

Open Source und Kartellrecht: Die Gültigkeit der Copyleft- und Lizenzgebührverbots-Klauseln angesichts des Art. 101 AEU (sowie der §§ 1 f. GWB)

von **Arne Nordmeyer**

LL.M., Dipl.-Jur., Doktorand am Institut für
Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover,
Lehrstuhl Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard)*

Abstract: „Open source and European antitrust laws: An analysis of copyleft and the prohibition of software license fees on the basis of art. 101 TFEU and the block exemptions“

Open source software and open source licenses (like the GNU GPL) are not only relevant for computer nerds or activists – they are already business. They are for example the fundament of LINUX, the only real rival of MICROSOFT's WINDOWS-line in the field of operating systems for IBM PC compatibles.

Art. 101 TFEU (like the identical predecessor art. 81 TEC) as part of the EU antitrust laws prohibits contract terms like price fixing and some forms of technology control. Are copyleft – the „viral effect“, the „cancer“ – and the interdiction of software license fees in the cross hairs of this legal rule? On the other side the European Union has since 2004 a new Technology Transfer Block Exemption with software license agreements for the first time in its scope: a safe harbour and a dry place under a umbrella for open source software?

After the introduction (A) with a description of open source software the following text analyses the system of the European Unions competition law respectivley antitrust law and the requirements of the block exemptions (B). Starting point of antitrust analysis are undertakings – but who are the undertakings (C) in the field of widespread, independent developers as part of the „bazar organization“? To see how much open source has to fear from the law of the European Union, at the end the anti competitive and pro competitive effects of open source are totalized within the legal framework (D). The conclusion (E) shows: not nothing, but not much.

Keywords: Open Source Software; Software License; European Antitrust Law; European Competition Law; Copyleft; Viral Effect; Technology Transfer Block Exemption; Art. 101 TFEU (ex Art. 81 TEC); GNU GPL; Free Software

© 2010 Arne Nordmeyer

Jedermann darf dieses Werk unter den Bedingungen der Digital Peer Publishing Lizenz (DPPL) elektronisch übermitteln und zum Download bereitstellen. Der Lizenztext ist im Internet abrufbar unter der Adresse <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-de0>.

Recommended citation: Nordmeyer, Arne, Open Source und Kartellrecht: Die Gültigkeit der Copyleft- und Lizenzgebührverbots-Klauseln angesichts des Art. 101 AEU (sowie der §§ 1 f. GWB), 1 (2010) JIPITEC 19, para. 1

- 1 Open Source (OS) ist längst nicht mehr bloßes ideologisches Credo einer geringen Anzahl *nerds*,¹ sondern etablierte Grundlage von zahlreichen Programmen. Programmen, die großen Softwarehäusern Konkurrenz bereiten: Nicht zuletzt ist LINUX, die wohl bekannteste Open Source-Software (OSS), das einzig relevante Konkurrenzprodukt für Microsofts WINDOWS im Bereich der Einzelplatz-Computer.²
- 2 Rechtlich wird dieses Modell überwiegend auf die Anforderungen des Urheberrechts überprüft, kartellrechtliche Überlegungen sind zwar vorhanden, liegen tlw. aber zeitlich bereits soweit zurück,³ dass sie noch nicht die neueste Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer (TT-GVO des Jahres 2004) berücksichtigen.⁴ Außerdem wird oftmals vergessen, vor der Diskussion der Freistellungsmöglichkeit jene der Kartellrechtswidrigkeit zu führen. Dieser Beitrag setzt sich deswegen mit methodischen Überlegungen zum Kartellverbot und System der bestehenden Gruppenfreistellungsverordnungen auseinander und untersucht, welche Klauseln in OS-Lizenzmodellen wie der GNU GPL gegen kartellrechtliche Verbote verstoßen können und ob und worüber sie ggf. freigestellt sein⁵ können.
- 3 Dazu wird zunächst OSS unter besonderer Berücksichtigung relevanter Klauseln vorgestellt (A). Im Anschluss erfolgen methodische Vorüberlegungen bzgl. des kartellrechtlichen Untersuchungsrahmens (B). Den Besonderheiten des Open Source-Phänomens ist die folgende Untersuchung der kartellrechtlichen Akteure (C) geschuldet. Die kritischen Klauseln selbst werden sodann unter Berücksichtigung positiver und nachteiliger Wettbewerbseffekte im zuvor dargestellten rechtlichen Rahmen untersucht (D). Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung (E).

A. Open Source-Software und Open Source-Lizenzmodelle

I. Definitionsannäherung

- 4 Eine eindeutige, abschließende Definition für das Phänomen des Open Source ist nicht getroffen oder zu treffen. Gleichwohl ist Open Source-Software (OSS) zumindest – auch nach der Open Source Definition (OSD)⁶ – not-

wendig durch die Bedingung geprägt, dass der Quellcode frei⁷ verfügbar und verwendbar ist. An der Entwicklung solcher Software können daher beliebige Personen(gruppen) teilhaben, bzw. basierend auf dem zur Verfügung gestellten Quellcode eigene Entwicklungen durchführen. Als Gegenmodell wird überwiegend die proprietäre Software mit „closed source“⁸ verstanden.⁹

II. Copyleft, viraler Effekt und Lizenzgebührenverbot

- 5 OSS ist jedoch nicht nur mannigfach bezüglich der „offenen“ Programme und Programmversionen, sondern auch hinsichtlich der verwendeten Lizenzmodelle¹⁰ – also Überlassungsbedingungen –, zu welchen etwa maßgeblich die GNU GPL in der mittlerweile dritten Version (v 3)¹¹ zählt. Typisch, aber nicht unbedingt notwendig für die Qualifikation als OSS solcher Modelle ist ein zuweilen stark ausgeprägter¹² Copyleft-Effekt:¹³ Eine Klausel, welche erreichen soll, dass auf OS-Code basierende Programme wiederum als OS zur Verfügung gestellt werden müssen,¹⁴ zumindest dann, wenn diese neue Software nicht lediglich intern genutzt wird.¹⁵ Diese Auswirkung wird auch als „viral“¹⁶ oder „krebsartig“¹⁷ beschrieben. Sofern ein Programm von der Open Source-Hand berührt wird und ebenfalls zu OS werden muss, ist dadurch jedenfalls die Dispositionsfreiheit des (bearbeitenden) Entwicklers hinsichtlich dieses Folgeprogrammes stark eingeschränkt. Allerdings wirkt sich dieser Effekt in aller Regel nicht auf abtrennbare bzw. eigenständige Programmentwicklungen aus. Dabei ist die Frage nach einer solchen Abtrennbarkeit gleichwohl schwierig zu beantworten:¹⁸ Ist das neue Programm ohne vorherige Programme lauffähig, kann die Abtrennbarkeit angenommen werden, ist jedoch code inkorporiert, ist dies hingegen ausgeschlossen. Besonders diffizil ist diese Frage ausgeprägt, wenn das basierende Programm fremde Programmteile – etwa Softwarebibliotheken – aufruft. Der Entwicklungsumfang jedenfalls ist kein Abgrenzungskriterium, denn es kann sehr viel Aufwand in die Fortentwicklung bestehenden codes investiert werden, wie auch wenig Mühe in ein eigenständiges Programm investiert werden kann.
- 6 Um solche Begrenzungen zu umgehen wird OSS-Entwicklern geraten, ihre eigenen Pro-

grammteile gesondert zu vertreiben. Erst der durch Beschaffung des übrigen Materials und zur Ausführung zusammenführende Endnutzer führt dann die Teile zu einer funktionsfähigen Einheit zusammen, wodurch der Entwickler selbst sein Programm nicht unter OS-Lizenz stellen müsse.¹⁹ Solche Praktiken sind nicht nur aufwendig und kundenunfreundlich, sondern können auch als Umgehungsgeschäft²⁰ oder Verletzung vertraglicher Pflichten angesehen werden.²¹

- 7 Kostenlos²² muss OSS ungeachtet des entsprechenden Vorurteils nicht sein,²³ jedoch darf nach den verbreiteten Lizenzmodellen bei Verbreitung solcher Software eben keine Lizenzgebühr oder eben ein Kaufpreis für die „Sache“ Software selbst,²⁴ hingegen jedoch Entgelt für das Kopieren, Datenträger, Zusammenstellen von Sammlungen, Kundenservice²⁵ und jede andere vorstellbare (Dienst-)Leistung, welche über das unmittelbare Programm hinausgeht.²⁶ Diese Vorgabe kann dadurch umgangen werden, den – ohnehin nicht offen kalkulierten – Preis etwa für den Datenträger bzw. den Gesamtpreis hoch anzusetzen. Doch bloß für das Verbreiten einer allseits verfügbaren Software werden von der Nachfrageseite keine hohen Gebühren verlangt werden können.²⁷ Insofern verliert diese Klausel bereits faktisch durch den Copyleft-Effekt an Relevanz bzw. erzielt ihre Wirkung letztlich erst in Zusammenwirkung mit dem viralen Effekt und der daraus resultierenden Veröffentlichung und Verbreitung.

III. Marktmacht und Bedeutung der OSS

- 8 Auf diesen Modellen basieren nicht nur die zahlreichen LINUX-Varianten, sondern auch das Server-Betriebssystem APACHE, Betriebssysteme für Geräte wie Mobiltelefone (etwa SYMBIAN oder ANDROID), DSL-Router oder DVB-Receiver bzw. Set-Top-Boxen, OPEN OFFICE, FIREFOX, zahlreiche Content Management Systeme, MySQL u.v.a.²⁸ Je nach angelegter Marktdefinition kommt bestimmter OSS dabei erhebliche Marktbedeutung zu.²⁹

B. Kartellrechtliche Vorüberlegungen

I. Abwägung negativer und positiver Wettbewerbseffekte und System pauschaler Freistellung durch Gruppenfreistellungsverordnungen

- 9 Art. 101 Abs. 1 AEU (ehem. 81 Abs. 1 EGV) und § 1 GWB enthalten (identische) Vorgaben³⁰ von verbotenen Verhaltensweisen zwischen Marktteuren, etwa das Verbot von Preisabsprachen – ob nun bei Wurst, Heizgas, Röstkaffee oder eben Software. Solche Verbote sind nicht endgültig, sondern können nach Art. 101 Abs. 2 AEU (ehem. Art. 81 Abs. 3) oder § 2 GWB auch wiederum freigestellt sein – und zwar durch die EGV 1/2003³¹ „self executing“, also ipse iure (und) ohne behördliches Verfahren. Ein Freistellungsbedürfnis besteht ohnehin nicht bei wirtschaftlichen Bagatellfällen und sofern der Tatbestand aufgrund des sog. spezifischen Gehalts eines Immaterialgüterrechts zu begrenzen ist. Erstere Ausnahme ist dem more economic approach geschuldet, der sich auch in der Bagatell-Bekanntmachung³² als Notwendigkeit der Betrachtung ökonomischer Parameter manifestiert. Die zweite Ausnahme, der „spezifische Gehalt“ des Softwareurheber- oder -patentrechts und mithin die prinzipiell erlaubten immaterialgutimmanenten Wettbewerbsbeeinträchtigungen, bleibt trotz³³ europäischer Vorgaben³⁴ dieser Rechte unklar bzw. konkreten Abwägungen überlassen.³⁵
- 10 Befremdend ist es, dass in der Literatur bei kartellrechtlichen Untersuchungen nur untersucht wird, ob eine Verhaltensweise freistellungsfähig ist, Aussagen über die Kartellrechtswidrigkeit oder zumindest -bedenklichkeit nach Abs. 1 hingegen kaum gewonnen werden. Die Unbedenklichkeit wird bereits behauptet, wenn nicht „schwarze“ oder „graue“³⁶ Klauselverbote der Gruppenfreistellungsverordnungen (GVOen) entgegenstehen. Allgemein bedarf es jedoch der Feststellung der Wettbewerbsbeeinträchtigung in Ansehung negativer Effekte, welche zunächst zum Verbot nach Art. 101 Abs. 2 AEU führen. Häufiger werden solche angenommen, wenn abhängige Unternehmen betroffen sind, etwa Software nicht „gebraucht“ weiterverkauft werden darf oder strikte CPU-Klauseln als Softwarever-

wendungsbeschränkungen die Investition in neue Hardware behindern.³⁷

- 11 Rechtlich können Freistellungen, welche auch erst bei einem Verbot nötig wie möglich sind,³⁸ von solchen Verboten gemäß Art. 101 Abs. 3 AEU dergestalt erfolgen, dass sie „gruppenweise“ in abstrakt-genereller Ordnungsgestalt – den bereits erwähnten Gruppenfreistellungsverordnungen (block exemptions) – erfolgen. Ist der Anwendungsbereich einer solchen eröffnet, bestehen als Freistellungsvoraussetzungen Klauselverbote (Kernbeschränkungen bzw. hardcore restrictions) und Marktanteilsschwellen (in aller Regel zwischen 20 und 30 % in Ansehung eines horizontalen oder vertikalen Verhältnisses). Werden die Marktanteilsschwellen nicht überschritten und liegen keine Klauseln der „schwarzen“ Listen vor, ist von einer Freistellungsfähigkeit pauschal und ohne summierende Vor- und Nachteilsprüfung auszugehen.³⁹
- 12 Gleichwohl wird diskutiert bzw. seitens der Kommission vorgegeben, auch bei Nicht-Anwendbarkeit⁴⁰ der GVOen oder (geringfügigem) Überschreiten der Marktanteilsschwellen Freistellungen anzunehmen, sofern nicht eine Kernbeschränkung entgegensteht.⁴¹ Diese „Ausstrahlungswirkung“ der GVOen ist jedoch äußerst zweifelhaft. Für die Befürwortung einer Analogie fehlt es in aller Regel bereits an der unbewussten Regelungslücke⁴² und oftmals auch an den vergleichbaren Interessenlagen.⁴³ Es ist ferner keinesfalls zwingend, dass dann zumindest regelweise von einem Überwiegen positiver Effekte ausgegangen werden kann. Insbesondere im Softwarekontext können aus den GVOen nur selten spezifische Aussagen gewonnen werden, insbesondere die Software erstmals aufnehmende Technologietransfer-GVO (TT-GVO) als auch die zugehörigen Leitlinien schweigen weitgehend.⁴⁴ Nur aus Gründen des Gleichbehandlungsgebotes sollte deswegen ausnahmsweise eine gelassene Lücke geschlossen werden. Grundsätzlich hingegen sind gemäß Art. 101 Abs. 1 und 3 AEU die positiven und negativen Wettbewerbseffekte außerhalb des Anwendungs- bzw. Freistellungsbereichs einer GVO abzuwägen.

II. Die Anwendungsvoraussetzungen und -grenzen einzelner GVOen

1. Technologietransfer-GVO (TT-GVO)

- 13 Die TT-GVO greift bei maximal zwei Vertragsparteien⁴⁵ und setzt gem. Art. 2 einen Vertrag über eine Lizenz zur Erstellung eines Produktes in Folge der Lizenzierung voraus. Entsprechend ist zu verlangen, dass das lizenzierte Programm in ein neues Programm einfließt, hingegen genügt es im Allgemeinen nicht, ein Programm – ob auf Datenträgern oder per Online-Abruf („download“) – lediglich zu vervielfältigen.⁴⁶ Entsprechend spricht die Offenlegung und Nutzung von Quellcode⁴⁷ bei OSS zunächst für eine Anwendbarkeit der TT-GVO.⁴⁸ Fraglich bleibt dabei, ob neben der Offenlegung auch die typische weitergehende Verwendung des Quellcodes zu verlangen ist, geschieht doch bei OSS die Offenlegung aufgrund entsprechender Lizenzpflichten, welche die Vervielfältigung mitsamt des Objektcodes oftmals verlangen,⁴⁹ lediglich pflichtweise und wird bei Programmkompileationen von „normalen“ Endnutzern typischerweise nicht für Entwicklungsarbeiten genutzt.⁵⁰ Nur wenn OSS tatsächlich zu Entwicklungszwecken verbreitet wird, kann hingegen von einem Technologietransfer-Sachverhalt ausgegangen werden. Ansonsten führte die bloße Beifügung des Quellcodes zu einer unsachgemäßen Privilegierung solcher Software gegenüber proprietärer bloß aufgrund einer ggf. äußerst selten genutzten Möglichkeit, die zudem oktroyiert ist.
- 14 Ein nicht zu unterschätzendes Problem bzgl. der Anwendung der TT-GVO bei OSS wird durch ihre besagte Begrenzung auf maximal zwei beteiligten Parteien bzw. Unternehmen aufgeworfen (Art. 2 S. 1 TT-GVO). Rechte an einer OSS stehen, wie noch auszuführen sein wird, oftmals mehreren Urhebern und Bearbeitern als auch Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne zu, deren „Mischwerk“ diese OSS ist.⁵¹ Entsprechend lizenzieren mehrere, zumindest bei Lizenzen ohne Recht zu Unterlizenzierungen,⁵² parallel direkt an den Lizenz(en)nehmer, wodurch folglich in solchen Fällen bereits die Anwendbarkeit der TT-GVO ausgeschlossen ist.⁵³ Dabei handelt es sich auch keinesfalls um unabhängige, zufällige Parallellizenzierungen.

2. Forschungs- und Entwicklungs-GVO (FuE-GVO)

- 15 Die Forschungs- und Entwicklungs-GVO (FuE-GVO) setzt in ihrem Art. 1 Abs. 1 zuerst Vereinbarungen zur gemeinsamen Entwicklung voraus und eben nicht den zunächst einseitigen Transfer der TT-GVO.⁵⁴ Zwar ist OSS oftmals Gemeinschaftswerk und bestimmte Projektgruppen arbeiten auch gemeinsam, doch sofern jemand OSS oder -Material bezieht und eigenständig fortentwickelt, kann von gemeinsamer Entwicklung nicht ausgegangen werden. Anders ist hingegen die Konstituierung von Projektgruppen und deren fortgesetzte Kooperation zu bewerten.⁵⁵

3. Die Vertikal-GVO (V-GVO)

- 16 Die Vertikal-GVO (V-GVO) hingegen ist grds. nach Art. 2 Abs. 5 subsidiär und nach Abs. 3 S. 1 auch nicht anwendbar, wenn das Immaterialgut im Vordergrund der Vereinbarung steht. Nach dem Willen der verordnenden Kommission⁵⁶ soll sie jedoch gelten, wenn die Lizenzvereinbarung lediglich direkt zwischen Softwareentwickler und Endabnehmer über shrink wrap und ähnliche (vermeintliche) Vertragsschlussmodelle zustande kommen sollte.⁵⁷ Bei OSS⁵⁸ ist zwar die Feststellung des bzw. der Urheber möglicherweise schwierig,⁵⁹ doch aufgrund der „Lizenz an jedermann“ – zumindest bei der GNU GPL und vergleichbaren Lizenzmodellen – bedarf es oftmals keiner Lizenzierungskette⁶⁰ über Händler oder andere Mittler, weswegen diese Konstellationen als vergleichbar anzusehen sind. Dadurch begünstigt die V-GVO im Allgemeinen den Handel mit OSS-Datenträgern. Dass dabei ggf. mehrere an einen Lizenznehmer bzw. Datenträgererwerber lizenzieren, ist unbeachtlich.
- 17 Zwar wird die V-GVO gerade für den Internethandel reformiert, jedoch wird die Verbreitung digitaler Güter kaum in ihren Anwendungsbereich aufgenommen werden, weswegen sie voraussichtlich auch nach dem Mai 2010 nicht in solchen Konstellationen anwendbar sein wird.⁶¹

4. Zwischenergebnis

- 18 Die Anwendbarkeit der TT-GVO scheidet oftmals aus, nämlich dann, wenn der Quellcode nur der Pflicht wegen bekanntgegeben wird

und nicht zur Fortentwicklung genutzt wird oder mehr als ein Lizenzgeber beteiligt ist. Hingegen greift die V-GVO oftmals – zumindest dann, wenn OSS auf Datenträgern vertrieben wird.

C. Kartellrechtliche Akteure und Adressaten bei Open Source

- 19 Ein Hauptanwendungsproblem der Kartellrechtskontrolle bei OSS ist zunächst die Feststellung der handelnden Unternehmen i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEU als Ansatzpunkte der kartellrechtlichen Untersuchung und im darauf folgenden Schritt als Adressaten etwaiger kartellrechtlicher Maßnahmen.⁶²
- 20 Unproblematisch erscheint dies im Falle sog. Distributoren, welche Programm-Kompilationen und ggf. weitere Dienstleistungen anbieten, da diese firmiert sind.⁶³ Gleiches gilt, wenn etwa IBM oder SUN oder auch Stiftungen ihre Programme unter solchen – eigenen – Lizenzen feilbieten.⁶⁴ Jenseits dieser einfach gelagerten Fälle ergibt sich Erörterungsbedarf, weil OS-Projekten oftmals die Maxime der sog. Basar-Organisation⁶⁵ zugrunde liegt, also weltweit verteilte, unabhängige (Einzel-)Entwickler beteiligt sind.⁶⁶ Ferner ist nach der Rolle jener zu fragen, welche die Lizenzmodelle, wie etwa die GNU GPL⁶⁷, formulieren.
- 21 Letztere üben jedoch eine primär juristische geprägte Tätigkeit aus, welche erst von Entwicklern genutzt wird: Nutzt ein Entwickler etwa ein Formular aus einem entsprechenden Beratungsbuch,⁶⁸ wird auch nicht der Autor jenes Werkes als Softwareunternehmer gelten können. Entsprechend können diese nicht die gesuchten Unternehmen oder Teil dieser sein, sofern sie nicht selbst auch Software anbieten.⁶⁹
- 22 Bei den zahlreichen Projektgruppen⁷⁰ muss – angesichts der variierenden Organisationsformen – festgestellt werden, wer an der Entwicklung beteiligt ist und wie hoch wessen Einfluss auf die Entwicklungs- und Veröffentlichungstätigkeit – die Auswahl verschiedener code-Varianten oder Programmteile – ist.⁷¹ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist jedenfalls nicht erforderlich, um als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn qualifiziert zu werden.⁷² Unternehmen wird in dem Sinne funktional verstanden, somit

bedarf es ebenfalls keiner Eintragung oder eines Gesellschaftsvertrages. Somit kommt es auch nicht darauf an, inwieweit solche Gemeinschaften als Personengesellschaften oder Urhebergemeinschaften angesehen werden können. Jedoch kann dieses Indiz sein, ob die gesamte Gruppe als ein Unternehmen angesehen werden kann oder ob vielmehr bereits einzelne Entwickler jeweils als – unabhängige – Unternehmen angesehen werden müssen. Die Annahme einer Personengesellschaft der OSS-Gemeinschaften wird zu Recht in vielen Fällen abgelehnt, da es dafür nebst weiteren Voraussetzungen oftmals an den verpflichtenden Beiträgen fehlt.⁷³ Aus der Warte des Urheberrechts kann jedoch eine Miturhebergesellschaft angenommen werden, wenn Beiträge gemeinsam erarbeitet werden.⁷⁴ Erfolgen die Beiträge subsequent, sind die Verfasser als Bearbeiter zu qualifizieren,⁷⁵ jedoch die (nicht erschöpfenden) Regeln einer Miturhebergesellschaft analog heranzuziehen.⁷⁶

- 23 Dem funktionalen Charakter dieses Tatbestandsmerkmals ist es zu schulden, aber zumindest diejenigen als (ein) Unternehmen zu erfassen, die die Veröffentlichung (offizielle „releases“, etwa bei APACHE⁷⁷ oder LINUX⁷⁸) eines Programmes bzw. einer Programmversion zu verantworten haben; also mindestens jene Entscheidungsträger, die über die Aufnahme einzelner code- oder Programmteile in eine Veröffentlichungsversion entschieden haben. Somit ist nicht jeder Programmierer heranzuziehen, wenn er eher wie ein Freelancer agiert. Dies bleibt letztlich stets im Einzelfall in Kenntnis der jeweiligen „community“ zu entscheiden. Wird ein Programm von einer neuen bzw. anderen Gemeinschaft fortentwickelt, erscheint es sinnvoll, nur diese dann als das Unternehmen anzusehen, dass eben diese Fortentwicklung verantwortet, die vorherigen wiederum als eigenständige.

D. Kartellrechtliche Beurteilung gem. Art. 101 AEU (ex 81 EGV) und §§ 1 f. GWB

- 24 Die nachfolgende Klauselerörterung lässt ökonomische Rahmenparameter wie das Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund Marktmacht der Akteure, Wettbewerbsverhältnis der selben, Bagatellgrenzen,

Beeinträchtigung des Gemeinsamen oder bloß des nationalen (oder außereuropäischen) Marktes usf. außer Acht, da diese der Auseinandersetzung mit einem konkreten Fall zu überlassen sind.

I. Beurteilung des Lizenzgebührverbotes

1. Negative Wettbewerbseffekte nach Art. 101 Abs. 1 AEU (ex Art. 81 EGV)

- 25 Wer etwa als Distributor OSS vervielfältigt und vertreibt,⁷⁹ darf – wie obig ausgeführt – zwar für das Kopieren und Datenträger sowie Handbücher, Anpassungen und sonstige Dienstleistungen Geld verlangen, jedoch nicht für eine Lizenz. Die weitläufige, allgemeine Verfügbarkeit solcher freien Software führt gleichwohl zu der Folge, dass nicht beliebige Einnahmen damit erzielt werden können.⁸⁰ Darin könnte eine Preisfestsetzung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 a) AEU begründet sein, die auch gegen § 1 GWB verstieße; und zwar eine Preisfestsetzung auf Null.⁸¹
- 26 Distributoren, die allerdings lediglich kostenlos fremde Software zusammenstellen (kompilieren), dürfen zumindest für andere Dienstleistungen und auch für die Sammlung Geld verlangen. Erreicht und bezweckt ist dadurch keinesfalls eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, sondern die Verbreitung der OSS zu nicht diskriminierenden Preisen. Sofern dennoch unberechtigt hohe Gebühren verlangt werden sollten, geht dieses zu Lasten des Anbieters und ermuntert andere zum – aufgrund der freiverfügbaren OSS – vergleichsweise günstigen Markteintritt. Deshalb können sogar mehrere Akteure an diesem Wettbewerb teilhaben: Diese Festsetzung sorgt also gerade für Preiseregulierung und mehr Wettbewerb, nicht für weniger und ist deshalb unbedenklich.⁸² Aus teleologischen Gründen ist daher ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEU zu verneinen.
- 27 Wenn hingegen Entwickler bestehende OSS für eigene Programme nutzen, unterliegen sie – wie angeführt – ggf. dem Zwang, das Endprodukt (auch⁸³) unter einer OS-Lizenz zu veröffentlichen, weswegen sie letztlich für dieses Produkt grundsätzlich kaum Geld erhalten können.⁸⁴ Dieses ist jedoch Folge des

Copyleft und bleibt deswegen erst im folgenden Schritt zu untersuchen.⁸⁵

2. Hilfsweise: Freistellung durch GVOen

- 28 Preisfestsetzungen gehören gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a) bzw. Abs. 2 lit. a) TT-GVO und Art. 4 lit. a) V-GVO⁸⁶ zu den Kernbeschränkungen. Teleologisch sollen aber auch diese Freistellungsansnahmen gerade wettbewerbsschädliche Beschränkungen verhindern, nicht wettbewerbsförderliche Gebührenverbote beseitigen.⁸⁷ Deswegen hinderten diese Kernbeschränkungen eine Freistellung nicht. Zudem bleibt darauf hinzuweisen, dass zwischen Nicht-Wettbewerbern, wie etwa Entwicklern und Distributoren, zumindest Höchstpreisfestsetzungen gestattet sind.

3. Zwischenergebnis

- 29 Betrachtet man das Lizenzgebührenverbot isoliert und im Hinblick auf Distributoren – und nicht in unmittelbarem Wirkungszusammenhang mit dem Copyleft-Effekt –, ist es als kartellrechtlich unbedenklich und sogar wettbewerbsfördernd zu bewerten, wird doch dadurch ein (Informations-)Gut zur Verfügung gestellt, das beliebig⁸⁸, auch von jedem, transferiert und angeboten werden darf.

II. Beurteilung des Copyleft

1. Negative Wettbewerbseffekte nach Art. 101 Abs. 1 AEU (ex Art. 81 EGV)

- 30 Wie dargelegt sind Programme, die auf OSS oder -code und solchen Copyleft-Lizenzen wesentlich basieren bzw. nicht unabhängig ausführbar sind, aufgrund der Verpflichtung für den Fortentwickler bei nicht bloß internem Gebrauch auch unter die betreffende Copyleft-Lizenz (bspw. die GNU GPL) zu stellen und anzubieten, wodurch wiederum Lizenzgebühren verhindert werden und der Quellcode bekannt wird. Es ist zu überlegen,⁸⁹ ob nicht dadurch die Amortisierung der zu diesem Programm notwendigen Arbeiten eingeschränkt und behindert und dadurch (potentieller) Wettbewerb verringert wird und deswegen ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 b) a.E. AEU bzw. § 1 GWB vorliegt.

- 31 Wenn sich nämlich der „virale Effekt“ auswirkt, kann durch das Zusammenwirken von Copyleft und das durch OS implementierte Gebührenverbot für das Programm als solches kein Geld⁹⁰ auf dem Markt akquiriert werden. Ferner wird durch die oktroyierte Lizenzerteilung – unter Vorbehalt der bloß internen Nutzung – das neue Programm allen umfassend bekannt und für diese auch „frei“ zum Gebrauch und zur Vervielfältigung.⁹¹ Dem gegenüber kann auch nicht eingewandt werden, dass der Aufbau auf OSS freiwillig geschehe, ist doch die Freiwilligkeit im Rahmen des Art. 101 gerade der Normalfall.⁹² Ergänzend ist zu erwägen, dass diese Umstände anfangs nicht seitens der hinzutretenden Entwickler bedacht werden, die frei angebotene Entwicklungsgrundlage zu verheißungsvoll erscheint oder das Risiko einer „Infizierung“ nicht überblickt wird.⁹³

- 32 Dabei können unzweifelhaft in „abhängige“ Fortentwicklungen erhebliche Mittel investiert werden: Der Umbau einer Kirche in eine Kathedrale etwa ist ebenfalls mühsamer als der Neubau eines Fertighauses. Somit führt diese „geschenkte“ Software dazu, dass möglicherweise viel wertvollere aufbauende Arbeiten erneut „verschenkt“ werden müssen.⁹⁴ Somit wird ein Marktakteur in Gestalt des Entwicklers dadurch behindert und als potentieller Anbieter von Software ggf. sogar verhindert.⁹⁵ Dies wirkt sich folglich negativ auf den Wettbewerb und Investitionen aus. Deswegen ist dem Copyleft oftmals ein inhärenter negativer Wettbewerbseffekt anzulasten und ist deswegen als Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 AEU zu klassifizieren.

2. Freistellung durch GVOen

a. TT-GVO

- 33 Bei Programmfortschreibungen ist die TT-GVO in Anbetracht des vorherig Geschriebenen lediglich bei zwei beteiligten Unternehmen anwendbar. Neben der Wahrung der Marktanteilsschwellen⁹⁶ darf darüber hinaus keine Kernbeschränkung als Freistellungshindernis entgegenstehen. Sofern ein Wettbewerbsverhältnis vorliegt, ist die Liste des Art. 4 Abs. 1 TT-GVO einschlägig, ansonsten die des Art. 4 Abs. 2. Entsprechend sind nicht freigestellte Klauseln nach Art. 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 zu analysieren. Verstöße gegen Art. 5 wirken sich jedoch nicht auf die gesamte

Vereinbarung, sondern lediglich auf die einzelne Klausel aus bzw. lassen nur diese nicht von der Freistellung profitieren.

aa. Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 lit. d) bzw. Art. 5 Abs. 2 TT-GVO

34 Der Lizenznehmer einer OSS-Lizenz darf nach Art. 4 Abs. 1 lit. d) bzw. Art. 5 Abs. 2 nicht gehindert werden, seine eigene Technologie zu verwerten. Wie ausführt führt der mögliche OS-Zwang durch kumulative Wirkung von Copyleft und Lizenzgebührenverbot zu einem Verwertungshindernis. Wie bereits dargelegt, wird das betroffene Unternehmen nicht in der Entwicklung oder Benutzung eingeschränkt, jedoch bei der wirtschaftlichen Verwertung.

35 Diese Nicht-Freistellungsbeschränkung soll jedoch restriktiv angewandt werden – und zwar dergestalt, dass eine Freistellung nur unterbleiben soll, wenn der Akteur gehindert wird, eigene, vollständig abtrennbare oder eigenständige, konkurrierende Technologie einzusetzen.⁹⁷ Da es sich bei OSS selten um komplett eigenständige Entwicklungen handelt und zumal der „virale Effekt“ dann nicht griffe, steht diese Kernbeschränkung Freistellungen nicht entgegen.

bb. Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 lit. c) bzw. Abs. 2 lit. b) TT-GVO

36 Aus anderer Perspektive betrachtet, ist die „Flucht in die interne Nutzung“, um eben die Offenlegungspflicht zu verhindern, auch als Kundenbeschränkung erachtbar – nämlich als Kundenbeschränkung auf Null bzw. niemanden. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) vi bzw. Abs. 2 lit. b) iii ist eine solche aber gleichwohl freigestellt, sofern sich die „Kundenkreisbeschränkung“ auf die bloß unternehmensinterne Nutzung begrenzt. Daher steht dieses einer Freistellung nicht entgegen.

cc. Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a), b) TT-GVO

37 Der Lizenznehmer darf nicht dazu verpflichtet werden, Exklusivlizenzen für seine abtrennbare Verbesserung zu gewähren. Ungeachtet der Frage, wann eine solche abtrennbare Verbesserung nach Art. 1 Abs. 1 lit. n) TT-GVO vorliegt, ist festzuhalten, dass die OSS-Lizenz an „jedermann“ ohnehin nur eine einfache Lizenz darstellt.⁹⁸

b. FuE-GVO

38 Die FuE-GVO ist – wie dargelegt – höchstens in Fällen gemeinsamer Entwicklung anwendbar und sofern sich durch diese Kooperation nicht ein neues Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEU konstituiert. Abgesehen vom Verbot – nicht einschlägiger – Preisfestsetzungen nach Art. 5 Abs. 1 lit. d) hinderte die FuE-GVO Freistellungen ansonsten nicht.

c. V-GVO

39 Die weitgehend lediglich Vertriebskonstellationen begünstigende VGO enthält keine besonderen, einschlägigen Kernbeschränkungen als Freistellungshindernisse.

d. Zwischenergebnis

40 Die TT-GVO nimmt zwar Software ausdrücklich in ihren Anwendungsbereich auf, enthält aber – wie auch die begleitenden Leitlinien – keine speziellen Anforderungen. Die allgemeinen Kernbeschränkungen passieren OS-Lizenzen in der Regel.

3. Freistellung durch Art. 101 Abs. 3 AEU in sonstigen Fällen

41 Primär wenn die Marktanteilsschwellen überschritten sind oder eine GVO aus anderweitigen Gründen – insbesondere der fehlenden Anwendungsmöglichkeit – nicht zur Freistellung führt, sind Freistellungen nach Art. 101 Abs. 3 AEU zu untersuchen. Allein aus einer prinzipiellen OS-Freundlichkeit der Europäischen Gemeinschaften⁹⁹ kann dieses nicht hergeleitet werden. Hingegen daraus, dass oftmals nur durch OS Wettbewerb gegen etablierte Produkte und Entwickler entsteht, OS in aller Regel zu kostenlosen oder zumindest günstigeren und oftmals auch sicheren Produkten für Konsumenten führt. Denn dies sind Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3. Auch der technologische Fortschritt kann durch ständig neue und bessere Programme als erfüllt angesehen werden. Allgemein hat die Verteilung von Technologie positive Effekte – nicht nur, wenn etwa wie bei Technologiegemeinschaften („pools“) oder Kreuzlizenzierung die Technologiebe-

nutzung allgemein erweitert wird.¹⁰⁰ Jedenfalls entsteht durch OS ein ungemein produktives „Netzwerk“¹⁰¹ und mehr Personen bzw. Unternehmen können auf dieser Basis entwickeln.¹⁰²

- 42 Nach Art. 101 Abs. 3 lit. a) müssen die Beschränkungen durch OSS-Lizenzen aber auch unerlässlich sein. Ohne das Copyleft, den viralen Effekt, würden Anschlussentwicklungen der breiten Allgemeinheit von Entwicklern und Verbrauchern jedoch verloren gehen und vermutlich neue proprietäre Software entstehen oder eben solche Teile und Vorversionen gar nicht samt Quellcode veröffentlicht werden. Zudem bietet das „Copyleft“ allgemein einen großen Beteiligungsanreiz.¹⁰³ Deswegen sind solche Bedingungen der Überlassung bzw. Lizenzierung als unerlässlich anzusehen. Freistellungen nach Abs. 3 sind daher in aller Regel geboten bzw. gegeben.

E. Zusammenfassung und schlussbemerkung

- 43 OS-Lizenzmodelle sind im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 AEU sowie Art. 1 GWB keinesfalls immer absolut unbedenklich, doch sollten die Nachteile in aller Regel aufgewogen werden – also solche Vereinbarungen freistellungsfähig zumindest nach Art. 101 Abs. 3 AEU oder § 2 GWB sein: Der Copyleft-Effekt führt regelmäßig zu einer umfassenden Teil-

habe und sogar zu gesteigerten Markteintrittschancen. Insgesamt sind die verbreiteten OS-Lizenzmodelle somit im Groben nicht nur mit dem allgemeinen Vertragsrecht und dem Urheberrecht vereinbar, sondern auch mit den kartellrechtlichen Vorgaben.¹⁰⁴ Dabei ist die Analyse bei OSS aufgrund der zahlreichen möglichen Akteure aus ggf. allen möglichen Staaten oftmals besonders komplex und vielschichtig.

- 44 Um die Frage der Anwendbarkeit der TT-GVO und das Tatbestandsmerkmal „Produkt“ wird nach wie vor gerungen. Nur ein restriktiver Ansatz kann jedoch ökonomisch gerechtfertigt sein und den Anforderungen des Technologietransfers gerecht werden. Allerdings ist die Anwendbarkeit der TT-GVO bei OSS oftmals ohnehin durch ihre bipolare Begrenztheit ausgeschlossen, hingegen ist die V-GVO zumindest bei Datenträgern anwendbar. Sind die Anwendungsvoraussetzungen jedoch erfüllt, kann von einer Freistellung durch GVOen regelmäßig abgesehen werden.

- 45 Für GVO-Analogien oder andere Ausweitungen besteht kein Anlass, zumal die GVOen auch aufgrund des Problems der Marktanteilsberechnung¹⁰⁵ ohnehin kaum einen „sicheren Hafen“ darstellen. Gerade ein „more economic approach“ sollte sich ohnehin auf eine Einzelfallanalyse verlassen, denn auf

fragwürdige, schematisch festgelegte Negativklausellisten und fragwürdige Erläuterungen in Leitlinien.

* Der Autor dankt Prof. Dr. Axel Metzger, LL.M. (Harvard) für Anregungen und Kritik zu diesem Beitrag.

¹ Vgl. zur Entwicklungsgeschichte *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 13 ff.

² Abgesehen von MAC OS für Macintosh-Computer, auf welchen tlw. auch Betriebssysteme für IBM-kompatible Computer ausgeführt werden können.

³ Etwa *Koch*, CR 2000, S. 333 ff. (insbes. S. 341 ff.).

⁴ So schon *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 330 Fn. 842. Eine der wenigen Ausnahmen: *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich* in: *Ullrich/Lejeune* (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 865 ff.

⁵ Im Sinne der Legalausnahme bedarf es keiner Freistellungserklärung mehr – dazu s. B.

⁶ <http://www.opensource.org/docs/osd>.

⁷ In den Grenzen der jeweils gewährten Lizenz.

- ⁸ Zu betonen ist dabei, dass auch bei ausgelieferter Software in aller Regel nur der Objektcode einsehbar ist, der wirtschaftlich bedeutsame Quellcode dabei in aller Regel also geheim bleiben kann, soweit er nicht durch Dekompilierung usf. kenntlich gemacht wird.
- ⁹ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 3 – dabei primär die rechtlichen Unterschiede betonend. Vgl. auch *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 900.
- ¹⁰ Auf die Diskussion, was ein Lizenzvertrag ist, wird hier bewusst mangels Relevanz verzichtet. Damit wird die Gesamtheit der Gestattungen der Softwarenutzung bezeichnet.
- ¹¹ Aus dem Jahr 2007, abrufbar etwa unter <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>. Sie stimmt in den zugrunde liegenden Prinzipien überein mit v2 <http://www.gnu.org/licenses/gpl-2.0.html>; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 953; *Funk/Zeifang* CR 2007, S. 622 (bzgl. des viralen Effekts als sehr ähnlich betrachtend); diff., die Änderungen weitgehend begrüßend *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, S. 130 ff.
- ¹² Schwächer als in der GPL etwa in der zugehörigen, ebenfalls die dritte Version zählende L(esser)GPL: <http://www.gnu.org/licenses/lgpl-3.0.html>. Dazu auch *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 81 ff. (zu „beschränktem“ Copyleft), 98 ff. (ohne Copyleft).
- ¹³ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 5 f., 45 ff. („zentrale Vorschrift der GPL“); *Metzger*, Innovation in der Open Source Community, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), 2008, S. 188 ff.; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 919 („wesensprägend“); *Teupen*, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht, 2007, S. 56 f.
- ¹⁴ „The output from running a covered work is covered by this License only if the output, given its content, constitutes a covered work.“ (Sec. 2 S. 3 GNU GPL v3); „You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program (...) provided that you also meet all of these conditions: (...) b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License. (...) c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. (...)“ (Sec. 5). Vgl. Sec 2 GNU GPL v2.
- ¹⁵ Vgl. Sec. 2 S. 5 ff. GNU GPL v3.
- ¹⁶ Etwa *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 96 ff. Oder auch als „Schneeballsystem“ – *Heussen*, MMR 2004, S. 446. Als assimilierende „Borg“ bei *Hawkins*, Netnomics 6/2004, S. 107.
- ¹⁷ http://www.theregister.co.uk/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/.
- ¹⁸ Dazu *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 47 ff.; *Jaeger*, in: ifrOSS (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziff. 2 GNU GPL, Rdnr. 15 ff.; *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, S. 135 f.; äußerst kritisch zu den Formulierungen der GPL v3 *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 958 ff.; ähnlich *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 87 ff.; vgl. *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 2 f., 10 f., 96 ff. (insbes. S. 120-164); *Funk/Zeifang*, CR 2007, S. 618 ff. (dabei GNU GPL v2 u. v3 vergleichend).
- ¹⁹ *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 112 ff., 171, vgl. S. 166 ff. u. zur v3 S. 182 ff. (insbes. 184).
- ²⁰ Ohne Positionierung mit Verweis auf Wegweisung durch die Rspr. *Jaeger*, in: ifrOSS (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziff. 2 GNU GPL, Rdnr. 18.
- ²¹ Krit. *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 113 Fn. 463.
- ²² Im Gegensatz zur Freeware. Teilweise wird auch OSS als „free“ bezeichnet; etwa auch seitens der FSF (<fsf.org>: „we call this software free, because the user is free“), welche als freie Software solche proklamiert, die frei hinsichtlich des Verbreitens, des Erforschens und des Modifizierens ist. In der Präambel der GNU GPL v3 heißt es: „When we speak of free software, we are referring to freedom, not price.“ Freeware hingegen ist in aller Regel nicht „open“, sondern lediglich kostenlos.
- ²³ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 4; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, 5. Aufl. 2009, Rdnr. 903.

- ²⁴ „You may not impose a license fee“ (Sec. 10 GNU GPL v3). Kosten dürfen nicht für die Lizenz und in aller Regel auch nicht für den Quellcode entstehen („no charge“ – Sec. 6 GNU GPL v3), aber für die Zugänglichmachung einschl. Mietkosten (dazu *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 30) – vgl. *Koglin*, in *ifrOSS* (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziff. 1 GNU GPL, Rdnr. 49 ff. Der amerikanischen Herkunft und dem damit verbundenen Rechtsverständnis ist es geschuldet, dass über eine „Sache“ Software (vgl. etwa *Hoeren*, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, *passim*) keine Aussage getroffen wird, doch ist fraglich, was eine solche neben Nutzungsrecht und Datenträger oder -übermittlung noch sein sollte.
- ²⁵ Einschl. Anpassungen, Parameterkonfiguration usw.
- ²⁶ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 39 f., 18 ff.; *Koglin*, in: *ifrOSS* (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziff. 1 GNU GPL, Rdnr. 49 ff.
- ²⁷ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 40; *Koglin*, in *ifrOSS* (Hrsg.), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziff. 1 GNU GPL, Rdnr. 57.
- ²⁸ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 17, 18 ff.
- ²⁹ Besonders etwa dann, wenn über OS-Betriebssysteme eigene Märkte für Anwendungsprogramme definiert werden oder ein Markt nur für bestimmte OS-Betriebssysteme umrahmt wird.
- ³⁰ Zum Verhältnis der Rechtsmaterien untereinander etwa *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich* in: *Ullrich/Lejeune* (Hrsg.), Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 758 f.
- ³¹ S. Art. 1 Abs. 2, ABl. 2003/L1.
- ³² „De minimis“, ABl. 2001/C368/13.
- ³³ Die Unklarheiten dieser Lehre beruhen gerade darauf, dass sich die herkömmliche Dichotomie von Bestand und Ausübung auch aus der Differenzierung zwischen nationalen Schutzrechten und europäischen Wettbewerbsregeln ergibt, welche mittlerweile insbesondere durch Art. 118 AEU in Zweifel zuziehen ist und bereits zuvor durch harmonisierende Richtlinien zu Urheberrechten und verwandten Schutzrechten ausgehöhlt wurde.
- ³⁴ Etwa durch die Computerprogramm-Richtlinie (2009/24/EG, ABl. 2009/L111/16) oder das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ).
- ³⁵ *Immenga/Mestmäcker/Ullrich*, EG/2, 4. Aufl. 2007, GRUR A Rdnr. 51 ff., B Rdnr. 13 f.
- ³⁶ Nach dieser Farbenlehre sind weiße unbedenkliche, schwarze zur Nichtigkeit führende und graue solche, bei denen nicht die gesamte Vereinbarung nichtig ist, sondern nur die jeweilige Klausel.
- ³⁷ Vgl. *Lehmann*, CR 1990, S. 701 f.; *Moritz*, CR 1993, S. 263, S. 347; *Vinje*, CR 1993, S. 403; *Nordmeyer*, GRUR-Int. 2010, im Ersch.; a.A: wohl *Sucker*, CR 1989, S. 469; *Bödeker*, Die kartellrechtliche Bewertung von Softwareüberlassungsverträgen, 2008, S. 264 ff. nimmt zwar grds. illegale Klauseln an, verneint aber weitgehend relevante schädliche Markteffekte. Zu „Gebrauchsoftware“ bzgl. Art. 82 EGV bzw. Art. 102 AEU *Herzog*, Handel mit gebrauchter Software, 2009, S. 128 ff. für eine allg. Zustimmungspflicht bei angestrebter Weiterübertragung, dagegen *Nordmeyer*, GRUR-Int. 2010, im Ersch.
- ³⁸ Diese rechtslogische Selbstverständlichkeit statuiert bzw. deklariert Art. 2 TT-GVO.
- ³⁹ Ausnahmsweise kann die Kommission die Freistellung gem. Art. 6 TT-GVO im Einzelfall entziehen.
- ⁴⁰ Insbesondere im Falle mehrpolarer Vereinbarungen – siehe II 1.
- ⁴¹ S. TT-Leitl. (ABl. 2004/C101/02), Tz. 40, 51 f.
- ⁴² Vielmehr handelt es sich oftmals um bewusste Regelungslücken aufgrund (bekannter) fehlender Ermächtigung.
- ⁴³ Insbesondere die Anwendung der TT-GVO in Fällen der bloßen Lizenzierung von Musik- und Filmwerken scheidet offensichtlich an dem Vergleich von Technologiesgütern und damit verbundenen Fortschrittserwartungen mit bloßer Kosumgüterverbreitung.

- ⁴⁴ Das Ergebnis wäre eine Systemumkehrung: Vieles, was eine GVO nicht explizit nicht freistellt, wäre dann dennoch als freigestellt zu behandeln bzw. mangels Hinderungsgründen akzeptiert.
- ⁴⁵ *Wissel/Eickhoff*, WuW 2004, S. 1246 f.
- ⁴⁶ *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich* in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 779 f.; noch vom Entwurf der TT-GVO ausgehend restriktiv *Scholz/Wagener*, CR 2003, S. 885; weiter *Wandtke/Bullinger/Grützmaker*, 3. Aufl. 2009, § 69d UrhG Rdnr. 46; a. A. wohl *Schultze/Pautke/Wagener*, *Die GVO-TT*, 2005, Rdnr. 408 ff.; *Zöttl*, WRP 2005, S. 35; zumindest analog *Klawitter* in *Wiedemann*, Hb 2008, § 13 Rdnr. 54 f.; Downloadmöglichkeiten als Dienstleistung und somit als Produkt qualifizierend *Batchelor*, CTLR 2004, S. 167. Tlw. wird danach differenziert, ob der Lizenznehmer selbst vervielfältigt (angebliches Produkt) oder nur vertreibt.
- ⁴⁷ *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 784 ff.; vgl. *Immenga/Mestmäcker/Fuchs*, EG/1, 4. Aufl. 2007, TT-GVO Rdnr. 180.
- ⁴⁸ *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 331.
- ⁴⁹ Wie etwa durch Sec. 4 ff. GNU GPL v3 statuiert. Vgl. *Koglin*, *Opensourcerecht*, 2007, S. 201 ff.
- ⁵⁰ So fordert *Hirsch/Montag/Säcker/Röhling*, MünchKomm EG-WettbR 2007, Art. 1 TT-GVO Rdnr. 10, eine Erahnbarkeit für die beteiligten Unternehmen.
- ⁵¹ S. dazu unter C.
- ⁵² Gerade die GNU GPL schließt Sublizenzierungen aus (s. etwa Sec. 4 GNU GPL v2; Sec. 2 S. 9 GNU GPL v3, vgl. Sec. 10), anders hingegen etwa CPL (Common Public License), EPL (Common Public License) und Apache.
- ⁵³ Unbeachtet kann hier bleiben, dass die OSS-Lizenzen oftmals nicht einschlägig sind bzw. abgeschlossen werden, wenn die Programme lediglich (im Rahmen des § 69d UrhG) genutzt werden – *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 177; *Schäfer*, *Der virale Effekt*, 2007, S. 42 ff.
- ⁵⁴ *Schultze/Pautke/Wagener*, *Die GVO-TT*, 2005, Rdnr. 349 ff.
- ⁵⁵ Durch die sich ggf. ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts konstituieren kann – vgl. unter C.
- ⁵⁶ Krit. u. diff. *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 787 ff.
- ⁵⁷ Vertikal-Leitl. (ABl. 2000/C291/01), Tz. 40. Dabei ist gleichwohl zweifelhaft, wie die Kommission „shrink wrap“ im Allgemeinen mit Art. 5 I der Computerprogramm-Richtlinie vereinbaren kann.
- ⁵⁸ Pauschal für die Anwendbarkeit der V-GVO ohne weitere Begründung *Heath*, in: *Spindler* (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, 2003, G Rdnr. 9.
- ⁵⁹ Dazu unter C.
- ⁶⁰ *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 126; *Spindler/Wiebe*, CR 2003, S. 873. Vgl. im Allgemeinen auch *Sahin/Haines*, CR 2005, S. 242 ff.
- ⁶¹ Nach dem Entwurf begrenzt sich ihr Anwendungsbereich weiterhin auf Waren und Dienstleistungen, die nicht überwiegend mit der Übertragung von Immaterialgütern einhergehen. S. dazu http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/index.html.
- ⁶² In dem Katalog dieser sind niederzuschreiben die zivilrechtliche Nichtigkeit der Vereinbarung (Art. 101 Abs. 2 AEU) als auch die behördlichen Bußgelder sowie weitere Maßnahmen als auch zivilrechtliche Schadensersatzforderungen.
- ⁶³ *Metzger/Jaeger*, GRUR-Int. 1999, S. 840: „kommerziell arbeitende Firmen“.
- ⁶⁴ Oder auch im Wege des „dual licensing“ unter mehreren Lizenzmodellen.

- ⁶⁵ Dazu *Raymond* <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/>.
- ⁶⁶ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 191 ff.; *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 17.
- ⁶⁷ In dem Fall ist es die FSF (Free Software Foundation), welche als „License Steward“ auch eine Sonderrolle hinsichtlich der Formulierung neuer Versionen einnimmt.
- ⁶⁸ Etwa aus Münchener Vertragshandbüchern oder vergleichbaren Büchern oder Datenwerken.
- ⁶⁹ Zur Rolle der FSF (Free Software Foundation) und L. Torvalds *Koch*, CR 2000, S. 342 f. als „Konditionenkartell“. Gerade erstgenannte bietet allerdings auch eigene Programme unter dieser Lizenz an (vgl. preamble GNU GPL v3).
- ⁷⁰ Lediglich grds. für Heranziehung ansonsten unbestimmter „developer communities“ *Välimäki*, ECLR 2006, S. 130, welches er (Fn. 2) auf *EuGH*, Urt. v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 (Höfer u. Elser/Macrotron) stützt, in welchem Fall die Bundesanstalt für Arbeit als Unternehmen qualifiziert worden ist, in Tz. 2 des Urteils aber auch eine sehr weite Anwendbarkeit dargelegt wird.
- ⁷¹ „Kernteam“ bei *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 877; „core teams“ bei *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 21 f. S. auch *Metzger* http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/Materialien/Metzger/Publikationen/Metzger-VomEinzelurheberzuTeams%20und-Netzwerken2010.pdf (im Ersch.), S. 11; *Rossi*, in: Bitzer/Schröder (Hrsg.), The Economics of Open Source Software development, 2006, S. 30 ff.; *Xu/Christley/Madey*, in: Bitzer/Schröder (Hrsg.), The Economics of Open Source Software development, 2006, S. 254 ff.
- ⁷² Allg. *Immenga/Mestmäcker/Emmerich*, EG/1, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1 EGV Rdnr. 21 ff., 33; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 8 Rdnr. 16; im Kontext von OSS *Koch*, CR 2000, S. 341.
- ⁷³ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 199; *Teupen*, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht, 2007, S. 154 ff.; *Grützmaker*, ITRB 2002, S. 86; zu haftungsrechtlichen Fragen *Spindler*, Rechtsfragen der Open Source Software (Studie), 2003, S. 96 f.; *Spindler* in: *Spindler* (Hrsg.), Rechtsfragen bei open source, 2003, E Rdnr. 16.
- ⁷⁴ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 143 ff., 199; *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 24 ff.
- ⁷⁵ *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 146; *Koglin*, Opensourcerecht, 2007, S. 74; *Schäfer*, Der virale Effekt, 2007, S. 36.
- ⁷⁶ *Metzger* http://www.iri.uni-hannover.de/tl_files/Materialien/Metzger/Publikationen/Metzger-VomEinzelurheberzuTeams%20undNetzwerken2010.pdf (im Ersch.), S. 10.
- ⁷⁷ Vgl. <http://www.apache.org/foundation/how-it-works.html#meritocracy> zu Kooptation.
- ⁷⁸ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Linux-Kernel-2-6-32-freigegeben-870889.html>.
- ⁷⁹ Dazu aus der Präambel der GNU GPL v3: „For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must pass on to the recipients the same freedoms that you received. 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.“
- ⁸⁰ Siehe A. II.
- ⁸¹ „Can be seen“ bei *Välimäki*, ECLR 2006, S. 132.
- ⁸² *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 334 (dort erörtert im Rahmen der TT-GVO); *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), Der Internationale Softwarevertrag, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 870 f.; im Kern so bereits *Koch*, CR 2000, S. 343; im Ergebnis ebenso *Välimäki*, ECLR 2006, S. 132; *Bond*, 104 Mich. L. Rev., S. 554 ff., insbes. noch 565 f. (2005).
- ⁸³ Den „Infizierten“ kann es dabei vorbehalten bleiben, die Software ergänzend unter weiteren Lizenzen zu verbreiten (Stichwort: dual licensing).

- ⁸⁴ Hingegen ist es verfehlt, die kostenlose Verbreitung grds. als freiwilligen Akt der Entwickler zu betrachten – so jedoch *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 869.
- ⁸⁵ In den USA versuchte um 2006 ein Entwickler gegen diese Preisfestsetzungen vorzugehen; in einer Reihe von Verfahren ging er u.a. gegen die FSF und etwa IBM erfolglos vor – <http://sco.tuxrocks.com/?Case=Wallace>. Er selbst jedenfalls partizipierte nicht an OSS, sondern sah sich durch die OSS am Markt gehindert, eigene (proprietäre) Programme zu entwickeln und anzubieten, da die OSS-„conspiracy“ durch ihre kostenlosen Programme Wettbewerb verhindere. Richter *Young* lehnte mit einem „quick look“ diese Klage ab und meinte abschließend: „GPL and open-source software has nothing to fear from antitrust laws“ (*US Court of Appeals for the 7th Circuit, Wallace vs. IBM/Red Hat/Novell*, No. 06-2454, S. 6).
- ⁸⁶ Wie auch Art. 5 Abs. 1 lit. d) FuE-GVO und Art. 5 Abs. 1 lit. a) S-GVO.
- ⁸⁷ *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 334 (dort erörtert im Rahmen der TT-GVO). A.A. *Heath*, in: *Spindler* (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, 2003, G Rdnr. 9.
- ⁸⁸ Im Rahmen der Lizenzauflagen.
- ⁸⁹ Ohne exakte Festlesung, insg. aber wohl tendentiell gegen die Annahme eines Verstoßes wider Art. 81 Abs. 1 (bzw. 101 Abs. 1) *Välimäki*, ECLR 2006, S. 130 ff. (insbes. 131 f., 132).
- ⁹⁰ Vgl. *Bond*, 104 Mich. L. Rev., S. 568 f. (2005).
- ⁹¹ *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune (Hrsg.), *Der Internationale Softwarevertrag*, 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 872 ff. konzentrieren sich bei der kartellrechtlichen Untersuchung auf das Gebot der Quellcodebekanntgabe und lehnen einen Kartellrechtsverstoß im Ergebnis ab.
- ⁹² Der Kontrapunkt dazu bilden die Lizenzverweigerungen, denen Art. 102 AEU (ex Art. 82 EGV) über Pflicht- bzw. sog. Zwangslizenzen zu begegnen sucht.
- ⁹³ *Wuermeling/Deike*, CR 2003, S. 88 ff. (auch aufgrund unklarer Kriterien in den Lizenztexten), vgl. *Brügge/Harhoff/Picot/u.a.*, *Open-Source-Software – Eine ökonomische und technische Analyse*, 2004, S. 105 f. Aus anderer Sicht die möglichen positiven Effekte für Unternehmen, Software als OS zur Verfügung zu stellen, um damit durch freiwillige Helfer im Rahmen der Codepflege zu profitieren: *Hawkins*, *Netnomics* 6/2004, S. 106 ff. (insbes. auch S. 111 f. zu den Vor- und Nachteilen für Unternehmen bei viralen Lizenzen).
- ⁹⁴ Zur Anwendung des Schenkungsrechts: *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 205 ff.
- ⁹⁵ *Koch*, CR 2000, S. 344 sieht zumindest keine unzulässige Vertriebsbindung darin, da „alle“ daran gebunden seien.
- ⁹⁶ Art. 3 TT-GVO.
- ⁹⁷ TT-Leitl. (Abl. 2004/C101/02), Tz. 95; *Schultze/Pautke/Wagener*, *Die GVO-TT*, 2005, Rdnr. 669 f., 673.
- ⁹⁸ *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 335; *Konrad/Timm-Goltzsch/Ullrich*, in: Ullrich/Lejeune, *Der Internationale Softwarevertrag* (Hrsg.), 2. Aufl. 2006, I Rdnr. 876; *Välimäki*, ECLR 2006, S. 133. Es sei denn nicht die GNU GPL, sondern „Lizenzen mit Sonderrechten“ – also einer verstärkten, diskriminierenden Rücklizenzierung (grant back) zu Gunsten der Ursprungsunternehmen – finden Verwendung; vgl. *Jaeger/Metzger*, *Open Source Software*, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 113.
- ⁹⁹ <http://www.osor.eu/eupl>.
- ¹⁰⁰ Vgl. Dazu bereits US-Antitrust Guidelines for the Licensing of IP, 1995, 5.5 (S. 29).
- ¹⁰¹ Vgl. *Välimäki*, ECLR 2006, S. 131; *Bond*, 104 Mich. L. Rev., S. 558 ff. (2005).
- ¹⁰² *Bond*, 104 Mich. L. Rev., S. 566, 569 (2005) („barriers to entry“); *Grützmacher*, ITRB 2002, S. 85; *Brügge/Harhoff/Picot/u.a.*, *Open-Source-Software – Eine ökonomische und technische Analyse*, 2004, S. 103 f., 165 ff.; *Bitzer/Schröder*, in: *Bitzer/Schröder* (Hrsg.), *The Economics of Open Source Software development*, 2006, S. 220 ff. (mit möglichen anderen Nachteilen auf S. 230 ff., welche sich überwiegend aus der ggf. „zerstreuten“ Organisation ergeben kön-

nen); u.a. mit dem Aspekt, dass OSS zumindest gleichwertig oder gar besser sei *Mundhenke*, Wettbewerbswirkungen von Open-Source-Software und offenen Standards auf Softwaremärkte, 2007, S. 223 ff.

- ¹⁰³ Vgl. *Metzger*, Innovation in der Open Source Community, in: *Eifert/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), 2008, S. 204 f unter Zugrundelegung eines *do ut des*-Gedankens.
- ¹⁰⁴ Die Frage nach möglichen Implikationen im Rahmen des Art. 102 AEU wird erst dann relevant, wenn Unternehmen über eine entsprechende Marktstellung verfügen (vgl. *Koch*, CR 2000, S. 344), was wiederum von der Methode der Marktdefinition abhängt. Eine Frage, welche sich dann stellt, ist, ob die Unternehmen ggf. verpflichtet werden können – wie MICROSOFT – Schnittstelleninformationen oder Code im Rahmen einer Zwangs- bzw. Pflichtlizenz herauszugeben, die nicht „viral“ zu OS führt. Diesbezüglich sei auf *Välimäki*, ECLR 2006, S. 133 ff. verwiesen. Wie OSS auch seitens marktstarker Unternehmen gegen (potentielle) Wettbewerber eingesetzt werden kann, zeigt *Raymond*, *The Cathedral & the Bazaar*, 2001, S. 146 ff. auf. Dass virale Effekte aber auch ohne beherrschende Stellungen genutzt werden können, um den Wettbewerb negativ zu beeinflussen, verdeutlichen bereits insbesondere bestimmte, nicht bloß „einfache“ Rücklizenzierungsvereinbarungen (s. dazu Endnote 98 dieses Textes).
- ¹⁰⁵ Einerseits die Schwierigkeit, Märkte „richtig“ zu definieren, andererseits, die Anteile und insbesondere die – schwankenden – Verkaufszahlen konkurrierender Anbieter zu erfassen; vgl. *Schultze/Pautke/Wagener*, Die GVO-TT, 2005, Rdnr. 440; *Wissel/Eickhoff*, WuW 2004, S. 1248 f.; *Schumacher/Schmid*, GRUR 2006, S. 10.