZR 119/96, GRUR 1999, 1128 ff. - Hormonpräparate; BGH, Urteil v. 06.10.1999 - I ZR 46/97, GRUR 2000, 237, 238 - Giftnotrufbox.; BGH, Urteil v. 11.05.2000 - I ZR 28/98, WRP 2000, 1116, 1119 ff. - Abgasemissionen.

380 Etwa BGH, Urteil v. 03.07.1981 - I ZR 127/99, GRUR 1981, 831, 832 - Grippewerbung; BGH, Urteil v. 29.05.1991 - I ZR 284/89, GRUR 1991, 860 - Katowitz; BGH, Urteil v. 02.05.1996 - I ZR 99/94, GRUR 1996, 806, 807; s. auch *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht § 1 Rn. 613 ff. mwNachw.

381 BGH, Urteil v. 11.05.2000 - I ZR 28/98, WRP 2000, 1116, 1119 ff. - Abgasemissionen; *Teplitzky* in Großkomm/UWG § 1 G 275.

382 Im Einzelnen *Teplitzky* in Großkomm/UWG § 1 G 277 ff.; vgl. auch BGH, Urteil v. 11.05.2000 - I ZR 28/98, WRP 2000, 1116, 1119 ff. - Abgasemissionen

383 *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rn. 694 f.

384 *Piper* in Köhler/Piper UWG § 1 Rn. 893, 906 ff.

385 *Piper* in Köhler/Piper UWG § 1 Rn. 917 ff.

386 Zum Erfordernis der gedanklichen und praktischen Lückenlosigkeit solcher Vertriebssysteme vgl. *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rn. 812 ff.

387 Zur kartellrechtlichen Wirksamkeit von Vertriebsbindungen *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rn. 792 ff.

388 Die aber die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit der Bindungen durch die GPL voraussetzt.

389 Vgl. etwa BGH, Urteil v. 15.07.1999 - I ZR 130/96, GRUR 1999, 1113, 1115 - Außenseiteranspruch I; BGH, Urteil v. 01.12.1999 - I ZR 130/96, WRP 2000, 734, 735 - Außenseiteranspruch II; BGH, Urteil v. 05.10.2000 - I ZR 1/98, GRUR 2001, 448, 449 - Kontrollnummernbeseitigung II.

390 BGH, Urteil v. 14.06.1963 - KZR 5/62, GRUR 1964, 154, 157 - Trockenrasierer II; BGH, Urteil v. 05.12.1991 - I ZR 63/90, GRUR 1992, 171, 173 - Vorgetäuschter Vermittlungsauftrag; BGH, Urteil v. 30.06.1994 - I ZR 56/92, GRUR 1994, 827, 828 - Tageszulassungen; BGH, Urteil v. 15.07.1999 - I ZR 130/96, GRUR 1999, 1113, 1114 - Außenseiteranspruch; *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht § 1 UWG Rn. 804.

erschleicht sich die Software von seinem unmittelbaren und an die GPL gebundenen Vertragspartner, obwohl dieser besonderen vertraglichen Verpflichtungen bei der Weitergabe im Sinne einer gedanklichen Lückenlosigkeit unterliegt. Dadurch ist letztlich das gesamte System der Open Source Software, soweit man es als Vertriebssystem begreifen möchte, mit dem Sinn und Zweck der Software-Weiterentwicklung innerhalb dieses System vom Grunde auf in Frage gestellt. Allerdings könnte im Hinblick auf die Anbieter proprietärer Software das Wettbewerbsverhältnis fraglich sein, da diese durch die Verletzungshandlung eher Vorteile haben könnten als Nachteile. Soweit Open Source Software durch den Verletzer entgegen der GPL kommerziell vertrieben wird, wäre dies für die Konkurrenten aus dem Bereich der proprietären Software nicht unbedingt ein Nachteil gegenüber der unentgeltlichen Inverkehrgabe. Aber auch die Nichtzurverfügungstellung der weiterentwickelten Open Source Software benachteiligt nicht die Anbieter proprietärer Software. Diesen gereicht es vielmehr zum Vorteil, dass Open Source Software dann nicht weiterentwickelt werden kann und etwa die Konkurrenzsituation zu Lasten der kommerziellen Anbieter verschärft werden könnte. Überspitzt formuliert fördern Verstöße gegen die GPL demnach eher den Wettbewerb der Ersteller proprietärer Software, als dass sie ihm schaden.

## IV. KOLLISIONSRECHTLICHE EINORDNUNG

Der Vertrieb von Software ist heute einer der wichtigsten Anwendungsfälle des E-Commerce und der Distribution von Produkten über das Internet. Dies gilt erst recht für Open Source Software. Dementsprechend stellen sich aber auch alle im Kollisionsrecht aufgrund der Ubiquität des Internet diskutierten Probleme<sup>391</sup> für Produktion und Vertrieb der Open Source Software in besonderer Weise, zumal die GPL als Lizenz nach US-amerikanischen Recht ausgestaltet ist:

### 1. SCHUTZLANDGRUNDSATZ

Nach der bislang vorherrschenden Auffassung, die für den sachenrechtlichen Kern des Urheberrechts, insbesondere dessen Entstehung, Wirkung und Erlöschen vom sog. Schutzlandprinzip bzw. Territorialitätsprinzip ausgeht,<sup>392</sup> unterliegt eine Open Source Software trotz US-amerikanischer Provenienz dem deutschen Urheberrecht, wenn in Deutschland Schutz für die Open Source Software begehrt wird. Ein deutsches Urheberrecht wird nach dem Schutzlandprinzip nur in den Grenzen der deutschen Rechtsordnung geschützt, es kann nur durch inländische Handlungen verletzt werden.<sup>393</sup> Dies schließt nicht aus, daß hinsichtlich des schuldrechtlichen Teils eines Lizenzvertrages die Grundsätze des Vertragskollisionsrechts angewandt werden.<sup>394</sup> Die Regelungen über die Unwirksamkeit der Einräumung von Rechten für unbekannte Nutzungsarten nach § 31 IV UrhG zählen dabei indes zu den Eingriffsnormen gem. Art. 34 EGBGB und sind daher als zwingendes deutsches Recht anzuwenden, da der Schutz des Urhebers als in

391 Statt vieler: *Mankowski*, *RabelsZ* (1999), 203 ff. mwNachw.

392 BVerfG = Beschluß v. 23.01.1990 - 1-BvR 306/86, NJW 1990, 2189, 2191 f. - Bob Dylan; BGH, Urteil v. 02.10.1997 - I ZR 88/95, GRUR Int. 1998, 427, 428 f. - Spielbankaffäre; BGH, Urteil v. 27.02.1981 - I ZR 186/78, BGHZ 80, 101, 104 ff. = NJW 1981, 1906, 1907 - Schallplattenimport; *Katzenberger*, in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 120 ff.; *Kreuzer*, in: MünchKomm BGB nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rn. 7; *Kegel* in: *Soergel* BGB 12. Aufl. 1996 Art. 38 EGBGB Rn. 21; v. *Hoffmann* in: Staudinger BGB Neubearb. 2001 Art. 38 EGBGB Rn. 16; *Nordemann*, in: *Fromm* u.a. UrhG Vor § 120, Rn. 1; anders mit beachtlichen Gründen für die Entstehung des Urheberrechts (Ursprungslandprinzip) *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2. Aufl., 2001, Rn. 801 ff.

393 BGHZ, Urteil v. 16.06.1994 - I ZR 24/92, BGHZ 126, 252 = NJW 1994, 2888, 2889 - Joseph Beuys -; BGHZ, Urteil v. 27.02.1981 - I ZR 186/78, BGHZ 80, 101, 104 ff. = NJW 1981, 1906, 1907 - Schallplattenimport -; OLG München, Urteil v. 15.02.1990 - 29 U 5500/89, NJW 1990, 3097, 3098; *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor § 120ff. UrhG Rn. 123; v. *Bar*, IPR II, 1991, Rn. 705 f.; *Drexler*, FS *Dietz* 2001, S. 461, 463 *Sack*, WRP 2000, 269, 271; *Hoeren*, CR 1993, 129, 131; MPI GRUR Int. 1985, 105 f.

394 Dazu Rn. 171 f.; *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 153; *Nordemann* in: *Fromm/ Nordemann* UrhG Vor § 120 UrhG Rn. 5.

aller Regel schwächere Vertragspartei gewährleistet sein soll.<sup>395</sup>

Selbst wenn daher die US-amerikanische Rechtsordnung, aus der die GPL stammt, einen *Verzicht* auf das *Urheberrecht* kennt, wirkt sich dieser keineswegs (nach hM und Rechtsprechung) in Deutschland aus,<sup>396</sup> da dies hierzulande unzulässig ist.<sup>397</sup>

Aus dem Eingreifen des Schutzlandprinzips ergeben sich zahlreiche Konsequenzen:

Für die unter Rn. 35 ff. behandelte Miturheberschaft kommt es nicht für jeden einzelnen Miturheber auf dessen Heimatland an, ob und in welchem Umfang ein Urheberrecht entsteht und wie die Miturheberschaft ausgestaltet ist, sondern nur auf das Schutzland, in dessen Bereich der Urheberschutz geltend gemacht wird.<sup>398</sup> Zwar gewährleistet Art. 5 I RBÜ die Gleichbehandlung mit Inländern, so daß jeder ausländische Urheber den gleichen Schutz wie ein Inländer reklamieren kann; doch ändert dies nichts daran, daß in jedem Land der Schutzzumfang und die Befugnisse der Miturheberschaft unterschiedlich ausgestaltet sein können.

Auch für das *verbundene Werk nach § 9 UrhG* kommt es zunächst auf das jeweilige Schutzland an, ob der Werkbeitrag Urheberrechtsschutz genießt.<sup>399</sup> Davon zu trennen ist jedoch das kollisionsrechtliche Schicksal der mit dem verbundenen Werk entstehenden *BGB-Gesellschaft* – eine im *Internationalen Gesellschaftsrecht* bislang noch nicht vollständig zufriedenstellend gelöste Frage. Das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht soll bei Gesellschaften ohne eigene Organisation – entgegen Art. 37 S. 1 Nr. 2 EGBGB – primär einer (häufig konkludenten) Rechtswahl folgen.<sup>400</sup> Für Gesellschaften mit eigener Organisation dagegen sollen die für die juristische Person entwickelten Regeln, insbesondere die Sitz- oder die Gründungstheorie, eingreifen.<sup>401</sup> Dies soll auch für das Innenverhältnis gelten.<sup>402</sup> Für die nach § 9 UrhG gebildete Miturhebergemeinschaft und die darüberliegende BGB-Gesellschaft kann aber nicht angenommen werden, daß es sich um ein Gebilde mit verfestigten Strukturen handelt; kennzeichnend ist vielmehr ein loser Verbund von zahlreichen Teilnehmern, die zwar ein gemeinsames Ziel verfolgen, aber nicht über eine stabile Organisation verfügen. Damit einher geht, daß die zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts herausgebildeten Theorien, die Sitztheorie<sup>403</sup> bzw. die jetzt durch das Überseering-Urteil des EuGH gestärkte Gründungstheorie<sup>404</sup>, für derartige Gesellschaften nur bedingt bzw. nur mit erheblichen Modifikationen zu brauchbaren Ergebnissen führen, weil es an geeigneten tatsächlichen Anknüpfungspunkten für die Lokalisierung fehlt.<sup>405</sup> Für die Gründung leuchtet dies unmittelbar ein; für den Sitz könnten indes Kriterien vorsichtig gebildet werden, die allerdings nicht den klassischen Indizien für einen Verwaltungssitz einer Gesellschaft entsprechen. Eine solche Anknüpfung wird auch nicht durch die – aufgrund von Art. 37 S. 1 Nr. 2 EGBGB so-

395 *Hartmann* in: Möhring/Nicolini UrhG Vor §§ 120 ff., Rn. 45; *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff., Rn. 166.

396 Darauf weist zutr. *Plaß*, GRUR 2002, 670, 671 hin.

397 S. Fn. 83

398 Ebenso *Schiffner*, *Open Source Software*, S. 122.

399 *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 277.

400 *Großfeld* in: Staudinger, *Internat. Gesellschaftsrecht*, 1998, Rn. 772, 777 mwNachw.; *Heldrich* in Palandt BGB Art.28 EGBGB Rn. 19; *Martiny* in: MünchKomm BGB Art. 37 EGBGB Rn. 46 mwNachw.; BGH, Urteil v. 16.3.1998 - II ZR 323/96, NZG 1998, 500.

401 Vgl. BGH NJW 1967, 36; OLG Frankfurt IPRax 1986, 373; OLG Düsseldorf RIW 1995, 53; Ebke FS BGH II, 2000, S. 814; *Großfeld* in: Staudinger, *Internat. Gesellschaftsrecht*, 1998, Rn. 747.

402 OLG Karlsruhe NZG 2001, 749.

403 BGH, Urteil v. 21.11.1996 - IX ZR 148/95, NJW 1997, 657; BGH, Urteil v. 21.3.1986 - V ZR 10/85, NJW 1986, 2194, 2195; BayObLG, Beschluß v. 07.08.1992 - 3 Z BR 14/92, BayObLGZ 1992, 113, 118 = NJW-RR 1993, 43; *Ebenroth*, Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle, S. 70 f.; *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, § 8 IV 1; *Heldrich* in: Palandt, BGB, Art. 12 Anh. Rn.2; *Hohloch* in: Erman, BGB, Art. 37 EGBGB Rn. 25; *Baumbach/Hopt*, HGB, vor. § 105 Rn. 29; *Großfeld* in: Staudinger, BGB, IntGesR Rn. 72 ff.; *Kindler* in MünchKomm BGB IntGesR Rn. 312 ff. mwNachw.

404 EuGH Rs. C-208/00, Überseering, NJW 2002, 3614 ff. sowie BGH Urteil. v. 13.3.2003 - VII ZR 370/98, ZIP 2003, A 23 (Kurzbericht); aus der inzwischen kaum noch zu übersehenden Literatur *Schulz*, EWS 2002, 545 ff.; *Leible*, RIW 2002, 925 ff.; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233 ff.; *Roth*, IPRax 2003, 117 ff.; vgl. auch *Kindler* in MünchKomm BGB IntGesR Rn. 267 mwNachw.

405 Ebenso für virtuelle Unternehmen *Lange*, *Virtuelle Unternehmen*, Rn. 574 ff.

wieso fragwürdige<sup>406</sup> – Anwendung von Art. 28 EGBGB erübrigt: So soll für das Außenverhältnis entsprechender Gelegenheits-Gesellschaften auf das Vertragsstatut abgestellt werden, welches durch objektive Anknüpfung zu ermitteln sei. Die Verträge der Gesellschaft unterlägen demnach gem. Art. 28 I EGBGB dem Recht desjenigen Staates, zu welchem sie die engste Verbindung aufweisen. Die Problematik entspricht insoweit den Schwierigkeiten, welche sich im Zusammenhang mit virtuellen Unternehmen ohne eigentlichen Verwaltungssitz und ohne leitende Partei ergeben.<sup>407</sup> Für diese wird daher vorgeschlagen auf den zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag abzustellen, so dass wiederum Art. 28 I S. 1 EGBGB zu Anwendung käme, das Gesellschaftsstatut sich mithin danach richten würde, zu welchem Staat dieser Vertrag die engste Verbindung aufweist.<sup>408</sup> Offen bleibt damit freilich die Frage, wie das Merkmal der engsten Verbindung bei derartigen im Zusammenhang mit § 9 UrhG bestehenden Verträgen auszufüllen ist. Die Vermutungsregeln nach Art. 28 I, II, III EGBGB helfen hier nicht weiter, da sie auf Austauschverträge zugeschnitten sind. Über Art. 28 II S. 3 gelangt man auf diese Weise wieder zur Anwendung der Grundregel des Art. 28 I S. 1 EGBGB. Fraglich ist daher, ob nicht doch in Weiterentwicklung der für den Verwaltungssitz einer Gesellschaft entwickelten Kriterien auch für „virtuelle Gesellschaften“ ein praktikabler Anknüpfungspunkt gefunden werden kann. Zunächst käme der Standort des Servers in Betracht, von dem aus die Software in den Verkehr gebracht wird, da hier das gemeinsame Produkt bzw. das Ziel realisiert und nach außen sichtbar wird. Demgemäß wird häufig der Austausch der einzelnen Beiträge der Entwickler über diesen Server vollzogen. Allein der Serverstandort könnte jedoch nicht den „Sitz“ der Gesellschaft begründen, da dieser Standort beliebig verlagerbar ist. Da der Server quasi die Nervenzentrale der virtuellen Gemeinschaft darstellt, sollte auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort desjenigen abgestellt werden, der den Server (besser: den jeweiligen auf dem Server befindlichen Marktplatz) steuert und damit auch den Austausch beherrscht und steuern kann. Ohne diesen Austausch käme das gemeinsame Produkt und die Zielrealisierung nicht zustande.

## 2. VERTRAGLICHE RECHTSWAHL UND VERBRAUCHERSCHUTZ

Hinsichtlich des Lizenzvertrages selbst greift grundsätzlich das Prinzip der freien Rechtswahl nach Art. 27 f. EGBGB ein.<sup>409</sup> In Ermangelung einer Rechtswahlklausel findet daher bei Lieferung von Software zunächst das Recht des „Verkäufers“ – hier: des Schenkers (zur Qualifikation des Vertrages s. Rn. 184 ff.) – Anwendung, hilfsweise diejenige Rechtsordnung, die eine engere Verbindung aufweist, Art. 28 V EGBGB (näher unten Rn. 173 ff.). Allerdings wird diese Anknüpfung schon bei Geschäften mit einem Verbraucher zwingend durch Art. 29 EGBGB bzw. durch das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Verbrauchers modifiziert (ausführlicher zu den damit verbundenen Fragen Rn. 176).

406 Die Anwendung des Art. 28 I EGBGB durch OLG Hamburg, Urteil v. 18.05.2001 - 8 U 177/00 NJW-RR 2001, 1012, 1013 f. ist daher fragwürdig, weil hier ein Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft gem. § 730 BGB im Raum stand; zu den durch Art. 37 Nr. 2 ausgeschlossenen Materien vgl. *Martiny* in MünchKomm BGB Art. 37 EGBGB Rn. 40 ff.

407 Vgl. *Lange*, Virtuelle Unternehmen, Rn. 531 ff.

408 So wohl *Lange*, Virtuelle Unternehmen, Rn. 574, der allerdings lediglich allgemein von einem die Innenrechtsbeziehungen betreffenden Vertrag spricht, ebenso für eine BGB-Gesellschaft aufgrund gemeinsamer Wohnungsvermietung: OLG Hamburg, Urteil v. 18.05.2001 - 8 U 177/00 NJW-RR 2001, 1012, 1013 f.,

409 *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 153; *Nordemann* in: Fromm/ Nordemann UrhG Vor § 120 Rn. 5.

### a) DIE EINRÄUMUNG DER DINGLICHEN RECHTE - SCHUTZLANDPRINZIP UND VERTRAGSSTATUT

Nicht völlig geklärt ist indes das Verhältnis des Schutzlandprinzips zu dem Grundsatz der Rechtswahlfreiheit, da zwischen den schuldrechtlichen Teilen und den Teilen mit dinglich-urheberrechtlicher Verfügung getrennt werden muß. Dabei entspricht es zunächst der allgemeinen Ansicht, dass die schuldrechtlichen Rechtsgeschäfte dem Vertragsstatut unterfallen.<sup>410</sup> Umstritten ist aber, ob Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft einheitlich betrachtet werden können bzw. müssen, so daß auch für die dingliche Rechteinräumung das Vertragsstatut maßgeblich wäre (sog. Einheitstheorie)<sup>411</sup> oder ob von einer zwingenden Anwendung des Schutzlandrechts auf den Verfügungsteil ausgegangen werden muss (sog. Spaltungstheorie).<sup>412</sup> Weitgehende Einigkeit besteht zumindest darüber, daß hinsichtlich Entstehung und Inhalt des Urheberrechts allein das Schutzland maßgeblich ist;<sup>413</sup> dementsprechend geht die wohl hM und Rechtsprechung davon aus, daß die Frage der dinglichen Rechteinräumung vom Schutzlandprinzip, mithin hier vom deutschen Urheberrecht, beherrscht wird.<sup>414</sup>

### b) RECHTSWAHL IN LIZENZVERTRÄGEN

Die geschilderten dogmatischen Unsicherheiten bedürfen allerdings solange keiner Klärung, wie die GPL selbst eine explizite *Rechtswahlklausel* vorsieht. Eine solche fehlt allerdings: Allein aus der Tatsache, daß die GPL vor dem Hintergrund der US-amerikanischen Rechtsordnung erstellt wurde, kann jedenfalls keine – konkludente – Rechtswahl abgeleitet werden.<sup>415</sup> Dies belegt allein schon der Versuch der GPL etwa in § 11 oder § 12 der GPL, die Haftungs- und Gewährleistungsausschlussklauseln durch einen Vorbehalt zugunsten des anwendbaren Rechts zu „retten“.<sup>416</sup>

### c) DIE ANKNÜPFUNG NACH ART. 28 EGBGB

Für die vertragsrechtlich relevanten Teile der GPL, insbesondere den Ausschlüssen jeglicher Gewährleistung und Haftung, stellt sich daher die Frage nach der kollisionsrechtlichen Einordnung. Mangels Rechtswahl findet nach Art. 28 I EGBGB das Recht desjenigen Staates Anwendung, das im Zweifel die engsten Verbindungen zu dem Rechtsgeschäft aufweist. Art. 28 II EGBGB enthält hier die Vermutungsregel, daß derjenige Ort die engsten Beziehungen aufweist, an dem die Vertragspartei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Da die charakteristische Leistung im Falle der Open Source Lizenz die Einräumung der Nutzungsrechte ist, wird gewöhnlich der Ort, an dem der Anbieter der Software seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, maßgeblich sein.<sup>417</sup> Die Tatsache, daß der Lizenznehmer Pflichten aus der GPL unterliegt, ändert nichts an dem Schwerpunkt der Leistung auf Seiten des Lizenzgebers, da es dem Lizenznehmer freisteht, wie er die Software nutzt und die Pflichten erst in den Fällen der Bearbeitung und Weiterverbreitung eingreifen.<sup>418</sup>

Allerdings wirft der Umstand, daß die Open Source Software gemeinschaftlich oder sukzessiv entwickelt wird, auch hier Probleme auf: Denn der „Anbieter“ der Software ist

410 *Martiny* in MünchKomm BGB Art. 28 EGBGB Rn. 261; *Katzenberger* in Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 148.

411 So *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 149; a.A. v. *Wesler* in: Wandtke/Bullinger UrhR Vor §§ 120 ff. Rn. 21.

412 BGH, Urteil v. 15.10.1987 - I ZR 96/85, NJW 1988, 1847, 1848; *Martiny* in MünchKomm BGB, Art. 28 EGBGB Rn. 263; Kreuzer in Münch Komm Nach Art 38 Anh. II Rn. 20, 22, 116.

413 BGH, Urteil v. 02.10.1997 - I ZR 88/95, GRUR Int. 1998, 427, 429 - Spielbankaffäre; *Katzenberger* in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 127; vgl. aber *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1147: Recht des Ursprungslandes.

414 Vgl. auch BGH, Urteil v. 02.10.1997 - I ZR 88/95, GRUR Int. 1998, 427, 429 - Spielbankaffäre; *Deike*, CR 2003, 9, 11.

415 So aber in der Tendenz *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 842; wie hier dagegen *Schiffner*, Open Source Software, S. 109.

416 Vgl. *Sester*, CR 2000, 797, 802; *Deike*, CR 2003, 9, 11; ebenso aus schweizerischer Sicht R.H.Weber, FS Honsell 2002, S. 41, 49.

417 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 147; *Deike*, CR 2003, 9, 12; *Schiffner*, Open Source Software, S. 179, ohne daß allerdings untersucht würde, wer der „Anbieter“ ist.

418 Zutr. *Deike*, CR 2003, 9, 12; allgemein *Katzenberger*, in: Schrickler UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 156.

hinsichtlich der in der GPL enthaltenen Bedingungen keineswegs der Händler, da nach der lizenzvertraglichen Konstruktion der GPL dieser allein als Bote auftritt, damit jeweils der Erwerber unmittelbar den Pflichten der GPL unterworfen wird. Auch Organisationen wie die Free Software Foundation wird man kaum als „Anbieter“ bezeichnen können, da sie – soweit ersichtlich – nicht die Urheberrechtsgemeinschaft vertreten, die allein die nötigen Rechte einräumen kann.<sup>419</sup> Auf den Sitz des Händlers käme es bei gemischten Vertragstypen an, auf die noch zurückzukommen sein wird (Rn. 208 ff.), nicht jedoch bei dem reinen Download von einer Open Source Website, die zudem beliebig als Download-Center bestimmt worden sein kann. Um die schier unüberwindlichen Probleme zu bewältigen, kann nur die Konstruktion helfen, daß man den Sitz der BGB-Gesellschaft, hilfsweise der Gesamthandsgemeinschaft, die die Urhebergemeinschaft bildet, an dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Betreibers des Servers verankert, wo die verschiedenen Softwarestücke gemeinsam entwickelt und in den Verkehr gegeben werden. In diesem Fall (und nur dann) könnte tatsächlich der Ort des „Anbieters“ der Open Source Software als maßgeblicher Ort für Art. 28 EGBGB bestimmt werden. Kann keine derartige BGB-Gesellschaft angenommen werden, sondern liegen jeweils getrennte Urheberrechte vor, insbesondere bei sukzessiver Erstellung (s. oben Rn. 41 f.), führt die Anwendung des Art. 28 II EGBGB zu einer Vielzahl von Rechtsordnungen im Hinblick auf die schuldrechtlichen Pflichten aus dem Lizenzvertrag,<sup>420</sup> jeweils gesondert für die Teile des Gesamtwerkes, an dem die einzelnen Entwickler gearbeitet haben.<sup>421</sup>

Da dem Erwerber von Open Source Software hinsichtlich der lizenzvertraglichen Pflichten typischerweise kein bestimmter Vertragspartner gegenübersteht, mit dem Verhandlungen geführt werden könnten, kann dem beschriebenen Risiko auch nicht durch eine vereinbarte Rechtswahl abgeholfen werden. Ebenso scheiden Schiedsgerichtsklauseln aus.

#### d) VERBRAUCHERKOLLISIONSRECHT (ART. 29 EGBGB)

Demgegenüber unterliegt die GPL bei Vertragsschluß mit einem *Verbraucher* dem national zwingenden Recht nach Art. 29 EGBGB. Nach dieser Vorschrift gilt das Prinzip der freien Rechtswahl des Art 27 EGBGB dann nicht, wenn die Rechtswahl dazu führen würde, dass einem Verbraucher bei Verträgen über die Lieferung beweglicher Sachen oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Schutz entzogen wird, der ihm nach den zwingenden Vorschriften des Rechts des Staates, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, gewährt wird. Bei einem Download von Open Source Software, die zuvor über Internet oder anderweitig im Inland beworben wurde, liegen die Voraussetzungen der Werbung gerichtet an den Verbraucher im Sinne des Art. 29 EGBGB vor.<sup>422</sup>

Voraussetzung ist allerdings, dass die hier in Rede stehenden *Software* überhaupt eine *Sache* im Sinne der Vorschrift darstellt. Dafür, dass Software auch als online übermitteltes Gut dem Sachbegriff des Art 29 I Var. 1 EGBGB unterfällt, spricht indes das weite Verständnis des Warenbegriffs des UN-Kaufrechts; genauer, des Art 1 I CISG. Waren im Sinne dieser Vorschrift sind bewegliche Gegenstände, welche typischerweise das Objekt eines Handelskaufs bilden und die ihrem Sinn und Zweck nach nicht auf körper-

419 Anders wertend *Schiffner*, Open Source Software, S. 109 f., der US-amerikanisches Recht für anwendbar hält.

420 Nota bene: Die Pflichten, wie etwa unentgeltlicher Weitervertrieb etc., richten sich nach dem Vertragsstatut; dies berührt nicht die dingliche Wirkung, die die GPL bei Verletzung der Pflichten vorsieht (s. Rn. 51 ff.), diese richtet sich nur nach dem Schutzlandprinzip.

421 Vgl. *Deike*, CR 2003, 9, 12, allerdings ohne die Frage der Miturheberschaft und der BGB-Gesellschaft zu behandeln.

422 Zur Anwendbarkeit von Art. 29 EGBGB bei Internet-Werbung s. *Spindler*, MMR 2000, 18, 19; *Mankowski*, RabelsZ 1999, 202, 231 ff.; *Mankowski*, MMR 2000, Beil. Nr. 7, 22, 24 ff.; *Junker*, RIW 1999, 809, 815 f.; bezogen auf Open Source Software *Deike*, CR 2003, 9, 12; *Schiffner*, Open Source Software, S. 175.

liche Sachen zu beschränken sind.<sup>423</sup> Obwohl das Übereinkommen für internationale Warenkaufverträge (Art 1 CISG), und grundsätzlich keine Anwendung auf erkennbare Verbraucherkäufe (Art 2 lit. A CISG) findet, kann auf dessen weiten Warenbegriff zurückgegriffen werden, welcher auch online übermittelte Software umfasst.<sup>424</sup> Erwirbt daher ein Verbraucher Open Source Software über eine auf Deutschland ausgerichtete Werbung, gelangt nach Art 29 EGBGB deutsches Verbraucherschutzrecht zur Anwendung, mithin die Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB, aber auch die urheberrechtlichen Grundsätze, die indes schon als zwingendes Recht nach Art. 34 EGBGB hier verfangen. Da der Erwerb von Open Source Software allerdings nicht dem Vertragstypus des Kaufs unterfällt,<sup>425</sup> findet das UN-Kaufrecht nur im Hinblick auf die Konkretisierung des Warenbegriffs Beachtung.<sup>426</sup> Auch bei der Beteiligung gewerblich handelnde Personen an dem Rechtsgeschäft im Binnenbereich der an das UN-Kaufrecht gebundenen Vertragsstaaten kommt es daher nicht zur unmittelbaren Anwendung des CISG.

Zwar fehlt es in Art. 29 EGBGB einer Gleichstellung des Sach- mit demjenigen des Rechtskaufs, so daß wegen des entsprechenden Hintergrunds der Römischen Übereinkommen nicht per se von einer Gleichbehandlung wie im nationalen Schuldrecht ausgegangen werden kann.<sup>427</sup> Doch spricht die Zielsetzung des Art. 29 EGBGB, Verbraucherverträge im Bereich der Veräußerungsverträge möglichst umfassend zu erfassen, dafür, auch im Kollisionsrecht Softwareveräußerungsverträge als Verträge über bewegliche Sachen zu behandeln.<sup>428</sup> Die rein zufällige Verlagerung des Verbraucherschutzes je nachdem, ob die Software sich auf einem Datenträger oder „nur“ auf einer Web-Site, kann nicht ausschlaggebend sein. Dementsprechend kann auch die Frage, ob die Software über ein Datennetz heruntergeladen oder verkörpert in einem Datenträger übergeben wurde, keine Rolle spielen.

### 3. URHEBERRECHTSVERLETZUNGEN

176 Für Urheberrechtsverletzungen ist zum einen das Schutzlandprinzip maßgeblich, da das Urheberrecht nur nach Maßgabe derjenigen Rechtsordnung geschützt werden kann, das ihm Rechtswirkungen verleiht.<sup>429</sup> Um aber festzustellen, wo eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, wird mittelbar doch auf den Tatortbegriff des Deliktes zurückgegriffen.<sup>430</sup> Allerdings gibt es im Gegensatz zum sonstigen Deliktsrecht aufgrund des Territorialitätsprinzips keine Unterscheidung von Handlungs- und Erfolgsort, da das Urheberrecht im wesentlichen auf die Verletzungshandlungen, nicht aber auf den

423 Vgl. allgemein zum Warenbegriff im Sinne des CISG *Ferrari*, in *Schlechtriem* (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht 3. Aufl. 2000 Art. 1 Rn. 34 ff.; *Siehr*, in *Honsell* (Hrsg.), Kommentar zum UN-Kaufrecht 1996 Art. 2 Rn. 2 ff.; *Magnus*, in: *Staudinger CISG* 13. Bearbeitung 1999 Art. 1 Rn. 42 ff.

424 *Klimek/Sieber*, ZUM 1998, 902, 906 f.; *Endler/Daub*, CR 1993, 601, 604 f.; *Mankowski* in: *Spindler/Wiebe* (Hrsg.) *Internet-Auktionen* Kap. G, Rdnr. 11; *Mehrings* in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Handbuch Multimedia Recht* Kap. 13.1, Rnr. 13; *Magnus* in: *Staudinger CISG* Art. 1 Rnr. 44; OLG Koblenz, Urteil v.17.09.1993 - 2 U 1230/91, RIW 1993, 934, 936; s. auch OLG Köln, Urteilv. 26.08.1994 - 19 U 282/93, RIW 1994, 970, 971; vgl. zur Problematik des Sachbegriffes des § 90 BGB und der eigentlichen Unkörperlichkeit von Software und online übermittelter Software ausführlich *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, Rn. 90 ff.; *Hoeren*, CR 1988, 908, 915 f.; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 304 ff.; s. auch BGH, Urteil v. 18.10.1989 - VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321. - *Abzahlungsgeschäft*; BGH, Urteil v. 14.07.1993 - VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 f.

425 Ausführlich dazu Rn. 186 ff.s

426 Der Vertragstypus der Schenkung unterfällt (selbstverständlich) nicht dem UN-Kaufrecht CISG; *Ferrari* in *Schlechtriem* (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht* Art. 1 Rdnr. 33.; *Magnus* in: *Staudinger CISG* Art. 1 Rdnr. 32.

427 Anders anscheinend *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, S. 146 f., die auf die Gleichstellung im Kaufrecht verweisen.

428 Ebenso für Open Source Software *Deike*, CR 2003, 9, 12; *Schiffner*, *Open Source Software*, S. 178.

429 BGHZ, Urteil v. 02.10.1997 - I ZR 88/95, 136, 380, 386 - *Spielbankenauffaire*; *Katzenberger* in: *Schricker UrhG Vor §5120 ff.*, Rn. 130; *Spindler*, IPRax 2003, erscheint demnächst, mwNachw.

430 BGH, Urteil v. 13.05.1982 - I ZR 103/80, GRUR 1982, 727, 729; BGH Urteil v. 07.12.1979 - I ZR 157/77, GRUR 1980, 227, 229f. - *Monumenta Germaniae Historica* - zu § 32 ZPO und Urheberrechtsverletzung; andeutungsweise in BGH, Urteil v. 14.05.1969 - I ZR 24/68, BGH, Urteil v. 14.05.1969 - I ZR 24/68, BGH, Urteil v. 14.05.1969 - I ZR 24/68, BGHZ 52, 108, 110 f. zur Zuständigkeit; MPI GRUR Int. 1985, 104, 106; v. *Hoffmann* in: *Staudinger BGB* Art. 40 EGBGB Rn. 372 ff.; v.Bar IPR II 1991 Rn. 710; *Katzenberger* in: *Schricker UrhG Vor §5 120 ff.* Rn. 130; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann UrhG* ) Vor § 120 Rn. 10; *Hohloch*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Rechtsschutz gegen Urheberrechtsverletzungen und Wettbewerbsverstöße in grenzüberschreitenden Medien*, S. 93, 104; *Hoeren*, CR 1993, 129, 131.

schädigenden Erfolg abstellt.<sup>431</sup> Anders formuliert liegt der Erfolg gerade in der vorgenommenen Verwertungshandlung.<sup>432</sup>

Für die *Vervielfältigung* ist das Recht des Ortes maßgebend, an welchem die unerlaubte Kopie hergestellt wird, mithin der Anfertigung der Kopie,<sup>433</sup> für den Download etwa das Recht des Ortes, an dem die weitere Kopie angefertigt wird.<sup>434</sup> Für den *Vertrieb* über das Internet wird im Hinblick auf die relevante Tathandlung des Zugänglichmachens einer Software vertreten, daß jeder Staat mit einer Abrufmöglichkeit die Anwendbarkeit der Rechtsordnung dieses Staates begründen würde.<sup>435</sup> Im Ergebnis müßte daher für den Vertrieb über das Internet der Anbieter von Open Source Software jede Rechtsordnung beachten, da der Abruf über das Internet überall stattfinden kann.<sup>436</sup> Andererseits könnte auch der Standort des Servers maßgeblich sein, da hier die eigentliche Zugänglichmachung erfolgt, mithin die Verwertungshandlung. Entscheidend ist der Charakter des jeweiligen Verwertungsrechts: Da das Recht auf Zugänglichmachen bereits dann eingreift, wenn überhaupt nur ein urheberrechtlich geschütztes Werk auf einem Rechner zur Verfügung gestellt wird, unabhängig davon, ob und wo das Werk tatsächlich abgerufen wird, kommt allein dieser Ort in Betracht. Da aber der Serverstandort beliebig ist,<sup>437</sup> sollte in Übereinstimmung mit der E-Commerce-Richtlinie der Ort der Niederlassung des Betreibers des inhaltlichen Angebots<sup>438</sup> maßgeblich sein.<sup>439</sup>

#### 4. INTERNATIONALE ZUSTÄNDIGKEIT

Für Verletzungen des Urheberrechts ist der Gerichtsstand für Delikte maßgeblich, mithin § 32 ZPO bzw. Art. 5 EuGVÜ-VO, sofern die Urheberrechtsverletzung in einem Mitgliedstaat der EU stattfand. Entscheidend ist für beide Normen der Tatort, der wiederum traditionell gleichgewichtig in den Handlungs- und Erfolgsort aufgespalten wird. Die Kriterien zur Bestimmung dieser Orte entsprechen weitgehend denjenigen des materiellen Kollisionsrechts,<sup>440</sup> so daß sich aufgrund der einheitlichen Betrachtung von Handlungs- und Erfolgsort immer die Zuständigkeit desjenigen Gerichts ergeben wird, in dessen Gebiet die Verwertungshandlung stattfand.

#### 5. FAZIT: RECHTSANWENDUNGSRISIKEN

Aus den genannten Anknüpfungskriterien resultieren zahlreiche Rechtsanwendungsrisiken: Zwar ist die urheberrechtliche Einräumung der Verwertungsrechte nur auf das jeweilige Schutzland bezogen, doch hängen die zugrundeliegenden schuldrechtlichen Pflichten vom Vertragsstatut ab, mithin von einer Vielzahl möglicherweise anwendbarer Rechtsordnungen im Bereich des unternehmerischen Rechtsverkehrs – einem Risiko,

dem auch nicht durch Rechtswahl ausgewichen werden kann. Die übrigen Anknüpfungen weisen keine Besonderheiten auf, etwa hinsichtlich des Verbraucher kollisionsrechts oder für die Verletzung von Urheberrechten.

431 Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts, GRUR Int. 1985, 104, 106; *Hartmann*, in: Möhring/Nicolini UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 17; *Hohloch* in: Schwarze (Hrsg.) (Urheberrechtsverletzungen in grenzüberschreitenden Medien, S. 93, 104; Sack, WRP 2000, 269 (271).

432 S. dazu *Spindler*, IPRax 2003, erscheint demnächst, mwNachw.

433 Dies ist der Ort, an dem das unerlaubte Vervielfältigungsstück entsteht, oft also der Serverstandort, so zu Recht *Hartmann*, in: Möhring/Nicolini UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 32; *Spindler*..., IPRax 2003, erscheint demnächst mwNachw.; nach anderer Auffassung ist es der Ort der Einspeisung, so etwa *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 91.

434 *Spindler*..., IPRax 2003, erscheint demnächst; *Hartmann* in: Möhring/Nicolini UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 32; v. *Welser* in: Wandtke/Bullinger UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 19.

435 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 88, 91 im Anschluß an Hoeren, Grundzüge des Internetrechts S. 119, 122.

436 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 91 f.

437 Darauf verweist zu Recht v. *Welser* in: Wandtke/Bullinger UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 8 mit dem Argument, daß dann Rechtsunsicherheit die zwangsläufige Folge wäre.

438 Nicht notwendigerweise des Servers da hier nur die technischen Fazilitäten zur Verfügung gestellt werden. Maßgeblich ist aber die Beherrschung des Inhalts bzw. der Verwertungshandlung selbst.

439 Ausführlich dazu *Spindler*, IPRax 2003, erscheint demnächst.

440 Vgl. Vollkommer in: Zöller ZPO § 32 Rn. 3; *Smid* in: Musielak ZPO § 32 Rn. 22 ff.; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, Rn. 1500 ff.; *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art 5 Rn. 186 ff.; *Patzina* in: MünchKomm ZPO § 32 Rn. 20; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht Rn. 293 ff.

## E. VERTRAGSRECHTLICHE PROBLEME DES EINSATZES VON OPEN SOURCE

Wie für andere Software auch, ist der Erwerb von Open Source Software in verschiedenster Form möglich: von dem direkten Download über eine Internet-Homepage über den Erwerb auf Datenträgern (Zusammenstellungen von Open Source Software) bis hin zum gebündelten Verkauf von Hardware mitsamt aufgespielter Open Source Software.<sup>441</sup>

### I. DAS GRUNDMODELL: DER ISOLIERTE ERWERB VON OPEN SOURCE SOFTWARE (DOWNLOAD)

#### 1. GRUNDSÄTZE: SCHULDRECHTLICHES VERPFLICHTUNGSGESCHÄFT UND URHEBERRECHTLICHE ÜBERTRAGUNG VON NUTZUNGSRECHTEN (LIZENZ)

Beim Erwerb von Software muß zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft (dem Grundgeschäft) und der Einräumung der Nutzungsrechte an dem erworbenen Gegenstand Software unterschieden werden. Die Trennlinie kann ähnlich derjenigen zwischen schuldrechtlichen Rechtsgeschäft und dinglicher bzw. sachenrechtlicher Übereignung und Nutzungsbefugnis gezogen werden. So wie der Kaufvertrag über ein Grundstück losgelöst ist von der Übereignung des Grundstückes selbst und dem Umfang seiner freien Nutzbarkeit – die etwa durch Dienstbarkeiten, nachbarrechtliche Lasten etc. beschränkt sein kann –, so ist auch die Übertragung der Nutzungsrechte an der Software von dem schuldrechtlichen Erwerbsgrund zu trennen.<sup>442</sup>

Für Open Source Software folgt daraus aber auch, daß das Rechtsgeschäft zur Übertragung der Software selbst von der Einräumung der Nutzungsrechte daran zu trennen ist, da letztere erst bei Weiterverbreitung, Vervielfältigung oder Bearbeitung erforderlich sind. Die reine Benutzung ist bereits mit dem Erwerb entsprechend § 69d I UrhG abgegolten. Für die zeitliche Abfolge der Vertragsabschlüsse und Willenserklärungen ist indes wichtig, wann von der Einräumung der Nutzungsrechte und dem jeweiligen Vertragsabschluß ausgegangen werden kann. Aus der Tatsache, daß die Nutzungsrechte erst später gebraucht werden, kann nicht gefolgert werden, daß deren Einräumung erst zu diesem Zeitpunkt erfolgt;<sup>443</sup> denn die Vergabe derartiger Rechte kann zum einen bereits im Vorhinein erfolgen, zum anderen erfolgt sie bereits in der GPL und der Zustimmung des Nutzers, also schon (bzw. spätestens) mit der Inangabe der Software.<sup>444</sup>

441 Zu den verschiedenen Vertriebsformen *Schiffner*, Open Source Software, S. 25 ff.

442 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 160 f.; *Haberstumpf*, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Kap. II, Rn. 152; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 997.

443 So aber anscheinend *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 138.

444 In der Tendenz anders *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 139, die strikt die Rechtseinräumung und den Vertrag über die Software voneinander trennen. Was indes der Erwerb einer Software ohne entsprechende Nutzungsrechte bewirken soll, ist nicht recht erklärlich. Selbst das Laden in einen Arbeitsspeicher ist eine Vervielfältigung und daher im Grundsatz zustimmungsbedürftig.

### 2. DER VERTRAGSTYPUS DES ERWERBS DER OPEN SOURCE-SOFTWARE

Für zahlreiche zivilrechtliche Fragen, insbesondere der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, aber auch für die Haftung, ist die Einordnung des Erwerbs von Open Source Software als Vertragstypus wichtig. Für Open Source Software liegt es wegen der Unentgeltlichkeit der Rechteinräumung (und bei reiner Übertragung der Software über Datennetze) auf der Hand, daß die auf eine monetäre Gegenleistung abstellenden Vertragstypen nicht verfangen können. Eine Qualifizierung als Auftragsverhältnis<sup>445</sup> oder gar als Kaufvertrag,<sup>446</sup> wie sie etwa für Public Domain Software erwogen wurde, scheidet für Erwerbsvorgänge von Open Source Software aus, da hier eindeutig die Überlassung der Software auf Dauer sowie die Einräumung von Nutzungsrechten im Vordergrund steht, mithin eine Veräußerung von Rechten und Sachen vorliegt.<sup>447</sup> Auch ein Ausweichen auf einen Vertragstyp *sui generis* mit Elementen aus verschiedenen anderen Verträgen<sup>448</sup> enthebt nicht der Frage, in welchem Verhältnis die jeweiligen Elemente zueinanderstehen und anhand welcher Maßstäbe die Inhaltskontrolle vollzogen werden soll.

Von vornherein abzuschichten sind dabei gemischte Verträge, bei denen Open Source Software nur einen Teil eines gebündelten Leistungspakets darstellt, etwa beim Verkauf von Open Source Software zusammen mit Serviceleistungen, wie der Softwarepflege, der Beratung und Schulung etc. Hier kommt es – wie noch näher zu zeigen sein wird (Rn. 208 ff.) – entscheidend auf den Charakter des Vertrages an, inwieweit bestimmte Leistungen trennbar sind und welches Gewicht einzelne Leistungen für den Vertrag insgesamt besitzen.

Die Unentgeltlichkeit und die beabsichtigte Entäußerung eines Vermögensgegenstandes legt die Anwendung des *Schenkungsvertragsrechts* nahe, zumal eine Schenkung auch mit Auflagen verbunden werden kann.<sup>449</sup> Dabei kann es nicht auf die Qualifizierung der Software als Sache oder darauf ankommen, ob sie auf einem Datenträger übergeben wird, da – wie von der Rechtsprechung schon für das (alte) Kaufrecht festgestellt<sup>450</sup> – im Vordergrund die endgültige Überlassung des Vermögensgegenstandes „Software“ einschließlich der Nutzungsrechte steht und der Rechtskauf hierfür angesichts der Interessenlage nicht allein adäquat ist. Nach neuem Recht hat sich diese Unterscheidung von vornherein angesichts der Gleichstellung des Rechts- mit dem Sachkauf in § 453 BGB erübrigt.<sup>451</sup> Da das Schenkungsrecht in §§ 523 Abs. 2 S. 2 BGB auf das Kaufrecht verweist, wird man auch die Gleichstellung auf das Schenkungsrecht übertragen müssen.<sup>452</sup>

Nicht einfach zu begründen ist dagegen die für die Schenkung erforderliche *Entreichung des Schenkers*: Da die Software beliebig vervielfältigt werden kann, scheint es hieran bei einem Download bzw. einer Kopie der Software, die ohne den Verlust des Originals angefertigt werden kann, zu fehlen.<sup>453</sup> Hier zeigt sich, daß die Unterscheidung von

445 Vgl. hierzu *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 314 ff.

446 So *Hoeren*, CR 1989, 887 ff.; *Hoeren/Schuhmacher*, CR 2000, 137, 138; für die Shareware vgl. auch *Heymann*, CR 1991, 6 ff.

447 Zutr. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 139 f.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 847; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334, zur Qualifizierung von Verträgen über Public-Domain Software ausführlich; *Hoeren*, CR 1989, 887 ff.

448 So *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 55 ff.

449 Kritisch zur Einordnung von Open Source Software unter das Schenkungsvertragsrecht *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts J Rz. 24.

450 BGH, Urteil v. 18.10.1989 - VII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; BGH, Urteil v. 14.07.1993 - VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437.

451 Vgl. *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82; *Spindler/Klöhn*, VersR 2003, 273, 274; ähnlich *Stichtenoth* K&R 2003, 105, 106 ff., je mwNachw; s. auch *Schiffner*, Open Source Software, S. 39 f.

452 Daher sind die Ausführungen von *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 140 zwar in der Sache zutreffend, aber angesichts der Schuldrechtsreform auch überflüssig.

453 So in der Tat *Sester*, CR 2000, 797, 799 f.; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334.

Vertragstypen und hier insbesondere von Sach- und Rechtskauf oder zwischen Kauf-, Werk- und wie hier Schenkungsvertrag anhand der Verkörperung in Zeiten der Informationsgesellschaft kaum mehr aufrecht erhalten werden kann.<sup>454</sup> Denn charakteristisch für den Erwerb der Software als Vermögensgegenstand ist das Recht auf zeitlich uneingeschränkte Nutzung sowie auf Weiterveräußerung; erst dann ist die Software dauerhaft in das Vermögen des Erwerbers übergegangen. Ein physischer Abgang von Vermögen kann demgegenüber weder bei Software noch bei sonstigen immateriellen Wirtschaftsgütern festgestellt werden; maßgeblich ist aber die Befugnis des Erwerbers, wie er mit ihnen verfahren kann. Dies ist auch der Grund, der hinter den noch zum alten Recht ergangenen Entscheidungen steht, den Softwarekauf selbst beim Überspielen über ein Datennetz als Sachkauf zu behandeln. Dann aber muß auch beim Erwerb von Open Source Software berücksichtigt werden, daß der die Software Verschaffende gerade sein bestehendes Recht an der Software vergibt, allerdings unter gewissen Auflagen.<sup>455</sup> Eben dieses Recht ist der eigentliche Vermögensgegenstand, die Zuwendung im Sinne des § 516 I BGB, über den der Veräußerer der Open Source Software unentgeltlich verfügt. Der Wert des des Open Source Softwarevertrages liegt daher nicht in der Verschaffung einer Sache, etwa als auf einem Datenträger gebundene Datei, sondern vielmehr in der Übertragung der unkörperlichen Daten mit den entsprechenden Rechten an diesen.<sup>456</sup> Daher ist der Erhalt von Sachsubstanz für den Erwerber nachrangig; umgekehrt aber auch die physische Entreicherung des Schenkers. Das neue Schuldrecht hat die Gleichstellung von Sach- und Rechtskauf bzw. die (weitgehende) Unerheblichkeit einer Verkörperung im Bereich der Veräußerungsverträge durch § 453 BGB anerkannt.<sup>457</sup> Zwar zeichnet sich die Open Source Software bzw. die GPL nur durch die Einräumung eines Nutzungsrechts aus, die den Nutzer nicht zum Ausschluß von anderen an der Software berechtigt, sondern nur zu deren Veränderung und Weiterverbreitung; dennoch entspricht seine Stellung weitgehend derjenigen eines „Eigentümers“, da er mit der Software machen darf, was er will. Er ist nur bei einer Weiterverbreitung verpflichtet, die Software wiederum unentgeltlich anzubieten.

Schwierig ist aber auch das für die Schenkung erforderliche Merkmal der *Unentgeltlichkeit* zu begründen: Zwar erlangt der Erwerber der Open Source Software die Software einschließlich der Verwertungsrechte kostenlos, somit unentgeltlich, doch muß er sich gleichzeitig den weitergehenden Pflichten der GPL unterwerfen, so daß Zweifel daran bestehen können, ob nicht doch eine Verknüpfung von Zuwendung und GPL vorliegt.<sup>458</sup> Doch können diese Pflichten nicht als Gegenleistung für die Überlassung der Software und der Nutzungsrechte angesehen werden,<sup>459</sup> da sie den Beschenkten nicht bereits mit der Leistung des Schenkers beschweren, so daß es an einer Gegenleistung fehlen würde. Vielmehr greifen die Pflichten aus der GPL erst ein, wenn der Beschenkte seinerseits die Software bearbeitet und weiterverbreiten will; solange sich der Beschenkte auf die Nutzung beschränkt, kann er die Software unentgeltlich erwerben, oh-

454 Dies erkennt auch *Deike*, CR 2003, 9, 15, s. auch *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82; *Diedrich*, CR 2002, 473, 475; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 103; *Kort*, DB 1994, 1505 ff.; vgl. auch BGH, Urteil v. 18.10.1989 - VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97, 101 = CR 1990, 24; anders *Bydliński*, AcP 198 (1998), 287, 305 ff., nach dem das Computerprogramm insgesamt als Sache anzusehen sein soll, weil es ohne Verkörperung nicht existieren kann.

455 Insoweit wie hier *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 141 f.; im Ergebnis ebenso *Schiffner*, Open Source Software, S. 228, allerdings nur auf marginale Kosten für den Schenkenden, wie Energiekosten etc. abstellend.

456 Für die Softwareherstellungsverträge *Junker/Benecke*, Computerrecht, Rn. 156; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 82 f.; vgl. auch *Diedrich*, CR 2002, 473, 477 f.; *Bartsch*, CR 2001, 649, 655; *Thewalt*, CR 2002, 1, 7; vgl. auch *Bartsch*, CR 2001, 649, 655; *Kort*, DB 1994, 1505, 1508; *Bornemann*, DB 1991, 2545; *Sprau* in Palandt BGB 62. Aufl. 2003 § 651 Rn. 5; anders wohl *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 56 f. unter Berufung auf BGH; Urteil v. 14.07.1993 - VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 ff., in welcher der BGH auf die Verschaffung von Individualsoftware Werklieferungsvertragsrecht angewendete, also die Sachqualität mit berücksichtigt.

457 Allerdings mit der wichtigen Ausnahme der Werklieferungsverträge, die nach wie vor auf die Verkörperung abstellen, s. dazu näher *Spindler/Klöhn*, VersR 2003, 273, 274; s. auch *Mansel*, NJW 2002, 89, 96; *Reinkenhof*, JURA 2002, 433, 437; *Koch*, CR 2001, 569, 574; *Thewalt*, CR 2002, 1, 3; *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, JZ 2001, 684, 692.

458 *Sester*, CR 2000, 797, 799 f.; dies räumen im Grundsatz auch *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 847 ein.

459 So aber *Sester*, CR 2000, 797, 800; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334 f.

ne daß er Pflichten zu erfüllen hätte.<sup>460</sup> Der Beschenkte erhält vielmehr einen Vermögensgegenstand, der von vornherein auf bestimmte Verwertungsrechte beschränkt ist.<sup>461</sup>

Die Unentgeltlichkeit könnte ferner im Hinblick auf die ökonomischen Sachzusammenhänge der Open Source Software bezweifelt werden, da die gemeinsame Entwicklung und deren kostenlose Weitergabe letztlich auf dem Ziel beruht, Alternativen zu einem bestehenden Betriebssystem auf dem Markt durchzusetzen und so selbst eigene Produkte, seien es Beratungen, Install-Packs, Support etc. kostenpflichtig anzubieten. Anders formuliert kann die kostenlose Weitergabe dahinter stehenden wirtschaftlichen Erwerbszwecken dienen.<sup>462</sup> Daraus bzw. aus der Interessenkonvergenz der Entwickler ableiten zu wollen, daß grundsätzlich alle Beziehungen von Entwicklern und Nutzern in einer Einheit zu betrachten seien, die sich der BGB-Gesellschaft annähern,<sup>463</sup> schösse allerdings über das Ziel hinaus. Die gemeinsame, unentgeltliche Entwicklung entspricht vielmehr dem Versuch einer Schaffung neuer technologischer Pfade und Standards, auf deren Basis dann eigene („proprietäre“) Lösungen angeboten werden. Derartige Standards können sowohl durch einzelne Unternehmen am Markt durchgesetzt als auch durch gemeinsame, „kostenlose“ Entwicklungen festgelegt werden, wie die bekannten technischen Normen eindrucksvoll demonstrieren. Eine nur durch ein übergeordnetes, allgemeines Interesse definierte Gemeinschaft erreicht aber noch nicht den für eine rechtlich verfaßte Gesellschaft erforderlichen Verbindlichkeitsgrad – und spricht demgemäß auch nicht dagegen, dem Unentgeltlichkeitscharakter bei den einzelnen Vertragsbeziehungen Rechnung zu tragen.<sup>464</sup>

Problematisch ist allerdings die Abgrenzung zu einer *Schenkung mit Auflagen*, die nach § 518 BGB der notariellen Form bedürfte.<sup>465</sup> Eine solche Auflage könnte in den Pflichten der GPL erblickt werden, die den Bearbeiter einer Open Source Software dazu anhält, diese wiederum unter die GPL zu stellen und unentgeltlich anzubieten. Dagegen spricht allerdings die Konstruktion des § 4 GPL, der die Nutzungsrechte entzieht, wenn gegen die Bestimmungen der GPL verstoßen wird, aber keine eigenständigen Erfüllungsansprüche enthält, wie sie für Auflagen, die gerade der Absicherung des Schenkers dienen, eigentlich charakteristisch sind.<sup>466</sup> Anders formuliert kann der Urheber nicht die Erfüllung der Pflichten nach der GPL durchsetzen, es wird einzig eine negative Sanktion in Gestalt des Fortfalls der Nutzungsrechte vorgesehen. Selbst wenn man § 518 BGB als einschlägig erachten sollte, wird der Formmangel doch mit dem Vollzug, also der Einräumung der Rechte geheilt. Da der Abschluß des Lizenzvertrages praktisch uno actu mit der Einräumung der Rechte zusammenfällt, ist praktisch stets ein Formmangel geheilt, allerspätestens mit Ausnutzung der Rechte. Dagegen scheiden andere Konstrukte, wie ein *Vertrag sui generis*,<sup>467</sup> aus, da die von den Parteien zu erbringenden Leistungen weitestgehend dem Schenkungsvertragsrecht unterstellt werden können. Abgesehen hiervon bleibt fraglich, welchen Regelungen der Vertrag sui generis folgen sollte, da der überwiegend unentgeltliche Charakter auch hier Berücksichtigung finden

460 Insoweit zutr. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 143; *Deike*, CR 2003, 9, 15.

461 S. *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 847, die von „nachhängenden Verpflichtungen“ sprechen.

462 Zweifel auch bei *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 52 f.

463 So *Sester*, CR 2000, 797, 800 f.; zurückhaltender, wenngleich in eine ähnliche Richtung *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 54 f., der offenbar einen Vertragstyp sui generis mit verschiedenen Elementen aus der Personengesellschaft und dem Schenkungsvertrag annehmen möchte.

464 Nota bene: Damit ist nicht ausgeschlossen, in einzelnen Fällen etwa der Miturheberschaft eine BGB-Gesellschaft anzunehmen. Eine BGB-Gesellschaft jedoch zwischen jedem, auch dem sukzessiven Entwickler anzunehmen, widerspricht jedoch schon der oben Rn. ④ skizzierten urheberrechtlich voneinander unabhängigen Stellung der jeweiligen Entwickler, insbesondere hinsichtlich der entsprechenden Verbotsrechte jedes einzelnen Entwicklers.

465 Für eine derartige Qualifizierung *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 334.

466 *Sester*, CR 2000, 797, 799; dies räumen auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 143 f. ein.

467 Für Vertrag sui generis dagegen *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 335.; ähnlich *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 55 f.

dürfte.<sup>468</sup> Auch eine sich stetig fortentwickelnde BGB-Gesellschaft, die auch die Erwerber der Open Source Software umschließen würde, oder ein ähnliches rechtliches Konstrukt mit gesellschaftsrechtlichen Elementen<sup>469</sup> muß ausscheiden. Denn eine solche Gesellschaft enthält die notfalls durchsetzbare Pflicht, zu einem gemeinsamen Ziel beizutragen und dieses zu fördern. Daran fehlt es jedenfalls bei einem Erwerber, der die Software lediglich benutzen und nicht weiterbearbeiten oder verbreiten will.<sup>470</sup>

### 3. FERNABSATZ VON OPEN SOURCE SOFTWARE

Auch im Falle des isolierten Vertriebs von Open Source Software kann der Verbraucherschutz der §§ 312c ff. BGB eingreifen, wenn der Vertrieb mit Hilfe von Fernkommunikationsmitteln erfolgt, was bei einem Download von einer Web-Site typischerweise der Fall ist. Anders als etwa das Haustürwiderrufsrecht nach § 312a beschränkt sich § 312c BGB auch nicht etwa auf entgeltliche Verträge; es genügt, daß ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher zustande kommt.<sup>471</sup> Zu erwägen ist indes, den Anwendungsbereich der §§ 312b ff. BGB zumindest dann auf entgeltliche Verträge zu begrenzen, wenn der Verbraucher durch die Leistung nicht belastet ist und, soweit es sich um Dauerschuldverhältnisse handelt, ein sofortiges Kündigungsrecht besteht.<sup>472</sup> Denn in diesen Fällen ist der Verbraucher nicht schutzbedürftig.<sup>473</sup> Erforderlich ist jedenfalls, daß der Vertragspartner des Verbrauchers tatsächlich als Unternehmer qualifiziert werden kann, was gerade bei Open Source Software mit einer Vielzahl von Entwicklern unterschiedlicher Ausrichtung fraglich sein könnte. Da indes die Entwicklung der Open Source Software nicht völlig altruistisch erfolgt (s. Rn. 4 mwNachw.), kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß die Entwickler bzw. Urheber der Open Source Software als Unternehmer zu qualifizieren sind.

Das Widerrufsrecht nach dem FernAbsG scheidet aber aus, wenn die Open Source Software als Download bereitgestellt ist. Denn der Gesetzgeber hat Software, soweit sie nicht auf einem Datenträger geliefert wird, der im Sinne von § 312d IV Nr. 2 BGB versiegelt ist, als nicht zur Rückgabe geeignete Ware nach § 312d IV Nr. 1 BGB eingestuft und damit für diese Vertriebsart das Widerrufsrecht ausgeschlossen.<sup>474</sup> Wenngleich eine Rücksendung entgegen der Gesetzesbegründung technisch möglich ist,<sup>475</sup> rechtfertigt sich dieser Ausschluß des Widerrufsrecht beim Download von Software. Denn der Kunde kann diese vor der Rücksendung ohne weiteres kopieren bzw. die bei ihm verbleibende Datei einfach behalten. Darüber hinaus wäre die Ungleichbehandlung der Downloads im Vergleich zum Vertrieb von entsiegelten Datenträgern, bei denen ein Widerrufsrecht schon nach § 312d IV Nr. 2 BGB nicht besteht, ungerechtfertigt.<sup>476</sup> Die Mißbrauchsfahrt ist hier die gleiche.

Davon unberührt bleiben die Informationspflichten, die sich aus § 312c für Fernabsatzverträge und generell für den elektronischen Rechtsverkehr aus § 312e ergeben, die hier aber nicht vertieft werden können.<sup>477</sup>

468 So gibt *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 335 nicht an, welche Regelungen er für den Vertrag für einschlägig hält.

469 So *Sester*, CR 2000, 797, 801; ähnlich *R.H.Weber*, FS Honsell 2002, S. 41, 55 f.

470 Zutr. *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 144 f.

471 *Wendehorst* in: MünchKomm BGB § 312b Rn. 23.

472 *Lütcke*, Fernabsatzrecht, § 312b Rn. 56, a.A. *Härtling*, FernAbsG § 1 Rn. 43; nach *Lütcke*, a.a.O. soll eine Belastung des Verbrauchers etwa dann vorliegen, wenn er unentgeltlich Waren zugesandt bekommt, die einer Entsorgung bedürfen.

473 *Lütcke*, Fernabsatzrecht, § 312b Rn. 56.

474 BT-Drucks. 14/2658 S. 44; *Wendehorst* in: MünchKomm BGB § 312 b Rn. 23; *Ring* in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht - Ein Lehrbuch, § 12 Rn. 79.

475 So auch *Lütcke*, Fernabsatzrecht, § 312d Rn. 73; *Piepenbrock/Schmitz*, K&R 2000, 378, 385.

476 *Meents*, CR 2000, 610, 613; *Piepenbrock/Schmitz*, K&R 2000, 378, 385; vgl. auch *Wendehorst* in: MünchKomm BGB § 312d Rn. 31; kritisch *Lütcke*, Fernabsatzrecht, § 312d Rn. 73.

477 Zu den aus § 312e sich ergebenden Pflichten und Ansprüchen s. *Spindler*, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 459 ff. mwNachw.

### 4. DIE GEWÄHRLEISTUNG FÜR OPEN SOURCE SOFTWARE

Softwareüberlassungsverträge führen sowohl in der Theorie als auch in der Praxis häufig zu besonderen Problemen im Bereich der Gewährleistung, sei es bei individuell oder standardisiert erstellter Software. Dabei muß angesichts der auch nach der Schuldrechtsreform verbliebenen Unterschiede in den Gewährleistungsrechten zwischen den verschiedenen Formen der Softwareerstellung und -überlassung differenziert werden.<sup>478</sup> Ausgegangen werden kann hier von der unentgeltlichen Überlassung von Nutzungsrechten unter den oben geschilderten Bedingungen, nicht aber von dem unentgeltlichen Vertrieb;<sup>479</sup> die Auswirkungen von gemischten Verträgen unter Einschluß von Open Source Software sind daher gesondert zu behandeln.

#### a) DIE GESETZLICHE GEWÄHRLEISTUNG

Da die Hingabe der Software zur freien Nutzung und die Einräumung der Nutzungsrechte unentgeltlich erfolgt, liegt die Qualifizierung des Vertrages – wie dargestellt (Rn. 186 ff.) – als Schenkung nahe. Für die vertragliche Gewährleistung beschränkt sich die Verantwortlichkeit des Schenkers für Mängel der Software damit nach § 524 BGB auf arglistig verschwiegene Fehler und für fehlende Nutzungsrechte gem. § 523 BGB auf positive Kenntnis von entgegenstehenden Rechten Dritter.<sup>480</sup> Eine gewisse Ausdehnung erfährt die Gewährleistung durch die Rechtsprechung, indem die Grenze zur groben Fahrlässigkeit zunehmend aufgeweicht, etwa durch die Erstreckung der Haftung auf Angaben „ins Blaue hinein“.<sup>481</sup>

Seit Inkrafttreten des neuen Schuldrechts ist der subjektive Fehlerbegriff für die Beurteilung, ob ein Mangel vorliegt, nach § 434 I S. 1. und 2 Nr. 1 BGB gesetzlich vorgeschrieben.<sup>482</sup> Bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit von Software kann daher zunächst die Produkt- und Leistungsbeschreibung bzw. das Pflichtenheft, einen ersten Ansatzpunkt für die Bestimmung des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs der Software (insbesondere der Standardsoftware) darstellen.<sup>483</sup> Gerade im Open-Source Bereich fehlt es aber regelmäßig an einer solchen individuellen Beschaffenheitsvereinbarung und damit an einem Anknüpfungspunkt für den subjektiven Fehlerbegriff. Für die Fehlerbestimmung kann daher allein auf objektive Kriterien, d.h. gem. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB darauf zurückgegriffen werden, ob sich die Sache für eine gewöhnliche Verwendung eignet und die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten kann.<sup>484</sup> Dieser ist im Softwarebereich wegen der grundsätzlichen Unvermeidbarkeit von Fehlern<sup>485</sup> mit erheblichen Problemen behaftet.<sup>486</sup> Die Bedeutung dieser Problematik ist im Schenkungsrecht allerdings

478 Dies gilt insbesondere für die Unterschiede in der kauf- und der werkvertraglichen Gewährleistung; vgl. dazu *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 256 ff.; *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 f.; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 592 ff. (für die Softwareüberlassung nach Kaufrecht), Rn. 669 ff. (für die Erstellung von Software); *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. H, Rn. 234 ff. (für die Erstellung von Software), Kap. J Rn. 235 ff. (für die Softwareüberlassung nach Kaufrecht).

479 Dies scheinen aber *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 139 ff. zu unterstellen, wenn sie allein auf die Unentgeltlichkeit der Lizenzinräumung abstellen, um zur Schenkung zu gelangen.

480 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 151.

481 Vgl. zu den sog. Angaben ins Blaue hinein BGH, Urteil v. 21.01.1975 - VIII ZR 101/73, BGHZ 63, 382, 388; BGH, Urteil v. 11.06.1979 - VIII ZR 224/78 BGHZ 74, 383, 391 f.; BGH Urteil v. 16.03.1977 - VIII ZR 283/75, NJW 1977, 1055; BGH, Urteil v. 18.03.1981 - VIII ZR 44/80, NJW 1981, 1441; BGH, Urteil v. 26.09.1997 - V ZR 29/96, NJW 1998, 302.

482 *Büdenbender* in: AnwKomm., § 434, Rn. 6; *Büdenbender* in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, § 8 Rn. 29; *Huber* in: Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung,

483 *Marly*, Softwareüberlassungsverträge Rn. 707 f.; *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 261; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, D Rz. 1346

484 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 261; *Bartsch*, CR .2001, 649, 653; vgl. allgemein zur Geltung des objektiven Fehlerbegriffs nach dem neuen Schuldrecht *Büdenbender* in Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.) Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, 2002, § 8 Rn. 30; *Huber* in: Huber/Faust (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung, 12. Kap. Rn. 31 ff.; *Hoeren* in: v. Westphalen (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 41, 45; *Haas*

485 Vgl. dazu *Marly*, Softwareüberlassungsverträge Rn. 714 ff.; *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 265; *Hoeren* in: v. Westphalen (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 42.

486 Zu den typischen Softwaremängeln vgl. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge Rn. 733 ff.; *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 270 ff.; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts, Kap. D Rz. 733 ff.

gering. Da hier die typischen – verschuldensunabhängigen – Gewährleistungsrechte wie Minderung, Wandlung oder Nachbesserung<sup>487</sup> auscheiden, bezieht sich die Gewährleistungsfrage im Open Source Bereich allein auf – verschuldensabhängige – Schadensersatzfälle. Solche Ansprüche nach §§ 523, 524, 280 ff. BGB – etwa bei Schäden durch virenverseuchte Open Source Software – stellen aber nicht allein auf den Fehlerbegriff ab, sondern ermöglichen eine entsprechende Haftung nur bei arglistigem Verhalten und Verschulden. Der Fehlerbegriff bleibt zwar nach wie vor Anspruchsvoraussetzung und gewinnt aufgrund des Wegfalls der Erheblichkeitsgrenze gerade im Softwarebereich eine ganz neue Bedeutung.<sup>488</sup> Allerdings können hier auftretenden Dissonanzen gerade bei unerheblichen Fehlern im Rahmen des Verschuldens ausgeglichen werden. Zu etwaigen Mängeln kann jedenfalls nicht eine fehlende Dokumentation zählen, auch nicht eine fehlende Dokumentation von Änderungen.<sup>489</sup> Denn die GPL sieht hier keine Pflicht zur Erstellung einer solchen Dokumentation und zu deren Weitergabe bzw. Veröffentlichung vor, ebensowenig der Einräumung von Rechten an der Dokumentation. Nur wenn eine derartige Dokumentation besteht, kann urheberrechtlich der nächste Erwerber die Einwilligung verlangen, sie wie die eigentliche Software zu verbreiten oder zu verändern (s. oben Rn. 50).<sup>490</sup>

#### b) DER GEWÄHRLEISTUNGSAUSSCHLUß IN DER GPL

Demgegenüber enthält die GPL in Ziff. 11 einen umfassenden Gewährleistungsausschluß.<sup>491</sup> Dieser völlige Ausschluß der Gewährleistung verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB, sofern man die Software als die Lieferung neu hergestellter Sachen begreift,<sup>492</sup> sowie gegen § 307 II Nr. 1 BGB, da vertragswesentliche Pflichten abbedungen würden. Zwar weist das Schenkungsrecht – wie dargelegt – nur rudimentäre Gewährleistungsansprüche auf, doch würden selbst diese von § 11 GPL erfaßt, so daß die Klausel insgesamt nichtig sein muß. Demgegenüber gelangt § 475 BGB (Verbrauchsgüterkauf) mangels Kaufvertrag nicht zur Anwendung.<sup>493</sup> Aber auch im kaufmännischen Rechtsverkehr verstößt der völlige Ausschluß der Gewährleistung Recht gegen § 307 BGB, indem der Vertragspartner unbillig benachteiligt wird.<sup>494</sup> Demgemäß bestehen auch wenig Zweifel daran, daß § 11 der GPL nach deutschem (und europäischen) Recht unzulässig ist.<sup>495</sup>

487 Ausführlich zu diesen rechten bei proprietärer Software: *Hoeren* in: v. Westphalen (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 69 ff.

488 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 265; *Goldmann/Redeke*, MMR 2002, 3 f.; *Koch*, CR 2001, 569, 571; *Büdenbender* in *Anw-Komm*, § 434, Rn. 21; *Huber* in: *Huber/Faust* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung, 12. Kap., Rn. 66.

489 Zu den Dokumentationspflichten des Veräußerers ausführlich *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 190 ff.; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts A Rz. 74.

490 Siehe auch *F.A.Koch*, CR 2000, 273, 274 f.

491 „1. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM „AS IS WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.“

492 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 396 (für den Kaufvertrag); fraglich ist dabei, ob der Sachbegriff des § 309 Nr. 8 b) aa) BGB derart weit zu verstehen ist, wie dies für § 11 Nr. 10 a) AGBG der Fall war; s. dazu *Ulmer* in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGBG Anh.* §§ 9 - 11 Rn. 273; dagegen bestehen aufgrund der Neufassung des § 651 BGB erhebliche Zweifel, der die alte Diskussion um die Verkörperung wieder auferstehen lässt; dazu *Lejeune*, K&R 2002, 441, 446 f.; *Mansel*, NJW 2002, 89, 96; *Reinken*, JURA 2002, 433, 437; *Koch*, CR 2001, 569, 574; *Thewalt*, CR 2002, 1, 3 *Spindler/Klöhn*, VersR 2003, 273, 273 f.; *Grzeszik*, MMR 2000, 412 (415); ausführlich zu Gewährleistungsbeschränkungen bei Software *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1130 ff., *Hoeren* in: v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 105 ff.

493 Zu den Besonderheiten des Verbrauchsgüterkaufs bei Softwareüberlassungsverträgen vgl. *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 308 ff.

494 BGH, Urteil v. 29.10.1997 - VIII ZR 347/96, NJW 1998, 677, 678; BGH, Urteil v. 14.07.1993 VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 2438; BGH, Urteil v. 26.11.1984 - VIII ZR 214/83, BGHZ 93, 29, 62; BGH, Urteil v. 12.01.1994 - VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1004, 1005; LG Karlsruhe, Urteil v. 02.05.1995 - 3 O 41/95, CR 1996, 290; *Hensen* in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGBG* § 11 Nr. 10a Rn. 26; *Wolf* in: *Wolf/Horn/Lindacher AGBG* § 11 Nr. 10a Rn. 31 *Basedow* in: *MünchKomm BGB* § 307 Rn. 66 ff.

495 Vgl. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 150 f.; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 150 f.; anders wohl *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 340, der die Veräußerung der Open Source Software nicht als Veräußerungsvertrag begreift, der unter die Kontrolle nach § 309 Nr. 8 b) BGB fällt.

Die GPL versucht zwar dem *globalen Rechtsanwendungsrisiko* dadurch zu entinnen, daß für den Haftungs- und Gewährleistungsausschluß der Zusatz „soweit gesetzlich zulässig“<sup>496</sup> aufgenommen wird; doch steht einer geltungserhaltenden Reduktion über entsprechende salvatorische Klauseln die – zutreffende – einhellige Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von AGB<sup>497</sup> und die Forderung nach klarer Darstellung der Rechtslage in den AGB selbst entgegen.<sup>498</sup> Allein das Problem beim weltweiten Vertrieb von Software via Internet sich mit den verschiedensten nationalen Rechtsordnungen auseinanderzusetzen,<sup>499</sup> kann nicht dem Konsumenten die Last aufbürden, selbst den Umfang seiner Rechte durch Vergleich der AGB mit der eigenen Rechtsordnung ermitteln zu müssen; gerade diese Informationsungleichgewichte sind (ein) Anlaß für die Inhaltskontrolle entsprechender Klauseln.

#### c) GEWÄHRLEISTUNGSADRESSAT

Grundsätzlich ist nur der Vertragspartner des Erwerbers der Open Source Software verpflichtet, für Mängel oder entgegenstehende Nutzungsrechte Dritter einzustehen. Bei Open Source Software besteht jedoch – wie gezeigt – eine Vielzahl von Urhebern, die in einer *Massen-BGB-Gesellschaft* aufgehen können. Im Prinzip ist daher – bei gemeinschaftlicher Entwicklung – die BGB-Gesellschaft als Miturhebergemeinschaft oder die Gesamthandsgemeinschaft als Vertragspartner auch verpflichtet, die Gewährleistungsansprüche zu erfüllen.<sup>500</sup> Daraus folgt aber auch, daß wegen der akzessorischen Haftung der BGB-Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft jeder einzelne Urheber für die Erfüllung aller Verpflichtungen herangezogen werden kann,<sup>501</sup> sofern es gelingt, ihn namhaft zu machen.

Bei *sukzessiver Entwicklung* dagegen muß mangels Gesamthandsgemeinschaft und gesellschaftsrechtlicher Verflechtung jeder einzelne Urheber für den Teil, der auf ihn entfällt, haftbar gemacht werden – ein in der Praxis aussichtsloses Unterfangen. Zwar ist bei vertikal arbeitsteiligen Herstellungsprozessen üblicherweise der Letzte in der Kette der Vertragspartner des Erwerbers und damit aus schuldrechtlicher Sicht auch der einzig Verantwortliche. Bei Open Source Software erfolgt der Abschluß des Lizenzvertrages aber immer nur für die jeweiligen Teile des Werkes direkt mit dem Urheber, und zwar auch bei sukzessiver Entwicklung, so daß der letzte Entwickler schuldrechtlich nur hinsichtlich seiner Teile einstehen muß.

## 5. DIE VERTRAGLICHE HAFTUNG

Auch wenn Schenkungsrecht Anwendung findet, bedeutet dies nicht, daß der Schenker von jeglicher Haftung frei wäre. Vielmehr haftet er nach § 521 BGB für Vertragsverletzungen (zumindest) bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.<sup>502</sup> In Betracht kommen hier vor allem Schäden aufgrund der Verletzung einer nebenvertraglichen Schutzpflicht, nicht jedoch für Mangelfolgeschäden. Zwar wird die Haftung für Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform einheitlich dem Tatbestand der Verletzung einer Vertrags-

496 „...TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW.“

497 S. dazu BGH, Urteil v. 16.10.1984 - X ZR 97/83, NJW 1985, 319, 320; BGH, Urteil v. 24.09.1985 - VI ZR 4/84, NJW 1986, 1610, 1612; BGH, Urteil v. 18.11.1988 - V ZR 75/87, NJW 1989, 831, 833; BGH, Urteil v. 13.01.1994 - IX ZR 79/93, NJW 1994, 864; BGH, Urteil v. 03.11.1999 - VIII ZR 269/98, NJW 2000, 1110, 1113; vgl. auch *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts J Rz. 255.

498 *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141, 150; *Metzer/Jaeger GRUR* Int. 1999, 839, 847; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 150 f.; *Deike*, CR 2003, 9, 14; anders *Sester*, CR 2000, 797, 805; *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 340, die darin nur einen Verweis auf das jeweilige nationale Recht sehen, wohl beschränkt auf den internationalen Geschäftsverkehr; diesen folgend *Schiffner*, Open Source Software, S. 242.

499 So aber *Sester*, CR 2000, 797, 804, im Anschluß an *F.A.Koch*, CR 2000, 333, 340.

500 Vgl. zur Rechtsstellung der Miturhebergemeinschaft eingehend *Sontag*, Das Miturheberrecht, S. 15 ff.; *Thum* in: *Wandtke/Bullinger UrhR* § 8 Rn. 21 ff.; *Loewenheim* in: *Schricker UrhR* § 8 Rn. 10 ff.; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann, UrhR* § 8 Rn. 14 ff.

501 S. zur neueren Rechtsprechung BGH Urteil v. 29.01.2001 - II ZR 331/00, NJW 2001, 1056 ff., (Anwendung von § 128 HGB analog); dazu ausführlich *Hadding*, ZGR 2001, 712 ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585 ff.; *K.Schmidt*, NJW 2001, 993, 998 f.

502 Vgl. *F.A.Koch* CR 2000, 333, 340; *Deike*, CR 2003, 9, 15; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 155.

pfligt unterstellt, doch stellt die spezifisch Sachmängel betreffende Vorschrift des § 524 BGB eine dem § 521 BGB vorgehende Spezialregelung dar, so daß der Schenker für Mängel nur im Rahmen des arglistigen Verschweigens einzutreten hat. Da § 524 BGB ersichtlich auf die kaufvertraglichen Regelungen Bezug nimmt, muß davon ausgegangen werden, daß die alten Abgrenzungsprobleme zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden insoweit mit Gültigkeit auch für das Schenkungsrecht durch die Schuldrechtsreform aufgehoben wurden, mit der Folge, daß der Schenker bei Mangelfolgeschäden nur bei arglistigem Verschweigen des Mangels haftet.

Keine Bedeutung hat in diesem Zusammenhang die über den Gewährleistungsausschluß hinausgehende *Klausel in § 12 der GPL*, die den Open Source Software Entwickler von jeglicher Haftung befreien möchte, ohne daß eine Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz erkennbar wäre.<sup>503</sup> Bereits nach § 276 III BGB ist die Bestimmung unzulässig, da es selbst individualvertraglich keinen Haftungsausschluß für Vorsatz geben kann. Zudem scheidet der Ausschluß an § 309 Nr. 7 BGB.<sup>504</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, daß Open Source Software unentgeltlich abgegeben wird, da § 309 Nr. 7 BGB für jeden Vertragstypus eingreift, da grundlegende Interessen des Vertragspartners geschützt werden sollen, insbesondere hinsichtlich der Integrität seiner Rechtsgüter.<sup>505</sup> Auch im kaufmännischen Rechtsverkehr ist eine derartige Klausel, die die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ausschließt, unzulässig.<sup>506</sup> Darüberhinaus würde die genannte Klausel der GPL auch einen Haftungsausschluß für *Verletzungen von Körper und Gesundheit* erfassen, der nach § 309 Nr. 7 a) BGB selbst bei fahrlässigen Pflichtverletzungen unwirksam ist.<sup>507</sup> Die Klausel der GPL wird auch nicht dadurch gerettet, daß sie einen Vorbehalt zugunsten des anwendbaren Rechts enthält; hier verfangen dieselben Gründe, wie sie oben bezüglich der Gewährleistung dargelegt worden sind (Rn. 201).

## 6. BESONDERHEITEN BEIM DOWNLOAD ÜBER DRITTE (HOSTING)

Stellen Dritte<sup>508</sup> Open Source Software auf ihren Web-Seiten zusammen und halten sie diese zum Download bereit, ergeben sich leichte Modifizierungen der geschilderten Rechtslage: Die Nutzungsrechtseinräumung erfolgt weiterhin direkt durch den Urheber; allenfalls kann der Dritte als Bote des Urhebers angesehen werden, da der Dritte selbst die Software weiterverbreitet und ihm hierzu die Rechte nach der GPL eingeräumt werden. Zweifelhaft ist allerdings, ob das Recht auf Zugänglichmachung davon umfaßt wird (s. dazu oben Rn. 102).<sup>509</sup> Sofern man den Dritten (Hoster) überhaupt als eine Art schenkenden Händler ansehen kann, was nur bei entsprechendem Auftreten anzunehmen ist,<sup>510</sup> erhält er die Software meist per Schenkung – allerdings je nach vor-

503 § 12 GPL: „IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.“

504 Zutr. *Omsels*, FS Hertin 2000, S. 141 ff., 151; *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 155; *Metzger/Jaeger* GRUR Int. 1999, 839, 846; *Deike*, CR 2003, 9, 14; nach *Sester*, CR 2000, 797, 805 ist ein Haftungsausschluß nur bis zur Grenze der schlichten Fahrlässigkeit wirksam; anders *F.A.Koch* CR 2000, 333, 340.

505 *Wolf*, in: *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 11 Nr.7 Rn. 2; *Basedow* in: *MünchKomm BGB* § 309 Nr. 7 Rn. 8.

506 BGH Urteil v.12.10.1995 - I ZR 172/93, NJW 1996, 1407; *Brandner* in: *Ulmer/Brandner/Hensen* AGBG § 9 Rn. 149; *Wolf* in: *Wolf/Horn/Lindacher* AGBG § 11 Nr. 7 Rn. 45; für die Freizeichnung bei der Haftung von Erfüllungsgehilfen vgl. BGH, Urteil v. 19.01.1984 - VII ZR 220/82, BGHZ 89, 363, 366; BGH Urteil v. 03.07.1985 - VIII ZR 102/84, 95, 170, 182 f. aber auch BGH, Urteil v. 03.03.1988 - IX ZR 54/86, NJW 1988, 1785.

507 Vgl. *Basedow* in: *MünchKomm BGB* § 309 Nr. 7, Rn. 19; *Heinrichs* in: *Palandt* BGB § 309 Rn. 40; *Dauner-Lieb* in: *AnwKomm BGB* § 276 Rn. 16.

508 Wie z.B. die Firma RedHat, s. [www.redhat.de](http://www.redhat.de).

509 Bejahend *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 161.

510 In der Regel begründet das Hosting nicht die Eigenschaft des Providers als Händler, s. zu den vergleichbaren Fragen im Haftungsrecht *Spindler* in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), *Handbuch Multimediarecht*, Kap. 29 Rn. 307 ff.

hergehendem Erwerbsvorgang. Zwischen dem Erwerber und dem Dritten greift dann wiederum ein Schenkungsvertrag ein, da der Erwerber die Software und die Verfügungsbefugnis vom Dritten erhält.<sup>511</sup>

Für Mängel der Software haftet der Dritte nur in den Grenzen der §§ 523 f. BGB. Allerdings kann hier auch der Fall eintreten, daß die offerierte Software entgegen den Aussagen des Dritten nicht der GPL untersteht bzw. keine Rechte zur Veränderung etc. bestehen. Dann hat der Erwerber gegenüber dem Dritte nach § 523 BGB bei Arglist entsprechende Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche.

## II. GEMISCHTE VERTRÄGE

### 1. VERTRIEB VON OPEN SOURCE AUF DATENTRÄGERN

#### a) GEGENSEITIGE ABHÄNGIGKEIT DER VERTRÄGE

Gegenüber dem Download der Software aus dem Internet ergibt sich bei dem Vertrieb von Open Source Software auf einem Datenträger die Schwierigkeit, daß für die nicht auf die Software bzw. deren Nutzungsrechte bezogenen Kosten, z.B. die Kopier- und Materialkosten, nach der GPL ein Entgelt verlangt werden darf. Während die Übertragung der Nutzungsrechte unentgeltlich erfolgt, wird bezüglich des Erwerbs des Datenträgers damit auf jeden Fall ein Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB abgeschlossen. Es drängt sich die Frage auf, ob das Schenkungsrecht selbst bei Trennbarkeit der Leistungen noch neben Kaufvertragsrecht angewandt werden kann – anders formuliert, ob die Vertragsgegenstände dergestalt aufgespalten werden können.

Für die Nutzungsrechte soll es weiterhin bei einer *Handschenkung* verbleiben, da der diesbezügliche Lizenzvertrag erst mit der Wahrnehmung der erlaubten Nutzungen abgeschlossen werde. Zwar sollen der Vertrag über den Erwerb des Datenträgers sowie der Software mit der Handschenkung der Nutzungsrechte einen Typenkombinationsvertrag<sup>512</sup> darstellen, der ein Ganzes bilde. Für die jeweiligen Vertragsteile soll dann Schenkungs- oder Kaufvertragsrecht Anwendung finden.<sup>513</sup> Abgesehen von den oben skizzierten Bedenken (Rn. 186 ff.) kann eine derartige Differenzierung jedoch nur insoweit auf den einheitlichen Vertrag „Softwareerwerb“ angewandt werden, als die einheitliche Vertragsbasis nicht tangiert wird: Sollten etwa entgegen der Lizenzeinräumung Rechte Dritter an der Software bestehen, die eine Bearbeitung entgegen der GPL unterbinden könnten, würde nach § 523 BGB der Veräußerer nur für arglistiges Verschweigen haften, so daß der Erwerber bei fehlender Arglist des Veräußerers keine Rechte hätte, sich vom Vertrag über den Erwerb des Datenträgers und der Software zu lösen. Zwar erlangt der Erwerber schon mit der Überlassung der Software von Gesetzes wegen nach § 69d UrhG Rechte zu ihrer Benutzung, doch setzt dies (mangels gutgläubigem Erwerb von Urheberrechten im deutschen Recht) zunächst voraus, daß der Veräußerer überhaupt über entsprechende Urheberrechte an dem Programm verfügen kann.<sup>514</sup> Selbst wenn man den Lizenzvertrag der GPL nur auf die Einräumung zusätzlicher Urheberrechte bezieht, würde der Erwerber weniger erhalten, als er mit dem Kauf des Datenträgers und der Software erhofft hatte. Denn eine Software, deren Veränderung durch einen Dritten jederzeit untersagt werden kann, ist für den Erwerber unter

511 *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 161 f.

512 S. dazu *Heinrichs* in: *Palandt* BGB Vor § 305 Rn. 19 ff.; *Larenz/Canaris*, *SchuldR* BT Bd. II, Hb. 2, S. 46 ff.; *Löwisch* in: *Staudinger* BGB § 305 Rn. 9, 33, 34, 44; *Thode* in: *MünchKomm BGB* § 305 Rn. 62 ff.

513 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 157; wohl auch *Siepmann*, *Jur-PC* 163/1999, Abs. 139.

514 Letztlich auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 162, allerdings für den Fall des eingeschalteten Distributors.

diesen Bedingungen aber wertlos und mangelhaft, ebenso der entsprechende Datenträger. Demgemäß würde eine isolierte Betrachtung der Rechtsmängel des Lizenzvertrages dazu führen, daß der Veräußerer des Datenträgers mit der Software nicht dafür einstehen müßte, daß der Käufer den mit dem Erwerb verfolgten Zweck, nämlich der Nutzung einer Open Source Software, erreichen kann. Anders formuliert muß hinsichtlich des Mangelbegriffs die subjektive Vorstellung der Vertragsparteien berücksichtigt werden, die gerade auch durch die von der GPL eingeräumten Befugnisse gekennzeichnet wird.<sup>515</sup> Die Lizenzräumung und die Haftung der Veräußerer kann daher nicht derart voneinander getrennt werden, daß Erwerbsvertrag in seinem Gesamtpaket einerseits und GPL andererseits vollständig isoliert betrachtet werden.<sup>516</sup>

## b) GEWÄHRLEISTUNG

Qualifiziert man diesen Veräußerungsvertrag beim entgeltlichen Erwerb des Datenträgers und der Software als Kaufvertrag, gelangen die Gewährleistungsansprüche der §§ 434, 437 BGB zur Anwendung, wobei § 453 BGB gerade die Gleichstellung der atypischen Verträge mit dem Kaufvertrag über Sachen anstrebt.<sup>517</sup> Damit stehen dem Käufer aber alle Ansprüche zu, die das Kaufvertragsrecht gewährt, von der Nachbesserungspflicht über die Minderung bis hin zum Schadensersatzanspruch bei Mangel- und Mangelfolgeschäden. Nur wenn die Entgeltlichkeit ausdrücklich auf den Datenträger beschränkt und dem Käufer hinlänglich verdeutlicht wird, daß die darauf enthaltene Software geschenkt wird,<sup>518</sup> und der Veräußerer auch sonst keine produktpreisenden Aussagen über den Vertragsgegenstand trifft, kann für die Software selbst das Schenkungsrecht mit den entsprechenden Privilegierungen eingreifen.<sup>519</sup> Der in der GPL enthaltene Ausschluß der Gewährleistung hält – wie schon zuvor festgestellt – nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 309 Nr. 8 b) aa) bzw. § 307 II BGB stand.<sup>520</sup> Allerdings ist zu bedenken, daß die (typisierten) Erwartungen eines Käufers bei einer geschenkten oder sehr preisgünstig abgegebenen Software geringer sein werden als bei einer kommerziell vertriebenen Software; welche konkreten Erwartungen hinsichtlich der Beschaffenheit berechtigt sind, wird indes häufig vom Einzelfall, insbesondere auch von Angaben der Händler oder anderer (Entwicklergemeinschaften, entsprechende Internet-Plattformen) abhängen.<sup>521</sup>

Darüberhinaus ist bei der Veräußerung an einen Verbraucher zu bedenken, daß über § 453 BGB, der das Kaufvertragsrecht insgesamt für anwendbar erklärt, auch die Regeln über den Verbrauchsgüterkauf eingreifen,<sup>522</sup> so daß selbst Individualabreden über einen Ausschluß der Gewährleistung unzulässig sein können. Hinzu kommen die in den §§ 476 ff. BGB enthaltenen Modifizierungen des allgemeinen Kaufvertragsrechts, insbesondere die Beweislastumkehr nach § 476 BGB.

Selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung nicht folgen und Schenkungsrecht im weitgehenden Umfang anwenden möchte, wäre an Auswahl- und Kontrollpflichten hinsichtlich der geschenkten Software zu denken, die sich auf die Zuverlässigkeit der

515 S. aber auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 159, die hier nur Schenkungsrecht anwenden wollen, allerdings wohl nur für den Fall, daß die Software direkt vom Veräußerer erstellt und damit er selbst die Urheberrechte auch besitzt (s. denn auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 163 für den Dritten bzw. Distributor).

516 Im Ergebnis ähnlich (Kaufvertragsrecht anwendbar) *Schiffner*, Open Source Software, S. 222 ff.

517 *Stichtenoth*, K&R 2003, 105, 106 ff. *Huber* in: *Huber/Faust* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung, 16. Kap. Rn. 1 ff.; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht.

518 Die GPL verlangt nur die unentgeltliche Weitergabe, beschränkt aber nicht das Verlangen von Entgelten für andere Dienste, Datenträgerkosten etc., so daß es in praxi darauf ankommt, ob dem Käufer ein Gesamtpreis genannt wird oder die verschiedenen Bestandteile getrennt aufgeführt werden.

519 Im Ergebnis ebenso *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 158; weitergehender *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs. 139: Schenkungsrecht (offenbar) immer anwendbar, dafür greifen aber Auswahl- und Kontrollpflichten ein.

520 Ebenso *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 158 f.; *Schiffner*, Open Source Software, S. 246 f.

521 Zutr. *Schiffner*, Open Source Software, S. 246 f.

522 Vgl. *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81, 84 f.; *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 308 ff.

Quelle, die Einhaltung der Urheberrechte bzw. die Erfassung durch die GPL sowie auf Kontrollen hinsichtlich der Virenfreiheit bezögen. So würde etwa das Ausspähen von Informationen über eine Open Source Software, die bei einer Bank eingesetzt wird, zu entsprechenden Ansprüchen gegenüber dem Händler führen, der die Zuverlässigkeit der Quelle, von der er das Programm bezogen hat, nicht geprüft hat.<sup>523</sup> Ebenso käme eine Haftung des Veräußerers als Sachwalter aus § 311 BGB in Betracht, wenn er das Produkt derart anpreist, daß es bestimmte Vorstellungen beim Käufer auslöst.

## c) HAFTUNG

Auch die Haftung verschärft sich gegenüber dem Ursprungsmodell des reinen Downloads der Software aus dem Internet. Denn durch die Anwendung des Kaufvertragsrechts muß der Veräußerer gem. §§ 440, 280 I BGB auch für Schäden einstehen, die durch die Software schuldhaft verursacht wurden, wobei der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform den alten Streit um die Abgrenzung von Mangel- und Mangelfolgeschäden weitgehend beseitigt hat.<sup>524</sup> Die entsprechenden Ausschlußklauseln der GPL verstoßen gegen § 309 Nr. 7 BGB und selbst bei entsprechend veränderten Klauseln ergäbe sich im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs ein Verstoß gegen § 475 BGB. Typische Anwendungsfälle derartiger Mangelfolgeschäden, die im Rahmen der Pflichtverletzung zu ersetzen wären, sind etwa Produktionsausfälle infolge funktionsuntauglicher Software oder wegen Virenbefall.<sup>525</sup> Allerdings wird der Veräußerer – vorbehaltlich der oben skizzierten Prüf- und Auswahlpflichten seiner Quellen (Rn. 212) – nicht gehalten sein, die Software selbst auf ihre Fehlerfreiheit zu untersuchen, solange er selbst nur als Händler auftritt, ohne entsprechende Erwartungen zu wecken, und auch keine diesbezüglichen Garantien gegeben werden.<sup>526</sup>

## 2. GEMEINSAMER VERTRIEB MIT PROPRIETÄRER SOFTWARE

Weitere Probleme können beim gemeinsamen Vertrieb von Open Source Software mit Software auftreten, die unter „proprietären“ Lizenzen steht: Hier gilt in noch stärkerem Maße als zuvor, daß ohne eine eindeutige Trennung von Open Source Software und proprietärer Software auf den Erwerb insgesamt Kaufvertragsrecht anzuwenden ist. Bei Vermischung von Software, die dazu führt, daß der Kunde kaum erkennen kann, welche urheberrechtlichen Befugnisse ihm für welche Software zustehen, kann er bei Inanspruchnahme durch den Urheber (der proprietären Software) Regreß bei seinem Vertragspartner nehmen. Denn diesen trifft die Pflicht, den Kunden über seine urheberrechtlichen Befugnisse zu unterrichten und möglichen Schaden von ihm etwa durch klare Trennung von proprietärer und freier Software abzuwenden.<sup>527</sup>

Erst recht ist Kaufvertragsrecht (bzw. Werkvertragsrecht) anwendbar, wenn der Distributor eigenständige Programme zur Open Source Software mit verkauft, die z.B. eine einfachere Installation bewerkstelligen sollen. Versagen diese Programme beim Einsatz oder richten sie entsprechenden Schaden an, kann sich der Distributor nicht auf Schenkungsrecht berufen;<sup>528</sup> dies gilt auch für die Open Source Software selbst, sofern diese

523 Insoweit zu Recht *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs. 139 ff., 143.

524 *Ernst* in: MünchKomm BGB § 280, Rn. 65; *Heinrichs* in: Palandt BGB § 280 Rn. 18; *ders.*, BB 2001, 1420; *Westermann*, NJW 2002, 241, 250; vgl. auch *Dauner-Lieb/Thiessen*, DStR 2002, 809, 813.

525 Zu letzterem s. auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 160, mit gleichem Ergebnis; ausführlich zur Virenverseuchung: *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 309 f.

526 So wohl auch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/6040 S. 210; ebenso *Heinrichs* in: Palandt BGB § 280 Rn. 19; *Haas* in *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht, Kap. 5, Rn. 227 ff.; *Haas*, BB 2001, 1313, 1317; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2001, 2535, 2536; vgl. zur Haftung bei der Übernahme einer Garantie durch den Händler *Dauner-Lieb* in: Anw-Komm BGB § 276 Rn. 18 ff.; *Faust* in: *Huber/Faust*, Schuldrechtsmodernisierung, 3. Kap. Rn. 21; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, Rn. 175; vgl. zum selben Ergebnis nach dem alten Schuldrecht BGH, Urt.v.25.9.1968 - VIII ZR 108/66, NJW 1968, 2238, 2239; BGH, Urteil v. 18.02.1981 - VIII ZR 14/80, NJW 1981, 1269, 1270.

527 *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs. 129.

528 *Siepmann*, Jur-PC 163/1999, Abs. 148.

in einem Paket mit der Software ohne exakte Trennung verkauft wurde.

### 3. VERTRIEB VON OPEN SOURCE MIT DIENSTLEISTUNGEN (SUPPORT)

Der wohl häufigste Anwendungsfall des Vertriebs von Open Source Software dürfte die Kombination der Software mit Handbüchern, weiterer Software und Support-Leistungen sein. In diesen Fällen schließt der Kunde einen einheitlichen Vertrag mit dem Anbieter ab, der zwar verschiedene Bestandteile enthält, insgesamt aber aufgrund der Bündelung der Leistungen nur in seiner Gesamtheit betrachtet werden darf. Da der Kaufpreis für das Gesamtangebot in der Regel über den reinen Materialkosten liegt und der Schwerpunkt in der Veräußerung der Software sowie der Handbücher etc. zu sehen ist, liegt ein Kaufvertrag vor, der mit dienstvertraglichen Elementen gemischt ist (Support).<sup>529</sup> Jegliche Haftungs- oder Gewährleistungsprivilegierungen des Schenkungsrechts scheiden hier angesichts der Verknüpfung der Leistungen aus.<sup>530</sup>

Die in der Praxis vorzufindenden *Gewährleistungsausschlüsse* scheitern hier ebenso wie die in der GPL enthaltenen Ausschlüsse.<sup>531</sup> Schon der Einbeziehung entsprechender AGB steht das Erfordernis der zumutbaren Kenntnisnahme entgegen, wenn die Lizenz bzw. der betreffende Gewährleistungsausschluß nicht bei Kaufvertragsabschluß erkennbar ist.<sup>532</sup>

Die Gewährleistungsansprüche beziehen sich sowohl auf etwaige Sachmängel der Open Source Software als auch auf Rechtsmängel, etwa hinsichtlich der Befugnis, entsprechend der GPL Veränderungen vorzunehmen, da die Software explizit mit diesen Befugnissen beworben wird und gem. § 434 I S. 3 BGB diese Angaben zu den Beschaffenheitsmerkmalen einer Sache und damit den vertraglich vereinbarten Eigenschaften zählen. Zwar liegt der Schwerpunkt im Dienstleistungsrecht; doch führt dies bei gemischten Verträgen gerade nicht dazu, Mängelgewährleistung und Haftung einzig dem Schwerpunkt des Vertrages zu unterstellen. Vielmehr muß spezifisch auf die betroffene Leistung des Gesamtvertrages bezogen der jeweilige Anspruch modifiziert werden. Für Gegenstände, die im Rahmen einer Dienstleistung geliefert werden, liegt hier die Anwendung des Kaufvertragsrechts nahe, da der Gesamtvertrag durch den entgeltlichen Charakter bestimmt wird, andererseits aber die Gewährleistungsansprüche des Dienstvertrages nicht auf gelieferte Sachen passen. Neben den Rechten auf Nachbesserung, Minderung und Rücktritt (§§ 439, 437, 440, 323 BGB) kann auch Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 440, 281 BGB verlangt werden, sofern dem Verkäufer ein Verschulden zur Last fällt, was bei einem gemeinsamen Angebot von Ware und Support angesichts der entsprechenden Sachwalterstellung des Veräußerers wesentlich eher anzunehmen sein wird als beim reinen Händler. Anders formuliert kann man nicht ein fehlerhaftes Produkt zunächst verschenken, um dieses dann über die ebenfalls vertriebene Beratung als Dienstleistung wieder in Ordnung zu bringen.

Sofern es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, sind darüber hinaus jegliche Gewährleistungsausschlüsse nach § 475 BGB unmöglich. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang der Regreß, den der Händler gegenüber dem Open Source Software Lieferanten nehmen könnte, etwa wenn die Software wider Erwarten nicht unter die GPL gestellt wurde oder deren Bedingungen nicht erfüllt sind, indem die Software nicht abgeleitet bzw. unabhängig von Open Source Software ist (s. Rn. 129 ff.). Dann kann der Verbraucher – wie beschrieben – nicht die erwarteten Befugnisse der Veränderung etc.

529 Ebenso Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 165.

530 Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 165.

531 Zweifel auch bei Deike, CR 2003, 9, 15.

532 Sester, CR 2000, 797, 805; Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 166.

wahrnehmen, die ihm sonst die GPL einräumen würde, so daß ein Rechtsmangel vorliegt und er entsprechende Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Veräußerer hätte. Bei einer Kauf-Lieferantenkette würde § 478 BGB eingreifen, so daß der Distributor Regreßansprüche gegen seine Lieferanten gelten machen könnte; bei der Distribution von Open Source Software besteht für den Distributor das Problem, daß er sich die Software – abgesehen von Einzelfällen – in der Regel selbst über Downloads oder auf andere Weise beschafft hat, diese mithin geschenkt wurde und das Endprodukt (Support mit Software etc.) erst bei ihm zusammengefügt wird. In diesen Fällen greifen aber die Privilegierungen nach § 523 BGB ein, so daß der Regreß ins Leere geht.

Die Haftung für die Verletzung nebenvertraglicher Pflichten richtet sich nach §§ 280 I, 282 BGB, wie auch sonst im Kaufvertragsrecht. Wie bereits skizziert, kann der Ausschluß des § 12 GPL für die Haftung nicht eingreifen.<sup>533</sup>

### 4. VERKAUF VON HARDWARE MIT OPEN SOURCE SOFTWARE (OEM-FÄLLE, EMBEDDED SYSTEMS)

Einer der bedeutendsten ökonomischen Faktoren für die Verbreitung von Open Source Software ist sicherlich der Vertrieb als vorinstalliertes Betriebssystem bzw. vorinstallierte Software beim Verkauf von Hardware, wie dies von Firmen wie IBM oder Fujitsu/Siemens forciert wird. Aber auch für andere, kleinere Systeme wie Mobiltelefone oder Set-Top-Boxen wird vom Einsatz kleinerer Linux-Versionen berichtet.<sup>534</sup>

Ausschlaggebend für die vertragliche Einordnung ist hier die Form, in der die gebündelten Produkte angeboten werden: Wenn der Veräußerer der Hardware deutlich den Charakter der beigefügten bzw. aufgespielten Software als Open Source hervorhebt, muß er sich entsprechende (rechtliche) Mängel der Software hinsichtlich der Befugnis zur Veränderung etc. zurechnen lassen, da der Erwerber in diesem Fall nicht nur die Hardware und die Software, sondern auch die Befugnisse, die die GPL verleiht, erhalten möchte. Wenn die erweiterten urheberrechtlichen Befugnisse bezüglich der zur Verfügung gestellten Software jedoch nicht besonders hervorgehoben werden, liegt nur ein Kaufvertrag bezüglich der Hard- und der Software vor, nicht aber hinsichtlich der weitergehenden Nutzungsrechte, die die GPL verleiht. In diesem Fall treffen den Hersteller auch keine Gewährleistungsrechte bei Rechtsmängeln – wohl aber für Sachmängel an der Software.<sup>535</sup> Denn die in der GPL verankerten Ausschlüsse der Gewährleistung und der Haftung verstoßen – wie bereits skizziert – gegen §§ 307 II BGB bzw. § 309 Nr. 8 b) aa) BGB, erst recht bei einem Verbrauchsgüterkauf gem. § 475 BGB.

219 Hat der Verkäufer allerdings nicht die GPL beigefügt und nicht ausdrücklich auf den Charakter als Open Source Software hingewiesen, hat er seinerseits gegen die in § 4 GPL statuierten Pflichten verstoßen. Dies hat zur Folge, daß seine Verwertungsrechte – je nach Konstruktion (s. Rn. 51 ff.) – unter Umständen entfallen, so daß er auch kein Recht mehr zur Weiterverbreitung der Software hätte. In diesem Fall erlangt der Käufer ebenfalls kein Recht zur Benutzung der Software, so daß ihm entsprechende Mängelgewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer zustehen.<sup>536</sup>

533 Ebenso Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 168.

534 Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 172.

535 Im Ergebnis ebenso Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 172 ff.; s. auch Sester, CR 2000, 797, 806.

536 Darauf weisen zu Recht Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 173 f. hin; s. auch F.A.Koch, CR 2000, 333, 334 f.

### III. KOLLISIONSRECHTLICHE KONSEQUENZEN

#### 1. ISOLIERTER ERWERB

Im Falle des isolierten Erwerbs der Open Source Software kann – wie bereits dargelegt (Rn. 173 f.) – mangels einer Rechtswahl ausländisches Recht zur Anwendung gelangen, wenn der Vertragspartner (der Lizenzgeber der Open Source Software) seinen Sitz außerhalb Deutschlands hat, wiederum vorbehaltlich einer Sonderanknüpfung nach Art. 29 EGBGB im Falle des Vertrags mit einem Verbraucher.

Allerdings erhebt sich auch hier die Frage, ob trotz der grundsätzlichen Anwendbarkeit ausländischen Rechts tatsächlich sämtliche Bestimmungen der GPL nunmehr eingreifen können, insbesondere der vollständige Haftungsausschluß, selbst bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit und selbst bei Schäden an Körper und Gesundheit.<sup>537</sup> Denn wie gezeigt würde eine solche Klausel selbst im kaufmännischen Rechtsverkehr derart dem gesetzlichen Leitbild widersprechen, daß sie nicht der Inhaltskontrolle standhalten würde. Zwar gehört die Inhaltskontrolle nicht zu den Normbereichen, die dem zwingenden Recht nach Art. 34 EGBGB zuzuordnen sind, da Art. 6 II der Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln zeigt, daß nur unter den dort genannten Voraussetzungen zwingend eine Inhaltskontrolle stattfinden soll, was dann für den unternehmerischen Rechtsverkehr erst recht gilt.<sup>538</sup> Doch wird für fundamentale Rechtssätze davon eine Ausnahme zu machen sein, insbesondere für den Schutz von Leib und Leben, der über Art. 2 II GG zu den fundamentalen Werten unserer Rechtsordnung zählt,<sup>539</sup> aber auch für den unzulässigen Haftungsausschluß für Vorsatz (§ 276 III BGB). Hier dürfte der Vorbehalt des *ordre public* gem. Art. 6 EGBGB trotz prinzipieller Anwendung ausländischen Rechts eingreifen. Zumindest hinsichtlich des umfassenden Haftungsausschlusses kann ausländisches Recht daher nicht angewandt werden; davon unberührt bleiben allerdings die Ausschlüsse des Gewährleistungsrechts, so daß es hier bei dem Verzicht auf jegliche Ansprüche bleibt.

Für die praktische Anwendung bedeutet dies, daß bei einem isolierten Erwerb der Open Source Software von Unternehmen und/oder der öffentlichen Hand (mithin Nicht-Verbrauchern) zwar die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden kann, wohl aber sämtliche Gewährleistungsansprüche. Die Rechtsanwendung verkompliziert sich darüberhinaus dadurch, daß im Falle der sukzessiven Miturheberschaft häufig nicht etwa nur eine Rechtsordnung das vertragsrechtliche Verhältnis regiert, sondern eine Vielzahl von Rechtsordnungen, je nachdem um welchen Teil der Open Source Software es sich handelt.<sup>540</sup>

#### 2. GEMISCHTE VERTRÄGE

Die Einordnung bestimmter Distributionsmodelle als einheitlicher Kaufvertrag trotz entsprechender unentgeltlicher Bestandteile führt auch zu entsprechenden Konsequenzen im Kollisionsrecht:<sup>541</sup> Mangels Rechtswahl ist wiederum die Anknüpfung in Art. 28 I, II EGBGB maßgeblich, mithin der Ort der charakteristischen Leistung. Diese

liegt aber nunmehr nicht mehr am Ort des eigentlichen Urhebers, sondern aufgrund der Verknüpfung der übrigen Leistungen mit dem geschenkten Gegenstand am Ort des Distributors, der den Kaufvertrag mit dem Erwerber schließt. Mithin kann etwa bei einer Distribution in Deutschland durch einen deutschen Händler deutsches Kaufvertragsrecht Anwendung finden, da der Ort der charakteristischen Leistung derjenige des Händlers bzw. des Vertragspartners ist. Erst recht entfallen die oben (Rn. 176) dargelegten Probleme der Anwendung des Art. 29 EGBGB, da bei einem gemischten Vertrag über die Software mitsamt Handbüchern etc. eindeutig eine Ware vorliegt.

<sup>537</sup> So aber offenbar *Deike*, CR 2003, 9, 13, der - ohne die kollisionsrechtliche Frage näher zu diskutieren - anscheinend jegliche Inhaltskontrollen für ausgeschlossen hält.

<sup>538</sup> OLG Hamm, Urteil v. 01.12.1988 - 4 U 120/88, NJW-RR 1989, 496, 497; *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen AGBG § 12 a.F. Rn. 12; *Lindacher* in Wolf/Horn/Lindacher AGBG § 12 Rn. 34; *Martiny* in: MünchKomm BGB Art. 34 EGBGB Rn. 80; *Wolf*, ZHR 153 (1989), 300, 302; *Lorenz*, RIW 1987, 569, 578, 580; aA aber *Heldrich* in: Palandt, 59. Aufl. 2000, § 12 AGBG a.F. Rn. 3.

<sup>539</sup> Vgl. zum Grundrechtsschutz nach Art. 6 S. 2 EGBGB *Blumenwitz* in: Staudinger BGB Art 6 EGBGB Rn. 102 ff.; *Sonnenberger* in: MünchKomm BGB Art. 6 EGBGB, Rn. 50 ff.; *Heldrich* in: Palandt BGB Art. 6 EGBGB Rn. 7.

<sup>540</sup> Insoweit zutr. *Deike*, CR 2003, 9, 13.

<sup>541</sup> Anders *Deike*, CR 2003, 9, 12, der die Verträge gesondert anknüpfen will, aber ohne die Problematik der wechselseitigen Abhängigkeit zu diskutieren.

## F. HAFTUNGSRECHT

### I. VERSCHULDENSABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG

#### 1. SOFTWARE ALS PRODUKT

Software stellt zwar ein immaterielles Produkt dar, doch kann sie wie andere Produkte auch besondere Gefahren und Schäden hervorrufen, etwa bei Steuerungssoftware von gefährlichen Anlagen (Chemieanlagen), bei Luftsicherungssystemen oder im Rahmen einer Krankenhaus-EDV. Darüber hinaus kommen auch Daten auf Speichersystemen, wie z.B. Festplatten, als dem Eigentum unterfallende Rechte in Betracht, so daß unter Umständen nicht unerhebliche Schäden von der verschuldensabhängigen Produkthaftung erfaßt werden können.

Allerdings soll das Eigentumsrecht von der Verkörperung durch Veränderung des elektromagnetischen Zustands eines Speichermediums abhängen.<sup>542</sup> Stellt man jedoch entscheidend auf die Funktion und den Ausschluss Dritter von der Nutzung eines Gutes ab, so muss entsprechend dem Schutz der Ordnung in einem Archiv, ohne dass dessen Substanz angegriffen worden wäre,<sup>543</sup> auch der Datenbestand als Gesamtheit mit eigener Funktion angesehen werden, dessen Beschädigung oder Zerstörung als Eigentumsverletzung zu qualifizieren ist.<sup>544</sup>

Demgemäß ist für die verschuldensabhängige Produkthaftung unstrittig, daß auch Software unter die jeweiligen Pflichten der Hersteller und – mit Einschränkungen – auch der Händler bzw. Importeure fällt.<sup>545</sup> Es gibt daher keinen Grund, Open Source Software von der deliktischen Produkthaftung nach § 823 BGB auszunehmen. Der Hersteller der Open Source Software unterliegt damit allen Pflichten aus der deliktischen Produzentenhaftung, insbesondere zur sorgfältigen Konstruktion, Fabrikation und Instruktion.<sup>546</sup>

#### 2. PFLICHTENUMFANG

Das Ausmaß dieser Pflichten richtet sich unter anderem – wie in der Dogmatik der Verkehrspflichten sonst auch – nach den berechtigten Erwartungen der Verkehrskreise, die das Produkt verwenden oder mit ihm in Berührung kommen.<sup>547</sup> Dabei sind im Softwarebereich gerade die Bereiche der Konstruktion und der Produktüberwachung von Bedeutung.<sup>548</sup> Da zu den berechtigten Erwartungen auch das Preis-Leistungs-Verhält-

nis zählt,<sup>549</sup> ist fraglich, ob sich durch die unentgeltliche Abgabe der Open Source Software eine Herabstufung der berechtigten Sicherheitserwartungen ergeben kann.<sup>550</sup> Selbst bei kostenlos abgegebenen Produkten muß jedoch ein Minimum an Sicherheit gewährleistet sein, zumal der Verkehr bei massenhaft verteilten Produkten, die Ähnlichkeit mit entgeltlichen Produkten aufweisen, in der Regel von einem vergleichbaren Sicherheitsstandard ausgehen kann. Darüber hinaus sind Betroffene einer fehlerhaften Software nicht nur die unmittelbaren Nutzer und Anwender, sondern auch Dritte, die sog. by-stander, die keinerlei Kenntnis von der Unentgeltlichkeit des Produkterwerbs haben können – etwa bei einer in einem Krankenhaus oder einer Flugsicherung eingesetzten Open Source Software.

#### 3. HAFTUNGSUMFANG

Als zu ersetzender Schaden kommen alle durch die Rechtsgutsverletzung adäquat kausal verursachten Schäden in Betracht, einschließlich von Vermögensschäden, sofern ein entsprechendes Schutzgesetz (§ 823 II BGB) verletzt wurde. Dabei kann die Haftung durch ein Mitverschulden des Verletzten gem. § 254 BGB gemindert sein.<sup>551</sup>

Neben den möglichen Personenschäden, etwa durch ausfallende Steuerungssoftware bei Flugsicherungssystemen oder chemischen Anlagen, sind vor allem Schäden infolge von Betriebs- und Produktionsausfällen von besonderer Bedeutung. Zwar werden Vermögensschäden von § 823 I BGB nicht erfaßt. Da aber die Funktionalität und innere Ordnung des Eigentums geschützt wird,<sup>552</sup> umfaßt das von § 823 I BGB geschützte Eigentum im Grundsatz auch die Integrität von anderen Daten,<sup>553</sup> so daß ein erheblicher Teil von Datenbanken schon in den Schutzbereich von § 823 I BGB fällt.<sup>554</sup> In Betracht kommt ferner eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht; hier wird es indes in der Regel am erforderlichen betriebsbezogenen, finalen Eingriff<sup>555</sup> fehlen.<sup>556</sup>

Problematisch ist dagegen die Übertragung der Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel auf Softwaremängel:<sup>557</sup> Richtig ist zwar, daß nach der Transistor-Entscheidung des BGH<sup>558</sup> ein Schaden an der mit der Software gesteuerten Anlage selbst liquidiert werden könnte, wenn die Sache mit dem „Einbau“ der Software funktionsuntüchtig und damit wertlos geworden wäre. Auch hat der BGH verschiedentlich selbst die erhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache als Eigentumsverletzung angesehen.<sup>559</sup> Die für Softwareabnehmer interessante Rechtsfolge wäre ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf das Integritätsinteresse und damit auf die Reparaturkosten einschließlich des entgangenen Gewinns aufgrund des Stillstands

542 *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1588 f., verbunden mit dem Postulat, angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung ein Recht am eigenen Datenbestand als sonstiges Recht deliktisch zu schützen; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 261; *J.Hager* in: *Staudinger* BGB § 823 Rn. 60; offen gelassen OLG Karlsruhe Urteil v. 07.11.1995 - 3 U 15/95 NJW 1996, 200, 201; abl. AG Dachau Urteil v. 10.07.2001 - 3 C 167/01, NJW 2001, 3488.

543 BGH, Urteil v. 26.02.1980 - VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216, 220.

544 Näher dazu *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3738 f.; wohl auch *Mertens* in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 85.

545 *Spindler*, NJW 1999, 3737; *Spindler*, MMR 1998, 23, 24; *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95; *Lehmann* in: *Lehmann* (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Kap. XXI Rn. 4.; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 239 ff.; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts J Rz. 294; vgl. auch *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 374.

546 *Mertens* in: MünchKomm BGB § 823 Rn 283 ff.; BGH, Urteil v. 07.03.1997 - 10 U 25/96, NJW-RR 1999, 25, 26; BGH, Urteil v. 21.04.1956 - VI ZR 36/55, VersR 1956, 410, 411; BGH Urteil v. 19.02.1975 - VIII ZR 144/73, BGHZ 64, 46, 49 = NJW 1975, 824; BGH, Urteil v. 12.11.1991 - VI ZR 7/91, BGHZ 116, 60, 65 ff. = NJW 1992, 560; BGH Urteil v. 07.10.1986 - VI ZR 187/85, NJW 1987, 372; BGH, Urteil v. 09.06.1998 - VI ZR 238/97, BGHZ 139, 79, 83 = NJW 1998, 2905; BGH, Urteil v. 18.5.1999 - VI ZR 192/98, NJW 1999, 2815; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1160; *J. Meyer*, Instruktionshaftung, *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 244 ff.; *Michalski*, BB 1998, 961, 962.

547 Grundlegend BGH, Urteil v. 26.11.1968 - VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 - Hühnerpest; BGH, Urteil v. 07.06.1988 - VI ZR 91/87, BGHZ 104, 323, 329; BGH, Urteil v. 5.5.1992 - VI ZR 188/91, NJW 1992, 2016, 2018; v.*Bar*, in: Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, S. 29, 31 f.; *Foerste* in: v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, § 24 Rn. 10, 48.

548 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 373; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1160, speziell zur Produktbeobachtungspflicht *Hoeren* in: v. Westphalen (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 97.

549 BGH, Urteil v. 17.10.1989 - VI ZR 258/88, NJW 1990, 906, 907; BGH, Urteil v. 21.11.1989 - VI ZR 350/88, NJW 1990, 908, 909; *Mertens*, in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 283; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 449; *J.Hager* in: *Staudinger* BGB § 823, Rn. 8.

550 In diese Richtung *Sester*, CR 2000, 797, 806 f.; Wer sich auf ein solches Konzept einlasse, der sei im Fall einer gewöhnlichen Fehlentwicklung kein Geschädigter, sondern ein schlichter Verlierer.

551 *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 375.

552 BGH, Urteil v. 26.02.1980 - VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216, 220 f.

553 OLG Karlsruhe, Urteil v. 07.11.1995 - 3 U 15/95, NJW 1996, 200, 201; zust. *Meier/Wehlau*, NJW 1998, 1585, 1587 ff.; *Imhof/Wahl*, WpK-Mitt. 1998, 136, 137; *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 261; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000, 1998, S. 150; aA LG Konstanz, Urteil v. 10.05.1996 - 1 S 292/95, NJW 1996, 2662; widersprüchlich *Mertens*, in: MünchKomm, BGB§ 823 Rn. 85, der einerseits OLG Karlsruhe, andererseits aber auch LG Konstanz zustimmt.

554 Denkbar wäre auch ein deliktischer Schutz der Datenbanken über die Anerkennung als sonstiges Recht nach §§ 87a ff. UrhG, die allerdings nicht die einzelnen Daten als geschütztes Recht erfassen.

555 BGH, Urteil v. 09.12.1958 - VI ZR 199/57, BGHZ 29, 65, 74; BGH, Urteil v. 07.02.1984 - VI ZR 193/82, BGHZ 90, 113, 123; näher dazu *Mertens* in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 490 f., *Zeuner* in: *Soerge* BGB 1998, § 823 Rn. 108 ff. mwNachw.

556 *Bartsch*, Software und das Jahr 2000, 1998, S. 159.

557 So aber v.*Westphalen*, DStR 1998, 1722 ff., v. *Westphalen*, in: v. Westphalen/Langheid/Streit (Hrsg.), Der Jahr-2000-Fehler, Rn. 764 ff.; ähnlich *Imhof/Wahl*, WpK-Mitt. 1998, 136, 137f.

558 BGH, Urteil v. 31.03.1998 - VI ZR 109/97, NJW 1998, 1942, -1943.

559 BGH, Urteil v. 21.12.1970 - II ZR 133/68, BGHZ 55, 153, 159ff.; *BGH*, Urteil v. 25.10.1988 - VI ZR 344/87, BGHZ 105, 346, 350; BGH, Urteil v. 07.12.1993 - VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH, Urteil v. 06.12.1994 - VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342f.; *BGH*, Urteil v. 11. 06.1996 - VI ZR 202/95, NJW 1996, 2507, 2508.

der Anlage.<sup>560</sup> Abgesehen von schon grundlegenden Zweifeln an der damit verbundenen Ausdehnung des Eigentumsbegriffs, der dann jegliche Funktionsbeeinträchtigungen erfassen würde, kann diese Rechtsprechung aber nicht unbesehen auf Softwaremängel übertragen werden. Denn die Funktionsuntauglichkeit einer Sache, die mit der Software gesteuert wird, erschöpft sich in der Regel in einem temporären Vorgang, der die Sache (Hardware) nicht unbedingt seiner Gebrauchstauglichkeit enthebt. In der Regel fehlt es an einer – wie in den zitierten Entscheidungen vorausgesetzt – *dauerhaften* Einbuße eines wirtschaftlichen Wertes der *gesamten* Sache.<sup>561</sup> Die Überschreitung der Grenze zum Äquivalenzinteresse zeigt sich nicht zuletzt daran, daß die Hardware meist ohne weiteres mit einer anderen Software betrieben werden kann<sup>562</sup> und damit letztlich nur ein Gebrauchsausfallschaden vorliegt<sup>563</sup>. Lediglich dort, wo die Hardware und die vorhandenen Daten selbst durch die Software zerstört, für die Zukunft nur unter erheblichen Anpassungskosten durch Installation einer anderen Software wieder brauchbar gemacht werden könnten,<sup>564</sup> z.B. bei festprogrammierten Steuerchips in Produktionsanlagen,<sup>565</sup> oder der Wert der Hardware in keinem Verhältnis zu den verloren gegangenen Daten steht, käme ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB überhaupt in Betracht. Auch dieser stünde indes unter der Voraussetzung, daß diese „Reparatur“-Kosten den Wert der eingesetzten Software übersteigen.<sup>566</sup> Diese grundlegenden Wertungen dürfen schließlich nicht unter Rückgriff auf das – subsidiäre – Recht am eingeregulierten und ausgeübten Gewerbebetrieb konterkariert werden.<sup>567</sup>

## II. VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG (PRODHAFTG)

### 1. PRODUKTEIGENSCHAFT

#### a) VERKÖRPERTE SOFTWARE ALS PRODUKT IM SINNE DES PRODHAFTG

Gegenüber der verschuldensabhängigen Produkthaftung scheint die Haftung eines Anbieters für fehlerhafte Informationen nach dem ProdHaftG ausgeschlossen. Denn § 2 ProdHaftG verlangt als Produkt eine „bewegliche Sache“, mithin eine Verkörperung, so dass etwa Computersoftware nicht vom ProdHaftG erfasst sein würde, da die Gefahr primär von der Information und nicht von der verkörperten Sache ausgeht.<sup>568</sup>

560 Dafür v. *Westphalen*, DStR 1998, 1722, 1724; v. *Westphalen*, in: v. *Westphalen/Langheid/Streit* (Hrsg.), Der Jahr-2000-Fehler, Rn. 765ff., 776ff.

561 Dies verkennt v. *Westphalen*, in: v. *Westphalen/Langheid/Streit* (Hrsg.), Der Jahr-2000-Fehler, Rn. 767, 777.

562 Vgl. auch BGH, Urteil v. 21.11.1989 - VI ZR 350/88, NJW 1990, 908, 909: Das nur wirtschaftlich unsinnige Umfüllen eines wahrscheinlich intakten Weines, aber mit verschimmelten Korken begründet noch keine Eigentumsverletzung.

563 Zur Differenzierung zwischen von § 823 I BGB erfaßten Verderbschäden und nicht erfaßten Produktionsausfallschäden als Vermögenschäden ausführlich *Mertens* in: MünchKommBGB § 823 Rn. 112 ff., 118 mwNachw.

564 Vgl. *Imhof/Wahl*, WpK-Mitt. 1998, 136, 138, die den Fall einer nicht mehr benützbaren, aber physisch vorhandenen Datenbank nennen; s. auch die Fallkonstellation in BGH, Urteil v. 02.07.1996 - X ZR 64/94, BGHZ 133, 155: Verlust von Daten durch fehlerhafte Sicherungsroutinen als Mangelfolgeschaden.

565 Embedded Systems, vgl. *Rigamonti*, SJZ 1998, 430, 430; *Bartsch*, Software und das Jahr 2000, 1998, S. 31 f.; *Streitz*, in: v. *Westphalen/Langheid/Streit* (Hrsg.), Rz. 39ff.

566 Dies räumt implizit auch v. *Westphalen*, DStR 1998, 1722, 1723 ein, wenn er auf den Wert der Reparatur im Vergleich zum Wert einer Neuanschaffung der Maschine abstellt.

567 In diese Richtung aber wohl v. *Westphalen*, in: v. *Westphalen/Langheid/Streit* (Hrsg.), Der Jahr-2000-Fehler, Rn. 792 f. unter Berufung auf die Entscheidung BGH, Urteil v. 24.04.1990 - VI ZR 358/89, NJW 1992, 41, 42, in der der VI. Senat aufgrund eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Schadensersatz für einen Bauunternehmer wegen Überflutung der Baustelle infolge eines Pumpenausfalls (Baustromverteiler) zuerkannt hatte; anders noch BGH, Urteil v. 18.01.1983 - VI ZR 270/80, NJW 1983, 812, 813; offen jüngst BGH, Urteil v. 04.09.1997 - VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, 97: Blockade von Baumaschinen; krit. zu BGH, NJW 1992, 41 zu Recht *Foerste*, NJW 1992, 27 f.; *E.Lorenz*, VersR 1990, 1284, 1285; ähnlich - kein Ersatz des Betriebsausfallschadens bei Produktfolgeschaden - auch *Mertens* in: MünchKommBGB § 823 Rn. 294; *Zeuner* in: *Soergel* BGB § 823 Rn. 113, 149.

568 So *Redeker*, NJW 1992, 1739f.; *Müller-Hengstenberg*, NJW 1994, 3128 (3131); *Honsell*, JuS 1995, 211, 212; *Moritz/Tybusseck*, Computersoftware, Rn. 917 ff., 920; *Taschner* in: *Taschner/Frietsch*, ProdHaftGart. 6 Richtl. Rn. 27 f.; *Mayer*, VersR 1990, 691 695; 697; *Schiemann* in: Erman BGB § 2 ProdHaftG Rn. 2; *A. Bauer*, PHI 1989, 98, 102; *Musulas*, Die Haftung des Softwareherstellers auf das ProdHaftG, S. 14; zweifelnd *Sieber*, Liability for On-Line Data Bank Services in Germany, in: *Sieber* (ed.), Liability for On-Line Data Bank Services in the European Community, S. 77, 146 f.

Die inzwischen überwiegende Meinung, die sich zudem auf vertragsrechtliche Entscheidungen des BGH zur Sacheigenschaft der Software nach § 90 BGB stützen kann,<sup>569</sup> stellt jedoch auf die Verkörperung der Software durch Speicherung auf irgendeinem Datenträger bei dem Benutzer ab.<sup>570</sup> Demgemäß kommt es nur auf die Verkörperung der Software oder der Information durch Speicherung auf irgendeinem Datenträger bei dem Benutzer an,<sup>571</sup> ohne dass die Art und Weise entscheidend wäre, auf die dem Benutzer die Information oder das Programm verschafft worden ist, sofern es nur bei ihm durch Speicherung verkörpert wird.<sup>572</sup>

#### b) ON-LINE ÜBERTRAGENE SOFTWARE

Bei Open Source Software, die über das Internet heruntergeladen wird oder die im Wege des Application Service Providing genutzt wird, fehlt es dagegen anscheinend an der nötigen Inverkehrgabe eines verkörperten Produkts. Als Ausweg bietet sich hier nur die Qualifikation der Software und der transportierten Information als modifizierte Form des Mediums Elektrizität an. Denn die Übertragung von Daten mittels elektromagnetischer Ströme könnte als Benutzung des Produktes „Elektrizität“ betrachtet werden, da sie eine Veränderung der elektrischen Struktur voraussetzt.<sup>573</sup> Auch wird aus der Zielsetzung der Produkthaftungsrichtlinie, einen besseren Schutz der Verbraucher vor gefährlichen Gütern und Wettbewerbsgleichheit zwischen Unternehmen zu erreichen, geschlossen, daß es für die Einbeziehung technologisch neuartiger Produkte in den Haftungsbereich auf den Warencharakter, die Austauschbarkeit des Produktes und die Gefährlichkeit ankommen soll, nicht aber auf deren Körperlichkeit.<sup>574</sup> Da die Gefahrenpotentiale unverändert blieben und physikalisch die Transferierung mit derjenigen der

569 Vgl. BGH, Urteil v. 18.10.1989 - VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97 (100f.); BGH, Urteil v. 14.07.1993 VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 (2437); BGH Urteil v. 04.03.1997 - X ZR 141/95, CR 1997, 470; ebenso *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 143 ff. mwNachw; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 89 ff., 107, 1154; *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, Rn. 74 ff.; *Hoeren* in: v. *Westphalen* (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 92; zum Ganzen auch *Hoeren*, CR 1988, 908 ff.; *König*, NJW 1989, 2604, 2605; *König*, NJW 1990, 1584; *König*, NJW 1993, 3121 ff.; *Roy/Palm*, NJW 1995, 690, 691 für §§ 808ff. ZPO; abl. noch *Mehring*s, NJW 1986, 1904, 1905; *Mehring*s, NJW 1988, 2438, 2439; *Engel*, BB 1985, 1159, 1160; *Redeker*, NJW 1992, 1739 f.; *Junker*, NJW 1993, 824 alle mwNachw.

570 Vgl. *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 160 ff.; *Rolland*, Produkthaftungsrecht Teil I, § 2 ProdHaftG Rn. 17 ff.; *Cahn*, NJW 1996, 2899, 2903 ff.; *Cahn*, in: MünchKommBGB § 2 ProdHaftG Rn. 7; *Marly*, jur-pc 1992, 1442 (1444); *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 99; *Lehmann*, NJW 1992, 1721, 1724; *Sommerlad*, BB 1997, Suppl. KuR S. 5 (6); für Standardsoftware ebenso *Junker/Benecke*, Computerrecht Rn. 366 f.; *Schneider*, Handbuch des EDV-Rechts J Rz. 297; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1154; s. auch aus sachenrechtlicher Sicht *P.Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295 f., 305 f., alle mwNachw; grundsätzlich auch *Junker*, WM 1988, 1217 ff., anders jedoch *Junker*, NJW 1993, 824 „Theorie in Liquidation“; wiederum abw. *Kort*, DB 1994, 1505, 1506; *Kort*, CR 1990, 171, 175, der Software nicht als Sache qualifiziert, aber weitgehend die entsprechenden Vorschriften analog anwenden will; abw. *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch* ProdHaftG § 2 Rn. 22, der on-line übertragene Software ausnehmen will.

571 Vgl. *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 160 ff.; *Rolland*, Produkthaftungsrecht Teil I, § 2 ProdHaftG Rn. 17ff.; *Cahn*, NJW 1996, 2899 (2903ff.); *Cahn*, in: MünchKommBGB § 2 ProdHaftG Rn. 7; *Marly*, jur-pc 1992, 1442 (1444); *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95 (99); *Lehmann*, NJW 1992, 1721 (1724) alle mwNachw; grundsätzlich auch *Junker*, WM 1988, 1217 ff., anders jedoch *Junker*, NJW 1993, 824 „Theorie in Liquidation“; wiederum abw. *Kort*, DB 1994, 1505 (1506); *Kort*, CR 1990, 171 (175), der Software nicht als Sache qualifiziert, aber weitgehend die entsprechenden Vorschriften analog anwenden will; abw. *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch* ProdHaftG § 2 Rn. 22, der on-line übertragene Software ausnehmen will.

572 S. auch BGH, Urteil v. 18.10.1989 - VIII ZR 325/88, BGHZ 109, 97 (101) für den Sachkauf; ausführlich für das ProdHaftG *Taeger*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 120 - 169, insbes. S. 131 f., 145 f., 153 ff., 160 ff. mit zahlreichen wNachw; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 102 ff. für den Sachbegriff nach § 90 BGB; *Kort*, DB 1994, 1505, 1507; aA *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch* ProdHaftG § 2 Rn. 22; *Pott/Frieling* ProdHaftG § 2 Rn. 45; diff. für § 90 BGB auch *P.Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 308 ff., 314, je nach Art des Abrufs bzw. der Installation der Software - für die Produkthaftung kann dies jedoch keinen Unterschied machen.

573 So v. *Westphalen* in: v. *Westphalen* (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 73 Rn. 40 für on-line übertragene Software; *Höckelmann*, Die Produkthaftung für Verlagserzeugnisse, S. 141 ff. für on-line übertragene Verlagserzeugnisse; *Kilian*, Das Unternehmen und die Herausforderungen des Rechts der Informationstechnologie, in: *Coing* (Hrsg.), Staat und Unternehmen aus Sicht des Rechts, S. 349, 369, der hinsichtlich von Software für eine Analogie zur Elektrizität plädiert; ebenso *A.Meyer*, ZUM 1997, 26, 28, 33; *Sommerlad*, BB 1997, Suppl. KuR S. 5 (6).

574 So *Kilian* in: *Bothe/Kilian*, Rechtsfragen grenzüberschreitender Datenflüsse, S. 373 f.; *A.Meyer*, ZUM 1997, 26 28, 33; *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 98 f. unter Verweis auf *Junker*, Computerrecht, 1. Aufl., 1988, Rn. 483; *EG-Kommission* zitiert in CR 1989, 763; ähnlich *Lehmann*, NJW 1992, 1721, 1724, der darauf abstellen will, daß vergleichbar den Agrarprodukten die Computer-Software explizit hätte aufgeführt werden müssen, um nicht als Produkt nach der EG-Richtlinie zu gelten.

Elektrizität vergleichbar sei, unterfalle auch die on-line *Übertragung* der Produkthaftung.<sup>575</sup>

Allerdings bietet die *Elektrizität als einzige Ausnahme* keinen Raum für die Annahme einer Regelungslücke und damit für Analogien.<sup>576</sup> Gegen die Ausdehnung des Elektrizitätsbegriffs auf den gesamten Bereich der elektronischen Übertragung von Informationen und Software spricht gerade der für die Verkörperung von geistigen Produkten betonte Aspekt des erhöhten Vertrauens, das einer vergegenständlichten Information typischerweise entgegengebracht wird.<sup>577</sup> Denn wenn eine Information durch Abschalten des Bildschirms oder eine Software durch Beendigung der Netzverbindung für den Benutzer im Gegensatz zu einem Druckwerk oder einer auf einem Datenträger gespeicherten Software nicht mehr verfügbar ist, so fehlt es an der nur vom Willen des Benutzers abhängenden Unveränderlichkeit des Produktes infolge seiner Verkörperung. Bei der gespeicherten Software hat der Hersteller keinen Einfluß mehr darauf, ob der Benutzer den Datenträger löscht oder sonstwie die Software verändert. Im Gegensatz dazu kann sich der Benutzer bei der reinen Softwarebenutzung über Netzwerke nicht sicher sein, ob die Software oder die Information nicht inzwischen auf dem Rechner des Anbieters verändert wurde. Dafür spricht auch die Auslegung des Herstellerbegriffs und des Begriffs der Inverkehrgabe im Rahmen des ProdHaftG, wenn darauf abgestellt wird, daß das Produkt den Herrschaftsbereich des Herstellers verlassen haben muß.<sup>578</sup> Im Falle der Benutzung von Software in einem Netzwerk aber „verläßt“ nur eine Funktion des weiterhin beim Anbieter befindlichen Produkts „Software“ für eine beschränkte Zeit den Bereich des Herstellers, nicht aber die gesamte Software. Der Benutzer kann daher nicht wie bei einem Erwerb eines auf Datenträgern gespeicherten oder on-line endgültig heruntergeladenen Computerprogramms ständig über dieses verfügen. Anders als bei on-line *übertragener* Software findet hier also keine dauerhafte Verschaffung des Produktes für den Kunden statt. Ferner ist zu bedenken, daß die Ausdehnung des Elektrizitätsbegriffs auf sämtliche elektronisch on-line übertragenen Informationen und Produkte eine ungeahnte Haftungserweiterung begründen würde, die keineswegs auf Internet- oder Netzwerkdienste beschränkt wäre.

Hinsichtlich der Haftung für on-line benutzte Software nach dem ProdHaftG ist folglich danach zu *differenzieren*, ob die Information und Software dem Teilnehmer lediglich zeitweise während der Benutzung der Dienste des Service Providers ermöglicht wird oder ob er sie dauerhaft verwenden kann, etwa infolge eines Herunterladens auf den eigenen Rechner. In diesem Fall findet die Materialisierung erst beim Kunden statt, indem die Software oder die Information auf der Festplatte oder einem anderen Medium gespeichert wird.<sup>579</sup> Eine Verkörperung und damit ein Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG liegt dann vor. Zwar hat hier erst der Kunde durch eigenen Willensentschluß die Körperlichkeit des Produktes herbeigeführt, so daß man an der Herstellung des Produktes im Organisationsbereich des Herstellers zweifeln könnte. Doch liegt das entscheidende Moment der Inverkehrgabe des Produktes „Information“ oder „Software“ in der

vom Anbieter offerierten Möglichkeit, die Software oder die Information herunterzuladen.<sup>580</sup> Denn ab diesem Zeitpunkt kann der Kunde das Produkt jederzeit wiederbenutzen, wobei er nicht mehr auf die Netzverbindung angewiesen ist. Die Rechtslage kann hier nicht anders beurteilt werden, als wenn dem Kunden nur noch eine unwesentliche Fertigungshandlung obliegt, um das Endprodukt „herzustellen“, etwa bei zusammenschraubbaren Fertigmöbeln.

Bei den nur auf Terminals zugeschnittenen Programmen, bei denen über Netzwerke Programme und Informationen lediglich auf den Rechnern des Service Providers geladen und „gefahren“ werden, ohne daß es zu einer *dauerhaften* Zwischenspeicherung beim Nutzer und damit zu einer Verkörperung kommen müßte, fehlt es dagegen an einer Verkörperung und damit an den Voraussetzungen für die Haftung nach dem ProdHaftG.<sup>581</sup>

## 2. PRODUKTHERSTELLUNG IM RAHMEN BERUFLICHER TÄTIGKEIT

Neben der Anwendung der schenkungsvertragsrechtlichen Haftungsprivilegierungen wird verschiedentlich auch eine Anwendung der in § 1 II Nr. 3 ProdHaftG enthaltenen Beschränkungen der Produkthaftung erwogen. Danach haftet der Hersteller eines Produktes nur, wenn er es für den Kauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichen Zweck hergestellt hat oder der Vertrieb bzw. die Herstellung im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit erfolgt ist. So soll beim kostenlosen Download aus dem Internet kein Vertrieb mit wirtschaftlichen Zwecken vorliegen, selbst wenn der Hersteller später kostenpflichtigen Support anbietet, da der wirtschaftliche Zweck schon bei der Herstellung verfolgt werden müsse.<sup>582</sup> Diese Frage wird nicht pauschal beantwortet werden können, da es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob noch ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit dem Angebot kostenpflichtigen Supports vorliegt. Die Haftung zum Schutz des Produktbenutzers kann aber nicht schon daran scheitern, daß ein Produzent zunächst Software verschenkt, nur um später den zum Einsatz der Software typischerweise erforderlichen Support kostenpflichtig anzubieten. Damit könnte das Ziel der Produkthaftung durch die Wahl geschickter Vertriebsstrategien leicht unterlaufen werden können. So könnte etwa ein Hersteller zunächst Marktanteile durch das Verschenken von Software erlangen, um dann aufgrund der entsprechenden Verbreitung die Nachfrage nach Support zu befriedigen. Entscheidend muß daher eine wertende Gesamtbetrachtung des Vertriebsablaufs sein, so daß auch bei zeitlich auseinanderliegenden Sachverhalten noch die nötige Zweckverfolgung angenommen werden kann, sofern sich dies für einen verständigen Dritten als eine einheitliche wirtschaftliche Strategie darstellt.<sup>583</sup>

Dagegen wird Software, die von einem Programmierer in seiner Freizeit hergestellt und auf seiner privaten Web-Site zum Download angeboten wird, wegen § 1 II Nr. 3 ProdHaftG nicht von der verschuldensunabhängigen Produkthaftung erfaßt. Allerdings

575 So *Meier/Wehlau*, CR 1990, 95, 99; ähnlich *Kullmann* in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kz. 3603 S. 7, allerdings mit europarechtlichen Vorbehalten; gegen eine Differenzierung von on-line und datenträgergebundener Übertragung für die Frage der Produkteigenschaft zu Recht *Taege*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 160 ff. mwNachw; aA *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch*, ProfHaftG § 2 Rn. 22.

576 Vgl. *Pott/Frieling* ProdHaftG § 2 Rn. 64; *Rolland*, Produkthaftungsrecht Teil I § 2 ProdHaftG Rn. 16; *Honsell*, JuS 1995, 211, 212 für den Buchinhalt; *Höckelmann*, Die Produkthaftung für Verlagserzeugnisse, S. 118 f.; *Günther*, Produkthaftung für Informationsgüter, S. 169 ff.; *Oechsler* in: *Staudinger* BGB § 2 ProdHaftG Rn. 11 ff., 41 ff. mwN.

577 Eingehend *Cahn*, NJW 1996, 2899, 2903 f.; *Cahn*, in: *MünchKomm* BGB § 2 ProdHaftG Rn. 6.

578 Vgl. v. *Westphalen* in: v. *Westphalen* (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 3 f. mwNachw, der auf die Organisationsgewalt in Form einer tatsächlichen Verfügungsmacht über das Produkt abstellt; *Cahn*, in: *MünchKomm* BGB § 1 ProdHaftG Rn. 22; daher läßt sich die strafrechtliche Argumentation zur Schrifteneigenschaft durch Verkörperung in den Speichern des Service Providers nicht entsprechend heranziehen, s. dazu *Sieber* JZ 1996, 494, 495; *Walther*, NSTZ 1990, 523 ff.; *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1881 f.. Sie ist ohnehin durch Art. 4, 5 des LuKDG hinfällig.

579 Abl. daher *Smith/Hamill*, PHI 1988, 85.

580 Ähnlich aus sachenrechtlicher Sicht *P.Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 313 f., 319 f.; *Hoeren*, MMR 1998, Beil. Heft 9, 8; anders die strafrechtliche Beurteilung im Bereich des § 184 I StGB für die Verbreitung von Schriften *Sieber*, JZ 1996, 494, 495 f.; BGH, Urteil v. 03.10.1962 - 3 StR 35/62, BGHSt 18, 63 (64); BGH, Urteil v. 30.03.1977 - 4 StR 28/77, NJW 1977, 1695; körperliches Zugänglichmachen durch Auslage in Geschäftsräumen; OLG Frankfurt, Urteil v. 21.10.1983 - 1 Ss 301/83, NJW 1984, 1128; berechtigter Zweifel dagegen bei *Walther*, NSTZ 1990, 523, 524 f. mwNachw.

581 Wie hier inzwischen auch *Hoeren*, MMR 1998, Beil. Heft 9, 8; ähnlich für die - nur vor Inkrafttreten des LuKDG (Art. 4, 5) relevante - Frage der „Schriften“ nach § 11 III StGB *Sieber* JZ 1996, 494, 495, der im Anschluß an *Walther*, NSTZ 1990, 523 aber auf die Speicherung und damit Verkörperung der Daten bei dem Service Provider Rückgriff nehmen will; ebenso *Derksen*, NJW 1997, 1878, 1881 f.; *Ackermann*, Ausgewählte Rechtsprobleme, S. 104; abl. *Altenhain*, CR 1997, 485, 495 f. alle mwNachw; s. auch BVerwG, Urteil v. 29.05.1990 - 1 C 4.87, BVerwGE 85, 169, 171 f. - Die Schwarzwaldklinik - zur fehlenden Verkörperung von Filmen als Schriften nach § 1 GJS; für Btx-Texte ebenso OVG Münster, Beschluß v. 22.09.1992 - 20 A 1183/91, NJW 1993, 1494; VG Köln, Urteil v. 19.02.1991 - 17 K 3352/90, NJW 1991, 1773 f.; krit. dazu *Beisel/Heinrich*, NJW 1996, 491, 492 f.

582 So *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S. 153 unter Verweis auf *Taschner/Frietsch* ProdHaftG § 1 Rn. 79.

583 In diesem Sinne letztlich wohl auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, S.153 Fn. 644, die bei einer mittelbaren Gewinnerzielungsabsicht ebenfalls einen wirtschaftlichen Zweck annehmen.

kann dies nicht gelten, wenn die Software von einem Berufsprogrammierer etwa als Nebenprodukt zu seiner beruflichen Tätigkeit entwickelt wurde oder die Software im Rahmen seiner beruflichen Selbstdarstellung angeboten wird.<sup>584</sup>

Schwierig einzuordnen ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß Programmierer offenbar wegen der Verbesserung ihrer Arbeitsmarktchancen motiviert sind, an der Weiterentwicklung von Open Source Software mitzuarbeiten, um so ihre Reputation auf den relevanten Arbeitsmärkten und damit ihren Marktpreis erhöhen(s. oben Rn. @). Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zweck läßt sich hier allein durch den Vertrieb des Produktes nicht feststellen, doch ist die Mitarbeit an dem Produkt nicht völlig altruistisch. Für eine Einbeziehung derartiger Motive und ihre Einordnung als wirtschaftlicher Zweck spricht, daß das ProdHaftG typischerweise dann von der strengen Haftung absieht, wenn der Benutzer nicht ein professionell erstelltes Produkt erwartet und eine Haftung wegen einer aus rein privaten Zwecken veranlaßten Herstellung, die dem Hersteller auch mittelbar keinerlei monetären Vorteile bietet, unangemessen wäre. Daran können aber bei Open Source Software durchaus Zweifel angemeldet werden, da das „Produkt“ Open Source Software bis auf die Tatsache der Unentgeltlichkeit in allen Belangen einem klassischen Software-Produkt ähnelt, insbesondere hinsichtlich seiner Bestimmung zu einem nicht nur vereinzelt bzw. rein privaten Einsatz. Das Ziel der Ausnahmebestimmungen in § 1 II Nr. 3 ProdHaftG ist aber der Ausschluß der nur privat, nicht für den massenhaften Gebrauch hergestellten Güter, aus denen der Hersteller selbst keinen Nutzen zieht.<sup>585</sup> Denn hier treten typischerweise weder die Gefahren auf, die bei einer industriellen Produktion auftreten und vor denen der Konsument geschützt werden soll, noch dürften vergleichbare Erwartungen der Konsumenten wie an ein professionelles Produkt vorhanden sein. Auch kann ein privater das Haftungsrisiko nicht wie ein industrieller Hersteller durch entsprechende Kalkulation oder durch Versicherungen abwälzen.<sup>586</sup> Im Ergebnis wird daher außer bei eindeutigen Kriterien, die auf einen rein privaten Zweck hindeuten, wie etwa die Abgabe in einem kleinen privaten Kreis, im Zweifel eher ein beruflich-wirtschaftlicher Zweck anzunehmen sein.

### 3. PRODUKTFEHLER

Erforderlich ist für das Eingreifen der Produkthaftung ferner, daß die Software einen Fehler im Sinne des § 3 ProdHaftG aufweist, mithin nicht die Sicherheit bietet, die vom Verkehr typischerweise und berechtigterweise erwartet werden kann.<sup>587</sup> Dazu zählen – ähnlich wie in der verschuldensabhängigen Produkthaftung<sup>588</sup> – jedenfalls die Erwartungen im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.<sup>589</sup>

Da zu den berechtigten Erwartungen auch das Preis-Leistungs-Verhältnis zählt,<sup>590</sup> ist fraglich, ob sich durch die unentgeltliche Abgabe der Software eine Herabstufung der berechtigten Sicherheitserwartungen ergeben kann. Hier greifen die gleichen Wertungen und Kriterien wie in der verschuldensabhängigen Produkthaftung (Rn. 231) ein: Demnach kann der Produktnutzer zwar nicht denselben Standard wie bei entgeltlich er-

584 Vgl. Jaeger/Metzger, Open Source Software, S. 153 f.

585 V. Westphalen, in: v. Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, § 72 Rdnr. 49.

586 Cahn, in MünchKomm BGB § 1 ProdHaftG Rn. 35 mwNachw.

587 Junker/Benecke, Computerrecht Rn. 368; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1155; Hoeren in: v. Westphalen, AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 94.

588 S. dazu Spindler in: Bamberger/Roth BGB § 823 Rn. 484 f.; BGHUrteil v. 25.10.1988 - VI ZR 344/87, Z 105, 346, 351; BGHUrteil v. 24.01.1989 - VI ZR 112/88, Z 106, 273, 283; BGHUrteil v. 12.11.1991 - VI ZR 7/91, Z 116, 60, 65 ff.; BGHUrteil v. 09.06.1998 - VI ZR 238/97, BGHZ 139, 79, 84; OLG KarlsruheUrteil v. 27.03.1996 - 7 U 61/94, VersR 1998, 63; Mertens in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 285.

589 Vgl. zu den Sicherheitserwartungen v. Westphalen in: v. Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, § 74, Rn 10 ff.; Marly, Softwareüberlassungsverträge, Rn. 1155; Cahn in: MünchKomm BGB § 3 ProdHaftG Rn. 5 f.

590 V. Westphalen in: v. Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, § 74, Rn 25; zu den Auswirkungen des Produktpreises auf den Pflichtenumfang des Herstellers vgl. auch Foerste, in: v. Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, § 24 Rn. 48; J.Hager in: Staudinger BGB § 823, Rn. F 8.

worbenen Produkten erwarten, aber doch zumindest eine gewisse Mindestsicherheit.

### 4. HAFTUNGSUMFANG

Im Gegensatz zur verschuldensabhängigen Produkthaftung nach § 823 BGB ist die Haftung des Herstellers nach § 1 I S. 1 ProdHaftG auf Personenschäden beschränkt; für Sachschäden hat er nur einzustehen, wenn sie an einer anderen Sache entstanden sind, die im übrigen nur von solchen Geschädigten geltend gemacht werden können, die die fehlerhafte Sache nicht gewerblich nutzen.<sup>591</sup>

## III. HAFTUNGSEINSCHRÄNKUNG AUFGRUND VERTRAGLICHER HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN

### 1. VERSCHULDENSABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG

Der Charakter der Software als unentgeltlich überlassenes Wirtschaftsgut vermag die deliktische Haftung nur im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenkten einzuschränken, da hier die Haftungsprivilegierungen des Schenkungsrecht das Deliktsrecht überlagern.<sup>592</sup> Demgemäß haftet der Hersteller, der gleichzeitig in schenkungsvertraglicher Beziehung zum Geschädigten steht, etwa beim direkten Download von der Website, im Rahmen von § 521 BGB nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit<sup>593</sup> – vorausgesetzt, daß Schenkungsrecht insgesamt anzuwenden und nicht von einem gemischten Vertrag auszugehen ist.

Wie bereits skizziert (Rn. 204), scheidet dagegen der in § 12 GPL enthaltene vollständige Haftungsausschluß an dem absoluten Klauselverbot des § 309 Nr. 7 BGB, das nur einen Ausschluß für leichte Fahrlässigkeit zuläßt. Demgemäß kann § 12 GPL auch nicht die deliktsrechtliche Haftung modifizieren.

Grundsätzlich jedoch wirken diese Haftungsmodifizierungen nicht gegenüber Dritten (sog. *Bystander*), die etwa durch den Einsatz von mangelhafter Open Source Software geschädigt werden.<sup>594</sup> Hier bleibt es bei der Haftung sowohl des Herstellers der Software als auch – je nach den Einzelfallumständen – des Anwenders (dazu Rn. 273).

### 2. VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG

Im Bereich des ProdHaftG kann aufgrund des absoluten Verbotes nach § 14 ProdHaftG keinerlei vertragliche Haftungsbeschränkung eingreifen. Weder schenkungsvertragliche Modifizierungen (§ 521 BGB) noch solche in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie der GPL, vermögen hier die Haftung einzuschränken oder zu begrenzen.

591 Hoeren in: v. Westphalen (Hrsg.), AGB-Klauselwerke, IT-Verträge, Rn. 95 hält die praktische Relevanz der Produkthaftung für den Softwarebereich aus diesem Grund für sehr gering („Totgeburt“).

592 BGH, Urteil v. 20.11.1984 - IVa ZR 104/83 BGHZ 93, 23, 27 f.; zu den Wirkungen vertraglicher Haftungserleichterungen im Rahmen des Deliktsrechts s. Spindler in: Roth/Bamberger, BGB, vor § 823 Rn. 46.

593 Ebenso Schiffner, Open Source Software, S. 255.

594 Dies wäre als eine Haftungsmodifizierung zu Lasten Dritter nicht mit dem Grundsatz der Privatautonomie vereinbar; vgl. Heinrichs in: Palandt BGB Einf. vor § 328, Rn. 10; Gottwald in MünchKomm BGB § 328 Rn. 192; vgl. auch v. Westphalen, in: v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 13 Rn. 47 ff.; Thomas in: Palandt BGB § 823 Rn 218; problematisch sind hier allerdings die Konstellationen, in denen eine Haftungsbeschränkung typischerweise auch die im Bereich des Vertragspartners befindlichen Personen erfassen kann, etwa bei Verträgen mit einem Unternehmen hinsichtlich der dort tätigen Arbeitnehmer.

## IV. HAFTUNGSADRESSATEN (SOFTWARE-HERSTELLER, -LIEFERANTEN UND -HÄNDLER)

Aufgrund der weitgehend dezentralen Entwicklung der Open Source Software kann nicht, wie in industriellen Produktions- und Wertschöpfungsketten üblich, ein einzelner Hersteller eines Produktes ausgemacht werden. In Betracht kommen hier vielmehr die bereits im Urheberrecht skizzierten Gemeinschaften, insbesondere der einzelnen Entwickler als gesamtschuldnerisch Haftende:

### 1. BEI ORIGINÄREN OSS-PRODUKTEN

#### a) DIE HERSTELLER

##### (1) Verschuldensabhängige Produkthaftung

Die Herstellereigenschaft hängt zunächst davon ab, wie die Software entwickelt wurde: Handelte es sich um eine BGB-Gesellschaft, so ist diese letztlich als Hersteller des Produktes Software zu qualifizieren, mit der Konsequenz, daß jeder einzelne BGB-Gesellschafter akzessorisch für die Verbindlichkeiten aus Produkthaftung der Gesellschaft einzustehen hat (s. Fn. @). Entscheidet über die Einbindungen von Verbesserungen ein „Komitee“, wie dies etwa bei LINUX der Fall ist,<sup>595</sup> kommen auch dieses Komitee und seine Mitglieder als Haftungsadressaten in Betracht, da diese letztlich darüber entscheiden, welches Produkt in den Verkehr gebracht wird. Der Fall ist den Montage- bzw. Assembling-Systemen vergleichbar, bei denen verschiedene Lieferanten ein Produkt zusammen erstellen, die Aufsicht aber beim eigentlichen Hersteller verbleibt.<sup>596</sup>

Bei *sukzessiver Erstellung* der Software wird dagegen nur jeder Entwickler für seinen Teil verantwortlich gemacht werden können; hier liegen Parallelen zum Verhältnis zwischen Hersteller und Lieferanten nahe. Allerdings muß der Entwickler in diesem Fall sicherstellen, daß er die Software, die er bearbeitet, zuverlässig ist, insbesondere aus zuverlässigen Quellen stammt.<sup>597</sup> Wie in der industriellen Herstellung auch, hat der Softwareentwickler eine Pflicht zu einer „Wareneingangskontrolle“, etwa auf Lauf- und Funktionsfähigkeit der Software.<sup>598</sup>

Die *Ermittlung der Haftungsadressaten* hängt in der Praxis davon ab, inwieweit diese namentlich bekannt sind. Die GPL verlangt in § 2 a), von jedem Lizenznehmer daß veränderte Dateien mit einem auffälligen Vermerk versehen werden, der auf Veränderung und das Datum der Veränderung hinweist. Hier besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit der Namensnennung. Allerdings sieht die GPL nicht vor, daß konkret der Name oder gar der Ort des Programmierers genannt werden *muß*; vielmehr genügt ein Copyright-Vermerk mit Verweis auf die GPL. Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, daß eine Pflicht zur namentlichen Benennung im Hinblick auf § 13 S. 2 UrhG problematisch

595 Linux Newbie FAQ, <http://tomixy.de/linux/faq/>; Omsels, FS Hertin 2000, S. 141, 165; s. ferner *Torvalds/Diamond, Just for Fun*, wie ein Freak die Computerwelt revolutionierte, S. 180 f.; *Grzeszik*, MMR 2000, 412, 414.

596 Zur Ersatzpflicht eines Unternehmers, der mit der Endmontage eines Gerätes betraut ist, dessen Teile ihm allerdings ein anderer Unternehmer nebst Montagepläne geliefert hat, vgl. *Foerste* in: v. Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 25 Rn. 77 ff.; *Kullmann* in: Kullmann/Pfister, *Produzentenhaftung*, Kz. 3250 S. 8 ff.; *Schmidt-Salzer*, *Produkthaftung III/1*, Rz. 4.354 ff.; *Mertens* in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 278; *Thomas* in: Palandt BGB § 823 Rn. 216; vgl. auch *Zeuner* in: *Soergel BGB § 823 Rn. 183*.

597 *Schmidt-Salzer*, *Produkthaftung III/1*, Rz. 4.38 ff.; vgl. ausführlich zu den Verkehrspflichten im Hinblick auf die Verarbeitung von zugelieferten Produkten *Foerste* in: v. Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 25 Rn. 48 ff.; *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, S. 719 ff.

598 Vgl. *Foerste* in: v. Westphalen (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 25 Rn. 63; *Kullmann* in: Kullmann/Pfister, *Produzentenhaftung*, Kz. 3250 S. 10 f.; *Schmidt-Salzer*, *Produkthaftung III/1*, Rz. 4.346; *Mertens* in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 290.

wäre.<sup>599</sup>

#### (2) Verschuldensunabhängige Produkthaftung

Gegenüber der Sachlage in der verschuldensabhängigen Produkthaftung ergeben sich hier im ProdHaftG keine wesentlichen Unterschiede.<sup>600</sup>

##### b) Anbieter, Händler und Importeure

Neben dem eigentlichen Hersteller können auch weitere, in den Vertrieb eingeschaltete Akteure als Haftungsadressaten in Betracht kommen: So haften nach § 4 I S. 2 ProdHaftG auch Quasi-Hersteller, die ihren Namen auf der Software anbringen, und damit den Eindruck hervorrufen, sie selbst seien Hersteller, wie ein solcher; vergleichbare Grundsätze gelten auch für die Haftung nach §§ 823 ff. BGB.<sup>601</sup> Für Open Source Software wird eine derartige Haftungserstreckung indes nur in Betracht kommen, wenn die Software mit der Marke eines Distributors derart verknüpft wird, daß der Verkehr davon ausgeht, daß die Software von diesem stammt.<sup>602</sup>

Sowohl nach den Grundsätzen der Produkthaftung nach §§ 823 ff. BGB als auch nach § 4 II ProdHaftG erstreckt sich die Haftung zudem auf Importeure und Lieferanten von Produkten, sofern das Produkt aus einem Staat außerhalb des EU- bzw. EWR-Raums stammt. Als Import kann auch der Vertrieb über die Web-Seite eines Distributors von Software mit Sitz in der EU bzw. dem EWR<sup>603</sup> anzusehen sein, der Software aus Drittstaaten zum Download bereithält; dies allerdings nur, sofern er aktiv in den Vertrieb eingeschaltet ist (s. Rn. 259 ff.). Denn es genügt die Inverkehrgabe des Produktes im Raum der EU bzw. des EWR<sup>604</sup> durch einen hier ansässigen Importeur, um die Prozeß- und Vollzugsprobleme eines Verbrauchers bei der Geltendmachung von Ansprüchen außerhalb der EU bzw. des EWR zu vermeiden. Erforderlich ist indes, daß der Importeur bzw. Lieferant selbst das „Sortiment“ an Open Source Software zusammenstellt, da er nur dann für die weitere Inverkehrgabe und damit die Steigerung des Gefahrenpotentials des Produktes verantwortlich gemacht werden kann. Bei Organisationen, wie etwa der Free Software Foundation, die Software zum Download bereithält und ausführlich beschreibt,<sup>605</sup> ist schon angesichts dieser Produktanleitungen von einer Auswahl und damit auch von der Lieferanten- bzw. Händlereigenschaft auszugehen. Ein reines Hosting oder gar eine Spiegelung von Software auf einem Server dürfte dagegen nicht mehr dem Begriff des Imports unterfallen (s. Rn. 259).

Problematisch ist allerdings in diesem Zusammenhang, ob es sich um einen „Import“ handelt, da dieser voraussetzt, daß der Großteil des Produktes nicht in der EU bzw. dem EWR hergestellt wurde; sonst wäre ein Hersteller in der EU vorhanden, so daß die Haftung des Importeurs nicht eingreifen müßte. Vor allem bei gemeinschaftlich entwickelter Software, wie sie im Open Source Bereich typisch ist, kann sich die Frage stellen, wie

599 *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839, 845; *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, S. 49; dies würde dem Recht auf die Verschweigung der Urheberschaft zuwiderlaufen, vgl. hierzu *Dietz* in: *Schricker UrhR Rn. 10*; *Hertin* in: *Fromm/Nordemann, UrhR*, § 13 Rn. 8; *Kroitzsch* in: *Möhring/ Nicolini UrhG § 13*, Rn. 8.

600 *Kullmann* in: *Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung*, Kz. 3605 S. 1 ff.; *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch ProdHaftG § 4*, Rn. 3 ff.; v. *Westphalen*, in: v. *Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 75 Rdnr. 2 ff.; *Cahn*, in: *MünchKomm BGB § 4 ProdHaftG Rn. 2* ff.

601 BGHUrteil v. 07.10.1986 - VI ZR 187/85 NJW 1987, 372, 373 f.; BGH Urteil v. 06.12.1994 - VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 343; *Foerste*, NJW 1994, 909, 910; *Fuchs*, JZ 1994, 533, 540; *Rettenbeck*, *Die Rückrufpflicht in der Produkthaftung*, S. 42 f.; *Foerste* in: v. *Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 25 Rn. 12 ff.

602 So etwa die Bezeichnung als „SuSE Linux“ ([http://www.suse.de/de/private/products/suse\\_linux/i386/index.html](http://www.suse.de/de/private/products/suse_linux/i386/index.html)) oder als „Red Hat Linux“ (<http://www.redhat.de/software/linux/>).

603 *Taeger*, *Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme*, S. 215; auf den Serverstandort kann es nicht ankommen, da dieser beliebig austausch- und wählbar ist.

604 *Cahn*, in: *MünchKomm BGB § 4 ProdHaftG Rn. 18*; *Frietsch* in: *Taschner/Frietsch ProdHaftG § 4 Rn. 52*; v. *Westphalen*, in: v. *Westphalen* (Hrsg.), *Produkthaftungshandbuch*, § 75, Rn. 50 ff.

605 S. etwa <http://www.fsf.org/server/new-software.html>

die verschiedenen Anteile zu gewichten sind. Pragmatisch kann dieses Problem jedoch nur dadurch gelöst werden, daß auf den Sitz der Gesamthandsgemeinschaft, die die Software entwickelt hat,<sup>606</sup> abgestellt wird.

## 2. HAFTUNG VON DOWNLOAD-CENTERN (PROVIDER)

Fraglich ist schließlich, wie Download-Center oder Provider haften, die ein Angebot von Open Source Software im Rahmen von FTP-Diensten bereithalten. In diesem Fall stellt der Provider nur Speicherkapazitäten zur Verfügung, vergleichbar einem Marktplatz zum Handel und Austausch von Produkten; er übt aber in der Regel keine Auswahl unter den aufgenommenen Produkten aus, erst recht nicht, wenn der freie Upload auf dem Server möglich ist.<sup>607</sup>

### a) HAFTUNGSPRIVILEGIERUNG NACH TDG

Hier können die Haftungsprivilegierungen nach §§ 9 – 11 TDG, insbesondere § 11 TDG eingreifen. Danach haftet der Provider, der als Marktplatz fungiert, nur dann für die bereitgestellte Software, wenn er Kenntnis von der Software oder zumindest Kenntnis von Umständen hatte, die auf eine rechtswidrige Handlung bzw. Eigenschaft der Software hindeuten.<sup>608</sup> Voraussetzung ist zunächst, daß es sich um fremde Inhalte handelt. Nach § 11 TDG, der Art. 14 II E-Commerce-Richtlinie umsetzt, ist hierfür erforderlich, dass der Nutzer, der die Inhalte auf dem Server des Providers speichert, nicht unter der „Aufsicht“ des Providers steht. Was hierunter im einzelnen zu verstehen ist, ist noch weitgehend ungeklärt:

Zwar geht der deutsche Gesetzgeber davon aus, daß die alte Unterscheidung von eigenen und fremden Inhalten beibehalten werden kann.<sup>609</sup> Doch stellt Art. 14 I ECRL allein auf die Speicherung einer vom Nutzer eingegebenen Informationen ab – also einen technischen Vorgang. Ein sich-zu-eigen-machen von Inhalten, die vom Nutzer stammen, scheidet damit aus.<sup>610</sup> Entscheidendes Kriterium für die Unterscheidung eigener und fremder Inhalte dürfte in Zukunft daher in der Tat sein, ob der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird; denn nur in diesem Fall kann der fremde Inhalt dem Diensteanbieter nach § 11 S. 2 TDG zugerechnet und die Haftungsprivilegierung ausgeschlossen werden. Anders als die im deutschen Äußerungsrecht erforderliche<sup>611</sup> und für § 5 TDG a.F. übernommene deutliche Distanzierung<sup>612</sup>, stellt § 11 TDG nur darauf ab, ob der Nutzer und nicht die Information vom Diensteanbieter beaufsichtigt wird, etwa bei der Speicherung von Informationen eines Autors im Rahmen eines von einem elektronischen Verleger angebotenen Informationsdienstes.<sup>613</sup> Umgekehrt führt eine mangelnde Distanzierung von fremden Informationen noch nicht zu deren Zurechnung zum Diensteanbieter – der „Disclaimer“ verliert an Bedeutung. Auch unter welchen Namen die Inhalte ins Netz gestellt werden, ist unerheblich; entscheidend ist nur, daß der Diensteanbieter den Nutzer, von dem die Informationen stammen, beaufsichtigt. Allerdings liegt in der Regel bei den früher „sich-zu-eigen-gemachten“ Inhalten in der Regel schon Kenntnis vom Inhalt vor, so daß die Verantwortlichkeit auch nach § 11 TDG eingreift.

Entscheidend ist daher eine Form der Kontrolle und Weisungsbefugnis des Providers gegenüber dem speichernden Nutzer; bei einer Auswahl von Open Source Software durch den Provider wird in der Regel bereits ein eigener Inhalt vorliegen, vergleichbar ei-

<sup>606</sup> S. dazu oben Rn. @.

<sup>607</sup> Spindler in: Hoeren/Sieber (Hrsg.) Handbuch Multimediarecht, Kap. 29 Rn. 307.

<sup>608</sup> Näher dazu Spindler, NJW 2002, 921, 923 f.

<sup>609</sup> Begr RegE Vorbemerkung zu §§ 8 ff. TDG (EGG) S. 49.

<sup>610</sup> Ähnlich Freytag, CR 2000, 600, 603 f.

<sup>611</sup> BGH, Urteil v. 26.11.1996 - VI ZR 323/95, NJW 1997, 1148; BGH, Urteil v. 30.01.1996 - VI ZR 386/94, BGHZ 132, 13 = NJW 1996, 1131; Bleisteiner, Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet, S. 164.

nem Händler, der über die hereinzunehmende Ware entscheidet. Eine Haftungsprivilegierung kommt daher nur in Betracht, wenn eine Web-Site passiv das freie Herauf- und Herunterladen gestattet, ohne jede eigene inhaltliche Auswahl zu treffen.

An der erforderlichen Kenntnis des Providers wird es oft bei denjenigen FTP-Diensten fehlen, auf die Software von Nutzern sowohl frei herauf- als auch heruntergeladen werden kann. Lediglich in den Fällen, in denen der Provider selbst bestimmte Software empfiehlt, die er bereithält, ohne deswegen aktiv in den Vertrieb eingeschaltet zu sein,<sup>614</sup> wird Kenntnis von der fremden Software anzunehmen sein.

### b) HAFTUNG NACH ALLGEMEINEN REGELN

Selbst wenn der Marktplatz-Provider dem allgemeinen Haftungsrecht unterworfen ist, etwa weil er Kenntnis von den fremden Programmen haben sollte, treffen ihn doch nur geringe Pflichten. Das Maß an berechtigter Sicherheits Erwartung wird schließlich auch durch den Preis beeinflusst, so daß der Provider bei kostenloser Abgabe von Software nur zur Einhaltung von Mindeststandards und Stichprobenkontrollen verpflichtet sein kann. Lediglich hinsichtlich der Freiheit von Viren oder anderen schädigenden Bestandteilen sind hier Kontroll- und Prüfpflichten des Service Providers im Sinne der Gewährleistung einer Basissicherheit<sup>615</sup> angebracht;<sup>616</sup> dies gilt auch für Open Source Software.<sup>617</sup> Bei dem typischerweise massenhaften Angebot von unentgeltlicher Software wird indes nicht eine Prüfung der Lauffähigkeit der Programme und ihrer eventuellen Auswirkungen erwartet werden können, selbst wenn es sich um Software handelt, deren Einsatz zur Verletzung hochrangiger Rechtsgüter führen kann. Lediglich dort, wo der Provider bestimmte Rubriken unterhält, unter denen Software-Pakete zu einem Fachgebiet zu finden sind, etwa medizinische Software, und damit konkludent Sicherheits-erwartungen weckt, wird man ihn aufgrund der Vorhersehbarkeit ihres Einsatzes in besonderen Gefahrenbereichen dazu verpflichten können, die Programme vorher zu testen.

### c) VERSCHULDENSUNABHÄNGIGE PRODUKTHAFTUNG

Während die Haftung des Providers als Hersteller von Software unproblematisch ist, kommt der Frage, ob der Service Provider nach § 4 III ProdHaftG als Lieferant qualifiziert werden kann, wesentlich größere Bedeutung zu. Denn nach § 4 III ProdHaftG käme eine Haftung immer dann in Betracht, wenn der Provider nicht den Hersteller einer Information oder einer Software benennen kann – zumal die Haftungsprivilegierungen nach §§ 9 – 11 TDG bzw. der E-Commerce-Richtlinie nicht die Produkthaftung nach dem ProdHaftG tangieren können.<sup>618</sup> Vor allem Schäden durch anonym bereitgestellte Informationen oder anonym hergestellte Software, die auf dem FTP-Server des Internet-Anbieters gespeichert und z.B. virenverseucht waren, könnten die Haftung des Providers

<sup>612</sup> OLG München Urteil v.17.5.2002 - 21 U 5569/01, NJW 2002, 2398, 2399 ; OLG Köln, Urteil vom 28.05.2002 - 15U 221/ 01, MMR 2002, 548- Steffi Graf; BGH, Urteil vom 26.11.1996 - VI ZR 323/ 95; NJW 1997, 1148 LG Potsdam Urteil v.10.10.2002 - 51 O 12/02, MMR 2002, 829, 830; LG Potsdam Urteil v. 08.07.1999 - 3 O 317/99, CR 2000, 123, 124; Leistner, in: Bettinger/Leistner (Hrsg.) Werbung und Vertrieb im Internet, Teil 1 E Rz. 15; Köster/Jürgens, MMR 2002, 420, 423 Spindler, NJW 2002, 922, 923; Spindler NJW 1997, 3193, 3196; Pelz, ZUM 1998, 530, 532; Engel-Flehsig, ZUM 1997, 231, 235; Koch, CR 1997, 193, 197.

<sup>613</sup> Zudem dürfte die Zurechnung von Inhalten, die durch eine konzernierte Gesellschaft erstellt werden, zur Konzernmuttergesellschaft einfacher als zuvor erfolgen, allerdings nur, wenn das Weisungsrecht auch die Speicherung konkreter Inhalte umfaßt; zur konzernrechtlichen Zurechnung, die durch die Richtlinie wesentlich erleichtert wird s. Spindler, MMR 1999, 199, 203; ebenso jetzt Freytag, CR 2000, 600, 608, der aber nach TDG in diesen Fällen weiterhin eigene Inhalte annehmen möchte; Grabitz/Hill/Marly, EGV, A 4 Art. 15 Rn. 18; dazu und zur konzernrechtlichen Zurechnung nach § 5 TDG a.F. s. Spindler, CR 1998, 745 ff.

<sup>614</sup> Z.B. bei Hochschulrechenzentren, die bestimmte Shareware-Programme zur Benutzung im Internet empfehlen und diese auch zum Herunterladen bereithalten.

<sup>615</sup> BGH, Urteil v. 21.11.1989 - VI ZR 350/88 NJW 1990, 908, 909 - Weinkorken -; BGH, Urteil v. 17.10.1989 - VI ZR 258/88, NJW 1990, 906, 907 - Pferdeboxen -; Frietsch in: Taschner/Frietsch ProdHaftG § 3 Rn. 56.

<sup>616</sup> Hinsichtlich Virenfreiheit bei Computerprogrammen ebenso Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 184, allerdings ohne Bezug auf Service Provider.

<sup>617</sup> Ebenso Siepmann, Jur-PC 163/1999, Abs. 138, jedoch ohne Bezug auf die deliktische Haftung.

<sup>618</sup> S. oben Rn. @.

nach ProdHaftG auslösen. Eine solche Haftung des Service- oder Host-Providers wird generell schon deswegen abgelehnt, weil er sein Sortiment nicht selbst zusammenstellt. Seine Stellung ähnele vielmehr der eines Lagerhaltes, der Raum für die Unterbringung fremder Gegenstände gewähre, oder der eines Vermieters, der anderen ein Forum für das Inverkehrbringen ihrer Güter verschaffe.<sup>619</sup>

Dies trifft in der Regel zu, muß jedoch präzisiert werden. Denn wenn selbst der Spediteur als Lieferant nach § 4 III ProdHaftG qualifiziert werden soll, weil er das Produkt in den Verkehr bringt,<sup>620</sup> dürfte für den Provider, der im Hinblick auf Informationen die gleiche Funktion erfüllt, nichts anderes gelten. Ausschlaggebend ist demnach, ob der Provider das Produkt mit seiner Tätigkeit weiter in Verkehr bringt. Denn dies genügt bereits für die Anwendung des ProdHaftG.<sup>621</sup> Hier dürfte entscheidend sein, wie der Provider Kontrollen über das Herauf- und Herunterladen von seinen Rechnern ausübt. Beschränkt er etwa wie viele Provider im Rahmen ihrer FTP-Dienste das Heraufladen von Software, so übt er grundsätzlich bereits eine Kontrolle über die weitere Inverkehrgabe aus, da es von seiner Entscheidung abhängt, ob überhaupt das „Forum für das Inverkehrbringen der Güter“ genutzt werden kann. Dabei muß es sich nicht unbedingt um ein aktives Zusammenstellen des „Sortiments“ handeln in dem Sinne, daß der Provider wie ein Händler selber Software aussucht und dann bereitstellt, da die Abgrenzung zu einer rein passiven Kontrolle im Sinne eines Veto-Einlegens gegen die Plazierung von Software auf dem Rechner schwer durchzuführen ist. Allerdings darf sich die Überprüfung der heraufgeladenen Software nicht nur auf deren Virenfreiheit beschränken, was schon wegen der Verkehrspflichten des Providers erforderlich ist,<sup>622</sup> sondern muß auch eine inhaltliche Kontrolle erfassen, damit tatsächlich von einer weiteren Inverkehrgabe gesprochen werden kann. Wesentlich ist auch hier die Steigerung der Verbreitung des Produktes und damit der Wahrscheinlichkeit von Schädigungen Dritter aufgrund der vom Produkt ausgehenden Gefahren sowie der durch die Kontrollen geschaffenen Sicherheitserwartungen des Verkehrs. Für den Regelfall der über das Internet übermittelten anonymen Software wird es daher an einer Haftung des Providers nach dem ProdHaftG fehlen, da keine weitere Inverkehrgabe vorliegt.

Schließlich betrifft eine weitere, für das global wirkende Internet bedeutsame Variante die Haftung des Providers als Importeur. Hält der Provider auf seinen Rechnern Informationen oder Software, die er aus Nicht-EU/EWR Staaten bezogen hat, zum Abruf für Nutzer bereit, so muß er sich wie ein Importeur nach § 4 II ProdHaftG behandeln lassen und damit wie ein Hersteller verschuldensunabhängig für die angebotenen Produkte haften,<sup>623</sup> selbst wenn der Hersteller bekannt ist.<sup>624</sup> Auch hier gilt aber, daß der Provider *aktiv* in den Vertrieb eingeschaltet sein muß. Reine Hyperlinks auf ausländische Rechner, auf denen die Software abgelegt ist, reichen daher ebensowenig wie das Bereitstellen von Speicherplatz für ausländische Software für die Haftung nach § 4 II ProdHaftG aus. Aber auch Web-Hosting-Verträge, bei denen der Provider keine Kenntnis von den Inhalten erhält, sondern nur Speicherplatz zur Verfügung stellt, können nicht anders beurteilt werden, da hier der Provider lediglich das Transportmittel oder den Lagerraum bereithält, aber keine die weitere Inverkehrgabe befördernde Funktion über-

619 So *Hoeren/Pichler* in: F.A.Koch/Loewenheim (Hrsg.), Praxis des Online-Rechts, S. 434.

620 So v. *Westphalen*, in: v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 75 Rdnr. 70; abl. *Kullmann* in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kz. 3605 S. 18.

621 Vgl. *Frietsch* in: Taschner/Frietsch ProdHaftG § 4 Rn. 71 ff.; *Schmidt-Salzer* EG-Richtlinie Art. 3 Rdnr. 265 ff.

622 S. dazu *Spindler*, ZUM 1996, 533, 548 f.; *Spindler*, MMR 1998, 26, 29 f.

623 Ähnlich *Taege*, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, S. 215 für on-line Übertragungen eines ausländischen Herstellers auf Geheiß eines inländischen Importeurs.

624 Vgl. BT-Dr. 11/2447 S. 20; *Rolland*, Produkthaftungsrecht, Teil I § 4 ProdHaftG, Rdnr. 36; v. *Westphalen*, in: v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 75, Rn. 50 mwNachw.; krit. *Cahn*, in: MünchKomm BGB, § 4 ProdHaftG Rn. 18: mehr Förderung des EU-Binnenmarktes als echter Verbraucherschutz.

nimmt.

Fraglich ist, wie der Fall behandelt werden soll, wenn ein privater Nutzer des Service Providers schädigende Software, z.B. durch Virenverseuchung, aus den USA bezogen und auf den FTP-Server des Service Providers geladen hat, der wiederum die Software anderen Nutzern anbietet. Zwar kommt es in erster Linie auf die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung im Ausland oder des Auffindens des eigentlichen Herstellers an,<sup>625</sup> doch gilt andererseits, daß ein zunächst nicht mit wirtschaftlicher Zwecksetzung erfolgter Import mit späterer Änderung der Zielrichtung nicht für die Anwendung des § 4 Abs. 2 ProdHaftG ausreicht.<sup>626</sup> Eine wirtschaftlich auf Vertriebszwecke gerichtete Einfuhr liegt damit nicht vor, so daß der Service Provider in diesen Fällen nicht der Haftung nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG unterliegt.

Eine wichtige Einschränkung der Haftung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG ergibt sich aber für den gerade im Internet bedeutsamen Fall, daß der Fehler des Produktes erst nach der Inverkehrgabe entsteht.<sup>627</sup> So kommt eine Haftung für Virenverseuchung nicht mehr in Betracht, wenn die Software oder die Information ursprünglich fehlerfrei bzw. virenfrei war und erst nachträglich durch den Eingriff Dritter infiziert wurde.<sup>628</sup> Allerdings ist der jeweilige Zeitpunkt der (weiteren) Inverkehrgabe des Produktes maßgeblich,<sup>629</sup> so daß sich ein Provider, der als Lieferant nach § 4 Abs. 3 ProdHaftG zu qualifizieren sein sollte, nicht auf die ursprüngliche Fehlerfreiheit des Produktes bei Inverkehrgabe durch den Hersteller berufen kann, wenn die Virenverseuchung in der Sphäre des Providers entstanden ist.

## V. HAFTUNG DER VERWENDER VON OPEN SOURCE SOFTWARE

Wenig behandelt und hier nur anzudeuten ist die Haftung der Verwender von Open Source Software. Denn aufgrund des Charakters der Open Source Software als geschenktes Vermögensgut und des gesondert einzukaufenden Supports muß jeder Nutzer im Hinblick auf das seiner Aufsicht unterstehende Gefahrenpotential entsprechende Vorkehrungen gegenüber Aus- und Störfällen der Software treffen. Aber auch die Haftung wegen fremder Urheberrechtsverletzung kann in praxi empfindliche Risiken hervorrufen.

### 1. HAFTUNG DES NUTZERS VON OSS GEGENÜBER DRITTEN AUS URHEBERRECHT

Stellt sich heraus, daß die erworbene Software entgegen den Anpreisungen einem Urheberrecht eines Dritten untersteht, etwa weil die GPL nicht wirksam vereinbart wurde etc., muß der Nutzer aufgrund des im Urheberrecht fehlenden gutgläubigen Erwerbs gem §§ 97 ff. UrhG für alle Verletzungen der Verwertungsrechte einstehen, sofern er schuldhaft die Urheberrechte Dritter verletzt hat. Angesichts der geschilderten komplexen internationalen Rechtslage und der offenen Kriterien hinsichtlich der Frage, ob

625 v. *Westphalen* in: v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 53 f.

626 Vgl. *Cahn*, in: MünchKomm BGB § 4 ProdHaftG Rn. 24; *Rolland*, Produkthaftungsrecht, Teil I § 4 ProdHaftG Rdnr. 62; *Frietsch* in: Taschner/Frietsch ProdHaftG § 4 Rn. 62; v. *Westphalen* in: v. Westphalen (Hrsg.) Produkthaftungshandbuch, § 75 Rn. 58.

627 Vgl. *Foerste* in: v. Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, § 20 Rn. 11.

628 Vgl. für den Eingriff Dritter *Cahn*, in: MünchKomm BGB § 1 ProdHaftG Rn. 30 mwNachw.

629 Vgl. *Cahn*, in: MünchKomm BGB § 1 ProdHaftG Rn. 34.

eine Software der GPL als abgeleitetes Werk (noch) untersteht, besteht ein nicht unerhebliches Rechtsrisiko für den Verwender.

## 2. PFLICHTEN BEIM EINSATZ VON OPEN SOURCE SOFTWARE

Als einer der wichtigsten Vorteile der Verwendung von Open Source Software wird oft die bessere Überprüfbarkeit der Software auf Sicherheitslücken genannt, da der Quellcode offenliegt.<sup>630</sup> Dadurch werde die eigenständige, auch von mehreren unabhängigen Entwicklern durchgeführte Durchforstung der Software auf mögliche Hintertüren, Viren etc. – ganz im Gegensatz zu proprietärer Software – ermöglicht.<sup>631</sup> Richtig ist, daß die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung von Fehlern durch die Beteiligung zahlreicher externer Programmierer erhöht wird. Andererseits ist aber unklar, inwieweit dieser Vorteil mit dem gleichzeitigen Nachteil erkaufte wird, daß durch die Offenlegung auch neue Mißbrauchsmöglichkeiten durch Tools, die auf dem offengelegten Code aufbauen, erleichtert werden. Ob im Vergleich mit proprietärer Software insgesamt im Hinblick auf mehr Sicherheit tatsächlich Open Source Software vorteilhafter ist, erscheint bislang noch ungeklärt.

Dies vorausgeschickt, werden die Pflichten, die den Verwender von Open Source Software selbst treffen, umso bedeutsamer, als bei Eintritt etwaiger Schäden – wie dargelegt – nur bedingt Hersteller und Händler in Regreß genommen werden können:

Da bei Open Source Software – jedenfalls beim isolierten Erwerb – nur rudimentäre Gewährleistungspflichten bestehen, kann der Nutzer je nach Gefahrenpotential, in dessen Zusammenhang Open Source Software eingesetzt wird, verpflichtet sein, entsprechende externe Beratungsleistungen und Service einzukaufen, wenn er sich nicht eines Organisationsmangels schuldig machen möchte. Welche Risiken dies im einzelnen sind, läßt sich nur in Abhängigkeit von dem jeweiligen Einsatzgebiet und den konkret gefährdeten Rechtsgütern beantworten: während in Krankenhäusern, Luftsicherungssystemen etc. umfassende Sicherheitsvorkehrungen im Hinblick auf möglichen Programmfehler beim Einsatz von Open Source Software beispielsweise im Bereich der ärztlichen Diagnose oder Therapie zu treffen sind,<sup>632</sup> gelten andere Maßstäbe etwa bei Studentenverwaltungssystemen in Universitäten. Gleiches gilt für sensible Bereiche, wie Financial Services, bei denen schon unter Verwendung klassischer Software redundante Sicherheitssysteme verlangt werden, z.B. bei Alternativen Handelssystemen im Börsenrecht.<sup>633</sup>

Spielt die eingesetzte Software innerhalb eines Unternehmens eine entscheidende Rolle, was im Prinzip für alle Unternehmen gilt, die internetbezogene Applikationen betreiben, wie ebay, aber auch für viele andere Unternehmen, etwa der chemischen Industrie, bei denen Produktionsprozesse softwaregesteuert ablaufen, muß der Vorstand im Rahmen des von ihm geschuldeten Risk-Managements (§ 91 II AktG)<sup>634</sup> Sorge dafür tragen, daß entsprechender Support für Open Source Software besteht.

Selbstverständlich ist schließlich, daß Open Source Software nicht im Bereich geheimerhaltungsbedürftiger Informationen bzw. Codes verwandt werden kann, wenn dadurch

630 S. etwa Sandl, CR 2001, 346, 348 f. mwNachw.

631 S. auch Köhntopp/Köhntopp/Pfützmann, DuD 2000, 508, 512.

632 Mertens, in: MünchKomm BGB § 823 Rn. 393; zust. Laufs, Handbuch Arztrecht, § 100 Rn. 25; näher Epfle, Der Einsatz von EDV und die ärztliche Haftung, S. 156 ff. Gleichwohl kann die EDV-Technik nur der Unterstützung der Entscheidungsfindung dienen, nicht jedoch die ärztliche Entscheidung ersetzen, vgl. Epfle, Der Einsatz von EDV und die ärztliche Haftung, S. 74 f.; Uhlenbruck, MedR 1995, 147.

633 Näher dazu Spindler WM 2002, 1325, 1330.

634 Einzelheiten dazu bei Hefermehl/Spindler, in: MünchKomm AktG, § 91, erscheint demnächst, mwNachw.

bzw. durch die Unterstellung unter die GPL die an sich geheimzuhaltende Information bzw. Software offen gelegt werden muß.<sup>635</sup> Allerdings dürfte die Gefahr, daß die GPL zur Offenlegung von Werken zwingt, die mit Open Source Software hergestellt werden, etwa unternehmensinterne Texte (die mit einer Open Source Software erstellt wurden), bei verständiger Würdigung der GPL gering sein (s. Rn. 156).

635 Vgl. F.A.Koch, CR 2000, 273.

## G. ZUSAMMENFASSUNG

### 1. URHEBERRECHTLICHE PROBLEME

- a. Open Source Software ist oft eine gemeinschaftliche Produktion verschiedener Urheber, die über eine Gesamthandsgemeinschaft miteinander verbunden sind, sei es als Miturheber oder als Urheber eines verbundenen Werkes. Häufig handelt es sich auf der schuldrechtlichen Ebene um BGB-Gesellschaften, sofern ein gemeinsames Ziel vorliegt. Bei sukzessiver Erstellung der Software liegen dagegen nur Austauschverträge vor.
- b. Eine Miturheberschaft kann zudem daran scheitern, daß verschiedene Werkkategorien sich in der Software niederschlagen, etwa das Design von Web-Seiten.
- c. Daraus folgt, daß für Schadensersatzklagen nach § 8 II UrhG oft die Nennung der Namen aller Miturheber erforderlich ist, was in der Praxis in der Regel nicht gelingen wird. Nur im Wege der Unterlassungsklage werden daher die Pflichten aus der GPL durchsetzbar sein.
- d. Zentrale Bedeutung hat auch die rechtliche Einordnung der GPL: Die Pflicht der GPL, die Software nur unentgeltlich und unter Offenlegung des Source-Codes weiter zu verbreiten, wirkt als dingliche Bedingung auf die Nutzungsrechte ein, so daß bei Verletzung der GPL die von der GPL eingeräumten Nutzungsrechte entfallen. Damit unterfällt die GPL in weiten Teilen dem Schutzlandprinzip und damit der deutschen Rechtsordnung, sofern es um die Begründung der Verwertungsrechte in Deutschland geht.
- e. Die GPL als Lizenzvertrag wird hinsichtlich der Einräumung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte direkt mit den Urhebern vereinbart, entweder im Wege der Stellung des Distributors als Bote oder als Stellvertreter; davon zu trennen ist die schuldvertragsrechtliche Stellung der Vertragspartner.
- f. Im Verhältnis zu Nicht-Unternehmern wirft die Einbeziehung der GPL als AGB erhebliche Zweifel auf: Sie scheitert im Prinzip bereits an der erst nach Vertragsabschluß erfolgenden Kenntnisnahme der GPL; diese kann zwar durch die Zulassung einer nachträglichen Einbeziehung geheilt werden. Doch stellt sich auch in diesem Fall das Problem, daß die GPL nur in englischer Sprache abgefaßt sind – allerdings nur für den Vertrieb über Distributoren, nicht über das Internet. Ist die GPL nicht wirksam einbezogen, erwirbt der Nutzer keinerlei Verwertungsrechte; er hat nur Rechtsmängelgewährleistungsansprüche.
- g. Aufgrund der fehlenden Einbeziehung neuer Nutzungsarten in Lizenzen nach § 31 IV UrhG und der restriktiven Fassung der GPL können erhebliche Probleme hinsichtlich der Verwertungsarten Internet-Verbreitung, Application Service Providing entstehen. Dies gilt erst recht für von der GPL nicht benannte Verwertungsrechte, wie das Recht auf Zugänglichmachung für die Öffentlichkeit oder das Vermietrecht. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt grundsätzlich nicht in Betracht.
- h. Die firmeninterne Neuentwicklung mit Hilfe von Arbeitnehmern unter Zugrundelegung der GPL kollidiert grundsätzlich mit § 69b UrhG, da die Überlassung der Verwertungsrechte an den Arbeitgeber gegen Entgelt erfolgt und die GPL eine unentgeltliche Überlassung verlangt. Allein mit einer erweiternden Auslegung der GPL – die aber mit erheblichen Rechtsunsicherheiten behaftet ist – kann hier geholfen werden. Im übrigen greift die Pflicht zur Veröffentlichung der neuen Software und Offenlegung des Source Codes ein, da es sich um eine öffentliche Verbreitung im Sinne des Urheberrechts handelt.

- i. Erhebliche Rechtsunsicherheit herrscht bezüglich der Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes. Demnach könnte die Beschränkung der Weiterverbreitung, die in der GPL enthalten ist, wegen Verstoßes gegen § 17 UrhG unwirksam sein.
- j. Für die Beurteilung, wann eine neue Software unter die GPL gestellt werden muß, kommt es auf die Würdigung aller Einzelfallumstände an, insbesondere ob es sich um ein nach der Verkehrsanschauung selbständig lauffähiges Programm handelt. Vergleichbare Grundsätze greifen bei der Verwendung von Programmbibliotheken (DLL), Compilern, Editoren und anderen steuernden Programmen ein. Allerdings herrscht hier erhebliche Unsicherheit in der Beurteilung, wann es sich um von der GPL unabhängige Software handelt. Es bestehen schwerwiegende Zweifel an der Wirksamkeit der GPL hinsichtlich des Transparenzgebotes, da dem Vertragspartner seine Rechte und Pflichten weitgehend unklar bleiben.
- k. Das Schutzlandprinzip im Internationalen Urheberrecht führt dazu, daß die jeweiligen Beiträge der Urheber an einer Open Source Software nach der Rechtsordnung beurteilt werden müssen, in der das Urheberrecht geltend gemacht wird. Für die gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse der Miturheber untereinander gilt dagegen das Vertragsstatut, mithin nach Art. 28 EGBGB je nach Urheber andere Rechtsordnungen, bei BGB-Gesellschaften deren Sitz, der bei Open Source allerdings kaum festzumachen ist. Es kann daher zu einer komplexen Gemengelage urheber-, vertrags- sowie gesellschaftsrechtlicher Einordnungen einschließlich der Haftung kommen.
- l. Für Urheberrechtsverletzungen ist jeweils das Schutzland maßgeblich, in dem die Verletzung stattfand. Maßgeblich ist hierfür die konkrete Verwertungshandlung, bei der Vervielfältigung der Ort, an dem die Kopie erzeugt und verfügbar wurde, für das Recht auf Zugänglichmachung die Zurverfügungstellung auf einem Rechner. In letzterem Fall ist allerdings das Recht des Serverstandorts maßgeblich.

### 2. VERTRAGSRECHTLICHE PROBLEME

- a. Für den isolierten Erwerb von Open Source Software kann das Modell des Schenkungsvertragsrechts herangezogen werden.
- b. Der in § 11 GPL enthaltene Gewährleistungsausschluß verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB sowie § 307 BGB und ist insgesamt nichtig. Stattdessen sind beim isolierten Erwerb von Open Source Software die Regelungen des Schenkungsvertragsrechts anwendbar, insbesondere §§ 523, 524 BGB, wobei die Gleichstellung zwischen Sach- und Rechtsmängeln nach § 453 BGB n.F. zu berücksichtigen ist.
- c. Ebensowenig ist der in der GPL enthaltene Haftungsausschluß wirksam. Vielmehr greift die in § 521 BGB vorgesehene Haftungsmilderung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zugunsten eines Schenkers ein.
- d. Jeder einzelne Urheber kann (bei gemeinschaftlicher Entwicklung) als Gesamtschuldner Adressat der Haftungs- oder Gewährleistungsansprüche sein. Bei sukzessiver Entwicklung ist – entgegen der sonstigen Rechtslage bei arbeitsteiligen Produktionsprozessen – nur derjenige Urheber für die Teile verantwortlich, die er hergestellt hat.
- e. Bei gemischten Verträgen kommt es entscheidend darauf an, inwieweit die einzelnen Leistungen voneinander abhängen. So kann eine Gewährleistung nach Kaufvertragsrecht auch für die an sich der Schenkung unterliegenden Teile der Open Source Software in Betracht kommen, wenn der Vertrag mit der wirksamen Einräumung der Verwertungsrechte steht und fällt. Gleiches gilt für die Haftung, die sich auch auf Mangelfolgeschäden infolge schadhafter Software erstrecken kann. Gegenüber Verbrauchern können zudem die zwingenden Vorschriften des Verbrauchsgüterkauf eingreifen; dazu zählt aber nicht § 478 BGB – der Regreß gegenüber den Lieferanten –, da der

Distributor selbst die Software geschenkt erhält. All dies gilt sowohl für Verträge, die die Abgabe von Open Source Software mit Support koppeln, oder für Verträge über Hardware, die Open Source Software auf der Hardware enthalten.

f. In kollisionsrechtlicher Hinsicht muß für die Veräußerungsverträge auf den Ort des Anbieters abgestellt werden – wie zuvor. Bei gemischten Verträgen wird der Ort des Lieferanten bzw. Distributors maßgeblich sein, vorbehaltlich Art. 29 EGBGB. Auch im unternehmerischen Rechtsverkehr können aber die Haftungsausschlußklauseln der GPL nicht wirksam einbezogen werden, da sie gegen den *ordre public* nach Art. 6 EGBGB verstoßen.

### 3. HAFTUNGSRECHTLICHE PROBLEME

- a. Die verschuldensabhängige Produkthaftung ist ohne Einschränkungen auch auf Software anwendbar, mithin auch auf Open Source Software. Auch bei unentgeltlich abgegebenen Produkten muß ein Minimum an Sicherheit eingehalten werden, z.B. Virenfreiheit.
- b. Grundsätzlich kann auch die verschuldensunabhängige Haftung nach dem ProdHaftG für Software eingreifen, allerdings nur, wenn die Software dauerhaft beim Nutzer verkörpert wird. Die Privilegierungen des ProdHaftG für die private Erstellung von Produkten kann bei Open Source Software wegen der zumindest mittelbaren wirtschaftlichen Vorteile nur in Ausnahmefällen greifen.
- c. Der Charakter als Schenkung beschränkt die verschuldensabhängige deliktische Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nur im Verhältnis zu den Vertragspartnern der GPL, also den unmittelbaren Erwerbern, nicht jedoch gegenüber Dritten, die nicht in vertraglicher Verbindung mit der GPL standen. Ebenso wenig greift eine Modifizierung hinsichtlich des ProdHaftG ein.
- d. Als Haftungsadressaten kommen gesamtschuldnerisch alle Urheber einer gemeinschaftlich entwickelten Open Source Software in Betracht. Aber auch bei sukzessiv entwickelter Software haftet ein Entwickler tendenziell für das gesamte Produkt, das er weiter in Verkehr gegeben hat, allerdings nur für Vorprodukte nur soweit, wie er sie nicht zuverlässig kontrolliert hat. Daneben können auch Download-Center und Distributoren wie Hersteller haften, wenn sie selbst die Software ausgewählt haben und die Hersteller nicht benannt werden können.
- e. Auch die Nutzer von Open Source Software unterliegen haftungsrechtlichen Risiken. Abgesehen von der möglichen Inanspruchnahme durch Dritte wegen Verletzung ihrer Urheberrechte müssen Nutzer auch wegen der fehlenden vertraglichen Gewährleistung dafür Sorge tragen, daß von außen entsprechende Beratungs- und Serviceleistungen zur Verfügung stehen. Andernfalls kann ihnen im Schadensfall ein entsprechender Verschuldensvorwurf zur Last fallen.

## H. ANNEX: LIZENZEN

### I. GPL

#### PREAMBLE

The licenses for most software are designed to take away your freedom to share and change it. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change free software--to make sure the software is free for all its users. This General Public License applies to most of the Free Software Foundation's software and to any other program whose authors commit to using it. (Some other Free Software Foundation software is covered by the GNU Library General Public License instead.) You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs; and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must give the recipients all the rights that you have. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights.

We protect your rights with two steps: (1) copyright the software, and (2) offer you this license which gives you legal permission to copy, distribute and/or modify the software. Also, for each author's protection and ours, we want to make certain that everyone understands that there is no warranty for this free software. If the software is modified by someone else and passed on, we want its recipients to know that what they have is not the original, so that any problems introduced by others will not reflect on the original authors' reputations.

Finally, any free program is threatened constantly by software patents. We wish to avoid the danger that redistributors of a free program will individually obtain patent licenses, in effect making the program proprietary. To prevent this, we have made it clear that any patent must be licensed for everyone's free use or not licensed at all.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

## GNU GENERAL PUBLIC LICENSE

### TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING, DISTRIBUTION AND MODIFICATION

#### § 0.

This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License. The „Program“, below, refers to any such program or work, and a „work based on the Program“ means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term „modification“.) Each licensee is addressed as „you“.

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does.

#### § 1

1. You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program. You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.

#### § 2

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

- a) You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.
- b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.
- c) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no warranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this License. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for

other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.

Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.

In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.

### § 3

3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection b above.)

The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. For an executable work, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the executable. However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

If distribution of executable or object code is made by offering access to copy from a designated place, then offering equivalent access to copy the source code from the same place counts as distribution of the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

### § 4

4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.

### § 5

5. You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.

### § 6

6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.

### § 7

7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply and the section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other property right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system, which is implemented by public license practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that system; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licensee cannot impose that choice.

This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this License.

### § 8

8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.

### § 9

9. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and „any later version“, you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

## § 10

10. If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

## NO WARRANTY

11. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM „AS IS“ WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

12. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

END OF TERMS AND CONDITIONS

## How to Apply These Terms to Your New Programs

If you develop a new program, and you want it to be of the greatest possible use to the public, the best way to achieve this is to make it free software which everyone can redistribute and change under these terms.

To do so, attach the following notices to the program. It is safest to attach them to the start of each source file to most effectively convey the exclusion of warranty; and each file should have at least the „copyright“ line and a pointer to where the full notice is found.

<one line to give the program's name and a brief idea of what it does.>

Copyright (C) <year> <name of author>

This program is free software; you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation; either version 2 of the License, or (at your option) any later version.

This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public License for more details.

You should have received a copy of the GNU General Public License along with this program; if not, write to the Free Software Foundation, Inc., 59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307 USA.

Also add information on how to contact you by electronic and paper mail.

If the program is interactive, make it output a short notice like this when it starts in an interactive mode:

Gnomovision version 69, Copyright (C) year name of author

Gnomovision comes with ABSOLUTELY NO WARRANTY; for details type `show w'.

This is free software, and you are welcome to redistribute it under certain conditions; type `show c' for details.

The hypothetical commands `show w' and `show c' should show the appropriate parts of the General Public License. Of course, the commands you use may be called something other than `show w' and `show c'; they could even be mouse-clicks or menu items--whatever suits your program.

You should also get your employer (if you work as a programmer) or your school, if any, to sign a „copyright disclaimer“ for the program, if necessary. Here is a sample; alter the names:

Yoyodyne, Inc., hereby disclaims all copyright interest in the program `Gnomovision' (which makes passes at compilers) written by James Hacker.

<signature of Ty Coon>, 1 April 1989

Ty Coon, President of Vice

This General Public License does not permit incorporating your program into proprietary programs. If your program is a subroutine library, you may consider it more useful to permit linking proprietary applications with the library. If this is what you want to do, use the GNU Library General Public License instead of this License.

## II. LGPL

## GNU LESSER GENERAL PUBLIC LICENSE

Version 2.1, February 1999

Copyright (C) 1991, 1999 Free Software Foundation, Inc.

59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307 USA

Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed.

[This is the first released version of the Lesser GPL. It also counts as the successor of the GNU Library Public License, version 2, hence the version number 2.1.]

## PREAMBLE

The licenses for most software are designed to take away your freedom to share and change it. By contrast, the GNU General Public Licenses are intended to guarantee your freedom to share and change free software--to make sure the software is free for all its users.

This license, the Lesser General Public License, applies to some specially designated software packages--typically libraries--of the Free Software Foundation and other authors who decide to use it. You can use it too, but we suggest you first think carefully

about whether this license or the ordinary General Public License is the better strategy to use in any particular case, based on the explanations below.

When we speak of free software, we are referring to freedom of use, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish); that you receive source code or can get it if you want it; that you can change the software and use pieces of it in new free programs; and that you are informed that you can do these things.

To protect your rights, we need to make restrictions that forbid distributors to deny you these rights or to ask you to surrender these rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the library or if you modify it.

For example, if you distribute copies of the library, whether gratis or for a fee, you must give the recipients all the rights that we gave you. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. If you link other code with the library, you must provide complete object files to the recipients, so that they can relink them with the library after making changes to the library and recompiling it. And you must show them these terms so they know their rights.

We protect your rights with a two-step method: (1) we copyright the library, and (2) we offer you this license, which gives you legal permission to copy, distribute and/or modify the library.

To protect each distributor, we want to make it very clear that there is no warranty for the free library. Also, if the library is modified by someone else and passed on, the recipients should know that what they have is not the original version, so that the original author's reputation will not be affected by problems that might be introduced by others.

Finally, software patents pose a constant threat to the existence of any free program. We wish to make sure that a company cannot effectively restrict the users of a free program by obtaining a restrictive license from a patent holder. Therefore, we insist that any patent license obtained for a version of the library must be consistent with the full freedom of use specified in this license.

Most GNU software, including some libraries, is covered by the ordinary GNU General Public License. This license, the GNU Lesser General Public License, applies to certain designated libraries, and is quite different from the ordinary General Public License. We use this license for certain libraries in order to permit linking those libraries into non-free programs.

When a program is linked with a library, whether statically or using a shared library, the combination of the two is legally speaking a combined work, a derivative of the original library. The ordinary General Public License therefore permits such linking only if the entire combination fits its criteria of freedom. The Lesser General Public License permits more lax criteria for linking other code with the library.

We call this license the „Lesser“ General Public License because it does Less to protect the user's freedom than the ordinary General Public License. It also provides other free software developers Less of an advantage over competing non-free programs. These disadvantages are the reason we use the ordinary General Public License for many li-

braries. However, the Lesser license provides advantages in certain special circumstances.

For example, on rare occasions, there may be a special need to encourage the widest possible use of a certain library, so that it becomes a de-facto standard. To achieve this, non-free programs must be allowed to use the library. A more frequent case is that a free library does the same job as widely used non-free libraries. In this case, there is little to gain by limiting the free library to free software only, so we use the Lesser General Public License.

In other cases, permission to use a particular library in non-free programs enables a greater number of people to use a large body of free software. For example, permission to use the GNU C Library in non-free programs enables many more people to use the whole GNU operating system, as well as its variant, the GNU/Linux operating system.

Although the Lesser General Public License is Less protective of the users' freedom, it does ensure that the user of a program that is linked with the Library has the freedom and the wherewithal to run that program using a modified version of the Library.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow. Pay close attention to the difference between a „work based on the library“ and a „work that uses the library“. The former contains code derived from the library, whereas the latter must be combined with the library in order to run.

## GNU LESSER GENERAL PUBLIC LICENSE

### TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING, DISTRIBUTION AND MODIFICATION

0. This License Agreement applies to any software library or other program which contains a notice placed by the copyright holder or other authorized party saying it may be distributed under the terms of this Lesser General Public License (also called „this License“). Each licensee is addressed as „you“.

A „library“ means a collection of software functions and/or data prepared so as to be conveniently linked with application programs (which use some of those functions and data) to form executables.

The „Library“, below, refers to any such software library or work which has been distributed under these terms. A „work based on the Library“ means either the Library or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Library or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated straightforwardly into another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term „modification“.)

„Source code“ for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. For a library, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the library.

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running a program using the Library is not restricted, and output from such a program is covered only if its contents constitute a work based on the Library (independent of the use of the Library in a tool for writing it). Whether that is true depends on what the Library does and what the program that uses the Library does.

1. You may copy and distribute verbatim copies of the Library's complete source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and distribute a copy of this License along with the Library.

You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.

2. You may modify your copy or copies of the Library or any portion of it, thus forming a work based on the Library, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

- a) The modified work must itself be a software library.
- b) You must cause the files modified to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.
- c) You must cause the whole of the work to be licensed at no charge to all third parties under the terms of this License.
- d) If a facility in the modified Library refers to a function or a table of data to be supplied by an application program that uses the facility, other than as an argument passed when the facility is invoked, then you must make a good faith effort to ensure that, in the event an application does not supply such function or table, the facility still operates, and performs whatever part of its purpose remains meaningful.

(For example, a function in a library to compute square roots has a purpose that is entirely well-defined independent of the application. Therefore, Subsection 2d requires that any application-supplied function or table used by this function must be optional: if the application does not supply it, the square root function must still compute square roots.)

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Library, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Library, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.

Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Library.

In addition, mere aggregation of another work not based on the Library with the Library (or with a work based on the Library) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.

3. You may opt to apply the terms of the ordinary GNU General Public License instead of this License to a given copy of the Library. To do this, you must alter all the notices that refer to this License, so that they refer to the ordinary GNU General Public License, version 2, instead of to this License. (If a newer version than version 2 of the ordinary GNU General Public License has appeared, then you can specify that version instead if you wish.) Do not make any other change in these notices.

Once this change is made in a given copy, it is irreversible for that copy, so the ordinary GNU General Public License applies to all subsequent copies and derivative works made from that copy.

This option is useful when you wish to copy part of the code of the Library into a program that is not a library.

4. You may copy and distribute the Library (or a portion or derivative of it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange.

If distribution of object code is made by offering access to copy from a designated place, then offering equivalent access to copy the source code from the same place satisfies the requirement to distribute the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

5. A program that contains no derivative of any portion of the Library, but is designed to work with the Library by being compiled or linked with it, is called a „work that uses the Library“. Such a work, in isolation, is not a derivative work of the Library, and therefore falls outside the scope of this License.

However, linking a „work that uses the Library“ with the Library creates an executable that is a derivative of the Library (because it contains portions of the Library), rather than a „work that uses the library“. The executable is therefore covered by this License. Section 6 states terms for distribution of such executables.

When a „work that uses the Library“ uses material from a header file that is part of the Library, the object code for the work may be a derivative work of the Library even though the source code is not. Whether this is true is especially significant if the work can be linked without the Library, or if the work is itself a library. The threshold for this to be true is not precisely defined by law.

If such an object file uses only numerical parameters, data structure layouts and accessors, and small macros and small inline functions (ten lines or less in length), then the use of the object file is unrestricted, regardless of whether it is legally a derivative work. (Executables containing this object code plus portions of the Library will still fall under Section 6.)

Otherwise, if the work is a derivative of the Library, you may distribute the object code

for the work under the terms of Section 6.

Any executables containing that work also fall under Section 6, whether or not they are linked directly with the Library itself.

6. As an exception to the Sections above, you may also combine or link a „work that uses the Library“ with the Library to produce a work containing portions of the Library, and distribute that work under terms of your choice, provided that the terms permit modification of the work for the customer's own use and reverse engineering for debugging such modifications.

You must give prominent notice with each copy of the work that the Library is used in it and that the Library and its use are covered by this License. You must supply a copy of this License. If the work during execution displays copyright notices, you must include the copyright notice for the Library among them, as well as a reference directing the user to the copy of this License. Also, you must do one of these things:

- a) Accompany the work with the complete corresponding machine-readable source code for the Library including whatever changes were used in the work (which must be distributed under Sections 1 and 2 above); and, if the work is an executable linked with the Library, with the complete machine-readable „work that uses the Library“, as object code and/or source code, so that the user can modify the Library and then relink to produce a modified executable containing the modified Library. (It is understood that the user who changes the contents of definitions files in the Library will not necessarily be able to recompile the application to use the modified definitions.)
- b) Use a suitable shared library mechanism for linking with the Library. A suitable mechanism is one that (1) uses at run time a copy of the library already present on the user's computer system, rather than copying library functions into the executable, and (2) will operate properly with a modified version of the library, if the user installs one, as long as the modified version is interface-compatible with the version that the work was made with.
- c) Accompany the work with a written offer, valid for at least three years, to give the same user the materials specified in Subsection 6a, above, for a charge no more than the cost of performing this distribution.
- d) If distribution of the work is made by offering access to copy from a designated place, offer equivalent access to copy the above specified materials from the same place.
- e) Verify that the user has already received a copy of these materials or that you have already sent this user a copy.

For an executable, the required form of the „work that uses the Library“ must include any data and utility programs needed for reproducing the executable from it. However, as a special exception, the materials to be distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

It may happen that this requirement contradicts the license restrictions of other proprietary libraries that do not normally accompany the operating system. Such a con-

tradiction means you cannot use both them and the Library together in an executable that you distribute.

7. You may place library facilities that are a work based on the Library side-by-side in a single library together with other library facilities not covered by this License, and distribute such a combined library, provided that the separate distribution of the work based on the Library and of the other library facilities is otherwise permitted, and provided that you do these two things:

- a) Accompany the combined library with a copy of the same work based on the Library, uncombined with any other library facilities. This must be distributed under the terms of the Sections above.
- b) Give prominent notice with the combined library of the fact that part of it is a work based on the Library, and explaining where to find the accompanying uncombined form of the same work.

8. You may not copy, modify, sublicense, link with, or distribute the Library except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense, link with, or distribute the Library is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.

9. You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Library or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Library (or any work based on the Library), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Library or works based on it.

10. Each time you redistribute the Library (or any work based on the Library), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute, link with or modify the Library subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties with this License.

11. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Library at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Library by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Library.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply, and the section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other pro-

perty right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system which is implemented by public license practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that system; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licensee cannot impose that choice.

This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this License.

12. If the distribution and/or use of the Library is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Library under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.

13. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the Lesser General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Library specifies a version number of this License which applies to it and „any later version“, you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Library does not specify a license version number, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

14. If you wish to incorporate parts of the Library into other free programs whose distribution conditions are incompatible with these, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

#### NO WARRANTY

15. BECAUSE THE LIBRARY IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE LIBRARY, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE LIBRARY „AS IS“ WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE LIBRARY IS WITH YOU. SHOULD THE LIBRARY PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

16. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE LIBRARY AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE LIBRARY (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO

LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE LIBRARY TO OPERATE WITH ANY OTHER SOFTWARE), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

END OF TERMS AND CONDITIONS

**HERAUSGEBER:**

VSI – Verband der Softwareindustrie Deutschlands e. V.  
Stievestraße 7  
80638 München

**ANSPRECHPARTNER:**

Johannes M. Krüger  
Generalbevollmächtigter des Vorstandes  
VSI – Verband der Softwareindustrie Deutschlands e. V.  
Stievestraße 7  
80638 München  
Tel.: +49 (0) 89 -291 602 93  
Fax +49 (0) 89 - 291 602 96

Das Gutachten erscheint zusammen mit anderen Beiträgen in:  
„Open Source“, Verlag Otto Schmidt, Köln 2003

