

LG Berlin, Urteil vom 8.11.2011 – 16 O 255/10, Wirkung der GNU GPL auf Sammelwerke - *Surfsitter*

**Leitsätze (der Redaktion):**

1. Der Hersteller einer Firmware, welche als Sammelwerk i.S.v. §§ 4, 69a UrhG anzusehen ist, kann keinen Unterlassungsanspruch gegenüber einem Dritten geltend machen, wenn das Sammelwerk der GPL unterliegt.
2. Die Modifikation einer unter der GPL stehenden Software kann einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch begründen, soweit durch die Modifikation die Funktion der Ursprungssoftware nachteilig beeinträchtigt wird, und der Nutzer die Fehlfunktion dem Hersteller der Ursprungssoftware oder des Gerätes, in dem die Open Source Software enthalten ist, zurechnet.
3. Die Nebenintervention des Urhebers einer unter GPL stehenden Software auf Seiten des Beklagten ist zulässig, wenn der Kläger die Untersagung der Softwarenutzung insgesamt, einschließlich derjenigen Komponenten, an denen der Nebenintervenient die ausschließlichen Nutzungsrechte besitzt, begehrt, und die Gefahr möglicher Regressforderungen des Beklagten gegen den Urheber besteht.

**Zum Sachverhalt:**

Die Klägerin ist einer der führenden Anbieter von DSL-Endgeräten in Europa. Sie vertreibt seit 2004 u.a. verschiedene Produkte unter der Bezeichnung „FRITZ!Box“ (im Folgenden: Fritzbox) und ist Inhaberin folgender beim DPMA eingetragener Marken: ...

Die Firmware wird mit Anschluss des Gerätes mit standardisierten Schnittstellen an das Stromnetz in Funktion gesetzt. Dabei steht auf der Homepage der Klägerin die jeweils aktuelle Version der Firmware zum Download zur Verfügung. Nach dem Start der Firmware stehen dem Anwender sämtliche Funktionen der Fritzbox zur Verfügung, wobei die Klägerin dem Erwerber der Fritzbox das nicht ausschließliche Nutzungsrecht an der Software/Firmware einräumt, die ausschließlich im Objekt Code-Format überlassen wird. Darüber hinaus gewährt die Klägerin dem Kunden eine fünfjährige Herstellergarantie unter Ausschluss von Mängeln, die infolge einer nicht vorschriftsgemäßen Installation oder Defekten in der Systemumgebung (Hard- oder Software Dritter) auftreten.

Die Firmware enthält betreffend den so genannten Kernel des Betriebssystems Open Source Software, nämlich eine modifizierte Form des sog. Linux-Kernels, darunter die Software „msdosfs/FAT“, „mtd“ und „netfilter/iptables“.

Die Beklagte vertreibt als so genannte Jugendsoftware u.a. die Software „Surf-Sitter DSL“ (Surfsitter), ...

Der dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beigetretene Nebenintervenient ist Softwareprogrammierer und Inhaber eigener Urheberrechte sowie abgeleiteter ausschließlicher Nutzungsrechte an Teilen des Linux-Kernels, der sowohl in der Firmware der Klägerin als auch in der Surfsitter-Software der Beklagten enthalten ist.

Die Software Surfsitter wird den Kunden auf einem USB-Speichermedium zur Verfügung gestellt, das er mit seinem PC verbindet. Der PC ruft daraufhin die auf der Fritzbox installierte Firmware oder die auf der Internetseite der Klägerin bereit gestellte aktuelle Version der Firmware auf und speichert sie auf dem PC des Nutzers zwischen. Der PC installiert sodann die modifizierte Software auf der Fritzbox. Dabei werden Funktionen der Fritzbox deaktiviert, nämlich das sog. DSL-Interface, der vorgesehene Internetzugang - dieser werde durch einen „Surf-Sitter-Internetzugang“ ersetzt -, die Firewall, die Kindersicherung sowie bestimmte Dienste, wie z.B. T-Home Entertain. Beim anschließenden Aufrufen der Fritzbox-Benutzeroberfläche sind die Änderungen zunächst nicht erkennbar. Allerdings erscheint auch bei bestehender Internetverbindung der Status „nicht verbunden“. Zudem wird die Kinderschutzfunktion fälschlich als aktiv bezeichnet. In der Firmware der Fritzbox ist zusätzlich eine Surfsitter-Benutzeroberfläche verankert.

Die Software der Beklagten entfernt mittels der Datei „rmmod“ die Programme „dsld“, „userman“, „usermand“, „kdsldmod“ und „avmike“ aus dem Arbeitsspeicher der Fritzbox, so dass sie sich anschließend auf dem Speichermedium befinden. Dies geschieht durch eine Bearbeitung des Kernels. Diese Programme dienen u.a. den Funktionen LED/Taster, Routing, Firewall und Kindersicherung der Fritzbox. Die Module Kindersicherung, Firewall, User Management, Networking und IP-TV sowie alle damit einhergehenden Dateien werden in der Folge

nicht mehr angesteuert. Die Module Steuerung LED/Taster, Service Steuerung, Steuerung Benutzeroberfläche, Steuerung Protokolle W-LAN, Steuerung Protokolle Computer Ethernetgeräte und Steuerung Protokolle DSL werden teilweise nicht mehr angesteuert. Eine komplette Entfernung der Programme erfolgt nicht.

Die Software der Beklagten lädt die Dateien „ar7cfgctl“ und „allcfgconv“ vom Speichermedium in den Arbeitsspeicher der Fritzbox. ...

Die Klägerin behauptet, es handele sich bei der Firmware nicht um eine völlig banale Programmgestaltung, sondern um ein ausschließlich von angestellten Softwareprogrammierern erstelltes komplexes System mit zahlreichen Software-Modulen, deren Programmierung jeweils komplex sei. ... Die Klägerin ist der Ansicht, die Firmware und die Auswahl und Anordnung der Module und Dateien sei eigenschöpferisch, da es eine festgelegte Auswahl nicht gebe. Es handele sich um ein Sammelwerk im Sinne von § 4 UrhG. Indem nach der Installation von Surfsitter ihre Firmware von ihrer Internetseite herunter geladen werde, vervielfältige die Beklagte die in der Firmware enthaltenen proprietären Programme im Sinne von § 69c Nr. 1 UrhG. Durch die Bereitstellung von Updates auf ihrer Internetseite willige sie nicht generell in das Herunterladen der Firmware ein, da die Firmware ausschließlich ihren Kunden und nicht jedermann zum freien Download zur Verfügung gestellt werde. ...

Das Hinzufügen eines weiteren DSL-Interface und eines weiteren Internetzugangs, einer weiteren Firewall, einer weiteren Kindersicherung sowie einer eigenen Surfsitter-Benutzeroberfläche durch Surfsitter stelle ebenfalls eine Umarbeitung im Sinne von § 69c Nr. 2 UrhG dar.

Zudem bestehe ein Unterlassungsanspruch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG. Gemäß § 24 Abs. 2 MarkenG habe die Klägerin als Markeninhaberin eine Produktveränderung auch nach Inverkehrbringen nicht zu dulden. Es liege eine Beeinträchtigung der Herkunfts- und Garantiefunktion vor, da die Eigenart der Ware durch Ersetzen der installierten durch eine andere Software verändert werde. Die Beklagte sei auch als Täter anzusehen, da die Installationsvorgänge vom Nutzer unbemerkt und ohne Einwirkungsmöglichkeit abliefen. ... Zudem ergebe sich der Unterlassungsanspruch aus §§ 8, 3, 4 Nr. 10 und 11 UWG. Die Beklagte wirke durch das von ihr angebotene Produkt auf das klägerische Produkt ein. Der Verbraucher ordne die durch die Installation von Surfsitter ausgelösten Fehlfunktionen der Klägerin zu. So werde ihr guter Ruf beeinträchtigt und gezielt in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung behindert. Zudem sei es zu zahlreichen Anrufen wegen technischer Probleme bei der Kundenbetreuung gekommen. ...

Die Beklagte behauptet, bei der Firmware der Klägerin handele es sich nicht um ein einheitliches Softwareprogramm, sondern um eine Vielzahl verschiedener Programme bzw. selbständiger Werke im Sinne von § 69a UrhG. Der Kernel sei der einzige Bestandteil der Firmware, der von Surfsitter tatsächlich bearbeitet werde, nicht aber etwaige proprietäre Softwarebestandteile der Firmware. ...

Die Beklagte behauptet zudem, der Umstand, dass die Benutzerschnittstelle das Nichtbestehen einer Internetverbindung anzeige, obwohl eine Verbindung bestehe, folge allein daraus, dass die Firmware der Klägerin das Bestehen einer Internetverbindung gar nicht prüfe. Zudem würde der Kunde diesen vermeintlichen Mangel der Beklagten und nicht der Klägerin zuordnen. Es handele es sich nicht um eine wesentliche Beeinträchtigung der Fritzbox, sondern um eine Information, die der Nutzer nur in Ausnahmefällen zur Kenntnis nehme. Schließlich werde der Kunde nach der Installation von Surfsitter ausdrücklich auf diese vermeintliche Fehlfunktion hingewiesen.

Der Nutzer von Surfsitter könne den Installationsprozess nicht durchlaufen, ohne durch Setzen eines Häkchens zu bestätigen, dass er zur Kenntnis genommen habe, dass die Installation von Surfsitter bewirke, dass die Onlinestatusanzeige der Fritzbox ohne Funktion sei, dass die Kindersicherung nicht mehr verwendet werden könne und dass die Firewall durch eine Linux Standard Firewall ersetzt werde.

Schließlich behauptet die Beklagte, dass ihre Software nach Erlass der einstweiligen Verfügung durch die Kammer dergestalt verändert worden sei, dass der Kunde ihre Software nur dann installieren könne, wenn er bestätige, dass er zur Kenntnis genommen habe, dass die Installation von Surf-Sitter bewirke, dass die Onlinestatusanzeige der Fritzbox ohne Funktion sei, dass die Kindersicherung der Firmware nicht mehr verwendet werden könne und das die Firewall der Firmware durch eine andere Firewall ersetzt werde. Eine Rufbeeinträchtigung könne nicht vorliegen, da Funktionen der Fritzbox nur in einer für die Nutzer erkennbaren Weise verändert werden würden.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Firmware genieße keinen selbständigen, über den Schutz seiner Bestandteile hinausgehenden eigenen urheberrechtlichen Schutz. Der Auswahl und Zusammenstellung der Bestandteile komme keine Individualität zu. Da die Firmware auch Open Source Software enthalte, müssten ihr die Rechte gemäß § 2 der General Public License (GPL) von den Urhebern eingeräumt werden. Nach dem aus § 3 GPL folgenden Copyleft-Prinzip sei die Vervielfältigung und Weitergabe von Bearbeitungen eines Programms nur zulässig, wenn diese unter den Lizenzbedingungen der GPL erfolge, um zu verhindern, dass Open Source Software zu proprietärer Software umgewandelt werde. Daher würden gemäß § 4 GPL sämtliche Rechte aus einer Lizenz erlöschen. Auch wenn man die Firmware als Sammelwerk im Sinne von § 4 Abs. 1 UrhG ansähe, dürfte dieses nach § 2 GPL auch nur unter der GPL vertrieben werden. Gemäß § 4 GPL besitze die Klägerin in jedem Fall keine Nutzungsrechte an den Open Source Bestandteilen der Firmware. Gemäß § 2 GPL werde dem Nutzer das Recht zur Bearbeitung des Kernels eingeräumt, das er durch die Installation von Surfsitter wahrnehme.

... Eine Kennzeichennutzung durch die Beklagte erfolge nicht. Es liege auch keine mittelbare Verletzungshandlung vor, da der Nutzer selbst über die Installation entscheide und daher keinem Irrtum unterliege.

- 109 -

Die Beklagte ist weiterhin der Ansicht, es fehle an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien. Durch die Installation von Surfsitter werde keine Fehlfunktion hervorgerufen.

Zudem liege keine Anstiftung der Kunden der Klägerin zum Rechtsbruch vor, da kein Lizenzvertrag vorliege. Auch würde kein Garantieanspruch der Kunden durch die Installation von Surfsitter verloren gehen. Da die Firmware der Klägerin gar nicht prüfe, ob eine Internetverbindung bestehe, sondern lediglich, ob das Firmwaremodul funktioniere. Hierdurch werde die Funktionalität der Fritzbox nur unerheblich beeinträchtigt, so dass eine Rufschädigung nicht in Betracht komme. ...

....

#### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

Die Nebenintervention ist zulässig. Der Streithelfer hat ein rechtliches Interesse an der Nebenintervention, § 66 ZPO. Als Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte an Bestandteilen des Linux-Kernels, die von der Klägerin verwandt werden, wendet er sich gegen die von der Klägerin mit dem Hauptantrag verfolgte Unterlassungsverfügung, der Beklagten Änderungen der Firmware insgesamt, also auch der Komponenten, an denen er die ausschließlichen Nutzungsrechte besitzt, zu untersagen. Es bestünde die Gefahr möglicher Regressforderungen der Beklagten als Inhaberin von Lizenzrechten gegen den Nebenintervenienten. Auch die Klägerin hat die Zulässigkeit der Nebenintervention selbst nicht in Abrede gestellt. ...

Die Klage ist nur hinsichtlich des Hilfsantrags begründet, im Übrigen aber unbegründet.

Der Klägerin stehen keine urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche zu. Sie hat gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß §§ 97 Abs. 1, 69c Nr. 1 UrhG, es zu unterlassen, Kunden mittels der Software „Surf-Sitter DSL“ dazu zu veranlassen, bei Installation der Software „Surf-Sitter DSL“ auf einem Personalcomputer die jeweilige Firmware der Klägerin für die von dieser angebotenen bzw. vertriebenen DSL Router von einer Internetseite herunterzuladen und dadurch zu vervielfältigen (Antrag zu 1a)). Weiterhin hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß §§ 97 Abs. 1, 69c Nr. 2 UrhG, es zu unterlassen, ihre Firmware für DSL-Router dergestalt umzuarbeiten, dass Dateien der Firmware, insbesondere die Dateien „usermand“, „dsld“, „userman“ und/oder „kdsldmod“ aus dem ausführbaren Speicher entfernt werden (Antrag zu 1b)) bzw. dass Komponenten und/oder Dateien, insbesondere für ein DSL-Interface, für einen Internetzugang, für eine Kindersicherung, für eine Firewall und/oder für eine Surf-Sitter Benutzeroberfläche, hinzugefügt werden (Antrag zu 1c)). Schließlich hat die Klägerin keinen Anspruch gemäß §§ 97 Abs. 1, 69c Nr. 1 UrhG, es zu unterlassen, Kunden der Beklagten mittels der Software „Surf-Sitter DSL“ dazu zu veranlassen, bei Installation der Software „Surf-Sitter DSL“ Dateien der Firmware, insbesondere die Dateien „ar7cfgctl“ und/oder „allcfgconv“ von dem Speichermedium in den Arbeitsspeicher der FRITZ!Box zu laden und dadurch zu vervielfältigen (Antrag zu 1f)).

Es kann dahinstehen, ob die Anträge der Klägerin insoweit zu weit gefasst sind, wie die Beklagte meint. Denn die geltend gemachten Ansprüche bestehen bereits es folgenden Gründen nicht:

Bei der Firmware handelt es sich um ein Sammelwerk im Sinne von § 4 Abs. 1 UrhG. Ein Sammelwerk liegt vor, wenn die Auswahl oder Anordnung der das Sammelwerk bildenden Elemente eigenschöpferisch ist. Geschützt ist dabei, auch die Kleine Münze, also diejenigen Gestaltungen, die bei einem Minimum an Gestaltungshöhe gerade noch urheberrechtsschutzfähig sind (Wandte/Bullinger, UrhR, 3. Auflage 2009, § 4 UrhG Rn. 5 m.w.N.). Nach diesem Maßstab stellt die Firmware der Klägerin ein nach § 4 Abs. 1 UrhG geschütztes Sammelwerk dar. Die Firmware besteht aus zahlreichen einzelnen Dateien, die die Grundlage der einzelnen Funktionen der Firmware, insbesondere der Telefonie, der Internet-Telefonie sowie der Optionen DECT-Basisstation, USB- und Netzwerkanschluss, W-LAN, Kindersicherung, einer integrierten Firewall sowie einer automatisch aktivierten Verschlüsselungsfunktion, bilden. Teil dieses Sammelwerks ist der so genannte Kernel, der auf dem Linux-Betriebssystem basiert und der als so genannte Open-Source-Software den Bedingungen der GNU General Public License (GPL), Version 2, unterliegt. Hiernach ist jedem aufgrund einer eingeräumten Lizenz die Benutzung und Bearbeitung gestattet und jedem Nutzer auferlegt, Dritten dieselben Rechte an seiner Bearbeitung einzuräumen (Wandte/Bullinger, a.a.O., § 69c UrhG Rn. 74 und 81 m.w.N.). Nach dem so genannten Copyleft-Prinzip des § 3 GPL besteht bei der Inanspruchnahme von Open Source Software-Bestandteilen und einfacher Nutzungsrechte die Verpflichtung, Umgestaltungen bzw. Bearbeitungen ebenfalls der GPL zu unterstellen. Hierdurch soll eine Weiterentwicklung des Betriebssystems Linux und der darauf basierenden Programme der Software sichergestellt werden, wobei die Ergebnisse der Bearbeitungen bzw. Umgestaltungen wiederum der Allgemeinheit frei zugänglich sein sollen. Nach § 4 GPL fallen danach die Nutzungsrechte an die Urheber der Open Source Software zurück.

Für Sammelwerke bestimmt § 2 GPL, dass Werke, die Open Source Software enthalten, als Ganzes den Bedingung der GPL unterliegen (Determann, GRUR Int 2006, 645, 648 f. m.w.N.). Hintergrund dieser Regelung ist, dass derjenigen Nutzer, der von den Vorteilen der freien Software in einem maßgeblichen Umfang profitiert, sich auch an den Bedingungen der GPL festhalten lassen muss. Die Infizierung eines Sammelwerks insgesamt bei Verwendung von Open-Source-Software in einzelnen Teilen eines Sammelwerks begegnet keinen Bedenken, da das Sammelwerk eine einheitliche Funktionalität aufweist und maßgeblich von den Open-Source-Bestandteilen abhängt.

Danach stehen der Klägerin an der Firmware als Ganzes - und so sind ihre Anträge zu verstehen - keine urheberrechtlichen Unterlassungsansprüche zu.

Weiterhin hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG, es der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr die Software „Surf-Sitter DSL“ anzubieten, zu verbreiten und/oder zu betreiben, sofern mittels dieser Software die in den von der Klägerin hergestellten und vertriebenen DSL-Routern eingebettete Firmware bzw. Teile hiervon bearbeitet und umgearbeitet sowie in Teilen unverändert bzw. in Teilen abgeändert weiter gebracht und in Teilen abgeändert wird und in dieser abgeänderte Firmware Kennzeichen der Klägerin benutzt werden (Antrag zu 1d)).

Voraussetzung eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs ist die Benutzung des geschützten Zeichens durch die Beklagte.

Eine unmittelbare Benutzung des Zeichens durch die Beklagte liegt nicht vor, weil die Beklagte ihre eigene Software Surf-Sitter vertreibt und dabei das Zeichen „Fritz!Box“ nicht verwendet. Eine mittelbare Verletzungshandlung könnte darin gesehen werden, dass nach der Installation der Surf-Sitter Software die Benutzeroberfläche mit dem Zeichen „Fritz!Box“ erscheint. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Erwerber der Software diese selbst installieren und wissen, dass sie damit auf die Funktionen ihrer Fritzbox einwirken. Ein Irrtum in Bezug auf die Herkunft- und Garantiefunktion liegt insoweit nicht vor. Vielmehr stellt der Hinweis der Beklagten, ihre Software eigne sich für die Fritzbox der Klägerin, eine nach § 23 Nr. 3 MarkenG zulässige Benutzung als Hinweis auf die Bestimmung der Software dar.

Schließlich hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch dahingehend, der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Software „Surf-Sitter DSL“ anzubieten und/oder zu verbreiten, als diese auf die von der Klägerin hergestellten und vertriebenen DSL-Router dergestalt einwirkt,

dass bestimmte Dateien deaktiviert werden und hierdurch bestimmte Module (teilweise) nicht mehr angesteuert werden und außer Funktion gesetzt werden und zudem weitere bestimmte Module hinzugefügt werden ...

Dem Vortrag der Klägerin lässt sich keine gezielte Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG durch die Beklagte entnehmen. Die Klägerin begründet die Behinderung damit, dass es nach der Installation von Surfsitter zu einer Vielzahl von Anfragen durch ihre Kunden und damit zu einer Belastung der Kundenabteilung gekommen sei. Dieser Vortrag der Klägerin ist unsubstantiiert. Es ist unklar, was die Klägerin unter einer Vielzahl von Anfragen versteht, was Gegenstand dieser Anfragen war und in welchem zeitlichen Umfang die Kundenbetreuung durch die vermeintlichen Anfragen in Anspruch genommen wurde. Zudem lässt sich dem Vortrag nicht entnehmen, worin genau eine Beeinträchtigung der Abteilung liegen soll. Immerhin handelt es sich bei den der Kundenabteilung angehörenden Mitarbeitern um solche, die eigens für die Beantwortung von Kundenanfragen zur Verfügung stehen. Die Klägerin hat nicht vorgetragen, dass diese Mitarbeiter andere Aufgaben hätten erfüllen können, wäre es nicht zu den von ihr behaupteten Anfragen gekommen. ... Darüber hinaus lassen sich dem Verhalten der Beklagten auch keine Anhaltspunkte einer gezielten Behinderung - also einer solchen, die in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wirtschaftlichen Entfaltung gerichtet ist, sondern auf die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entfaltung eines Mitbewerbers, entnehmen.

Schließlich kann der Antrag auch nicht auf § 4 Nr. 11 UWG gestützt werden. Die Klägerin sieht insoweit in dem Verhalten der Beklagten eine Anstiftung zum Rechtsbruch. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass ein Verstoß gegen Urheberrechte wie ausgeführt nicht gegeben ist und daher auch keine Anstiftung zum Verstoß gegen derartige Vorschriften vorliegt.

Da die Klage in Bezug auf die Hauptanträge der Klägerin unbegründet ist, ist über den Hilfsantrag zu entscheiden.

Insoweit ist die Klage begründet. Der Klägerin steht der aus dem Tenor ersichtliche Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs. 1 UWG zu.

Zu dem im Verfügungsverfahren entsprechend gestellten Antrag hat das Kammergericht im Berufungsverfahren mit Urteil vom 06.09.2010 - 24 U 71/10 - Folgendes ausgeführt:

„Zutreffend hat das Landgericht die Antragstellerin und die Antragsgegnerin als Mitbewerber angesehen, weil sie jedenfalls teilweise mit ihren Leistungen am Markt konkurrieren, nämlich insbesondere beide in ihren streitgegenständlichen Produkten Internet-Kindersicherungen anbieten.

Vorliegend hat die Antragsgegnerin gegen das sich bereits aus § 3 Abs. 1 UWG ergebende Verbot, durch geschäftliche Handlungen die Interessen der Antragstellerin spürbar zu beeinträchtigen, verstoßen. Unstreitig wird auf der Konfigurationsoberfläche der FRITZ!Box nach Installation von Surf-Sitter auch dann, wenn nicht mehr über die FRITZ!Box, sondern über Surf-Sitter eine Internetverbindung besteht, das Nichtbestehen einer Internetverbindung angezeigt; ferner wird die „Kinderschutzfunktion“ der FRITZ!Box fälschlich als aktiv angezeigt. Hierin liegt eine die Interessen der Antragstellerin spürbar beeinträchtigende geschäftliche Handlung im Sinne einer rufschädigenden Entwertung des Produkts der Antragstellerin (vgl. hierzu BGH, GRUR 1984, 282 - Telekonverter - Rn. 15 nach juris). Denn es werden Funktionen des Produkts der Antragstellerin nachteilig beeinträchtigt, nämlich die Zuverlässigkeit der angezeigten Information, ob eine Internetverbindung besteht - was insbesondere für Nutzer mit Zeittarifen nachteilig sein kann - und ob die „Kinderschutzfunktion“ der FRITZ!Box - unabhängig davon, ob es sich hierbei um eine bloße Zeitsteuerung handelt - aktiv ist; diese Fehlfunktion rechnet der Verkehr nach der Lebenserfahrung auch der Antragstellerin zu.

Bezüglich der Anzeige der Internetverbindung kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, das Bestehen oder Nichtbestehen einer Internetverbindung werde dem Nutzer „durch jeden Computer“ und die LEDs der FRITZ!Box angezeigt, da dies nichts daran ändert, dass der Nutzer, der die Benutzeroberfläche der FRITZ!Box anwählt, hinsichtlich des Bestehens einer Internetverbindung eine möglicherweise falsche Information erhält und in der Folge entweder dieser verbalen Anzeige zunächst mehr Glauben schenkt als den LEDs der FRITZ!Box - so er diese überhaupt wahrnimmt - und einer sonstigen nur vage bezeichneten Anzeige „durch jeden Computer“ oder jedenfalls durch die gegensätzlichen Informationen verwirrt wird.

Die verfahrensgegenständlichen Fehlfunktionen werden nach der Lebenserfahrung der Antragstellerin als der Herstellerin der FRITZ!Box zugerechnet. Denn die - fehlerhafte - Anzeige erscheint auf der Benutzeroberfläche der FRITZ!Box. In Bezug auf die Deaktivierung der Firewall der FRITZ!Box und die Aktivierung einer eigenen Firewall des Surf-Sitters - hinsichtlich derer auch nicht etwa eine Verschlechterung der Sicherheit ausreichend aufgezeigt ist - fehlt es an einer Fehlinformation auf der dem Kunden sichtbaren Konfigurationsoberfläche der FRITZ!Box, die der Verkehr dieser zurechnen könnte.

Die Antragsgegnerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf ihre Auffassung stützen, ein Nutzer, der schon einmal eine Software installiert habe, wisse, dass es zu Interaktionen mit der bereits vorhandenen Software und damit auch zu Fehlern kommen könne, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, ein Nutzer würde etwaige nach Installation von Surf-Sitter auftretende Probleme der FRITZ!Box anlasten. Unabhängig davon, ob dies für einen den Surf-Sitter installierenden Nutzer zutrifft, blendet dies die Situation eines in Computerfragen nicht beschlagenen Nutzers nach Installation des Surf-Sitters durch einen Dritten sowie die Situation weiterer Nutzer, etwa mitnutzender Familienangehöriger, die von der Installation des Surf-Sitters durch den Hauptnutzer möglicherweise gar keine Kenntnis haben, aus.

Hiergegen kann die Antragsgegnerin auch nicht mit Erfolg einwenden, bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts seien Nutzer während des Installationsvorgangs der Surf-Sitter-Software darüber informiert worden, welche Veränderungen an der Firmware vorgenommen werden. Unabhängig davon, dass dieser Vortrag zu unkonkret ist, verhält es sich auch hier so, dass der Nutzer, der nicht selbst die Installation vorgenommen hat, gerade nicht über die an der Firmware der FRITZ!Box vorgenommenen Änderungen informiert wird. Bereits aus diesem Grund verfängt auch der Vortrag der Antragsgegnerin, seit der Entscheidung des Landgerichts würden Nutzer bei der Installation der Surf-Sitter-Software ausdrücklich über die (Neben-) Folgen der Installation informiert, nicht; darüber hinaus vermag eine derartige Produktänderung die durch die Erstbegehung einmal begründete Wiederholungsgefahr nicht entfallen zu lassen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Auflage 2010, § 8 Rdnrn. 1.39a, 1.40). Eine Information des Nutzers nicht nur bei der Installation des Surf-Sitters, sondern - und zwar ständig und hinreichend gut wahrnehmbar - bei Benutzung der FRITZ!Box darüber, dass und welche Fehlfunktionen auftreten können und dass diese durch den Surf-Sitter hervorgerufen werden, erfolgt nach dem Vortrag der Antragsgegnerin gerade nicht. Hierin liegt auch der Unterschied zum Urteil des Bundesgerichtshofs in dem Verfahren zum Telekonverter, da dort auf dem von der dortigen, Photoapparate herstellenden Klägerin angegriffenen Zusatzprodukt zu ihren Photoapparaten, nämlich dem von der dortigen Beklagten angebotenen Telekonverter, ausdrücklich der Name des Herstellers des Telekomverters angegeben war und die Nutzer diesen daher bei Nutzung buchstäblich ständig vor Augen hatten mit der Folge, dass der Bundesgerichtshof die Annahme des dortigen

- 111 -

Berufungsgerichts, der Verkehr rechne eine Leistungsminderung der Photoapparate nicht diesen und der dortigen Klägerin zu, sondern dem Telekonverter und dessen Hersteller, als verfahrensfehlerfrei angesehen hat (BGH - Telekonverter - a.a.O., Rdnrn. 2, 7, 15, 17 nach juris)."

Diesen gleichermaßen für das Hauptsacheverfahren geltenden Ausführungen des Kammergerichts schließt sich die Kammer an. Insofern lassen die Ausführungen der Parteien im Hauptsacheverfahren keine andere Auffassung zu.

...

### **Anmerkung**

1. Die grundsätzliche rechtliche Wirksamkeit von Open Source-Lizenzen dürfte mittlerweile als (wenn auch nicht höchstrichterlich) geklärt gelten (siehe LG München I MMR 2004, 693 m. Anm. Kreuzer; LG Frankfurt a.M. CR 2006, 729 m. Anm. Grützmaker; LG Berlin CR 2006, 735; LG München I CR 2008, 57 m. krit. Anm. Wimmers; zur Lesser GPL LG Bochum MMR 2011, 474). Auch im vorliegenden Urteil ist das Landgericht - wie auch das KG im vorausgegangenen Verfügungsverfahren (ZUM-RD 2011, 544) - von der Anwendbarkeit der GNU GPL Version 2 ("GPLv2") ausgegangen, ohne die Frage problematisiert zu haben.

2. Das vorliegende Urteil befasst sich - soweit ersichtlich zum ersten Mal - mit der sogenannten Infektion von Software-Sammelwerken (§§ 4, 69a UrhG) nach Ziffer 2 Abs. 2 der GPLv2. Die streitgegenständliche Firmware der Klägerin bestand aus dem Open Source Linux Kernel sowie weiteren von ihr geschaffenen Programmbestandteilen. Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass ihr Rechte nach §§ 4, 69a UrhG an der Firmware zustünden. Die Beklagte hatte sich u.a. damit verteidigt, dass der klägerische Unterlassungsantrag deshalb unbegründet sei, da der Beklagten die Nutzungsrechte nach Ziffer 2 der GPLv2 eingeräumt werden müssen. Das Gericht hatte daher die Frage zu klären, ob die Klägerin Sammelwerk-Rechte an der Firmware erworben hatte und ob die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen in Bezug auf die Firmware nach der GPLv2 ausgeschlossen war.

a) Das KG hatte im Verfügungsverfahren noch die Ansicht vertreten, dass die Klägerin eine über die Technik und Aufgabenstellung hinausgehende persönliche geistige Schöpfung bei der Auswahl und Anordnung der einzelnen Module der Firmware nicht dargelegt habe und der Klägerin daher keine Rechte nach §§ 4, 69a UrhG zustünden (KG Berlin ZUM-RD 2011, 544, 549). Dieser Ansicht hat sich das Landgericht nicht angeschlossen und einen Schutz nach §§ 4, 69a UrhG angenommen. Es hat hierfür auf den Schutz der kleinen Münze abgestellt (dazu Wandtke/Bullinger-Marquardt, UrhG, 3. Aufl. 2009, § 4 Rn. 5; Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 4 Rn. 14) und in der Zusammenstellung durch die Klägerin einen schöpferischen Akt gesehen, der das erforderliche Minimum der Gestaltungshöhe aufbringt. Allerdings hat das Landgericht nicht im Einzelnen dargelegt, worin der eigenschöpferische Akt der Klägerin bei der Auswahl und Anordnung der Elemente gelegen haben soll, der das über technisch Erforderliche sowie zwingende Konsequenzen aus der Aufgabenstellung hinausgeht.

b) Das Sammelwerk-Recht nach § 4 UrhG verdrängt nicht die bereits vorher bestehenden Rechte an den eigenständigen Teilen des Sammelwerks, es besteht vielmehr nur daneben (Schricker-Loewenheim, UrhG, 4. Aufl. 2010, § 4 Rn. 22). Dementsprechend hatte das Landgericht zu prüfen, ob dem Sammelwerk-Recht der Klägerin die Infektion von Sammelwerken nach Ziffer 2 Abs. 2 GPLv2 entgegensteht (dazu näher Institut für freie und Open Source Software (IfOSS), Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, Ziffer 2, Rn. 2). In Ziffer 2 Abs. 2 GPLv2 heißt es zu individuellen Programmteilen:

*"If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of the license, whose permissions for other licensees extend to the whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it."*

Hiernach ist die GPLv2 nur dann nicht anwendbar, wenn es sich bei der betroffenen Software tatsächlich um identifizierbare Teile des Werkes handelt, die nicht von der Open Source Software abgeleitet sind, vernünftigerweise als unabhängige und eigenständige Werke zu betrachten sind und auch als eigenständige Werke weitergegeben werden. Diese Ausnahmen waren im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zum einen hatte die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag den unter der GPLv2 stehenden Linux Kernel mit selbst erstellten Modulen kombiniert und dadurch ein "komplexes System" bzw. eine "aufeinander abgestimmte Einheit, bestehend aus einer Hardware und der optimierten Firmware" geschaffen, so dass schon die Eigenständigkeit der von der Klägerin erstellten Module nicht ersichtlich war. Darüber hinaus wurde die Firmware als Ganzes vertrieben. Damit blieb für das Argument der Unabhängigkeit oder einer eigenständigen Verbreitung gemäß Ziffer 2 Abs. 2 GPLv2 kein Raum. Folgerichtig ging das Landgericht davon aus, dass die gesamte Firmware der GPLv2 unterfiel.

c) Das Gericht führte ferner aus, dass nach dem Copyleft-Prinzip der GPLv2 bei Inanspruchnahme von Open Source Software-Bestandteilen und einfacher Nutzungsrechte die Verpflichtung bestehe, Umgestaltungen bzw. Bearbeitungen ebenfalls der GPL zu unterstellen. Sodann stellte es fest, dass "danach" gemäß Ziffer 4 GPLv2 die Nutzungsrechte an die Urheber der Open Source Software zurückfallen. Die Anwendbarkeit der GPLv2 führt jedoch nicht automatisch dazu, dass die Rechte nach Ziffer 4 GPLv2 an den Urheber zurückfallen. Die Regelung sieht vielmehr vor, dass die Lizenzrechte erlöschen, wenn die Open Source Software unter Verstoß gegen die GPLv2 Bedingungen genutzt wird.

*"You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or*

*rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance."*

Worin der Verstoß der Klägerin gegen die GPLv2 liegen soll, führt das Landgericht nicht aus. Die Klägerin hatte vorgetragen, dass sie die Firmware "ausschließlich ihren Kunden und nicht jedermann" überlasse, was einen Verstoß gegen die GPLv2 darstellen würde. Die Klägerin weist in ihren Lizenzbedingungen (abrufbar unter <ftp://ftp.avm.de/fritz.box/license.txt>) jedoch auch ausdrücklich darauf hin, dass für überlassene Open Source Software zusätzlich und vorrangig die Nutzungsbedingungen gelten, denen die Open Source Software unterliegt. Zudem findet sich der Text der GPLv2 in den Lizenzbedingungen der Klägerin. Wenn man unterstellt, dass diese Lizenzbedingungen auch schon zum Zeitpunkt der Entscheidung von der Klägerin verwendet wurden, hätte das Landgericht den Unterlassungsanspruch ohne Hinweis auf Ziffer 4 GPLv2 verneinen können. Denn bei sachgerechter Auslegung wird man die Lizenzbedingungen der Klägerin dahingehend verstehen müssen, dass die streitgegenständliche Firmware einschließlich der "infizierten" Bestandteile als Open Source Software nach der GPLv2 lizenziert sein sollte und damit die Nutzungshandlungen der Beklagten bereits nach der GPLv2 lizenziert waren.

- 112 -

3. Markenrechtlich wies der Fall im Hinblick auf die GPLv2 keine Probleme auf. Im Zusammenhang mit Open Source-Lizenzen waren bisher Fälle bekannt geworden, die die Fortführung eines bekannten Open Source-Produkts unter Verwendung des bisherigen (geschützten) Namens betrafen (xt:commerce: OLG Düsseldorf GRUR-RR 2010, 467; weitere Beispiele sind Firefox/Iceweasel und OpenOffice/LibreOffice). Im vorliegenden Fall verwendete die Beklagte für ihr Produkt einen eigenen Markennamen ("Surfsitter") und wies nur darauf hin, dass ihre Software für die FRITZ!Box geeignet sei. Das Landgericht wies zu Recht darauf hin, dass eine solche Verwendung des Zeichens eine nach § 23 Nr. 3 MarkenG zulässige Bestimmungsangabe ist.

4. Den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Klägerin hat das Landgericht – der Ansicht des KG im Verfügungsverfahren (ZUM-RD 2011, 544, 549 f.) folgend – im Hinblick auf die durch die Beklagtensoftware hervorgerufenen Fehlfunktionen und die damit einhergehende rufschädigende Entwertung des Produkts der Klägerin angenommen. Dem ist auch unter Berücksichtigung der unter den Open Source-Lizenzen eingeräumten Modifikationsrechte zuzustimmen, da diesen nicht das Recht entnommen werden kann, Fehlfunktionen bei Drittprodukten zu verursachen. Das Gericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die nachträglichen Fehlfunktionen an dem Gerät (zumindest auch) der Klägerin zugerechnet werden können. Den Hinweis der Beklagten, dass der Nutzer bei der Installation auf die Veränderungen hingewiesen werde, ließ das Gericht u.a. deshalb nicht gelten, weil dieser Hinweis jedenfalls nicht solche Nutzer erreicht, die die Installation der Software der Beklagten nicht selber vorgenommen haben.

5. Insgesamt hat das Urteil des Landgerichts weiteres Licht in das Open Source-Lizenzmodell gebracht. Es hat insbesondere für Sammelwerke aufgezeigt, dass im Gegenzug zu den kommerziellen und technischen Vorteilen beim Einsatz von Open Source Software akzeptiert werden muss, dass eigene Software-Sammelwerke, welche mit der Open Source Software als Ganzes vertrieben werden, ebenfalls den Beschränkungen der GPLv2 unterliegen. Gleichzeitig hat es jedoch auch verdeutlicht, dass die Dritten eingeräumten Rechte dort ihre Grenzen haben, wo auf Open Source Software beruhende Produkte in wettbewerbswidriger Weise beeinträchtigt werden.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht Dr. Marcus Schreibauer / Rechtsanwalt Dr. Reto Mantz, Dipl. Inf., Hogan Lovells International LLP, Düsseldorf