

Open Content Lizenzen und das Bearbeitungsrecht



unipress

Schriften zum deutschen und
internationalen Persönlichkeits- und
Immaterialgüterrecht

Band 49

Herausgegeben von Professor Dr. Haimo Schack, Kiel,
Pensionierter Direktor des Instituts für Europäisches und
Internationales Privat- und Verfahrensrecht

Nico Einfeldt

Open Content Lizenzen und das Bearbeitungsrecht

V&R unipress

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der Studienstiftung ius vivum.

© 2020, Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co. KG, Theaterstraße 13, D-37073 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-6398

ISBN 978-3-8470-1107-1

Inhalt

Vorwort	11
Einleitung	13
1. Teil: Open Content	17
A. Begriffsbestimmungen und historische Entwicklung	17
I. Open Source Software	17
1. Der Weg zur freien Software	18
2. Definition von Open Source Software	19
3. Freeware und Shareware	20
II. Von Open Source Software zu Open Content	21
III. Open Access	23
IV. Copyleft	24
V. Lizenzierung	24
B. Urheberrecht und Open Content	25
I. Urheberrecht am Ausgangswerk	26
1. Alleinurheber	27
2. Mehrere beteiligte Personen	28
a) Miturheber	28
aa) Gemeinsames Schaffen	28
bb) Verwertbarkeit	33
(1) Anforderungen an die Verwertbarkeit	34
(2) Computerprogramme	34
(3) Maßgeblicher Zeitpunkt	35
(4) Maßgeblicher Teil	36
cc) Europäischer Einfluss	37
(1) Computerprogramm-RL	37
(2) Andere Werkarten	39
dd) Miturhebergemeinschaft	39
b) Verbundene Werke	41

c) Auftraggeber, Anreger und Gehilfen	43
d) Das nicht schutzfähige »Werk«?	44
3. Zwischenergebnis	44
II. Werkveränderungen	45
1. Rechte des Urhebers am Ausgangswerk	46
a) Bearbeitungsrecht, § 23 UrhG	46
aa) Unterschied zwischen Bearbeitung und Umgestaltung . .	47
bb) Bearbeitung als Vervielfältigung, Einfluss von Art. 2 InfoSoc-RL	48
cc) Verwertungsrecht	53
dd) Bearbeitung bei unveränderter Übernahme	54
ee) Zwischenergebnis	55
b) Urheberpersönlichkeitsrecht	56
2. Freie Benutzung, § 24 UrhG	59
a) Unionsrechtliche Vorgaben	60
b) Bearbeitungsverbot und freie Benutzung	62
c) Freie Benutzung durch Bearbeitungsketten	63
3. Bearbeiterurheberrecht, § 3 UrhG	64
4. Zwischenergebnis	66
2. Teil: Lizenzierung von Open Content	69
A. Vertragsschlüsse	69
I. Angebot und Annahme	71
II. Vertragsparteien	72
1. Viele Urheber, viele Verträge	72
2. Botenschaft	73
III. Lizenzwechsel	73
IV. Widerruf des Angebots	77
B. Nutzungsrechte	80
I. Sukzessionsschutz	81
II. Erweiterter Sukzessionsschutz	82
1. Analoge Anwendung von § 33 UrhG?	83
2. Unterlizenzierung	84
a) Gesetzliche Ausgangslage	84
b) Literaturansicht	85
c) Zwischenergebnis und Bewertung	88
3. Dingliche Verfügungsbeschränkung	88
4. Missbräuchliche Rechtsausübung, § 242 BGB	89
5. Bewertung und Zwischenergebnis	90
III. Treuhänderische Lizenzverträge	91

C. Lizenzvertrag	95
I. Einbeziehung	96
II. Inhalt	97
1. Auslegungsgrundsatz für AGB	97
2. »Pflichten« der Vertragsparteien	98
a) Pflichten des Lizenzgebers	98
b) »Pflichten« des Lizenznehmers	98
3. Rechtfertfallklausel	100
a) Creative Commons Lizenz	100
b) General Public License Version 2 und 3	101
c) Auslegung	101
d) Wirksamkeit	102
4. Copyleft-Klausel	105
a) Generelle Zulässigkeit einer Copyleft-Klausel	105
b) Copyleft-Klausel der Creative Commons Lizenz	108
aa) Auslegung	108
bb) Wirksamkeit	109
c) GNU GPL v2	110
aa) Auslegung	110
(1) Erlaubnistatbestand	110
(2) Eingreifen des Copyleft-Effekts	113
bb) Wirksamkeit	118
cc) Folge der Unwirksamkeit	120
dd) Zwischenergebnis	123
d) GNU GPL v3	124
aa) Auslegung	124
bb) Wirksamkeit	126
e) Zwischenergebnis	126
5. Lizenzkompatibilität	127
6. Freie Benutzung als Grenze	128
7. Zwischenergebnis	129
D. Erschöpfung des Verbreitungsrechts	129
3. Teil: Rechtsdurchsetzung	133
A. Aktivlegitimation	133
I. Gesetzliche Prozessstandschaft, § 8 II UrhG	134
II. Gewillkürte Prozessstandschaft	135
B. Beweis der Urheberschaft	136
C. Materielle Ansprüche	137
I. Unterlassungsanspruch	137
1. Unterlassungsanspruch bei Lizenzverstoß	137

2. Unterlassungsanspruch bei fehlender Nutzungsrechtseinräumung	139
II. Schadensersatz	139
1. Miturheber	139
2. Verschuldensmaßstab	140
3. Schadenshöhe	142
III. Bereicherungsrecht	145
D. Missbräuchliche Rechtsausübung?	146
I. Berechtigte Abmahnung	147
II. Unberechtigte Abmahnung	148
1. Wirksamkeit des Unterlassungsvertrages	148
2. Lösung vom Unterlassungsvertrag	149
E. Ergebnis	151
 4. Teil: Internationales Privatrecht	 153
A. Art. 8 I Rom II-VO	153
I. Rechtsinhaberschaft	154
II. Bestand, Inhalt und Schranken	155
1. Inhalt und Schranken	155
2. Bestand des Rechts	156
3. Zwischenergebnis	158
B. Kollisionsrechtliche Aussage von Territorialitäts- und Universalitätsprinzip	158
I. Territorialitätsprinzip	159
1. Inhalt	159
2. Kollisionsrechtliche Aussage	160
II. Universalitätsprinzip	161
1. Inhalt	161
2. Kollisionsrechtliche Aussage	162
III. Ergebnis	162
C. Nationale Kollisionsnorm (für Inhaberschaft und Übertragbarkeit)	163
I. Anknüpfung an die lex loci protectionis	163
II. Eigenständige Anknüpfung der Inhaberschaft	164
1. Argumente für eine eigenständige, einheitliche Anknüpfung	164
2. Problem der Kollisionsnorm	165
III. Bewertung	168
D. Bestimmung der lex loci protectionis	172
I. Mosaikbetrachtung	172
II. Extraterritoriale Wirkung des Rechts	173
III. Verwertung im Internet	174
IV. Einschränkung des Schutzlandprinzips?	175

1. Erforderlichkeit einer Einschränkung	176
a) Internationales Zivilverfahrensrecht	176
b) Sachrechtliche Einschränkung	177
2. Zulässigkeit einer Einschränkung auf Ebene des Kollisionsrechts	178
3. Inhalt einer Beschränkung	180
E. Anknüpfung des Lizenzvertrages	181
F. Folge für Open Content	183
I. Rechtsinhaber	183
II. Inhalt und Schranken	184
III. Vertrag	185
IV. Lösungsansätze für Open Content Lizenzen	187
5. Teil: Ergebnisse	189
Anhang 1: Creative Commons Namensnennung-Share Alike 4.0 International Public License	195
Anhang 2: GNU General Public License, Version 2	201
Anhang 3: GNU General Public License, Version 3	205
Literaturverzeichnis	209

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 als Dissertation von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Haimo Schack, dem mein ganz besonderer Dank gilt. Die Zeit an seinem Lehrstuhl war geprägt von diversen Seminaren und Exkursionen sowie seiner stets offenen Tür. All das werde ich in sehr guter Erinnerung behalten!

Weiter danke ich Herrn Prof. Dr. Jickeli für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Der Studienstiftung *ius vivum* danke ich für den überaus großzügigen Druckkostenzuschuss.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinen »Durchschnittsprogrammierern« Lasse Einfeldt und Nils Malte Jung, die mir bei technischen Fragen stets mit viel Geduld zur Seite standen. Darüber hinaus danke ich Dr. Florian Jotzo für die vielen anregenden Diskussionen und Dr. Jan Hendrik Schmidt, der ein Teil meines Manuskripts durchgesehen hat. Besonderen Dank schulde ich meinem Freund, Laufpartner und Motivator Max Dregelies für diverse Diskussionen und die kritische Lektüre meines Manuskripts. Die diskussionsreichen »Kaffeerunden« am Lehrstuhl werde ich vermissen.

Mein Manuskript schonungslos auf Fehler durchforstet hat meine Freundin Marlene Schulz. Sie lässt mich glücklich in die Zukunft blicken. Ihr gilt mein größter Dank!

Zuletzt bedanke ich mich bei meinen Eltern Birgit Romig und Reinhard Einfeldt, die mir mein Studium ermöglicht und mich immer ermutigt haben, meinen eigenen Weg zu gehen.

Einleitung

Linux ist spätestens seit den 2000er Jahren vielen ein Begriff und wird häufig als Paradebeispiel für Open Source Software genannt.¹ Während manche bei Linux noch an ein Betriebssystem für »Computerfreaks« denken, sieht die Wirklichkeit heute anders aus: Linux bzw. Teile davon sind längst in unserem Alltag angekommen. Das zurzeit am meisten benutzte Betriebssystem für Smartphones (Android) basiert auf Linux.² Open Source Software ist damit (oft unbemerkt) Bestandteil des täglichen Lebens vieler Menschen geworden. Und nicht nur Smartphones nutzen Open Source Software: Auch Haushaltsgeräte, Autos, Router und Server funktionieren häufig auf der Basis von quelloffenen Computerprogrammen. Diese sind günstig und gelten als sicherer im Vergleich zu nicht quelloffenen Programmen. Daher hat die Stadt München bereits 2004 den Versuch gewagt, alle Rechner auf Linux umzustellen.³ Obwohl sich der Stadtrat München 2017 für eine Rückkehr zum Betriebssystem Windows entschied und das Projekt somit beendete, hat sich der Schleswig-Holsteinische Landtag im Juni 2018 einstimmig⁴ für den Einsatz von Open Source Software in der Verwaltung ausgesprochen.⁵ Das Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein unterstützt diesen Vorstoß.⁶ Die Transparenz, die ein einsehbarer Quellcode liefert, führe dazu, dass die Datenverarbeitung besser beherrschbar sei und ermögliche so mehr Datenschutz. Mehr Transparenz wünschte sich auch die Berliner Rechtsanwaltskammer nach diversen Sicherheitslücken beim elektronischen Anwaltspostfach. Sie forderte, den eingesetzten Quellcode offenzulegen, um so das Vertrauen in die Software zurückzugewin-

1 Zur Entwicklung von Linux *Grassmuck*, Freie Software, S. 227 ff.

2 Linux erobert mit Android die Smartphones der Welt, abrufbar unter: <https://t1p.de/SZ-Linux>.

3 Das sog. LiMux-Projekt. Dazu *Thoma*, Die tragische Geschichte eines Leuchtturm-Projekts, <https://t1p.de/Leuchtturm>.

4 Bei Enthaltung des SSW, Plenarprotokoll 19/32, S. 2293.

5 Schleswig-Holsteinischer Landtag Drs. 19/756; Plenarprotokoll 19/32, S. 2293.

6 Pressemitteilung des ULD vom 18. 6. 2018, <https://t1p.de/ULDSH>.

nen.⁷ Zuletzt forderte die deutsche Bundesregierung in einer Stellungnahme zur Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt⁸, dass die EU den Einsatz von quelloffener Programme unterstützt, sofern technische Lösungen (etwa Upload-Filter) zum Einsatz kommen sollten.⁹ Auch die Bundesregierung begründete dies mit der Transparenz, Interoperabilität und Standardisierung, die Open Source Software bietet.

Aber nicht nur Software, auch andere Inhalte stehen Nutzern als Open Content zur freien Verfügung und ersetzen wie zB Wikipedia sogar traditionelle, kommerzielle Produkte – etwa den Brockhaus oder die Encyclopedia Britannica.¹⁰ Darüber hinaus gibt es im Internet diverse Plattformen, auf denen Nutzer Fotos, Videos, Musik und andere Inhalte unter freien Lizenzen anbieten.¹¹ Die kostenlose Verwertung von Open Content ist erst durch Lizenzierung möglich. Open Content betrifft Werke, die unter einer bestimmten Lizenz angeboten werden.

Bei großen Open Content Projekten ergibt sich die Schwierigkeit, dass die Inhalte gemeinsam von vielen Menschen geschaffen werden, die aus verschiedenen Nationen kommen und einander oft nicht einmal kennen.¹² Da hierbei häufig urheberrechtlich schutzfähige Werke entstehen, fragt sich wie und wem die Werke urheberrechtlich zugeordnet werden können. Insbesondere deren sukzessive Erweiterung und Veränderung wirft in diesem Zusammenhang Probleme nicht nur der (Mit-)Urheberschaft, sondern auch der zugrundeliegenden Lizenzen auf.

Die folgende Untersuchung widmet sich nach einer kurzen Einführung zu Open Content in ihrem 1. Teil der urheberrechtlichen Zuordnung der Werke. Im 2. Teil wird exemplarisch anhand von drei Lizenzen dargestellt, welche rechtlichen Beziehungen zwischen den verschiedenen Beteiligten bestehen. Im 3. Teil geht es darum, wie die Rechtsdurchsetzung bei Werken mit vielen Urhebern gelingen kann, wie das Open Content Modell aber auch ausgenutzt und in sein Gegenteil verkehrt werden kann. Der 4. Teil schließlich widmet sich dem Kol-

7 Pressemitteilung des RAK Berlin vom 22.3.2018, <https://t1p.de/RAK>.

8 Richtlinie (EU) 2019/790 vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

9 Erklärung der deutschen Bundesregierung zum Richtlinienentwurf über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt in der Fassung des Trilog-Kompromisses vom 13.2.2019, Rat der EU 2016/0280 (COD), 7986/19ADD 1 REV 2, S. 4.

10 Mezger, in: Rechtsquelle Wikipedia?, S. 9. Kritisch gegenüber Wikipedia Czychowski, in: Fromm/Nordemann GPL Rn. 6; Bernau, Die Wikipedia stößt an ihre Grenzen, FAS 17.2.2019, S. 17.

11 Auf SoundCloud, flickr und Europeana sind u. a. Open Contents zu finden.

12 An Linux sollen bereits über 13.000 Menschen gearbeitet haben, Jaeger/Metzger, OSS, Rn. 22a. Zur Motivation der Beteiligten Spindler, in: FS Schäfer, S. 89ff.

lisionsrecht: Da die Urheber von Open Content in aller Regel nicht alle aus demselben Land stammen und die Veränderungen überall auf der Welt vorgenommen und verwertet werden, wird untersucht, welches nationale Urheber- und Vertragsrecht auf den jeweiligen Fall anwendbar ist.

1. Teil: Open Content

A. Begriffsbestimmungen und historische Entwicklung

Um zu definieren, was unter Open Content zu verstehen ist, lohnt sich ein kurzer Blick auf die Entwicklung von freier Software¹³ hin zu Open Content.

I. Open Source Software

Seit Ende der 1970er Jahre ist es üblich, Software zu veräußern, ohne Zugriff auf ihren Quellcode zu gewähren.¹⁴ Erwerber können diese, wenn nötig, installieren und bestimmungsgemäß verwenden. Darüber hinausgehende Interessen haben die meisten Anwender nicht. Ihre Bedürfnisse sind erfüllt, wenn das Programm läuft, ohne abzustürzen. Hat der Nutzer indes ein Interesse daran, die Software zu verbessern, weiterzuentwickeln oder an seine Bedürfnisse anzupassen, dann muss er sie verändern. Dafür braucht er Zugang zu ihrem »Kern«, dem Quellcode. Wenn dieser nicht offengelegt wird, bleibt dem Nutzer eine Veränderung des Computerprogramms verwehrt. Solche Software, deren Quellcode für den Erwerber unzugänglich¹⁵ ist, wird proprietäre Software genannt.¹⁶

13 Software wird als Oberbegriff verstanden, unter den nicht nur das Computerprogramm, sondern auch Begleitmaterial (etwa Benutzungshinweise) fällt. Dazu BGHZ 94, 276, 283 f. – Inkasso-Programm und ausführlich *Marly*, GRUR 2012, 773, 774 ff. Vorliegend werden die Begriffe synonym verwendet. Zur Funktionsweise von Computerprogrammen *Karl*, Urheberrechtlicher Schutzbereich von Computerprogrammen, S. 23 ff.

14 *Grasmuck*, Freie Software, S. 202.

15 Es besteht die Möglichkeit, den Quellcode zu dekompileieren. Allerdings ist dies aufgrund des Umfangs heutiger Computerprogramme und der Fehleranfälligkeit eher theoretischer Natur und zudem nur in den engen Grenzen von § 69e UrhG zulässig; vgl. *Rosenkranz*, Open Contents, S. 12; *Karl*, urheberrechtlicher Schutzbereich von Computerprogrammen, S. 36 f.

16 *Rosenkranz*, Open Contents, S. 11; *Teupen*, Copyleft, S. 33; *Koglin*, Opensourcerecht, S. 1; kritisch *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 3.

Erst nachdem sich ein eigenständiger Markt für Software entwickelt hatte,¹⁷ gab es Bestrebungen, den Quellcode geheim zu halten und die – daran möglicherweise bestehenden – Rechte durchzusetzen.¹⁸ Das führte dazu, dass bereits Anfang der 1980er Jahre fast sämtliche Software ohne Offenlegung des Quellcodes vertrieben wurde.¹⁹ Einige Programmierer kritisierten diesen Zustand aus idealistischen Gründen, da die fehlende Offenheit den Prinzipien der gewachsenen Hacker²⁰-Szene entgegenstand: Es war üblich, sich gegenseitig zu unterstützen und Problemlösungen zu teilen.²¹ Wenn nur die jeweiligen Software-Entwickler Zugriff auf den Quellcode haben, verlangsamt dies die Fehlerbehebung und Verbesserung der Software.²²

1. Der Weg zur freien Software

Richard Stallman, der als »Vater der freien Software«²³ bezeichnet wird, gründete bereits 1985 die Free Software Foundation (FSF), um ein Betriebssystem zu entwickeln und es mit Zugang zum Quellcode anzubieten.²⁴ Die Idee für sein Betriebssystem entstammte dem proprietären Betriebssystem Unix. Stallman wollte eine Alternative zu Unix schaffen, ohne eine Zeile des geschützten Unix-Quellcode zu übernehmen.²⁵ Beim Namen seines Betriebssystems bezog er sich auf Unix und distanzierte sich gleichzeitig davon, indem er es GNU (für: Gnu's not Unix) nannte.²⁶ Zu großem Erfolg gelangte das Betriebssystem allerdings erst mit dem Kernel²⁷ von Linux. Dieser ist Teil des Betriebssystems, das der

17 Ausführlich zur Entwicklung von Software zum eigenständigen Wirtschaftsgut *Grassmuck*, Freie Software, S. 202ff.

18 Zum Rechtsschutz für Computersoftware *Marly*, *Software*recht, Rn. 33ff., zur Historie Rn. 59ff.

19 *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 15; *Grassmuck*, Freie Software, S. 221.

20 Das Wort »Hacker« meint in diesem Zusammenhang leidenschaftliche Programmierer, die Programme austauschten und gemeinsam entwickelten. Die heute geläufige Bedeutung als »Computer-Einbrecher« hat sich erst später entwickelt. Dazu *Grassmuck*, Freie Software, S. 218, 221; *Lessig*, *Free Culture*, S. 154.

21 *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 15, *Grassmuck*, Freie Software, S. 219.

22 Vgl. *F. A. Koch*, CR 2000, 273, 280. *Grassmuck*, Freie Software, S. 242f. berichtet, dass »Bugs« im Open Source-Betriebssystem Debian GNU/Linux in vielen Fällen binnen 24 Stunden behoben werden oder zumindest eine Lösung für das Problem angeboten wird. Zur Effizienz *Bitzer/Schröder*, in: *Open Source JB* 2007, S. 185ff.

23 *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 15.

24 *Stallman*, *Free Software*, S. 11. Dafür gab er seine Anstellung am Massachusetts Institute of Technology auf, da dieses sonst als Arbeitgeber das Urheberrecht an der Software erlangt hätte, vgl. *Stallmann*, aaO, S. 13. Zum Grundsatz des »work made for hire« in 17 USC § 201 lit. b *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 136; *Schack*, *UrH*, Rn. 301.

25 *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 15; *Grassmuck*, Freie Software, S. 222f.

26 *Stallman*, *Free Software*, S. 26.

27 Der Kernel ist der zentrale Bestandteil eines Betriebssystems, auf dem weitere Bestandteile aufbauen.

finnische Student *Linus Torvalds* programmierte und ebenfalls frei zugänglich machte. Das neue Betriebssystem GNU/Linux²⁸ war aufgrund seines Erfolgs ein Meilenstein für frei zugängliche und veränderbare Software und gilt noch heute als Vorzeigemodell.²⁹

Ein Blick auf die Entstehung dieses Modells zeigt, dass quelloffene Software gewöhnliche Software ist.³⁰ Doch die Offenlegung des Quellcodes allein genügt nicht, um die »Freiheit« der Software zu gewährleisten. Denn nur weil der Quellcodes einsehbar ist, darf das Programm noch nicht verändert, kopiert oder vertrieben werden. Um diese von den Schöpfern angestrebte Freiheit zu gewährleisten, müssen zusätzlich Nutzungsrechte eingeräumt werden. Es bedarf einer Lizenzvereinbarung.

Daher entwickelte Stallman die GNU General Public License (GPL)³¹. Mit dieser Lizenz werden die erforderlichen Rechte eingeräumt: Lizenznehmer dürfen die Software zweckunabhängig nutzen, vervielfältigen, vertreiben und verändern, ohne dass Lizenzgebühren anfallen. Geknüpft ist diese Erlaubnis daran, dass die Lizenznehmer ihrerseits den Quellcode offenlegen und die Software unter derselben Lizenz anbieten.³² Software, die unter diesen Bedingungen vertrieben wird, nennt die FSF *freie* Software. Dieser Begriff soll den Fokus auf die durch die Lizenz gewährleistete Freiheit legen, welche durch die eingeräumten Nutzungsrechte entsteht.³³

2. Definition von Open Source Software

1998 wurde die Open Source Initiative (OSI) gegründet. Sie prägte den Begriff der *Open Source Software*, um dem Vertriebsmodell der freien Software mehr Akzeptanz zu verschaffen.³⁴ Die bisherige von der FSF geprägte Bezeichnung als »freie« Software verstanden viele Unternehmen als unwirtschaftliche und geschäftsschädigende Schenkungen.³⁵ Da in der Sache keine Unterschiede beste-

28 GNU/Linux ist heute eher bekannt als Linux.

29 Rosenkranz, Open Contents, S. 19.

30 F. A. Koch, CR 2000, 273; Jaeger/Metzger, OSS, Rn. 3.

31 Text (in Auszügen) in Anhang 3. Zudem abrufbar unter <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.de.html>, eine inoffizielle deutsche Übersetzung unter <http://www.gnu.de/documents/gpl.de.html>.

32 Stallman, Free Software, S. 5; zum Copyleft s. unten S. 24.

33 Stallman, Free Software, S. 3 ff. Pointiert, S. 3: »Thus, ›free software‹ is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of ›free‹ as in ›free speech‹ not as in ›free beer.« Stallmann ist gegen den Begriff Open Source Software, dazu aaO, S. 75 ff.

34 Grassmuck, Freie Software, S. 230; Jaeger/Metzger, OSS, Rn. 4.

35 Jaeger/Metzger, OSS, Rn. 4; ausführlich Grassmuck, Freie Software, S. 230 ff.

hen, werden die Begriffe »Open Source Software« und »freie Software« in der folgenden Darstellung synonym verwendet.³⁶

Damit ein Computerprogramm zu Open Source Software wird, muss die Lizenzvereinbarung bestimmten Anforderungen genügen. Dabei werden die von der OSI aufgestellten Voraussetzungen³⁷ heute vielfach für eine Definition herangezogen. Das bietet sich an, weil die OSI Open Source Software Lizenzen zertifiziert und sie im übrigen auch den Anforderungen anderer Initiativen ähneln.³⁸ Die Lizenz erhält ein solches »Siegel«,³⁹ wenn u. a. die freie Weitergabe zulässig, der Quellcode frei verfügbar und die Bearbeitung erlaubt ist. Darüber hinaus muss die Software zweckunabhängig lizenziert werden. Eine Lizenz, die diese Voraussetzungen erfüllt und von der OSI erfolgreich geprüft worden ist, darf als »OSI Certified« bezeichnet werden.⁴⁰ Die zertifizierten Lizenzen sind jedoch keineswegs identisch; Unterschiede ergeben sich daraus, dass sie an verschiedene Bedürfnisse angepasst sind. Sie unterscheiden sich insbesondere darin, ob sie die Einräumung der Nutzungsrechte an bestimmte Bedingungen knüpfen.⁴¹ Zum Beispiel enthalten die von der FSF entwickelten GNU Lizenzen eine Copyleft-Klausel, während etwa die BSD Lizenz⁴² auf eine solche Klausel verzichtet.

3. Freeware und Shareware

Aufgrund der begrifflichen Ähnlichkeit werden auch Freeware und Shareware häufig mit freier Software in Verbindung gebracht.⁴³ Doch beschreiben diese beiden Begriffe Vertriebsmodelle proprietärer Software: Freeware bezeichnet Software, die kostenlos genutzt werden darf.⁴⁴ Allerdings ist der Quellcode nicht offen zugänglich⁴⁵ und es dürfen regelmäßig keine Veränderungen vorgenommen werden⁴⁶. Daher handelt es sich bei Freeware nicht um Open Source Soft-

36 Wie bei *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 2; *Teupen*, Copyleft, S. 31, 34; *S. Meyer*, Miturheberschaft, S. 1; vgl. *Rosenkranz*, Open Contents, S. 12ff., *König*, Einfaches, unentgeltliches Nutzungsrecht, S. 26.

37 <https://opensource.org>.

38 *Stallman*, Free Software, S. 76.

39 <https://opensource.org/osd>; *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 2; *Grassmuck*, Freie Software, S. 231 hält den Versuch der Zertifizierung mit einem Gütesiegel für gescheitert.

40 Eine Übersicht über die zertifizierten Lizenzen ist abrufbar unter: <https://opensource.org/licenses/alphabetical>.

41 Zum Copyleft s. unten S. 24 und ausführlich S. 105ff.

42 Berkeley-Software-Distribution Lizenz; dazu *Grützmacher*, ITRB 2006, 108ff.

43 *Schack*, UrhR, Rn. 611.

44 Etwa um eine neue Software bekannt zu machen und Interesse an ihr oder dem Unternehmen zu wecken, vgl. *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 9.

45 *Teupen*, Copyleft, S. 35; *F. Schäfer*, Viraler Effekt, S. 12; *Omsels*, in: FS Hertin, S. 141, 142.

46 Teilweise sind sie ausdrücklich verboten, vgl. *Jaeger/Metzger*, OSS, Rn. 9 mit Bsp. in Fn. 27.

ware. Auch Shareware ist keine freie Software, sondern eine Software, die vom Nutzer zunächst kostenlos genutzt werden darf, damit er die Tauglichkeit für eigene Zwecke prüfen kann.⁴⁷

II. Von Open Source Software zu Open Content

Die Idee, ein Werk Dritten zur Verfügung zu stellen und ihnen Nutzungsrechte einzuräumen, ohne dafür eine Lizenzgebühr zu verlangen, fiel nicht nur bei Programmierern auf fruchtbaren Boden. Auch andere Kreative wollten Werke nach dem Vorbild der Open Source Software unter ähnlichen Bedingungen lizenzieren.⁴⁸

Zu diesem Zweck gründete *David Wiley* 1998 die Open Content Initiative und entwickelte die Open Content Lizenz.⁴⁹ Sie ermöglicht eine Lizenzierung sämtlicher Inhalte und ist nicht auf Computerprogramme zugeschnitten, sondern auch für andere Werke wie Texte, Bilder, Filme und Musik geeignet. Im Jahr 2001 gründete eine Gruppe um *Lawrence Lessig* die Creative Commons Foundation. Sie entwickelte die Creative Commons Lizenzen.⁵⁰ Eine Creative Commons Lizenz der dritten Version wird seit 2007 für die Inhalte von Wikipedia eingesetzt.⁵¹ Gerade der Erfolg von Wikipedia⁵² zeigt, wie verbreitet diese Lizenz heute ist.⁵³

Im Zusammenhang mit den Creative Commons Lizenzen wird regelmäßig von Open Content gesprochen. Diese Bezeichnung geht auf die Open Content Initiative zurück und wurde in Anlehnung an den Begriff der Open Source Software gewählt.⁵⁴ Denn auch hier stand zu befürchten, dass die Bezeichnung

47 Schack, UrhR, Rn. 611; F. Schäfer, Viraler Effekt, S. 13.

48 Vgl. Krujatz, Open Access, S. 125; Kreutzer, Open Content 2015, S. 12; Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431; Strobel, MMR 2003, 778; Mantz, MMR 2006, 784f. Allgemein zu den Motivationen Spindler, in: FS Schäfer, S. 89, 95ff.

49 Rosenkranz, Open Contents, S. 21; Strobel, MMR 2003, 778; Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431, 432.

50 Lessig, Free Culture, S. 282ff.; Kreutzer, Open Content 2011, S. 13; Rosenkranz, Open Contents, S. 25. Der Lizenztext ist abrufbar unter: www.creativecommons.org; die Version 3 der Lizenz ist abgedruckt bei Rosenkranz, Open Contents, S. 239–246. Die Version 4 ist (in Auszügen) unten im Anhang 1 abgedruckt.

51 Zur Problematik des Lizenzwechsels im Fall Wikipedia Rosenkranz, Open Contents, S. 103, 105ff. Vorher waren die Inhalte der Wikipedia unter einer GNU *Free Documentation License* (FDL) lizenziert; vgl. Rosenkranz, Open Contents, S. 105; Jaeger/Metzger, MMR 2003, 431, 432. Dazu auch unten S. 73ff.

52 Wikipedia gehört seit Jahren zu den zehn meistbesuchten Webseiten, vgl. <https://www.alexa.com/topsites>.

53 Bereits nach einem halben Jahr waren eine Million Werke unter die Creative Commons Lizenz gestellt; Lessig, Free Culture, S. 285.

54 Strobel, MMR 2003, 778.

Free Content mit »kostenlos« statt mit der eingeräumten Freiheit in Verbindung gebracht wird.⁵⁵ Allerdings passt der Begriff *Open Content* bei anderen Werken als Software nicht.⁵⁶ Der Begriff der Open Source Software wurde durch den offen einsehbaren Quellcode geprägt. Andere Werke liegen aber typischerweise nicht in einer nur von Maschinen lesbaren Form vor, sondern können von Menschen direkt wahrgenommen werden. Damit fehlt ein Quellcode, der offengelegt werden könnte. Darüber hinaus fehlen auch die übrigen Bedingungen einer Open Source Software Lizenz bei vielen Lizenzen, die als Open Content Lizenz bezeichnet werden. Die Creative Commons Foundation bietet verschiedene Lizenz-Module an, die Nutzer nach ihren Bedürfnissen zusammenstellen können. So können Lizenzen ausgewählt werden, die keine Bearbeitungsrechte einräumen und/oder nur eine nicht-kommerzielle Nutzung gestatten. Dass ein Bearbeitungsrecht eingeräumt wird, ist jedoch eine essentielle Voraussetzung für Open Source Software. Bei anderen Werkarten ist es dagegen üblich, Bearbeitungen zu verbieten.⁵⁷ Auch das häufig gewählte Verbot kommerzieller Nutzung steht im Widerspruch zur Definition von Open Source Software, die eine zweckunabhängige diskriminierungsfreie Lizenz verlangt.⁵⁸ Es gibt diverse Lizenzen, die unterschiedlich weit reichende Rechte einräumen. Allein die Creative Commons Lizenz erlaubt in der aktuellen vierten Version eine Zusammenstellung der Module in sechs verschiedenen Ausführungen.⁵⁹ Der Grund für diese unterschiedliche Handhabung liegt darin, dass bei anderen Werken als Computerprogrammen häufig ein engerer Bezug zur Persönlichkeit des Schöpfers besteht und dieser sich daher bestimmte Rechte vorbehalten möchte.

Anders als beim Begriff der Open Source Software fehlt bisher eine Auflistung von Mindestanforderungen für Open Content Lizenzen. Der Begriff Open Content Lizenz wird in Gefolge der sog. Linux-Klauseln⁶⁰ in §§ 31a I 2, 32 III 3, 32c III 2 UrhG als unentgeltliche Einräumung eines Nutzungsrechts an jedermann verstanden.⁶¹ Daher werden alle Creative Commons Lizenzen regelmäßig als Open Content bezeichnet.⁶² Open Content fungiert damit als Oberbegriff,

55 *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431.

56 So auch *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431, 432; *Rosenkranz*, Open Contents, S. 22.

57 *Mantz*, in: Open Source JB 2007, S. 413, 417.

58 *Rosenkranz*, Open Contents, S. 21.

59 Überblick bei *Kreutzer*, Open Content 2015, S. 30 ff.

60 BT-Drs. 14/8058, S. 19; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 32 UrhG Rn. 73. Übersehen hat der Gesetzgeber, dass eine solche Ausnahme auch bei § 60 g UrhG erforderlich ist, vgl. *Schack*, ZUM 2017, 802, 807.

61 Vgl. *König*, Einfaches, unentgeltliches Nutzungsrecht, S. 23; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* § 31a UrhG Rn. 83; *Wiebe*, in: *Spindler/Schuster* § 31a UrhG Rn. 9.

62 Vgl. OLG Köln GRUR 2015, 167, 171 – Creative-Commons-Lizenz; *Rauer/Ettig*, WRP 2015, 153 ff.