

Dieser Artikel ist Teil des
Open Source Jahrbuchs 2006

Bernd Lutterbeck
Matthias Bärwolff
Robert A. Gehring (Hrsg.)

Open Source
Jahrbuch 2006

Zwischen Softwareentwicklung und Gesellschaftmodell

erhältlich unter www.opensourcejahrbuch.de.

Die komplette Ausgabe enthält viele weitere interessante Artikel. Lob und Kritik zu diesem Artikel sowie weitere Anregungen können Sie uns einfach und unkompliziert mitteilen per E-Mail oder auf www.opensourcejahrbuch.de/feedback/.

Open-Source-Lizenzen – Wesentliche Punkte für Nutzer, Entwickler und Vertreiber

URSULA WIDMER UND KONRAD BÄHLER



(CC-Lizenz siehe Seite 499)

Open-Source-Lizenzen gewähren den Nutzern das Recht zur freien Nutzung, Weitergabe und Abänderung von Software. Gleichzeitig formulieren sie aber auch gewisse Pflichten betreffend Urheberrechtsvermerken, Vertriebsmodalitäten etc. Diese Rechte und Pflichten unterscheiden sich je nach Typ der Lizenz. Für die Nutzer sind diese Unterschiede in der Regel kaum von Bedeutung, wohl aber für Entwickler und Vertreiber. Dieser Beitrag zeigt die maßgeblichen Gesichtspunkte auf und bietet einen Überblick über Open-Source-Lizenzen aus rechtlicher Sicht.

Schlüsselwörter: Lizenzrecht · OSS-Lizenzen · GPL · Copyleft · Risiken

1 Einführung

Dieser Abschnitt gibt einen Überblick über die wesentlichen Merkmale von Open-Source-Software (OSS) aus rechtlicher Sicht, dies auch im Vergleich zur Closed-Source-Software (CSS), auch proprietäre Software genannt.

1.1 Definitionen

Die aktuelle Open-Source-Bewegung geht zurück auf das vom amerikanischen Softwarespezialisten Richard Stallman lancierte und von der *Free Software Foundation (FSF)*¹ unterstützte GNU-Projekt zur Entwicklung eines offenen und freien Betriebssystems (siehe auch Jaeger und Metzger 2002). Von Stallman stammt die *Free Software Definition (FSD)*², welche sich durch die folgenden vier kumulativen Freiheiten auszeichnet:

1 <http://www.fsf.org>

2 <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>

1. Freiheit zur *Nutzung* eines Programms zu beliebigen Zwecken;
2. Freiheit zum *Studium* der Funktionsweise eines Programms und zur *Anpassung* an die eigenen Bedürfnisse;
3. Freiheit zum *Weitervertrieb* von Programmen;
4. Freiheit zur *Modifikation* und *Verbesserung* von Programmen und zur Veröffentlichung solcher Modifikationen und Verbesserungen, um diese allgemein nutzbar zu machen.

Ausgehend von der Idee der freien Software kam es 1998 zur Gründung der *Open Source Initiative (OSI)*³ und zur *Open Source Definition (OSD)*⁴.

Die OSD stimmt mit der FSD in Bezug auf die vier Freiheiten im Grundsatz überein. Sie formuliert jedoch die sich daraus im Zusammenhang mit dem Vertrieb von OSS ergebenden Konsequenzen präziser.

1.2 Rechte der Erwerber von OSS

Charakteristisch für OSS ist der Zugang der Benutzer zum Quellcode. Dieser ist den Nutzern beim Erwerb der Software zur Verfügung zu stellen. Wenn OSS nicht im Quellcode vertrieben wird, z. B. bei *Embedded Software*, so ist dem Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, sich den Quellcode beschaffen zu können.⁵

Aufgrund der in der FSD und OSD definierten Grundsätze darf der Erwerber von OSS diese zu beliebigen Zwecken nutzen. Er darf die Programme in unbeschränkter Zahl kopieren. Er hat ferner die Berechtigung, die Programme zu ändern, zu modifizieren, weiterzuentwickeln, mit anderer Software zu verbinden etc. Schließlich ist er berechtigt, Kopien der Software an Dritte weiterzugeben, sei es in unveränderter Form, wie er sie selbst erhalten hat, oder aber mit von ihm vorgenommenen Änderungen, Modifikationen, Weiterentwicklungen etc.

Diese Rechte gehen weit über das hinaus, was üblicherweise den Erwerbern und Nutzern von CSS in Lizenzverträgen gestattet wird. Es geht auch weit über die Rechte hinaus, welche dem Erwerber von Software von Gesetzes wegen zustehen.⁶ Die gesetzlichen Befugnisse beschränken sich im Wesentlichen auf das Installieren und Ablaufenlassen der Software, die Vornahme von Fehlerkorrekturen sowie die

3 <http://www.opensource.org>

4 <http://www.opensource.org/docs/definition.php>

5 Vgl. OSD Nr. 2: „The program must include source code, and must allow distribution in source code as well as compiled form. Where some form of a product is not distributed with source code, there must be a well-publicized means of obtaining the source code for no more than a reasonable reproduction cost preferably, downloading via the Internet without charge.“

6 Vgl. z. B. die Bestimmungen von §§ 69d und 69e des deutschen UrhG, mit welchen die Art. 5 und 6 der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen umgesetzt werden sowie Art. 12 Abs. 2 des schweizerischen URG und die Ausführungsbestimmung dazu in Art. 17 der Verordnung zum URG.

Entschlüsselung von Schnittstelleninformationen zur Entwicklung kompatibler Programme.

1.3 Kosten

OSS bedeutet nicht kostenlose Software. OSS ist nicht mit so genannter „Freeware“ zu verwechseln.⁷

Der Grundsatz der Kostenlosigkeit gilt nur für die Einräumung der Nutzungsrechte an der Software. Für die Überlassung der physischen Kopie der Software, sei es auf einem Datenträger oder via Download von einem Internet-Server, kann eine Vergütung verlangt werden.

Zulässig ist es auch, für zusätzliche Leistungen eine Vergütung zu verlangen; so wenn z. B. vom Veräußerer einer Softwarekopie dem Erwerber Ansprüche auf Garantieleistungen oder auf Softwarepflege eingeräumt oder wenn ergänzend zur OSS proprietäre Hilfsprogramme, z. B. zur Installation, angeboten werden.

1.4 OSS und Urheberrecht

OSS ist nicht zu verwechseln mit Public-Domain-Software, bei welcher der oder die Entwickler auf ihre Rechte an der Software verzichten und diese Dritten bedingungslos zur freien Nutzung und sonstigen Verwendung überlassen. Die Nutzung von OSS beruht demgegenüber auf einer bestimmten Ausübung der Urheberrechte durch die Berechtigten. Wie die Berechtigten ihre an der OSS bestehenden Urheberrechte ausüben, ergibt sich aus der jeweiligen OSS-Lizenz.

Im Unterschied zu CSS wird bei OSS das Urheberrecht nicht dazu verwendet, die wirtschaftliche Verwertung der Software, insbesondere den Vertrieb und die Weiterentwicklung der Software, möglichst den Inhabern der Urheberrechte vorzuenthalten. Im Zusammenhang mit OSS wird das Urheberrecht dafür eingesetzt, um das Konzept der OSS umzusetzen und für die Erwerber der Software die weitgehenden Nutzungsrechte gemäß den vier Freiheiten sicherzustellen.

2 OSS-Lizenzen

Es bestehen zahlreiche verschiedene Lizenzen für OSS, welche inhaltlich insbesondere in Bezug auf die den Nutzern der Software auferlegten Pflichten voneinander zum Teil stark abweichen. Nachfolgend werden die generellen Inhalte dargestellt, insbesondere auf das Copyleft hingewiesen und die Lizenzen in Gruppen eingeteilt, um einen rascheren Überblick über die Vielzahl von Lizenzmodellen zu geben.

⁷ Für Freeware können die oben erwähnten vier Freiheiten ebenfalls gegeben sein; dies ist jedoch nicht zwingend. Freeware wird kostenlos abgegeben, doch muss der Quellcode nicht zugänglich gemacht werden, so dass die erwähnten Freiheiten von Freeware-Nutzern nicht immer wahrgenommen werden können.

2.1 Genereller Inhalt: Rechte und Pflichten der Nutzer

Hinsichtlich der Gewährung der den oben erwähnten vier Freiheiten entsprechenden Rechte an die Nutzer stimmen die OSS-Lizenzen inhaltlich im Wesentlichen überein. Erhebliche Unterschiede bestehen jedoch in Bezug auf die Bedingungen, welche den Nutzern im Zusammenhang mit der Ausübung der ihnen gewährten Rechte auferlegt werden. Solche Pflichten betreffen typischerweise die Beibehaltung von Urheberrechtsvermerken in Kopien der Software, die Modalitäten, wie beim Vertrieb der Software der Quellcode den Nutzern zur Verfügung zu stellen ist, die eindeutige Kennzeichnung und Beschreibung von Modifikationen, wenn die Software in veränderter Form weiter vertrieben wird, die Weitergabe von Haftungs- und Gewährleistungsausschlüssen an Nacherwerber etc.

Es ist jeweils genau zu prüfen, unter welcher Lizenz die betreffende Software angeboten wird. Es ist wichtig, die in der jeweiligen OSS-Lizenz im Zusammenhang mit der Ausübung der gewährten Rechte verbundenen Pflichten, auch wenn diese teilweise etwas formalistisch erscheinen mögen, genau zu beachten. Mit diesen Pflichten werden die Bedingungen definiert, unter denen insbesondere die Änderung und Weiterentwicklung sowie der Vertrieb von OSS zulässig sind. Werden diese Bedingungen nicht eingehalten, erweist sich die betreffende Nutzungshandlung als lizenzwidrig und damit als eine Verletzung der Urheberrechte der an der betreffenden OSS Berechtigten. Dies gilt umso mehr, wenn in der betreffenden Lizenz, wie dies zum Beispiel für die *General Public License (GPL)* zutrifft,⁸ eine Regelung enthalten ist, welche besagt, dass die mit der Lizenz eingeräumten Rechte vollständig dahinfallen, wenn der Nutzer gegen die Lizenzbedingungen verstößt.

Ein illustratives Beispiel für die Folgen der Missachtung von Lizenzbedingungen beim Vertrieb von OSS stellt ein vom Landgericht München entschiedener Fall dar.⁹ Das Gericht hat einem Händler untersagt, eine der *GPL* unterstellte Software weiterhin zu vertreiben, weil er diese entgegen den Bestimmungen der *GPL* nur im Objekt-Code zum Download angeboten hatte, ohne den Quellcode den Erwerbern verfügbar zu machen.

Sowohl die *FSF* als auch die *OSI* führen auf ihren jeweiligen Websites¹⁰ Listen von Lizenzen und geben an, inwieweit diese mit der *FSD* und der *GPL* bzw. der *OSD* kompatibel sind. Eine Übersicht über die große Zahl von Lizenzen gibt auch die Webseite des *Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS)*¹¹, wo über 100 verschiedene Lizenzen aufgeführt sind.

Über die Vielzahl der verschiedenen Lizenzen lässt sich dadurch eine Übersicht gewinnen, dass die Lizenzen einerseits gewissen Typen zugeordnet werden und andererseits berücksichtigt wird, dass der Grad der Verbreitung der verschiedenen Lizenzen

8 Vgl. dazu Ziff. 4 der *GPL*. Näheres zur *GPL* befindet sich im Abschnitt 2.3.

9 Siehe dazu http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf und vgl. Ebinger (2005).

10 http://www.fsf.org/licensing/licenses/index_html und <http://www.opensource.org/licenses/>

11 Siehe dazu <http://www.ifross.de> unter der Rubrik „Lizenzen“.

höchst unterschiedlich ist. Weitaus am stärksten verbreitet und damit am wichtigsten sind die *GPL* und die *GNU Lesser General Public License (LGPL)*.

2.2 Konzept des Copyleft

Das wichtigste Kriterium zur Beurteilung der verschiedenen OSS-Lizenzen ist, ob diese ein Copyleft enthalten oder nicht.

„Copyleft is a general method for making a program free software and requiring all modified and extended versions of the program to be free software as well.“¹²

Lizenzen, die ein Copyleft beinhalten, verlangen, dass Software, die durch Modifikation der unter der Lizenz erworbenen OSS oder durch die Übernahme von Teilen der OSS erstellt wurde, ebenfalls wieder unter der gleichen Lizenz als OSS zur Verfügung gestellt wird. Das Konzept des Copyleft ist für OSS nicht zwingend. Es liegt jedoch vielen der für OSS verwendeten Lizenzen zugrunde, insbesondere der am meisten verbreiteten *GPL*.

2.3 Typen von Lizenzen

Eine Typisierung der Lizenzen lässt sich wie folgt vornehmen:

- Lizenzen ohne Copyleft-Effekt
- Lizenzen mit strengem Copyleft-Effekt
- Lizenzen mit beschränktem Copyleft-Effekt
- Lizenzen mit Wahlmöglichkeiten
- Lizenzen mit Sonderrechten

Lizenzen ohne Copyleft: BSD-Lizenz und ähnliche

Charakteristisch für die *BSD-Lizenz*¹³ und ähnliche Lizenzen, z. B. die *Apache Software License 1.1*, ist ihr geringer Umfang. Neben der Einräumung des Rechts an die Nutzer, die Software zu nutzen, zu verändern und unverändert oder verändert zu vertreiben, beinhalten diese Lizenzen lediglich einige wenige Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Software. So muss der Quellcode den Urhebervermerk, die Lizenzbestimmungen sowie den Gewährleistungsausschluss enthalten.

¹² Vgl. „What is Copyleft?“ auf der Website der *Free Software Foundation* unter <http://www.fsf.org/licensing/essays/copyleft.html>.

¹³ Diese existiert in der Originalversion (<http://www.xfree86.org/3.3.6/COPYRIGHT2.html#6> unter Ziff. 2.2.2 „UCB/LBL“) und in der modifizierten Version (<http://www.xfree86.org/3.3.6/COPYRIGHT2.html#5> unter Ziff. 2.2.2 „General“).

Beim Vertrieb in Binärform sind die entsprechenden Angaben in der Dokumentation oder anderem Begleitmaterial aufzunehmen. In der ursprünglichen Form enthielt die *BSD-Lizenz* noch eine Verpflichtung, in allen Werbematerialien, welche im Zusammenhang mit lizenzierte Software verwendet wurden, einen Hinweis auf die Universität Berkeley aufzunehmen.

Wird die Software in veränderter Form vertrieben, ist die Erwähnung des Namens des/der Urheber der ursprünglichen Software untersagt.

Da dieser Lizenztyp kein Copyleft beinhaltet, ist es zulässig, Modifikationen und Weiterentwicklungen auch als proprietäre Software zu vertreiben und Code der BSD-lizenzierten Software in proprietäre Software zu übernehmen.

Lizenzen mit Copyleft

Die wichtigste Copyleft-Lizenz ist die *General Public License (GPL)*.¹⁴ Diese stellt zudem das Vorbild für weitere Lizenzen dar.¹⁵

Die *GPL* bestimmt, dass Software, welche unter der *GPL* erworbene OSS vollständig oder teilweise beinhaltet oder von unter der *GPL* erworbener OSS abgeleitet ist, wiederum nur unter der *GPL* vertrieben werden darf. Im Einzelnen stellt die Anwendung der entsprechenden *GPL*-Regelungen einige noch nicht definitiv gelöste Abgrenzungsprobleme.¹⁶

Klar ist der Fall, dass der Source-Code der ursprünglich erworbenen Software abgeändert oder weiterentwickelt wird. Dann ist auch die modifizierte Fassung der Software für den Vertrieb der *GPL* zu unterstellen. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wenn Bestandteile der erworbenen OSS in andere Software übernommen oder mit dieser verbunden werden oder wenn die OSS um neue Bestandteile ergänzt wird. Sofern das Resultat jeweils als ein Ganzes anzusehen ist, verlangt die *GPL*, dass dieses Ganze wieder der *GPL* untersteht. Die *GPL* definiert jedoch nicht, unter welchen Voraussetzungen eine aus verschiedenen Teilen (Modulen) bestehende Software als ein Ganzes zu betrachten ist. Die *GPL* stellt einerseits lediglich klar, dass die Speicherung von Software zusammen mit der *GPL* unterstellter OSS auf dem gleichen Datenträger für sich allein noch nicht bedeutet, dass die übrige Software ebenfalls der *GPL* unterstellt werden muss. Andererseits bestimmt sie, dass selbstständig entwickelte Softwareteile, die vernünftigerweise als unabhängig zu betrachten sind, dann nicht der *GPL* unterstehen, wenn sie auch formell getrennt von der *GPL*-Software selbstständig vertrieben werden.

Zu den Lizenzen gehört auch die von der EU-Kommission im Entwurf vorgestellte *European Union Public License (EURL)*.¹⁷

14 <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>

15 Z. B. für die *Affero Public License* sowie weitere auf der Website des *ifross* (<http://www.ifross.de>) unter der Rubrik „Lizenzen“ aufgeführte Lizenzen.

16 Vgl. dazu Jaeger et al. (2005).

17 Vgl. Art. 5 der *EURL*, zu finden unter <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=21203>.

Lizenzen mit abgeschwächtem Copyleft

Ein Beispiel für eine Lizenz mit gegenüber der *GPL* abgeschwächtem Copyleft ist die *Mozilla Public License (MPL)*,¹⁸ die wie die *GPL* ebenfalls als Vorbild für weitere Lizenzen dient.¹⁹

Die *MPL* enthält für Änderungen und Weiterentwicklungen („Modifications“) des Quellcodes ebenfalls ein Copyleft. Die *MPL* definiert jedoch präziser als die *GPL*, was als „Modification“ zu verstehen und dementsprechend für den Vertrieb wieder der *MPL* zu unterstellen ist bzw. was nicht.²⁰ Nach der *MPL* sind Änderungen, Streichungen oder Ergänzungen im Quellcode bestehender Dateien der unter der *MPL* erworbenen Software vom Copyleft erfasst. Werden jedoch dem ursprünglichen Quellcode neue Dateien hinzugefügt, müssen diese nicht der *MPL* unterstellt werden und können auch als proprietäre Software lizenziert werden. Insbesondere erlaubt die *MPL* im Vergleich mit der *GPL* eine einfachere Kombination der unter der *MPL* stehenden Software (*covered code*) mit anderer Software, ohne dass diese Software ihrerseits der *MPL* unterstellt werden müsste, vorausgesetzt, für den *covered code* werden die Bedingungen der *MPL* vollumfänglich eingehalten.²¹

Eine abgeschwächte Form des Copyleft beinhaltet auch die *GNU Lesser Public License (LGPL)*.²² Diese ist insbesondere für die Lizenzierung von Programmbibliotheken gedacht. Änderungen einer unter der *LGPL* erworbenen Programmbibliothek müssen beim Vertrieb wieder der *LGPL* unterstellt werden. Insofern gilt das Copyleft.²³ Um die Verbreitung von OSS-Programmbibliotheken zu fördern, stellt die *LGPL* hingegen einerseits klar, dass Programme, die auf eine *LPGL*-Programmbibliothek zugreifen, selbstständig unter proprietären Lizenzen vertrieben werden dürfen, und andererseits sieht sie vor, dass auch ein Vertrieb von *LPGL*-Bibliotheken in Kombination mit proprietärer Software, welche auf die Bibliotheken zugreift, möglich ist, wenn den Erwerbern bestimmte Rechte eingeräumt werden.²⁴

Lizenzen mit Wahlmöglichkeiten

Hauptbeispiel dieses Lizenztyps ist die *Artistic License*.²⁵ Diese stellt bezüglich der Modalitäten für den Vertrieb von Modifikationen der Software verschiedene Varianten zur Wahl. Im Einzelnen sind die maßgeblichen Bestimmungen wenig präzise gefasst und lassen zahlreiche Abgrenzungsfragen offen.

18 <http://www.opensource.org/licenses/mozilla1.1.php>

19 Z. B. für die *Sun Public License Version 1.0* oder die *Netizen Open Source License Version 1.0* sowie weitere auf der Website des *ifFOSS* (<http://www.ifross.de>) und Rubrik „Lizenzen“ aufgeführte Lizenzen.

20 Vgl. *MPL* Ziff. 1.9 und 2.2.

21 Vgl. *MPL* Ziff. 3.7.

22 Vgl. *LGPL* Art. 5 und Art. 6.

23 Vgl. *LGPL* Ziff. 2.

24 Vgl. *LGPL* Ziff. 5 und 6.

25 <http://www.opensource.org/licenses/artistic-license.php>

Lizenzen mit Sonderrechten

Beispiele für diese Art von Lizenzen sind die *Netscape Public License 1.1 (NPL)*²⁶ und die *Apple Public Source License Version 1.2*.²⁷

Die *NPL* sieht eine Privilegierung von Netscape in dem Sinn vor, dass diese sich das Recht vorbehält, den ursprünglichen Code des *Netscape Navigator*, einschließlich der von Dritten dazu vorgenommenen Veränderungen, auch unter anderen Lizenzbedingungen als der *NPL*, insbesondere auch als proprietäre Software zu vertreiben.

Auch die *Apple Public Source License* gibt Apple eine bevorzugte Stellung, indem Apple das Recht hat, Weiterentwicklungen Dritter auch als proprietäre Software zu vertreiben und zu vermarkten. Ferner behält sich Apple das Recht vor, von ihr erstellte Modifikationen des ursprünglichen Codes nicht der Lizenz zu unterstellen, sondern zu anderen Bedingungen zu lizenzieren und zu vertreiben.

3 Maßgebliche Gesichtspunkte beim Erwerb von OSS aus Nutzersicht

Im Folgenden wird dargelegt, welche Gesichtspunkte beim Erwerb von OSS für die Nutzer wesentlich sind. Denn für die reinen Nutzer von OSS, welche die Software weder weiterentwickeln noch weitervertreiben, sondern ausschließlich für den Eigengebrauch einsetzen, spielen die Unterschiede zwischen den verschiedenen OSS-Lizenzen kaum eine Rolle.

Aus Nutzersicht relevant sind von den vier Freiheiten insbesondere die Freiheit zur Nutzung der Software zu beliebigen Zwecken sowie die Freiheit zur Herstellung einer beliebigen Anzahl Kopien der Software. Hinsichtlich der Bedingungen zur Ausübung dieser Rechte stimmen die OSS-Lizenzen jedoch im Wesentlichen überein.

Aus Sicht der Nutzer ist vielmehr die Frage relevant, ob der Erwerb von OSS nicht mit höheren Risiken verbunden ist als der Erwerb von CSS. In den OSS-Lizenzen wird nämlich regelmäßig die Haftung und Gewährleistung der Lizenzgeber ausgeschlossen. Weiter ist es nicht möglich, mit den Entwicklern der OSS oder deren autorisierten Vertriebspartnern Verträge über die Softwarepflege abzuschließen, wie es für CSS üblich und im Hinblick auf die Sicherstellung der längerfristigen Nutzung der Software regelmäßig auch notwendig ist.

3.1 Unterscheidung zwischen Lizenz und Erwerb der Softwarekopie

Für das Verständnis der Rechtsposition des Nutzers von OSS müssen zwei verschiedene Vertragsverhältnisse unterschieden werden: der Vertrag über den Erwerb der Softwarekopie einerseits und die Lizenz betreffend die Nutzungsrechte an der Software andererseits.

²⁶ <http://www.mozilla.org/MPL/NPL-1.1.html>

²⁷ <http://www.opensource.org/licenses/apsl.php>

Aus Nutzersicht steht der Vertrag über den Erwerb der Softwarekopie im Vordergrund. Es handelt sich dabei entweder um einen Kauf, falls für die Softwarekopie eine Vergütung zu bezahlen ist, oder um eine Schenkung oder einen schenkungsähnlichen Vertrag, wenn die Softwarekopie kostenlos abgegeben wird. Aus diesem Vertrag stehen dem Nutzer bei Mängeln der Software Haftungs- und Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Veräußerer der Softwarekopie zu. Eine Beschränkung oder Wegbedingung der Haftung und Gewährleistung durch den Veräußerer ist nur soweit möglich, als dies gemäß dem anwendbaren Recht zulässig ist.

Sofern allerdings die Softwarekopie kostenlos abgegeben wird und damit Schenkungsrecht zur Anwendung gelangt, besteht bereits von Gesetzes wegen nur eine beschränkte Haftung und Gewährleistung des Veräußerers (Schenkens) der Softwarekopie. Nach schweizerischem Recht²⁸ haftet der Schenker nur insoweit für allfällige Schäden, als er diese absichtlich oder grob fahrlässig verursacht hat und er unterliegt nur insoweit einer Gewährleistungspflicht, als er eine solche gegenüber dem Erwerber der Software vertraglich übernommen hat. Nach deutschem Recht²⁹ besteht lediglich eine Haftung des Schenkens für Schäden aus arglistigem Verschweigen von Mängeln.

Der Lizenzvertrag über OSS kommt nicht mit dem Veräußerer der Softwarekopie zustande. Die Lizenzerteilung erfolgt jeweils direkt durch die verschiedenen Entwickler, welche ihre Beiträge an ein OSS-Produkt geleistet haben. Dabei wird in den OSS-Lizenzen regelmäßig die Haftung der Lizenzgeber sowie deren Gewährleistung für Mängel der Software so weit rechtlich möglich ausgeschlossen und ebenso die Garantie, dass die Software keine Urheberrechte und Patentrechte von Dritten verletzt (Ausschluss der so genannten Rechtsgewährleistung).

Auch für den Lizenzvertrag betreffend die Einräumung der Nutzungsrechte an der OSS handelt es sich um eine Schenkung. Selbst wenn daher die in den OSS-Lizenzen vorgesehenen Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse ungültig sein sollten, hat der Erwerber gegenüber den Lizenzgebern von Gesetzes wegen nur beschränkte Haftungs- und Gewährleistungsansprüche.³⁰

Oft kommt aber auch gar kein Lizenzvertrag zustande, weil der Nutzer die zusammen mit der Software gelieferte Lizenz³¹ gar nicht zur Kenntnis nimmt. Da der rechtmäßige Erwerber einer Softwarekopie von Gesetzes wegen zu bestimmten Nutzungshandlungen befugt ist,³² benötigt der Nutzer von OSS grundsätzlich auch gar keinen Lizenzvertrag, um die Software in zulässiger Weise zu nutzen. Die Lizenz spielt erst eine Rolle, wenn der Bereich der gesetzlich zulässigen Nutzungshandlungen überschritten wird.

28 Vgl. Art. 248 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR).

29 Vgl. § 524 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB).

30 § 523 Abs. 1 BGB; Art. 99 SchweizOR

31 Es gehört regelmäßig zu den Bedingungen der OSS-Lizenzen, dass beim Vertrieb der Software die Lizenz zusammen mit der Software mitzuliefern ist, sei es integriert in den Quellcode oder, falls die Software in binärer Form vertrieben wird, in der Dokumentation.

32 Vgl. oben Anm. 7.

Um den Inhalt der OSS-Lizenz muss sich daher nur derjenige kümmern, der die OSS nicht nur nutzen, sondern weiterentwickeln und/oder vertreiben will. Die Weiterentwicklung und der Vertrieb von OSS sind nur unter den in der OSS-Lizenz definierten Bedingungen zulässig.

3.2 Risiken des Nutzers

Der Nutzer von OSS trägt somit insbesondere dann ein im Vergleich zu CSS erhöhtes Risiko im Zusammenhang mit Haftung und Gewährleistung, wenn er die OSS kostenlos erworben hat.

Ein weiteres Risiko besteht darin, dass die Entwickler der Software keine Verpflichtung zur Pflege der Software übernehmen, das heißt zu deren laufender Verbesserung und Weiterentwicklung, wie dies sonst mit den Anbietern von CSS in entsprechenden Softwarepflegeverträgen vereinbart werden kann. Damit stellt sich jedoch für den Erwerber von OSS die Frage, wie die Nutzung über den Lauf der Zeit sichergestellt werden kann, wenn keine Vereinbarung über die Softwarepflege möglich ist.

Die erwähnten Risiken spielen insbesondere dann eine Rolle, wenn OSS in einem professionellen Umfeld in Unternehmen oder der öffentlichen Verwaltung eingesetzt werden soll. Mangelhafte Software oder ungenügende Softwarepflege können hier zu Schäden mit entsprechenden Haftungsfolgen führen. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Verantwortlichkeit der für den Beschaffungsentscheid zuständigen Personen, sollte sich die beschaffte OSS als ein nicht zu verantwortendes Risiko herausstellen.

3.3 Risikominimierung durch den Nutzer

Durch eine entsprechende Berücksichtigung von Qualitäts- und Sicherheitsaspekten bei der Evaluation der Software kann der fehlenden oder reduzierten Haftung und Gewährleistung begegnet werden. Dieser rechtliche Nachteil fällt dann weniger ins Gewicht, wenn die in Frage stehende OSS als qualitativ gut zu beurteilen ist, etwa nach folgenden Kriterien:

- Wie und von wem ist das Entwicklungsprojekt organisiert?
- Welche Qualifikationen sind erforderlich, um als Entwickler zugelassen zu werden?
- Nach welchen Standards wird entwickelt?
- Wie werden die einzelnen Entwicklungsbeiträge dokumentiert?
- Welche Testdurchläufe werden durchgeführt und wie sind diese dokumentiert?
- Wie weit ist die in Frage stehende OSS verbreitet und wie sind die Erfahrungen der bisherigen Nutzer?

Dass die Risiken bezüglich der Qualität und Sicherheit von OSS durch eine sorgfältige Evaluation wirksam minimiert werden können, wird dadurch bestätigt, dass OSS-Produkte unter Qualitäts- und Sicherheitsaspekten gegenüber vergleichbaren CSS-Produkten durch Fachkreise oft als besser beurteilt werden. Führt eine Evaluation zum gleichen Ergebnis, so ist es aus haftungsrechtlicher Sicht – je nach Verwendungszweck – durchaus vertretbar, dass ein OSS-Produkt ausgewählt wird.

Im Zusammenhang mit der fehlenden Softwarepflege ist zu prüfen, ob das jeweilige OSS-Entwicklungsprojekt über die Anfangsphase hinaus auf Kontinuität ausgerichtet ist und über genügend große Beachtung bei den Entwicklern verfügt, damit es auf längere Zeit weitergeführt werden kann. Erscheint dies sichergestellt, kann trotz fehlender vertraglicher Verpflichtung davon ausgegangen werden, dass Softwaremängel innerhalb einer kurzen Frist behoben werden und die Software kontinuierlich verbessert und weiterentwickelt wird. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass auch bei CSS die Lieferanten oft nicht bereit sind, hinsichtlich der Pflege und Weiterentwicklung ihrer Software konkrete Zusagen zu machen, in welcher Zeitspanne aufgetauchte Fehler behoben und neue Funktionen oder Anpassungen an neue Betriebssystemversionen etc. realisiert werden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass für OSS bereits zahlreiche professionelle Anbieter bestehen, die Support bei Einführung und Nutzung der Software anbieten und damit die nutzerseitigen Risiken ebenfalls vermindert werden.

4 Maßgebliche Gesichtspunkte für Entwickler

Nachfolgend wird für die Entwickler festgehalten, auf was sie bei der Entwicklung im OSS-Umfeld zu achten haben.

Wird OSS als Basis für Weiterentwicklungen verwendet oder vollständig oder teilweise in andere Software übernommen, so ist in erster Linie zu prüfen, ob für die betreffende OSS ein Copyleft besteht oder nicht. Sofern die Lizenz ein Copyleft vorsieht, ist dessen genauer Umfang festzustellen. Dies ist unerlässlich, um sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob die Ergebnisse der eigenen Entwicklungsarbeiten nur unter der Lizenz vertrieben werden dürfen, unter welcher die als Basis der Entwicklung dienende OSS erworben worden ist. Will ein Entwickler seine Arbeitsergebnisse nicht als OSS offen legen, darf er für seine Arbeiten keine OSS verwenden, welche mit einem strengen Copyleft lizenziert wird. Falls er OSS mit einem eingeschränkten Copyleft verwendet, muss er die in der Lizenz definierten Bedingungen, unter denen die Software vom Copyleft ausgenommen ist, genau beachten.

Wesentlich ist ferner der Zeitpunkt, ab welchem ein allfälliges Copyleft greift. Als Grundregel kann gelten, dass Entwicklungsergebnisse, welche das enge Entwicklungsumfeld (Entwicklungsteam) nicht verlassen, vom Copyleft noch nicht erfasst werden. Erst wenn die Entwicklungen einem breiteren Kreis von Personen bekannt gegeben werden, entfaltet das Copyleft seine Wirkung.

Insbesondere die *GPL* bestimmt, dass das Copyleft greift, wenn die Weiterentwick-

lungen „veröffentlicht“ werden. Was unter „Veröffentlichung“ zu verstehen ist, wird in der *GPL* nicht definiert. Nach deutschem und schweizerischem Urheberrecht gilt als Veröffentlichung eines Werkes, wenn dieses Personen zugänglich gemacht wird, die nicht durch „persönliche Beziehungen verbunden“³³ bzw. nicht einem „Kreis von Personen, die unter sich eng verbunden sind“³⁴ angehören.

Daraus ergibt sich für Entwickler die Empfehlung, Entwicklungsergebnisse, von denen sie nicht wollen, dass sie unter das Copyleft fallen, im engen Kreis der unmittelbar an der Entwicklung beteiligten Personen zu behalten. Werden z. B. Entwicklungen innerhalb eines Unternehmens über den Kreis der unmittelbar beteiligten Entwickler hinaus für andere Mitarbeiter zugänglich gemacht, ist dies als „Veröffentlichung“ anzusehen, da, ausgenommen in Kleinunternehmen, die Mitarbeiter eines Unternehmens nicht mehr als untereinander „durch persönliche Beziehungen verbunden“ gelten.

Neben den Bedingungen eines Copyleft sind von den Entwicklern weitere Pflichten zu beachten, welche in OSS-Lizenzen enthalten sein können, wie insbesondere Pflichten betreffend die Kennzeichnung, Beschreibung und Datierung der vorgenommenen Modifikationen oder betreffend die Implementierung von Hinweisen auf die Lizenzbedingungen, welche am Bildschirm oder auf Ausdrucken anzuzeigen sind.

Wird im Rahmen von Entwicklungsarbeiten OSS, die unter verschiedenen Lizenzen erworben worden ist, miteinander verbunden, so ist darauf zu achten, dass die betreffenden Lizenzen untereinander kompatibel sind, das heißt keine sich widersprechenden oder sich gegenseitig ausschließenden Bedingungen enthalten. So ist es z. B. möglich, Software, welche unter der *BSD-Lizenz* erworben wurde, mit Software, welche unter der *GPL* steht, zu kombinieren und zu den Bedingungen der *GPL* weiterzuverbreiten.³⁵ Das Umgekehrte – Vertrieb von *GPL*-Software unter der *BSD-Lizenz* – ist jedoch nicht möglich, insbesondere weil die *BSD-Lizenz* kein Copyleft beinhaltet.

Sollen für Entwicklungsarbeiten neben der OSS auch vorbestehende proprietäre Softwarebestandteile verwendet werden, so ist sicherzustellen, dass die Berechtigung zur Verwendung dieser Bestandteile besteht und keine Rechte Dritter verletzt werden. Würden solche Softwarebestandteile von Dritten erworben, sind die entsprechenden Verträge zu überprüfen, ob darin diese Berechtigungen gewährt werden.

Bei Entwicklungsarbeiten in Unternehmen ist, wie bei jeder Softwareentwicklung, darauf zu achten, dass mit den Entwicklern, handle es sich um eigene Mitarbeiter oder um externe Dritte (Freelancer), die Rechte an den von diesen erstellten Arbeitsergebnissen klar geregelt sind und dem Unternehmen alle notwendigen Rechte an den Entwicklungsergebnissen zustehen. Es muss sichergestellt sein, dass den Erwerbern der Software die Rechte gemäß den vier Freiheiten ungehindert eingeräumt

33 Vgl. § 15 Abs. 3 dt. UrhG.

34 Vgl. Art. 9 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 1 lit. a schweizURG.

35 Auf der Website der *Free Software Foundation* findet sich unter http://www.fsf.org/licensing/licenses/index_html#GPLIncompatibleLicenses eine Liste von mit der *GPL* kompatiblen OSS-Lizenzen.

werden können. Das Unternehmen muss somit insbesondere über die Rechte zur unbeschränkten Vervielfältigung, zum Vertrieb, sei es auf Datenträger oder online, sowie zur Veränderung und Weiterentwicklung der Entwicklungsergebnisse verfügen.

Es empfiehlt sich dabei, nicht nur mit externen Dritten entsprechende ausdrückliche Vereinbarungen abzuschließen, sondern auch mit den an der Entwicklung beteiligten Mitarbeitern. Für diese bestehen zwar bereits von Gesetzes wegen Regelungen, welche dem Arbeitgeber Rechte an den Arbeitsergebnissen einräumen. Diese sind jedoch teilweise, wie z. B. für Art. 17 des schweizerischen URG, unpräzise oder lückenhaft formuliert. Durch eine ausdrückliche und klar formulierte vertragliche Vereinbarung lassen sich solche Unklarheiten vermeiden.

5 Maßgebliche Gesichtspunkte beim Vertrieb von OSS

Als letzter Punkt wird analysiert, was für den Vertrieb von OSS lizenzmäßig relevant ist.

Beim reinen Weitervertrieb von OSS sind die entsprechenden Bedingungen der Lizenz, unter welcher die betreffende OSS vom Verreiber erworben worden ist, zu beachten. Diese Bedingungen sind in den verschiedenen Lizenzen jeweils unterschiedlich formuliert. Sie betreffen insbesondere Fragen wie die Weitergabe einer Kopie der Lizenz zusammen mit der Software, die Beibehaltung oder Beifügung von Urheberrechts- und Lizenzvermerken sowie von Hinweisen auf die Gewährleistung in jeder Softwarekopie.

Besonders zu beachten sind die Bestimmungen betreffend den Vertrieb des Quellcodes oder, falls die Software im Objektcode vertrieben wird, betreffend die den Erwerbern der Software zu gewährende Möglichkeit, sich den Quellcode beschaffen zu können. Die einzelnen Lizenzen weichen hier hinsichtlich der Modalitäten, insbesondere bezüglich der Fristen, während welcher der Quellcode zur Verfügung zu halten ist, voneinander ab.

Wer von ihm weiterentwickelte OSS oder vollständig neu entwickelte Software vertreiben will, muss entscheiden, welche Lizenz er hierfür verwenden will. Bei Weiterentwicklungen ist zu beachten, dass eine selbstständige Wahl der Lizenz nur möglich ist, wenn die Weiterentwicklungen nicht von einem Copyleft erfasst werden. Im Falle eines bestehenden Copylefts, so muss die weiterentwickelte Software unter der gleichen Lizenz vertrieben werden, unter welcher die modifizierte Software ursprünglich erworben worden ist.

Falls hingegen keine Bindung durch ein Copyleft besteht, können die Lizenzbedingungen für die Software frei bestimmt werden. Es kann zwischen einer der bereits zahlreich vorhandenen Lizenzen gewählt werden oder aber auch eine eigene neue Lizenz definiert werden.

Um die Verbreitung der Software bei den Nutzern zu fördern, erscheint es sinnvoll, eine bereits möglichst bekannte Lizenz zu wählen, um so Unsicherheiten und Vorbe-

halten in Bezug auf die Lizenzkonditionen vorzubeugen. Unter diesem Aspekt bieten sich daher insbesondere Lizenzen wie die *BSD-Lizenz*, die *Mozilla Public License* und natürlich die *GPL* und *LGPL* an.

Zu vermeiden ist die Wahl von Lizenzen, welche z. B. wegen ihrer inhaltlichen Unklarheiten als problematisch gelten, wie dies z. B. für die *Artistic License* der Fall ist.³⁶

Die grundlegende Entscheidung, die bei der Wahl einer OSS-Lizenz zu treffen ist, betrifft die Frage des Copyleft. Soll die Verwendung der Software zur Erstellung von Weiterentwicklungen oder zur Übernahme in andere Software, die ihrerseits nicht wieder als OSS vertrieben werden, verhindert werden, so ist ein strenges Copyleft erforderlich. Die Verwendung der *GPL* erscheint dann sinnvoll.

Für Software, welche von ihrem Zweck her dazu bestimmt ist, in Kombination mit anderer Software genutzt zu werden, wie z. B. Programmbibliotheken, kann es für eine möglichst weite Verbreitung von Nutzen sein, lediglich ein limitiertes Copyleft vorzusehen, welches zwar die unmittelbare Weiterentwicklung des Quellcodes erfasst, jedoch in Bezug auf die Kombination mit anderer Software mehr Spielraum gewährt als die *GPL*, wie dies z. B. für die *MPL* oder die *LGPL* zutrifft.

Wenn in Bezug auf die für Weiterentwicklungen der Software maßgeblichen Bedingungen gar keine Vorgaben gemacht werden sollen, so kann hingegen eine Lizenz ohne Copyleft, wie die *BSD-Lizenz*, verwendet werden.

Welche der genannten Varianten zu wählen ist oder ob eine eigene Lizenz erstellt werden soll, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, in Abhängigkeit der mit dem Vertrieb verfolgten Ziele und der Art der vertriebenen Software.

6 Fazit

Es bestehen zahlreiche verschiedene Lizenzen für OSS, die sich in Bezug auf die den Nutzern auferlegten Pflichten unterscheiden. Das wichtigste Unterscheidungsmerkmal besteht darin, ob eine Lizenz ein Copyleft beinhaltet oder nicht. Bei den Copyleft-Lizenzen kann zudem zwischen solchen mit einem strengen und mit einem abgeschwächten Copyleft unterschieden werden.

Für die reinen Nutzer von OSS, das heißt solche, welche die Software weder weiterentwickeln noch vertreiben wollen, spielen die Unterschiede der verschiedenen OSS-Lizenzen jedoch kaum eine Rolle. Denn der rechtmäßige Erwerber von Software kann diese bereits von Gesetzes wegen nutzen und bedarf hierzu keiner Lizenz.

Für die Verreiber von OSS ist der Inhalt der OSS-Lizenzen wesentlich, da der Vertrieb nur unter Beachtung der in der jeweiligen Lizenz definierten Bedingungen zulässig ist. Werden diese Bedingungen nicht beachtet, stellt dies eine Verletzung der Urheberrechte der an der Software Berechtigten dar. In häufig verwendeten Lizenzen,

³⁶ Vgl. dazu z. B. Jaeger und Metzger (2002).

wie z. B. der *GPL* und *LGPL*, ist zudem für den Fall des Verstoßes gegen eine Lizenzbedingung der automatische Verlust der Lizenz ausdrücklich vorgesehen.

Was die Entwickler von Software anbelangt, so gilt, dass wer OSS weiterentwickelt oder selbst entwickelte Software mit OSS verbindet, darauf achten muss, ob die Lizenz der von ihm genutzten OSS ein Copyleft beinhaltet oder nicht. Bei Lizenzen mit einem Copyleft dürfen Weiterentwicklungen der OSS wieder nur unter der OSS-Lizenz vertrieben werden. In Bezug auf selbst entwickelte Software, welche mit bereits bestehender OSS verbunden wird, hängt die Frage, ob neu entwickelte Software ebenfalls der Lizenz der verbundenen OSS zu unterstellen ist, wesentlich davon ab, ob die Lizenz ein strenges oder ein abgeschwächtes Copyleft beinhaltet. Bei einem strengen Copyleft ist es nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig, mit der OSS verbundene Software unter anderen Bedingungen zu vertreiben als der für die verbundene OSS gültigen Lizenz. Bei Lizenzen mit abgeschwächtem Copyleft besteht demgegenüber wesentlich mehr Spielraum.

Literatur

Ebinger, T. (2005), Tragen die Juristen Open-Source-Software zu Grabe? – Die GNU GPL vor Gericht, in B. Lutterbeck, R. A. Gehring und M. Bärwolff (Hrsg.), 'Open Source Jahrbuch 2005 – Zwischen Softwareentwicklung und Gesellschaftsmodell', Lehmanns Media, Berlin, S. 249–269. <http://www.opensourcejahrbuch.de/2005/> [02. Feb 2006].

Jaeger, T., Koglin, O., Kreutzer, T., Metzger, A. und Schulz, C. (2005), *Die GPL kommentiert und erklärt – Rechtliche Erläuterungen zur GNU General Public License*, O'Reilly, Köln. <http://www.oreilly.de/catalog/gplger/> [02. Feb 2006].

Jaeger, T. und Metzger, A. (2002), *Open Source Software*, C. H. Beck, München.