

Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann

V&R Academic

Schriften zum deutschen und
internationalen Persönlichkeits- und
Immaterialgüterrecht

Band 41

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

Dominik König

Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann

V&R unipress



NORMATIVE ORDERS

Exzellenzcluster an der Goethe-Universität Frankfurt am Main



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.

ISSN 2198-6398

ISBN 978-3-8471-0610-4

ISBN 978-3-8470-0610-7 (E-Book)

ISBN 978-3-7370-0610-1 (V&R eLibrary)

Weitere Ausgaben und Online-Angebote sind erhältlich unter: www.v-r.de

Diese Publikation geht hervor aus dem DFG-geförderten Exzellenzcluster »Die Herausbildung normativer Ordnungen« an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

D 30

© 2016, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen / www.v-r.de
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.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: CPI buchbuecher.de GmbH, Zum Alten Berg 24, D-96158 Birkach

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Vorwort	17
Einleitung	19
A. Gegenwärtiger Stand der Forschung	19
B. Erkenntnisinteresse der Arbeit	23
C. Gang der Untersuchung	23
Teil 1: Grundlagen und Anwendungsbereiche von Open Content	25
§ 1. Absichten und ideelle Grundlagen der Open Content-Idee	25
A. Ziele der Lizenzpromulgatoren im Laufe der Zeit	25
B. Freie Zugänglichkeit von Informationen als gemeinsame Kernidee	28
C. Beibehaltung traditioneller Strukturen von Markt und Wettbewerb	30
D. Individuelle Motivationslage der Schaffenden	31
E. Ergebnis	33
§ 2. Neuerliche Ausweitung der Anwendungsgebiete von Open Content	33
A. Open Source-Hardware	34
I. Open Source-Hardware-Lizenzen	34
II. Notwendigkeit spezieller Open Source-Hardware-Lizenzen	35
III. Fazit	36
B. Neue Herausforderungen durch die Technologie des 3D-Drucks?	37
I. Urheberrechtliche Relevanz der CAD-Datei und der Reproduktion	38
II. Relevanz gewerblicher Schutzrechte?	38
III. Fazit	39
C. Ergebnis zu § 2	39

Teil 2: Rechtliche Einordnung typischer Open Content-Lizenzverträge .	41
§ 3. Lizenzen als Dauerschuldverhältnisse oder Austauschverträge . .	42
A. Vorstellungen und Interessenlagen der Beteiligten	44
B. Leistungspflichten im Rahmen der Lizenzvereinbarungen . . .	45
C. Änderung des Pflichtenprogramms durch Copyleft-Lizenzen .	46
D. Open Content-Lizenzen als Verträge zugunsten Dritter gem.	
§ 328 BGB	48
§ 4. Schenkungsrechtlicher Charakter der Lizenzen	48
A. Entreicherung des Schenkers	49
I. Rechtliche Betrachtungsweise	49
II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	50
III. Problematik der Anrechnung von langfristig	
bereichernden Nebeneffekten	51
IV. Fazit	53
B. Unentgeltlichkeit der Bereicherung, Vergleich der Begriffe . .	53
I. Wortlaut der Linux-Klauseln?	53
II. Der schenkungsrechtliche Unentgeltlichkeitsbegriff	54
1. Erfordernis einer Konnexität zwischen Leistung und	
Gegenleistung	54
2. Anforderungen an und Bestimmung der	
Gegenleistung	55
3. Fazit	56
III. Der urheberrechtliche Begriff der »Unentgeltlichkeit« . . .	56
1. Intention des Gesetzgebers	56
2. Praktische Anwendung und Auslegung durch Gerichte	
3. Übertragbarkeit auf die Linux-Klauseln der §§ 31a ff.	
UrhG	58
4. Fazit	58
IV. Vergleich der beiden Unentgeltlichkeitsbegriffe, Fazit für	
Open Content	59
C. Einordnung von Copyleft-Lizenzen aus schenkungsrechtlicher	
Sicht	59
I. Rechtsgeschäftliche Verknüpfung zwischen Leistung und	
Gegenleistung	60
1. Synallagmatische Verknüpfung	60
2. Kausale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	
3. Konditionale Verknüpfung	63
a. Subjektiver Beurteilungsmaßstab des	
Schenkungsrechts	65
b. Grenzen des subjektiven Beurteilungsmaßstabes . . .	67
c. Fazit	68

4. Inhaltliche Beschränkung statt rechtsgeschäftlicher Verknüpfung?	69
II. Ergebnis zu C	71
§ 5. Open Content-Lizenzen als Organisationsverträge	71
A. Passende Gesellschaftsform im deutschen Recht	71
B. Qualifikation der Lizenzen als Vertrag im Sinne der §§ 705 ff. BGB	72
I. Gemeinsamer Zweck	72
II. Verpflichtung zu Beiträgen zur Förderung des gemeinsamen Zwecks	75
III. Differenzen zwischen Open Content-Lizenzen und dem gesetzlichen Leitbild der §§ 705 ff. BGB	76
1. Das gesetzliche Leitbild der §§ 705 ff. BGB	76
2. Interessenlage und Rechtsbindungswille der Teilnehmer	78
3. Die Publikumsgesellschaft als atypische BGB-Gesellschaft	78
IV. Fazit zu B	79
C. Hybride zwischen Austausch- und Organisationsvertrag: Vertragsnetzwerke	80
I. Überwindungstendenzen hinsichtlich der <i>inter partes</i> -Wirkung von Verträgen	81
II. Ergänzung und Modifikation der <i>inter partes</i> -Wirkung von Verträgen	82
III. Einordnung von Open Content-Lizenzen als Vertragsnetze	84
IV. Folgen der Einordnung von Open Content-Lizenzen als Vertragsnetze	86
Teil 3: Auswirkungen der <i>UsedSoft</i> -Urteile auf Open Content-Lizenzkonstruktionen	89
§ 6. Inhalt der <i>UsedSoft</i> -Urteile, Übertragung auf sonstige Werke gem. RL 2001/29/EG	91
A. Inhaltliche Zusammenfassung der <i>UsedSoft</i> -Rechtsprechung	92
I. Aussagen des EUGH in der Entscheidung Rs. C- 128/11 – <i>UsedSoft</i>	92
II. Ergänzung der Grundsätze im deutschen Recht durch den BGH in <i>UsedSoft II</i>	93
III. Ausweitung auf noch anzufertigende Kopien, <i>UsedSoft III</i>	94
B. Rechtsprechung zur Übertragbarkeit auf andere Werkarten	95
I. Vor <i>UsedSoft</i> : Erst-Recht-Schluss aus dem Vorlagebeschluss des BGH	95

II. Nach <i>UsedSoft</i> : Zugänglichmachung statt Verbreitung, Software als Sonderfall	96
III. Bewertung der einzelnen Positionen der Rechtsprechung	97
C. Argumentation für eine Anwendung der <i>UsedSoft</i> -Doktrin auf andere Werkarten	101
I. Argumentation basierend auf Erwägungsgrund 29 der InfoSoc-Richtlinie	101
1. Zweifel an der Bindungswirkung des Erwägungsgrundes	101
2. Inhalt des Erwägungsgrundes 29 der InfoSoc-Richtlinie	103
3. Fazit zur Argumentation auf Basis von Erwägungsgrund 29	105
II. Wirtschaftlich-technische Vergleichbarkeit der Sachverhalte	105
III. Problem der Weiterveräußerung und Erstellung unlizensierter Kopien	108
IV. Verhältnis zwischen InfoSoc-Richtlinie und Computerprogramm-Richtlinie	111
1. Richtlinie 91/250/EG als <i>lex prior</i> anstatt <i>lex specialis</i>	111
2. Richtlinie 2009/24/EG als <i>lex posterior</i> zur Richtlinie 2001/29/EG?	113
3. Fazit	114
V. Konventionsrechtliche Zulässigkeit der Übertragung auf Nicht-Softwarewerke	114
1. Wortlaut des Artikel 6 Abs. 2 WCT	115
2. Ergänzung durch die <i>Vereinbarte Erklärung der Unterzeichnerstaaten</i>	116
a. Bindungswirkung und Anwendbarkeit der <i>Verbindlichen Erklärung</i>	116
b. Wortlaut der <i>Vereinbarten Erklärung</i>	118
c. Abweichende Interpretation in anderen Mitgliedsstaaten	119
3. Fazit	121
VI. Ergebnis zur Übertragbarkeit der <i>UsedSoft</i> -Entscheidung auf der Richtlinie 2001/29/EG unterfallende Werke	121
§ 7. Übertragbarkeit der Grundsätze des <i>UsedSoft</i> -Urteils auf die Einräumung des einfachen, unentgeltlichen Nutzungsrechts für jedermann	123
A. Generelle Disponibilität des Erschöpfungsgrundsatzes	123
I. Die zwingende Natur des Erschöpfungsgrundsatzes	124

II. Konsequenz der Indisponibilität	125
III. Die Linux-Klauseln als Ausnahmeregelung	126
IV. Fazit	127
B. Unanwendbarkeit auf Open Content-Lizenzen aufgrund der Funktion der Erschöpfung?	128
I. Erschöpfung als Vehikel der Angleichung von sachen- und urheberrechtlicher Verkehrsfähigkeit	128
1. Nicht-Exklusivität als <i>conditio sine qua non</i> der digitalen Allmende	129
2. Fazit	130
II. Die Erschöpfung zur Verhinderung mehrfacher Vergütung	131
1. Subjektive Gegenleistungserwartungen in Open Content-Lizenzen	131
2. Objektiver Maßstab der Rechtsprechung	133
3. Fazit	135
III. Die Erschöpfung als Notwendigkeit des europäischen Binnenmarktes	135
C. Fazit zu § 7	137
§ 8. Konsequenzen der unkörperlichen Erschöpfung für Open Content	137
A. Direkte Wirkung der unkörperlichen Erschöpfung	137
I. Reichweite der Erschöpfung und Umfang der übertragenen Rechte	138
1. Abkehr von der inhaltlichen beschränkten Erschöpfung	139
2. Konservierung von Nutzungsbeschränkungen entlang der Veräußerungskette	140
a. Bisherige Dogmatik im Rahmen des § 69d Abs. 1 UrhG	140
b. Änderung der Dogmatik in <i>UsedSoft II</i>	141
c. Beurteilung der Änderung in der Dogmatik durch <i>UsedSoft II</i>	142
3. Übertragung der Dogmatik auf Open Content-Lizenzen	144
II. Fazit	145
B. Konsequenzen für Direktlizenzierungsklauseln in den Lizenzen	146
I. Urteil des OLG Stuttgart zur Wirksamkeit von Veräußerungsverboten	148
II. Urteil des LG Hamburg zur unkörperlichen Erschöpfung als Grundgedanke des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG	151

III. Ergänzung und Modifikation durch den BGH: <i>UsedSoft II</i>	153
IV. Zwischenergebnis unter Berücksichtigung der Rechtsprechung	154
V. Einfluss des § 34 Abs. 1 UrhG auf das Vertragsleitbild bei Werkweitergabe	154
1. Inhalt des § 34 Abs. 1 UrhG, Konsequenzen für die Erschöpfungslehre	155
2. Ausstrahlung des § 34 Abs. 1 UrhG auf das Vertragsleitbild?	156
3. Reichweite einer Wirkung des § 34 Abs. 1 UrhG	156
4. Verhältnis des § 34 Abs. 1 UrhG zum Grundsatz der Erschöpfung bei Ermittlung des Vertragsleitbildes	157
a. Absoluter Vorrang des Erschöpfungsgrundsatzes	157
b. Grundsatz der Erschöpfung als ein Wertungsgesichtspunkt unter weiteren	158
c. Vorzugswürdigkeit einer vermittelnden Ansicht	159
d. Fazit	161
5. Konsequenz des modifizierten Leitbildes auf Direktlizensierungsklauseln	162
C. Interessenabwägung bei Direktlizensierungsklauseln in Open Content-Lizenzen	162
Teil 4: Rückruf eingeräumter Nutzungsrechte und Widerruf des Angebots	
§ 9. Konsequenzen von Rück- und Widerruf, rechtsvergleichender Ansatz	165
A. Notwendigkeit oder Unzulässigkeit einer Reproprietarisierung von Open Content	166
I. Auswirkungen eines Rückrufs auf die Schaffungsmotivation	167
1. Argumente für negative Auswirkungen auf die Schaffungsmotivation	168
2. Argumente gegen negative Auswirkungen auf die Schaffungsmotivation	169
3. Vergleichbare Bedrohungskonstellation in der Praxis: SCO v. IBM	171
4. Abschließende Beurteilung der Auswirkungen auf die Schaffungsmotivation	172
II. Rechtliche Argumentation für und gegen einen Rückzug aus Open Content	172
III. Ergebnis	174

B. Wahl eines rechtsvergleichenden Ansatzes	174
I. Übertragbarkeit der in den USA geführten Diskussion in das deutsche Recht	175
II. Akademische Diskussion zur Natur von Open Content-Lizenzen in den USA	176
III. Entscheidung des CAFC zur Natur von Open Content-Lizenzen	178
IV. Fazit zur Übertragbarkeit US-amerikanischer Erwägungen und Ansätze	180
C. Zwischenergebnis	181
D. Möglichkeiten des Rückrufs bereits erteilter Nutzungsrechte .	182
I. Angeordnete Unwiderruflichkeit der Rechtseinräumung .	182
II. Widerruf aufgrund bisher unbekannter Nutzungsarten, § 31a UrhG	184
III. Rückruf bei Unternehmensveräußerung, § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG	185
IV. Rückruf aufgrund von Nichtausübung, § 41 Abs. 1 UrhG .	186
V. Rückruf aufgrund gewandelter Überzeugung, § 42 Abs. 1 S. 1 UrhG	187
VI. Fazit	187
§ 10. Widerruf des Angebots zur Rechtseinräumung	188
A. Regeln für die Abgabe, Zugang und Widerruf von Willenserklärungen im Internet	188
I. Die §§ 657 ff. BGB als Zugangsparadigma für <i>offertas ad</i> <i>incertas personas</i>	189
1. Anwendbarkeit über den Komplex des Zugangs hinaus	190
2. Anwendbarkeit der Grundsätze der §§ 657 ff. BGB auf zweiseitige, annahmebedürftige Rechtsgeschäfte	191
a. Systematische Auslegung der §§ 657 ff. BGB	191
b. Historische Auslegung der §§ 657 ff. BGB	192
c. <i>Bergmanns</i> Argumentation zugunsten des vertragstheoretischen Ansatzes	193
3. Fazit	194
II. Zugang des Angebots <i>ad incertas personas</i> im Internet gem. § 130 BGB	195
1. Bestimmung des Zugangszeitpunktes	196
a. Frühestmöglicher Zeitpunkt des Zugangs: Einstellen ins Internet	196
b. Eröffnung einer konkreten Bezugsmöglichkeit via Internet	197

c. Verkörperung einer Kopie des Werkes in der Sphäre des Nutzers	199
2. Fazit	199
B. Konkrete Anforderungen an einen Widerruf	200
I. Generelle Zulässigkeit eines Widerrufs bei Open Content	200
II. Privatautonomer Ausschluss der Widerruflichkeit	202
1. Unwiderruflichkeitsklauseln in Lizenztexten	202
2. Unwiderruflichkeit des Angebotes aufgrund von § 328 BGB	203
III. Unanwendbarkeit des Widerrufsrechts gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB	206
1. Behandlung der Problematik im US-amerikanischen Recht	206
2. Kritik	207
IV. Schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand des Angebots, <i>doctrine of estoppel</i>	209
1. Kritik an der Regelung in den USA	209
2. Übertragbarkeit des Vorschlags in das deutsche Recht: § 242 BGB	211
3. Fazit	212
V. Berücksichtigung des Netzwerkcharakters von Open Content	212
1. Besonderheiten bei der Auslegung von Angeboten <i>ad incertas personas</i>	212
2. Inhalt der Willenserklärung	213
3. Umstände bei Äußerung der Willenserklärung	214
4. Netzzweckkonforme Auslegung angesichts der Netzwerkumgebung	215
5. Zwischenergebnis	217
6. Problematik der Drittwirkung der Netzwerkeffekte	217
7. Auswirkungen des Netzwerkcharakters für und gegen Distributoren	219
8. Fazit zur Zulässigkeit des Widerrufs im Vertragsnetzwerk	220
Teil 5: Verlust von Rechtsinhaberschaft, Rechtszuständigkeit oder Verfügungsbefugnis	223
§ 11. Zur Unwirksamkeit der Verfügung führende Konstellationen	225
A. Verlust der Geschäftsfähigkeit nach Abgabe des Angebots, § 130 Abs. 2 BGB	225

B. Verlust der Rechtsinhaberschaft durch kollektive Rechtswahrnehmung	226
I. Richtlinie 2014/26/EU über die kollektive Rechtswahrnehmung	227
II. Reichweite des Begriffes »nicht kommerziell« bei Open Content	228
1. Strenge Auffassung des LG Köln	230
2. Kritik an der Position des LG Köln	231
3. Berufungsentscheidung des OLG Köln	232
4. Auffassung der Anwender vom Begriff der Kommerzialität	233
5. Stellungnahme	234
III. Versuch einer Konkretisierung des Kommerzialitätsbegriffs am Beispiel mittelbarer Erwerbszwecke	235
1. Maßstab der Auslegung, Open Content-Lizenzen als <i>private ordering</i>	235
2. Entwicklung von Grundsätzen auf Basis des Lizenzwortlautes	237
3. Bewertung des Anbietens von Werbeflächen anhand dieser Grundsätze	239
a. Beurteilung aus Sicht neuer Nutzer	239
b. Beurteilung aus der Perspektive bereits aktiver Teilnehmer	240
c. Formale Betrachtung des Nutzungsbegriffs	240
d. Grundsätze der <i>Internet Videorecorder</i> -Entscheidung des BGH	241
4. Abschließende Beurteilung des Begriffes <i>non</i> <i>commercial</i>	242
5. Anwendung der Grundsätze auf Streamingportale	243
IV. Kommerzialitätsbegriff in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2014/26/EU	245
V. Fazit	247
C. Kollidierende Verlags- und vergleichbare Buy-Out-Verträge	248
I. Möglichkeiten zur Verhinderung des Rechtsverlustes bei Buy Out-Verträgen	249
1. Analoge Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB	249
2. Unwirksamkeit der Einräumung als <i>venire contra</i> <i>factum proprium</i>	250
II. Fazit	251
D. Insolvenz eines Rechtsinhabers	252

I. Verhinderung der Annahme durch Hinweis auf Insolvenz .	253
II. Insolvenzfestigkeit von aufschiebend bedingten Verfügungen	254
III. Beschränkung des Wahlrechtes des Insolvenzverwalters . .	255
1. Einschränkung des Handlungsspielraums, <i>Lubrizol</i> -Entscheidung	256
2. Stellungnahme	258
IV. Ergebnis zur Situation bei Insolvenz des Rechtsinhabers .	259
E. Ergebnis	259
§ 12. Kompensation der Rechtsfolgen der Unwirksamkeit einer Verfügung	260
A. Analoge Anwendung des § 33 UrhG	260
I. Entstehung eines Anwartschaftsrechtes	261
1. Rechtsstellung eines Angebotsempfängers	263
a. Anknüpfungspunkt für die Entstehung einer Rechtsposition	263
b. Entstehung der Rechtsposition durch Zugang des Angebots	265
aa. Natur der Rechtsposition des Angebotsempfängers . .	266
bb. Einordnung als Optionsrecht	267
cc. Die Position des Angebotsempfängers als Vertragsanwartschaft	268
c. Fazit	269
2. Ergebnis zur Rechtsstellung des Angebotsempfängers .	270
II. Analoge Anwendung aufgrund der Vertriebsmodalitäten bei Open Content	270
III. Fazit	272
B. Kompensation der Unwirksamkeit mittels Modifikation der Rechtsfolgen	272
I. Fahrlässigkeitsmaßstab des § 97 Abs. 2 UrhG	273
II. Umfang der Schadensersatzpflicht	274
III. Fazit	276
§ 13. Nutzung von Lizenzketten als mögliche Lösung des Dilemmas . .	277
A. Unterlizenzierbarkeit auch bloß einfacher Nutzungsrechte . .	278
I. Ablehnende Ansichten in der Literatur	279
II. Zustimmungende Ansichten in der Literatur	279
III. Zwischenergebnis: Unterlizenzierung bei dinglicher Natur des Nutzungsrechts	280
1. Argumente für eine schuldrechtliche Natur des einfachen Nutzungsrechts	281

2. Kritik an einer schuldrechtlichen Einordnung des einfachen Nutzungsrechts	282
3. Weitere Argumente für das einfache Nutzungsrecht als dingliches Recht	284
4. Fazit	285
IV. Argumente für und gegen die Unterlizenzierbarkeit einfacher Nutzungsrechte	285
1. Die Zweckübertragungsregel als Inhalts- oder Auslegungsnorm	286
2. Modalitäten der Nutzung digitaler Werke, Perspektive von Nutzer und Schöpfer	289
3. Privatautonomie des Rechtsinhabers	291
V. Fazit hinsichtlich der Unterlizenzierung von einfachen Nutzungsrechten	292
B. Eignung der Konstruktion zur Lösung der Unwirksamkeitsproblematik	292
I. Bestand von Einzelrechten in Insolvenzkonstellationen	292
II. Anwendung der Grundsätze auf Open Content	294
III. Übertragbarkeit auf willentliche Änderung der Rechtszuständigkeit	295
C. Mangelnde Berücksichtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Aspekte?	296
D. Fazit zur Nutzung von Lizenzketten zur Lösung der Probleme.	297
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	299
Literaturverzeichnis	303
Verzeichnis der verwendeten Materialien und Quelldokumente	331

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Oktober 2015 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Betreuer und Doktorvater im besten Sinne des Wortes, Herrn Prof. Dr. Alexander Peukert für seine stets ausgezeichnete und zuverlässige Betreuung. In den Jahren an seinem Lehrstuhl und am Exzellenzcluster »Normative Orders« hat er nicht nur meine Begeisterung für die wissenschaftliche Arbeit wecken können, sondern diese durch die Möglichkeit des Besuches von Symposien, die Organisation von Seminaren und die Teilnahme an Tagungen auch auf das Beste hin unterstützt. Auch gewährte er jederzeit die Zeit für selbstbestimmte Forschung jenseits dieser Arbeit, in deren Rahmen ich stets auf seine Unterstützung und hilfreiche Anregungen zählen konnte. Nicht zuletzt hat die äußerst zügige Erstellung des Erstgutachtens den reibungslosen Abschluss des Dissertationsvorhabens erheblich beschleunigt.

Mein Dank gilt auch Herrn PD Dr. Malte-Christian Gruber für die freundliche Übernahme des Zweitgutachtens sowie die schnelle Erstellung desselben. Herrn Prof. Dr. Haimo Schack danke ich für die freundliche und unkomplizierte Aufnahme in die Schriftenreihe zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht.

Auch bei meinen Kollegen am Lehrstuhl, allen voran Benjamin Beck, Nora Hesse und Theresa Wegener möchte ich mich herzlich für die stets anregenden Gespräche, hilfreichen Anregungen und die gemeinsamen Erlebnisse bedanken. Sie haben dafür gesorgt dass ich die Zeit in bester Erinnerung behalten werde.

Ein großes Dankeschön gebührt meinen Eltern, Rita und Georg König, für ihre uneingeschränkte Unterstützung und ihren Rückhalt während meiner gesamten Ausbildung. Ihre Förderung war maßgeblich für meine persönliche und fachliche Entwicklung, wofür ich immer dankbar sein werde. Ihnen möchte ich diese Arbeit widmen.

Zuletzt möchte ich von ganzem Herzen Frau Frauke Sophie Köppel danken,

die mir stets bedingungslos zur Seite gestanden und mir in allen Phasen die Kraft und Energie gegeben hat, mich auf das Gelingen dieser Arbeit konzentrieren zu können – ohne dabei die wesentlichen Dinge im Leben aus den Augen zu verlieren. Auch ihr ist diese Arbeit in besonderem Maße gewidmet.

Bad Nauheim, im März 2016

Dominik König

Kritik, Hinweise und Anregungen sind unter Dom.Koenig@gmail.com stets willkommen.

Einleitung

A. Gegenwärtiger Stand der Forschung

Ausgangspunkt der Arbeit ist das Aufkommen einer neuen Art der Produktion und Verknüpfung von Informationen, mithin der Schaffung von urheberrechtlichen Werken, die von *Yochai Benkler* als *commons-based peer production* beschrieben wird. In zwei wesentlichen Werken¹ legt *Benkler* ausführlich dar, wie sich in der heutigen Zeit einer vernetzten Informationsgesellschaft ein neues Produktionsmodell herauskristallisiert hat: Die private Schaffung öffentlicher Informationsgüter, zu denen auf privatrechtlicher Basis jedermann einfach und diskriminierungsfrei Zugang gewährt werden soll und die durch eine Vielzahl, auf den ersten Blick unorganisierter, voneinander unabhängig auftretender und produzierender Akteure geschaffen werden. Dieses Prinzip der *commons-based peer production* basiert dabei auf zwei wesentlichen Grundlagen: der Freigabe anderenfalls exklusiver Rechtspositionen durch deren Inhaber, verbunden mit der Freiheit Dritter, diese nach ihrem Belieben unter Beachtung eines gewissen Regelungsrahmens selbstbestimmt nutzen zu können.²

Die Funktionsweise dieses Modells lässt sich anhand des wissenschaftlichen Fachdiskurses bzw. der Grundlagenforschung verdeutlichen.³ Eine große Anzahl Forscher und Wissenschaftler trägt durch konstante Veröffentlichung neuer Informationen sowie durch Pflege des bereits vorhandenen Bestandes⁴ kontinuierlich zu einer Wissensallmende bei, die den »Stand der Forschung« bildet.

1 *Benkler*, 112 Yale Law Journal (2002), 369–446; *ders.*, *Wealth of Networks*, 2006.

2 *Benkler*, 112 Yale Law Journal (2002) 369 (375–377); *ders.*, *Wealth of Networks*, S. 59–63.; eine exzellente deutschsprachige Darstellung des Theoriehintergrundes findet sich bei *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 193f. sowie S. 202–204.

3 *Benkler*, 112 Yale Law Journal (2002) 369 (381f.) unter Verweis auf *Nelson*, 76 J. Pol. Econ. (1959), 297 (302–305).

4 Etwa in Gestalt von Reviews, Meta-Studien oder dem Erstellen von vorher nicht bekannten oder schlicht übersehenen Verknüpfungen zwischen bisher nicht miteinander in Verbindung gebrachten Teilgebieten oder Informationen.

Auf diesen Stand der Forschung erhebt wiederum niemand einen Anspruch, genauso wenig wie es im Interesse der Forscher liegt, nicht zahlende Kunden auszuschließen⁵ – maßgeblich ist allein die Idee, zum Fortschritt beizutragen, ohne dabei mehr als Wertschätzung oder Bekanntheit zu erlangen. Obwohl diesem System der bis dato als wesentlicher Motor von Innovationsstreben betrachtete Aspekt des finanziellen Vorteils abgeht – die Opportunitätskosten für eine Tätigkeit in der »klassischen« Forschung sind im Vergleich mit etwa hochbezahlten Industrietätigkeiten oder der eigenen Vermarktung entwickelter Technologien hoch⁶ – ist das System unbestreitbar effektiv. Darüber hinaus steht gerade im Grundlagenbereich dieser Stand der Forschung allgemein zur Verfügung⁷ und trägt damit zum Gemeinwohl einer Gesellschaft dar.

Es entsteht dabei jedoch gleichzeitig eine Situation, in der die Errichtungen von künstlichen Schranken für Informationen, etwa das deren Handelbarkeit ermöglichende Urheberrecht, nicht zu vermehrtem Anreiz und damit besseren Ergebnissen, sondern vielmehr zu Ineffizienz zu führen droht.⁸ Jede Art von Innovation basiert auf bereits bestehenden Informationen. Wenn also mithilfe des Rechts eine Umgebung geschaffen wird, in der hohe Kosten für Informationen erzeugt werden bzw. das Verlangen hoher Preise legitimiert wird, so besteht die Gefahr, dass negative Effekte die positiven Anreizwirkungen überwiegen: Eine Kommodifizierung von Informationen durch Einführung künstlicher Bezahlschranken verhindert bei dieser Betrachtung durch deren Ausschlusswirkung in qualitativer wie quantitativer Hinsicht mehr an Innovation, als sie an positiver Anreizwirkungen erzeugt⁹ – liegen doch die Grenzkosten für bereits vorhandene Informationen bei null.¹⁰ Genau diese Gefahr besteht schließlich abstrahiert bei jeder Art des digitalen Werkschaffens bzw. der digitalen Verbreitung und Nutzung von Informationen: Geht man im digitalen Umfeld von einer »natürlichen«, dem Medium geschuldeten nicht-Rivalität und nicht-Exklusivität der produzierten, aber auch zur Produktion nötigen Informationen aus, so liegt nahezu jede für bereits existierende Informationen zu

5 Ein solcher Ausschluss erfolgt vielmehr meist durch Verlage als Intermediäre zwischen dem einzelnen Teilnehmer und der restlichen wissenschaftlichen Community, dazu *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77 (80).

6 *Benkler*, 112 Yale Law Journal (2002) 369 (381).

7 Es lassen sich etwa Naturgesetze, Theorien und Konstanten mangels Patentierbarkeit nicht durch Beantragung eines Ausschließlichkeitsrechts proprietarisieren und kommodifizieren, vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 1 PatG.

8 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 37; so bereits 1970 *Goldstein*, 70 Columbia Law Review (1970), 983 (1055f.); *Landes/Posner*, *Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 11.

9 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 37 (»On any given day, enforcement of Copyright law leads to underutilization of copyrighted information«); *Landes/Posner*, *Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 20 (»deadweight loss«).

10 *Nelson*, 76 J. Pol. Econ. (1959), 297 (306).

zahlende Geldsumme höher als die Grenzkosten der Informationen – die Kosten für deren Übertragung bzw. anteilig für die dafür notwendige Infrastruktur. Um diese drohende Ineffizienz zu verhindern und den Möglichkeiten einer digitalen, weltweit vernetzten Informationsgesellschaft zur bestmöglichen Geltung zu verhelfen, identifiziert *Benkler* schließlich drei Faktoren, die für eine funktionierende *commons-based peer production* notwendig sind: Die nötigen Produktionsmittel müssen weit verbreitet und möglichst frei zugänglich sein, es sollte eine grundlegende Architektur bestehen, die die selbständige Organisation einer modularen Arbeit an komplexen Projekten ermöglicht, und schließlich müssen die zur Erstellung nötigen Rohstoffe zahlreich und kostengünstig vorhanden sein.¹¹

Betrachtet man das Internet und die damit einhergehende, weltweite Vernetzung und Kommunikation als die grundlegende Kommunikationsarchitektur und die Zugänge dazu über Computer, Smartphones und eine Vielzahl weiterer Möglichkeiten in Verbindung mit der menschlichen Kommunikation als weit verbreitete Produktionsmittel, so wird deutlich, dass die Gegebenheiten für die effektivste Nutzung dieses digitalen Umfelds zur Generierung aller Arten von Informationen, Innovationen und kultureller Errungenschaften im Wesentlichen von der großflächigen und kostengünstigen Verfügbarkeit des Rohstoffes abhängt – der freien Verfügbarkeit bereits vorhandener Informationen. Der Rohstoff für Innovationen künstlerischer wie technischer Art sind weitere Informationen. Es ist nur schwer vorstellbar, dass in der heutigen, hochspezialisierten Gesellschaft eine wesentliche Innovation im technischen Bereich ohne Vorwissen erzeugt wird oder im künstlerischen Bereich ohne Eindrücke anderer Informationen entsteht.¹²

Diese Analyse überzeugt. Informationen sind im digitalen Umfeld nicht-rival – die Nutzung durch Dritte beeinflusst die eigene Nutzung in der Qualität nicht¹³ – und nicht-exklusiv – mehrere Nutzer können die Information gleichzeitig abrufen, ohne dass sie ein zweites Mal erzeugt werden müsste.¹⁴ Gleichzeitig ist es problemlos möglich, den Rohstoff »Information« über das Internet nahezu weltweit zu minimalen Kosten zu beziehen,¹⁵ so dass *Benklers* Perspektive des »Idealzustands« problemlos eintreten könnte. Durch die Existenz von Imma-

11 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 105f.

12 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 37, bemüht dafür unter Verweis auf *Scotchmer*, 5 J. of Econ. Persp. (1991), 29 das Sir Isaac Newton zugeschriebene Bonmot, der einzige Grund, warum er weiter sehen könne als andere, sei der, dass er auf den Schultern von Riesen stehe.

13 *Landes/Posner*, *Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 20.

14 Spezifisch für Software etwa *Ohly*, NJW-Beil. 2014, 47 (48); *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 36; zu den besonderen Herausforderungen dieser nicht-Rivalität bei Veräußerungen *Schmidt-Kessel*, K&R 2014, 475.

15 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 38; *Posner*, 19 *Journal of Economic Perspectives* (2005), 57 (58).

terialgüterrechten – in diesem Falle des Urheberrechts – wird jedoch eine entscheidende Voraussetzung dieser Informationsproduktion, die freie Verfügbarkeit des Rohstoffs, zunichte gemacht: Sie ermöglicht eine Kommodifizierung der Informationen und setzt Anreize, diese teurer als für den Betrag der Grenzkosten zu vermarkten. In diesem Punkt ist daher das hauptsächliche Erkenntnisinteresse dieser Arbeit zu verorten. Seit den 1980er Jahren existieren Bewegungen, die echte oder vermeintliche Defizite des Urheberrechts durch Errichtung einer auf privatautonom vereinbarten Lizenzkonstruktionen basierenden digitalen Allmende ausgleichen und so den »Rohstoff« Information in *Bencklers* System wieder frei zugänglich machen wollen.

Diesem in der US-amerikanischen Wissenschaft treffend mit dem Begriff *semicommons*¹⁶ beschriebenen Phänomen der Open Source- und Open Content-Lizenzen sollte im deutschen Recht mit der Rechtsfigur des einfachen, unentgeltlichen Nutzungsrechts für jedermann wohlwollend begegnet werden. Am 22.03.2003 wurde mit der »Linux-Klausel« des § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG dem Urheber die Möglichkeit eingeräumt, jedermann formfrei und unter Suspendierung hindernder Form- und Vergütungsvorschriften ein einfaches, unentgeltliches Nutzungsrecht an seinen Werken einzuräumen. Seit der ersten Behandlung in der deutschen Rechtswissenschaft¹⁷ wurde die Idee der digitalen Allmende konstruktiv begleitet und unter einer Vielzahl von Aspekten behandelt.¹⁸ Eine derart umfassende Begleitung gibt dabei schöpferischen wie rezeptiven Nutzern der Allmende die Rechtssicherheit, die für ein Aufblühen der Landschaft nötig ist und legt so den Grundstein für deren nach wie vor steigende Beliebtheit und Verbreitung.¹⁹ Andererseits birgt eine derart stabile und verlässliche Ausgangsbasis jedoch die Gefahr einer gewissen Trägheit im Hinblick auf externe Entwicklungen einerseits sowie in Anbetracht interner Faktoren, die bis jetzt spärlich bis gar nicht untersucht wurden, sei es aufgrund einer eher geringen finanziellen Relevanz – von einigen Ausnahmen abgesehen²⁰ wird

16 *Merges*, 71 U. Chicago Law Review (2004), 183 (198f.); *Heverly*, 18 Berkeley Technology Law Journal (2003) 1127 (1130f.) sowie (1161–1172); zurückgehend auf den noch in der pyhsischen Welt genutzten Begriff bei *Smith*, 29. Journal of Legal Studies (2000), 131 (132).

17 *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, 839ff.

18 In Dissertationen etwa *Koglin*, Open sourcederecht; *Schiffner*, Open Source Software; *Schäfer*, Der virale Effekt; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklung; *Meyer*, Miturheberschaft bei freier Software; *Rosenkranz*, Open Content; zuletzt 2013 *Rautenstrauch*, Open-Source-Computersoftware zwischen Urheber- und Kartellrecht. An Überblicken bzw. Handbüchern ist besonders *Jaeger/Metzger*, Open Source Software sowie das Werk von *Spindler*, Rechtsfragen bei Open Source, hervorzuheben.

19 Prominenteste Beispiele sind sicher die Online-Enzyklopädie Wikipedia, <http://www.wikipedia.org>, das Betriebssystem GNU/Linux oder das Programmierwerkzeug Java JDK.

20 Erstmals LG München I GRUR-RR 2004, 350ff. – *GPL-Verstoß*; jüngst zur Reichweite von *non commercial*-Klauseln OLG Köln WRP 2015 94ff.; eine Übersicht über bisher zu dem Kom-

selten jemand wegen eines einzelnen Fotos oder Wikipedia-Beitrages klagen –, sei es, um getreu dem Motto »*never touch a running system*« keine schlafenden Hunde in Gestalt von breiter Verunsicherung zu wecken.

B. Erkenntnisinteresse der Arbeit

Dies führt im Wesentlichen zu zwei Bedürfnissen, denen mit dieser Arbeit Rechnung getragen werden soll: Einerseits soll die bisherige dogmatische Entwicklung und systematische Einordnung der Open Content-Lizenzen betrachtet und wenn nötig kritisch hinterfragt werden. Dabei ist nicht zuletzt zu untersuchen, wie und ob sie im Lichte neuerer Rechtsentwicklungen²¹ bestehen und inwieweit Anpassungen vorzunehmen oder teilweise sogar neue Wege gefunden werden müssen, um das Ziel der freien, niedrigschwelligen Zugänglichkeit von Informationen möglichst vollumfänglich zu erreichen.

Darüber hinaus sollen die Grenz- und Problembereiche ausgelotet werden, an die bei Aufkommen der Idee in der allgemeinen Pionierstimmung nicht oder nur am Rande gedacht wurde oder die sich erst im Laufe der Zeit entwickelt haben, um dabei entstehende oder in der Entstehung begriffene Probleme frühzeitig zu identifizieren und Lösungsansätze entwickeln zu können, insbesondere im Bereich des Widerrufs von Angeboten und der unerkannten Unwirksamkeit von Rechtseinräumungen, deren Vorkommen in dem genutzten Direktlizensierungssystem begründet liegt.

C. Gang der Untersuchung

Um diesem Ziel gerecht zu werden ist es zunächst notwendig, die ideellen Grundlagen, Ziele und Motivationen zu analysieren, die der dezentralen Schaffung von Werken auf Basis einer digitalen Allmende zugrunde liegen sowie deren denkbaren Anwendungsbereich zu umreißen (Teil 1). Nur unter Beachtung dieser Grundlagen des Schaffens ist es schließlich möglich, das rechtliche Herzstück von Open Content, die Verträge über die Einräumung eines einfachen, unentgeltlichen Nutzungsrechts für jedermann, genauer zu charakterisieren (Teil 2), wobei diesbezüglich die Aspekte der Einordnung als Austausch- oder

plex ergangenen Urteile findet sich bei *Peukert/König* in Schmidt-Kessel, German National Reports on the 19th International Congress on Comparative Law, 519 (521 f.).

21 Insbesondere der Weiterentwicklung des Erschöpfungsgrundsatzes durch den EUGH in Rs. C-128/11 – *UsedSoft* (dazu ausführlich Teil 3 der Arbeit) sowie die Rechtsprechung des BGH zur Stabilisierung von Lizenzketten bei Ausfall eines Gliedes (dazu ausführlich § 12, Abschnitt C der Arbeit).

Dauerschuldvertrag (§ 3), die schenkungsrechtliche Einordnung von Reziprozitätsklauseln (§ 4) sowie die Nähe der Lizenzwerke zu Organisationsverträgen und dem Phänomen des *private ordering* (§ 5) im Fokus stehen sollen. Nachdem diesbezüglich alle Fragestellungen beleuchtet und Unklarheiten jedenfalls für diese Arbeit beseitigt worden sind, soll in Teil 3 der Arbeit mit der Weiterentwicklung des Erschöpfungsgrundsatzes im Rahmen der *UsedSoft*-Rechtsprechung der erste Komplex untersucht werden, in dem das System der Open Content-Lizenzen und die zugrundeliegenden Vertragswerke mit einer merklichen Änderung des *status quo* (§ 6) konfrontiert werden. Dabei sind vor allem die Übertragbarkeit der Neuerungen auf den hier untersuchten Gegenstand (§ 7) sowie die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Vertragsgestaltung von Open Content-Lizenzen (§ 8) von Belang. Daran schließt sich in Teil 4 die Untersuchung des bisher nur spärlich behandelten Problemfeldes des Rückrufs einmal eingeräumter Nutzungsrechte (§ 9) sowie des Widerrufs entsprechender Angebote auf Einräumung an (§ 10), in deren Rahmen sich aufgrund einer sehr ähnlichen Problematik – wenn auch unter anderen Vorzeichen – im US-amerikanischen Recht ein rechtsvergleichender Ansatz (§ 9, Abschnitt B) anbietet und zur Entwicklung einer Lösung herangezogen wird. Den Abschluss der Arbeit bildet in Teil 5 eine Analyse des Risikos von unerkannt unwirksamen Einräumungen einfacher, unentgeltlicher Nutzungsrechte für jedermann aufgrund eines nicht erkennbaren Verlustes der Verfügungsbefugnis bzw. Wechsels der Rechtszuständigkeit auf Seiten des Urhebers (§ 11). Zur Minimierung und Abwendung der daraus resultierenden, negativen Folgen für die digitale Allmende werden verschiedene Lösungsmöglichkeiten auf Basis des *status quo* diskutiert (§ 12) und schließlich eine Änderung der Lizenzierungsmodalitäten bzw. der Art und Weise der Einräumung einfacher, unentgeltlicher Nutzungsrechte im Rahmen von Open Content-Lizenzen vorgeschlagen (§ 13).

Teil 1:

Grundlagen und Anwendungsbereiche von Open Content

Zur besseren Einordnung der im Laufe der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse ist es nötig, im Vorfeld kurz auf die Hintergründe der Idee *commons-based peer production* bzw. die den Open Content-Lizenzen zugrundeliegenden Ideale und Absichten einzugehen sowie den sich mit dem technischen Fortschritt ständig erweiternden Anwendungsbereich klar zu umreißen.

§ 1. Absichten und ideelle Grundlagen der Open Content-Idee

Neben den einleitend umrissenen ökonomischen Erwägungen und Grundlagen, auf denen das Schaffen der *commons-based peer production* beruht, sind für das Verständnis der hier behandelten Lizenzmodalitäten und Schaffensweisen die ideellen Motive und Ziele derjenigen Akteure, die die jeweiligen Lizenzwerke zur Nutzung entwerfen sowie auf ihrer Basis eine digitale Allmende zu erschaffen versuchen, von großer Relevanz.

A. Ziele der Lizenzpromulgatoren im Laufe der Zeit

Nennenswerte Prominenz erlangte die Idee einer privat geschaffenen Allmende erstmals im Falle der von *Richard Stallman* am 04.10.1985 begründeten *Free Software Foundation* (FSF). In Ansehung der nicht-Exklusivität und nicht-Rivalität bei Nutzung und Verbreitung von Software erschienen *Stallman* die Begründungsansätze für Ausschließlichkeitsrechte an dieser nicht länger überzeugend.²² Seiner Ansicht nach profitiere die Gesellschaft als Ganzes eher von einer freien, ungehinderten Verteilung und Verfügbarkeit von Informationen als von einer Übertragung der bisherigen Narrative des *copyright* auch in den Be-

²² *Stallman*, *Free Software, Free Society*, S. 47–52, insbesondere die »Spaghetti-Analogie« auf S. 48f. sowie 121–135.