

«Open Source» ist nicht «Open Right»

Urheber von Open-Source-Software legen zwar deren Quelltext offen, verlangen aber in der Regel die Einhaltung von Lizenzbedingungen. Wer sie verletzt, macht sich strafbar.

VON UELI GRÜTER

Open Source ist eigentlich ein technischer und kein rechtlicher Begriff. Bei einer Open-Source-Software ist die Programmierung für jedermann ersichtlich, währenddem eine Closed-Source-Software so publiziert wird, dass die Programmierung verborgen bleibt. Open Source heisst aber nicht, dass der Urheber oder der Inhaber der Urheberrechte diese aufgibt. In der Regel ist auch der Gebrauch der Open-Source-Software nur unter Einhaltung der Bestimmungen einer Lizenz zulässig. Werden die Bestimmungen nicht beachtet, macht sich der User strafbar und haftet für allfälligen Schaden.

Public Domain, Freeware, Shareware, Open Source

Im gleichen Atemzug mit Open Source werden oft auch Public Domain, Freeware und Shareware genannt. Im Gegensatz zu Open Source handelt es sich dabei um Begriffe, die eine Aussage über die Rechte an der Software beinhalten. Unter Public Domain versteht man eine Software, deren Rechte der Inhaber aufgegeben hat. Public-Domain-Software wird damit zu einer Art Niemandsland. Jeder kann sie völlig frei verwenden und – sofern ihr Quelltext publik ist – auch abändern. Theo-

retisch kann sie sich sogar jemand wieder aneignen und unter eigenem Namen veräussern oder unter eigenen Bedingungen lizenzieren. Freeware bezeichnet eine Software, deren Gebrauch kostenlos ist. Bei Shareware handelt es sich in der Regel um eine Software, die eine gewisse Zeit gratis gebraucht werden kann, bevor der User dann aufgefordert wird, für die Software eine entgeltliche Lizenz zu beziehen. Nutzt der User die Software weiterhin ohne neue Lizenz und damit gratis – was oft technisch möglich ist – verletzt er die entsprechenden Urheberrechte, macht sich damit strafbar und wird allenfalls schadenersatzpflichtig.

Open-Source-Lizenzen

Wer Open-Source-Software originär anbietet, kann für deren Nutzung die Bedingungen völlig frei festlegen, wie bei jeder anderen Lizenzierung auch. In der Praxis haben sich jedoch internationale Open-Source-Software-Organisationen gebildet, die eigene Grundsätze für Open-Source-Software aufgestellt haben. Daraus entwickelten sich verschiedene Musterlizenzen für Open-Source-Software, die teilweise von den Open-Source-Organisationen auf die Übereinstimmung mit ihren Grundsätzen überprüft und in der Folge empfohlen werden. Zu den bekanntesten Open-Source-Lizenzen gehört die GNU General Public License (GPL) der Free Software Foundation mit Sitz in Boston (www.sfs.org). Weder die Grundsätze der Organisationen, noch die Musterlizenzen sind für die originären Herausgeber von Open-Source-Software verpflichtend. Praktischerweise haben aber zahlreiche Programmierer den Gebrauch ihrer Open-Source-Software den Grundsätzen einer der Musterlizenzen – etwa der GPL – unterstellt. Und wenn die Open-Source-Software einmal unter einer Musterlizenz publiziert worden ist, können denjenigen, die die Open-Source-Software in irgendeiner lizenzgemässen Form



UELI GRÜTER, LL.M., IST RECHTSANWALT IN ZÜRICH UND LUZERN UND DOZENT AN DER HOCHSCHULE LUZERN, MIT SPEZIALGEBIET KOMMUNIKATIONS- UND TECHNOLOGIERECHT. IN DER SERIE INFORMATIKRECHT FÜR DIE PRAXIS FÜHRT UELI GRÜTER IN 13 FOLGEN KURZ UND VERSTÄNDLICH DURCH DIE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN DER INFORMATIK UND ZEIGT DIE RECHTLICHEN STOLPERSTEINE. MIT DER LETZTEN FOLGE ERSCHEINT DIE SERIE DANN AUCH ALS E-BOOK.

nutzen, keine neuen Bedingungen aufgedrängt werden.

Eine der wichtigsten Open-Source-Organisationen ist die Open Source Initiative (OSI), die bereits 1998 in Kalifornien gegründet wurde (www.opensource.org). Die OSI hat Grundsätze für Open-Source-Software aufgestellt, die sogenannte Open Source Definition (OSD). Erstes und zentrales Kriterium der OSD ist, dass der Code von Open-Source-Software nur vergütungsfrei weiterverbreitet werden darf. Dies bedeutet aber nicht, dass man die Software effektiv weiterentwickeln und weiterverbreiten muss. Man kann sie auch einfach nutzen. Wenn man sie aber weiterverbreitet, darf dies nur unentgeltlich geschehen. Nicht zulässig ist damit auch, dass die Open-Source-Software in eine andere Software integriert wird, die gegen Entgelt veräussert oder lizenziert wird. Nach den OSI-Grundsätzen muss zudem bei der Weiterverbreitung einer Open-Source-Software deren Source-Code ebenfalls offen beigefügt werden oder die Software

IN KÜRZE

- Open-Source-Software (OSS) darf nur unter Einhaltung der Lizenzbedingungen genutzt werden
- Für Open Source gibt es verschiedene Musterlizenzen
- Bei OSS stellt sich auch die Frage der Haftung
- Obwohl der OSS-Anbieter kaum für seine gratis abgegebenen Produkte haftbar gemacht werden kann, bleibt ein Restrisiko



LESER FRAGEN, RECHTSANWALT GRÜTER ANTWORTET

Der Lizenzgeber einer Software, die in unserem Unternehmen eingesetzt wird, ist in den Konkurs gefallen. Wir fragen uns nun, welche Auswirkung dies auf den laufenden Lizenzvertrag hat.

Wenn über ein Unternehmen der Konkurs eröffnet wird, fallen sämtliche Verbindlichkeiten aus Verträgen, die das Unternehmen eingegangen ist, in die Konkursmasse und werden dort neu vom Konkursverwalter betreut. Dieser entscheidet, wie er mit den einzelnen Verbindlichkeiten umgehen will. Auch wenn es in der Schweiz zur Lizenz im Konkurs keine explizite Rechtsprechung gibt, ist eher davon auszugehen, dass der Lizenzvertrag durch die Konkursöffnung nicht aufgelöst wird. Das heisst, die Konkursmasse wird das Recht auf Nutzung der Software weiterhin gewähren und der Lizenznehmer hat die Lizenzgebühren neu in die Konkursmasse zu bezahlen. Problematisch ist es vor allem dann, wenn an die Lizenz auch ein Software-Wartungsvertrag gekoppelt ist. Da die Wartung mit Personalaufwand verbunden ist, ist nicht sicher, ob die Konkursmasse diese Leistung noch erbringen kann. Für diesen Fall empfiehlt es sich, ein Software Escrow Agreement betreffend der Herausgabe des Source-Codes zur Wartung durch Dritte abzuschliessen.

Rechtsanwalt Ueli Grüter steht den LeserInnen des Swiss IT Magazine für kurze Fragen zu Informatik und Recht auch unter informatikrecht@gsplaw.ch und 043 430 32 70 unentgeltlich zur Verfügung. Fragen von allgemeinem Interesse werden in anonymisierter Form publiziert.

muss einen Hinweis enthalten, wo der Source-Code gratis erhältlich ist und zum Beispiel über das Internet heruntergeladen werden kann. Eine Lizenz nach den OSI-Grundsätzen erlaubt es Dritten, die Open-Source-Software abzuändern und darauf basierende Software zu entwickeln. Wird diese Software wiederum Dritten zugänglich gemacht, muss dies gemäss den OSI-Grundsätzen erfolgen. Typisch für die Open-Source-Community ist auch der OSI-Grundsatz, dass Open-Source-Software allen Personen und für alle Anwendungsgebiete zugänglich sein muss, es also keine Diskriminierung geben darf. Nach den OSI-Grundsätzen darf der Erwerb von Open-Source-Software zudem nicht mit einer Verpflichtung zum Erwerb von weiteren Rechten, ob unentgeltlich oder entgeltlich, oder mit einer bestimmten Distribution verbunden werden.

Dual Use Licensing

Dem Urheber von Open-Source-Software beziehungsweise dem Inhaber der entsprechenden Rechte steht es frei, neben dem Zurverfügung-Stellen der Software unter einer Open-Source-Lizenz diese auch unter einer anderen, insbesondere kommerziellen Lizenz Dritten zugänglich zu machen. Die Praxis verwendet für dieses Vertriebssystem den Begriff des Dual Use Licensing. Die Kombination von Lizenzbedingungen kann der Lizenzgeber für strategische Vorteile nutzen. Das Dual Use Licensing steht aber nur dem originären Anbieter von Open-Source-Software zur Verfügung. Jeder weitere, der die Open-Source-Software weiterlizenziert, ist an die ursprüngliche Lizenzierung gebunden. Ebenfalls kann von bisherigen Usern einer unentgeltlichen Software nicht plötzlich eine Vergütung verlangt werden, ausser die alte Lizenz wäre zeitlich beschränkt.

Kommerzialisierung von Open-Source-Software

Mit einer Open-Source-Software, die auf einer Lizenz nach den OSI-Grundsätzen basiert, kann keine direkte Kommerzialisierung stattfinden. Solche Software und Software, die darauf fusst, muss Dritten immer unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Mit einer solchen Open-Source-Software kann nur indirektes Business getätigt werden. So können zum Beispiel Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Software angeboten werden, wobei die Lizenzierung der Open-Source-Software nach einem weiteren OSI-Grundsatz nicht vom Bezug entsprechender Leistungen abhängig gemacht werden darf. Ebenfalls möglich ist beispielsweise die kostenpflichtige Lizenzierung von Programmen, die mit der Open-

Source-Software korrespondieren, jedoch nicht direkt auf dieser basieren, wie etwa ein Buchhaltungsprogramm, das auf Linux läuft.

Gewährleistung und Haftung für Open-Source-Software

Im Rahmen des Risk-Managements stellt sich bei Open-Source-Software sowohl auf Seiten des Anbieters wie auch auf Seiten des Kunden die Frage, in welchem Umfang Garantieleistungen erbracht werden müssen und in welchem Umfang der Anbieter für Schäden im Zusammenhang mit einer mangelhaften Open-Source-Software haftet.

Die Open-Source-Musterlizenzen, insbesondere auch die GNU GPL, sehen in der Regel einen kompletten Ausschluss von Gewährleistung (Garantie) und Haftung vor. Diese Wegbedingung dürfte auf der Überlegung basieren, dass die Software ja gratis zur Verfügung gestellt wird und darum weder eine Gewährleistung noch eine Haftung angebracht ist. Die Frage, die sich auf die Schweiz bezogen stellt, ist, ob diese komplette Wegbedingung mit dem zwingenden Recht überhaupt kompatibel ist, das heisst ein entsprechender Ausschluss nach schweizerischem Recht gerichtlich durchsetzbar wäre. Grundsätzlich darf davon ausgegangen werden, dass es in Bezug auf Gewährleistung und Haftung auch nach schweizerischem Recht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine gewisse Rolle spielt, ob einer dem andern etwas entgeltlich oder gratis zur Verfügung stellt. Gesetz und Rechtsprechung setzen aber Grenzen, das Produkthaftungsgesetz schliesst teilweise die Wegbedingung der Haftung sogar ganz aus.

Die Gewährleistung kann nach schweizerischem Recht grundsätzlich komplett ausge-

schlossen werden. Kein Ausschluss dürfte nach Treu und Glauben für Eigenschaften möglich sein, die explizit zugesichert werden oder von denen der Kunde davon ausgehen darf, dass sie in der Regel Teil der angebotenen Software sind. So ist davon auszugehen, dass ein Rechenprogramm die Grundrechenarten beherrscht.

Nach Art. 100 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR, www.admin.ch/ch/d/sr/220/a100.html) kann die Haftung für Absicht oder grobe Fahrlässigkeit, das heisst einer groben Sorgfaltpflichtverletzung eigentlich nicht wegbedungen werden. Ebenfalls ist nach Schweizerischem Produkthaftungsgesetz (PrHG, www.admin.ch/ch/d/sr/c221_112_944.html) eine Wegbedingung der Haftung für Personenschäden und für Sachschäden bei Privatpersonen ausgeschlossen. Im Rahmen der Bemessung des Schadenersatzes werden jedoch die Gerichte bei einer Open-Source-Software, die nach den OSI-Grundsätzen lizenziert wird, berücksichtigen, dass diese dem Geschädigten unentgeltlich überlassen wurde, und werden darum die Haftung ganz oder zu einem grossen Teil ausschliessen. Da jedoch bei der Haftung für Open-Source-Software auch unter diesen Voraussetzungen mindestens von einem Restrisiko ausgegangen werden muss, ist es ratsam, als Anbieter von Open-Source-Software eine entsprechende Haftpflichtversicherung abzuschliessen. ■