

INHALTSVERZEICHNIS

KAPITEL 1	1
Einleitung	1
A. Die Geschichte der Open-Source-Computersoftware	4
B. Die Begriffe "Software" und "Computersoftware"	10
I. "Software" ist nicht gleich "Computersoftware"	10
II. Der Begriff des Computerprogramms im Sinne des §69 a UrhG	13
1. Die Notwendigkeit von Steuerungsbefehlen bzw. Anweisungen	15
2. Steuerungsbefehle zur Ausführung einer Aufgabe bzw. Lösung eines Problems oder zur Erzielung eines Erfolges	18
3. Ausführung der Steuerbefehle durch den Computer (mit Möglichkeit der Ein- und Ausgabe von Daten) – so genannter „Maschinenbezug“	19
III. Ausdrucksformen von Computerprogrammen im Sinne von §69 a) II 1 UrhG	24
1. Die Hochprogrammiersprache (algorithmische Sprache) – Der Quellcode	25
2. Der Sonderfall der maschinenorientierten Sprache/Assemblersprache als Quellcode	26
3. Der Maschinencode oder Binärcode – Der Objektcode	28
4. Zwischenergebnis	29
5. Sonstige Darstellungsformen eines Computerprogramms	29
a. Die Bildschirmausgabe eines Programms	29
b. Übersetzungen in andere Programmiersprachen derselben Art	30
IV. Arten von Computerprogrammen/-software	33
1. Systemcomputerprogramme	33
2. Anwendungscomputerprogramme	34
3. Softwarewerkzeuge	34
V. Der Begriff des Entwurfsmaterials für ein Computerprogramm oder eine Computersoftware im Sinne des §69 a) I UrhG	36
1. Materialien zur Erstellung eines Programms	36
2. Entwurfsmaterial bei objektorientierter Programmierung	38
VI. Anforderungen an die Schöpfungshöhe eines Computerprogramms	43
C. Zusammenfassung von Kapitel 1	44
KAPITEL 2	47
A. Der Begriff der Open-Source-Computersoftware	47
B. Kategorien von Open-Source-Lizenzen	50
I. Strenge Copyleft-Klausel	51
II. Beschränkte Copyleft-Klausel	51
III. Ohne Copyleft-Klausel	52
IV. Open-Source-Lizenzen mit Wahlmöglichkeit	52
V. Open-Source-Lizenzen mit Sonderrechten	52

VI. Abgrenzung zu Freeware, Shareware, Shared Source-Computersoftware und proprietärer Computersoftware	52
1. Proprietäre Computersoftware	53
2. Freeware	53
3. Shareware	53
4. Shared Source-Computersoftware	53
5. Public Domain-Software	54
C. Die GNU General Public License	54
I. Die Entstehung der GNU GPL	54
II. Funktionsweise eines Open-Source-Projekts – Die Erstellung von Open-Source- Computersoftware	56
1. Anfangsstadium eines Open-Source-Projekts	57
2. Etablierte Projekte – Ausbildung der Meritokratie	58
III. Die Rechtsnatur der GNU GPL – Vertrag oder einseitige Rechtseinräumung?	60
1. Die „Vertragsqualität“ der GNU GPL	64
a. Kein Vertrag - Einseitige Handlung	64
b. Echter (einseitig-verpflichtender oder zweiseitiger) Vertrag	65
c. Stellungnahme	65
2. Der Vertragstyp	66
3. Der Abschluss eines Lizenzvertrages unter der GNU GPL	71
a. Angebot	71
aa. Abgabe	72
bb. Zugang	72
b. Annahme	73
aa. Durch Herunterladen	73
bb. Durch Ingebrauchnahme	73
cc. Stufenmodell	73
dd. Stellungnahme	74
ee. Eigene Ansicht: Annahme durch lizenzgemäße Nutzung	75
ff. Ergebnis	75
c. Sprachprobleme beim Abschluss der GNU GPL	76
4. Die Vertragspartner der GNU GPL	77
a. Der Anbietende – „original licensor“	77
aa. Miturheberschaft - § 8 UrhG	77
bb. Die GNU GPL als Gesellschaftsvertrag	80
cc. Stellungnahme zur Frage der Entstehung einer GbR durch Abschluss der GNU GPL	81
dd. Verbundene Werke - § 9 UrhG	83
ee. Bearbeitungen §§ 3, 23 und 69 c) Nr. 2 UrhG	85
ff. Zwischenergebnis	86
b. Der Annehmende	88

aa. Die lizenzgemäße, über §§69 d) ff., 44 a) ff. UrhG hinausgehende, Nutzung.....	88
bb. Die Annahmehandlung unter der GNU GPL 2	92
(1.) Copying oder Vervielfältigung	92
(2.) Distribution oder Verbreitung von Computersoftware und deren Kopien	94
(3.) Modification oder Bearbeitung	97
cc. Die Annahmehandlung unter der GNU GPL 3	100
5. Die Rechtsnatur der Lizenzbedingungen der GNU GPL.....	101
a. Die Annahme einer begrenzten dinglichen Wirkung der GNU GPL mittels §31 I 2 UrhG – Die Open-Source-Nutzung als eigenständige Nutzungsart.....	102
aa. Die „Linux-basierte“-Open-Source-Nutzung als eigenständige Nutzungsart.....	102
bb. Die Open-Source-Nutzung als solche als eigenständige Nutzungsart	103
b. Einordnung der GNU GPL als dingliche Beschränkungen durch Annahme einer bedingten Rechtseinräumung (im Sinne des §158 II BGB).....	105
aa. Unvereinbarkeit der GNU GPL mit dem Verkehrsschutz (Umgehung von §31 I 2 UrhG)?	105
bb. Vereinbarkeit der GNU GPL mit dem Verkehrsschutz (und §31 I 2UrhG).....	106
cc. Stellungnahme.....	108
D. Zusammenfassung Kapitel 2	110
KAPITEL 3.....	113
A. Die GNU GPL und das Kartellrecht – bisherige Rechtsstreitigkeiten.....	113
B. Zur Anwendbarkeit des Europäischen Kartellrechts auf die GNU GPL	121
I. Vereinbarungen von Unternehmen mit Sitz in der EU.....	121
II. Vereinbarungen von Unternehmen ohne Sitz in der EU	123
C. Die Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Lizenzverträge und die GNU GPL.....	131
I. Das Verhältnis von Kartellrecht und Urhebervertragsrecht aus Sicht des US-amerikanischen Rechts	131
II. Das Verhältnis von Kartellrecht und Urhebervertragsrecht aus Sicht des deutschen Rechts	132
1. Vorrang eines Rechtsgebietes	132
2. Die Inhaltstheorie.....	133
3. Neuere Lösungsvorschläge – eine Rückbesinnung auf die Anfänge? ..	135
a. Die Wettbewerbseröffnungstheorie	136
b. Stellungnahme.....	136

III. Das Verhältnis von Europarecht, Europäischem Kartellrecht und Urhebervertragsrecht.....	139
1. Lizenzvereinbarung über die Schutzdauer des Urheberrechts hinaus	140
2. Ausschließliche Lizenzen	141
3. Übertragung und Einräumung von Nutzungsrechten	141
4. Lizenzverweigerung	142
5. Aufspaltung von Nutzungsrechten.....	143
a. Räumliche Aufspaltung von Nutzungsrechten	143
b. Zeitliche Aufspaltung von Nutzungsrechten	143
c. Inhaltliche Aufspaltungen von Nutzungsrechten.....	143
6. Abgrenzungsvereinbarungen.....	144
7. Lizenzgebührenvereinbarungen und Preisabsprachen	144
8. Lizenzvermerke und Urheberbenennung.....	146
9. Rücklizenzierungsvereinbarungen	146
10. Outputbegrenzungen	146
11. Konditionenbindungen.....	147
12. Kopplungsvereinbarungen	147
13. Nichtangriffsabsprachen.....	147
14. Wettbewerbsverbote	148
15. Meistbegünstigungsvereinbarungen.....	149
16. Selektive Vertriebsysteme	149
17. Alleinbezugsverpflichtungen	150
18. Bearbeitungsverbote.....	150
D. Die GNU GPL 2	151
I. Ziffer 0 der GNU GPL 2.....	151
1. Definition rechtlicher Begriffe durch die Vertragsparteien	151
2. Die Pflicht des Lizenzgebers zur umfassenden Rechtseinräumung	152
a. Umfang der Rechtseinräumung.....	152
b. Rücklizenzierungspflicht	152
II. Ziffer 1 der GNU GPL 2.....	153
1. Nutzungs- bzw. Verwendungsbeschränkungen.....	154
2. Überdehnung des Schutzbereichs des UrhG?.....	156
a. Die Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf GNU GPL 2- geschützte Programme	157
aa. Erschöpfungseintritt durch Lizenzerteilung?	157
bb. Erschöpfung durch öffentliche Zugänglichmachung von Werkstücken?	159
cc. Stellungnahme	162
dd. Ergebnis.....	163
b. Der Erschöpfungsgrundsatz bei Verbreitung körperlicher Werkstücke unter der GNU GPL 2	164
aa. Dingliche Abspaltung der „Open-Source-Nutzung“.....	165
bb. Teleologische Reduktion.....	165

cc. Stellungnahme	167
c. Ergebnis	169
3. Preisbindung	169
III. Ziffern 2 und 3 der <i>GNU GPL 2</i>	171
1. Nutzungs- bzw. Verwendungsbeschränkungen	171
2. Überdehnung des Schutzbereichs des Urheberrechts durch die Copyleft-Klausel?	173
3. Preisbindung	174
IV. Ziffer 4 der <i>GNU GPL 2</i>	175
1. Bindung an den Lizenzrahmen als Konditionenbindung?	175
2. Automatischer Rechterückfall	175
V. Ziffer 5 der <i>GNU GPL 2</i>	175
VI. Ziffer 6 der <i>GNU GPL 2</i>	176
1. Verbot weitergehender Beschränkungen – Verbot schuldrechtlicher Nebenabreden	176
2. Beschränkung des Rechts zur Verbindung mit anderweitig lizenzierten Programmen als Nutzungsbeschränkung?	176
VIII. Ziffer 7 <i>GNU GPL 2</i>	177
1. Nachträgliche Unwirksamkeit einer Lizenzklausel	178
a. Vereinbarkeit mit dem Urheber- und Vertragsrecht	179
b. Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht	180
VIII. Ziffer 8 der <i>GNU GPL 2</i>	180
IX. Ziffer 9 der <i>GNU GPL 2</i>	181
X. Ziffer 10 der <i>GNU GPL 2</i>	182
E. Die <i>GNU GPL 3</i>	182
I. Ziffern 0 und 1 der <i>GNU GPL 3</i>	182
II. Ziffer 2 der <i>GNU GPL 3</i>	183
1. Der Anwendungsbereich der Lizenz	183
2. Sublizenzierungs- und Abtretungsverbot	183
a. Abtretungsverbot	184
aa. AGB- und vertragsrechtliche Zulässigkeit eines Abtretungs- verbotes	185
bb. Kartellrechtliche Zulässigkeit eines Abtretungsverbotes	186
b. Ergebnis	186
III. Ziffer 3 der <i>GNU GPL 3</i>	186
IV. Ziffer 4 der <i>GNU GPL 3</i>	188
V. Ziffer 5 der <i>GNU GPL 3</i>	188
VI. Ziffer 6 der <i>GNU GPL 3</i>	189
VII. Ziffer 7 der <i>GNU GPL 3</i>	189
VIII. Ziffer 8 der <i>GNU GPL 3</i>	190
IX. Ziffer 9 der <i>GNU GPL 3</i>	190
X. Ziffer 10 der <i>GNU GPL 3</i>	190
1. Verbot schuldrechtlicher Nebenabreden	190

2. Preisbindung.....	191
3. Nichtangriffsabrede	191
XI. Ziffer 11 der <i>GNU GPL</i> 3	192
1. Relevanz der Klausel für das deutsche Recht	193
2. Die Bedingungen	195
XII. Ziffer 12	197
XIII. Ziffer 13	197
XIV. Ziffer 14	197
F. Zusammenfassung.....	198
G. Die kartellrechtliche Prüfung der <i>GNU GPL</i> unter Art. 101 AEUV/§1 GWB	199
I. Die <i>GNU GPL</i> als Vereinbarung im Sinne des Kartellrechts	199
II. Vereinbarung zwischen Unternehmen - Der Open-Source- Computersoftwareprogrammierer als kartellrechtliches Unternehmen.....	200
1. Die Lizenzvergabe oder Rechteeinräumung als unternehmerische Tätigkeit.....	201
a. Die Lizenzvergabe als gewerbliche Tätigkeit	201
aa. Programmiertätigkeit als rein künstlerische Tätigkeit.....	202
bb. Programmiertätigkeit als unternehmerische oder gewerbliche Tätigkeit	202
b. Stellungnahme zur Frage der Rechtsnatur der Programmiertätigkeit	203
2. Freie Berufe und Kartellrecht.....	204
a. Programmierer als freier Beruf.....	204
b. Bereichsausnahme der freien Berufe?	205
c. Ergebnis	206
3. Arbeitnehmersausnahme des Kartellrechts	206
a. Beteiligung an Open-Source-Projekten als selbstständiger Nebenberuf?	208
b. Ergebnis.....	209
4. Einräumung von Nutzungsrechten als gewerbliche Tätigkeit.....	209
5. Zwischenergebnis.....	213
6. Die Veräußerung von Computersoftware	214
a. Verkauf von Werkexemplaren.....	214
b. Schenkung von Werkexemplaren	215
c. Anbieten von Serviceleistungen und Support.....	217
7. Das Open-Source-Projekt als Unternehmensvereinigung.....	218
8. Ergebnis	219
III. Der Lizenznehmer als kartellrechtliches Unternehmen	219
H. Die Marktabgrenzung.....	220
I. Der Sachliche Markt.....	220
1. Der Technologiemarkt.....	220
2. Der Produktmarkt	221
3. Eigener Markt für Technologielizenzen?	223

4. Eigener Computersoftwaremarkt unabhängig vom Hardwaremarkt?..	223
5. Der Computersoftwaremarkt	225
a. Computersoftware für verschiedene Hardwaresysteme	225
aa. Computersoftware für den Desktop/den „Personal“-Computer.	225
(1.) Der Betriebssystemcomputersoftwaremarkt.....	226
(2.) Der Anwendungscomputersoftwaremarkt.....	227
(3.) Netzwerkeffekte zwischen dem Betriebssystem- und dem Anwendungscomputersoftwaremarkt.....	229
bb. Computersoftware für den Servereinsatz	230
cc. Computersoftware für die Benutzung in „Eingebetteten Systemen“ (Embedded Systems)	232
dd. Computersoftware in computerähnlichen, tragbaren Geräten	233
ee. Zwischenergebnis.....	234
b. Computersoftware für verschiedene Rechnerarchitekturen	234
aa. Die SISD-Rechnerarchitektur.....	235
bb. Die SIMD-Rechnerarchitektur.....	235
cc. Die MISD-Rechnerarchitektur	236
dd. Die MIMD-Rechnerarchitektur	236
ee. Stellungnahme.....	237
ff. Zwischenergebnis	238
c. Computersoftware für verschiedene Prozessorarchitekturen	238
aa. CISC versus RISC	238
bb. Zwischenergebnis.....	240
d. Erweiterung der relevanten Märkte?	241
aa. „Dekompileierung“ als Form des „reverse engineering“	241
bb. Emulatoren und Virtuelle Maschinen – Die Java-Technologie..	242
cc. Erweiterung durch Open-Source-Computersoftware?	244
e. Gesamtergebnis	248
II. Der räumliche Markt.....	248
III. Der zeitliche Markt.....	249
I. Die Wettbewerbsbeschränkung	250
I. Bezweckt die <i>GNU GPL</i> eine Wettbewerbsbeschränkung?	252
II. Bewirkt die <i>GNU GPL</i> eine Wettbewerbsbeschränkung?	252
III. Horizontalvereinbarungen.....	256
1. Der Abschluss der <i>GNU GPL</i> zwischen Lizenzgeber (Urheber/Rechteinhaber) und einem Lizenznehmer, der Programmierer (Urheber) einer anderen, vergleichbaren (Konkurrenz-) Open-Source- Computersoftware ist.....	256
2. Der Abschluss der <i>GNU GPL</i> zwischen einem Lizenzgeber (Urheber/Rechteinhaber bzw. dem Open-Source-Projekt als GbR) und einem Bearbeiter-Lizenznehmer, der die Computersoftware modifiziert und veröffentlicht	258

3. Der Abschluss der <i>GNU GPL</i> zwischen dem Lizenzgeber (Urheber/Rechteinhaber) und dem Lizenznehmer, der die erhaltene Computersoftware (außerhalb der Erschöpfung) unverändert weiterverbreitet	258
IV. Vertikalvereinbarungen.....	258
J. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung und Zwischenstaatlichkeitsklausel	259
I. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung	259
II. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel.....	262
III. Der räumlicher Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts.....	263
IV. Ausnahmen von der Anwendung der Art. 101 I AEUV/§1 GWB und Freistellung wettbewerbsbeschränkender Klauseln	264
1. Ausnahmen von der Anwendung der Art. 101 I AEUV/§1 GWB nach der Immanenztheorie.....	264
a. Arbeitsgemeinschaft.....	265
b. Wettbewerbseröffnung.....	265
2. Die Freistellung.....	267
a. Die TT-GVO	267
aa) Der Anwendungsbereich der TT-GVO: Zur Herstellung neuer Produkte durch die <i>GNU GPL</i>	267
bb. Der Anwendungsbereich der TT-GVO: Die Marktanteilsschwellen.	270
b. Zur Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalvereinbarungen.....	271
c. Zur Anwendbarkeit der Gruppenfreistellungsverordnung-Forschung und Entwicklung.....	271
3. Der Entzug der Vorteile der TT-GVO.....	272
4. Art. 101 III AEUV/§2 I GWB	272
a. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts und/oder der Warenerzeugung oder -verteilung.....	272
b. Die Beteiligung der Verbraucher an dem durch die Effizienzvorteile erzielten Gewinn.....	275
c. Die Unerlässlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung zur Erzielung der Effizienzvorteile bei bestehendem Wettbewerb	276
d. Keine völlige Ausschaltung des Wettbewerbs	278
K. Die Einzelpfprüfung der wettbewerbsbeschränkenden Klauseln der <i>GNU GPL</i> 2 und 3.....	279
I. Das Lizenzgebührenverbot als Preisbindung.....	279
II. Die Copyleft-Klausel als Konditionenbindung	281
III. Das Verbot schuldrechtlicher Nebenabreden als Konditionenbindung	284
L. Das Gesamtergebnis der Untersuchung	285
I. Vorschläge für Ziffer 0 der <i>GNU GPL</i> 2 und Ziffern 0 und 1 der <i>GNU GPL</i> 3	285

II. Vorschläge für Ziffern 1 der <i>GNU</i> GPL 2 und 2 Absatz 1 der <i>GNU</i> GPL 3	286
III. Vorschläge für Ziffer 2 der <i>GNU</i> GPL 3	286
IV. Vorschlag für Ziffer 7 der <i>GNU</i> GPL 2 und Ziffer 12 der GPL 3	286
V. Vorschlag für Ziffer 10 Absatz 3 der <i>GNU</i> GPL 3.....	287
M. Zusammenfassung von Kapitel 3.....	287
N. Ausblick	289