

---

# Urheber- und vertragsrechtliche Aspekte der Open Source Software

GIANNI FRÖHLICH-BLEULER

## Inhaltsverzeichnis

<b>Urheber- und vertragsrechtliche Aspekte der Open Source Software.....</b>	<b>179</b>
<b>1. Einführung.....</b>	<b>181</b>
<b>2. Begriffsbestimmung.....</b>	<b>182</b>
2.1 Proprietäre und Open Source Software.....	182
2.2 Open Source Software – Definition.....	182
2.3 „Freie Software“ oder „Open Source Software“?.....	183
2.4 Abgrenzungen.....	183
2.5 Open Source-Lizenz als Software-Lizenzvertrag.....	184
<b>3. Lizenzarten.....</b>	<b>185</b>
3.1 Einteilung nach Copyleft.....	185
3.2 Musterlizenzen.....	185
3.3 Dual Licensing.....	186
3.4 Exkurs: Bedeutung der General Public License.....	186
<b>4. Urheberrechtliche Aspekte.....</b>	<b>187</b>
4.1 Überblick.....	187
4.2 Grundlagen.....	188
4.2.1 Unterscheidung zwischen Überlassung des Programmexemplars und Abschluss des Lizenzvertrages.....	188
4.2.2 Was gilt, wenn die Open Source-Lizenz nicht vereinbart wird?.....	188
4.2.2.1 Kein Abschluss der Open Source-Lizenz.....	188
4.2.2.2 Erschöpfung des Verbreitungsrechts.....	189
4.2.2.3 Gesetzliches Gebrauchsrecht.....	189
4.2.3 Lizenzvertrag zwischen Urheber und Anwender als Lizenznehmer.....	190
4.2.4 Auslegung der Open Source-Lizenz.....	191
4.3 Gegenstand der Open Source-Lizenz.....	192
4.4 Wer ist Urheber?.....	193
4.4.1 Einzelner Entwickler als Urheber.....	193
4.4.2 Miturheberschaft.....	193
4.4.3 Bearbeiter.....	194
4.4.4 Urheber von Sammelwerken.....	194
4.4.5 Arbeitnehmer oder Arbeitgeber als Lizenzgeber?.....	195
4.5 Rechte des Lizenzgebers/Nutzungsbefugnisse.....	195
4.5.1 Überblick.....	195
4.5.2 Nutzungsbefugnisse.....	196
4.5.2.1 Vervielfältigungsrecht („Copying“).....	196
4.5.2.2 Verbreitungsrecht („Distribution“).....	196

4.5.2.3	Änderungsrecht.....	200
4.6	Pflichten des Lizenznehmers .....	201
4.6.1	Unterscheidung zwischen der Verbreitung von unveränderten und veränderten Programmen.....	201
4.6.2	Pflichten bei der Verbreitung eines unveränderten Programms.....	201
4.6.2.1	Mitlieferung Lizenztext .....	201
4.6.2.2	Zugang zum Sourcecode .....	202
4.6.2.3	Copyright-Vermerk.....	203
4.6.2.4	Haftungsausschluss.....	204
4.6.2.5	Lizenzgebührenverbot.....	204
4.6.2.6	Verbot zusätzlicher Beschränkungen .....	205
4.6.3	Pflichten bei der Verbreitung von geänderten Programmen.....	205
4.6.3.1	Copyleft.....	205
4.6.3.2	Änderungsvermerk.....	206
4.6.3.3	Anzeige bei interaktiven Kommandos.....	206
4.6.4	Noch einmal: Copyleft .....	206
4.6.4.1	Bedeutung .....	206
4.6.4.2	Inkompatibilitäten und Kompatibilitätsklauseln.....	207
4.6.4.3	Umstrittene Klausel.....	207
4.6.4.4	Regelungsgehalt.....	208
4.6.4.5	Erste Voraussetzung: Bearbeitungen und Änderungen des Pro- gramms.....	209
4.6.4.6	Zweite Voraussetzung: Veröffentlichung oder Verbreitung durch den Lizenznehmer.....	212
4.6.4.7	Exkurs: Vermeidung des Copyleft-Effekts .....	213
4.7	Beendigung der Open Source-Lizenz.....	215
4.7.1	Auflösende Bedingung.....	215
4.7.2	Nachfolgende Lizenznehmer .....	216
4.7.3	Wiedergutmachung der GPL-Verletzung .....	216
4.8	Welche Lizenz? .....	217
4.8.1	Zwei Fallkonstellationen .....	217
4.8.2	Welche Open Source-Lizenz bei der Integration von Drittproduk- ten? .....	217
4.8.3	Welche Open Source-Lizenz für den Vertrieb?.....	218
<b>5.</b>	<b>Vertragsrechtliche Aspekte.....</b>	<b>220</b>
5.1	Überblick.....	220
5.2	Wie kommt der Lizenzvertrag zustande?.....	220
5.2.1	Vertragsabschluss bei Übertragung der Open Source Software .....	220
5.2.2	Vertragsabschluss nach Übertragung der Open Source Software.....	221
5.3	Wer sind die Vertragsparteien des Lizenzvertrages? .....	222
5.4	Qualifikation des Vertrages zum Erwerb der Open Source Soft- ware .....	222
5.4.1	Einführung.....	222
5.4.2	Unentgeltlicher Erwerb des Programmexemplars ohne Open Source-Lizenz.....	223
5.4.3	Vereinbarung der Open Source-Lizenz .....	224
5.4.4	Entgeltlicher Erwerb des Programmexemplars .....	225
5.4.4.1	Qualifikation des Vertrags mit dem Distributor ohne Abschluss des Lizenzvertrages über die Open Source Software.....	225

5.4.4.2	Gleichzeitiger Abschluss des Vertrages über die Open Source-Lizenz .....	225
5.4.4.3	Nachträglicher Abschluss des Vertrages über die Open Source-Lizenz .....	226
5.4.5	Open Source Software bei der Systemintegration .....	226
	<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>229</b>

## 1. Einführung

Open Source Software (OSS) ist zu einem bestimmenden Faktor in der Softwareindustrie geworden. Wer mit Softwareverträgen arbeitet, sollte die urheber- und vertragsrechtlichen Grundlagen der OSS kennen: Welche Lizenzarten gibt es? Was ist der Copyleft-Effekt? Welche Nutzungsbefugnisse erhält der Lizenznehmer, wenn er die Open Source-Lizenz abschliesst? In diesem Beitrag werde ich auf diese Fragen eingehen sowie einige grundsätzliche juristische Aspekte der OSS beleuchten, und zwar anhand der GNU General Public License (GPL)<sup>1</sup>. Mittlerweile sind im Ausland erste Gerichtsentscheide zur GPL ergangen<sup>2</sup>. Sie bestätigen, dass die GPL gültig ist und die entsprechenden Rechte daraus geltend gemacht werden können.

Im ersten Teil definiere ich unter dem Titel „Begriffsbestimmung“ die OSS und grenze sie von anderen Softwarearten ab. Der zweite Teil beinhaltet die Beschreibung der verschiedenen Arten von Open Source-Lizenzen. Urheberrechtliche Aspekte der OSS sind in Teil drei und vertragsrechtliche in Teil vier behandelt. Ausgelassen sind alle Fragen zum internationalen Privatrecht<sup>3</sup> und zum Patentrecht bei Open Source-Lizenzen<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> „The name GNU was chosen following a hacker tradition, as a recursive acronym for „GNU’s Not Unix“ (STALLMAN, 56).

<sup>2</sup> Urteil des LG München ([http://www.jbb.de/urteil\\_lg\\_muenchen\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf)), des LG Berlin (<http://www.ifross.de/Fremdartikel/LG%20Berlin%20GPL-Entscheidung21.2.06.pdf>) und des LG Frankfurt a.M. ([http://www.jbb.de/urteil\\_lg\\_frankfurt\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/urteil_lg_frankfurt_gpl.pdf)).

<sup>3</sup> Vgl. dazu IFROSS/METZGER, Anhang A, 169 ff.; JAEGER/METZGER, N 354 ff.; SPINDLER, N 134 ff. zu C.

<sup>4</sup> Vgl. dazu JAEGER/METZGER, N 275 ff.; WIEBE, N 1 ff. zu F.

## 2. Begriffsbestimmung

### 2.1 Proprietäre und Open Source Software

Bei der *proprietären Software* räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer nur sehr eingeschränkte Nutzungsbefugnisse ein. In der Regel darf der Lizenznehmer die Software nicht weiterverbreiten oder ändern. Der Lizenzgeber überlässt ihm auch nur den Objektcode<sup>5</sup>. Dieser ist zwar auf der dafür vorgesehenen Hardware lauffähig; der Anwender aber ist nicht oder nur mit grossem Aufwand in der Lage, aus dem Objektcode auf den Aufbau und das Funktionieren der Software zu schliessen. Einzig der Sourcecode ist in der Programmiersprache geschrieben und damit für einen Anwender verständlich. Zudem muss der Lizenznehmer dem Lizenzgeber für die Nutzung eine Gebühr bezahlen.

Von der proprietären Software unterscheidet sich die *OSS*: Der Anwender erhält durch die Open Source-Lizenz weitgehende Nutzungsbefugnisse. Er ist berechtigt, die OSS zu kopieren, zu ändern und zu verbreiten. Zudem ist der Sourcecode zugänglich. Und schliesslich darf der Lizenzgeber für die Nutzung kein Entgelt verlangen.

### 2.2 Open Source Software – Definition

Wann liegt OSS oder Freie Software vor? Es gibt verschiedene Begriffsbestimmungen. Die hier verwendete Definition stammt von Richard Stallman und ist allgemein anerkannt. Richard Stallman steht am Anfang der Entwicklung der Open Source-Bewegung und hat sie vor allem in den ersten Jahren stark geprägt. Er ist auch der geistige Vater der am weitesten verbreiteten Open Source-Lizenz, der GPL. Gemäss Stallman liegt Freie Software vor, wenn die folgenden vier Kriterien kumulativ erfüllt sind<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> Das Computerprogramm kann entweder als Sourcecode oder Objektcode vorliegen. Unter *Sourcecode* versteht man das Programm, das von einem Übersetzerprogramm (Compiler oder Interpreter) in ein Zielfprogramm (den Objektcode) übersetzt oder ausgeführt wird. Beim Sourcecode handelt es sich um das Computerprogramm, wie es in der Programmiersprache geschrieben worden ist. Der *Objektcode* liegt demgegenüber in Form eines Binärcodes vor. Er wird für eine bestimmte Hardware direkt übersetzt und ist dadurch auf ihr ablauffähig (FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 17).

<sup>6</sup> <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>; WIDMER, OSS, 14 f.; vgl. auch WEBER, Freie Software, 44.

1. die Freiheit, das Programm für jeden erdenklichen Zweck zu nutzen;
2. die Freiheit, die Funktionsweise des Programms zu untersuchen und das Programm gemäss den eigenen Bedürfnissen anzupassen;
3. die Freiheit, Kopien des Programms zu vertreiben;
4. die Freiheit, das Programm zu verbessern und die Verbesserungen zu veröffentlichen, so dass die ganze Community davon profitieren kann.

Um einen einheitlichen Standard für OSS zu gewährleisten, wurde die „*Open Source Initiative*“ (OSI) gegründet. Sie betreibt ein Zertifizierungsprogramm für Softwareprodukte, die ihrer Definition von OSS entsprechen und damit als „OSI certified“ gelten<sup>7</sup>. Die bekannten Open Source-Lizenzen sind von der OSI anerkannt. Dazu gehören z.B. die GPL, die Mozilla Public License (MPL), die Apache Software License oder die (neue) BSD Copyright License (BSD)<sup>8</sup>. Die Kriterien für die Zertifizierung durch die *Open Source Initiative* entsprechen im Wesentlichen den vier oben aufgeführten Freiheiten.

### 2.3 „Freie Software“ oder „Open Source Software“?

Puristen der Open Source-Bewegung, wie Richard Stallman, ziehen „Free Software“ oder „Freie Software“ dem Begriff „Open Source Software“ vor<sup>9</sup>. Heute ist allerdings eher OSS gebräuchlich. Der Wechsel von Free Software zu OSS ist nicht zufällig. Der Begriff „frei“ zementiert die Vorurteile der Softwareindustrie gegenüber dem Konzept der Freien Software: Freie Software scheint verschenkte Software zu sein – Software, an der kein Urheberrecht besteht und die nicht in einem Unternehmen eingesetzt werden kann<sup>10</sup>. Der Begriff „Open Source Software“ stellt demgegenüber die Verfügbarkeit des Sourcecodes in den Vordergrund und vermeidet das Adjektiv „frei“.

### 2.4 Abgrenzungen

OSS ist von den folgenden Arten von Software zu unterscheiden:

---

<sup>7</sup> [http://www.opensource.org/docs/certification\\_mark.php](http://www.opensource.org/docs/certification_mark.php); vgl. zur Definition der Open Source Initiative STRAUB, Informatikrecht, 193, OSS, sowie ausführlich WIDMER, 21 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu die Aufzählung bei <http://www.opensource.org/licenses/>.

<sup>9</sup> STALLMAN, 69 f.

<sup>10</sup> JAEGER/METZGER, N 4; WIDMER, OSS, 19 f.

- Die Bezeichnung „*Freeware*“ wird meistens als übergeordneter, aber unspezifischer Oberbegriff für Programme benutzt, die frei verteilt werden dürfen. Der Sourcecode von Freeware ist nicht immer veröffentlicht. Ausserdem erhalten die Lizenznehmer oft nur die für den bestimmungsgemässen Gebrauch des Programms notwendigen Nutzungsbefugnisse<sup>11</sup>.
- Verzichtet der Lieferant gänzlich auf das Urheberrecht bzw. auf die ihm zustehenden Nutzungsrechte, so liegt eine „immaterialgüterrechtliche Dereliktion“ vor. Solche Software wird *Public Domain Software* genannt. Sie ist für Dritte beliebig verwendbar<sup>12</sup>.
- Bei *Shareware* ist der Anwender berechtigt, die Software kostenlos zu erproben, bevor er sie erwirbt. Er darf sie allerdings nur während der Erprobungsdauer nutzen. Um sie nachher noch weiter gebrauchen zu können, muss der Anwender eine Lizenzgebühr bezahlen<sup>13</sup>.

## 2.5 Open Source-Lizenz als Software-Lizenzvertrag

Open Source-Lizenzen werden im Rahmen eines Vertrages und nicht eines einseitigen Rechtsgeschäftes eingeräumt<sup>14</sup>. Durch den Lizenzvertrag verpflichtet sich der Lizenzgeber, dem Lizenznehmer das Recht zur *Benutzung* eines Immaterialgüterrechts einzuräumen<sup>15</sup>. Der Lizenzvertrag beinhaltet keine *Übertragung von Nutzungsrechten* an den Anwender<sup>16</sup>. Im Gegensatz zu den Lizenzverträgen über proprietäre Software bezahlt der Lizenznehmer aber bei der OSS keine Lizenzgebühr<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> JAEGER/METZGER, N 9; STRAUB, Informatikrecht, 192.

<sup>12</sup> FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 924 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>13</sup> FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 925 f. (mit weiteren Hinweisen).

<sup>14</sup> Generell: JAEGER/METZGER, N 176 f.; ROSEN, 55 ff.; SPINDLER, N 4 ff. zu D.; für die GPL: JAEGER/METZGER, N 177; für die BSD und die MPL: ARLT/BRINKEL/VOLKMANN, N 21 zu I.

<sup>15</sup> VON BÜREN, 295.

<sup>16</sup> JAEGER/METZGER, N 27 (für GPL); ARLT/BRINKEL/VOLKMANN, N 8 zu I. (für BSD und MPL). Dazu im Allgemeinen beim Lizenzvertrag: HILTY, 83, sowie TROLLER, 822; a.M. REHBINDER, N 155.

<sup>17</sup> Vgl. zur rechtlichen Einordnung des Lizenzvertrages über die OSS Ziff. 5.4.3.

### 3. Lizenzarten

#### 3.1 Einteilung nach Copyleft

Einige Open Source-Lizenzen schreiben vor, dass das vom Lizenznehmer geänderte Computerprogramm nur unter der ursprünglichen Open Source-Lizenz weitergegeben oder vertrieben werden darf<sup>18</sup>; man bezeichnet diesen Effekt als „Copyleft“. Der Begriff beinhaltet eine Anspielung auf „Copyright“ und damit auf die Tatsache, dass OSS nicht frei von Urheberrechten ist.

Eine gebräuchliche Unterscheidung unterteilt die Open Source-Lizenzen in solche mit und solche ohne Copyleft-Klausel<sup>19</sup>. Open Source-Lizenzen mit Copyleft-Effekt sind z.B. die GPL, die Common Public License (CPL), die MPL oder die GNU Lesser General Public License (LGPL). Keinen Copyleft-Effekt beinhalten demgegenüber z.B. die BSD oder Apache Software License. Ein Teil der Autoren unterscheidet bei den Open Source-Lizenzen mit Copyleft-Klauseln zudem solche mit strengem und solche mit schwachem Copyleft-Effekt<sup>20</sup>. Eine Open Source-Lizenz mit einer strengen Copyleft-Klausel ist z.B. die GPL. *Abgeschwächt* ist der Copyleft-Effekt demgegenüber bei der LGPL oder der MPL.

#### 3.2 Musterlizenzen

Open Source-Lizenzen unterscheiden sich auch dadurch, dass oder ob sie als eigentliche Musterlizenzen konzipiert sind. Musterlizenzen können von verschiedenen Entwicklern als Lizenzvertrag für das Programm benutzt werden. Eine Musterlizenz ist z.B. die GPL: Mit einem einfachen Hinweis auf die GPL kann der Urheber sein Programm der GPL unterstellen<sup>21</sup>. Ebenfalls eine Musterlizenz ist die BSD.

Keine Musterlizenzen sind demgegenüber oft Open Source-Lizenzen, die von grossen EDV-Herstellern stammen. Unternehmen wie Apple, Intel oder Sun haben eigene Open Source-Lizenzen und vertreiben darunter ihre

---

<sup>18</sup> JAEGER/METZGER, N 24.

<sup>19</sup> JAEGER/METZGER, N 24 ff.; ROSEN, 73 ff. und 103 ff.; WIDMER/BÄHLER, 169.

<sup>20</sup> JAEGER/METZGER, N 24 ff.; ARLT/BRINKEL/VOLKMAN, N 2 zu I.; WIDMER/BÄHLER, 169.

<sup>21</sup> <http://www.gnu.org/licenses/gpl-howto.html>.

Software<sup>22</sup>. Diese Open Source-Lizenzen sind in der Regel nicht zum Gebrauch für andere Urheber bestimmt oder geeignet<sup>23</sup>.

### 3.3 Dual Licensing

Der Urheber ist frei darüber zu entscheiden, mit welcher Open Source-Lizenz er sein Programm lizenziert. Er kann es auch unter verschiedene Lizenzen stellen<sup>24</sup>. So wird der im Rahmen des Open Source-Projektes „Mozilla“ entwickelte Internet-Browser „Firefox“ gleichzeitig unter der GPL, der LGPL und der MPL lizenziert<sup>25</sup>.

Möglich ist auch, dass der Lizenzgeber das Programm gleichzeitig gemäss einer Open Source und einer proprietären Lizenz verbreitet. Dies trifft z.B. für die bekannte Datenbank MySQL zu. Sie wird einerseits unter der GPL und andererseits als proprietäre Software unter einer kommerziellen Lizenz vertrieben<sup>26</sup>. Bei Open Source-Lizenzen mit strenger Copyleft-Klausel – z.B. bei der GPL – kann allerdings nur der Urheber des ursprünglichen Programms über das Dual Licensing entscheiden. Bei der GPL müssen alle Bearbeitungen wiederum unter der GPL vervielfältigt und verbreitet werden. Nur bei Software, die unter einer Open Source-Lizenz ohne Copyleft-Effekt steht, ist ein Dual Licensing jederzeit möglich<sup>27</sup>.

### 3.4 Exkurs: Bedeutung der General Public License

Bei den folgenden Ausführungen gehe ich von der GPL aus, und zwar aus folgenden Gründen:

- Die GPL ist die mit Abstand am weitesten verbreitete Open Source-Lizenz. Schätzungen gehen davon aus, dass zwischen der Hälfte und zwei Dritteln aller Open Source-Entwicklungsprojekte unter der GPL lizenziert werden. Die Website „Sourceforge.net“ führt Tausende von

---

<sup>22</sup> ROSEN, 160.

<sup>23</sup> ROSEN, 160.

<sup>24</sup> JAEGER/METZGER, N 115; SPINDLER, N 12 zu B.; STRAUB, Informatikrecht, 197.

<sup>25</sup> <http://www.mozilla.org/MPL/>.

<sup>26</sup> Vgl. dazu den Nachweis in Fn 177.

<sup>27</sup> JAEGER/METZGER, N 115.



Open Source-Projekten auf. Zurzeit stehen gemäss dieser Webseite ungefähr 67 % aller Projekte unter der GPL<sup>28</sup>.

- Die GPL auferlegt dem Lizenznehmer viele Pflichten, vor allem über den starken Copyleft-Effekt. Aus diesem Grund stellen sich bei der GPL Probleme, die bei OSS ohne oder mit schwachem Copyleft-Effekt nicht bestehen. Wer die GPL versteht, kann daher auch mit den einfacheren Open Source-Lizenzen umgehen.

Nach der Durchführung eines Konsultationsverfahrens hat die Free Software Foundation mit Datum vom 29. Juni 2007 eine neue Version der GPL (Version 3) verabschiedet<sup>29</sup>. In der neuen Version der GPL sollen bestehende Probleme gelöst werden. Dazu gehören der Einsatz von technischen Schutzmassnahmen oder der Umgang mit Patentrechten. Zudem sollen die Lizenzkompatibilität verbessert und die Verwendbarkeit der GPL in verschiedenen Rechtsordnungen erhöht werden<sup>30</sup>. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Version 2 der GPL.

## **4. Urheberrechtliche Aspekte**

### **4.1 Überblick**

In diesem Teil geht es um urheberrechtliche Aspekte von OSS. In einem ersten Abschnitt gehe ich auf einige grundsätzliche Gesichtspunkte ein (Ziff. 4.2). Sie erleichtern das Verständnis für die darauf behandelten Themen, nämlich die Frage, was Gegenstand (Ziff. 4.3) und wer Urheber der OSS ist (Ziff. 4.4) sowie welche Nutzungsbefugnisse mit der GPL eingeräumt werden (Ziff. 4.5) und mit welchen Pflichten sie verbunden sind. In Ziff. 4.7 behandle ich die Beendigung der Open Source-Lizenz und in Ziff. 4.8 gehe ich auf die für die Wahl einer Open Source-Lizenz bestimmenden Kriterien ein.

---

<sup>28</sup> <http://sourceforge.net/> (Januar 2007); ähnlich VETTER, 82 (Fn 63).

<sup>29</sup> Vgl. zum aktuellen Stand <http://gplv3.fsf.org> und <http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>.

<sup>30</sup> JAEGER/METZGER, N 63 ff.; WIEBE/HEIDINGER, 258 ff.

## 4.2 Grundlagen

### 4.2.1 Unterscheidung zwischen Überlassung des Programmexemplars und Abschluss des Lizenzvertrages

Bei der OSS ist die Unterscheidung zwischen der Überlassung des Programmexemplars und dem Abschluss des Lizenzvertrages wichtig:

- Lizenzgeber ist bei der OSS der Urheber. Er räumt dem Lizenznehmer die Nutzungsbefugnisse im *Lizenzvertrag* direkt ein<sup>31</sup>. Vertragsparteien sind daher der Urheber auf der einen und der Anwender (und Bearbeiter) als Lizenznehmer auf der anderen Seite. Bei geänderten Programmen überträgt der Bearbeiter als Lizenzgeber dem Lizenznehmer direkt zusätzlich die Nutzungsbefugnisse an der Bearbeitung.
- Der Anwender erwirbt das *Programmexemplar* häufig von einem Dritten, meistens nicht vom Urheber. Der Dritte kann z.B. ein professioneller Distributor sein. Dieser bietet das Programmexemplar auf einem Datenträger an oder betreibt eine Internetseite, auf der er die OSS zum Download bereithält.

### 4.2.2 Was gilt, wenn die Open Source-Lizenz nicht vereinbart wird?

#### 4.2.2.1 *Kein Abschluss der Open Source-Lizenz*

Open Source-Lizenzen sind vorformulierte Vertragsbedingungen – also Allgemeine Geschäftsbedingungen<sup>32</sup>. Lädt der Anwender die OSS herunter oder erwirbt er sie auf einem Datenträger, kann er meistens von den Lizenzbestimmungen vor Vertragsschluss keine Kenntnis nehmen. In der Regel werden sie in einer separaten Datei zusammen mit dem Programm gespeichert und sind daher vor dem Download oder der Installation des Programms nicht einsehbar. Der Veräusserer der OSS ist zudem nicht verpflichtet, dem Anwender die Bestimmungen der Open Source-Lizenz aufzuerlegen<sup>33</sup>. Die Open Source-Lizenz wird daher sehr häufig nicht Vertragsbestandteil zwischen dem Lizenzgeber und dem Anwender als Li-

---

<sup>31</sup> Vgl. Ziff. 5.3.

<sup>32</sup> STRAUB, Informatikrecht, 194, sowie WEBER, Vertragsgestaltung, 82, mit der Erörterung zu den verschiedenen Problemen im Zusammenhang mit der Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

<sup>33</sup> JAEGER/METZGER, N 180.

zenznehmer. Welche Nutzungsbefugnisse hat der Anwender in diesem Fall?

#### 4.2.2.2 Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Der Urheber hat das ausschliessliche Recht, Programmexemplare anzubieten, zu veräussern oder sonstwie zu verbreiten (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Veräussert der Urheber ein Programmexemplar, so tritt die *Erschöpfung* daran ein. Gemäss Art. 12 Abs. 2 URG darf der rechtmässige Erwerber des Programmexemplars dieses gebrauchen und weiterveräussern. Erschöpfung tritt auch ein, wenn nicht der Urheber, sondern der Inhaber des Verbreitungsrechts das Programmexemplar veräussert<sup>34</sup>. So erhält z.B. der Distributor aufgrund der Open Source-Lizenz das Recht, die OSS zu verbreiten. Auch an allen von ihm veräusserten Programmexemplaren tritt daher Erschöpfung ein.

Das Programmexemplar ist *veräussert*, wenn der Urheber oder der Distributor die tatsächliche Sachherrschaft daran auf Dauer aufgibt<sup>35</sup>. Die Erschöpfung tritt allerdings nur für das Gebrauchs- und das Weiterveräusserungsrecht ein. Andere Rechte des Urhebers bleiben davon unberührt; zu den nicht erschöpften Rechten gehören insbesondere das Vervielfältigungs-, das Verbreitungs- und das Änderungsrecht.

Erwirbt der Anwender die OSS auf einem Datenträger vom Urheber oder Distributor, liegt eine Veräusserung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 URG vor. Gemäss der in der Schweiz herrschenden Lehre tritt Erschöpfung des Verbreitungsrechts auch ein, wenn die OSS *online* und damit unkörperlich erworben wird, weil gar kein physisches Werkexemplar besteht<sup>36</sup>.

#### 4.2.2.3 Gesetzliches Gebrauchsrecht

Das Gebrauchsrecht des Erwerbers des Programmexemplars ist in Art. 17 URV näher definiert. Er ist zum bestimmungsgemässen Gebrauch be-

---

<sup>34</sup> CADUFF, 38.

<sup>35</sup> CADUFF, 38 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 851; RAUBER, Computersoftware, 156 ff.; SEMADENI, 49; gemäss WEBER, Freie Software, 57, ist eine Veräusserung im Sinne des Erschöpfungssatzes bei der OSS nicht möglich.

<sup>36</sup> MORSCHER, 47 f. mit weiteren Nachweisen, sowie RAUBER, Computersoftware, 159.

fugt<sup>37</sup>, darf aber z.B. keine Vervielfältigungen des Programms herstellen und verbreiten<sup>38</sup> oder dieses über Fehlerbeseitigungen hinaus ändern<sup>39</sup>. Der Anwender ist daher nicht darauf angewiesen, den Lizenzvertrag über die OSS mit dem Urheber abzuschliessen. Er ist aufgrund des gesetzlichen Gebrauchsrechts bereits befugt, das Computerprogramm bestimmungsgemäss zu nutzen.

Im Gegensatz zu anderen Open Source-Lizenzen<sup>40</sup> regelt die GPL die einfache Nutzungsbefugnis des Anwenders nicht. So wird in Ziff. 0 Abs. 2 GPL der Geltungsbereich der GPL wie folgt umschrieben:

*„Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope.“*

Vertragsgegenstand der GPL sind daher nur die über den bestimmungsgemässen Gebrauch hinausgehenden Nutzungsbefugnisse, wie das Recht, das Programm zu vervielfältigen, das Vertriebs- oder das Änderungsrecht. Will der Anwender allerdings diese Nutzungsbefugnisse wahrnehmen, muss er die GPL als Lizenzvertrag mit dem Urheber abschliessen.

#### **4.2.3 Lizenzvertrag zwischen Urheber und Anwender als Lizenznehmer**

Der Lizenzvertrag kommt direkt zwischen dem Urheber der OSS und dem Anwender als Lizenznehmer zustande. Dadurch werden Lizenzketten vermieden. Erhält der Lizenznehmer das Programm von einem Distributor und stellt sich heraus, dass dieser gar nicht ermächtigt war, die OSS zu vertreiben, so spielt dies für den Lizenznehmer keine Rolle: Seine Nutzungsbefugnisse hat er direkt vom Urheber erhalten.

---

<sup>37</sup> Vgl. zu den damit verbundenen Nutzungsbefugnissen FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 855 ff., NEFF/ARN, 250 ff., sowie RAUBER, Use Restrictions, 144 ff.

<sup>38</sup> Vgl. zur zulässigen Vervielfältigung im Arbeitsspeicher und als Installation auf der Festplatte beim Gebrauch des Programms FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 857 ff.

<sup>39</sup> Vgl. zur Kontroverse, unter welchen Voraussetzungen Fehler im Computerprogramm im Rahmen von Art. 17 URV behoben werden dürfen, RAUBER, Computersoftware, 141.

<sup>40</sup> Siehe z.B. Ziff. 2.1 lit. a MPL.

#### 4.2.4 Auslegung der Open Source-Lizenz

Die Bestimmungen von Open Source-Lizenzen sind oft nicht klar. ROSEN gibt in seinem Buch über Open Source-Lizenzen dem Abschnitt über die Artistic License den Titel „When Amateurs Write Licenses“<sup>41</sup>. Die meisten Open Source-Lizenzen sind im amerikanischen Rechtsraum entstanden<sup>42</sup>; das schafft zusätzliche Verständnisschwierigkeiten. Auch die GPL enthält einige Bestimmungen, die nur schwer verständlich sind<sup>43</sup> und ausgelegt werden müssen. Die Art und Weise, wie Open Source-Lizenzen ausgelegt werden, ist daher wichtig.

Ein übereinstimmender Parteiwille zwischen dem Lizenzgeber und dem Anwender als Lizenznehmer wird sich oft nicht feststellen lassen<sup>44</sup>. Findet materielles Schweizer Recht für den Lizenzvertrag über die OSS Anwendung, so ist die Vereinbarung nach dem *Vertrauensprinzip* auszulegen. Dabei sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen<sup>45</sup>. Sie widersprechen sich z.T. allerdings:

- Massgeblich ist in erster Linie der Wortlaut der Lizenz. Aus anderen *Bestimmungen* der Open Source-Lizenz lassen sich Schlüsse für die Auslegung einer unklaren Vertragsklausel ziehen<sup>46</sup>.
- Die *Präambel* einiger Open Source-Lizenzen weist oft direkt oder indirekt auf die hinter der OSS stehende Philosophie und die Open Source-Definition hin<sup>47</sup>. Daraus lässt sich einiges für die Auslegung unklarer Bestimmungen gewinnen<sup>48</sup>.
- Open Source-Lizenzen *bezwecken*, dass Programme möglichst einfach verbreitet und geändert werden können. Lizenzen mit Copyleft-Effekt sehen zudem vor, dass Änderungen der OSS nur gemäss ihren Bestimmungen weiterverbreitet werden dürfen. Bei der Vertragsauslegung ist der Vertragszweck besonders wichtig<sup>49</sup>.

---

<sup>41</sup> ROSEN, 98.

<sup>42</sup> Vgl. immerhin die Deutsche Freie Softwarelizenz (JAEGER/METZGER, N 80) oder die European Union Public License (EUPL).

<sup>43</sup> ROSEN, 115; vgl. z.B. die Ausführungen zur Copyleft-Klausel der GPL in Ziff. 4.6.4.

<sup>44</sup> Vgl. dazu Ziff. 5.2.2.

<sup>45</sup> Vgl. auch LAUX, 59 ff.

<sup>46</sup> Vgl. die Frage, ob die Verbreitung von OSS online durch die GPL gedeckt ist, in Ziff. 4.5.2.2.

<sup>47</sup> Vgl. z.B. die Präambel der GPL sowie WIDMER, OSS, 113.

<sup>48</sup> Vgl. dazu unter Ziff. 4.5.2.2 zur Frage, ob Application Service Providing bei der GPL unter den Begriff „distribution“ fällt.

<sup>49</sup> ZK-JÄGGI/GAUCH, N 370 ff. zu Art. 18 OR.

- Open Source-Lizenzen sind *Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)*; Unklarheiten gehen zu Lasten des Aufstellers der AGB<sup>50</sup> – also des Lizenzgebers.
- OSS sind Verträge über die Einräumung von Nutzungsbefugnissen. Eine zentrale Auslegungsregel ist die so genannte *Zweckübertragungstheorie*: Für die Bestimmung des Umfangs der eingeräumten Nutzungsbefugnisse ist der Vertragszweck massgebend<sup>51</sup>. Im Zweifel wird eine Vertragsklausel eher eng ausgelegt.
- Das Verhalten der Vertragsparteien *nach dem Vertragsschluss* dient ebenfalls der Auslegung des Vertrages<sup>52</sup>. Toleriert der Lizenzgeber während einer längeren Zeit, dass der Lizenznehmer bestimmte Nutzungsbefugnisse ausübt, spricht dies dafür, dass er diese dem Lizenznehmer eingeräumt hat<sup>53</sup>.

### 4.3 Gegenstand der Open Source-Lizenz

Gegenstand der Open Source-Lizenz ist das *Computerprogramm*. Bei der GPL können es auch *andere Werkarten* sein<sup>54</sup>. Der Urheber kann der GPL daher z.B. auch Musikstücke unterstellen<sup>55</sup>. Geeignet dafür ist die GPL allerdings nicht: Sie regelt z.B. den Zugang zum Sourcecode – was mit Musikstücken nichts zu tun hat. Für die Verbreitung der *Benutzer-* oder der *Herstellerdokumentation* hat die Free Software Foundation die GNU Free Documentation License geschaffen. Jeder Lizenznehmer ist gemäss dieser Lizenz frei, die Dokumentation zu vervielfältigen, zu vertreiben und zu ändern, muss dies allerdings unter den Bedingungen der GNU Free Documentation License tun<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> BasK-BUCHER, N 60 zu Art. 1 OR; teilweise a.M. DETERMANN, 650.

<sup>51</sup> Kritisch dazu LAUX, 105 ff.; vgl. FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 286 mit weiteren Hinweisen.

<sup>52</sup> ZK-JÄGGI/GAUCH, N 359 f. zu Art. 18 OR.

<sup>53</sup> Vgl. dazu die Kontroverse, ob ASP durch die GPL gedeckt ist, Ziff. 4.5.2.2.

<sup>54</sup> Ziff. 0 Abs. 1 GPL.

<sup>55</sup> IFROSS/SCHULZ, N 16 zu Ziff. 0 GPL.

<sup>56</sup> <http://www.gnu.org/licenses/>.

## 4.4 Wer ist Urheber?

Wer Urheber des Programms ist, hängt vom Verlauf der Entwicklung ab. Es sind verschiedene Konstellationen denkbar, auf die hier kurz eingegangen wird.

### 4.4.1 Einzelner Entwickler als Urheber

Oft wird OSS von einer Person entwickelt. Einem einzelnen Entwickler gleichgestellt ist ein Unternehmen, das seine Programme unter eine Open Source-Lizenz stellt<sup>57</sup>.

### 4.4.2 Miturheberschaft

Miturheberschaft liegt vor, wenn mehrere Personen an der Schaffung eines Werkes mitgewirkt haben (Art. 7 URG). Die Miturheber müssen zusammen an einem einheitlichen Werk tätig werden, und zwar in einem abgestimmten zeitlichen Rahmen<sup>58</sup>. Jeder Miturheber muss einen schöpferischen Beitrag leisten. Wer das Programm testet und Fehler meldet, wird daher nicht Miturheber<sup>59</sup>.

Schwierig kann die Abgrenzung zwischen einer nachträglichen Miturheberschaft und der *Bearbeitung* eines Programms sein. Der Urheber entscheidet selber darüber, wann sein Werk vollendet ist. Miturheberschaft liegt daher z.B. vor, wenn der Urheber einen unselbstständigen Teil des Programms geschaffen hat mit der Absicht, dass dieser später durch weitere Beiträge ergänzt wird<sup>60</sup>. Miturheberschaft setzt voraus, dass sich die einzelnen Beiträge nicht voneinander trennen lassen<sup>61</sup>. An den einzelnen Teilen eines Betriebssystems besteht in der Regel daher keine Miturheberschaft, da sie selbstständige Werke sind. Verbesserungen oder Umgestaltungen des Programms, die nach der Vollendung<sup>62</sup> durchgeführt oder nicht durch die gemeinsame Entschlussfassung der Miturheber gedeckt werden, sind Bearbeitungen. Sie führen nicht zur Miturheberschaft, sondern – so-

---

<sup>57</sup> Vgl. zur Frage, ob bei der GPL der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer Lizenzgeber ist, Ziff. 4.4.5.

<sup>58</sup> BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 7 URG.

<sup>59</sup> WIDMER, OSS, 79 f.

<sup>60</sup> WIDMER, OSS, 79.

<sup>61</sup> MARBACH, 103.

<sup>62</sup> BARRELET/EGLOFF, N 5 zu Art. 7 URG.

fern die nötige Schöpfungshöhe vorliegt – zu einem Werk zweiter Hand<sup>63</sup>. Dazu gehören z.B. Migrationen oder Portierungen der Programme.

Welche Rechtsnatur die Gemeinschaft der Miturheber hat, ist umstritten<sup>64</sup>. Nur um eine *gesetzliche Rechtsgemeinschaft* handelt es sich, wenn die Miturheber untereinander keinen Vertrag abgeschlossen haben. In diesem Fall besteht keine solidarische Haftung zwischen ihnen. Jeder einzelne Miturheber haftet nur für seinen Beitrag. Und dieser bestimmt sich nicht nach einer Quote, sondern nach Köpfen. Jeder haftet daher für den gleichen Teil<sup>65</sup>. Nimmt ein Miturheber aber Regress auf einen anderen Miturheber, so werden die verschiedenen Quoten der Miturheber berücksichtigt<sup>66</sup>.

#### 4.4.3 Bearbeiter

Programme müssen angepasst werden: Fehler sind zu beseitigen oder die Programme sind dem betriebswirtschaftlichen Umfeld des Nutzers anzupassen. Wird ein bestehendes Programm umgearbeitet und beinhaltet das umgestaltete Programm das notwendige Niveau, so entsteht ein *Werk zweiter Hand* (Art. 3 URG). Der Bearbeiter hat daran ein eigenes Urheberrecht. Er kann sämtliche Rechte eines Urhebers geltend machen<sup>67</sup>. Die Bearbeitung ist aber gegenüber dem Originalwerk unselbstständig. Der Bearbeiter braucht daher das Einverständnis des Urhebers des Originals, wenn er die Bearbeitung verwerten will.

*Verbesserungen* und *Weiterentwicklungen* der OSS sind Bearbeitungen und damit Werke zweiter Hand, sofern sie die nötige Schöpfungshöhe erreichen. Dazu können neue Releases oder Versionen der OSS gehören. Da Bearbeitungen von verschiedenen Entwicklern – allein oder zusammen – erstellt werden, können sehr komplexe Rechtsverhältnisse entstehen.

#### 4.4.4 Urheber von Sammelwerken

Werden Programme auf einem Datenträger zusammengestellt, so kann an der Sammlung ein eigenständiges Urheberrecht entstehen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Auswahl und Anordnung der Programme einen in-

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu WIDMER, OSS, 80.

<sup>64</sup> MARBACH, 70 f.

<sup>65</sup> MARBACH, 172.

<sup>66</sup> MARBACH, 172.

<sup>67</sup> BARRELET/EGLOFF, N 9 zu Art. 3 URG.



dividuellen Charakter haben (Art. 4 URG). OSS-Programme werden in Distributionen vertrieben. Das sind Sammlungen von Programmen, die auf einem Datenträger zusammen gespeichert sind. Die Distributionen enthalten neben der OSS oft auch proprietäre Programme. Die Programme werden mit Handbüchern vertrieben. Der Käufer der Distribution hat zudem das Recht auf Zugang zu einer Hotline des Distributors<sup>68</sup>. Bekannt sind etwa die Distributionen von RedHat oder SuSE.

Solche Distributionen können Sammelwerke im Sinne des Urheberrechts sein, indem sie die verschiedenen Programme z.B. über Installationsroutinen und die geschickte Zusammenstellung zu einer neuen Einheit zusammenfassen<sup>69</sup>. Das Urheberrecht an den in die Sammlung aufgenommenen Werken bleibt aber beim jeweiligen Urheber. Wer ein Sammelwerk erstellen und vertreiben will, braucht daher die Zustimmung der Urheber der Sammlungsbeiträge<sup>70</sup>.

#### **4.4.5 Arbeitnehmer oder Arbeitgeber als Lizenzgeber?**

Wer ist der Lizenzgeber, wenn die OSS durch einen Arbeitnehmer entwickelt wird? Ist es der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber? Gemäss Art. 17 URG ist der Arbeitgeber zur Ausübung sämtlicher ausschliesslicher Verwendungsbefugnisse berechtigt, wenn der Arbeitnehmer das Computerprogramm in Erfüllung des Arbeitsvertrages entwickelt<sup>71</sup>. Der Arbeitgeber kann damit die vom Arbeitnehmer entwickelte Software unter einer Open Source-Lizenz vertreiben. Eine Einwilligung des Arbeitnehmers braucht er dafür nicht<sup>72</sup>.

### **4.5 Rechte des Lizenzgebers/Nutzungsbefugnisse**

#### **4.5.1 Überblick**

Im Zentrum der Open Source-Lizenz steht die Einräumung von Nutzungsbefugnissen an den Lizenznehmer. Voraussetzung ist dabei, dass der Anwender als Lizenznehmer tatsächlich den Lizenzvertrag mit dem Urheber

---

<sup>68</sup> JAEGER/METZGER, N 19 f.

<sup>69</sup> BARRELET/EGLOFF, N 4 zu Art. 4 URG.

<sup>70</sup> BARRELET/EGLOFF, N 8 zu Art. 4 URG.

<sup>71</sup> Vgl. dazu ALDER, 497 ff., und FRÖHLICH-BLEULER, Übergang, 284 ff.

<sup>72</sup> KOCH, Computer-Vertragsrecht, N 2127.

abschliesst<sup>73</sup>. In diesem Kapitel geht es um die Frage, welche Nutzungsbefugnisse der Urheber dem Lizenznehmer unter der GPL einräumt.

## 4.5.2 Nutzungsbefugnisse

### 4.5.2.1 Vervielfältigungsrecht („Copying“)

Mit der Open Source-Lizenz wird dem Lizenznehmer das Recht eingeräumt, Vervielfältigungen des Programms herzustellen, und zwar sowohl des Source- als auch des Objektcodes. Die GPL statuiert dieses Recht in der Ziff. 1 für den Sourcecode, in der Ziff. 2 für Bearbeitungen und in der Ziff. 3 für den Objektcode.

### 4.5.2.2 Verbreitungsrecht („Distribution“)

Die Open Source-Lizenzen räumen dem Anwender in der Regel ein Verbreitungsrecht ein. Dieses wird in der GPL als „distribution“ (Ziff. 1, 2 und 3) oder „redistribution“ (Ziff. 7) bezeichnet<sup>74</sup>. Welche Nutzungsbefugnisse fallen darunter?

#### **Verbreitung des Programms auf einem Datenträger**

Der Lizenznehmer ist berechtigt, das Programm zu vervielfältigen und auf einem Datenträger zu *verbreiten* (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG). Er kann den Datenträger mit dem Programm unentgeltlich weitergeben oder auch verkaufen.

Zur Verbreitung gehört auch die Aufnahme der OSS in ein *Sammelwerk*. Dies geschieht z.B. beim Vertrieb einer Distribution. Gemäss Ziff. 2 Abs. 4 GPL können Programme auf einem Datenträger zu einem *Sammelwerk* vereinigt werden, ohne dass sie alle unter der GPL vertrieben werden müssen. Vorausgesetzt wird allerdings, dass die einzelnen Programme eigenständig im Sinne der GPL sind<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Vgl. zu den Nutzungsbefugnissen, wenn die Parteien den Vertrag über die Open Source-Lizenz nicht abgeschlossen haben, Ziff. 4.2.2, und für den Abschluss des Lizenzvertrags Ziff. 5.1.

<sup>74</sup> Die MPL verwendet ebenfalls den Begriff „distribution“ (vgl. z.B. Ziff. 1.0.1) und die BSD spricht von „redistribution“.

<sup>75</sup> Vgl. dazu Ziff. 4.6.4.5.

### Verbreitung des Programms online

Was gilt, wenn das Programm nicht auf einem Datenträger, sondern elektronisch vertrieben wird? Ein Distributor stellt das Programm z.B. für den Download auf seinem Server zur Verfügung. Die Bereitstellung zum Download ist unter Art. 10 Abs. 2 lit. b URG zu subsumieren; dieses Recht steht dem Urheber zu. Ob gemäss GPL der Urheber dem Lizenznehmer dieses Recht einräumt, ist umstritten<sup>76</sup>. M.E. umfasst die GPL dieses Recht aus folgenden Gründen:

- Wer OSS verbreitet, muss dem Lizenznehmer den Quellcode zur Verfügung stellen. Dies gilt auch, wenn er die OSS nur im Objektcode verbreitet. Gemäss Ziff. 3 Abs. 3 GPL genügt es, wenn der Verbreiter der OSS den Quellcode über einen Server zum Download zur Verfügung stellt; vorausgesetzt, der Objektcode ist ebenfalls über Download verbreitet worden. Die GPL *impliziert* damit die Verbreitung des Programmexemplars online<sup>77</sup>.
- Der Vertrieb mittels Download online ist *gängige Art* für die Verbreitung von OSS<sup>78</sup>. Es gibt unzählige Server, von denen OSS, die unter der GPL steht, heruntergeladen werden kann. Es gibt keine Urheber dieser OSS, die sich gegen die Verbreitung online zur Wehr setzen. Sie gehen offensichtlich davon aus, dass die GPL dieses Recht beinhaltet.
- 1991 entstand die zweite und heute gültige Version der GPL. In diesem Zeitpunkt war aber die Verbreitung von Programmexemplaren online bereits *bekannt*<sup>79</sup>. Nicht entscheidend ist sowieso, wie die GPL zum Zeitpunkt ihrer Entstehung verstanden werden musste. Verträge sind nach dem für den Zeitpunkt des *Vertragsschlusses* gültigen Vertrauensprinzip auszulegen<sup>80</sup>. Entscheidend ist daher, wie die Parteien den Vertrag zu diesem Zeitpunkt zu verstehen hatten.

### Vermietrecht

Der Urheber eines Programms hat das ausschliessliche Recht, dieses zu vermieten (Art. 10 Abs. 3 URG). Umstritten ist, ob die GPL auch das Vermietrecht umfasst<sup>81</sup>. Die Befürworter verstehen m.E. richtigerweise den

---

<sup>76</sup> Dafür JAEGER/METZGER, N 29; OMSELS, 158; WIDMER, OSS, 119; WIDMER, Gutachten, 13; dagegen: KOCH, Open Source, 49, sowie SPINDLER, N 76 ff. zu C.

<sup>77</sup> JAEGER/METZGER, N 29; WIDMER, OSS, 119.

<sup>78</sup> JAEGER/METZGER, N 29; OMSELS, 158.

<sup>79</sup> OMSELS, 158; WIDMER, OSS, 119 (Fn 556); a.M. SPINDLER, N 76 zu C.

<sup>80</sup> ZK-JÄGGI/GAUCH, N 417 zu Art. 1 OR.

<sup>81</sup> Dagegen: KOCH, Open Source, 46; SPINDLER, N 81 zu C.; WEBER, Freie Software, 56; WIDMER, Gutachten, 13. Dafür: JAEGER/METZGER, N 30; WIDMER, OSS, 122.

Begriff „distribution“ in einem weiten Sinn. Er umfasst die sonstige Verbreitung nach Art. 10 Abs. 2 lit. b URG und damit auch das Vermietrecht<sup>82</sup>. Das Vermietrecht ist allerdings beschränkt: Gestattet ist, das *Programmexemplar* zu vermieten – z.B. auf einer CD-Rom. Für die Überlassung des Programmexemplars kann der Vermieter eine Mietgebühr verlangen, ohne gegen das Lizenzgebührenverbot der GPL zu verstossen<sup>83</sup>. Verboten ist es aber, eine Mietgebühr für die Nutzung des Programms zu verlangen. Der Vermieter muss sicherstellen, dass der Anwender als Mieter Zugriff auf den Sourcecode hat<sup>84</sup>. Wird der Mietvertrag aufgelöst, hat der Anwender die Programmkopie dem Vermieter zurückzugeben. Da die Einräumung des Nutzungsrechts unter der GPL erfolgt, darf der Mieter das Programm aber jederzeit kopieren, ändern oder seinerseits verbreiten<sup>85</sup>. Der Vermieter kann dem Mieter die Ausübung dieser Rechte nicht verbieten.

### **Recht, das Programm wahrnehmbar zu machen**

Ein Lizenzgeber kann dem Anwender das Programm nur für den vorübergehenden Gebrauch überlassen. Der Anwender lädt das Programm bei der Nutzung online in seinen Arbeitsspeicher, ohne dass er eine Kopie erhalten würde, die fest auf seinem Computer installiert ist. Typisches Beispiel für diese Nutzungsart ist das Application Service Providing („ASP“): Der Anwender nutzt das Programm mit seinen Funktionen online über ein Netzwerk<sup>86</sup>. Möglich ist auch, dass der Anwender *gar keine* Kopie des Programms in seinen Arbeitsspeicher lädt. In diesem Fall erfolgt die Nutzung nur auf dem Server desjenigen, der das Programm zur Verfügung stellt.

Gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. c URG hat der Urheber das Recht, das Programm anderswo wahrnehmbar zu machen<sup>87</sup>. Beide oben genannten Nutzungsformen fallen unter das Recht zur öffentlichen Wahrnehmbarmachung<sup>88</sup>. Es ist allerdings umstritten, ob der Lizenznehmer gemäss GPL

---

<sup>82</sup> WIDMER, OSS, 121 mit Verweis auf CADUFF, 54 f., und REHBINDER, N 121; ähnlich JAEGER/METZGER, N 30, die den Begriff „distribution“ ebenfalls weit ausdehnen.

<sup>83</sup> Vgl. dazu Ziff. 4.6.2.5.

<sup>84</sup> Vgl. dazu Ziff. 4.6.2.2.

<sup>85</sup> JAEGER/METZGER, N 30.

<sup>86</sup> Vgl. dazu JÖRG, 289, und BERGER, 667 ff.

<sup>87</sup> Art. 10 Abs. 2 lit. c URG: „... das Werk direkt oder mit Hilfe irgendwelcher Mittel vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen oder es anderswo wahrnehmbar zu machen; ...“.

<sup>88</sup> NEFF/ARN, 238; WIDMER, OSS, 119 und 121 (Fn 568).

berechtigt ist, das Programm öffentlich wahrnehmbar zu machen<sup>89</sup>. M.E. sollte diese Nutzungsart ebenfalls in die GPL eingeordnet werden:

- Programme, die für das ASP konzipiert und gleichzeitig unter der GPL stehen, sind *weit verbreitet*. SourceForge.net zeigt bei der Eingabe des Stichworts „Application Service Providing“ über 11'000 Projekte an<sup>90</sup>. Von den angezeigten Projekten stehen weit über die Hälfte unter der GPL. Ganz offensichtlich geht die Meinung der Urheber dieser Projekte dahin, dass das ASP unter die GPL fällt.
- Zum Lizenzumfang gehört das ASP immer dann, wenn das Programm speziell vom Urheber dafür *vorgesehen* wurde. In diesem Fall besteht zwischen den Parteien des Lizenzvertrages ein tatsächlicher Konsens darüber, dass das Programm im Rahmen von ASP genutzt werden darf.
- Die Auslegung der GPL sollte sich an den Freiheiten der Open Source-Definition orientieren<sup>91</sup>. Zu diesen Freiheiten gehört, dass der Lizenznehmer den Sourcecode herausverlangen und einsehen kann. Wie aber kommt der Lizenznehmer an den Sourcecode, wenn er nicht einmal eine Kopie des Objektcodes für die Nutzung des Programms benötigt? Gemäss GPL wird der Sourcecode dem Lizenznehmer entweder direkt übergeben (siehe Ziff. 1 GPL) oder er kann ihn vom Lizenzgeber herausverlangen, wenn er nur den Objektcode erhalten hat (siehe Ziff. 3 GPL). Die GPL enthält für das ASP eine Vertragslücke<sup>92</sup>. Als die GPL 1991 geschrieben wurde, war die Nutzungsart ASP noch unbekannt. Unklar ist aber, ob diese Lücke bestehen bleibt. Oder muss sie durch eine entsprechende Verpflichtung des Lizenzgebers, den Sourcecode in Analogie zu Ziff. 3 GPL herauszugeben, ergänzt werden<sup>93</sup>?

Die Pflicht zur Herausgabe des Sourcecodes besteht m.E. allerdings auch ohne Lückenfüllung: Gemäss Ziff. 3 GPL muss der Lizenzgeber den Sourcecode des Programms zugänglich machen, wenn er das Programm nur im Objektcode *verbreitet*. Diese Verpflichtung muss aufgrund des Wortlautes („distribute“) nicht an die Tatsache geknüpft

---

<sup>89</sup> Dagegen: SPINDLER, N 85 zu C.; WIDMER, Gutachten, 13. Dafür: IFROSS/KOGLIN, N 22 ff. zu Ziff. 1 GPL; WIDMER, OSS, 122 f.; JAEGER/METZGER, N 30, mit der Einschränkung allerdings, dass für Software, die vor Mitte der 90er Jahre unter die GPL gestellt wurde, diese Nutzungsbefugnis nicht eingeräumt wurde; gemäss Schweizer Recht können demgegenüber auch die Rechte an noch unbekanntem Nutzungsarten übertragen werden (LAUX, 58; WIDMER, OSS, 123; STREULI-YOUSSEF, 28).

<sup>90</sup> www.sourceforge.net (Januar 2007).

<sup>91</sup> Vgl. Ziff. 4.2.4.

<sup>92</sup> WIDMER, OSS, 118 f.; IFROSS/KREUTZER, N 9 zu Ziff. 9 GPL.

<sup>93</sup> Für eine Lücke ohne Ergänzung des Vertrags offenbar WIDMER, OSS, 121.

werden, dass ein Programmexemplar physisch oder online vorübergehend oder dauernd verbreitet wird. Vielmehr kann die Verpflichtung von der *Verbreitung* (distribution) des Programms abhängig gemacht werden. Folgt man der m.E. richtigen Meinung, dass die öffentliche Wahrnehmbarmachung des Programms ebenfalls unter den Begriff „*distribution*“ fällt, so muss auch der Betreiber des ASP den Sourcecode zur Verfügung stellen – unabhängig davon, ob er dem Lizenznehmer ein Programmexemplar überlassen hat<sup>94</sup>.

#### 4.5.2.3 *Änderungsrecht*

##### **Änderungs- und Bearbeitungsrecht**

Der Lizenznehmer darf gemäss Ziff. 2 Abs. 1 GPL das Programm ändern und bearbeiten:

*„You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work ...“*

Der Lizenznehmer kann daher Fehler im Programm beheben oder das Programm weiterentwickeln.

##### **Urheberpersönlichkeitsrecht**

Änderungen und Bearbeitungen des Programms dürfen allerdings das Urheberpersönlichkeitsrecht des Entwicklers nicht verletzen. Da die Software-Entwicklung allerdings selten durch die Persönlichkeit des Urhebers geprägt ist, dürfte eine solche Verletzung kaum vorkommen<sup>95</sup>. Immerhin können im Gegensatz zu proprietärer Software alle Lizenznehmer den Sourcecode der OSS einsehen und die „*Programmierkünste*“ des Entwicklers bewerten. Der Entwickler von OSS kann sich daher auf sein Persönlichkeitsrecht berufen, wenn z.B. eine Änderung des Programms einer Entstellung gleichkäme und sein Ansehen als Programmierer dadurch schädigen würde<sup>96</sup>. Auch die Aufnahme in ein Sammelwerk kann unter Umständen das Persönlichkeitsrecht des Urhebers des Programms verletzen<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> A.M. STRAUB, Informatikrecht, 196 f.

<sup>95</sup> FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 277; JAEGER/METZGER, N 33.

<sup>96</sup> WIDMER, OSS, 134 f.

<sup>97</sup> WIDMER, OSS, 135.

## 4.6 Pflichten des Lizenznehmers

### 4.6.1 Unterscheidung zwischen der Verbreitung von unveränderten und veränderten Programmen

Einige Open Source-Lizenzen sehen nur wenige Pflichten für den Lizenznehmer vor. So schreibt z.B. die weit verbreitete BSD dem Lizenznehmer nur vor, eine Copyright Notice und einen Haftungsausschluss aufzunehmen sowie die Namen der Urheber ohne ihr schriftliches Einverständnis nicht für Werbezwecke zu benutzen. Zudem muss der Lizenznehmer diese Bestimmungen in alle Programmexemplare aufnehmen. Demgegenüber sehen die Open Source-Lizenzen mit einem strengen Copyleft-Effekt einige weitgehende Pflichten für den Lizenznehmer vor.

In dieser Ziffer geht es um die Pflichten der GPL. Sie unterscheidet zwischen den Pflichten des Lizenznehmers, wenn er ein *unverändertes* (Ziff. 4.6.2), und solchen, wenn er ein *verändertes* Programm verbreitet (Ziff. 4.6.3).

### 4.6.2 Pflichten bei der Verbreitung eines unveränderten Programms

#### 4.6.2.1 Mitlieferung Lizenztext

Oft weiss der Erwerber des Programms gar nicht, dass er eine OSS erhalten hat. Dies gilt ganz ausgeprägt bei OSS, die in ein Embedded System eingebaut ist<sup>98</sup>. Damit der Anwender die zusätzlichen Nutzungsbefugnisse der GPL erwerben kann, muss er von ihr auch Kenntnis nehmen. Aus diesem Grund hat der Lizenznehmer beim Vertrieb der Software die Pflicht, immer den Lizenztext der GPL mitzuliefern (Ziff. 1 Abs. 1 GPL):

*„... and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program.“*

Der Lizenztext kann in elektronischer Form in einem besonderen File gespeichert sein oder auch als Hardcopy weitergegeben werden<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Ein Embedded System besteht aus Hard- und Software, das in der Regel ohne Bedieneingriff funktioniert (The Free On-line Dictionary of Computing, <http://foldoc.org/>). Mobilfunktelefone oder Haushaltsgeräte sind oft Embedded Systems.

<sup>99</sup> JAEGER/METZGER, N 35.

#### 4.6.2.2 Zugang zum Sourcecode

Die OSS darf sowohl im Source- als auch im Objektcode verbreitet werden (Ziff. 3 Abs. 1 GPL). Bei der OSS müssen alle Lizenznehmer des Programms aber auf den Sourcecode zugreifen können. Nur so sind sie in der Lage, Fehler zu beheben, das Programm zu ändern oder es weiterzuentwickeln. Jeder, der die OSS vertreibt, ist gemäss der GPL daher verpflichtet, dem Lizenznehmer den Sourcecode zugänglich zu machen. Wer die OSS im Objektcode vertreibt, hat die folgenden beiden Alternativen, um diese Pflicht zu erfüllen:

- Er kann sie unmittelbar erfüllen, indem er *zusammen* mit dem Objekt- den Sourcecode auf einem üblichen Datenträger wie CD-Rom oder DVD mitliefert<sup>100</sup>. Unzulässig wäre es daher z.B., den Sourcecode zusammen mit dem Objektcode in einem Router zu speichern, da es sich dabei nicht um einen üblichen Datenträger handelt<sup>101</sup>. Diese Pflicht ist in Ziff. 3 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 3 Abs. 1 lit. a GPL geregelt:

*„You may copy and distribute the Program (or a work based on it, ...) in object code or executable form ... provided that you ...*

*a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed ... on a medium customarily used for software interchange;“*

- Der Lizenzgeber kann dem Objektcode ein schriftliches *Angebot* für die Lieferung des Sourcecodes beilegen. Das Angebot muss mindestens drei Jahre gültig sein; der Lizenzgeber darf nur die ihm für die Herstellung des Datenträgers tatsächlich entstehenden Kosten in Rechnung stellen. Das Angebot ist an beliebige Dritte gerichtet. Die dazugehörige Ziff. 3 Abs. 1 lit. b GPL lautet wie folgt:

*„You may copy and distribute the Program ... [siehe oben] ... provided that you ...*

*...*

*b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding sour-*

---

<sup>100</sup> Ziff. 3 Abs. 1 lit. a GPL.

<sup>101</sup> IFROSS/KOGLIN, N 17 zu Ziff. 3 GPL.



*ce code, to be distributed ... on a medium customarily used for software interchange;“*

Diese Bestimmung ist als *echter Vertrag zu Gunsten Dritter* ausgestaltet<sup>102</sup>. Problematisch kann diese Bestimmung bei einer konzern- oder verwaltungsinternen Weitergabe von OSS in Objektcodeform werden: Erstellt oder bearbeitet eine Konzerntochter die OSS und gibt sie diese an eine Schwestergesellschaft weiter, so muss diese Weitergabe bereits gemäss der GPL erfolgen<sup>103</sup>. Daher kann jeder Dritte die Herausgabe des Sourcecodes von der Konzerntochter verlangen. Möchte die Konzerntochter dies verhindern, so sollte sie das Programm immer zusammen mit dem Sourcecode der Schwestergesellschaft weitergeben.

Ausnahmsweise kann der Lizenzgeber den Sourcecode auch auf eine der beiden folgenden Arten zugänglich machen:

- Verbreitet der Lizenzgeber das Programm online, so genügt es, wenn der Sourcecode ebenfalls von der gleichen Site heruntergeladen werden kann<sup>104</sup>.
- Sofern der Lizenzgeber das Programm nicht aus kommerziellen Gründen verbreitet, darf er auf das Angebot des Vorlieferanten, den Sourcecode zu liefern, verweisen und so seine Pflicht erfüllen<sup>105</sup>.

Was unter dem *Sourcecode* zu verstehen ist, beschreibt die GPL in Ziff. 3 Abs. 2: Zum Sourcecode gehören nicht nur der Quelltext selber, sondern auch die Installationsskripte und die Definitionsdateien der Schnittstellen<sup>106</sup>.

#### 4.6.2.3 *Copyright-Vermerk*

Gemäss Ziff. 1 Abs. 1 GPL muss der Lizenznehmer auf jeder Kopie des Programms einen Copyright-Vermerk („copyright notice“) anbringen. Der Copyright-Vermerk kann den Inhaber der ausschliesslichen Rechte – also z.B. den Arbeitgeber – und/oder den Namen der Urheber enthalten. Aus-

---

<sup>102</sup> JAEGER/METZGER, N 36; a.M. WEBER, Freie Software, 54, der davon ausgeht, dass es an der erforderlichen Bestimmbarkeit des Dritten fehlt.

<sup>103</sup> Vgl. dazu in Ziff. 4.6.4.6.

<sup>104</sup> Ziff. 3 Abs. 3 GPL; IFROSS/KOGLIN, N 23 zu Ziff. 3 GPL.

<sup>105</sup> Ziff. 3 Abs. 1 lit. c GPL.

<sup>106</sup> JAEGER/METZGER, N 36.

serdem darf der Lizenznehmer keine bereits vorhandenen Copyright-Vermerke verändern<sup>107</sup>.

#### 4.6.2.4 *Haftungsausschluss*

Wer die OSS vertreibt, hat einen Haftungsausschluss auf jeder Kopie des Programms anzubringen; ausserdem darf er die bereits bestehenden Ausschlüsse nicht verändern (Ziff. 1 Abs. 1 GPL).

#### 4.6.2.5 *Lizenzgebührenverbot*

Für die Einräumung der Nutzungsbefugnisse der GPL darf der Lizenzgeber kein Entgelt verlangen<sup>108</sup>. Dies bestimmt die GPL in Ziff. 2 Abs. 1 lit. b:

*„You must cause any work that you distribute or publish, ..., to be licensed as a whole at no charge to all third parties ...“*

Die GPL bezweckt allerdings nicht, die unentgeltliche Nutzung der OSS zu ermöglichen; sichergestellt werden soll nur, dass der Lizenznehmer die OSS weiterentwickeln und vertreiben kann, ohne dafür eine Lizenzgebühr zu bezahlen<sup>109</sup>. Es steht dem Lizenzgeber oder Distributor des Programmexemplars frei, für dessen Verbreitung eine Gebühr zu verlangen. Sie können daher für die Herstellung und die Übertragung des Programmexemplars ein Entgelt verlangen. Die Höhe der Gebühr ist nicht beschränkt<sup>110</sup>. In Ziff. 1 Abs. 2 GPL wird bezüglich dieses Entgelts Folgendes vereinbart:

*„You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.“*

---

<sup>107</sup> Zu diesen Vermerken im Einzelnen JAEGER/METZGER, N 37.

<sup>108</sup> IFROSS/FAQ, 15.

<sup>109</sup> JAEGER/METZGER, N 40.

<sup>110</sup> IFROSS/KOGLIN, N 54 zu Ziff. 1 GPL; Free Software Foundation, Selling Free Software (<http://www.fsf.org/licensing/essays/selling.html>).

Oft erbringen der Lizenzgeber oder der Distributor *zusätzliche Leistungen*, so z.B. für die Gewährleistung oder den Support des Programms. Dafür können sie ebenfalls ein Entgelt verlangen.

Eine wichtige *Ausnahme* bezüglich der Höhe des Entgelts besteht allerdings: Hat der Lizenzgeber oder Distributor das Programm nur in Objektcodeformat vertrieben, so dürfen sie für die Lieferung des Sourcecodes nur die für die Herstellung des Datenträgers tatsächlich entstehenden Kosten in Rechnung stellen (Ziff. 3 Abs. 1 lit. b GPL)<sup>111</sup>.

#### 4.6.2.6 *Verbot zusätzlicher Beschränkungen*

Dem Lizenznehmer dürfen gemäss Ziff. 6 GPL keine über die GPL hinausgehenden zusätzlichen Nutzungsbeschränkungen auferlegt werden:

*„You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein.“*

So darf der Lizenzgeber z.B. die Nutzung des Programms für militärische Zwecke nicht verbieten. Ebenso wenig kann er den Vertrieb des Programms nur auf einer neuen Hardware gestatten, wie dies mit einer so genannten OEM-Klausel vereinbart wird<sup>112</sup>.

### 4.6.3 **Pflichten bei der Verbreitung von geänderten Programmen**

#### 4.6.3.1 *Copyleft*

Die GPL ist eine Open Source-Lizenz mit einer strengen Copyleft-Klausel. Vom Lizenznehmer geänderte Programme dürfen nur unter der GPL vertrieben werden. Da es sich dabei um die umstrittenste und auch wichtigste Pflicht der GPL handelt, werde ich die Copyleft-Klausel in einer separaten Ziffer behandeln.

---

<sup>111</sup> Vgl. Zugang zum Sourcecode in Ziff. 4.6.2.2.

<sup>112</sup> IFROSS/SCHULZ, N 6 zu Ziff. 6 GPL.

#### 4.6.3.2 *Änderungsvermerk*

Gemäss Ziff. 2 Abs. 1 lit. a GPL muss der Bearbeiter im Programm angeben, welche Änderungen und wann er diese vorgenommen hat:

*„You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.“*

Damit können Änderungen und Bearbeitungen im Programm nachvollzogen werden. Wichtig kann die Angabe des Bearbeiters auch im Hinblick auf die Frage sein, wem die Urheberrechte an einer Bearbeitung zustehen. Handelt es sich um eine gemeinsame Bearbeitung mehrerer Entwickler und damit um Miturheberschaft oder wurden die Bearbeitungen nacheinander geschaffen?

#### 4.6.3.3 *Anzeige bei interaktiven Kommandos*

Ziff. 2 Abs. 1 lit. c GPL beinhaltet eine besondere Bestimmung für Programme, die nicht nur wie Systemprogramme im Hintergrund ablaufen. Sie werden durch den Nutzer mit Eingaben, z.B. über Schaltflächen, gesteuert<sup>113</sup>. Bei diesen Programmen müssen Hinweise, wie die Copyright-Vermerke oder Hinweise auf den Gewährleistungsausschluss, gesondert eingeblendet oder in einem separaten Menüpunkt aufgeführt werden<sup>114</sup>.

### 4.6.4 **Noch einmal: Copyleft**

#### 4.6.4.1 *Bedeutung*

Mit der Copyleft-Klausel soll verhindert werden, dass der Quellcode von der OSS oder Teile davon in ein proprietäres Programm integriert und darauf vertrieben werden. Gemäss den Anhängern der Freien Software soll die OSS immer „frei“ bleiben. Von der Copyleft-Klausel erfasst werden sowohl kleinere Änderungen ohne Urheberrechtsschutz als auch Bearbeitungen im urheberrechtlichen Sinn<sup>115</sup>. Bei Open Source-Lizenzen ohne

---

<sup>113</sup> IFROSS/JAEGER, N 11 zu Ziff. 2 GPL.

<sup>114</sup> Z.B. unter „Info“ oder „Lizenz“; vgl. zum Ganzen IFROSS/JAEGER, N 12 zu Ziff. 2 GPL.

<sup>115</sup> IFROSS/JAEGER, N 19 zu Ziff. 2 GPL; WIDMER, OSS, 138; a.M. DETERMANN, 650.

Copyleft-Effekt kann die OSS in andere Programme eingebaut und darauf als proprietäre Software vertrieben werden. Bekanntes Beispiel dafür ist der Webserver von Apache<sup>116</sup>. Die Autoren der GPL erhofften sich auch, dass durch den Copyleft-Effekt Hersteller proprietärer Software diese in OSS umwandeln würden; denn nur so würden sie von der bereits bestehenden OSS profitieren und diese in ihre Software einbauen können<sup>117</sup>.

#### 4.6.4.2 Inkompatibilitäten und Kompatibilitätsklauseln

Der Copyleft-Effekt kann zwischen Open Source-Lizenzen zu *Inkompatibilitäten* führen, wenn beide Lizenzen vorschreiben, dass die Änderungen unter der ursprünglichen Lizenz verbreitet werden müssen. Für die GPL führt die Free Software Foundation eine Liste mit den von ihr als kompatibel erachteten Open Source-Lizenzen<sup>118</sup>. Verschiedene Lizenzgeber haben die von ihnen benützte GPL mit *Kompatibilitätsklauseln* ergänzt. Damit stellen sie sicher, dass ihre unter der GPL lizenzierte Software auch mit der OSS anderer Lizenzen verbunden werden kann<sup>119</sup>.

#### 4.6.4.3 Umstrittene Klausel

Die Copyleft-Klausel ist die umstrittenste Bestimmung der GPL<sup>120</sup>. Das liegt erstens am Regelungsgehalt der Klausel: Änderungen der OSS dürfen nur unter der GPL verbreitet werden. Wer daher Teile der OSS in sein proprietäres Programm integriert, muss auch das proprietäre Programm unter der GPL verbreiten und damit z.B. den Sourcecode zugänglich machen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom *viralen Charakter* der GPL. Zweitens sind die Bestimmungen in der GPL zum Copyleft-Effekt unklar<sup>121</sup>. Dies führt zu grosser Rechtsunsicherheit, vor allem auf Seiten der Hersteller proprietärer Software. Als Folge davon gibt es z.B. Hersteller, die ihren Nutzern explizit verbieten, mit ihrer Software und der OSS neue Programme zu entwickeln<sup>122</sup>. Diese Unsicherheiten dürften ei-

---

<sup>116</sup> Wobei interessanterweise dies Apache in keiner Weise geschadet hat (vgl. dazu VETTER, 148).

<sup>117</sup> <http://www.gnu.org/licenses/why-not-lgpl.html>; zweifelnd VETTER, 152 ff.

<sup>118</sup> <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html#SoftwareLicenses>.

<sup>119</sup> Vgl. dazu z.B. die Kompatibilitätsklausel von MySQL unter <http://www.mysql.com/company/legal/licensing/foss-exception.html>.

<sup>120</sup> VETTER, 58 ff.; WIDMER, OSS, 137.

<sup>121</sup> Vgl. dazu die Nachweise in Fn 125.

<sup>122</sup> VETTER, 150 (Fn 250).

nes der Haupthindernisse für eine noch raschere Verbreitung der OSS darstellen<sup>123</sup>. In Zukunft wird in vielen Bereichen die OSS *neben* proprietären Programmen im Markt vertreten sein. Kompatibilität zwischen der OSS und proprietärer Software herzustellen, ist daher sehr wichtig<sup>124</sup>.

#### 4.6.4.4 *Regelungsgehalt*

Der Copyleft-Effekt wird im Wesentlichen in der Ziff. 2 der GPL bestimmt (Unterstreichungen nicht im Original):

*„You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work ..., provided that you also meet all of these conditions:*

*a) ...*

*b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.*

*c) ...*

*These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.*

*Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.*

---

<sup>123</sup> VETTER, 162.

<sup>124</sup> VETTER, 57 ff. und 162.

*In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.“*

Der Inhalt dieser Bestimmung ist unklar<sup>125</sup>. Was ist unter „work as whole“, unter „separate work“ oder unter „as part of a whole“ zu verstehen?

Der Eintritt des Copyleft-Effekts ist von zwei Voraussetzungen abhängig: Erstens muss die OSS bearbeitet oder geändert und zweitens muss sie vertrieben oder veröffentlicht werden. Zunächst gehe ich auf die erste Voraussetzung ein.

#### 4.6.4.5 *Erste Voraussetzung: Bearbeitungen und Änderungen des Programms*

Die OSS kann auf verschiedene Art geändert oder zusammen mit proprietärer Software vertrieben werden. Ich werde zuerst auf die (relativ) klaren und danach auf die weniger klaren Konstellationen eingehen, insbesondere wenn OSS und proprietäre Software miteinander verbunden werden.

#### **Kopien und Bearbeitungen des Sourcecodes der OSS**

Werden grössere Teile des Sourcecodes der OSS übernommen, geändert oder erweitert, so liegt entweder eine Kopie oder eine Bearbeitung im urheberrechtlichen Sinn vor. Das neue Programm wird vom Copyleft-Effekt erfasst und muss gesamthaft unter der GPL verbreitet werden<sup>126</sup>. Vom Copyleft-Effekt werden aber auch Änderungen erfasst, die selber wegen der fehlenden Schutzhöhe keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen<sup>127</sup>. Dies gilt z.B. für Bugfixes oder Patches.

---

<sup>125</sup> JAEGER/METZGER, N 45; ROSEN, 117, mit der folgenden Bemerkung zu einem Satz aus Ziff. 2: „This is a critical example of imprecise phrasing“; VETTER, 152 ff., mit Vorschlägen für die Formulierung einer klaren Bestimmung (158 ff.).

<sup>126</sup> Ziff. 0 Abs. 1 GPL: „... a ‚work based on the Program‘ means either the Program or any derivative work under copyright law ...“; WIDMER, OSS, 138.

<sup>127</sup> IFROSS/JAEGER, N 6 und N 19 zu Ziff. 2 GPL; WIDMER, OSS, 138.

**„Eigenständige“ Werke und Programmverbindungen**

Übernimmt der Entwickler eines Programms keinen Sourcecode der OSS – auch nicht in modifizierter Form –, so liegt weder eine Kopie noch eine Bearbeitung vor. Ein solches Programm genießt einen eigenen urheberrechtlichen Schutz. Auch solche Programme können allerdings durch die Copyleft-Klausel erfasst werden, sofern sie mit der OSS verbunden sind. Gemäss GPL muss eine *zweite* Voraussetzung erfüllt sein: Das Werk muss auch als *eigenständiges Programm* verbreitet werden<sup>128</sup>. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Lizenznehmer jederzeit erkennen kann, ob ein Programm unter einer separaten Lizenz oder unter der GPL vertrieben wird<sup>129</sup>. Weiss er dies nicht, besteht die Gefahr, dass er durch die Änderung und den Vertrieb eines proprietären Programms eine Urheberrechtsverletzung begeht. An der Eigenständigkeit fehlt es z.B., wenn sowohl die OSS als auch das proprietäre Programm im gleichen Executable<sup>130</sup> gespeichert sind. Nicht vom Copyleft erfasst sind hingegen z.B. Anwendungsprogramme, die zusammen mit Linux vertrieben werden<sup>131</sup>, oder die verschiedenen Anwenderprogramme eines Office-Paketes<sup>132</sup>.

Die Frage, ob ein Programm eigenständig ist, dürfte bei *verbundenen Programmen* oft schwierig zu beantworten sein: Ein Programm kann in einer Datei enthalten sein<sup>133</sup>. Es ist unter Umständen allerdings auch auf verschiedene Dateien aufgeteilt. Diese Aufteilung hilft, die Programmteile unabhängig voneinander zu pflegen oder in verschiedenen Programmen zu verwenden. Denkbar ist nun, dass ein Entwickler ein Programm schreibt, das die OSS ergänzt. Dieses Programm speichert dieser in einer zusätzlichen Datei. Sie wird mit den bereits bestehenden Dateien und damit mit der OSS verlinkt. Der Entwickler verbindet das Programm und die OSS in der Entwicklungsumgebung, da die Dateien im Sourcecode vorhanden sind. Werden sie nun kompiliert<sup>134</sup>, so entsteht daraus *ein* Ob-

---

<sup>128</sup> Ziff. 2 Abs. 2, 2. Satz GPL: „... when you distribute them as separate works“. A.M. DETERMANN, 649 f., der davon ausgeht, dass nur Bearbeitungen im Sinne des Urheberrechts vom Copyleft-Effekt erfasst werden.

<sup>129</sup> JAEGER/METZGER, N 52.

<sup>130</sup> „Executable“ ist eine Datei, die in diesem Fall sowohl die OSS als auch das proprietäre Programm im Objektcode enthält. Unter MS-DOS hat eine solche Datei den Zusatz „.exe“ (Free On-line Dictionary of Computing, <http://foldoc.org/index.cgi?query=executable&action=Search>).

<sup>131</sup> IFROSS/JAEGER, N 16 zu Ziff. 2 GPL.

<sup>132</sup> SPINDLER, N 118 zu C.

<sup>133</sup> Vgl. zu den folgenden Ausführungen VETTER, 101 ff., mit gut verständlichen Ausführungen zum Verlinken verschiedener Programme.

<sup>134</sup> Vgl. zum Compiler Fn 5.



jektcode, der als Executable auf der Hardware lauffähig ist<sup>135</sup>. Da der Objektcode auch die OSS enthält, liegt eine Kopie der OSS in den Executables vor. Man nennt diese Verbindung *statisches Verlinken*<sup>136</sup>. Sind die Programme über einen statischen Link verbunden, werden sie in der Regel vom Copyleft-Effekt erfasst. Alle im gleichen Executable vorhandenen Programme müssen unter der GPL vertrieben werden<sup>137</sup>.

Beim *dynamischen Verlinken* greift ein Programm während des Betriebs auf ein anderes Programm oder eine Programmroutine zu. Die beiden Programme werden nicht im Sourcecode miteinander verlinkt, sondern erst im Betrieb in Form des Objektcodes<sup>138</sup>. Anschaulich wird dies bei den so genannten *Shared Libraries*<sup>139</sup>: Das sind Programmbibliotheken, die mehreren anderen Programmen Programmroutinen zur Verfügung stellen. Dazu gehören z.B. Funktionen, um den Drucker einzusetzen. Für die Erledigung von Standardaufgaben greifen verschiedene Programme gleichzeitig auf solche Programmbibliotheken zu. Sie werden nur bei Gebrauch in den Arbeitsspeicher geladen<sup>140</sup>. Wird ein proprietäres Programm durch eine solche Verbindung mit der OSS vom Copyleft-Effekt erfasst? Solange das verlinkte Programm nicht in den Arbeitsspeicher geladen wird, bestehen zwei verschiedene Programme – so insbesondere im Moment des Vertriebs der beiden Programme. Erst im Betrieb werden die beiden Programme bei gewissen Prozessen miteinander verbunden. Welcher Zeitpunkt ist massgeblich – der Zeitpunkt des Vertriebs oder derjenige des Betriebs? Gemäss GPL ist der Moment des Vertriebs für den Copyleft-Effekt massgeblich<sup>141</sup>. In der Regel löst aus diesem Grund eine dynamische Verlinkung noch nicht den Copyleft-Effekt aus<sup>142</sup>. Es kommt vielmehr zusätzlich auf die technische Eigenständigkeit des Programms und die Art und Weise des Vertriebs an.

---

<sup>135</sup> VETTER, 102.

<sup>136</sup> JAEGER/METZGER, N 57; WIDMER, OSS, 139.

<sup>137</sup> DETERMANN, 648; GERLACH, 652; JAEGER/METZGER, N 58; SPINDLER, N 116 zu C.; VETTER, 104 f.; offen gelassen bei WIDMER, OSS, 139 f.

<sup>138</sup> IFROSS/JAEGER, N 43 zu Ziff. 2 GPL.

<sup>139</sup> Die GNU Lesser Public License (LGPL) ist für solche Bibliotheken bestimmt: Eine unter der LGPL stehende Bibliothek kann auch mit proprietären Anwendungsprogrammen benutzt werden, ohne dass diese vom Copyleft-Effekt erfasst würden (JAEGER/METZGER, N 95).

<sup>140</sup> JAEGER/METZGER, N 57.

<sup>141</sup> „... when you distribute them as separate works“ (Ziff. 2 Abs. 2, 2. Satz).

<sup>142</sup> DETERMANN, 647 f.; IFROSS/JAEGER, N 44 zu Ziff. 2 GPL; offen gelassen bei SPINDLER, N 120 zu C.

### **Vertriebstechnische und technische Kriterien**

Aus diesen Ausführungen lassen sich die folgenden Kriterien herauslesen, die für den Copyleft-Effekt sprechen<sup>143</sup>:

- *Kopie* oder *Bearbeitung*: Kopien und Bearbeitungen der originalen OSS werden vom Copyleft-Effekt erfasst.
- *Verbreitung als eigenständige Programme*: Der Lizenznehmer muss erkennen, wann er ein eigenständiges Programm vor sich hat. Dies ist z.B. nicht erkennbar, wenn beide Programme Bestandteil eines Executables sind.
- *Verkehrsanschauung*: Sind nach der Verkehrsanschauung die Funktionen typischerweise Teil eines oder von verschiedenen Programmen<sup>144</sup>? Bei Programmen, die nicht füreinander geschrieben worden sind, ist Letzteres anzunehmen<sup>145</sup>.
- *Komplexität*: Je komplexer ein Programm ist, desto eher ist es als selbstständiges Programm zu betrachten. So sind z.B. die Unterprogramme eines Betriebssystems oder Office-Pakets als selbstständige Programme zu werten<sup>146</sup>.
- *Zusammenarbeit mit anderen Programmen*: Programmmodule sind in der Regel selbstständig, wenn sie auch mit anderen Softwareprogrammen zusammenarbeiten<sup>147</sup>.

#### *4.6.4.6 Zweite Voraussetzung: Veröffentlichung oder Verbreitung durch den Lizenznehmer*

Der Copyleft-Effekt greift erst, wenn der Lizenznehmer die Änderungen oder Bearbeitungen veröffentlicht („publish“) oder verbreitet („distributed“; Ziff. 2 Abs. 1 lit. b GPL). Der Lizenznehmer muss daher das Programm weder unter der GPL verbreiten noch anderen Anwendern den Sourcecode zugänglich machen, solange er das Programm nicht veröffentlicht oder verbreitet. Wann ist das Programm aber veröffentlicht oder verbreitet?

Meistens kann nicht zwischen der Veröffentlichung und der Verbreitung eines Werks unterschieden werden, da mit der Veröffentlichung auch

---

<sup>143</sup> JAEGER/METZGER, N 49 ff.; vgl. dazu auch die detaillierten Ausführungen von WIDMER, OSS, 138 ff.

<sup>144</sup> JAEGER/METZGER, N 52; WIDMER, OSS, 141.

<sup>145</sup> JAEGER/METZGER, N 59.

<sup>146</sup> JAEGER/METZGER, N 52; WIDMER, OSS, 141.

<sup>147</sup> JAEGER/METZGER, N 53.

eine Verbreitungshandlung einhergeht. *Veröffentlicht* ist das Programm, wenn es ausserhalb eines Kreises von Personen, die eng miteinander verbunden sind, einer grösseren Anzahl von Personen zugänglich gemacht wird (Art. 9 Abs. 3 URG). Entscheidend ist die Anzahl der Personen; denn wenn dieser Personenkreis gross ist, verliert der Urheber die Kontrolle über sein Werk<sup>148</sup>. Es genügt, dass dieser Personenkreis Zugang zum Programm hat und von ihm Kenntnis nehmen kann<sup>149</sup>. So ist das Programm veröffentlicht, wenn es z.B. in einem grösseren Unternehmen eingesetzt und dadurch den Mitarbeitern zugänglich gemacht wird<sup>150</sup>. Keine Veröffentlichung liegt demgegenüber vor, wenn das Programm den (kleinen) Entwicklerkreis nicht verlässt oder für den Testbetrieb in einem Unternehmen eingesetzt wird und die Testpersonen auf die Geheimhaltung hingewiesen wurden<sup>151</sup>.

Zur *Verbreitung* gehört jede Handlung, die zu einer Änderung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über das Programm führt<sup>152</sup>. Es sind dies insbesondere die in Ziff. 4.5.2.2 beschriebenen Handlungen. Darunter fallen z.B. die Verbreitung der OSS auf einem Datenträger oder online sowie die Vermietung oder die Nutzung der OSS im Rahmen von ASP.

#### 4.6.4.7 Exkurs: Vermeidung des Copyleft-Effekts

Oft möchte der Lizenznehmer der unter GPL ein von ihm entwickeltes Programm zusammen mit der OSS vertreiben, ohne seine proprietäre Software ebenfalls unter der GPL lizenzieren zu müssen. Wann aber der Copyleft-Effekt eintritt, ist oft unklar. Um den Copyleft-Effekt zu vermeiden, hat NIMMER die folgenden Strategien vorgeschlagen<sup>153</sup>:

#### **Änderungen durch den Endnutzer („Enabling permitted end-user modifications“)**

Voraussetzung für den Eintritt des Copyleft-Effekts ist die Veröffentlichung oder die Verbreitung des Programms. Änderungen der Programme durch den Endnutzer lösen daher den Copyleft-Effekt nicht aus. Dies gilt

---

<sup>148</sup> NEFF/ARN, 210 f.

<sup>149</sup> NEFF/ARN, 211.

<sup>150</sup> WIDMER, OSS, 143; WIDMER, Gutachten, 67; a.M. STRAUB, Informatikrecht, 197.

<sup>151</sup> NEFF/ARN, 211.

<sup>152</sup> CADUFF, 17.

<sup>153</sup> Zu diesen Möglichkeiten ausführlich NIMMER, 131 ff.; vgl. auch GERLACH, 652, der aufgrund der unklaren Rechtslage bei einer technischen Trennung zur Vermeidung des Copyleft-Effekts erhebliche Risiken ortet.

auch dann, wenn der Lizenznehmer die Änderungen beim Endnutzer selber vornimmt<sup>154</sup>. Es ist allerdings zu beachten, dass nach der herrschenden Meinung bereits der Gebrauch in einem grösseren Unternehmen als Veröffentlichung gilt<sup>155</sup>. Und sie löst den Copyleft-Effekt aus. Dies hat der Endnutzer bei der Weitergabe einer Kopie der OSS zu berücksichtigen.

### **Getrennte Verbreitung der OSS und der proprietären Software („Distributions including free software as independent“)**

Verwandt mit der oben genannten Strategie ist die Folgende: Der Lizenznehmer vertreibt sein proprietäres Programm getrennt von der OSS. Gemäss Ziff. 2 Abs. 4 GPL können zwei getrennte Programme auf dem gleichen Datenträger vertrieben werden, ohne dass der Copyleft-Effekt eintritt<sup>156</sup>. Werden das proprietäre Programm und die OSS erst beim Endnutzer miteinander verbunden, löst dies den Copyleft-Effekt nicht aus<sup>157</sup>. Auch hier gilt allerdings, dass der Einsatz der OSS in einem grösseren Unternehmen den Copyleft-Effekt bewirkt.

### **Ausnahmen durch den Urheber („Relying on exceptions“)**

Vertragspartner des Lizenznehmers sind die einzelnen Urheber. Sie können dem Lizenznehmer daher erlauben, das proprietäre Programm zusammen mit der OSS zu verbinden und zu vertreiben, ohne dass der Copyleft-Effekt eintritt<sup>158</sup>. Die GPL sieht in Ziff. 10 die Möglichkeit vor, bei der Free Software Foundation um eine Ausnahmeerlaubnis nachzusuchen. Eine Ausnahme kann die Free Software Foundation nur für solche Programme machen, an denen sie das Urheberrecht innehat. Diese Strategie ist allerdings nur Erfolg versprechend, wenn die Zahl der Urheber überschaubar ist.

### **Distanzierungsstrategie („Distancing strategies“)**

Mit dieser Strategie isoliert der Lizenznehmer den Teil des proprietären Programms von der OSS, der nicht vom Copyleft-Effekt erfasst werden soll. So kann der Lizenznehmer z.B. ein besonderes Modul entwickeln, das zwischen die OSS und die proprietäre Software gestellt wird. Dieses

---

<sup>154</sup> NIMMER, 131 f.; ROSEN, 118.

<sup>155</sup> Vgl. Ziff. 4.6.4.6.

<sup>156</sup> Vgl. aber zu den verlinkten Programmen die Ausführungen in Ziff. 4.6.4.5.

<sup>157</sup> DETERMANN, 649.

<sup>158</sup> NIMMER, 133.

wird dem Copyleft-Effekt „geopfert“, damit er nicht auf die proprietäre Software übergreift<sup>159</sup>.

Fraglich ist, ob der Copyleft-Effekt vermieden werden kann, wenn der Lizenznehmer nur Teile der OSS übernimmt und diese nicht durch das Urheberrecht geschützt sind<sup>160</sup>. Die GPL wird direkt zwischen dem Urheber und dem Lizenznehmer abgeschlossen. Damit sind auch vertragsrechtliche und nicht nur urheberrechtliche Beschränkungen zwischen den Parteien gültig. Die Copyleft-Bestimmungen der GPL erfassen nicht nur urheberrechtlich relevante, sondern auch einfache Änderungen, die die erforderliche Schutzhöhe nicht erreichen<sup>161</sup>. Schon die Übernahme einfacher Änderungen der OSS kann daher den Copyleft-Effekt auslösen.

## 4.7 Beendigung der Open Source-Lizenz

### 4.7.1 Auflösende Bedingung

Viele Open Source-Lizenzen regeln nicht, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen die Lizenzbestimmungen nach sich zieht. Zu diesen Lizenzen gehören z.B. die BSD oder die Perl Artistic License. Die GPL sieht demgegenüber in Ziff. 4 vor, dass mit der Verletzung der Lizenzbestimmungen automatisch auch die Nutzungsbefugnisse der GPL enden<sup>162</sup>:

*„You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License.“*

Der Urheber räumt damit dem Lizenznehmer die Nutzungsbefugnisse nur auflösend bedingt ein<sup>163</sup>. Eine auflösende Bedingung kann an die Handlung einer der Vertragsparteien geknüpft werden<sup>164</sup>. Begeht der Li-

---

<sup>159</sup> NIMMER, 133 f.

<sup>160</sup> Vgl. dazu NIMMER, 132 („Distributing Non-expressive elements“).

<sup>161</sup> Vgl. Ziff. 4.6.4.5.

<sup>162</sup> Gemäss Ziff. 8.1 MPL enden die Nutzungsrechte ebenfalls automatisch, allerdings erst nach einer Frist von 30 Tagen, nachdem der Lizenznehmer von der Verletzung der MPL Kenntnis erhalten hat.

<sup>163</sup> IFROSS/JAEGER, N 11 zu Ziff. 4 GPL; WIDMER, OSS, 161 f.

<sup>164</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 4200.

zennnehmer eine Verletzung der GPL, tritt die Bedingung ein und der Vertrag erlischt automatisch ex nunc. Solche Klauseln sind oft auch in Software-Lizenzverträgen mit proprietärer Software zu finden<sup>165</sup>.

Da nur die GPL erlischt, ist der Lizenznehmer nach wie vor berechtigt, die OSS im Rahmen des gesetzlichen Gebrauchsrechts zu benutzen – vorausgesetzt, das Programmexemplar ist rechtmässig in den Verkehr gelangt. Anders sind die Rechtsfolgen in der Regel bei Software-Lizenzverträgen mit proprietärer Software: Hier verliert der Lizenznehmer in der Regel sein Nutzungsrecht vollständig<sup>166</sup>.

#### 4.7.2 Nachfolgende Lizenznehmer

Jeder Lizenznehmer erhält die Nutzungsbefugnisse direkt vom Urheber. Die dem Verletzer der GPL nachfolgenden Lizenznehmer sind daher durch die Beendigung des Lizenzvertrages des GPL-Verletzers nicht betroffen. Denkbar ist allerdings, dass der GPL-Verletzer selber die OSS bearbeitet und als Bearbeiter weiterlizenziert hat. Für diesen Fall sieht die GPL die folgende Bestimmung vor<sup>167</sup>:

*„However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.“*

Die vom GPL-Verletzer eingeräumten Nutzungsbefugnisse an einer Bearbeitung erlöschen daher nicht<sup>168</sup>.

#### 4.7.3 Wiedergutmachung der GPL-Verletzung

Verletzt der Lizenznehmer die GPL, so verliert er die ihm eingeräumten Nutzungsbefugnisse. Die GPL beinhaltet das jederzeit gültige Angebot für den Abschluss des Lizenzvertrages. Es steht dem GPL-Verletzer daher

---

<sup>165</sup> Vgl. dazu FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 1117.

<sup>166</sup> Immerhin kann der Lizenzgeber proprietärer Software diese Klausel einem Dritten gegenüber nicht geltend machen, vgl. dazu FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 1118.

<sup>167</sup> Ziff. 4, 3. Satz GPL.

<sup>168</sup> IFROSS/JAEGER, N 16 zu Ziff. 4 GPL.

offen, die GPL noch einmal anzunehmen und den Verstoss gegen die GPL wiedergutzumachen<sup>169</sup>.

## 4.8 Welche Lizenz?

### 4.8.1 Zwei Fallkonstellationen

In dieser Ziffer gehe ich auf die Frage ein, nach welchen Kriterien der Hersteller eines Programms die Open Source-Lizenz auswählen soll. Dabei behandle ich die folgenden beiden Fälle:

- Der Hersteller möchte die OSS als *Drittprodukt* in ein eigenes, proprietäres Programm integrieren; worauf muss er hier achten (Ziff. 4.8.2)?
- In Ziff. 4.8.3 behandle ich den Fall, dass der Hersteller sein *proprietäres* Programm für den Vertrieb unter eine Open Source-Lizenz stellen möchte.

### 4.8.2 Welche Open Source-Lizenz bei der Integration von Drittprodukten?

Wenn der Hersteller sein proprietäres Programm mit der OSS ergänzen will, stehen für ihn die Funktionalität der OSS oder die Kompatibilität zu seinem Programm im Vordergrund. Der Hersteller muss die ausgewählte OSS sorgfältig aus technischer Sicht evaluieren: Hat sie sich in der Praxis bewährt? Wird auch in Zukunft die OSS von einer Entwicklergemeinschaft getragen, die die Weiterentwicklung und Pflege gewährleistet<sup>170</sup>? Mit seinem Entscheid für eine OSS geht allerdings auch der Entscheid für eine bestimmte Open Source-Lizenz einher und hier stellen sich insbesondere die folgenden Fragen<sup>171</sup>:

- Beinhaltet die Open Source-Lizenz eine *Copyleft-Klausel* oder nicht? Trifft dies zu, so muss der Hersteller entscheiden, ob er sein proprietäres Produkt ebenfalls unter diese Open Source-Lizenz stellen will. Falls er das nicht will, stellt sich die Frage, ob das proprietäre Programm des Herstellers von der Copyleft-Klausel erfasst wird.

---

<sup>169</sup> IFROSS/JAEGER, N 18 zu Ziff. 4 GPL; gemäss OMSELS, 154, ist zwar keine „Heilung“ möglich, eine Verfolgung des GPL-Verletzers wäre aber rechtsmissbräuchlich.

<sup>170</sup> WIDMER, Gutachten, 62.

<sup>171</sup> Vgl. dazu auch WIDMER/BÄHLER, 175 ff.

- Viele Bestimmungen von Open Source-Lizenzen sind *unklar*. Für den Hersteller kann es z.B. schwierig sein zu wissen, welche Nutzungsbefugnisse ihm zustehen. Darf er z.B. die OSS im Rahmen eines ASP nutzen oder nicht<sup>172</sup>? Die Open Source-Lizenz sollte die für die Nutzung seines Programms benötigten Rechte auch tatsächlich beinhalten. Oft ist eine weit verbreitete Open Source-Lizenz eher kommentiert und bietet daher mehr Rechtssicherheit.
- Manchmal wird auch das Programm des Herstellers bereits unter einer *Open Source-Lizenz* stehen. Wenn beide Programme eine Copyleft-Klausel beinhalten, stellt sich die Frage, unter welcher Open Source-Lizenz das ganze, kombinierte Programmprodukt steht. Eine Kombination ist nur möglich, wenn die Open Source-Lizenz der integrierten OSS mit der vom Hersteller bereits verwendeten kompatibel ist<sup>173</sup>. So kann z.B. die GPL nicht mit den Apache Software-Lizenzen zusammen verwendet werden<sup>174</sup>.

#### 4.8.3 Welche Open Source-Lizenz für den Vertrieb?

Es kann hier nicht auf die Vor- und Nachteile des Business-Modells „Open Source Software“ eingegangen werden. Ich weise daher nur auf einige rechtliche Aspekte hin, die der Programmhersteller bei der Wahl der Open Source-Lizenz für den Vertrieb beachten muss<sup>175</sup>:

- Soll das Programm unter *eine* oder *mehrere Lizenzen* („Dual Licensing“) gestellt werden? Wie oben bereits ausgeführt, wird z.B. die Datenbank MySQL sowohl mit einem „kommerziellen“ Software-Lizenzvertrag als auch unter der GPL vertrieben<sup>176</sup>. Schliesst der Anwender den Lizenzvertrag für die kommerzielle Lizenz ab, so vermeidet er den Copyleft-Effekt für alle seine (proprietären) Softwareprodukte, die er mit der Datenbank verbindet<sup>177</sup>.
- Soll *Trittbrettfahren* verhindert werden? Nur wenn eine Open Source-Lizenz mit Copyleft gewählt wird, kann der Hersteller vermeiden, dass sein Programm von einem Dritten in seine eigene Software integriert und proprietär verwertet wird.

---

<sup>172</sup> Vgl. Ziff. 4.5.2.2.

<sup>173</sup> Vgl. Ziff. 4.6.4.2.

<sup>174</sup> <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html#GPLIncompatibleLicenses>.

<sup>175</sup> Vgl. dazu auch ROSEN, 229 ff., und WIDMER/BÄHLER, 177 ff.

<sup>176</sup> GERLACH, 651.

<sup>177</sup> <http://www.mysql.com/company/legal/licensing/faq.html>.



- Wie wichtig ist der Copyleft-Effekt für die *Weiterentwicklung*? Werden andere Hersteller zusätzliche Programmteile entwickeln, wenn diese nicht vor Trittbrettfahrern durch eine Copyleft-Klausel geschützt sind?
- Sollen Dritte das Programm des Herstellers auf *einfache Art* in kommerzielle Produkte *integrieren* können? In diesem Fall muss der Hersteller sein Produkt unter eine Open Source-Lizenz ohne Copyleft-Effekt stellen. Google hat verschiedene Programme entwickelt, die den Zugriff auf die Google-Web-Schnittstellen erleichtern<sup>178</sup>. Diese Programme hat Google unter die BSD gestellt. Damit will Google möglichst viele kommerzielle Dritthersteller ermuntern, auf der Basis dieser Programme kompatible Produkte zu entwickeln<sup>179</sup>.
- Welche *Pflichten* werden einem Lizenznehmer durch die ausgewählte Open Source-Lizenz auferlegt<sup>180</sup>?
- Ist die Open Source-Lizenz *weit verbreitet*? Entwickler von Drittprodukten sind eher bereit, ihre Beiträge unter eine bekannte Open Source-Lizenz zu stellen. Der Hersteller sollte keine eigenen Open Source-Lizenzen verwenden.
- Ist die Open Source-Lizenz *unmissverständlich formuliert*? Die Bestimmungen vieler Open Source-Lizenzen sind unklar: Die Parteien wissen z.B. oft nicht, welche Nutzungsbefugnisse der Lizenznehmer hat, weil der Begriff „distribution“ nicht definiert ist. Potentielle Lizenznehmer werden durch solche Unklarheiten abgeschreckt. Auch für den Hersteller als Lizenzgeber sind unklare Vertragsbestimmungen nachteilig: Er kann seine Rechtsposition unter Umständen nicht durchsetzen. Diese Rechtsunsicherheit kann der Hersteller als Urheber beseitigen, indem er in einem Zusatz zur Open Source-Lizenz gewisse Klarstellungen aufnimmt<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Abkürzung „API“: englisch für „application programming interface“, deutsch: Schnittstelle zur Anwendungsprogrammierung (<http://de.wikipedia.org/wiki/Programmierschnittstelle>).

<sup>179</sup> GERLACH, 653.

<sup>180</sup> WIDMER/BAHLER, 176.

<sup>181</sup> Vgl. dazu die Kompatibilitätsklausel von MySQL in Ziff. 4.6.4.2.

## **5. Vertragsrechtliche Aspekte**

### **5.1 Überblick**

In diesem Teil werde ich einige vertragsrechtliche Aspekte behandeln, und zwar zuerst die Frage, wie der Lizenzvertrag über die OSS zustande kommt (Ziff. 5.2). Darauf gehe ich auf die Vertragsparteien dieses Lizenzvertrages ein (Ziff. 5.3). Im letzten Abschnitt werde ich vier verschiedene Verträge über die OSS etwas näher beleuchten (Ziff. 5.4).

### **5.2 Wie kommt der Lizenzvertrag zustande?**

Der Lizenzvertrag kann von den Parteien *vor* der Übertragung der OSS vereinbart werden (Ziff. 5.2.1). Häufiger kommt der Vertrag allerdings erst *nach* dem Erwerb der OSS zustande, ohne dass die Parteien Willenserklärungen austauschen würden; der Anwender übt die Nutzungsbefugnisse der Open Source-Lizenz aus und nimmt dadurch das Angebot des Urhebers für den Abschluss an (Ziff. 5.2.2).

#### **5.2.1 Vertragsabschluss bei Übertragung der Open Source Software**

Der Lizenzvertrag kann vor bzw. bei der Übertragung der OSS vereinbart werden: Beim Herunterladen über das Internet kann der Urheber z.B. vor dem Start des Downloadvorgangs ausdrücklich auf die Open Source-Lizenz verweisen und sie zum Vertragsbestandteil machen.

Oft übergibt allerdings nicht der Urheber, sondern ein *Dritter* dem Anwender und Lizenznehmer die Open Source-Lizenz. Dieser Dritte ist der *Bote*. Häufig ist dies der Distributor einer CD-Rom mit der OSS<sup>182</sup> oder der Betreiber einer Internetseite, auf der die OSS zum Download angeboten wird.

---

<sup>182</sup> SPINDLER, N 41 zu C.

### 5.2.2 Vertragsabschluss nach Übertragung der Open Source Software

Häufiger dürfte allerdings der Fall sein, dass der Anwender vor der Übertragung der OSS keine Kenntnis vom Antrag auf Abschluss der Open Source-Lizenz nehmen kann<sup>183</sup>. In diesem Fall ist der Anwender mit dem Erwerb des Programms zum bestimmungsgemässen Gebrauch befugt<sup>184</sup>. Er darf aber die OSS nicht ändern, vervielfältigen oder vertreiben. Erst nachdem der Anwender die Open Source-Lizenz vereinbart hat, kann er die OSS über das gesetzliche Gebrauchsrecht hinaus nutzen.

Ein *Angebot* zum Abschluss eines Vertrages muss nicht gegenüber einer bestimmten Person abgegeben werden; es kann auch an eine Vielzahl von unbestimmten Personen gerichtet sein, und zwar in der Meinung, dass der Vertrag mit denjenigen geschlossen sein soll, die den Antrag annehmen<sup>185</sup>. Dies ist nicht ungewöhnlich: Bei der Aufstellung eines Automaten oder bei Leistungen im öffentlichen Verkehr hängt es nur noch vom Willen des Leistungsempfängers ab, ob er den Vertrag abschliesst oder nicht. Nimmt er die Leistung in Anspruch, so schliesst er dadurch einen Vertrag mit dem Leistungserbringer ab<sup>186</sup>. Übt der Anwender daher die Nutzungsbefugnisse der Open Source-Lizenz aus, so schliesst er damit auch den Lizenzvertrag mit dem Urheber ab<sup>187</sup>. Auf den Willen des Lizenznehmers kommt es dabei nicht an; denn er verpflichtet sich durch die Inanspruchnahme der Nutzungsbefugnisse und nicht durch eine Willenserklärung<sup>188</sup>. Es braucht daher keine besondere Annahmeerklärung von seiner Seite<sup>189</sup>.

Der der OSS beigegebene *Lizenztext* ist das Angebot für den Erwerb der im Text beschriebenen Nutzungsbefugnisse. Aus diesem Grund ist es wichtig, dass zusammen mit dem Programmexemplar auch der Lizenztext mitgeliefert wird; ohne dieses Angebot kann der Anwender nämlich keinen Lizenzvertrag abschliessen<sup>190</sup>.

Wie lange ist der Urheber als Lizenzgeber an sein Angebot *gebunden*? Kann er es zurückziehen? Solange ein gutgläubiger Anwender die Mög-

---

<sup>183</sup> Vgl. Ziff. 4.2.2.1.

<sup>184</sup> Vgl. Ziff. 4.2.2.3.

<sup>185</sup> „Nicht empfangsbedürftige Erklärungen“ (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 205); OMSLS, 154.

<sup>186</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 558 f. zu Art. 1 OR.

<sup>187</sup> JAEGER/METZGER, N 177.

<sup>188</sup> ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 561 zu Art. 1 OR.

<sup>189</sup> Vgl. für den Automaten-Aufstellungsvertrag, BÜRKE, 39.

<sup>190</sup> JAEGER/METZGER, N 176.

lichkeit hat, durch die einfache Ausübung der Nutzungsbefugnisse den Lizenzvertrag abzuschliessen, ist m.E. auch der Urheber daran gebunden. Bei weit verbreiteter OSS kann es daher für den Urheber sehr schwierig werden, seinen Antrag zu „widerrufen“ und keine neuen Lizenzverträge über die OSS einzugehen.

### 5.3 Wer sind die Vertragsparteien des Lizenzvertrages?

Zwischen dem Erwerb der Programmkopie und der Einräumung der Nutzungsbefugnisse im Rahmen des Lizenzvertrages muss unterschieden werden<sup>191</sup>. In dieser Ziffer geht es nur um den Lizenzvertrag. Vertragsparteien des Lizenzvertrages über die OSS sind auf der einen Seite der *Urheber* als Lizenzgeber und auf der anderen Seite der *Anwender* als Lizenznehmer<sup>192</sup>. Wenn die OSS durch mehrere Urheber (Miturheber) entwickelt oder nachträglich bearbeitet worden ist, muss der Anwender mit *jedem* Urheber bzw. Bearbeiter einen eigenen Lizenzvertrag abschliessen. In Ziff. 6 GPL wird dies wie folgt vereinbart:

*„Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions.  
...“*

### 5.4 Qualifikation des Vertrages zum Erwerb der Open Source Software

#### 5.4.1 Einführung

In dieser Ziffer gehe ich auf vier verschiedene Vertragsverhältnisse ein, die für den Erwerb von OSS besonders wichtig sind. Im Vordergrund steht ihre rechtliche Qualifikation. Die Einräumung der Nutzungsbefugnisse an der OSS erfolgt unentgeltlich<sup>193</sup>. Findet aus diesem Grund auf

---

<sup>191</sup> Vgl. Ziff. 4.2.1.

<sup>192</sup> JAEGER/METZGER, N 175; KOCH, Computer-Vertragsrecht, N 2122; SPINDLER, N 41 zu C. Die Common Public License sieht sowohl die Möglichkeit der Direkt- als auch der Sublizenzierung vor (Ziff. 2.a) CPL.

<sup>193</sup> Vgl. Ziff. 4.6.2.5.

den Lizenzvertrag Schenkungsrecht analoge Anwendung? Trifft dies zu, so muss der Lizenzgeber nur im beschränkten Umfang gemäss Schenkungsrecht Gewährleistung und Haftung übernehmen, und zwar unabhängig von dem in vielen Open Source-Lizenzen vereinbarten Gewährleistungs- und Haftungsausschluss<sup>194</sup>. So schliesst die GPL in den Ziff. 11 und 12 die Gewährleistung und die Haftung weitgehend aus.

#### 5.4.2 Unentgeltlicher Erwerb des Programmexemplars ohne Open Source-Lizenz

Der Anwender erwirbt meistens eine Programmkopie der OSS von einem Dritten, ohne einen Lizenzvertrag mit dem Urheber abzuschliessen<sup>195</sup>. Oft ist der Dritte ein Distributor. Eine Schenkung liegt vor, wenn die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind<sup>196</sup>:

- Es liegt eine *Vermögenszuwendung* vor: Es geht das Vermögen des Schenkers in dasjenige des Beschenkten über. Dafür muss beim Schenker eine Vermögensverminderung und beim Beschenkten eine Vermögensvermehrung stattfinden<sup>197</sup>. Lädt der Anwender per Download die OSS herunter, tritt beim Distributor als Schenker keine Vermögensverminderung ein. Dies ist allerdings nur durch die eingesetzte Technik bedingt und ändert m.E. nichts daran, dass eine Vermögenszuwendung im Sinne des Schenkungsrechts stattgefunden hat<sup>198</sup>.
- Die Vermögenszuwendung muss *unentgeltlich* erfolgen: Neben der Schenkungsabsicht besteht kein anderer Rechtsgrund; es erfolgt keine Gegenleistung. Sofern das Programm unentgeltlich zum Download oder auf einem Datenträger angeboten wird, ist diese Voraussetzung erfüllt.
- Schliesslich muss eine *Vereinbarung* zwischen den Parteien vorliegen. Sie kommt beim Download formlos zwischen den Parteien zustande<sup>199</sup>. Die Voraussetzungen, um *Schenkungsrecht* auf den unentgeltlichen Erwerb zumindest analog anzuwenden, sind damit m.E. gegeben<sup>200</sup>.

---

<sup>194</sup> Vgl. zur Zulässigkeit des Gewährleistungs- und Haftungsausschlusses FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 557 ff., sowie STRAUB, Gewährleistung und Haftung, 265 ff.

<sup>195</sup> Vgl. Ziff. 4.2.2.1.

<sup>196</sup> GUHL/KOLLER, § 41, N 1 ff.

<sup>197</sup> GUHL/KOLLER, § 41, N 1; HUGUENIN, N 271.

<sup>198</sup> Ähnlich SPINDLER, N 7 zu D.

<sup>199</sup> Vgl. dazu WEBER, E-Commerce, 313.

<sup>200</sup> JAEGER/METZGER, N 251; SPINDLER, N 23 zu D.; WIDMER/BÄHLER, 173.

### 5.4.3 Vereinbarung der Open Source-Lizenz

Der Lizenzvertrag über die OSS wird immer zwischen dem Urheber und dem Lizenznehmer direkt abgeschlossen; damit liegt eine Vereinbarung vor. Bestehen aber auch hier die übrigen Voraussetzungen für die (analoge) Anwendung des Schenkungsrechts?

- *Vermögenszuwendung*: Auf den ersten Blick scheint der Urheber nicht unbedingt ärmer geworden zu sein. Wirtschaftlich betrachtet ist er es aber; denn durch die unentgeltliche Einräumung der Nutzungsbefugnisse erleidet er einen Vermögensverlust<sup>201</sup>.
- *Unentgeltlichkeit*: Neben der Einräumung der Nutzungsbefugnisse enthalten die Open Source-Lizenzen oft weitgehende Pflichten, die der Anwender einhalten muss, wenn er die OSS verbreitet oder veröffentlicht<sup>202</sup>. Sind diese Pflichten als *Gegenleistung* zu werten, die die Schenkung grundsätzlich ausschliesst? Dies kann aus den folgenden Gründen m.E. verneint werden<sup>203</sup>: Die Pflichten des Lizenznehmers stehen nicht in direktem *Zusammenhang* mit der Sachzuwendung (also der Einräumung der Nutzungsbefugnisse)<sup>204</sup>. Der Anwender muss die Pflichten erst einhalten, wenn er die OSS vertreibt oder veröffentlicht. Sie folgen zeitlich daher der Einräumung der Nutzungsbefugnisse<sup>205</sup> und sind damit keine Gegenleistung für die Schenkung<sup>206</sup>. Der Anwender kann das Vervielfältigungs- und das Änderungsrecht der GPL zudem ausüben, ohne dass er diesen Pflichten nachkommen muss.

Der *Lizenzvertrag über die OSS* ist m.E. daher ein lizenzrechtlicher Innominatkontrakt mit schenkungsrechtlichen Elementen<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> JAEGER/METZGER, N 213; a.M. WEBER, *Vertragsgestaltung*, 77.

<sup>202</sup> Siehe zur GPL oben unter Ziff. 4.6.

<sup>203</sup> A.M. WEBER, *Vertragsgestaltung*, 78.

<sup>204</sup> Vgl. dazu MAISSEN, N 99 ff.

<sup>205</sup> JAEGER/METZGER, N 215: „nachhängende Verpflichtungen“.

<sup>206</sup> JAEGER/METZGER, N 215; SPINDLER, N 8 zu D.

<sup>207</sup> IFROSS/METZGER, N 10 f. zu Ziff. 11 und 12 GPL; JAEGER/METZGER, N 217; WIDMER/BAHLER, 173 (Schenkungen); ähnlich SPINDLER, N 6 ff. zu D.; STRAUB, *Informatikrecht*, 194, für Lizenztyp, auf den (allenfalls) schenkungsrechtliche Bestimmungen analog Anwendung finden; vgl. zur Qualifikation ausführlich WEBER, *Freie Software*, 50 ff. WEBER klassifiziert den Lizenzvertrag über die OSS als Innominatkontrakt, auf den die allgemeinen Bestimmungen des OR Anwendung finden, ergänzt mit Elementen des Lizenzvertrages und der einfachen Gesellschaft (WEBER, *Freie Software*, 58; WEBER, *Vertragsgestaltung*, 79). Auf die Gewährleistung und die Haftung wendet er allerdings ebenfalls die Bestimmungen des Schenkungsrechts an (WEBER, *Vertragsgestaltung*, 89); a.M. SESTER, 799 f.

#### 5.4.4 Entgeltlicher Erwerb des Programmexemplars

##### 5.4.4.1 *Qualifikation des Vertrags mit dem Distributor ohne Abschluss des Lizenzvertrages über die Open Source Software*

Die OSS wird oft in Form von Distributionen vertrieben<sup>208</sup>. Der Distributor verkauft dem Anwender z.B. eine CD-Rom oder eine DVD, die die OSS enthält. Daneben erbringt der Distributor häufig zusätzlich auch Supportleistungen. Bevor der Anwender den Lizenzvertrag abschliesst, ist er nur zum bestimmungsgemässen Gebrauch der OSS befugt<sup>209</sup>.

Welchen Vertrag hat der Anwender mit dem Distributor abgeschlossen? Der Anwender erwirbt Standardsoftware. Die gesetzlichen Nutzungsbefugnisse werden ihm auf Dauer eingeräumt, da kein Kündigungsrecht besteht. Schliesslich bezahlt der Anwender ein einmaliges Entgelt. Damit sind die typischen Elemente des Kaufvertrages erfüllt und auf den Vertrag sind die Bestimmungen von Art. 184 ff. OR zumindest analog anwendbar<sup>210</sup>.

Erbringt der Distributor zusätzlich auch Supportleistungen, ist von einem gemischten Vertrag mit Elementen des Kaufvertrages und des Auftrages auszugehen<sup>211</sup>.

##### 5.4.4.2 *Gleichzeitiger Abschluss des Vertrages über die Open Source-Lizenz*

Sofern der Distributor (als Bote) und der Anwender *bereits beim Softwareerwerb* die Open Source-Lizenz zum Vertragsinhalt gemacht haben, liegen in der Regel gegenseitig abhängige Verträge vor. Denn die beiden Verträge werden in einem Akt vereinbart und der Distributor stimmt seine Leistungen auf diejenigen der Open Source-Lizenz ab<sup>212</sup>. Die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen des Vertrages gelten zwischen dem Distributor und dem Anwender, weil der Anwender eine gesamthaft funk-

---

<sup>208</sup> Vgl. Ziff. 4.2.1.

<sup>209</sup> Vgl. Ziff. 4.2.2.

<sup>210</sup> Vgl. dazu ausführlich FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 814 f. mit weiteren Hinweisen.

<sup>211</sup> JAEGER/METZGER, N 256; ähnlich WEBER, Vertragsgestaltung, 90; vgl. zum Inhalt und zur Qualifikation der Supportleistungen FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 1176 und 1219 ff.

<sup>212</sup> JAEGER/METZGER, N 256; SPINDLER, N 26 zu D.; a.M. IFROSS/METZGER, N 21 zu Ziff. 11 und 12 GPL; siehe zu den Kriterien für die Annahme gegenseitig abhängiger Verträge FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 668.

tionsfähige Software will, unabhängig davon, von wem er sie lizenziert hat<sup>213</sup>.

#### 5.4.4.3 *Nachträglicher Abschluss des Vertrages über die Open Source-Lizenz*

Schliesst der Anwender demgegenüber *später* den Lizenzvertrag über die OSS ab, so gilt dieser unabhängig von der Vereinbarung, mit der der Anwender die OSS erworben hat<sup>214</sup>.

#### 5.4.5 **Open Source Software bei der Systemintegration**

Ein Lieferant integriert die OSS oft im Rahmen eines grösseren Projektes bei einem Kunden. Er liefert z.B. eine freie Datenbank zusammen mit eigener proprietärer Anwendersoftware. In diesem Fall schliessen die Parteien einen System-Integrationsvertrag ab. Er ist ein (atypischer) Werkvertrag mit Elementen aus verschiedenen Verträgen<sup>215</sup>. Der Lieferant muss bei der Erfüllung die Lizenzbedingungen der Open Source-Lizenz *einhalten* und dem Kunden z.B. bei der GPL den Text der Lizenz weitergeben<sup>216</sup>. Für die Nutzung der OSS können die folgenden drei Konstellationen auseinandergelassen werden:

- Der *Kunde* schliesst die GPL *nicht* ab. Der Lieferant muss den Kunden nicht dazu veranlassen, die GPL mit dem Urheber zu vereinbaren. In diesem Fall darf der Kunde die OSS nur bestimmungsgemäss nutzen.
- Es ist dem Lieferanten aber unbenommen, im System-Integrationsvertrag den Kunden zur *Zustimmung zur GPL* zu verpflichten. Der Lieferant tritt in diesem Fall als Bote auf, der dem Kunden die GPL zur Kenntnis bringt. Damit erhält der Kunde bereits mit dem Abschluss des System-Integrationsvertrages auch die Nutzungsbefugnisse der GPL.
- Schliesslich kann der Kunde *ohne Beteiligung des Lieferanten* die GPL abschliessen, indem er die Nutzungsbefugnisse ausübt. Dies darf er in einem beliebigen Zeitpunkt nach der Übergabe der OSS tun.

Wie wirken sich diese drei Vertragskonstellationen auf die Gewährleistung und die Haftung aus?

---

<sup>213</sup> JAEGER/METZGER, N 256; SPINDLER, N 27 zu D.

<sup>214</sup> Vgl. zur Rechtslage Ziff. 5.4.3.

<sup>215</sup> FRÖHLICH-BLEULER, Softwareverträge, N 40 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>216</sup> Vgl. Ziff. 4.6.2.1.



- Beim ersten oben erwähnten Fall liegt *ein* Vertrag vor. Damit gelten die für die Gewährleistung und Haftung geltenden Bestimmungen des System-Integrationsvertrages auch für die durch den Lieferanten integrierte OSS.
- Beim zweiten Fall ist die Situation weniger klar: Den Parteien ist es unbenommen zu vereinbaren, dass auf die OSS die Bestimmungen der GPL Anwendung finden – also auch deren Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen. Ob sie eine solche Vereinbarung getroffen haben, ist bei Unklarheiten durch Vertragsauslegung zu bestimmen. Sollen auf die OSS die besonderen Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse der GPL Anwendung finden, müssen dies die Parteien m.E. im System-Integrationsvertrag allerdings explizit vereinbaren. Tun sie dies nicht und verweisen sie im Vertrag nur allgemein auf die OSS, so liegen *gegenseitig abhängige* Verträge vor<sup>217</sup>. Denn der Kunde darf eine gesamthaft funktionsfähige Software erwarten, unabhängig davon, von wem er sie lizenziert hat.
- Der dritte Fall entspricht dem ersten: Die Gewährleistungs- und Haftungsklausel des System-Integrationsvertrags umfasst auch die OSS, da der Kunde die GPL erst später separat abschliesst. Für den zwischen dem Kunden als Lizenznehmer und dem Urheber abgeschlossenen Lizenzvertrag gilt das unter Ziff. 5.4.3 Gesagte.

Was heisst das für den *Lieferanten*? Wie kann er sich am besten absichern? Dazu die folgenden Bemerkungen:

- Der Lieferant lässt den Kunden *zwei verschiedene Verträge* abschliessen: den System-Integrationsvertrag mit ihm und die GPL mit dem Urheber. Die Parteien müssen allerdings explizit vereinbaren, dass auf die OSS die Bestimmungen der GPL Anwendung finden, und zwar insbesondere auch die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen.
- Der Lieferant muss dafür besorgt sein, dass zwischen dem Kunden als Lizenznehmer und dem Urheber die GPL auch tatsächlich *gleichzeitig* mit dem System-Integrationsvertrag abgeschlossen wird. Er muss dem Kunden die GPL dafür zur Kenntnis bringen.
- Im System-Integrationsvertrag müssen die Parteien klar vereinbaren, auf welche *Produkte* die GPL Anwendung findet. Der Lieferant darf für die Nutzung dieser Produkte keine Gebühr verlangen.
- Der Lieferant sollte seine proprietäre Software vor dem „*viralen*“ *Effekt* der GPL schützen.

---

<sup>217</sup> Vgl. zu den Kriterien in Ziff. 5.4.4.2.

Was muss der *Kunde* beachten?

- Sinnvollerweise vereinbart er explizit, dass der Lizenzvertrag mit dem Urheber und der System-Integrationsvertrag mit dem Lieferanten gegenseitig voneinander *abhängen*.
- Weiter sollte er im System-Integrationsvertrag vereinbaren, dass die *Gewährleistungs-* und die *Haftungsbestimmungen* des System-Integrationsvertrages auch auf die OSS Anwendung finden.
- Um keine unliebsamen Überraschungen zu erleben, muss er schliesslich überprüfen, ob er gemäss den Bestimmungen der Open Source-Lizenz tatsächlich alle *Nutzungsbefugnisse* erhält. Gerade wenn er die OSS mittels ASP nutzen will, ist dies nicht immer der Fall.

## Literaturverzeichnis

- ALDER, DANIEL: Urheberrecht und Arbeitsvertrag, in: STREULI-YOUSSEF, MAGDA: Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 461.
- ARLT, CHRISTIAN/BRINKEL, GUIDO/VOLKMANN, CHRISTIAN: „BSD“- und „Mozilla“-artige Lizenzen, in: SPINDLER, GERALD (Hrsg.): Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, 317.
- BARRELET, DENIS/EGLOFF, WILLI: Das neue Urheberrecht, Bern 2000.
- BERGER, MATHIS: ASP: Ein neues Geschäftsmodell als Herausforderung für das Recht?, *sic!* 2002, 667.
- VON BÜREN, ROLAND: Der Lizenzvertrag, in: VON BÜREN, ROLAND/DAVID, LUCAS (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüterrecht, Bd. I/1, Basel 2002, 293.
- BÜRKE, OTHMAR: Der Warenautomat im schweizerischen Recht, Diss., St. Gallen 1967.
- CADUFF, MELCHIOR: Die urheberrechtlichen Konsequenzen der Veräusserung von Computerprogrammen, Diss., Bern 1997.
- DETERMANN, LOTHAR: Softwarekombinationen unter der GPL, *GRUR Int.* 2006, 645.
- FROHLICH-BLEULER, GIANNI (Übergang): Zum Übergang der Urheberrechte an Computerprogrammen nach dem neuen Art. 17 URG, *SJZ* 1994, 281.
- FROHLICH-BLEULER, GIANNI (Softwareverträge): Softwareverträge – System-, Software-Lizenz- und Software-Pflegevertrag, Bern 2004.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2003.
- GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/REY, HEINZ: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Zürich 2003.
- GERLACH, CARSTEN: Praxisprobleme der Open-Source-Lizenzierung, *CR* 2006, 649.
- GUHL, THEO/KOLLER, ALFRED/SCHNYDER, ANTON K./DRUEY, JEAN NICOLAS (GUHL/BEARBEITER): Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.
- HILTY, RETO M.: Lizenzvertragsrecht, Habil., Bern 2001.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WIEGAND, WOLFGANG (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), Basel/Genf/München 2003.
- HUGUENIN, CLAIRE: Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 2002.
- INSTITUT FÜR RECHTSFRAGEN DER FREIEN UND OPEN SOURCE SOFTWARE (Hrsg.) (IFROSS/BEARBEITER): Die GPL kommentiert und erklärt, Köln 2005.
- JAEGER, TILL/METZGER, AXEL: Open Source Software, München 2006.
- JÄGGI, PETER/GAUCH, PETER (ZK-JÄGGI/GAUCH): Zürcher Kommentar, Art. 18, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V/1b Zürich 1979.
- JÖRG, FLORIAN S.: Application Service Providing-Vertrag, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER: Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 285.
- KOCH, FRANK A. (Computer-Vertragsrecht): Computer-Vertragsrecht, Freiburg 2002.
- KOCH, FRANK A. (Open Source): Open Source und Urheberrecht – ein Paradigmenwechsel?, in: WEBER, ROLF H./BERGER, MATHIS/AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet IV, Zürich 2003, 25.
- LAUX, CHRISTIAN: Vertragsauslegung im Urheberrecht, Diss., Bern 2003.

- MAISSEN, SANDRA: Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss., Freiburg i.Ü. 1996.
- MARBACH, EUGEN: Rechtsgemeinschaften an Immaterialgütern, Habil, Bern 1997.
- MORSCHER, LUKAS: Software-Lizenzverträge, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER: Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 17.
- NEFF, EMIL F./ARN, MATTHIAS: Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: VON BÜREN, ROLAND/DAVID, LUCAS (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2, Basel/Frankfurt a.M. 1998.
- NIMMER, RAYMOND T.: Coexisting with Free and Open Source Software, CRi 2006, 129.
- OMSELS, HERMANN-JOSEF: Open Source und das deutsche Vertrags- und Urheberrecht, in: SCHERTZ, CHRISTIAN/OMSELS, HERMANN-JOSEF (Hrsg.): Festschrift für Paul W. Hertin, München 2000, 141.
- PEDRAZZINI, MARIO M.: Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: VISCHER, FRANK (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1 OR – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, 495.
- RAUBER, GEORG (Use Restrictions): Use Restrictions in Softwareverträgen, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 285.
- RAUBER, GEORG (Computersoftware): Computersoftware, in: STREULI-YOUSSEF, MAGDA (Hrsg.): Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 117.
- REHBINDER, MANFRED: Schweizerisches Urheberrecht, Bern 2000.
- ROSEN, LAWRENCE: Open Source Licensing, Software Freedom and Intellectual Property Law, Upper Saddle River 2004. Vgl. <http://www.rosenlaw.com/oslbook.htm>.
- SCHÖNENBERGER, WILHELM/JÄGGI, PETER (ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI): Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Teilband V/1a, Kommentar zu den Art. 1-17 OR, Zürich 1973.
- SEMADENI, THOMAS: Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht, Diss., Bern 2004.
- SESTER, PETER: Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen, CR 2000, 797.
- SPINDLER, GERALD: Einleitung (A), Open Source Software Lizenztypen und Abgrenzung (B), Urheberrecht (C) und Vertragsrecht (D), in: SPINDLER, GERALD (Hrsg.): Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, 1.
- STALLMAN, RICHARD: The GNU Operating System and the Free Software Movement, in: DI BONA, CHRIS/OCKMAN, SAM/STONE, MARK (Hrsg.): Open Sources, Voices of the Open Source Revolution, Sebastopol 1999, 53.
- STRAUB, WOLFGANG (Informatikrecht): Informatikrecht, Zürich/Bern 2004.
- STRAUB, WOLFGANG (Gewährleistung und Haftung): Gewährleistung und Haftung aus IT-Verträgen, in: JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Internet-Recht und IT-Verträge, Bern 2005, 227.
- STREULI-YOUSSEF, MAGDA: Grundlagen, in: STREULI-YOUSSEF, MAGDA (Hrsg.): Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 1.
- TROLLER, ALOIS: Immaterialgüterrecht I und II, Basel 1983 und 1985.
- VETTER, GREG R.: „Infectious“ Open Source Software: Spreading Incentives or Promoting Resistance, Rutgers Law Journal 2005, 53. Vgl. <http://opensource.mit.edu/papers/vetter2.pdf>.
- WEBER, ROLF H. (E-Commerce): E-Commerce und Recht, Zürich 2001.
- WEBER, ROLF H. (Freie Software): Freie Software – Befreiung vom Vertragstypenkonzept?, in: HARRER, FRIEDRICH/PORTMANN, WOLFGANG/ZÄCH, ROGER (Hrsg.): Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich 2002, 41.

- WEBER, ROLF H. (Vertragsgestaltung): Open Source Software: Vertragsgestaltung, in: WEBER, ROLF H./BERGER, MATHIS/AUF DER MAUR, ROLF (Hrsg.): Geschäftsplattform Internet IV, Zürich 2003, 73.
- WIDMER, MIKE J. (OSS): Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software, Diss., Bern 2003.
- WIDMER, URSULA (Gutachten): Gutachten betreffend Rechtsfragen bei Beschaffung und Einsatz offener Software in der Schweizerischen Bundesverwaltung (Projekt OPUS) vom 21. November 2003. Vgl. <http://www.widmerpartners-lawyers.ch/NR/rdonlyres/DE/159073-B64A-4331-8B2B-E0732B81E423/0/GutachtenOSS.pdf>.
- WIDMER, URSULA/BÄHLER, KONRAD: Open-Source-Lizenzen – Wesentliche Punkte für Nutzer, Entwickler und Vertreiber, in: LUTTERBECK, BERND/BÄRWOLFF, MATTHIAS/GEHRING, ROBERT A. (Hrsg.): Open Source Jahrbuch 2006, 165. Vgl. [http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter\\_04/osjb2006-04-02-widmer-baehler](http://www.opensourcejahrbuch.de/download/jb2006/chapter_04/osjb2006-04-02-widmer-baehler).
- WIEBE, ANDREAS: Patentrecht, in: SPINDLER, GERALD (Hrsg.): Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, 223.
- WIEBE, ANDREAS/HEIDINGER, ROMAN: GPL 3.0 und EUPL, medien und recht 2006, 258.