

Open Source Software

Rechtliche Rahmenbedingungen der
Freien Software

Dr. Till Jaeger
Rechtsanwalt, Berlin

Prof. Dr. Axel Metzger, LL. M. (Harvard)

Professor an der
Humboldt-Universität zu Berlin

5. Auflage 2020





beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 734977

© 2020 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Satz: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
Druck und Bindung: Kösel GmbH & Co. KG, Am Buchweg 1,
87452 Altusried-Krugzell

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Im Oktober 2019 jährt sich zum zwanzigsten Mal die Veröffentlichung des Beitrags „Open Source Software und deutsches Urheberrecht“ in der GRUR Internationaler Teil (GRUR Int. 1999, 839), aus der Feder der Autoren des vorliegenden Buchs. Bei dem Beitrag handelte es sich um die erste deutschsprachige Fachveröffentlichung zu den Rechtsfragen, die das Entwicklungsmodell der Freien Software aufwirft. Der Beitrag aus dem Jahr 1999 beginnt mit den Worten – freilich nur als Zitat aus dem „Spiegel“ – „Linux übernimmt die Weltherrschaft“. Soweit es ist nicht gekommen, auch wenn die Durchdringung der verschiedenen Märkte für Software durch Linux-basierte Systeme wie Android und andere Freie Programme durchaus bemerkenswert ist. Seit 1999 hat sich nicht nur die IT-Landschaft tiefgreifend verändert. Auch die rechtlichen Verhältnisse der Entwickler, Distributoren und Nutzer von Open Source Software haben sich gewandelt. Neue Lizenzen sind hinzukommen. Gerichtsentscheidungen in Deutschland, in den USA und in anderen Ländern haben die wesentlichen Bestimmungen der Lizenzen durchgesetzt. Verschiedene Gesetzgeber haben Sonderbestimmungen in ihre Urheberrechtsgesetze aufgenommen, die die Vereinbarkeit von Open Source Lizenzen und dem Urheberrecht vereinfachen sollen. Begleitet wurde diese Entwicklung von einer Vielzahl deutschsprachiger und internationaler Fachveröffentlichungen, die zu einem besseren Verständnis des Entwicklungsmodells beigetragen haben. Die nun vorliegende 5. Auflage möchte den heutigen Entwicklungsstand vollständig widerspiegeln. In der neuen Ausstattung mit Hardcovereinband können die wichtigsten Lizenzen als Anhang abgedruckt werden. Wir hoffen, dass das Buch allen in Rechtspraxis und -wissenschaft mit Open Source Software befassten Lesern auf diese Weise ein hilfreicher Ratgeber sein wird. Danken möchten wir Frau Ruth Schrödl vom Verlag C.H.BECK für die langjährige, geduldige und wohlwollende Begleitung des Buchs über mittlerweile fünf Auflagen. Dank gebührt zudem Lars-Erik Allien, Joris Kanowski und Urs Albrecht Klein, die als Mitarbeiter bzw. Hilfskräfte des Lehrstuhls bei der Überarbeitung geholfen haben.

Berlin, im November 2019

*Till Jaeger
Axel Metzger*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI

1. Kapitel. Einführung

A. Begriff der „Open Source Software“ oder „Freien Software“	1
I. Was ist Freie oder Open Source Software?	1
II. Die Begriffe „Freie Software“ und „Open Source Software“	3
III. „Copyleft“ und „Non-Copyleft“ Software	4
IV. Abgrenzung zu Public Domain Software, Freeware und Shareware ..	4
1. Public Domain Software	5
2. Freeware	6
3. Shareware	6
4. Shared Source Software	6
B. Entstehung und Entwicklung des Open Source Modells	7
I. Entstehung einer eigenständigen Softwareindustrie	8
II. Die Entwicklung von Unix-Betriebssystemen	9
III. Das Betriebssystem GNU/Linux	10
IV. Die Ausbreitung des Open Source Modells	12
V. Android	14
VI. Freie Software und die öffentliche Hand	15
C. Die wirtschaftliche Bedeutung von Freier Software	16
I. Distributoren	16
II. Embedded-Systeme und IoT	17
III. Dienstleistungsmarkt	17
IV. Modulare Softwareentwicklung	18
V. Software as a Service (SaaS) und Cloud Services	18
VI. Individualentwicklung und Kombinationen von proprietärer und Freier Software	18
D. Open Source Compliance	19

2. Kapitel. Open Source Lizenzen

A. Lizenzen mit einer strengen Copyleft-Klausel	24
I. GNU General Public License, Version 2 (GPL-2.0)	24
1. Rechte der Lizenznehmer	25
a) Vervielfältigungsrecht und Verbreitungsrecht	25
b) Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	25
c) Vermietrecht	26
d) Embedded-Nutzung	28
e) Bearbeitungsrecht	29
2. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	29
a) Mitlieferung des Lizenztextes	29

b) Zugänglichmachung des Source Codes	29
c) Technische Schutzmaßnahmen	31
d) Urhebervermerke	32
e) Haftungsausschluss („Disclaimer“)	33
f) Lizenzgebührenverbot	33
g) Verbot zusätzlicher Beschränkungen	34
3. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software ...	35
a) Änderungsvermerk	35
b) Anzeige bei interaktiven Kommandos	36
c) Copyleft	36
aa) Pflicht zur Freigabe nur bei Veröffentlichung oder Verbreitung durch den Lizenznehmer	37
bb) Was ist ein „derivative work“?	38
(1) Codeänderungen und -ergänzungen	43
(2) Kernelmodule	43
(3) Verlinkung	44
(4) Nutzung von GPL-2.0-Softwaretools	46
cc) Das Copyleft bei Sammelwerken	47
4. Patentlizenzierung	48
a) Lizenzierung durch den Lizenzgeber	49
b) Später erworbene Patente des Lizenzgebers	50
c) Lizenzierung durch den Distributor	50
II. GNU General Public License, Version 3 (GPL-3.0)	51
1. Von der GPL-2.0 zur GPL-3.0	51
2. Rechte der Lizenznehmer	52
3. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	54
a) Pflichten beim Vertrieb unveränderter Quellcodeversionen	54
b) Pflichten beim Vertrieb von Objectcodeversionen	55
4. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software ...	56
5. „Additional terms“	58
6. Digital Rights Management	59
7. Patentlizenzierung	61
8. Rechtewegfall bei Lizenzverletzung	64
III. GNU Affero General Public License, Version 3 (AGPL-3.0)	64
IV. Eclipse Public License (EPL)	66
1. Eclipse Public License, Version 1 (EPL-1.0)	66
a) Rechte der Lizenznehmer	67
b) Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	68
c) Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software	68
d) Patentlizenzierung	71
2. Eclipse Public License, Version 2 (EPL-2.0)	72
V. Deutsche Freie Software Lizenz (d-fsl-1.0)	73
B. Lizenzen mit einer beschränkten Copyleft-Klausel	73
I. Mozilla Public License, Version 2 (MPL-2.0)	73
1. Rechte der Nutzer	75
2. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	76

Inhaltsverzeichnis	IX
3. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software ...	77
4. Patentlizenzierung	78
II. GNU Lesser General Public License (LGPL)	78
1. GNU Lesser General Public License, Version 2.1 (LGPL-2.1)	79
a) Rechte der Nutzer	79
b) Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	80
c) Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software	80
aa) Verpflichtungen bei Veränderung der Bibliothek selbst	81
bb) Verpflichtungen bei der Kombination der Bibliothek mit einem zugreifenden Programm	81
2. GNU Lesser General Public License, Version 3 (LGPL-3.0)	84
III. Microsoft Public License (MS-PL)	85
1. Rechte der Lizenznehmer	85
2. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb unveränderter Software	85
3. Pflichten der Lizenznehmer beim Vertrieb veränderter Software ...	86
4. Patentlizenzierung	86
C. Lizenzen ohne Copyleft-Klausel	86
I. BSD Copyright	87
1. Rechte der Lizenznehmer	87
2. Pflichten der Lizenznehmer	88
3. Patentlizenzierung	89
II. Apache License	89
1. Rechte der Lizenznehmer	89
2. Pflichten der Lizenznehmer	90
a) Apache Software License, Version 1.0 (Apache-1.0)	90
b) Apache Software License, Version 1.1 (Apache-1.1)	90
c) Apache License, Version 2.0 (Apache-2.0)	90
3. Patentlizenzierung	92
III. MIT License (MIT)	92
IV. zlib License (zlib).....	93
D. Lizenzen mit Wahlmöglichkeiten	93
I. (Perl) Artistic License	94
1. Rechte der Lizenznehmer	94
2. Pflichten der Lizenznehmer	95
II. Clarified Artistic License (CIArtistic).....	96
III. Artistic License 2.0 (Artistic-2.0).....	97
E. Lizenzen mit Sonderrechten	97
F. Dual Licensing	98
I. Begriff	98
II. Zulässigkeit des Dual Licensing	99
III. Rechtsfolgen des Dual Licensing	100
IV. Beispiele für Dual Licensing	100
V. Zusammenfassung	101
G. Lizenzkompatibilität	101

I. Lizenzkompatibilität von Open Source Lizenzen	102
II. Lizenzkompatibilität innerhalb der GPL	106
H. Relizenzierung	108

3. Kapitel. Urheberrecht

A. Urheberrechtliche Grundlagen	111
I. Schutzgegenstand	111
II. Schutzzumfang	112
III. Zustimmungsfreie Handlungen	115
IV. Einräumung von Nutzungsrechten durch Open Source Lizenzen	117
V. Rechtsfolgen bei der Änderung der Rechtsinhaberschaft	117
1. Einseitige Rechtseinräumung	118
2. Lizenzvertrag ohne Sukzessionsschutz	118
3. Lizenzvertrag mit Sukzessionsschutz	119
VI. Verbreitung und Vermietung	120
1. Weitergabe an Konzerngesellschaften	122
2. Weitergabe an Dienstleister zur Weiterentwicklung	123
3. Überlassung an Outsourcing-Dienstleister	124
4. Arbeitnehmerüberlassung	125
5. Vorstellung bei einer Messe	125
VII. Öffentliche Wiedergabe	126
B. Vereinbarkeit von Open Source Lizenzen mit dem deutschen Urheberrecht	130
I. Urheberpersönlichkeitsrecht	131
II. Erschöpfungsgrundsatz	133
III. Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung	135
IV. Neue Nutzungsarten	138
V. Nutzung im Wege des Software as a Service (SaaS)	140
1. Berücksichtigung von SaaS in freien Lizenzen	140
2. Einräumung der erforderlichen Nutzungsrechte	140
a) SaaS als neue Nutzungsart	141
b) Vertragsauslegung	142
3. Erfüllung von Lizenzpflichten	142
C. Rechtsinhaberschaft	143
I. Wer ist Urheber bei der „Basar-Methode“?	143
II. Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen	145
III. Rechtswahrnehmung durch Projekte und Organisationen („contributor agreements“)	146
D. Die Durchsetzung von Open Source Lizenzen	148
I. Rechtsfolgen einer Lizenzverletzung	149
II. Ansprüche bei einer Lizenzverletzung	152
1. Beseitigungsansprüche	153
2. Unterlassungsansprüche	154
3. Schadensersatzansprüche	155
4. Auskunftsansprüche	157
5. Besichtigungsansprüche	158
6. Sonstige Ansprüche	158

Inhaltsverzeichnis	XI
--------------------	----

7. Abwendungsbefugnis	159
8. Rechtsmissbräuchliche Rechtsdurchsetzung	159
III. Prozessuale Aspekte der Lizenzdurchsetzung	161
1. Aktivlegitimation	161
2. Passivlegitimation	163
3. Zuständiges Gericht	163
4. Unterlassungsanträge bei Lizenzverletzungen	165
E. Die Insolvenzfestigkeit von Open Source Lizenzen	166
I. Software-Lizenzverträge und Insolvenzrecht	166
II. Auswirkungen der Insolvenz auf Open Source Lizenzen	167
1. Rechtseinräumung vor Verfahrenseröffnung	167
a) Open Source Lizenzvertrag als gegenseitiger Vertrag?	168
b) Erfüllung bei Open Source Software-Lizenzverträgen?	169
c) Konsequenz der Nichtanwendbarkeit des § 103 InsO	169
2. Rechtseinräumung nach Verfahrenseröffnung	170
III. Konsequenzen für Nutzer und Distributoren	171
F. Urheberrechtlicher Schutz von Distributionen	172
4. Kapitel. Vertragsrecht, Haftung und Gewährleistung	
A. Vertragsverhältnisse bei der Lizenzierung von Freier Software	175
I. Vertragsabschluss mit dem Distributor	176
II. Vertragsabschluss mit den Urhebern	177
B. AGB-Recht	180
I. Einbeziehung von Lizenzbedingungen	180
II. Auslegung von Open Source Lizenzen	182
III. Inhaltskontrolle der Copyleft-Klausel	184
1. Verletzung des Erschöpfungsgrundsatzes?	185
2. Verstoß gegen das Transparenzgebot?	186
IV. Klauseln zu neuen Lizenzversionen	187
1. Beispiele für entsprechende Klauseln	187
2. Zulässigkeit der Klauseln	188
C. Gesellschaftsrecht	189
I. Kooperationsmodelle in der Praxis	189
1. Entwicklungsherrschaft von Unternehmen	189
2. Organisatorisch verdichtete Entwicklungsprojekte	190
3. Einzelprojekte	190
4. Klassische Community-Projekte	190
II. Gesellschaftsrechtliche Beurteilung von Entwicklungsprojekten	190
III. Bedeutung von gesellschaftsrechtlichen Strukturen	192
D. Vertragstypen, Gewährleistung und Haftung	192
I. Vertragskonstellation 1: Unentgeltlicher Download von Freier Software direkt vom Rechtsinhaber	193
1. Vertragstyp	194
a) Vertragsgegenstand	194
b) Überlassung der Software als Schenkung	195
aa) Zuwendung	195
bb) Entreicherung	195

cc) Bereicherung	196
dd) Unentgeltlichkeit	196
c) Einräumung der Nutzungsrechte als Lizenzvertrag mit schenkungsrechtlichen Elementen	196
aa) Austauschvertrag oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts? ..	197
bb) Zuwendung	197
cc) Entreicherung	198
dd) Bereicherung	198
ee) Unentgeltlichkeit	198
ff) Lizenzvertrag mit schenkungsrechtlichen Elementen	200
2. Vertragsverhältnisse	201
3. Gewährleistung und Haftung	202
a) Gewährleistung	202
aa) Verstoß gegen die AGB-Vorschriften	202
bb) Rechtsfolge des unwirksamen Gewährleistungsausschlusses	203
b) Haftung	204
aa) Vertragliche Haftung	204
bb) Haftung bei Verletzung von Produktbeobachtungspflichten	205
(1) Bestehen von Produktbeobachtungspflichten	205
(2) Inhalt von Produktbeobachtungspflichten und Haftungsmaßstab	205
cc) Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz	206
dd) Allgemein-deliktsrechtliche Produkthaftung	207
ee) Sonstige allgemeine Haftung	209
II. Vertragskonstellation 2: Erwerb der Software auf einem Datenträger direkt vom Urheber	209
1. Vertragstyp	209
a) Nachträglicher Erwerb der Nutzungsrechte	209
b) Zeitgleicher Erwerb von Software und Nutzungsrechten	211
2. Gewährleistung und Haftung	212
a) Gewährleistung	212
aa) Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses	212
bb) Nachträglicher Erwerb der Nutzungsrechte	212
cc) Zeitgleicher Erwerb von Software und Nutzungsrechten ...	214
b) Haftung	214
aa) Vertragliche Haftung	214
bb) Haftung bei Verletzung von Produktbeobachtungspflichten	214
cc) Außervertragliche Haftung und sonstige allgemeine Haftung	216
III. Vertragskonstellation 3: Download der Software vom Server eines Dritten	217
1. Die Vertragsverhältnisse	217
a) Urheber – Dritter	217
b) Dritter – Nutzer	218
c) Urheber – Nutzer	218
2. Gewährleistung und Haftung	219
a) Gewährleistung	219
b) Haftung	220

IV. Vertragskonstellation 4: Entgeltlicher Erwerb der Software auf einem Datenträger von einem Distributor	220
1. Die Vertragsverhältnisse	221
2. Gewährleistung und Haftung	222
a) Gewährleistung	222
b) Haftung	224
V. Vertragskonstellation 5: Individuelle Herstellung von Open Source Software	224
1. Die Vertragsverhältnisse	224
a) Softwarehersteller – Besteller	224
b) Softwarehersteller – Dritte	225
c) Besteller – Dritter	225
2. Gewährleistung und Haftung	225
a) Gewährleistung	225
b) Haftung	226
VI. Vertragskonstellation 6: Koppelung von Open Source Software mit Hardware, insbesondere „Embedded-Systeme“	227
1. Der Vertragstyp	227
2. Gewährleistung und Haftung	228
a) Gewährleistung	228
b) Haftung	229
VII. Vertragskonstellation 7: Nutzung von Open Source Software im Wege des ASP und SaaS	230
VIII. Vertragskonstellation 8: Beiträge zu Open Source Projekten	231

5. Kapitel. Gewerbliche Schutzrechte

A. Patentrecht	233
I. Einführung	233
1. Entwicklung	233
2. Patentfähigkeit und Schutzzumfang computerimplementierter Erfindungen de lege lata	235
3. Bedenken von Open Source Entwicklern gegen Softwarepatente ..	240
II. Schutz Freier Software gegen nichtberechtigte Anmeldung und widerrechtliche Entnahme	242
1. Vorbeugender Schutz: Vorveröffentlichung	242
2. Nachträglicher Schutz	245
III. Nutzung patentierter „proprietärer“ Software durch Open Source Entwickler	246
IV. Auswirkungen der Anmeldung von Patenten auf Fortentwicklungen Freier Software	250
1. Grundlagen: Vorgaben aus Patentrecht und freien Lizenzen	250
2. Die Open RTLinux Patent License	254
V. Zusammenfassung	255
B. Markenrecht	256
I. Zulässige Nutzung von Kennzeichen an Freier Software	256
1. Markennennung	258
2. Benutzung als Beschaffenheitsangabe	258
3. Erschöpfung von Kennzeichenrechten	259
4. Vertragliche Regelungen in Open Source Lizenzen	261

5. Marken zur Kennzeichnung von besonderen Programmversionen	263
6. Markenrechtliche Besonderheiten bei der Nutzung von Distributionen	264
II. Auswahl von Werktiteln	265
III. Anmeldung von Marken für Open Source Software	266
1. Werktitel und Marke	266
2. Verwechslungsgefahr	267
IV. Bekannte Marken im Open Source Umfeld	268
1. Linux	268
2. Tux	268
3. Open Source	269

6. Kapitel. Wettbewerbsrecht

A. Kartellrecht	271
I. Anwendbare Regelungen	271
II. Kartellrechtlich relevante Konstellationen	272
1. Lizenzgebührenfreiheit als unzulässige Preisbindung?	273
2. Pflicht zur Freigabe von abgeleiteten Werken als unzulässige Rücklizenzierung?	274
3. Open Source Software und FRAND-Lizenzierung von SEPs	275
B. Lauterkeitsrecht I: Konkurrentenklagen wegen Lizenzverletzungen	276
I. Geschäftliche Handlung	276
II. Unlauterkeit	277
C. Lauterkeitsrecht II: Open Source Software als Beschaffenheitsangabe	279
D. Lauterkeitsrecht III: Verbreitung Freier Software durch Behörden	280
I. Fallgruppe 1: Autoritäts- und Vertrauensmissbrauch	280
II. Fallgruppe 2: Wettbewerbsgefährdung	280
III. Fallgruppe 3: Gesetzesverletzung	281
E. Vergaberecht	282
I. Neutrale Ausschreibung	283
II. Transparente Ausschreibung	285
III. Vergabeentscheidung	285
IV. Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik (EVB-IT)	286

7. Kapitel. Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

A. Internationales Privatrecht	289
I. Internationales Urheberrecht	289
II. Open Source Lizenzen im Internationalen Privatrecht	292
III. Sonstige Verträge im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Open Source Software	295
IV. Entwicklergemeinschaften im internationalen Gesellschaftsrecht	295
B. Rechtsvergleichung	297
I. USA	297
II. Vereinigtes Königreich	300
III. Frankreich	300

Inhaltsverzeichnis	XV
IV. Österreich	302
V. Niederlande	303
C. Universelle, länderspezifische und europäische Lizenzen	304
I. Universelle Lizenzen	304
II. International Commons	305
III. Europäische Lizenzen	306
1. CeCILL	307
2. Deutsche Freie Software Lizenz	307
3. EUPL	308
Anhang	
A. Rechtsprechungsübersicht	311
B. Lizenztexte	315
I. The Open Source Definition, Version 1.9	315
II. GNU General Public License, Version 2 (GPL-2.0)	317
III. GNU General Public License, Version 3 (GPL-3.0)	322
IV. GNU Affero General Public License, Version 3 (AGPL-3.0)	333
V. GNU Lesser General Public License, Version 2.1 (LGPL-2.1)	344
VI. GNU Lesser General Public License, Version 3 (LGPL-3.0)	352
VII. Eclipse Public License, Version 2 (EPL-2.0)	355
VIII. Mozilla Public License, Version 2.0 (MPL-2.0)	360
IX. BSD Copyright License (BSD-4-Clause)	366
X. MIT License (MIT)	367
XI. Apache License (Apache-2.0)	368
XII. Artistic License (Artistic-2.0)	372
Stichwortverzeichnis	375