

INNOVATION IN DER OPEN SOURCE COMMUNITY -
HERAUSFORDERUNGEN FÜR THEORIE UND PRAXIS
DES IMMATERIALGÜTERRECHTS

Erschienen in:
**Eifert, Martin / Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.),
Geistiges Eigentum und Innovation – Innovation und Recht I,
Berlin 2008, S. 187 - 206**

*Axel Metzger**

Wohl kaum ein Phänomen hat in den letzten Jahrzehnten die innovationsfördernde Wirkung des geistigen Eigentums so in Frage gestellt wie der Erfolg von Open Source Software. In Anbetracht der beachtlichen Marktanteile von GNU/Linux, Firefox, Apache und neuerdings auch Wikipedia stellen sich eine Reihe von grundsätzlichen Fragen: Handelt es sich bei Open Source um ein eigentumsfreies Gegenmodell zu der heute dominanten „proprietären“ Informationsordnung? Sind die Argumente, die für die Errichtung unserer heutigen Urheber- und Patentrechtsordnung gesprochen haben, im Informationszeitalter hinfällig geworden? Behindert der immaterialgüterrechtliche Rechtsrahmen gar entsprechende Entwicklungsmodelle? Welche Ausstrahlungen in andere Innovationsfelder sind zu erwarten? Der folgende Beitrag sammelt erste Antworten aus dem Überschneidungsbereich von Innovationsforschung und Immaterialgüterrecht, wobei der Schwerpunkt im Urheber- und Patentrecht liegt.

* Dr. iur. (Munich and Paris), LL.M. (Harvard), Professor of Law at the Leibniz University of Hannover, Germany.

A. Freie und Open Source Software als Gegenmodell zu einer eigentumsorientierten Informationsordnung?

Die Freie oder Open Source Software (OSS)¹ wird oft als Gegenkonzept zu einer eigentumsorientierten Informationsordnung verstanden. Produktion und Verbreitung kultureller, technischer oder sonstiger Informationen habe in den letzten Jahrhunderten auf Eigentumsrechten beruht, also auf der Möglichkeit des Verbots und der (vertraglichen) Gestattung. OSS und Open Content seien dagegen Ausdruck eines eigentumsfreien Innovationsprozesses.²

Diese These erscheint auf den ersten Blick plausibel. In der Tat nehmen Entwickler in OSS-Communities die direkten Erlöschancen aus den Immaterialgüterrechten nicht wahr. Es werden keine Lizenzgebühren für die urheberrechtlich relevante Nutzung durch andere verlangt. Im Zuge der Softwareentwicklung gemachte Erfindungen werden nicht als Patente angemeldet. Dennoch schaffen freie Entwicklergemeinschaften innovative Software. Auch funktioniert der dezentrale Vertrieb der Programme, ohne dass es eines Produzenten bedarf, der Kopien herstellt und verbreitet. Im Folgenden soll die These vom Gegenmodell OSS aus zwei Perspektiven überprüft werden, der rechtspraktischen und der rechtstheoretischen.

I. Keine vollständige Negation geistiger Eigentumsrechte in praktischer Hinsicht

Gewisse Zweifel an der These vom Gegenmodell kommen auf, wenn man die praktische Nutzung geistiger Eigentumsrechte, insbesondere des Urheberrechts, durch OSS-Communities in den Blick nimmt. Das OSS-Entwicklungsmodell bedeutet keinen Verzicht auf die entstehenden Urheberrechte.³ Vielmehr nehmen die Entwickler ihre Urheberrechte an den Programmen in Anspruch, um die Nutzung unter bestimmten Bedingungen zu erlauben. Erst die geistigen Eigentumsrechte gestatten es,

¹ Die Begriffe Freie Software und Open Source Software werden hier synonym verwandt. Zur Kontroverse um die Terminologie und die verschiedenen Definitionsangebote siehe Jaeger, Till/Metzger, Axel, Open Source Software: Rechtliche Rahmenbedingungen, 2. Aufl., München 2006, S. 1-4.

² Vgl. etwa Benkler, Yochai, The Wealth of Networks, New Haven/London 2006, 35-90 und 460-465. Die übliche terminologische Gegenüberstellung von Freier und „proprietärer“ Software übernimmt diese These unbesehen.

³ Eingehend Metzger, Axel/Jaeger, Till, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839, 842.

den anderen Mitgliedern der Entwicklungs- und Vertriebsgemeinschaft Pflichten aufzuerlegen. Dementsprechend enthalten alle freien Softwarelizenzen im Wesentlichen zwei Arten von Bestimmungen: Erstens solche, die den Nutzern denkbar weitgehende Nutzungsrechte an den Programmen einräumen, insbesondere das Recht zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung unveränderter und veränderter Programmversionen, und zweitens solche, die den Nutzern eine Reihe von Pflichten auferlegen, welche bei der Wahrnehmung der Rechte zu beachten sind. Schon ein kurzer Blick in die am häufigsten genutzte OSS-Lizenz, die GNU General Public License (GNU GPL)⁴, genügt, um die Illusion eines eigentumsfreien oder gar rechtsfreien Innovationsprozesses zu zerstören.⁵ OSS-Communities nehmen ihre Eigentumsrechte wahr und bedienen sich des Lizenzvertragsrechts, um die Regeln des Zusammenwirkens in der Gemeinschaft im Notfall auch juristisch durchsetzen zu können.⁶

Die Nutzungsbedingungen der GPL und der anderen, verbreiteten OSS-Lizenzen zielen vor allem auf die Sicherung der Freiheiten der Gemeinschaft bei der Weiterentwicklung und Nutzung der Programme. Hierbei können zwei Arten von Pflichten unterschieden werden: Vertriebspflichten und „Copyleft“-Bestimmungen.⁷

Vertriebspflichten, die auch bei unveränderter Nutzung eingreifen, finden sich in ähnlicher Form in allen OSS-Lizenzen.⁸ Wenn den Lizenznehmern vorgeschrieben wird, stets eine Kopie der Lizenz mitzuliefern, Vermerke im Code, die auf die Lizenz hinweisen, nicht zu verändern, Quelltexte offen zu legen etc., so soll dadurch anderen - aktuellen oder künftigen - Mitgliedern der Gemeinschaft die Möglichkeit eröffnet werden, ihrerseits die Freiheiten aus den Lizenzen auch praktisch wahrnehmen zu können. Bereits diese Pflichten wären ohne das zugrunde liegende Urhe-

⁴ GNU General Public License, Version 2.0, abrufbar unter <http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>.

⁵ Es ist deswegen auch missverständlich, im Hinblick auf entsprechende Lizenzmodelle von einer „lawyer-free-zone“ zu sprechen, so aber Lutterbeck, Bernd, Open Source Communitys und Geistiges Eigentum, in diesem Band, bei Fußnote 6, in Anspielung auf Lessig, Lawrence, Free Culture, New York 2004, S. 24, der damit jedoch die Public Domain meint.

⁶ Vgl. hierzu nur die Beiträge des juristischen Beraters der Free Software Foundation Moglen, Eben, Free Software Matters: Enforcing the GPL I + II, abrufbar unter <http://moglen.law.columbia.edu/>.

⁷ Die Kategorisierung folgt Schulz, Carsten, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln u.a. 2004, 174 ff.

⁸ Eine Untersuchung der Bestimmung der wichtigsten OSS-Lizenzen findet sich bei Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 20 ff.

berreicht der Lizenzgeber nicht denkbar. Wer nichts verbieten kann oder will, kann auch keine Bedingungen für die Nutzung aufstellen.

Noch deutlicher wird dies bei den so genannten „Copyleft“-Klauseln, durch die Lizenznehmer dazu verpflichtet werden, Fortentwicklungen und veränderte Versionen der Schutzgegenstände nur nach den Bestimmungen derselben Lizenz zu vertreiben. Prototyp für entsprechende Klauseln ist Ziffer 2 b) der GNU GPL.⁹ Die Klauseln sichern den Rückfluss von Weiterentwicklungen in den Pool der Freien Software. Ohne die zugrunde liegenden Immaterialgüterrechte wäre ein „Copyleft“ nicht durchsetzbar.

Dabei ist es keineswegs so, dass die genannten Pflichten nur eine vertragliche Rückabwicklung der bestehenden Eigentumsrechte darstellen. Die durch die Lizenzen geschaffene rechtliche Situation ähnelt zwar einem eigentumsfreien Rechtsrahmen, in welchem die Software ohne jede Restriktion durch jedermann nach Belieben genutzt werden kann. Insoweit lassen sich OSS-Modelle auch als kollektiver Ausweichmechanismus begreifen. Die Lizenzen gehen jedoch über diesen Zustand hinaus. Sie kreieren Ansprüche der Lizenznehmer, die diese in einem eigentumsfreien Szenario nicht geltend machen könnten, etwa die Pflicht zur Offenlegung der Quelltexte von Fortentwicklungen,¹⁰ die Verpflichtung zur Dokumentation vorgenommener Veränderung mit Datum,¹¹ das Verbot der Löschung von Urhebervermerken¹² oder das Verbot zusätzlicher Beschränkungen der Nutzerrechte.¹³ Es wäre deswegen verfehlt zu meinen, dass OSS-Communities ihre Urheberrechte nur gebrauchen, um die unliebsamen rechtlichen Barrieren wieder loszuwerden. Sie nutzen ihre Rechte in durchaus kreativer Weise, um die Einhaltung der Spielregeln innerhalb der jeweiligen Community sicherzustellen. Das Entwicklungs- und Vertriebsmodell der Freien Software sollte deswegen nicht auf die Verneinung geistiger Eigentumsrechte reduziert werden. OSS-Gemeinschaften nehmen die Urheber-

⁹ Ziffer 2 b) GNU GPL: „You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.“

¹⁰ Vgl. bspw. Ziffer 3 GNU GPL.

¹¹ Vgl. bspw. Ziffer 2 a) GNU GPL.

¹² Vgl. bspw. Ziffer 3.3 Mozilla Public License, Version 1.1, abrufbar unter <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html>.

¹³ Vgl. bspw. Ziffer 6 S. 2 GNU GPL.

rechte allerdings mit anderen Zielvorstellungen wahr als herkömmliche Softwareproduzenten.¹⁴

Im Hinblick auf den Patentschutz hat die Vorstellung vom Gegensatz der Freien Software und dem geistigen Eigentum dagegen mehr Berechtigung. Patentanmeldungen durch OSS-Projekte sind bislang nicht bekannt geworden. Allerdings beteiligen sich auch große internationale Unternehmen an der Entwicklung Freier Software, trotz ihrer beachtlichen Patentportfolios. Die Situation ist also auch insoweit weniger eindeutig, als es auf den ersten Blick erscheinen mag.¹⁵ Zudem ist der regelmäßige Verzicht auf den Patentschutz gekoppelt mit der aktiven Wahrnehmung der gebührenfrei entstehenden Urheberrechte, so dass in der Summe nicht wirklich von einer Negation des Immaterialgüterrechts durch OSS-Communities gesprochen werden kann.

II. Herausforderung für die Immaterialgüterrechtstheorie

Die These vom Gegenmodell Freie Software wird freilich nicht nur auf die praktische Nutzung der entstehenden Rechte, sondern auch auf die theoretische Ebene der außerrechtlichen Begründung der Immaterialgüterrechte bezogen. So gewendet lautet die Fragestellung: Brauchen wir überhaupt ein Urheber- und Patentrecht, wenn sich Innovationsprozesse auch „quasi“¹⁶ eigentumsfrei organisieren lassen? Die Antwort auf diese Frage ist vielschichtig, vor allem für das Urheberrecht, weil letztlich alle Rechtsordnungen, insbesondere aber die kontinentaleuropäischen „Droit d’Auteur“-Systeme mehrere Begründungsansätze zugrunde legen. Auch im Patentrecht werden verschiedene Theorien angeboten. Im Folgenden sollen zunächst die übergreifenden Ansätze untersucht werden, die sowohl zur Rechtfertigung des Urheber- als auch des Patentrechts herangezogen werden, bevor im Anschluss die spezifischen, auf einzelne Immaterialgüterrechte bezogenen Theorien beleuchtet werden.

¹⁴ Ähnlich Lessig, Lawrence, Code: Version 2, New York 2006, S. 198 f.

¹⁵ Eingehend Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 169 ff.

¹⁶ Das „quasi“ steht insoweit als Platzhalter für die soeben beleuchtete Praxis der OSS-Communities, gerade nicht auf ihre Eigentumsrechte zu verzichten.

1. Übergreifende Ansätze: Anreiztheorie und Theorie vom geistigen Eigentum

Vor die größte Herausforderung ist zweifelsohne das Anreizmodell der ökonomischen Analyse des Rechts gestellt, wie man es etwa bei Landes und Posner findet.¹⁷ Geht man davon aus, dass geistige Eigentumsrechte gewährt werden, um Urhebern und Erfindern die Amortisation der Kosten der Werkschöpfung und einen Gewinn zu sichern und sie dadurch zu innovativen Leistungen zu stimulieren, so kommen in Anbetracht des Erfolgs der Freien Software in der Tat Zweifel an der Sinnhaftigkeit eines solchen Rechtsschutzes auf. Entwickler in OSS-Communities verzichten auf Lizenzgebühren und erzielen Gewinne ausschließlich auf den Sekundärmärkten, etwa bei Service, Customizing usw.¹⁸ Sie nutzen die rechtlichen Vorteile, die ihnen das Urheber- und Patentrecht gegenüber ihren Wettbewerbern bietet, weder für die Amortisation von Entwicklungskosten noch für die Gewinnmaximierung. Gleichwohl entstehen wettbewerbsfähige Programme und Inhalte. Damit scheint die Grundannahme der Anreiztheorie erschüttert.

Von besonderem Interesse sind insoweit die folgenden zwei Anschlussfragen. Zum einen wäre es sicherlich zu einfach, das Anreizmodell ein für alle Mal zu verabschieden. Das Entwicklungsmodell der Freien Software kann nicht unbesehen auf andere Werkarten und Innovationsprozesse übertragen werden. Vielmehr gilt es hier die Faktoren im Einzelnen herauszuarbeiten, unter denen solche Prozesse Aussicht auf Erfolg haben. Hierauf wird an späterer Stelle zurückzukommen sein. Jenseits der heute bekannten Anwendungsfälle des OSS-Entwicklungsmodells, etwa in der Pharmaindustrie oder in der Filmbranche, behält das Anreizmodell durchaus seinen Erklärungswert (vgl. unten C). Zum anderen stellt sich die Folgefrage, welche Motive die Entwickler antreiben, wenn nicht die Gewinnaussichten. Die verschiedenen Motivationen der Beteiligten an OSS-Entwicklungsprojekten ist eine Frage für das Forschungsfeld der Behavioral Law and Economics.¹⁹ Sie soll im

¹⁷ Siehe Landes, William M./Posner, Richard A., *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. Leg. Stud. 325 ff. (1989). Klassifizierungen der verschiedenen Strömungen der ökonomischen Analyse finden sich bei Benkler, Yochai, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 Int'l. Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002) und Peukert, Alexander, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in: Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden 2004, 11, 15 ff. jeweils m.w.N.

¹⁸ Eingehend Jaeger/Metzger, *Open Source Software* (Fn. 1), S. 194 ff.

¹⁹ Vgl. hierzu Lerner, Josh/Tirole, Jean, *Some Simple Economics of Open Source*, 50 J. Indust. Econ. 197 ff. (2002); Lakhani, Karim R./Wolf, Robert G., *Why Hackers Do What They Do: Understanding*

Folgenden ausgeblendet werden, weil im hiesigen Zusammenhang die Rolle der geistigen Eigentumsrechte den Schwerpunkt bildet.

Wer die Anerkennung des Urheber- und Patentrechts nur dadurch gerechtfertigt sieht, dass Eigentumsrechte die geistige Produktion stimulieren, gerät durch den Erfolg mancher Freien Programme und Inhalte unter Argumentationsdruck. Die Anreiztheorie stellt freilich nicht den einzigen Begründungsansatz dar. Selbst in den stärker vom Utilitarismus geprägten Immaterialgüterrechtsordnungen der USA und Großbritanniens finden sich „individualistische“ Ansätze. Eine weit verbreitete Theorie legitimiert die Zuerkennung geistiger Eigentumsrechte moralisch mit dem Hinweis auf die Leistung des Urhebers oder Erfinders.²⁰ Häufig wird die so verstandene Lehre vom geistigen Eigentum in die Tradition John Lockes gestellt,²¹ auch wenn sich dessen Eigentumstheorie nicht auf immaterielle Güter bezog.²² Die historische Provenienz der „Arbeits-basierten“²³ Fundierung des geistigen Eigentums kann hier letztlich dahin gestellt bleiben. Entscheidend ist der Einfluss, den die Theorie noch heute auf die Vorstellung von Gesetzgebern und Richtern ausübt.²⁴ Sie ist Teil des Vorverständnisses vom geistigen Eigentum auf beiden Seiten des Atlantiks. Eine solche Rechtfertigung wird durch das OSS-Entwicklungsmodell nicht in Frage gestellt. Nach der Logik dieses Ansatzes verdient der Urheber oder Erfinder für seine Mühe das ausschließliche Recht am Werk, und zwar unabhängig davon, ob ihn die

Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects, in: Joseph Feller u.a. (Hrsg.), Perspectives on Free and Open Source Software, Cambridge/Mass. 2005, S. 3 ff.; Osterloh, Margit/Rota, Sandra/Kuster, Bernhard, Open-Source-Softwareproduktion: Ein neues Innovationsmodell? in: Bernd Lutterbeck/Robert Gehring (Hrsg.), Open Source Jahrbuch, Berlin 2004, 121 ff.

²⁰ Vgl. zum Folgenden aus urheberrechtlicher Sicht Oberndörfer, Pascal, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005, passim; Stallberg, Christian Gero, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2005, S. 58 ff. Siehe auch Hughes, Justin, The Philosophy of Intellectual Property, 77 Geo. L.J. 287 (1988). Im Patentrecht wird oft zwischen „Naturrechts“- und „Belohnungstheorie“ unterschieden, grundlegend Machlup, Fritz, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Ausl. 1961, 373, 376 f. Die beiden Ansätze werden hier gemeinsam behandelt.

²¹ Zur urheberrechtlichen Rezeption der Theorie John Lockes in England und Deutschland vgl. Oberndörfer, Die philosophische Grundlage (Fn. 20), 63 ff.

²² Vgl. eingehend Oberndörfer, Die philosophische Grundlage (Fn.20), 20 ff.

²³ So Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung (Fn. 20), 58.

²⁴ Vgl. etwa BGHZ 17, 266, 278 - Grundig-Reporter; BGH GRUR 1988, 370, 372 - Achat; BGH GRUR 1996, 109, 114 f. - Klinische Versuche. Vgl. auch Zypries, Brigitte, Hypertrophie der Schutzrechte? GRUR 2004, 977. Vgl. aus der Rechtsprechung des US-Supreme Court bspw. Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986, 1003 (1984). Zur Debatte in den USA vgl. Gordon, Wendy J., A Property Right in Self-Expression, 102 Yale L.J. 1533 (1993); Becker, Lawrence C., Deserving to Own Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 609 (1993).

Aussicht auf das Urheberrecht zur Werkschöpfung motiviert hat und ob er die Rechtsposition wirtschaftlich auswertet.

2. Urheberrechtsspezifische Begründungsansätze

Für die kontinentaleuropäischen Urheberrechtsordnungen ist als zusätzlicher Begründungsansatz die persönlichkeitsrechtliche Theorie zu beachten. Bekanntlich haben die angelsächsisch geprägten Rechtsordnungen die Rekonzeptualisierung des Urheberrechts als „*ius personalissimum*“ des Urhebers, welche auf dem Kontinent Ende des 18. Jahrhunderts einsetzte,²⁵ nicht mitvollzogen.²⁶ In Deutschland, Frankreich und in den anderen „*Droit d’Auteur*“-Staaten konnte sich dagegen die Vorstellung durchsetzen, dass das Urheberrecht nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk schützt, sondern auch die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte. Stellt man die Person des Urhebers in den Mittelpunkt und gewährt rechtlichen Schutz, weil das Werk Ausdruck seiner Persönlichkeit ist, so kommt es nicht darauf an, ob und wie der Urheber das Werk veröffentlicht und verwertet. Der Schutz rechtfertigt sich dann durch die besondere Beziehung des Schöpfers zu seinem Werk.²⁷ Das Phänomen der Freien Software zieht diesen Begründungsansatz nicht in Zweifel. Ganz im Gegenteil: OSS offenbart das persönlichkeitsrechtliche Potential der Softwareentwicklung. Wer die Aussagen von Entwicklern liest, etwa von Linus Torvalds, kommt kaum umhin zuzugeben, dass der persönliche Bezug zum Programm im Einzelfall genauso ausgeprägt sein kann wie bei einem Maler oder Komponisten zu seinem Werk.²⁸ Den vereinzelten Stimmen in der Wissenschaft, welche die Vorschriften zum Urheberpersönlichkeitsrecht teleologisch reduzieren

²⁵ Zu den historischen Wurzeln der persönlichkeitsrechtlichen Urheberrechtstheorie siehe Bappert, Walter, *Wege zum Urheberrecht*, Frankfurt am Main 1962, S. 266; Strömholm, Stig, *Le droit moral de l’auteur en droit Allemand, Français et Scandinave*, Band I, Stockholm 1967, S. 115 ff. Vgl. auch Kellerhals, Miriam, *Die europäischen Wurzeln des Droit Moral*, GRUR Int. 2001, 438 ff.

²⁶ Mittlerweile finden sich auch im U.S. Copyright Act und im britischen Copyright, Designs and Patents Act 1988 Vorschriften persönlichkeitsrechtlicher Prägung.

²⁷ Vgl. hierzu auch Stallberg, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung* (Fn. 20), S. 138 ff.

²⁸ Siehe Torvalds, Linus, *Just for Fun*, München 2001, S. 220: „Geistiges Eigentum ist nicht ein ‚Eigentum‘, das wie ein bewegliches Gut verkauft werden kann, es ist ein Schöpfungsakt, das Größte, was ein Mensch je leisten kann. Es kann die Mona Lisa sein, aber es kann auch das Endergebnis einer langen Programmierarbeit sein, und es ist ein Endergebnis, auf das du als Programmierer verdammt stolz bist.“

und auf diese Weise Softwareentwickler vom Schutz ausnehmen wollen,²⁹ ist deswegen entgegenzutreten.

Überdies handelt es sich beim Anreizgedanken keineswegs um die einzig denkbare utilitaristische Urheberrechtstheorie. Es finden sich heute auch Stimmen, die das Urheberrecht als notwendige Bedingung eines freiheitlich-demokratisch verfassten Gemeinwesens ansehen.³⁰ Teil einer solchen Theorie ist die Überlegung, dass dem Urheber deswegen ein Ausschließlichkeitsrecht zugestanden werden soll, weil die Gesellschaft annehmen darf, dass der Werkschöpfer am besten beurteilen kann, ob und unter welchen Bedingungen er Werke schaffen und verbreiten möchte. Die Zuordnung des Rechts erfolgt nicht (oder jedenfalls nicht ausschließlich), um dem Urheber die wirtschaftliche Verwertung des Werkes zu gestatten, sondern - umfassender - um ihm die Steuerung der Kommunikationsprozesse anzuvertrauen. Die Gesellschaft gesteht also ein Immaterialgüterrecht zu, damit der Urheber zu einer pluralistischen und reichhaltigen Kultur beiträgt.³¹ Bei einer solchen Betrachtungsweise löst sich der Konflikt zwischen utilitaristischer Urheberrechtstheorie und Freier Software auf, denn OSS-Communities verwenden ihre Schutzrechte, wie oben ausgeführt, exakt in diesem Sinn.

4. Patentrechtsspezifische Theorien

Auch im Patentrecht finden sich utilitaristische Begründungsansätze jenseits der Anreiztheorie. Hier ist insbesondere die so genannte Offenbarungstheorie (auch Vertragstheorie) zu nennen, nach welcher dem Erfinder ein Ausschließlichkeitsrecht zuerkannt wird, weil er der Gesellschaft als Gegenleistung seine Erfindung in der Patentschrift offen legt.³² Dieser Ansatz erscheint in Anbetracht des Erfolges man-

²⁹ So insbesondere Lehmann, Michael, Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung, in: Friedrich-Karl Beier u.a. (Hrsg.), Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schrickler zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 543, 563 f. im Hinblick auf den Integritätsschutz aus § 14 UrhG.

³⁰ So insbesondere Netanel, Neil W., Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L. J. 283 ff. (1996). Vgl. zu diesem Ansatz auch Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung (Fn. 20), S. 271 ff.

³¹ Ähnlich Netanel, a.a.O., 352 f.: „Copyright is vital to maintaining the democratic character of public discourse in civil society. By supporting a market-based sector of authors and publishers, copyright achieves considerable independence from government administrators and private patrons who would otherwise meddle in expressive content.“

³² Vgl. Kraßer, Rudolf, Patentrecht, 5. Auflage, München 2004, S. 34 f.; Rogge, Rüdiger, in: Georg Benkard (Begr.), Patentgesetz, 10. Auflage, München 2006, PartG Einleitung, Rz. 2.

cher OSS-Entwicklung als fragwürdig, weil die Quelltexte hier ohnehin offen gelegt werden und somit ein solcher Austausch von vorneherein obsolet ist. Erfinder sind unter bestimmten Umständen bereit, ihre Betriebsgeheimnisse offen zu legen, auch wenn sie im Gegenzug kein Patent dafür erhalten. Die Innovationsprozesse in der OSS-Community verlaufen dennoch erfolgreich. Man sollte sich allerdings auch insoweit vor einer vorschnellen Verallgemeinerung hüten. Das Innovationsmodell der Freien Software kann nicht unbesehen auf sämtliche Felder innovativer Tätigkeit übertragen werden.

5. Zwischenergebnis

Natürlich kann es nicht Aufgabe dieses Beitrags sein, ein vollständiges Bild aller denkbaren außerrechtlichen Begründungen des Urheber- und Patentrechts zu zeichnen oder ihr Verhältnis zueinander abschließend zu klären.³³ Jede der Theorien wäre als solche einer vertieften Diskussion würdig, gleiches gilt für den üblich gewordenen Eklektizismus bei der Rechtfertigung des Urheber- und Patentrechts. In diesem Zusammenhang muss die Feststellung genügen, dass das Phänomen der Freien Software Teile der heute herrschenden Urheber- und Patentrechtstheorie mit einem Fragezeichen versieht, vor allem die wohlfahrtsökonomische Anreiztheorie und die patentrechtliche Offenbarungslehre, dass das Ausmaß dieser Erschütterung aber unklar ist, solange die Frage nach der Übertragbarkeit des Innovationsmodells auf andere Bereiche nicht abschließend untersucht ist. Zudem handelt es sich bei Anreiz- und Offenbarungstheorie lediglich um zwei unter mehreren Begründungsansätzen, die das heutige Vorverständnis vom Urheber- bzw. Patentrecht prägen. Dies gilt insbesondere für die kontinentaleuropäischen Urheberrechtsordnungen, die traditionell auch die nicht-wirtschaftlichen Interessen des Urhebers anerkennen. Auch stehen im Urheberrecht neuere utilitaristische Theorien zur Verfügung, die nicht allein auf den monetären Anreiz zur Schaffung von Werken abstellen. Im Hinblick auf den Patentschutz von Software hat das Wort vom Gegenmodell dagegen größere Berechtigung. Sieht man die Anreiz- und Offenbarungslehren (mit dem obigen Vorbe-

³³ Vgl. etwa zusätzlich die „universalistisch-transzendente Rechtfertigung des Urheberrechts“, die Stallberg, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung* (Fn. 20), S. 300 ff. vorschlägt. Siehe hierzu die Rezensionen von Dreier, Thomas, *GRUR* 2007, 128 ff. und Rösler, Hannes, *JZ* 2007, 185 f.

halt) als erschüttert an, so bliebe für den Patentschutz von Software als Rückzugsposition nur noch die moralische Rechtfertigung, dass der Erfinder als Belohnung für seine Leistung ein Patentrecht verdient, was in Anbetracht der erheblichen Kosten des Patentsystems als wenig schlagkräftige Begründung erscheint.

B. Reibungsflächen für Open Source Communities in einer nicht auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Ordnung des geistigen Eigentums

OSS-Gemeinschaften nutzen, wie oben gezeigt, ihre geistigen Eigentumsrechte für ihre Ziele. Auch sind die Friktionen zwischen Immaterialgüterrechtstheorie und OSS-Entwicklungsmodell in Anbetracht der verschiedenen theoretischen Ansätze weniger drastisch als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Dass sich OSS-Communities in dem bestehenden immaterialgüterrechtlichen Rechtsrahmen eingerichtet haben, heißt allerdings nicht, dass es keine Reibungsflächen gäbe. Die bestehende Ordnung des geistigen Eigentums ist nicht auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten. Reibungsflächen ergeben sich zum einen im Hinblick auf zwingend ausgestaltete Schutzbestimmungen im Urheberrecht, zum anderen im Hinblick auf patentrechtliche Fragen. Die ersten Urteile deutscher Gerichte sind gleichwohl zugunsten der klagenden OSS-Projekte ergangen.

I. Paternalistische Bestimmungen im Urheberrecht

Konfliktpotential bergen zunächst die paternalistischen Verfügungsverbote im deutschen Urheberrecht.³⁴ Manche Schutzbestimmungen zugunsten von Urhebern sind als unverzichtbar ausgestaltet. Ein vollständiger „opt out“ des Urhebers ist hier nicht möglich. Die sehr weitgehenden Befugnisse der Nutzer von Freier Software können sich insoweit als problematisch erweisen.

Ein erstes Beispiel für einen solchen urheberrechtlichen Schutz des Urhebers vor sich selbst bieten die Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Bereich des Urheberpersönlichkeitsrechts. Urheber können sich gegen Beeinträchtigungen oder Entstellungen ihrer Werke, die geeignet sind, ihre persönlichen oder geistigen Interessen am

³⁴ Vergleichbare Probleme stellen sich bspw. auch im französischen, österreichischen und niederländischen Recht, vgl. eingehend Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 232 ff.

Werk zu gefährden, zur Wehr setzen (§ 14 UrhG). Ein pauschaler Verzicht im Vorwege ist insoweit nicht möglich, schon gar nicht in allgemeinen Geschäftsbedingungen.³⁵ Die für OSS-Lizenzen typische Freiheit der Nutzer, das Programm nach Belieben verändern zu können, muss streng genommen als Pauschalverzicht gewertet werden, was in der Konsequenz zu einer Unwirksamkeit der Klausel führt.³⁶ Ein möglicher Ausweg aus diesem Dilemma könnte darin bestehen, entgegen der herrschenden Meinung³⁷ eine geltungserhaltende Reduktion der Klauseln dahingehend vorzunehmen, dass sie nur solche Veränderungen gestatten, die nicht gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht verstoßen. OSS-Communities wären freilich besser beraten, einen ausdrücklichen Vorbehalt in ihre Lizenzen aufzunehmen. Dies gilt umso mehr für Open Content Projekte, da bei Texten, Bildern usw. eine Gefährdung der persönlichen oder geistigen Interessen des Urhebers nicht nur in Ausnahmefällen gegeben sein dürfte.³⁸

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich für OSS-Communities im Hinblick auf zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch unbekanntes Nutzungsarten. Gemäß der bis zum 31.12.2007 gültigen Fassung des § 31 Abs. 4 UrhG war die Einräumung von Rechten an künftigen Nutzungsarten unwirksam. Stellte man hiernach auf den Zeitpunkt der ersten Lizenzierung durch den Rechtsinhaber ab,³⁹ so waren alle nach diesem Zeitpunkt bekannt gewordenen Nutzungsarten nicht mehr von der Lizenzierung umfasst. Es erschien deshalb nach der bisherigen Rechtslage als denkbar, dass Urheber von Freier Software für zunächst unbekanntes Nutzungsarten später zu einer herkömmlichen Vermarktung ihrer Programme umschwenken könnten, und zwar rückwirkend. Man stelle sich etwa vor, Linus Torvalds klopft eines Tages bei IBM an die Tür und verlangt Lizenzgebühren für entsprechende Nutzungsformen. Insoweit hat sich die Rechtslage jedoch mit der zum 01.01.2008 in

³⁵ Vgl. Metzger, Axel, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2001, S. 215 ff.,

³⁶ Vgl. Metzger, Axel, a.a.O., S. 220, Fn. 111.

³⁷ Grundlegend BGHZ 84, 109, 115 f. A.A. Basedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, München 2003, § 306, Rz. 12 ff. m.w.N.

³⁸ Vgl. hierzu Jaeger/Metzger, Open Content Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431, 434 f. Dementsprechend enthalten bspw. die deutschen Versionen der Creative Commons Lizenzen einen Vorbehalt für das Urheberpersönlichkeitsrecht, vgl. die Basislizenz „Namensnennung 2.0“ unter <http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/de/legalcode>. Zu Creative Commons vgl. auch unten C I.

³⁹ So Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 91 und Gerald Spindler, Urheberrecht, in: Gerald Spindler, Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, S. 87.

Kraft getretenen Urheberrechtsnovelle („2. Korb“) für die Zukunft geändert. Der statt dem bisherigen § 31 Abs. 4 UrhG a.F. nunmehr neu eingefügte § 31a UrhG gestattet grundsätzlich auch Verfügungen über unbekannte Nutzungsarten, verlangt hierfür allerdings die Einhaltung der Schriftform. Für Open Source- und Open Content-Lizenzen enthält die Regelung jedoch eine gesetzliche Ausnahme vom Schriftformerfordernis in § 31a Abs. 1 S. 2 UrhG.⁴⁰ Das Problem wurde dadurch erheblich entschärft.⁴¹ Dies gilt umso mehr, als auch für die neu eingefügten, wiederum als unverzichtbar ausgestalteten Vergütungsansprüche der Urheber gem. § 32c UrhG für die Verwertung unbekannter Nutzungsarten eine weitere Ausnahmvorschrift für OSS-Lizenzmodelle in § 32c Abs. 3 S. 2 UrhG eingefügt wurde.

Konfliktpotential bergen auch die im Jahr 2002 neu aufgenommenen Ansprüche des Urhebers auf angemessene Vergütung gemäß § 32 und weitere Beteiligung gemäß § 32a UrhG in sich.⁴² Die Ansprüche sollen die oftmals gestörte Vertragsparität zwischen Urheber und Verwerter ausgleichen, indem sie eine gesetzliche Korrektur der vertraglich vereinbarten Vergütung ermöglichen. Um die Umgehung zu verhindern, sind die Korrekturansprüche als unverzichtbar ausgestaltet. Dadurch ergeben sich Friktionen mit dem OSS-Lizenzmodell, welches den Verzicht aller Beteiligten auf jegliche Lizenzeinnahmen postuliert. Der Gesetzgeber hat dieses Problem erkannt und im Hinblick auf den Anspruch aus § 32 UrhG eine Ausnahmvorschrift für OSS und Open Content Lizenzen in das Gesetz aufgenommen („Linux-Klausel“). Für § 32a UrhG hatte man es zunächst versäumt, eine entsprechende Vorschrift vorzusehen. Diese Lücke wurde nunmehr aber durch den „2. Korb“ der Urheberrechtsreform durch die Neuregelung in § 32a Abs. 3 S. 3 UrhG geschlossen.⁴³

⁴⁰ Vgl. hierzu die Stellungnahme des ifrOSS vom 30.01.2006, http://www.ifross.de/ifross_html/art46.pdf und dem folgend die Stellungnahme des Bundesrates vom 19.05.2006, BR-Drucks. 257/06, S. 3.

⁴¹ Ungeklärt bleibt einstweilen allerdings, ob das Widerrufsrecht aus § 31a Abs. 1 S. 3 UrhG auch bei OSS-Lizenzmodellen Anwendung finden soll. Insoweit erschiene es als eine denkbare Lösung, die genannten Ausnahmvorschriften analog anzuwenden, da der Gesetzgeber ersichtlich das OSS-Lizenzmodell von den neuen Vorschriften im Urhebervertragsrecht ausnehmen wollte.

⁴² Vgl. zum Folgenden eingehend *Jäger/Metzger* (Fn. 1), S. 88 ff.

⁴³ Siehe Regierungsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 22.03.2006, abrufbar unter <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/>.

II. Patentrechtliche Fallstricke für Open Source Projekte

Probleme ergeben sich zudem im Hinblick auf den Patentschutz von Software. Das Thema OSS und Patentrecht ist komplex und kann hier nur cursorisch behandelt werden.⁴⁴

OSS-Communities weisen häufig keinen hinreichenden Organisationsgrad für eine Patentstrategie auf. Den Projekten selber fehlen die finanziellen Mittel und der Wille, Patentanmeldungen durchzuführen. Dass beteiligte Unternehmen bedeutende Patentportfolios im Bereich Informationstechnologie aufgebaut haben, bedeutet nicht, dass diese Schutzrechte für eine Verteidigung gegenüber Angriffen Dritter zur Verfügung stehen.⁴⁵ Im Verhältnis zu Dritten bleibt als Schutzmechanismus deshalb häufig nur eine möglichst gut dokumentierte Vorveröffentlichung. Was zum Stand der Technik gehört, kann nicht mehr als neue Erfindung beansprucht werden.

Gegen Ansprüche aus wirksam erteilten Patenten Dritter hilft freilich auch diese Strategie nicht. Hieran knüpft sich die Sorge, dass die zunehmende Dichte von Patentrechten im Bereich der Softwareentwicklung allgemein die Spielräume für Innovationen verengen könnte. Diese Sorge betrifft vor allem die Patentierung von abstrakt formulierten Algorithmen mit weitem Anwendungsbereich. Die Gefahr, unwissentlich ein Patent zu verletzen, abgemahnt zu werden und wieder von vorne beginnen zu müssen, droht insbesondere kleinen Softwarefirmen oder freien Programmierern, da ihnen in der Regel nicht die Möglichkeit offen steht, von einem Patentanwalt im Vorfeld einer „Neuentwicklung“ eingehende Patentrecherchen anstellen zu lassen.⁴⁶ Die Folge ist eine Verschwendung von Ressourcen, auch drohen Schadensersatzforderungen.

Patentrechtliche Konflikte können schließlich auch innerhalb von OSS-Communities entstehen. Die „Copyleft“-Klausel der GNU GPL ist nicht auf Anmeldungen

⁴⁴ Zum Patentschutz von Software allgemein vgl. den Beitrag von Thomas Dreier in diesem Band. Eingehend zu den praktischen Problemen von OSS-Communities im Hinblick auf das Patentrecht Jaeger/Metzger, *Open Source Software* (Fn. 1), S. 169 ff.

⁴⁵ Insoweit greift auch das Argument des AIPPI-Sonderausschusses Q 132 (siehe Basinski, Erwin u.a., *Patentschutz für computer-implementierte Erfindungen*, GRUR Int. 2007, 44, 50) zu kurz, wonach die an der Entwicklung von OSS beteiligten Unternehmen keine Absicht erkennen lassen, gegen andere Mitglieder der Community vorzugehen. Ebenso wichtig ist, ob die anderen Mitglieder von OSS-Projekten und die Nutzer der Programme vor Ansprüchen Dritter geschützt sind.

⁴⁶ Auf die Schwierigkeit der Recherche von Patenten in diesem Bereich verweist auch Horns, Axel, *Anmerkungen zu begrifflichen Fragen des Softwareschutzes*, GRUR 2001, 1, 12.

aus der Mitte des Projekts zugeschnitten.⁴⁷ Ansprüche seitens anderer Projektmitglieder sind dadurch denkbar. Diese können dazu führen, dass die Freiheiten der Nutzer im Umgang mit OSS ausgehebelt werden. Erste Beispiele aus der Praxis zeigen, dass entsprechende Konflikte erhebliche Sprengkraft für OSS-Projekte haben.⁴⁸

III. Erste Urteile deutscher Gerichte

Bislang haben die genannten Problemfelder jedoch nicht zu Urteilen gegen OSS-Communities geführt. Im Gegenteil: Die Landgerichte München und Frankfurt am Main haben die Tragfähigkeit der zentralen Bestimmungen der GNU GPL bestätigt.⁴⁹ Beide Fälle waren in mehrfacher Hinsicht unproblematisch: Es waren keine Verbraucher als Lizenznehmer betroffen, was die vertragsrechtlichen Probleme, insbesondere im Hinblick auf die AGB-Vorschriften der §§ 305 ff. BGB, minimierte; Kläger waren jeweils überschaubare Entwicklergruppen, so dass die schwierigen Fragen der Aktivlegitimation bei Klagen einzelner Teilnehmer keiner Entscheidung bedurften; die oben genannten urheberrechtlichen Problemfelder wurden nicht betreten, da weder unbekannte Nutzungsarten, noch urheberpersönlichkeitsrechtliche oder Ansprüche auf Grundlage der §§ 32, 32a UrhG in Frage standen; patentrechtliche Aspekte spielten keine Rolle etc. Der Stellenwert der Urteile sollte dennoch nicht unterschätzt werden. In Umkehrung des geflügelten Worts „hard cases make bad law“ haben die Entscheidungen aus München und Frankfurt zur Rechtssicherheit im Umgang mit Freier Software in Deutschland beigetragen.

Die Einzelheiten der Entscheidungen sollen hier nicht ausgebreitet werden. Ein Argument des LG München sei allerdings hervorgehoben, weil es einen Fingerzeig für weitere gesetzgeberische Aktivitäten im Zusammenhang mit Freier Software enthält. Im Rahmen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307

⁴⁷ Es bedarf einiges argumentativen Aufwands, um die Ziffer 2 b) der GNU GPL auch auf Patente zu beziehen, vgl. hierzu Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 186 ff. Ziffer 2.2 (b) Mozilla Public License bezieht dagegen ausdrücklich Patente der „Contributor“ ein. Die gegenwärtig in der Diskussion stehende neue Version 3 der GNU GPL wird dem Vernehmen nach ebenfalls eine ausdrückliche Einbeziehung von Patenten bringen, vgl. Ziffer 11 des letzten Entwurfs vom 27.07.2006, abrufbar unter <http://www.fsf.org/licensing/licenses/gpl.html>.

⁴⁸ Ein Beispiel für einen solchen Konflikt bietet der Streit um das U.S.-Patent 5,995,745 und die hierauf bezogene Open RTLinux Patent License, vgl. hierzu Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 191 ff.

⁴⁹ Siehe LG München, CR 2004, 774 mit Anm. Hoeren und Metzger; LG Frankfurt am Main, CR 2006, 729 mit Anm. Grützmacher.

Abs. 2 BGB heißt es zur Zulässigkeit der Ziffern 2 und 3 GNU GPL: „Die Kammer hat keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Bedingungen in Ziff. 2, 3 GPL. Der Lizenznehmer wird lediglich verpflichtet, die ihm kostenfrei zur Verfügung gestellte und gegebenenfalls bearbeitete Software so weiterzugeben, dass auch Dritte diese Software nutzen können. Das Grundprinzip der OSS-Software wird überdies von dem Gesetzgeber mit der Regelung in § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG ausdrücklich anerkannt.“⁵⁰ Die Linux-Klausel des § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG dient dem Gericht auch jenseits ihres eigentlichen Regelungsgehalts als Grundlage für ein systematisches Argument: Die Norm erkenne das zugrunde liegende „Open-Source Prinzip“ an, deshalb könne es sich bei den typischen Bestimmungen von OSS-Lizenzen nicht um unangemessene Klauseln im Sinne von § 307 Abs. 2 BGB handeln. Ob man so weit gehen sollte, bereits aus einer einzelnen Vorschrift die Anerkennung eines allgemeinen Prinzips abzuleiten, welches zur Auslegung anderer Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes und darüber hinaus herangezogen werden kann, mag hier dahingestellt bleiben. Entscheidend ist der methodische Ansatz, der sich hinter dem Argument verbirgt: Spezifische Gesetzesregeln dienen Praxis und Lehre stets auch als Basis für die Prinzipienbildung und für systematische Argumente. Jede weitere Spezialregelung im Urheberrechtsgesetz und an anderer Stelle, welche zugunsten des OSS-Lizenzmodells aufgenommen wird, verstärkt die „institutionelle Verkörperung“ eines entsprechenden Prinzips und erhöht seine Überzeugungskraft.⁵¹

C. Open Source Software als Modell für andere Bereiche innovativer Tätigkeiten

Fragt man nach dem Innovationspotential des OSS-Entwicklungsmodells, so liegt die Frage nach der Übertragbarkeit der Erfolgsgeschichte von GNU/Linux, Apache etc. auf andere Bereiche schöpferischer Tätigkeit nahe. Von den mit großer Euphorie gestarteten „Open Writing“ und „Open Music“ Projekten aus den späten 1990er Jahren hat man nach dem Launch meistens nichts mehr gehört. Die Übertragbarkeit des Modells auf andere Bereiche scheint also nicht ohne weiteres gegeben zu sein. Gleichwohl handelt es sich bei OSS Software nicht um eine historische Zufälligkeit.

⁵⁰ LG München, a.a.O., 776, Sp. 2 oben.

⁵¹ Vgl. Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 132.

Die freie Online-Enzyklopädie „Wikipedia“ belegt eindrucksvoll, dass es ernstzunehmende Netzwerke auch jenseits der Softwareentwicklung geben kann. Vielfach wird die gegenwärtige Entwicklung des Internets unter dem Stichwort „Web 2.0“ als die Hinwendung zu nutzergenerierten Inhalten beschrieben.⁵² Es sind heute vielfach die User, die die Inhalte der Webangebote erstellen.⁵³ Beispiele für offene Innovationsprozesse, in denen die Erfahrung und das Wissen von Nutzern und konkurrierenden Anbietern gebündelt werden, lassen sich auch außerhalb des Internets finden.⁵⁴ Die folgenden Bemerkungen konzentrieren sich auf „Freie“ Projekte im engeren Sinne, bei denen die Nutzer umfassende Rechte auf der Grundlage von Lizenzverträgen erwerben können und bei denen sie, im Fall einer aktiven Teilnahme, ihrerseits ebenfalls Rechte einräumen.⁵⁵ Im Anschluss sollen mögliche Faktoren für den Erfolg entsprechender Netzwerke vorgestellt werden.

I. Beispiele für „freie“ Innovationsnetzwerke jenseits von Software

Interessanterweise waren es jenseits der Softwareentwicklung zunächst nicht die Graswurzel-Communities, die von sich Reden machten, sondern juristisch-institutionelle Metaprojekte wie die „Creative Commons Initiative“⁵⁶ oder die „Open Access“-

⁵² Vgl. insbesondere O'Reilly, Tim, *The Open Source Paradigm Shift*, beide in: Joseph Feller u.a. (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, Cambridge/Mass. 2005, 461 ff. Vgl. auch Benkler, *The Wealth of Networks* (Fn. 2), S. 59 ff.

⁵³ Mitunter stellen sie auch die Infrastruktur, vgl. Benkler, a.a.O., S. 81 ff.

⁵⁴ Vgl. die Beispiele bei Harhoff, Dietmar/Henkel, Joachim/von Hippel, Eric, *Profiting from Voluntary Information Spillovers: How Users Benefit by Freely Revealing Their Innovations*, 32 *Research Policy* 1753, 1757 ff. (2003) und bei Herstatt, Cornelius/von Hippel, Eric, *From Experience: Developing New Products Via the Lead User Methode*, 9 *Journal of Product Innovation Management* 213 ff. (1992). Vgl. hierzu auch den Beitrag von Gerybadze in diesem Band.

⁵⁵ Vgl. hierzu auch den Beitrag von Lutterbeck, Bernd, *Open Source Communitys und Geistiges Eigentum*, in diesem Band, insbesondere die Anmerkungen unter der Überschrift „Innovationsmodelle und Wissen“. Lutterbeck ist grundsätzlich darin zuzustimmen, dass man das OSS-Entwicklungsmodell auch in den weiteren Bezugsrahmen „offener“ Innovationsmodelle stellen kann, bei denen Unternehmen kooperieren und ihre geistigen Eigentumsrechte „locker“ handhaben. Allerdings sollte man die konzeptionellen Unterschiede zwischen entsprechenden Unternehmenskooperationen und (wirklich) Freier Software nicht ohne Not verwischen. Es ist keineswegs so, dass alle Projekte und Initiativen, die sich an die Begrifflichkeit „Open Source“ anlehnen, auch tatsächlich entsprechende Freiheiten für jedermann oder zumindest für alle Beteiligten vorsehen. Deshalb erscheint es als fragwürdig, unterschiedslos alle Innovationsprozesse, bei denen die Beteiligten ihre Immaterialgüterrechte nicht nur für Verbote oder die Einnahme von Lizenzgebühren nutzen, bspw. Patentpools, Forschungsverbände oder Kooperationen mit Abnehmern, als Belege für einen Paradigmenwechsel in der Informationsordnung anzuführen.

⁵⁶ Siehe <http://creativecommons.org>.

Bewegung.⁵⁷ Beide Initiativen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie nicht selbst an der Schaffung von wissenschaftlichen oder sonstigen Inhalten beteiligt sind, sondern andere zu entsprechenden Aktivitäten ermutigen wollen. Die Open Access-Bewegung konzentriert sich hierbei auf die Wissenschaftswelt und hat sich bislang im Wesentlichen auf Absichtserklärungen beschränkt.⁵⁸ Creative Commons bietet demgegenüber eine Auswahl von Lizenztexten an, die es dem Rechtsinhaber erlauben, die Rechte und Pflichten der Nutzer genauer festzulegen. Die Creative Commons Lizenzen wurden zwischenzeitlich in zahlreiche Sprachen übersetzt und auf die jeweiligen Urheber- und Vertragsrechtssysteme angepasst.⁵⁹ Der Erfolg von Creative Commons ist gleichwohl schwer zu bemessen. Einerseits scheint es heute im Internet von frei erhältlichen Inhalten unter den „CC“-Lizenzen zu wimmeln, andererseits hat es bislang an namhaften Einzelprojekten gemangelt, die es mit der Erfolgsgeschichte von GNU/Linux aufnehmen könnten.

Dies scheint sich nun langsam zu ändern. Beispiele für freie Netzwerke finden sich mittlerweile in den Hitlisten der weltweit am häufigsten besuchten Webangebote. Die freie Online-Enzyklopädie „Wikipedia“ belegt laut einem Branchendienst gegenwärtig weltweit Platz 11, in Deutschland Platz 6 und in den USA Platz 8 auf der Liste der meistbesuchten Webangebote.⁶⁰ Wikipedia beinhaltet heute über 1.500.000 englischsprachige und über 500.000 deutsche Artikel, die von Freiwilligen geschrieben und aktualisiert wurden. Alle Texte unterstehen einer freien Lizenz, der GNU Free Documentation License.⁶¹ Die eingefügten Bilder sind teilweise gemeinfrei, teilweise stehen sie unter Creative Commons Lizenzen. In einer von der Zeitschrift Nature durchgeführten Vergleichsstudie wiesen 42 Beiträge zu wissenschaftlichen Themen in Wikipedia und der Encyclopedia Britannica keine erheblichen Abweichungen bei der Zahl der Fehler auf.⁶²

⁵⁷ Siehe <http://www.soros.org/openaccess/g/index.shtml>.

⁵⁸ Aus deutscher Sicht besonders interessant ist die „Berliner Erklärung“, welche von zahlreichen deutschen Forschungsorganisationen im Jahr 2003 unterzeichnet wurde, abrufbar unter http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/Berliner_Erklaerung_dt_Version_07-2006.pdf

⁵⁹ Siehe „Creative Commons International“, <http://creativecommons.org/worldwide>.

⁶⁰ Siehe <http://www.wikipedia.org>. Die folgenden Zahlen sind den Statistiken von <http://www.alexa.com> entnommen.

⁶¹ GNU Free Documentation License, Version 1.2., abrufbar unter <http://www.fsf.org/licensing/licenses/fdl.html>.

⁶² Siehe Giles, Jim, Internet encyclopaedias go head to head, vom 14.12.2005, aktualisiert am 28.03.2006, abrufbar unter <http://www.nature.com/news/2005/051212/full/438900a.html>: „The

Ein zweites Beispiel bietet die Fotodatenbank „Flickr“.⁶³ In der weltweiten Statistik belegt Flickr.com gegenwärtig Platz 42, in Deutschland Platz 32, in den USA Platz 19. Die Datenbank enthält heute über 250 Millionen Fotos,⁶⁴ davon 25 Millionen, die unter verschiedenen Creative Commons Lizenzen von jedermann frei genutzt werden können.⁶⁵ Die Fotos werden von den Nutzern selbst mit Stichworten versehen und können dementsprechend ohne größeren Aufwand gesucht werden. Flickr lässt sich von den Nutzern nur einfache Rechte an den Fotos einräumen, um diese überhaupt auf der Webseite aufnehmen zu können. Weitergehende Rechte werden nicht eingeräumt.⁶⁶

Die Liste ließe sich verlängern. Webangebote, die auf der kreativen Mitwirkung ihrer Nutzer aufbauen, sprießen gegenwärtig wie Pilze aus dem Boden. Freilich ist nicht alles, was unter dem Begriff „Web 2.0“ zusammengefasst wird, wirklich mit OSS-Entwicklung vergleichbar. Beispielhaft seien die Kundenrezensionen des Online-Buchhändlers Amazon genannt. Branchenkenner sehen das Erfolgsgeheimnis von Amazon in den Rezensionen der Bücher und anderen Waren, die Kunden bei Amazon einstellen können.⁶⁷ Amazon lässt sich in seinen AGB jedoch die ausschließlichen Rechte für jegliche Nutzung der Rezensionen einräumen.⁶⁸ Die Ähnlichkeiten zu OSS sind also begrenzt.

II. Erfolgsfaktoren für Open Source-ähnliche Innovationsprozesse

Die Voraussetzungen der Übertragbarkeit des Entwicklungs- und Vertriebsmodells OSS auf andere Felder innovativer oder kreativer Tätigkeit sind mittlerweile gut erforscht.⁶⁹ Eine Reihe ökonomischer Studien beleuchten das Innovationsmodell von OSS und lassen mögliche Faktoren des Erfolgs erkennen:

exercise revealed numerous errors in both encyclopaedias, but among 42 entries tested, the difference in accuracy was not particularly great: the average science entry in Wikipedia contained around four inaccuracies; Britannica, about three.“

⁶³ Siehe <http://www.flickr.com>.

⁶⁴ Vgl. <http://www.heise.de/tr/artikel/78356>.

⁶⁵ Vgl. <http://www.flickr.com/creativecommons/>.

⁶⁶ Vgl. Ziffer 9 der insoweit maßgeblichen „Yahoo! Terms of Service“, abrufbar unter <http://info.yahoo.com/legal/us/yahoo/utos/utos-173.html>.

⁶⁷ Vgl. O'Reilly, *The Open Source Paradigm Shift*, (Fn. 52), 461, 473.

⁶⁸ Siehe Ziffer 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, abrufbar unter <http://www.amazon.de>.

⁶⁹ Vgl. aus der Vielzahl der Beiträge Benkler, *The Wealth of Networks* (Fn. 2), S. 91 ff.; Gutsche, Jörg,

1. Sequentielle und komplementäre Entwicklung

Entsprechende Modelle kommen vor allem für solche geistigen Güter in Frage, deren Entwicklung sequentiell und komplementär erfolgt, das heißt, die Entwicklung setzt erstens auf vorhergehenden Beiträgen auf und geht in kleinen Schritten voran und lässt sich zweitens durch die Teilnahme vieler Urheber/Erfinder besser bewerkstelligen.⁷⁰ Dies ist bei einigen Schöpfungsprozessen denkbar, aus dem Bereich der urheberrechtlichen Werkarten etwa bei Karten, Sammelwerken und Datenbanken aller Art. Gegenbeispiele wären Musikwerke oder fiktionale Texte.

2. Intrinsische Motivation einiger Teilnehmer

Jedenfalls für einige Urheber/Erfinder muss eine intrinsische Motivation für innovative Tätigkeit bestehen, um eine gewisse Dynamik zu erzeugen. Ohne „Kerncommunity“ sind solche Projekte nur schwer vorstellbar. Der Grund hierfür ist, dass sich der Einstieg für extrinsisch Motivierte, etwa Unternehmen, die Geld verdienen wollen oder Teilnehmer, die durch die Mitarbeit bekannt werden wollen, erst bei einer gewissen Reife des Projekts lohnt.⁷¹ In Bereichen, in denen die Entwicklungskosten von vornherein sehr hoch sind, etwa in der pharmazeutischen Industrie oder in der Filmproduktion, wird es typischerweise an dieser Bedingung fehlen.⁷² Osterloh, Rota und Kuster bringen es auf den Punkt: „Auch unter den intrinsisch motivierten Individuen sind Märtyrer und Heilige nur selten anzutreffen. Wohltäter tragen umso eher zu einem öffentlichen Gut bei, je niedriger die Kosten sind.“⁷³ Deshalb eignen sich sequentielle Entwicklungsprozesse besonders gut für Innovationen in Netzwer-

Ökonomische Analyse offener Software, Diss. Mannheim 2005/06, abrufbar unter <http://bibserv7.bib.uni-mannheim.de/madoc/volltexte/2006/1169>; von Hippel, Eric, Open Source Software Projects as User Innovation Networks, in: Joseph Feller u.a. (Hrsg.), Perspectives on Free and Open Source Software, Cambridge/Mass. 2005, S. 267 ff.; Lerner/Tirole, Some Simple Economics of Open Source (Fn. 19); Osterloh/Rota/Kuster, Open-Source-Softwareproduktion: Ein neues Innovationsmodell (Fn. 19) jeweils m.w.N.

⁷⁰ Vgl. Osterloh/Rota/Kuster, Open-Source-Softwareproduktion: Ein neues Innovationsmodell (Fn. 19), 130; ähnlich Benkler, The Wealth of Networks (Fn. 2), S. 100.

⁷¹ Manche Projekte starten freilich auch mit einem fast fertigen Programm; Beispiele sind Mozilla oder Open Office, die als kommerzielle Produkte (Netscape bzw. Star Office) nicht mehr erfolgreich waren und daraufhin als OSS Software frei gegeben wurden, vgl. Jaeger/Metzger, Open Source Software (Fn. 1), S. 51 f.

⁷² So auch Lerner/Tirole, Some Simple Economics of Open Source (Fn. 19), 231.

⁷³ Osterloh/Rota/Kuster, Open-Source-Softwareproduktion: Ein neues Innovationsmodell (Fn. 19), 130.

ken. Die einzelnen Beiträge sind nicht besonders kostenintensiv. OSS-Projekte müssen deswegen Sorge tragen, dass die intrinsische Motivation nicht abgewürgt wird durch zu viele Trittbrettfahrer. Hier helfen die Lizenzen, insbesondere die „Copyleft“-Klauseln.⁷⁴ Dass eine kritische Zahl intrinsisch motivierter Teilnehmer unverzichtbar ist, soll nicht heißen, dass die anderen Teilnehmer unwichtig wären. Viele der Entwickler, die GNU/Linux und den anderen bekannten Freien Programmen zum Erfolg verholfen haben, sind Angestellte von Unternehmen oder solche, die vor allem an der eigenen Reputation interessiert sind.⁷⁵

3. Anreiz zur Offenlegung

Jedenfalls für einige Teilnehmer muss ein Anreiz bestehen, die Innovationen offenzulegen.⁷⁶ Diese Bedingung ist oftmals dann gegeben, wenn für den einzelnen Urheber/Erfinder eine herkömmliche Nutzung des geistigen Eigentums ausscheidet, weil sich der einzelne Beitrag nicht für eine gesonderte Vermarktung eignet, etwa wegen seiner Geringfügigkeit. „Copyleft“-Klauseln erhöhen auch hier die Chance. Zusätzliche Motivation dürfte die Erfahrung von Teilnehmern mit sich bringen, selbst gewinnbringend auf Beiträge anderer Teilnehmer zugegriffen zu haben. Gleiches gilt für die Absicht, dies künftig zu tun.

4. Wettbewerbsfähiger Verbreitungsmechanismus

Schließlich müssen die den Teilnehmern zur Verfügung stehenden Verbreitungsmechanismen sich im Wettbewerb mit anderen Anbietern durchsetzen können.⁷⁷ Hier kommt die besondere Bedeutung des Internets für den Erfolg von OSS-Projekten ins Bild. Ohne eine entsprechende Verbreitungsmöglichkeit ergäben sich Abhängigkeiten von Distributoren, der direkte Kontakt zwischen den Urhebern/Erfindern würde verzögert oder sogar unterbunden, die Dynamik der Projekte ginge verloren. Dies belegt das Beispiel der Entwicklung des Linux-Kernels:

⁷⁴ Osterloh/Rota/Kuster, a.a.O., 131.

⁷⁵ Vgl. Gutsche, *Ökonomische Analyse offener Software* (Fn. 69), S. 42 ff. und 73 ff.

⁷⁶ von Hippel, *Open Source Software Projects as User Innovation Networks* (Fn. 69), 273 f.

⁷⁷ von Hippel, *Open Source Software Projects as User Innovation Networks* (Fn. 69), 274 f.

Linus Torvalds erklärte Strategie war es hierbei, Entwürfe möglichst früh zu veröffentlichen. Am Anfang wurden wöchentlich, manchmal sogar täglich neue Kernel-Versionen ins Internet gestellt: „Release often, release early.“⁷⁸ Auf diese Weise konnten andere Entwickler von Anfang an einbezogen werden, was den Prozess insgesamt beschleunigte. Es ist also durchaus kein Zufall, dass die oben genannten Beispiele für funktionsfähige Netzwerke im Internet zu finden sind.⁷⁹

D. Schlussfolgerungen

1. Trotz einiger Rechtsprobleme in Einzelfragen hat sich der immaterialgüterrechtliche Rechtsrahmen im Großen und Ganzen als flexibel genug erwiesen, um die Besonderheiten von OSS-Lizenzmodellen abzubilden. Das Urheberrecht fördert OSS-Communities, weil das geistige Eigentum den Teilnehmern überhaupt erst Gestaltungs- und Sanktionsmöglichkeiten im Hinblick auf die Regeln des Zusammenwirkens in den Projekten an die Hand gibt. Eine Ausweitung des Patentschutzes könnte sich dagegen als Hindernis für eine weiterhin gute Entwicklung von OSS-Software erweisen.

2. Der Erfolg des OSS-Entwicklungsmodells lässt Zweifel an Teilen der heute vorherrschenden außerrechtlichen Begründung des Urheber- und Patentrechts aufkommen. Dies gilt insbesondere für den Anreizgedanken und die im Patentrecht relevante Offenbarungstheorie. Die Zweifel betreffen jedoch nur einzelne Begründungsstränge, nicht jedoch das ganze Bündel möglicher Rechtfertigungen für die Anerkennung geistiger Eigentumsrechte. Zudem kann das Ausmaß der Erschütterung nicht abschließend bewertet werden, solange die Übertragbarkeit des Entwicklungsmodells auf andere Innovationsfelder nicht geklärt ist.

⁷⁸ Vgl. Raymond, Eric, *The Cathedral and the Bazaar*, abrufbar unter <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar>.

⁷⁹ Natürlich ist auch die Entwicklung von körperlichen Gütern in entsprechenden Innovationsnetzwerken denkbar, auch können Nutzer auf andere Weise als über das Internet an der Fortentwicklung von Gütern beteiligt werden, etwa über Workshops u.a. Dies gilt gerade dann, wenn nur wenige industrielle Nutzer für bestimmte Güter in Frage kommen. Vgl. die Beispiele bei Harhoff/Henke/von Hippel, *Profiting from Voluntary Information Spillovers* (Fn. 54) und bei Herstatt/von Hippel, *From Experience: Developing New Products Via the Lead User Methode* (Fn. 54).

3. Was die Übertragbarkeit des Modells betrifft, so scheinen solche geistigen Güter für OSS-ähnliche Innovationsprozesse besonders geeignet zu sein, die sich aus vielen kleinen Beiträgen zusammensetzen und die dem einzelnen Teilnehmer keine zu hohen Investitionen abverlangen. Weitere Erfolgsfaktoren sind eine Kerngruppe intrinsisch motivierter Teilnehmer, die dem Projekt die erforderliche Anfangsdynamik verleihen sowie die Möglichkeit des dezentralen Vertriebs über das Internet. Das Beispiel „Wikipedia“ zeigt, dass eine Übertragung des Modells möglich ist. In anderen Bereichen, etwa in der Pharma- oder Filmindustrie, bestehen dagegen höhere Hürden für entsprechende Projekte.

4. Die Leistungsfähigkeit des Modells kann letztlich nur im Wettbewerb mit dem Anreizmodell des geistigen Eigentums ausgelotet werden. Dies bedeutet für den Rechtsrahmen, dass dieser hinreichend liberal und flexibel ausgestaltet sein muss, um als Grundlage für beide Innovationsmodelle zu dienen. Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahren die Bereitschaft erkennen lassen, bei Änderungen des Urheberrechtsgesetzes die spezifischen Anforderungen von OSS-Communities zu berücksichtigen. Dieser Weg sollte weiter verfolgt werden. Wie die Argumentation des LG München zeigt,⁸⁰ kann die schrittweise Verankerung einer OSS-freundlichen Urheberrechtsordnung als Auslegungskriterium auch jenseits der geregelten Fragen Bedeutung erlangen. Hier dürfte auch die Lösung für manche der beschriebenen Reibungsflächen zwischen dem Entwicklungsmodell OSS und dem immaterialgüterrechtlichen Rahmen liegen. Daneben bedürfen die OSS-Lizenzen der Anpassung und Fortentwicklung.

⁸⁰ Vgl. LG München, CR 2004, 774, 776.