

## Heikle Fragen um die Open-Source-Software Was bei deren Beschaffung rechtlich zu beachten ist

**Bei Beschaffung und Nutzung von Open-Source-Software (OSS) sind aus rechtlicher Sicht spezifische Risiken zu berücksichtigen. Die Lizenzerteilung erfolgt hier 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 soweit möglich ausgeschlossen.**

Von Ursula Widmer \*

Open-Source-Software (OSS), also Software, bei welcher der Quellcode offen zugänglich ist und frei bearbeitet werden darf, stellt einen fundamentalen Innovationstrend im Bereich der Softwareentwicklung dar. Die OSS-Bewegung findet zunehmend Unterstützung durch etablierte Hardware- und Softwareanbieter wie IBM, Hewlett-Packard oder Novell. Die Verbreitung von OSS in Privatfirmen, Organisationen und öffentlichen Verwaltungen wächst.

### Uneinheitliche Präferenzen beim Staat

Zurzeit wird intensiv diskutiert, welchen Stellenwert OSS bei der Softwarebeschaffung durch die öffentliche Hand haben soll. In der Schweiz hat das Informatik-Strategie-Organ des Bundes im Februar 2004 die OSS-Strategie für die Bundesverwaltung verabschiedet. Danach soll OSS gegenüber Closed-Source-Software (CSS) nicht bevorzugt werden; OSS sei jedoch bei Beschaffungen konsequent in den Evaluationsprozess einzubeziehen. In anderen Ländern gibt es bereits Beispiele, wo sich die öffentliche Hand zu einer Bevorzugung von OSS gegenüber CSS bekennt, wie verschiedene Ministerien in Frankreich oder einige Verwaltungseinheiten in Deutschland.

Beim Erwerb von OSS sind aus rechtlicher Sicht einige Besonderheiten zu berücksichtigen. Andernfalls setzen sich die für die Beschaffung Verantwortlichen dem Vorwurf mangelnder Sorgfalt bei der Evaluation der Software aus. Ein wesentlicher Unterschied zwischen OSS und CSS besteht darin, dass die Software nicht von einem einzigen Vertragspartner lizenziert wird. 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 als rechtlich möglich ausgeschlossen und ebenso die Garantie, dass die Software keine Urheberrechte und Patentrechte von Dritten verletzt (Ausschluss der sogenannten Rechtsgewährleistung). Selbst wenn in einer OSS-Lizenz entsprechende Garantien enthalten wären, würde dies dem Erwerber der Software wenig nützen. Haftungs- und Gewährleistungsansprüche lassen sich gegenüber den einzelnen Entwicklern eines OSS-Produktes nur schwer durchsetzen. Bereits die Frage, gegenüber welchem der vielen Entwickler ein bestimmter vertraglicher Anspruch, z. B. auf Behebung eines Softwaremangels, geltend zu machen sei, kann im Einzelfall schwierig zu beantworten sein. Dazu kommen praktische Probleme, die einzelnen Entwickler rechtlich zu belangen, da diese über die gesamte Welt verstreut sein können und zudem oft über ein unzureichendes Haftungssubstrat verfügen.

### Eingehende Prüfung ratsam

Vor der Beschaffung von OSS-Produkten sind daher Qualitäts- und Sicherheitsaspekte eingehend zu prüfen und insbesondere folgende Fragen zu beantworten: Wie und von wem wurde das Entwicklungsprojekt organisiert? Welche Zulassungskriterien werden an die Entwickler des OSS-Projektes gestellt? Nach welchen Standards wird entwickelt, wie werden die Entwicklungsbeiträge

und das Testverfahren dokumentiert? Welcher Verbreitungsgrad und welche Referenzen bestehen hinsichtlich der zu beschaffenden Software?

Lassen sich diese Fragen befriedigend beantworten und ist die betreffende OSS daher als qualitativ gut zu beurteilen, kann deren Beschaffung - trotz der fehlenden Haftung und Gewährleistung durch die Softwareentwickler und Lizenzgeber - je nach Verwendungszweck gerechtfertigt werden. Was die Pflege (Fehlerbehebung) und Weiterentwicklung der Software anbelangt, so übernehmen die Lizenzgeber von OSS hierzu keine Verpflichtung, dies im Gegensatz zu Anbietern proprietärer Software. Es ist somit bereits bei der Beschaffung zu prüfen, ob das betreffende OSS-Projekt auf Kontinuität ausgerichtet ist und über genügend grossen Rückhalt bei den Entwicklern verfügt, damit es auf längere Zeit weitergeführt wird. Ist dies sichergestellt, wird der Umstand, dass für OSS keine vertragliche Pflegeverpflichtung der Lizenzgeber besteht, relativiert. Es kann davon ausgegangen werden, dass Softwaremängel innert nützlicher Frist behoben werden und die Software kontinuierlich verbessert und weiterentwickelt wird, wie dies etwa für das Betriebssystem Linux der Fall ist. - Ferner ist zu klären, wie die Implementierung und der Support für den anschliessenden Betrieb der Software sichergestellt werden können. Entsprechende Dienstleistungen werden von den OSS-Lizenzgebern typischerweise nicht angeboten. Es ist daher zu prüfen, ob die erforderlichen fachlichen und personellen Ressourcen in der eigenen Organisation bereits vorhanden sind oder noch aufgebaut oder bei externen Dienstleistern eingekauft werden müssen. Ohne die Sicherstellung einer professionellen Implementierung und des Supports in der Betriebsphase wäre die Beschaffung von OSS als grobfahrlässig zu bezeichnen.

#### Kommerzielle Angebote von OSS

Unternehmen wie Red Hat oder SuSE haben OSS-Produkte zur Basis eines kommerziellen Geschäftsmodells gemacht, indem sie beispielsweise ihren Kunden die zahlreichen zu Linux gehörenden Programme, ergänzt um Installations- und Konfigurationsprogramme sowie Dokumentationen, als aufeinander abgestimmte, sogenannte Distributionen anbieten. Ebenso werden den Kunden Dienstleistungen für Implementierung, Schulung und Pflege der Software angeboten. Dies widerspricht dem OSS-Konzept insofern nicht, als nur für die Lizenzierung von OSS ein Entgelt ausgeschlossen ist, jedoch für die Erstellung und Weitergabe von Programmkopien, für die Übernahme von Garantieverpflichtungen sowie für im Zusammenhang mit der Software stehende Dienstleistungen eine Vergütung verlangt werden darf. Mit dem Markteintritt kommerzieller Anbieter von OSS ist die rechtliche Situation der OSS-Kunden jener der Kunden, welche OSS-Produkte erwerben, insofern angenähert worden, als die kommerziellen Anbieter von OSS bereit sind, anstelle der Entwickler Gewährleistungs-, Haftungs- und Pflegeverpflichtungen gegen Entgelt zu übernehmen.

#### Auswirkungen des "Copyleft" beachten

Ein Charakteristikum von OSS ist die Berechtigung der Erwerber, die Software beliebig zu verändern und weiterzuentwickeln. Wird ein OSS-Produkt weiterentwickelt oder werden Teile davon in andere Software eingearbeitet, sind jeweils die hierfür geltenden Bedingungen in der Lizenz, unter welcher das betreffende Produkt erworben wurde, zu berücksichtigen. Insbesondere ist zu beachten, ob nach der Lizenz alle Weiterentwicklungen der OSS oder neue Software, die unter Verwendung der OSS erstellt wurde, wiederum nur als OSS weitergegeben werden dürfen. Es handelt sich hierbei um das sogenannte "Copyleft". Dieses ist insbesondere in der am weitest verbreitetsten OSS-Lizenz, der GNU Public Licence, enthalten. Wird OSS beschafft, um diese weiterzuentwickeln oder in andere Software zu integrieren, und soll das Resultat nicht wieder als OSS vertrieben werden, so ist unbedingt darauf zu achten, dass die Lizenz für die als Basis der eigenen Entwicklungen erworbene OSS kein "Copyleft" enthält. Dies spielt insbesondere für Entwicklungsprojekte der öffentlichen Hand eine wichtige Rolle. Häufig besteht hier die Absicht, die entwickelte Software nur an einen beschränkten Kreis, z. B. an andere Verwaltungsstellen, weiterzugeben.

Abschliessend ist festzustellen, dass bei Beschaffung und Einsatz von OSS im Vergleich mit CSS aus rechtlicher Sicht spezifische Risiken zu berücksichtigen sind. Erst nach deren Prüfung entscheidet sich, ob der Erwerb von Open-Source-Software zu rechtfertigen ist.

\* Ursula Widmer ist Rechtsanwältin in der Anwaltskanzlei Dr. Widmer & Partner in Bern und Lehrbeauftragte für Informatikrecht an der Universität Bern.

---