



Einschätzungen des Fachanwalts Dr. Till Jäger zu offenen Fragen von Lizensierung in Krisenzeiten

1.

Gibt es Ausnahmeregelungen für Rechte des „Geistigen Eigentums“, wenn es um die Rettung von Menschenleben geht, d.h. dürfen in einem solchen Fall proprietäre Designs "kopiert" und hergestellt werden? Greift in Krisenfällen nicht sowas wie ein "Sondertatbestand"? Wann ist ein Zustand ein Krisenfall und wer ruft diesen aus?

Das Patentrecht kennt zwei Instrumente, Ausnahmen von der ausschließlichen rechtlichen Wirkung eines Patents vorzusehen, d.h. von der rechtlichen Möglichkeit des Patentrechthinhabers, Dritten die Nutzung seiner Erfindung zu verbieten:

- Benutzungsanordnung gem. § 13 Patentgesetz (PatG)
- Zwangslizenz gem. § 24 PatG

a)

Gem. § 13 PatG kann die Bundesregierung im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt durch Verwaltungsakt anordnen, dass ein konkretes Patent für die Bundesrepublik Deutschland keine Wirkung entfalten soll. Zum Ausgleich erhält der Patentinhaber einen Anspruch auf angemessene Vergütung gegen die Bundesrepublik.

Durch das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27. März 2020 wurde § 5 Abs. 2 Nr. 5 Infektionsschutzgesetz (IfSG) dahingehend geändert, dass das Bundesministerium für Gesundheit eine Benutzungsanordnung nach § 13 Abs. 1 Patentgesetz (PatG) erteilen kann.¹

Auch wenn eine solche Benutzungsanordnung ergehen würde, hätte dies nur Auswirkungen auf die patentrechtliche Lage, würde aber nicht bedeuten, dass

¹ Vgl. https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_5.html

regulatorische Anforderungen wie ein Zulassungsverfahren für Arzneimittel oder ein Konformitätsverfahren für Medizinprodukte hinfällig wären.²

b)

Gemäß § 24 Abs. 1 PatG kann das Patentgericht im Einzelfall eine Zwangslizenz erteilen, wenn das öffentliche Interesse die Erteilung einer Zwangslizenz gebietet und der Lizenzsucher den Patentinhaber vergeblich um eine Lizenz zu angemessenen geschäftsüblichen Bedingungen nachgesucht hat. § 24 Abs. 5 PatG sieht auch bei einer unzureichenden Inlandsversorgung die Möglichkeit zur Erteilung von Zwangslizenz vor. Zwangslizenzen können zeitlich und inhaltlich beschränkt werden und der Lizenznehmer hat dem Patentinhaber eine angemessene Lizenzgebühr zu zahlen. Das Mittel der Zwangslizenz bietet sich vor allem für Unternehmen an, wenn sich der Patentinhaber einer Lizenz verweigert oder in Deutschland nicht tätig ist oder werden will.

c)

Unabhängig von den vorgenannten patentrechtlichen Instrumenten kann ein Eingriff in das Patentrecht Dritter im Rahmen des allgemeinen zivilrechtlichen Notstands gem. § 904 BGB gerechtfertigt sein.³ Dafür muss der Eingriff in das Patent zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden unverhältnismäßig groß sein, so dass sie sofortige Abhilfe fordert.⁴

Der Schadenseintritt beim geschützten Rechtsgut muss nicht mit Sicherheit zu erwarten sein, es genügt ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit.⁵ Eine gegenwärtige Gefahr ist auch gegeben, wenn sie zwar noch nicht unmittelbar bevorsteht, sich aber ständig vergrößert, so dass ihr Verschwinden und eine andere Abwendung als durch die Notstandshandlung ausgeschlossen erscheinen.⁶

Bei der Beurteilung ist auf die konkrete Situation abzustellen. Wenn bestimmte Schutzkleidung fehlt oder der Verbrauch dergestalt ist, dass dieser durch den Nachschub nicht befriedigt werden kann, so dass gesundheitliche Schäden sehr wahrscheinlich sind, dann ist ein Eingriff in das Patentrecht gerechtfertigt, allerdings nur für die Dauer, in der die Notsituation andauert. Voraussichtlich wird man auch verlangen müssen, dass die Maßnahmen nach § 13 und § 24 PatG zu spät kämen und nicht rechtzeitig durchsetzbar

² Zu möglichen Vereinfachungen siehe AMG-Zivilschutzausnahmereordnung, <https://www.gesetze-im-internet.de/amg1976zsausnv/BJNR085100003.html>

³ Vgl. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_904.html

⁴ Dazu *Benkard-Scharen*, PatG, § 9, Rn. 74. Der unter <https://www.deutschlandfunk.de/kreative-loesungen-in-zeiten-von-corona-lebensretter-aus.676.de.html> geschilderte Fall könnte eine solche Konstellation betreffen.

⁵ MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, BGB § 904 Rn. 4, 5.

⁶ OLG Hamm, Urteil vom 14. 1. 1972 - 6 U 220/71, NJW 1992, 1374.

sind. Der Patentinhaber hat einen Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens (was auf eine entgangene angemessene Lizenzgebühr hinauslaufen dürfte).

Sämtlichen vorgenannten Institute sind unabhängig von der Erklärung eines Notstandes durch eine Landesregierung, diese kann allenfalls indizielle Wirkung haben.

Der allgemeine zivilrechtliche Notstand findet auch Anwendung auf andere Schutzrechte wie Designschutz und Urheberrecht. Hingegen finden sich Entsprechungen zu den Regelungen der §§ 13, 24 PatG nicht in anderen Gesetzen zu Schutzrechten bzw. nur in Bezug auf vorliegend nicht interessierende Sonderkonstellationen.

2.

Welche Konsequenzen/Strafen hätte eine eventuelle Patent- oder Urheberrechtsverletzung in Krisenzeiten, die für die Rettung von Menschenleben erfolgt ist?

Im Rahmen der zulässigen Nutzung fremder Patente und Urheberrechte (s.o. 1.) ist dem Rechteinhaber eine angemessene Vergütung zu zahlen. Bei einer Benutzungsanordnung gem. § 13 PatG ist der Bund Schuldner, ansonsten derjenige, der die Nutzung vornimmt.

Wird ein Patent oder Urheberrecht außerhalb der vorgenannten Rechtfertigungsgründe oder Zwangslizenzen verletzt, kann der Rechteinhaber die üblichen zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen:

- Unterlassungsanspruch auch ohne Verschulden (mit kostenpflichtiger Abmahnung)
- Schadensersatz bei Verschulden (entgangene Lizenzgebühr)
- Vernichtungsanspruch (bzgl. hergestellter Verletzungsprodukte)
- Auskunftsanspruch über Anzahl der hergestellten Produkte und den Vertrieb

Strafrechtliche Verfolgung (bei Patentverletzungen gem. § 142 PatG) ist – sofern nicht gewerbsmäßig – nur auf Antrag oder im öffentlichen Interesse möglich, wobei für die Strafbarkeit zu prüfen ist, ob eine vorsätzliche Verletzung vorlag und ob ein (vermeidbarer) Irrtum über Rechtfertigungsgründe oder entschuldigender Notstand gem. § 35 StGB vorlag. Dies ist stets eine Frage des Einzelfalls.

3.

Welche Vertragsgrundlage kann genommen werden, wenn Firmen für uns (gemeinnützig) entwickeln und die Maschinendokumentation Open Source sein soll, diese dann aber durchaus von anderen Firmen produziert werden kann

(auch von der entwickelnden Firma, Gefahr besteht, Geld auszugeben und keine vollständige Open Source Dokumentation zu erhalten, passend zur Lizenz)? Ist damit nicht nur das Projekt, sondern auch die Gemeinnützigkeit gefährdet?

Bezahlte Entwicklungsaufträge für Dritte sind unabhängig von der Lizenzierung als Werkverträge zu qualifizieren, sofern nicht explizit ein Dienstvertrag vereinbart wird. Der Umstand, dass auch Dritte den Gegenstand der Lizenzierung kommerziell verwerten dürfen, ist für die Frage der Gemeinnützigkeit des Auftraggebers im Regelfall irrelevant. Vielmehr kann sich aus einer Open Source Lizenzierung ein gemeinnütziges Verhalten ergeben, weil die Ergebnisse der Allgemeinheit zur Nachnutzung Verfügung gestellt werden. Die Einzelheiten sind Fragen steuerrechtlicher Natur, die nicht Gegenstand der vorliegenden Beurteilung sind.

4.

CERN OHL 2.0 (die 2 Copyleft-Varianten davon) scheint nicht kompatibel mit anderen Copyleft-Lizenzen, ist jedoch perfekt für Hardware, allerdings gibt es eine Möglichkeit der Verschachtelung, wie genau funktioniert das?

Es ist zutreffend, dass die CERN-OHL-W und die CERN-OHL-S grundsätzlich nicht kompatibel mit anderen Copyleft-Lizenzen sind, da die CERN-OHL-S nur die früheren Versionen der CERN OHL, künftige Versionen der CERN-OHL-S und Lizenzen mit einer Kompatibilitätsklausel zugunsten der CERN-OHL-S in Ziffer 1.2 als kompatible Lizenzen definiert. Eine Kombination mit Bestandteilen unter der GPL-2.0 oder GPL-3.0 ist daher nicht möglich.⁷

Allerdings können selbständige Hardwarekomponenten als sog. „Available Components“ zusammen mit Hardware Designs unter der CERN-OHL-S verwendet werden, wenn diese gem. Ziffer 1.7 b) unter bestimmten Bedingungen selbst hergestellt oder beschafft werden können:

"...is available, at the time a Product or the Source containing it is first Conveyed, to You and any other prospective licensees as a physical part with sufficient rights and information (including any configuration and programming files and information about its characteristics and interfaces) to enable it either to be Made itself, or to be sourced and used to Make the Product;..."

⁷ So auch die FAQ: <https://ohwr.org/project/cernohl/wikis/faq#questions-on-licence-compatibility>

Insoweit können solche Hardwarekomponenten auch unter abweichenden Lizenzen, die aber die Beschaffung oder Herstellung nicht unterbinden, auch zusammen mit Hardware unter CERN-OHL-S genutzt werden, sofern diese Lizenzen nicht – wie bei der GPL – die Lizenzierung des gesamten Designs unter dieser Lizenz verlangen (also ein strenges Copyleft besitzen).

Bei der CERN-OHL-W können solche „Available Components“ nicht nur Hardwarekomponenten sein, sondern auch Softwarebibliotheken oder anderer Code.⁸

4.

Wie kann man sicherstellen (ggf. vertraglich), dass der Upload Content aus der Community mit der Lizenz vereinbar ist, bzw. sich gegen Verletzungen schützen? Auch Patentrecht spielt hier eine Rolle, welche Maßnahmen gibt es? Reicht der Lizenztext im Verzeichnis und ein Hinweis in der "README"?

Bei Beiträgen der Community ist zwischen wissentlichen und unwissentlichen Verletzungen von Rechten Dritter zu unterscheiden.

Das wissentliche „Unterschieben“ von Upload Content, das der Projektlizenz nicht unterstellt werden kann, weil es entweder ein von einem Dritten erschaffenes Werk ist oder zugunsten Dritter patentiert ist, ist stets unzulässig und löst als arglistiges Verhalten Schadensersatzansprüche aus, weil dies auch bei Unentgeltlichkeit einen Rechtsmangel im Sinne des § 523 Abs. 1 BGB darstellt. Zusätzlicher vertraglicher Maßnahmen bedarf es nicht.

Unwissentliche Verletzungen können unterschiedliche Gründe haben. Ein typischer Fall ist die Unkenntnis urheberrechtlicher Grundlagen und Sorglosigkeiten im Umgang mit Werken Dritter. Hier hat sich die Verwendung eines „Developer Certificate of Origin“ bewährt, d.h. die Abgabe einer einfachen Erklärung, dass der Uploader das Werk vollständig selbst erstellt hat, etwaige Bestandteile Dritter unter kompatiblen Lizenzen stehen und nicht aus einem Arbeitsverhältnis (ohne Zustimmung des Arbeitgebers) stammen.⁹ In das Versionsverwaltungssystem Git kann ein solches DCO einfach integriert werden (wie das z.B. für den Linux-Kernel der Fall ist).

Unkenntnis von Patenten Dritter beruht oftmals aber nicht auf Nachlässigkeit, sondern auf der wirtschaftlichen Unmöglichkeit eine Patentrecherche vornehmen zu lassen. Hier

⁸ Zur Erläuterung siehe https://ohwr.org/project/cernohl/wikis/uploads/0be6f561d2b4a686c5765c74be32daf9/CERN_OHL_rationale.pdf

⁹ <https://developercertificate.org/>

wird in vielen Fällen kein Rückgriff auf den Content Uploader möglich sein, weil es an einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhalten fehlen wird. Vertragliche Haftungsverschärfungen sind zwar denkbar, aber nicht ohne weiteres mit AGB-Recht vereinbar, wenn der Content Uploader unentgeltlich zu einem Projekt beitragen, aber zugleich ein erhebliches Haftungsrisiko übernehmen soll. Zudem ist es unwahrscheinlich, dass dann relevante Entwicklungsbeiträge getätigt werden.

Eine unproblematische Lösung für das Problem ist nicht ersichtlich. Es empfiehlt sich, möglichst umfassende Informationen zu entgegenstehenden Patenten zu sammeln und entsprechende Technologien zu vermeiden bzw. bei Kenntnis von einer Verletzung die verletzenden Inhalte kurzfristig zu entfernen.

Es empfiehlt sich nicht, sich Gleichzeitig auf Notstandsregelungen zur Verwendung von Patenten Dritter zu berufen und die Hardware unter eine Open Hardware Lizenz zu stellen. Den Open Hardware Lizenzen haben keine zeitliche Beschränkung und würden auch nach Ende des Notstands eine (vermeintliche) Erlaubnis zur Nutzung vermitteln. Dies kann zu einer Haftung des Anbieters solcher Open Hardware führen.