

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 Binärkode – 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-Computerssoftware 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 <i>GNU General Public License</i> | 54 |
| I. Die Entstehung der <i>GNU GPL</i> | 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 <i>GNU GPL</i> – Vertrag oder einseitige Rechtseinräumung? | 60 |
| 1. Die „Vertragsqualität“ der <i>GNU GPL</i> | 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 <i>GNU GPL</i> | 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 lizenzigemäße Nutzung | 75 |
| ff. Ergebnis | 75 |
| c. Sprachprobleme beim Abschluss der <i>GNU GPL</i> | 76 |
| 4. Die Vertragspartner der <i>GNU GPL</i> | 77 |
| a. Der Anbietende – „original licensor“ | 77 |
| aa. Miturheberschaft - § 8 UrhG | 77 |
| bb. Die <i>GNU GPL</i> als Gesellschaftsvertrag | 80 |
| cc. Stellungnahme zur Frage der Entstehung einer GbR durch Abschluss der <i>GNU GPL</i> | 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 lizenzigemäße, 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 utNutzungsart | 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 12UrhG)..... | 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 Wettbewerberöffnungstheorie | 136 |
| b. Stellungnahme..... | 136 |

| | |
|---|------------|
| III. Das Verhältnis von Europarecht, Europäischem Kartellrecht und Urhebervertragsrecht..... | 139 |
| 1. Lizenzvereinbarung über die Schutzhölder 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 Vertriebssysteme | 149 |
| 17. Alleinbezugspflichtungen | 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 Abtretungsverbotes..... | 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 GNU GPL 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 GNU GPL unter Art. 101 AEUV/§1 | |
| GWB | 199 |
| I. Die GNU GPL 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. Programmertätigkeit als rein künstlerische Tätigkeit | 202 |
| bb. Programmertätigkeit als unternehmerische oder gewerbliche Tätigkeit | 202 |
| b. Stellungnahme zur Frage der Rechtsnatur der Programmertätigkeit | 203 |
| 2. Freie Berufe und Kartellrecht | 204 |
| a. Programmierer als freier Beruf | 204 |
| b. Bereichsausnahme der freien Berufe? | 205 |
| c. Ergebnis | 206 |
| 3. Arbeitnehmerausnahme 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. „Dekomplizierung“ 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. Bezeichnet 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. Wettbewerberöffnung..... | 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 Einzelprüfung 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 GPL 2</i> und 2 Absatz 1 der <i>GNU GPL 3</i> | 286 |
| III. Vorschläge für Ziffer 2 der <i>GNU GPL 3</i> | 286 |
| IV. Vorschlag für Ziffer 7 der <i>GNU GPL 2</i> und Ziffer 12 der <i>GPL 3</i> | 286 |
| V. Vorschlag für Ziffer 10 Absatz 3 der <i>GNU GPL 3</i> | 287 |
| M. Zusammenfassung von Kapitel 3..... | 287 |
| N. Ausblick | 289 |