

Open-Source-Software

Aktuelle Fragen

Open-Source-Lizenzen

Schutz, Haftung und Rechtsdurchsetzung

Bindung an die Rsp und OGH-Gesetz

Wichtiger Dienst am Fair Trial

Entgeltliche Gutscheine

Befristung der Gültigkeitsdauer

Recht smart

Bereitstellen digitaler Inhalte

UTP-RL der Lebensmittelbranche

Schutz Davids gegen Goliath

Say on Pay

Und Zuständigkeit im Aufsichtsrat

Rechtsberatung

Durch Gewerbetreibende

Mobbing

Am Arbeitsplatz – aber nicht nur

Fragen, die sich Unternehmer beim Einsatz von Open-Source-Software stellen sollten

Beim Einsatz von OSS stellen sich viele rechtliche Fragen, die nicht immer offensichtlich sind. In Bezug auf anwendbare Lizenzen, den viralen Effekt und die Haftung werden die wichtigsten in diesem Beitrag zusammengefasst beantwortet.

ROBERT HAGER / ALEXANDER PABST

A. Einsatz bestehender OSS

Soll vorbestehende OSS für betriebliche Zwecke eingesetzt werden, besteht zumeist eine Bindung an die jeweilige Lizenz, weil eine Zustimmung der oft unüberschaubaren Anzahl an Rechtsinhabern selten eine Option sein wird. Es gilt, mögliche Risiken in diesem Zusammenhang zu identifizieren und gegebenenfalls abzuschwächen. Dabei sollten bestimmte Fragen regelmäßig gestellt werden:

1. Welche Lizenz ist auf welche Teile der Software anwendbar?

Als einheitlich wahrgenommene Software ist meist ein Paket aus einzelnen Softwaremodulen und -bib-

liotheken, die unter verschiedenen Lizenzen stehen können. Vor der geplanten Verwertung der Software sollten alle Teile der OSS in Bezug auf ihre Lizenz und ihre Funktionalität erfasst werden.

Häufig eignet sich zur automatisierten Ermittlung der Lizenzen dafür speziell entwickelte OSS-Audit-Software. Die manuelle Ermittlung aller Lizenzhinweise ist nicht immer problemlos, da sich diese oft an verschiedenen Stellen des Source Codes befinden können.

Dr. Robert Hager ist Technologieunternehmer und Unternehmensberater in Wien.

Alexander Pabst, LL.M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwärter der Schönherr Rechtsanwälte GmbH.

2. Wie soll die Software eingesetzt werden?

Viele OSL (allen voran jene der GPL-Lizenzfamilie) sehen Nutzungs- bzw Verwertungsbeschränkungen für bestimmte Nutzungsarten vor. Besondere Brisanz können hier etwa Verpflichtungen iZm dem viralen Effekt haben, die geeignet sein können, die beabsichtigte Nutzung ökonomisch zu vereiteln. Andererseits sind bestimmte Nutzungsarten von der Lizenz gar nicht erfasst (was diese Nutzungsform gar nicht erst ermöglicht).

Bestimmte Arten der Verwertung sind wiederum nur von den einschränkenden Bestimmungen der jeweiligen Lizenz nicht erfasst. Die Verwertung kann dann uU uneingeschränkt geschehen:

So sieht bspw GPLv3 ausdrücklich vor, dass ihre inhaltlichen Pflichten nicht anwendbar sind, sofern die OSS lediglich zum eigenen Gebrauch verwendet wird.¹⁾ Die rein betriebsinterne Nutzung (ohne dass die Software sich dabei in den Produkten und Dienstleistungen wiederfindet) unterliegt daher häufig nicht dem viralen Effekt.

Zudem besteht eine bekannte Lücke insb der GPLv3 darin, dass ihre strengen Bedingungen im Fall des ASP (Application Service Providing) nicht eingehalten werden müssen.²⁾ Auch dann müssen etwaige Ergänzungen nicht in ihrem Quellcode offengelegt werden und muss an darin (zusätzlich) verwendeten Patenten keine Lizenz eingeräumt werden.³⁾

Demgegenüber fehlt es der GPLv2 an einer entsprechenden ausdrücklichen Bestimmung zum ASP, sodass mitunter vertreten wird, dass für diese Nutzungsform überhaupt keine Lizenz erteilt wird (und daher gesondert einzuholen wäre).⁴⁾

3. Sind die Lizenzen von zusammen verwerteter Software kompatibel?

Ein deutlich besser kalkulierbares Risiko ist die Frage nach einer etwaigen fehlenden Lizenzkompatibilität. Größere Programme bedingen oft eine Vielzahl weiterer, ebenfalls unter OSL stehender Programme, ohne die sie nicht oder nur eingeschränkt funktionieren würden (sog „dependencies“). Dass deren beabsichtigte Verwertung der kombinierten Software aber auch durch sämtliche anwendbaren OSL (insb im Hinblick auf einen etwaig vorgesehenen viralen Effekt) gedeckt ist, muss im Einzelfall geprüft werden. Abgeschwächt kann diese Problematik uU durch Kompatibilitätsklauseln mancher Lizenzen werden, die vorsehen, unter welchen Bedingungen (bestimmte) andere OSL, mit dem vorgesehenen viralen Effekt vereinbar sind.

Um diese oft aufwendige Aufgabe zu erleichtern, werden einschlägige – teilweise weit entwickelte – automatisierte Audit-Dienstleistungen angeboten, die die verwendete Software auf ihre Lizenzen und die Art ihrer Verwendung prüft und daraufhin die Kompatibilität der Lizenzen auswertet.⁵⁾ Eine Inanspruchnahme derartiger Dienstleistungen kann das Risiko von Lizenzverstößen minimieren.

Häufig wird OSS unternehmensintern weiterentwickelt und mit anderer OSS oder proprietärer Software weiter verwoben und verwertet. Neben einem

regelmäßigen OSS-Audit sollten über die verwendeten und entwickelten Programme, ihre Lizenzen und die Art ihrer Verwendung genaue Aufzeichnungen geführt werden und neue Software regelmäßig bereits vor ihrer Implementierung auf ihre Kompatibilität mit allen anwendbaren Lizenzen geprüft werden.

4. Wo soll die Software eingesetzt werden?

Das Entstehen, der Inhalt und das Erlöschen von Immaterialgüterrechten richtet sich gem § 34 IPRG sowie nach anerkanntem Völkergewohnheitsrecht einzig nach jenem Land, in dem sie in Anspruch genommen werden (Territorialitätsprinzip).⁶⁾ Darüber kann vertraglich nicht disponiert werden.

Die Frage nach Auslegung und Reichweite des Vertrags selbst richtet sich demgegenüber aber nach den Kollisionsnormen für schuldrechtliche Verträge, die in der Rom I-VO statuiert sind, welche keine Sonderbestimmungen für Lizenzverträge vorsieht. Wird keine wirksame Rechtswahl gem Art 3 lit 3f Rom I-VO getroffen, richtet sich das anwendbare Recht im Allgemeinen nach dem Sitz des Lizenzgebers gem Art 4 Abs 2 Rom I-VO.⁷⁾

Einige Lizenzverträge, allen voran jene der GPL-Familie, knüpfen an das anwendbare Urheberrecht an, woraus sich va das Ausmaß des viralen Effekts bestimmen kann. Daher kommt dem Territorialitätsprinzip in diesen Fällen besondere Bedeutung zu.

Eine angedachte Verwertung einer OSS sollte daher zumindest auch nach der einschlägigen Rechtslage der wesentlichen Verwertungsstaaten beurteilt werden.

5. Kann davon ausgegangen werden, dass bei Einhalten der Lizenzbedingungen keine Rechte Dritter verletzt werden?

Auf Immaterialgüterrechte als (nicht körperliche) Sachen iwS sind die Bestimmungen über den gutgläubigen Eigentumserwerb gem §§ 367f ABGB nicht

1) GPL v3; in Bezug auf GPLv2, die lediglich auf die Veröffentlichung abstellt, wird demgegenüber vertreten, dass deren inhaltliche Pflichten bei Nutzung in größeren Behörden und Unternehmen anwendbar sind: *Sujecki*, Open Source Software im deutschen Vertrags- und Urheberrecht, MR 2005, 40.

2) Z 2 GPLv3 („You may make run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force“) iVm Z 0 GPLv3 („To ‚convey‘ a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying“).

3) So auch *Klemm*, GPL Version 3.0 – Urheberrechtliches zur Neufassung der Open-Source-Lizenz, in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), Innovation und Internationale Rechtspraxis, Praxisschrift für Wolfgang Zankl (2009) 363 (374).

4) *Spindler* in *Schricker/Loewenheim* (Hrsg), UrhG⁵ (2017) Vor §§ 69 aff Rz 40.

5) Bspw FOSSA: <https://fossa.com/> (abgerufen am 18. 8. 2019).

6) *Handig* in *Kucsko/Handig* (Hrsg), UrhG² (2017) Einleitung Rz 335; *Verschraegen* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 34 IPRG Rz 10 (Stand 1. 1. 2004, rdb.at); *Dreier* in *Dreier/Schulze* (Hrsg), UrhR⁵ (2015) Vor § 120 Rz 28; *Ferrari/Leible*, Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (2009) 73 f.

7) *Musger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017) zu Art 4 Rom I-VO Rz 10.

anwendbar.⁸⁾ Eine wirksame Rechtseinräumung kann daher nur durch eine dazu berechtigte Person erfolgen.

Haftungsrisiken aufgrund möglicher unbekannter Rechte Dritter werden beim Einsatz von OSS häufig dadurch erhöht, dass der betreffende Quellcode meist für jedermann (öffentlich) einsehbar ist und eine Patent- oder Urheberrechtverletzung daher leicht nachzuweisen sein wird. Dies ist bei proprietärer Software mit geheimem Quellcode naturgemäß schwieriger.⁹⁾

Auch wird nicht zuletzt aufgrund der Vielzahl an beteiligten Entwicklern und der meist vorgesehenen Haftungsausschlüsse kaum eine Regressmöglichkeit bestehen.

Bei kommerziellen Leistungen, in deren Rahmen auch OSS geliefert werden soll, wird dieses Risiko durch entsprechende vertragliche Zusagen aber weitestgehend auf den Auftragnehmer übertragen werden können.

a) Urheberrechtliche Problematik

Die schier unüberschaubare Menge an öffentlich verfügbarem Code (insb auf OSS-Entwicklungsplattformen wie GitHub) macht es beteiligten Entwicklern leicht, fremden Code häufig zunächst unbemerkt in OSS-Projekte zu integrieren und sich selbst als Urheber bzw Rechtsinhaber auszugeben.

Auch dadurch, dass die Herkunft des Quellcodes schwer kontrolliert werden kann, besteht gegenüber reinen Inhouse-Entwicklungen, bei denen der Ursprung des Codes im Allgemeinen deutlich besser kontrolliert und nachvollzogen werden kann, ein zusätzliches Risiko.

b) Patentrechtliche Problematik

Das mögliche Bestehen unbekannter Patente Dritter, die durch die Verwertung von OSS verletzt werden können, kann die Weiterverbreitung und Nutzung von OSS uU stark einschränken, weil sodann eine Nutzung einzig auf den privaten (nicht iSd § 22 PatG betriebsmäßigen) Bereich beschränkt wäre. Die Verbreitung der Software über das Internet würde allerdings diesen privaten Bereich wahrscheinlich bereits verlassen und eine Patentverletzung wäre zu bejahen.¹⁰⁾

Eine Patentrecherche sollte je nachdem in Erwägung gezogen werden, ob eine Patentierung (auch nach maßgeblichem ausländischem Patentrecht) für den konkreten Einsatz des genutzten betreffenden Algorithmus möglich ist (insb durch die weltweite Veröffentlichung über das Internet könnten auch ausländische Softwarepatente verletzt werden). Absolute Sicherheit kann aber uU aufgrund der Schwierigkeiten und des Aufwands von (uU weltweiten) Patentrecherchen nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand erreicht werden.¹¹⁾

In manchen Lizenzen, wie insb GPLv3 und Apache Version 2, finden sich ausdrückliche Bestimmungen zu Lizenzen an Patenten der Schöpfer des patentverwirklichenden Codes. Der Gefahr der Verletzung von Patenten Dritter wird damit allerdings kaum beizukommen sein.

6. Wo liegen die sonstigen Haftungsrisiken beim Einsatz von OSS?

Insb wenn OSS im Rahmen von entgeltlich gelieferten Produkten (bspw als Firmware) oder Dienstleistungen verwendet werden soll, kann ein schlichter Verweis auf die oft großzügigen Haftungs- und Gewährleistungsbeschränkungen einer OSL oft nicht die gewünschte Wirkung erzielen. So unterliegen diese nicht nur der Geltung und Inhaltskontrolle iSd §§ 864 a bzw 879 Abs 3 ABGB, sondern können im Einzelfall auch den einschlägigen Bestimmungen des Konsumentenschutzes¹²⁾ unterliegen und sich daher im Nachhinein zur Gänze als unwirksam erweisen.

In betreffenden Verträgen sollte daher von einem Verweis auf die Haftungsausschlüsse der OSL verzichtet und etwaige Haftungsbeschränkungen ausdrücklich und klar formuliert werden.

Ebenso ist eine etwaige zwingende Haftung nach dem PHG zu beachten, die nicht ausgeschlossen werden kann. Ein Produkthaftungsanspruch aufgrund der Implementierung fehlerhafter OSS setzt als Gefahrenhaftung kein Verschulden voraus. Daher kann eine Haftung auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass kritische Elemente einer umfangreichen OSS nicht bekannt waren (und sein konnten), weil deren Prüfung die wirtschaftlichen Kapazitäten des anbietenden Unternehmens überschritten hätte. Insb wenn die Software in ein körperliches Produkt integriert werden soll, sollte eine genaue Prüfung der Software auf einwandfreies und weitestgehend fehlerfreies Funktionieren erfolgen. Eine Regresshaftung der (dritten) Schöpfer der OSS ist demgegenüber nur schwer und nur in Einzelfällen denkbar.¹³⁾

B. Auslizenzierung von Eigenentwicklungen

Soll Software von Grund auf betriebsintern entwickelt und anschließend unter eine OSL gestellt werden, stellt sich die Grundsatzfrage nach der „richtigen“ Lizenz. Im Rahmen dieser Entscheidung sollten folgende Fragen beantwortet werden:

- 8) *Büchle* in *Kucsko/Handig* (Hrsg), UrhG² § 24 Rz 14; *Winner* in *Rummell/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ § 367 ABGB Rz 4 (Stand 1. 7. 2016, rdb.at).
- 9) *Böcker*, Die GPL v3 – ein Schutzschild gegen das Damoklesschwert der Softwarepatente? in *Lutterbeck/Bärwolff/Gehring* (Hrsg), Open Source Jahrbuch 2007, 511 (517).
- 10) *Wiebe*, Softwarepatente – das Ende von Open Source? MR 2004, 195; *Wiebe*, Patentschutz und Softwareentwicklung – ein unüberbrückbarer Gegensatz? in *Gehring/Lutterbeck* (Hrsg), Open-Source-Jahrbuch 2004, 277.
- 11) Dazu auch *Böcker*, Die GPL v3 – ein Schutzschild gegen das Damoklesschwert der Softwarepatente? in *Lutterbeck/Bärwolff/Gehring* (Hrsg), Open Source Jahrbuch 2007, 511 (516f).
- 12) Hier insb gem § 6 Abs 3 KSchG sowie § 9 Abs 1 KSchG.
- 13) Auch, weil es sich bei der Software selbst nicht um ein körperliches Produkt iSd PHG handelt.

1. Wozu soll die Software unter OSL gestellt werden?

Bevor die Entscheidung für eine OSL getroffen wird, sollte konkret festgelegt werden, was mit der Weitergabe wertvoller Software bezweckt werden soll. Soll eine Weiterentwicklung durch die „Open Source Community“ und (kommerzielle) Anwender erfolgen und gleichzeitig eine rasche Verbreitung der Anwendung des Programms bezweckt werden, können restriktive OSL mit Copyleft durchaus Sinn machen.

Auch können Lizenzen mit starkem Copyleft der sog Fragmentierung der Software entgegenwirken. Unabhängige Äste der Weiterentwicklung können sich dann schwer entwickeln, weil erfolgreiche Weiterentwicklungen regelmäßig unter dieselbe oder eine kompatible Lizenz gestellt werden müssen. Sie können somit problemlos in das eigene Entwicklungsprojekt aufgenommen werden. In vielen Fällen könnte aber aufgrund der notwendigen engen Verflechtung des Codes der OSS und des Anwenders eine Lizenz mit starkem Copyleft-Effekt eine abschreckende Wirkung auf Anwender haben. Diesfalls sollte zu weniger restriktiven Lizenzen gegriffen werden, um eine rasche Verbreitung zu erwirken.

2. Was soll durch die Bestimmungen der OSL geschützt werden?

Es sollte jedenfalls bedacht werden, ob der wertvollste Teil der Software überhaupt schutzfähig ist. Insb abstrakte Algorithmen und Programmlogik werden meist (zumindest urheberrechtlich) nicht schutzfähig sein.¹⁴⁾ Sind diese nicht schutzfähigen Elemente also einmal veröffentlicht, steht ihrer Nutzung das Urheberrecht nicht entgegen.¹⁵⁾ Dies betrifft insb komplexe AI-Systeme. Ein Schutz käme lediglich als Geschäftsgeheimnis im Rahmen einer proprietären Software in Frage, weshalb von jeder Veröffentlichung abgesehen werden sollte, sofern die Anwendbarkeit einer OSL (insb eines Copyleft-Effekts) gerade in Bezug auf die Programmlogik beabsichtigt ist.

3. Soll eine Vermarktung auch im Rahmen einer weiteren (proprietären) Lizenz erfolgen?

Es stellt sich häufig die Frage, inwieweit eine bereits unter OSL publizierte Software nicht auch unter anderer Lizenz vertrieben werden kann und soll.

OSL sind im Allgemeinen als nicht ausschließliche Werknutzungsbewilligungen iSd § 24 UrhG einzustufen. Eine Verwertung durch den lizenzierenden Rechtsinhaber, unabhängig von den Bestimmungen der OSL, bleibt diesem daher unbenommen.

Ohne Probleme ist eine parallele Verwertung unter anderer (womöglich proprietärer) Lizenz daher dann möglich, wenn die Rechte an sämtlichen Beiträgen zu der jeweiligen Software bei einer Person liegen. Ihr steht es damit frei das Programm auch unter anderer Lizenz weiterzuentwickeln und zu verwerten. Nicht hintangehalten werden kann dabei aber wohl die Verbreitung der Software durch Dritte nach den Bestimmungen der ursprünglichen Lizenz.

Wird die Software im Rahmen einer Open-Source-Lizenz durch die OS-Community modifiziert und kommt eine virale Lizenz zur Anwendung, dann ist es nicht unüblich, dass zwei Versionen des ursprünglich gleichen Programms getrennt weiterentwickelt werden. Ergänzungen durch Drittentwickler der Open Source Community können dann uU auch nur mehr unter den Bedingungen der jeweiligen Open-Source-Lizenz verwertet werden. Eine parallel vermarktete proprietäre Software kann von diesen Code-Ergänzungen nicht mehr profitieren.

Dieses sog Dual-Licensing-Modell findet trotz seiner vermeintlichen Ineffizienzen Anwendung (zB die erfolgreiche Datenbank-Software MySQL oder die Cloud-Software OwnCloud). So erlaubt häufig eine OSS-Version ein darauf basierendes Geschäftsmodell (über Wartungsverträge) zu verfolgen, oder verhilft einer Basisversion der Software zum Erfolg, während eine parallel weiterentwickelte proprietäre Version wertvolle (und ausschließlich proprietäre) Zusatzmodule bietet.

4. Ist eine Anpassung der Lizenz an eigene Bedürfnisse sinnvoll bzw möglich?

Wie bereits oben ausgeführt, gibt es auch die Möglichkeit, einzelne der vielen bestehenden Lizenzen nach eigenen Bedürfnissen mit Lizenzen mit zusätzlichen Bestimmungen zu ergänzen.

Viele Lizenzen sehen aber das Verbot ihrer eigenen Bearbeitung vor, um ihre Einheitlichkeit zu gewährleisten. Manche Lizenzen (so insb Lizenzen der GPL-Lizenzfamilie) bestimmen, dass etwaige zusätzliche Bestimmungen außerhalb des eigentlichen Lizenztexts jederzeit von Nutzern zur Weiterverbreitung der Software entfernt werden können. Ist beabsichtigt, dass nur unter etwaigen hinzugefügten Bestimmungen weitergegeben und verwertet werden darf, kann das ein Ausschlusskriterium bei der Wahl der „richtigen“ Lizenz sein.

Zudem ist zu bedenken, dass der Reiz von OSL häufig in ihrer allgemeinen Bekanntheit liegt und viele Nutzer mit ihnen vertraut sind. Dies bewirkt häufig erst die bezweckte rasche Verbreitung der Software und spricht gegen eine Modifikation bekannter OSL.

5. Wurden ausreichend Rechte eingeräumt?

Werden Programme ohne besondere vertraglich oder gesetzlich vorgesehene Rechtseinräumung bspw von Freelancern mit Werkvertrag etwa unter Kenntnis der Absicht zur Auslizenzierung unter einer bestimmten OSL entwickelt, wird in vielen Fällen im Rahmen der Zweckübertragungstheorie davon auszugehen sein, dass auch dem Auftraggeber nur eine Werknutzungsbewilligung unter den Bedingungen der jeweiligen OSL eingeräumt wurde.

14) *Wiebe* in *Kucskol/Handig* (Hrsg), UrhG² § 40 a Rz 16; *Grützmacher* in *Wandike/Bullinger* (Hrsg), UrhR³ § 69 a Rz 28; *Loewenheim/Spindler* in *Schricker/Loewenheim* (Hrsg), UrhG⁵ § 69 a Rz 12.

15) Denkbar wäre dann allenfalls im Einzelfall ein Vorgehen aus dem Lauterkeitsrecht.

Insb wenn die Software unter mehreren Lizenzen verwertet werden soll, ist es daher zweckmäßig, dass möglichst umfangreiche und ausschließliche (Werknutzungs-)Rechte durch die jeweiligen vom auslizenzierenden Unternehmer beauftragten Entwickler eingeräumt werden. Dies erlaubt zudem die selbständige Durchsetzung der übertragenen Rechte gegenüber Dritten.

6. Soll eine wirksame Rechtswahl getroffen werden?

Etwaigen Unsicherheiten bzgl des Vertragsstatuts kann uU durch eine Rechtswahlklausel entgegengewirkt werden, die zumindest nach einschlägigem Unionsrecht (Art 3 Abs 3 Rom I-VO) wirksam vereinbart werden kann.

Manche Lizenzen, wie die Mozilla Public License Version 1.1¹⁶⁾ sowie der Eclipse Public License Version 1¹⁷⁾, sehen eine Rechtswahl vor. Aber auch ein zusätzliches Hinzufügen von entsprechenden Rechtswahlklauseln wäre theoretisch denkbar. Faktisch un-

möglich ist eine nachhaltig wirksame Rechtswahl aber dann, wenn die betreffende Lizenz vorsieht, dass jede Weitergabe des lizenzierten Source Codes auch unter Weglassen etwaiger hinzugefügter Klauseln erfolgen darf.¹⁸⁾

Soll eine wirksame Rechtswahl stattfinden, ist dies daher jedenfalls bereits bei der Auswahl der entsprechenden OSL zu beachten.

16) Z 11 MPL.

17) Z 7 EPL.

18) Bspw Z 7 GPL v3; Z 7 AGPL v3.

SCHLUSSTRICH

Die Probleme, die beim Einsatz von OSS auftreten können, sind vielfältig. Einige können aber durch vorbereitende Maßnahmen und ausreichendes Risikobewusstsein abgeschwächt werden.