

Gianni Fröhlich-Bleuler

## **Open Source Compliance**

---

Der Beitrag stellt die juristischen Risiken im Zusammenhang mit der Nutzung von Open Source Software dar. Der Autor beschreibt zudem das Vorgehen bei der Prüfung der Open Source Compliance und wie dabei festgestellte Verletzungen der OSS-Lizenz behoben oder umgangen werden können.

---

Rechtsgebiet(e): Informatik und Recht; Beiträge

Zitiervorschlag: Gianni Fröhlich-Bleuler, Open Source Compliance, in: Jusletter 12. November 2012

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. OSS-Lizenzen
  - 2.1 Typen von OSS-Lizenzen
  - 2.2 Nutzungsbefugnisse in OSS-Lizenzen
  - 2.3 Pflichten in OSS-Lizenzen
- III. Software-Entwicklung auf Komponenten-Basis und Verfügbarkeit der OSS
- IV. Gerichtsverfahren
- V. Juristische Risiken
  - 5.1 Direkte Folgen der Verletzung der OSS-Lizenz
  - 5.2 Internationalität und anwendbares Recht
  - 5.3 Gewährleistungs- und Haftungsausschluss
  - 5.4 Urheberrecht
    - 5.4.1 Durchsetzung von OSS-Lizenzen durch den Urheber
    - 5.4.2 Ansprüche Dritter
  - 5.5 Patentrecht
  - 5.6 Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
- VI. Vorgehen
  - 6.1 Lizenz bestimmen
  - 6.2 Lizenztext prüfen
  - 6.3 Umfang der Nutzungsbefugnisse bestimmen
  - 6.4 Pflichten je nach Einsatzbereich bestimmen
    - 6.4.1 Bei internem Einsatz
    - 6.4.2 Bei Verbreitung der OSS
    - 6.4.3 Konzerninterner Einsatz
  - 6.5 Erfüllung der Pflichten der OSS-Lizenz sicherstellen
  - 6.6 Ausweichmöglichkeiten prüfen
    - 6.6.1 Übergangsbestimmungen anwenden
    - 6.6.2 Ausnahmeklauseln beachten
    - 6.6.3 Kompatibilitätsklauseln anwenden
    - 6.6.4 Einverständnis des Urhebers einholen
    - 6.6.5 Copyleft umgehen
    - 6.6.6 Source- mit Objektcode mitliefern
  - 6.7 OSS-Einsatz-Strategie und Release Management
- VII. Fazit

## I. Einführung

[Rz 1] Wer Software herstellt, vertreibt oder auch nur nutzt, muss dies in Übereinstimmung mit den Gesetzen und den von ihm abgeschlossenen Verträgen tun. Dies gilt sowohl für proprietäre Software als auch für Open Source Software (OSS). Zu beachten sind unterschiedliche Bestimmungen, z.B. solche des Urheberrechts, von Lieferantenverträgen oder gesetzliche und regulatorische Standards, wie sie z.B. Art. 716a OR vorschreibt<sup>1</sup>. In diesem Artikel gehe ich auf die vertragskonforme Nutzung von OSS und den mit dem Gebrauch der OSS verbundenen juristischen Risiken ein. In Teil II gebe ich zuerst einen kurzen Überblick über die verschiedenen OSS-Lizenzen, die darin eingeräumten Nutzungsbefugnisse und die mit der Verbreitung der OSS verbundenen Pflichten, aber nur soweit dies für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen notwendig ist<sup>2</sup>. OSS wird oft

im Rahmen einer Software-Entwicklung auf Komponenten-Basis eingesetzt, was deren unbedarften Gebrauch in Unternehmen und Projekten erklärt. Darauf gehe ich kurz in Teil III ein. In Teil IV sind einige Hinweise auf Urteile zu OSS-Lizenzen aufgenommen. Kernstück des Aufsatzes sind die folgenden beiden Teile: Teil V beschreibt die juristischen Risiken beim Einsatz von OSS und Teil VI die verschiedenen Schritte bei der Prüfung der Open Source Compliance. Schliesslich enthält Teil VII ein kurzes Fazit.

## II. OSS-Lizenzen

### 2.1 Typen von OSS-Lizenzen

[Rz 2] Es gibt verschiedene Unterscheidungskriterien für OSS-Lizenzen. Am wichtigsten ist die Unterteilung in OSS-Lizenzen *ohne*, mit *beschränktem* und mit *strengem Copyleft*<sup>3</sup>.

[Rz 3] OSS-Lizenzen mit Copyleft schreiben vor, dass der Lizenznehmer das bearbeitete Programm nur unter der ursprünglichen OSS-Lizenz verbreiten darf. Ändert der Lizenznehmer zum Beispiel eine unter der General Public License Version 2 (GPLv2) stehende OSS, darf er alle Änderungen wiederum nur unter der GPLv2 weiterverbreiten<sup>4</sup>. Die GPLv2 ist daher eine OSS-Lizenz mit strengem Copyleft. Ebenfalls einen *strengen* Copyleft haben z.B. die General Public License Version 3 (GPLv3), die Affero General Public License Version 3 oder die Eclipse Public License.

[Rz 4] OSS-Lizenzen mit einem *beschränkten* Copyleft lassen demgegenüber Ausnahmen zur Lizenzierungspflicht zu. Nicht alle Bearbeitungen müssen daher unter der ursprünglichen OSS-Lizenz lizenziert werden. OSS-Lizenzen mit einem beschränkten Copyleft sind die Mozilla Public License 1.1 und 2.0 (MPL 2.0) oder die GNU Lesser General Public License Version 2.1 (LGPLv2.1) und die Version 3 (LGPLv3).

[Rz 5] *Keinen* Copyleft haben demgegenüber z.B. die BSD License, die MIT License oder die Apache Software License.

[Rz 6] Nicht in diese Unterteilung passt die *Artistic License* (aktuelle Version 2.0): Sie enthält verschiedene Möglichkeiten, um die OSS zu verbreiten, aus denen der Lizenznehmer eine wählen kann.

<sup>1</sup> Vgl. dazu SANGIORGIO DIDIER/MARCLAY CHRISTOPHE, Der IT-Audit aus rechtlicher Sicht, in: JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), IT-Verträge, Bern 2007, passim.

<sup>2</sup> Vgl. für eine ausführliche Darstellung der OSS-Lizenzen FRÖHLICH-BLEULER, Urheber- und vertragsrechtliche Aspekte der Open Source Software, in:

JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), IT-Verträge, Bern 2007, S. 179 ff.; JAEGER TILL/METZGER AXEL, Open Source Software, 3. Aufl., München, 2011, passim; SPINDLER GERALD (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, passim; STRAUB WOLFGANG, Softwareschutz, Zürich etc. 2011, Rz. 638 ff.; WIDMER MIKE J., Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software, Diss., Bern 2003, passim.

<sup>3</sup> Vgl. für weitere Unterscheidungskriterien JAEGER TILL/METZGER AXEL, FN 2, Rz. 24.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Ziffer 6.4.2.4.

## 2.2 Nutzungsbefugnisse in OSS-Lizenzen

[Rz 7] In der OSS-Lizenz räumt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer weitgehende Nutzungsbefugnisse ein, die die folgenden Rechte umfassen:

- das Recht, die OSS zu vervielfältigen;
- das Recht, die OSS zu verbreiten;
- das Recht, die OSS zu ändern und zu bearbeiten;
- das Recht, die OSS zu vermieten oder zu verleihen; bei der GPLv2 ist umstritten, ob sie das Vermietrecht mitumfasst<sup>5</sup> und
- das Recht, die OSS wahrnehmbar zu machen; auch für dieses Recht ist umstritten, ob es in der GPLv2 enthalten ist<sup>6</sup>.

[Rz 8] Nutzt der Lizenznehmer die OSS im Rahmen von Application Service Providing (ASP), so übt er m.E. das Recht zur Wahrnehmbarmachung der OSS aus, sofern der Endnutzer keine Kopie des Programms herstellt<sup>7</sup>. Falls der Lizenznehmer dem Anwender für die Nutzung einen Client überlässt, übt er zudem das Vermietrecht aus<sup>8</sup>. Daher ist ungewiss, ob der Lizenznehmer unter der GPLv2 lizenzierte OSS im ASP nutzen kann.

[Rz 9] Einzelne OSS-Lizenzen räumen dem Lizenznehmer auch explizit ein Gebrauchsrecht ein<sup>9</sup>. Der Nutzer der OSS ist aber bereits aufgrund des gesetzlichen Gebrauchsrechts zur bestimmungsgemässen Nutzung der OSS berechtigt, da das Programmexemplar vom Urheber veräussert wurde und damit Erschöpfung eingetreten ist (Art. 12 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 17 Abs. 1 lit. a URV)<sup>10</sup>.

## 2.3 Pflichten in OSS-Lizenzen

[Rz 10] Alle OSS-Lizenzen sehen Pflichten vor. In der Regel muss der Lizenznehmer sie allerdings erst erfüllen, wenn er das Programm *verbreitet*<sup>11</sup>. Sobald ein Dritter eine Kopie der OSS vom Lizenznehmer erhält oder dieser Dritte eine solche herstellen kann, ist die OSS verbreitet<sup>12</sup>. Dies gilt zum Beispiel, wenn der Lizenznehmer ein Programmexemplar veräussert oder vermietet.

[Rz 11] In der Regel unterscheiden die OSS-Lizenzen zwischen Pflichten bei der Verbreitung der unveränderten und der veränderten OSS. Beim Vertrieb der *unveränderten* OSS muss der Lizenznehmer die folgenden Pflichten beachten:

- Mitlieferung des Lizenztextes der OSS-Lizenz;
- Aufnahme von Urheberrechtsvermerken;
- Aufnahme von Haftungs- und Gewährleistungsausschluss.

[Rz 12] Je nach dem Charakter der OSS-Lizenz können *weitere* Pflichten statuiert werden. Dazu gehören zum Beispiel die folgenden Pflichten:

- Lizenzgebührenverbot;
- Verpflichtung des Lizenznehmers, den Sourcecode zugänglich zu machen, wenn er die OSS verbreitet;
- Verbot, dem Anwender zusätzliche Beschränkungen aufzuerlegen.

[Rz 13] Sofern der Lizenznehmer die *geänderte* OSS verbreitet, können die folgenden Pflichten dazukommen:

- Aufnahme von Änderungsvermerken durch den Bearbeiter der OSS;
- bei OSS-Lizenzen mit Copyleft die Verpflichtung, Änderungen der OSS unter der ursprünglichen OSS-Lizenz zu verbreiten.

[Rz 14] Auf einzelne Pflichten werde ich später eingehen.

## III. Software-Entwicklung auf Komponenten-Basis und Verfügbarkeit der OSS

[Rz 15] Computerprogramme werden zu einem grossen Teil mit vorgegebenen Software-Komponenten entwickelt. Der Entwickler baut vorbestehende Module in das Computerprogramm ein, die bestimmte Funktionen erfüllen. Damit erspart er sich die Programmierarbeit und das Testen des Moduls. Der Programmierer beschafft sich solche Softwareteile oft aus dem Internet. Hier ist ein grosser Fundus von Programmen und Modulen vorhanden, die direkt heruntergeladen werden können. Solche Programme sind OSS, vielfach aber auch proprietäre Programme. Diese proprietären Programme dürfen oft unentgeltlich für nicht kommerzielle Zwecke genutzt werden. Für einen kommerziellen Gebrauch muss der Nutzer eine – oft bescheidene – Lizenzgebühr bezahlen. Ein Software-Entwickler ist in der Lage, diese Programme auf ihre Eignung für den Gebrauchszweck zu prüfen, nicht aber im Hinblick auf die Nutzungsbestimmungen.

## IV. Gerichtsverfahren

[Rz 16] In der Schweiz sind keine Urteile zu OSS-Lizenzen bekannt. Es gibt aber mehrere ausländische Gerichtsurteile,

<sup>5</sup> Vgl. dazu die Verweise bei FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 197 f.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Verweise bei FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 198 ff.

<sup>7</sup> FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 198 ff. mit weiteren Hinweisen; anderer Meinung IMHOF CHRISTIAN M., Der ASP-Vertrag, Diss., Zürich 2008, Rz. 188 und RAUBER GEORG, Computersoftware, in: STREULI-YOUSSEF MAGDA, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, S. 140, die generell davon ausgehen, dass der Lizenznehmer beim ASP das Vermietrecht ausübt.

<sup>8</sup> Vgl. zu den verschiedenen Technologien beim ASP IMHOF, FN 7, Rz. 88 ff.

<sup>9</sup> So. z.B. die BSD oder die MIT License.

<sup>10</sup> Vgl. dazu und insbesondere zur Erschöpfung bei der Übertragung der OSS online FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 188 ff. mit weiteren Hinweisen.

<sup>11</sup> Vgl. dazu aber auch die Ausnahme für die GPLv2 in Ziffer 6.4.1.

<sup>12</sup> JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 46 (für GPLv2).

die OSS-Lizenzen betreffen. In allen Urteilen wurde die Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der OSS-Lizenzen bestätigt.

[Rz 17] In einem Teil der Urteile ging es um Hardwarehersteller, die ihre Produkte mit dem Betriebssystem GNU/Linux vertrieben haben, ohne den Lizenztext mitzuliefern, den Sourcecode zugänglich zu machen oder den vorgeschriebenen Gewährleistungs- und Haftungsausschluss aufzunehmen. Dies wurde jeweils als Urheberrechtsverletzung bzw. Verstoss gegen die GPLv2 taxiert<sup>13</sup>.

[Rz 18] Ein US-amerikanisches Berufungsurteil betraf die Artistic License. Ein Lizenznehmer hatte die entsprechende OSS ohne Urheberrechtsvermerke und ohne Auflistung der Änderungen vertrieben, was das Gericht als Verletzung der Artistic License betrachtete<sup>14</sup>.

[Rz 19] In einem deutschen Verfahren machte der Urheber von OSS gegenüber einem Unternehmen, das die OSS in Verletzung der LGPL vertrieben hatte, verschiedene Ansprüche geltend. In einem Zwischenurteil stellte das Gericht fest, dass der Urheber grundsätzlich berechtigt sei, Schadenersatz gegenüber dem Verletzer der OSS zu verlangen. Die Höhe des Schadenersatzes bestimme sich nach dem Preis für die Lizenz einer proprietären Software (Lizenzanalogie)<sup>15</sup>.

[Rz 20] In einem Urteil des Landgerichtes Berlin ging es um ein Sammelwerk. Es bestand aus proprietären und unter der GPLv2 stehenden Programmen. Ohne Prüfung im Einzelfall ging das Landgericht davon aus, dass der Copyleft-Effekt der OSS auch die proprietären Programme erfasse<sup>16</sup>.

## V. Juristische Risiken

[Rz 21] In diesem Teil gehe ich auf juristische Risiken ein, die mit dem Einsatz der OSS verbunden sind.

### 5.1 Direkte Folgen der Verletzung der OSS-Lizenz

[Rz 22] Einige OSS-Lizenzen bestimmen die Folgen, wenn der Lizenznehmer die OSS-Lizenz nicht einhält. So sieht die GPLv2 z.B. vor, dass die Nutzungsbefugnisse der OSS-Lizenz nur auflösend bedingt eingeräumt werden<sup>17</sup>. Verletzt

der Lizenznehmer die Bestimmungen, fallen die Nutzungsbefugnisse ex nunc dahin. Sobald der Lizenznehmer aber die Bestimmungen der OSS-Lizenz wieder einhält, darf er die Nutzungsbefugnisse wieder ausüben<sup>18</sup>. Für die Lizenznehmer «downstream», die Bearbeitungen der OSS vom Lizenznehmer erhalten haben, gilt die GPLv2 weiterhin, sofern sie selber deren Bestimmungen einhalten<sup>19</sup>.

[Rz 23] M.E. sind auch andere OSS-Lizenzen so auszulegen, dass die Nutzungsbefugnisse nur auflösend bedingt eingeräumt werden. Dies ergibt sich manchmal aus dem Wortlaut<sup>20</sup>, entspricht aber auch der Absicht der Urheber der OSS. Sie streben eine weite Verbreitung der OSS an. Zudem haben sie nicht die Mittel, um Vertragsverletzungen zu verfolgen<sup>21</sup>.

[Rz 24] Die GPLv3 sowie die MPL 2.0 sehen eine differenzierte Lösung vor: Auch hier werden die Nutzungsbefugnisse auflösend bedingt eingeräumt. Sie *leben* allerdings vorläufig wieder *auf*, wenn der Lizenznehmer die OSS-Lizenz erneut einhält und der Urheber die Lizenz aufgrund der Vertragsverletzung nicht kündigt. Definitiv gilt die Lizenz wieder, wenn der Urheber die Verletzung dem Lizenznehmer gegenüber nicht innert 60 Tagen nach der Vertragsverletzung geltend macht<sup>22</sup>.

### 5.2 Internationalität und anwendbares Recht

[Rz 25] OSS-Lizenzen sind Verträge<sup>23</sup>. Oft werden sie in internationalen Verhältnissen geschlossen. Wenn die Parteien nicht im gleichen Land ihren Sitz bzw. Wohnsitz haben, findet für den Vertrag das Recht des Staates Anwendung, wo der Lizenzgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat<sup>24</sup>. Oft untersteht die OSS-Lizenz daher nicht dem Schweizer Recht. Dies ist für den Lizenznehmer mit einigen Unwägbarkeiten verbunden.

[Rz 26] Bei Fragen zu Bestand und Umfang des Urheberrechts und der Nutzungsbefugnisse findet demgegenüber das Recht des Landes Anwendung, wo der Inhaber der

<sup>13</sup> LG München, CR 2004, S. 774 ff.; LG Berlin, CR 2006, S. 735; LG Frankfurt a.M., CR 2006, S. 729 ff.; LG München, CR 2008, S. 57 ff.

<sup>14</sup> Urteil des United States Court of Appeals for the Federal District vom 13. August 2008, <http://www.ca9c.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/08-1001.pdf>.

<sup>15</sup> LG Bochum, Urteil v. 20. Januar 2011, Az. I-8 O 293/09 (<http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/Open-Source/1148-LG-Bochum-Az-I-8-O-29309-Ansprueche-bei-Verletzung-der-LGPL.html>).

<sup>16</sup> LG Berlin, Urteil v. 8. November 2011, 16 O 255/10 (<https://fsfe.org/activities/ftf/lg-urteil-20111118.pdf>); zu Recht kritisiert von KREUTZER TILL, *Firmware, Urheberrecht und GPL*, CR 2012, S. 146 ff.).

<sup>17</sup> Ziffer 4 GPLv2; FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 215 f.; JAEGER TILL/METZGER AXEL, FN 2, Rz.154; STRAUB, FN 2, Rz. 673.

<sup>18</sup> FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 216 f.

<sup>19</sup> Ziffer 4, 3. Satz GPLv2.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. die BSD License: «... provided that the following conditions are met ...» (HOEREN THOMAS, *IT-Recht (Stand Februar 2010)*, S. 350 [[http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/Skript/Skript\\_IT-Recht\\_Februar2010.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/Skript/Skript_IT-Recht_Februar2010.pdf)]).

<sup>21</sup> ARTL CHRISTIAN/BRINKEL GUIDO/VOLKMANN CHRISTIAN, in: SPINDLER GERALD (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, Köln 2004, Rz. 41 zu I. sowie GRÜTZMACHER MALTE, *Open Source Software – BSD Copyright und Apache Software License*, ITRB 2006, S. 109; a.M. JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 101 jeweils für die BSD License.

<sup>22</sup> Ziffer 8 Abs. 2 und 3 GPLv3; Ziffer 5.1 MPL 2.0.

<sup>23</sup> JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 126; SPINDLER GERALD, in: SPINDLER GERALD (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source*, Köln 2004, Rz. 2 ff. zu D.; STRAUB, FN 2, Rz. 664 f.

<sup>24</sup> Art. 122 Abs. 1 IPRG (Vertragsstatut).

Rechte um Schutz des Immaterialgutes nachsucht<sup>25</sup>. Macht der Urheber gegen einen Lizenznehmer mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einen Anspruch aus Immaterialgüterrecht geltend, beurteilt sich dieser nach Schweizer Recht. Wenn der Lizenznehmer aber die OSS über das Internet auch im Ausland anbietet, besteht in der Regel am Erfolgsort der unerlaubten Handlung ein Gerichtsstand<sup>26</sup>. Über diesen Gerichtsstand findet dann das ausländische Recht Anwendung.

### 5.3 Gewährleistungs- und Haftungsausschluss

[Rz 27] Alle OSS-Lizenzen enthalten einen Gewährleistungs- und Haftungsausschluss. Was bedeutet dies, wenn auf die OSS-Lizenz Schweizer Recht angewendet wird? OSS-Lizenzen sind AGB<sup>27</sup>. Daher unterliegen sie der Geltungs- und der Auslegungskontrolle. Auf Lizenzverträge mit Konsumenten findet die Inhaltskontrolle von Art. 8 UWG Anwendung<sup>28</sup>. Selbst wenn der Gewährleistungs- und Haftungsausschluss nicht gültig vereinbart ist, spielt dies für die Urheber aber keine Rolle: Auf die OSS-Lizenzen ist Schenkungsrecht analog anzuwenden<sup>29</sup>. Aus diesem Grund übernimmt der Lizenznehmer keine Sach- oder Rechtsgewährleistung, sofern er dies nicht versprochen hat (Art. 248 Abs. 2 OR). Zudem haftet er nur für absichtlich und grob fahrlässig verursachten Schaden (Art. 248 Abs. 1 OR). Für den Lizenznehmer bedeutet dies aber, dass er sich beim Lizenzgeber in der Regel nicht schadlos halten kann, wenn dieser die Lizenz verletzt.

[Rz 28] Oft erhält der Lizenznehmer die OSS als Teil eines EDV-Systems, das auch proprietäre Software des Lieferanten beinhaltet. Der Lizenzvertrag über die OSS wird zwischen dem Urheber und dem Lizenznehmer abgeschlossen. Der Lieferant ist daher meistens nicht der Lizenzgeber<sup>30</sup>. Für den Lizenznehmer ist wichtig, dass der Lieferant die Gewährleistung und die Haftung auch für die OSS übernimmt. Der Lieferant und der Lizenznehmer sollten daher ausdrücklich vereinbaren, dass der Gewährleistungs- und Haftungsausschluss der OSS-Lizenz keine Anwendung auf den Vertrag mit dem Lieferanten findet.

## 5.4 Urheberrecht

### 5.4.1 Durchsetzung von OSS-Lizenzen durch den Urheber

[Rz 29] Sofern der Lizenznehmer die OSS nicht gemäss den Bestimmungen der OSS-Lizenz gebraucht, fallen die Nutzungsbefugnisse dahin. Der Urheber kann in diesem Fall Ansprüche gemäss Art. 61 ff. URG geltend machen, sofern der Lizenznehmer die OSS über das gesetzliche Gebrauchsrecht hinaus nutzt<sup>31</sup>. Zur Geltendmachung dieser Ansprüche ist aber nur der *Inhaber der Urheberrechte* berechtigt. Das kann ein unabhängiger Programmierer, aber auch ein Unternehmen sein. Wurde die OSS gemeinschaftlich von mehreren Programmierern entwickelt, kann der einzelne Miturheber die Rechtsverletzung selbstständig verfolgen. Er darf aber Leistung nur an alle fordern (Art. 7 Abs. 3 URG). Damit ist der Kreis derjenigen klein, die die OSS-Lizenz durchsetzen können.

### 5.4.2 Ansprüche Dritter

[Rz 30] Es gibt im Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Nutzungsbefugnissen. Der Lizenznehmer erhält daher nur dann die Nutzungsbefugnisse, wenn der Urheber diese auch tatsächlich innehat. Dies gilt für proprietäre Software ebenso wie für OSS.

[Rz 31] Wer Urheber ist, steht meistens im Sourcecode oder in einer separaten Datei der OSS. In der Regel kann sich der Lizenznehmer auf diese Angaben verlassen. Es gilt die Vermutung, dass derjenige, der auf dem Werkexemplar genannt ist, der Urheber ist (Art. 8 Abs. 1 URG).

[Rz 32] Die OSS-Lizenz wird jeweils zwischen dem Urheber (bzw. dem Bearbeiter) als Lizenzgeber auf der einen und dem Anwender als Lizenznehmer auf der anderen Seite abgeschlossen. Der Urheber kann seine Urheberrechte veräussern. Es ist auch denkbar, dass über ihn der Konkurs eröffnet wird; in diesem Fall verliert er aufgrund von Art. 204 Abs. 1 SchKG die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen. Sind die Urheberrechte verwertbar, gehören sie zur Konkursmasse. Weder Verkauf noch Konkurs haben einen Einfluss auf die bereits erfüllten Lizenzverträge über die OSS. Der Urheber ist aber ab dem Zeitpunkt der Veräusserung oder Konkursöffnung nicht mehr befugt, dem Lizenznehmer Nutzungsbefugnisse einzuräumen<sup>32</sup>. Damit sind zwei Risiken verbunden:

- Der ursprüngliche Urheber, der die Urheberrechte veräussert, kann schadenersatzpflichtig werden, wenn er Nutzungsbefugnisse an der OSS einräumt,

<sup>25</sup> Art. 110 Abs. 1 IPRG (Immaterialgüterrechtsstatut); DOSS ANDREA/SCHNYDER ANTON, in: AMSTUTZ MARC et. al. (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Auflage, Zürich 2012, Rz. 5 zu Art. 122 IPRG.

<sup>26</sup> Vgl. für die Schweiz Art. 36 ZPO.

<sup>27</sup> FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 192; STRAUB, FN 2, Rz. 664.

<sup>28</sup> Vgl. dazu KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter 20. Februar 2012, Rz. 105 ff und SCHMID JÖRG, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, S. 1 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen.

<sup>29</sup> FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 223 (mit Hinweis auf abweichende Meinungen); STRAUB, FN 2, Rz. 663.

<sup>30</sup> Vgl. zu dieser Konstellation FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 226 f.

<sup>31</sup> Vgl. zum Gebrauchsrecht Ziffer 2.2.

<sup>32</sup> Vgl. dazu auch die von JAEGER TILL/METZGER AXEL vorgeschlagenen Lösungsansätze, um die beschriebene Rechtsfolge zu vermeiden (JAEGER TILL/METZGER AXEL, FN 2, Rz. 126a ff.).

obwohl er dazu nicht befugt ist<sup>33</sup>. Diesen Punkt sollte ein Unternehmen berücksichtigen, wenn es die Urheberrechte an der OSS verkauft.

- Falls der Lizenznehmer die Nutzungsbefugnisse nicht erhalten hat, kann der Erwerber der Urheberrechte dem Lizenznehmer die Nutzung der OSS verbieten und andere Ansprüche aus Art. 61 ff. URG geltend machen.

## 5.5 Patentrecht

### 5.5.1 Ansprüche Dritter

[Rz 33] Softwaretechnische Erfindungen können unter bestimmten Voraussetzungen patentiert werden<sup>34</sup>. Die Nutzung von OSS kann daher das Patent eines *Dritten* verletzen; in diesem Fall ist er berechtigt, die Ansprüche gemäss Art. 66 ff. PatG gegen den Lizenznehmer geltend zu machen.

### 5.5.2 Einräumung Patentrecht durch Urheber oder Bearbeiter

[Rz 34] Neuere OSS-Lizenzen verpflichten den Urheber und den Bearbeiter der OSS, den Lizenznehmern Patentrechte einzuräumen, soweit dies für die Ausübung der Nutzungsbefugnisse der entsprechenden OSS-Lizenz notwendig ist<sup>35</sup>.

[Rz 35] Problematisch ist dies für Unternehmen, die OSS entwickeln, gleichzeitig aber auch über ein Patentportfolio verfügen. Sie müssen sicherstellen, dass sie nicht aufgrund dieser Klausel verpflichtet werden, Patente aus ihrem Portfolio den Lizenznehmern der OSS zu lizenzieren. Einzelne Technologie-Unternehmen, die OSS entwickeln, planen aus diesem Grund, die OSS-Entwicklung in eine separate Tochtergesellschaft auszugliedern<sup>36</sup>.

## 5.6 Verstoss gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

[Rz 36] Verletzt der Lizenznehmer das UWG, wenn er die Bestimmungen der OSS-Lizenz nicht einhält? Der Lizenznehmer vertreibt z.B. die unter der GPLv2 stehende OSS nur im Objektcode und ohne Hinweis auf die GPLv2. Durch diese Verletzung der GPLv2 kann der Lizenznehmer einen ungeRechtfertigten Wettbewerbsvorsprung erlangen.

[Rz 37] Nicht jede Verletzung einer Rechtsnorm ist allerdings unlauter: Erstens muss sie für die Beurteilung der Wettbewerbshandlung bedeutsam sein. Zweitens hat die Vertragsverletzung das Verhalten des Verletzers insgesamt als

unlauter erscheinen zu lassen<sup>37</sup>. Die Bestimmung zum Copyleft bezweckt die Förderung des Wettbewerbs zwischen den Entwicklern<sup>38</sup>. Da der Verletzer den Sourcecode der OSS nicht offenlegt, erzielt er einen Wettbewerbsvorsprung, der wettbewerbsrechtlich relevant ist. Meistens haben Entwickler zudem nur beschränkte Ressourcen, um einen Verstoss gegen das Urheberrecht zu verfolgen. Dies ist ebenfalls zu berücksichtigen<sup>39</sup>. Unlauter ist das Verhalten des Lizenznehmers allerdings nur, wenn der Lizenznehmer systematisch und planmässig die Bestimmungen der Lizenz verletzt<sup>40</sup>. Sofern ein Lizenznehmer die OSS-Lizenz nur fahrlässig nicht einhält, verstösst er daher nicht gegen das UWG.

## VI. Vorgehen

[Rz 38] In diesem Teil stelle ich praktische Aspekte der Prüfung der Open Source Compliance dar. Die Ausführungen folgen dem Ablauf einer Prüfung.

### 6.1 Lizenz bestimmen

[Rz 39] In einem ersten Schritt ist die OSS-Lizenz zu bestimmen. Oft nehmen die Programmierer den Hinweis auf die Lizenz oder den Lizenztext insgesamt am Ende des Files mit dem Sourcecode auf. Daher sollte ein Software-Techniker den Lizenztext suchen. Auf seiner Homepage nennt der Entwickler in der Regel die OSS-Lizenz, unter der er sein Programm lizenziert. Diese Information deckt sich aber manchmal nicht mit der Angabe im Sourcecode der OSS.

### 6.2 Lizenztext prüfen

[Rz 40] Zur Prüfung der OSS-Lizenz gehört auch die Kontrolle des Lizenztextes. Dabei ist auf zwei Punkte zu achten:

- OSS-Lizenzen beinhalten manchmal zusätzliche Klauseln, die dem Lizenztext angefügt werden. Die Entwickler verwenden z.B. die «Classpath Exception» zusammen mit der GPL. Die Ausnahmeklausel besagt, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Copyleft-Effekt nicht auf ein separates Programm übergreift, das zusammen mit der OSS vertrieben wird. Mit der Classpath Exception wird daher der Copyleft aufgehoben<sup>41</sup>.
- Bei der Prüfung stösst man immer wieder auf Lizenzen, die nicht zum «Kanon» der OSS-Lizenzen gehören oder nicht vollständig mit einer dazugehörigen Lizenz übereinstimmen. Manchmal hat die Lizenz nur einen

<sup>33</sup> JAEGER TILL/METZGER AXEL, FN 2, Rz. 126c.

<sup>34</sup> Vgl. dazu STRAUB, FN 2, Rz. 432 ff.

<sup>35</sup> Vgl. z.B. Ziffer 3 Apache License 2.0; Ziffer 11 GPLv3 oder Ziffer 2.1 lit. b i.V.m. Ziffer 1.11 MPL 2.0.

<sup>36</sup> <http://www.ifross.org/artikel/qualcomm-konzernumbau-wegen-einflusses-open-source-patentportfolio>.

<sup>37</sup> BAUDENBACHER CARL, Lauterkeitsrecht: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, Rz. 305 zu Art. 2.

<sup>38</sup> JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 340.

<sup>39</sup> BAUDENBACHER, FN 36, Rz. 312 f. zu Art. 2.

<sup>40</sup> BAUDENBACHER, FN 36, Rz. 316 zu Art. 2.

<sup>41</sup> <http://www.gnu.org/software/classpath/faq/faq.html>.

anderen Namen. Häufig lehnt sich eine abweichende Lizenz aber stark an eine bekannte OSS-Lizenz an. Dies lässt sich durch den Vergleich des Textes der beiden Lizenzen erkennen.

[Rz 41] Eine gute Sammlung von Lizenztexten beinhaltet die Homepage der Open Source Initiative<sup>42</sup>.

### 6.3 Umfang der Nutzungsbefugnisse bestimmen

[Rz 42] In einem weiteren Schritt muss der Lizenznehmer sicherstellen, dass er alle für den Gebrauch oder den Vertrieb der OSS notwendigen Nutzungsbefugnisse mit der OSS-Lizenz erhält. Alle OSS-Lizenzen räumen dem Lizenznehmer weitgehende Nutzungsbefugnisse ein<sup>43</sup>, so dass dieser Punkt oft unproblematisch ist.

[Rz 43] Allerdings ist bei der GPLv2 umstritten, ob der Lizenzgeber dem Lizenznehmer das Recht zur Vermietung bzw. zur Wahrnehmbarmachung der OSS einräumen kann und darf<sup>44</sup>. Dies ist immer dann wichtig, wenn der Lizenznehmer die OSS im Rahmen von ASP nutzen will.

[Rz 44] In Verträgen sieht man immer wieder, dass der Lizenznehmer die OSS seinen Abnehmern sublizenziiert. Dies ist nicht möglich: Die Nutzungsbefugnisse werden meistens direkt vom Urheber jedem Lizenznehmer eingeräumt<sup>45</sup>. Zudem kann der Lizenznehmer seinen Abnehmern keine ausschliesslichen Nutzungsbefugnisse zusichern.

### 6.4 Pflichten je nach Einsatzbereich bestimmen

[Rz 45] Je nach dem Einsatzbereich der OSS verläuft die Prüfung der Open Source Compliance unterschiedlich. Im Folgenden unterscheide ich zwischen internem Einsatz der OSS im Unternehmen, dem Vertrieb der OSS und dem konzernweiten Einsatz der OSS.

#### 6.4.1 Bei internem Einsatz

[Rz 46] Oft setzt ein Lizenznehmer die OSS nur intern in seinem Unternehmen ein. Z.B. bearbeitet er die OSS zuerst im Sourcecode. Darauf installiert er die bearbeitete Version im Objektcode auf verschiedenen Arbeitsplätzen.

[Rz 47] In der Regel ist der Einsatz der OSS innerhalb des Unternehmens unproblematisch, da die meisten OSS-Lizenzen *Pflichten* erst an die Verbreitung der OSS knüpfen. Und eine Verbreitung liegt nur vor, wenn ein Dritter eine Kopie der OSS erhält oder eine solche herstellen kann<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> <http://opensource.org/>.

<sup>43</sup> Vgl. Ziffer 2.2.

<sup>44</sup> Vgl. Ziffer 2.2.

<sup>45</sup> FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 190; STRAUB, FN 2, Rz. 674.

<sup>46</sup> Vgl. Ziffer 2.3.

[Rz 48] Von dieser Regel gibt es aber Ausnahmen:

- Bei der GPLv2 knüpfen die Pflichten nicht nur an die Verbreitung der OSS, sondern auch an deren *Veröffentlichung*<sup>47</sup>. Dafür muss die OSS ausserhalb eines Kreises von Personen, die eng miteinander verbunden sind, erst einer grösseren Anzahl von Personen zugänglich gemacht werden (Art. 9 Abs. 3 URG). Entscheidend ist die Anzahl der Personen; ist der Personenkreis gross, verliert der Urheber die Kontrolle über die OSS<sup>48</sup>. Mehr als der Zugang zum Programm ist nicht nötig, da diese Personen nur die Möglichkeit haben müssen, von der OSS Kenntnis zu nehmen<sup>49</sup>. Aus diesem Grund ist die OSS veröffentlicht, wenn sie in einem grösseren Unternehmen eingesetzt und dadurch den Mitarbeitern zugänglich gemacht wird<sup>50</sup>. Keine Veröffentlichung liegt demgegenüber vor, wenn die OSS den (kleinen) Entwicklerkreis nicht verlässt oder für den Testbetrieb in einem Unternehmen eingesetzt wird und die Testpersonen auf die Geheimhaltung hingewiesen wurden<sup>51</sup>. Veröffentlicht der Lizenznehmer die OSS, muss er die in Ziffer 6.4.2 aufgeführten Pflichten einhalten.
- Kein Copyleft-Effekt wird bei der GPLv3 ausgelöst, wenn der Lizenznehmer die OSS an einen Outsourcer oder an einen IT-Dienstleister zur Bearbeitung übergibt. Vorausgesetzt ist aber, dass der Outsourcer die OSS nur für den Lizenznehmer betreibt bzw. der IT-Dienstleister sie nur für den Lizenznehmer bearbeitet. Dazu müssen sich Outsourcer und IT-Dienstleister zudem vertraglich verpflichten<sup>52</sup>. M.E. gilt diese Ausnahme nicht für die GPLv2, da dort eine entsprechende Bestimmung im Lizenztext fehlt<sup>53</sup>.

#### 6.4.2 Bei Verbreitung der OSS

##### 6.4.2.1 Generelle Pflichten

[Rz 49] Bei allen OSS-Lizenzen muss der Lizenznehmer Pflichten beachten, wenn er die OSS verbreitet. Je nach Art der OSS-Lizenz sind sie verschieden. Unproblematisch sind die Aufnahme des Haftungs- und des

<sup>47</sup> Ziffer 2 lit. b GPLv2.

<sup>48</sup> NEFF EMIL F./ARN MATTHIAS, Urheberrechtlicher Schutz der Software, in: BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht, Bd. II/2, Basel usw. 1998, S. 210 f.

<sup>49</sup> NEFF/ARN, FN 47, S. 211.

<sup>50</sup> WIDMER, FN 2, S. 143; WIDMER URSULA, Gutachten betreffend Rechtsfragen bei Beschaffung und Einsatz offener Software in der Schweizerischen Bundesverwaltung (Projekt OPUS) vom 21. November 2003, <http://www.widmerpartners-lawyers.ch/NR/rdonlyres/DE159073-B64A-4331-8B2B-E0732B81E423/0/GutachtenOSS.pdf>, S. 67.

<sup>51</sup> NEFF/ARN, FN 47, S. 211.

<sup>52</sup> Ziffer 2 Abs. 2 GPLv3.

<sup>53</sup> A.M. aber JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 46 sowie STRAUB WOLFGANG, Informatikrecht, Zürich etc. 2004, S. 197.

Gewährleistungsausschlusses oder der Urheberrechtsvermerke sowie die Mitlieferung des Lizenztextes<sup>54</sup>. Immerhin muss der Lizenznehmer aber sicherstellen, dass er diese Pflichten beim Vertrieb der OSS auch tatsächlich einhält<sup>55</sup>.

#### 6.4.2.2 Verbot, Lizenzgebühren zu erheben

[Rz 50] Einzelne OSS-Lizenzen verbieten dem Lizenznehmer, Gebühren für die Nutzung der OSS zu erheben<sup>56</sup>. Dieses Verbot gilt nur für die Nutzung der OSS. Daher kann der Lizenznehmer für die Überlassung eines Programmexemplars der OSS eine Gebühr verlangen.

#### 6.4.2.3 Zugänglichmachen des Sourcecodes

[Rz 51] Um die OSS zu ändern oder Fehler zu beheben, braucht der Lizenznehmer den Sourcecode. OSS-Lizenzen mit Copyleft verlangen daher, dass der Lizenznehmer den Sourcecode zugänglich macht, wenn er die OSS nur im Objektcode verbreitet. Die GPLv3<sup>57</sup> und die MPL 2.0<sup>58</sup> räumen diesen Anspruch dem Besitzer bzw. dem Empfänger des Objektcodes ein und nicht jedem Dritten wie die GPLv2<sup>59</sup>. Den Anspruch auf die Lieferung des Sourcecodes kann der Lizenznehmer aber vermeiden, wenn er die OSS nicht nur im Objekt-, sondern gleichzeitig auch im Sourcecode übergibt.

#### 6.4.2.4 Auswirkungen Copyleft auf Drittprogramme

[Rz 52] Wie oben bereits ausgeführt, gibt es OSS-Lizenzen mit einem strengen und solche mit einem beschränkten Copyleft<sup>60</sup>. In der Regel will der Lizenznehmer verhindern, dass ein von ihm zusammen mit der OSS vertriebenes Programm vom Copyleft der OSS-Lizenz erfasst wird.

##### 6.4.2.4.1 OSS-Lizenzen mit beschränktem Copyleft

[Rz 53] Der beschränkte Copyleft ist unterschiedlich ausgestaltet. Hier gehe ich auf die Bestimmungen bei der MPL 2.0 und der LGPLv2 ein.

[Rz 54] Die *MPL 2.0* verfügt über einen beschränkten Copyleft. Der Lizenznehmer kann die OSS zusammen mit einem Drittprogramm verbreiten, ohne dass der Copyleft auf das Drittprogramm übergreift. Dafür muss er erstens die OSS unter der MPL und zweitens die OSS und das Drittprogramm in separaten Dateien weitergeben<sup>61</sup>. Der Copyleft-Effekt lässt sich daher relativ einfach kontrollieren.

[Rz 55] Auch die *LGPL* hat einen beschränkten Copyleft-Effekt. Sie wurde für Software-Bibliotheken<sup>62</sup> geschrieben, die

zusammen mit Anwendungsprogrammen lizenziert werden. Hier gehe ich auf die Version 2.1 (LGPLv2) ein. Eigentliche Bearbeitungen der Software-Bibliothek als OSS müssen wiederum unter der LGPLv2 verbreitet werden<sup>63</sup>. Sofern der Lizenznehmer aber gewisse Voraussetzungen einhält<sup>64</sup>, kann er ein Anwendungsprogramm zusammen mit der unter der LGPLv2 stehenden Software-Bibliothek verbreiten, ohne dass das Anwendungsprogramm vom Copyleft der LGPLv2 erfasst wird. Diese Voraussetzungen sind komplex; sie bezwecken, es dem Empfänger der Software-Bibliothek zu ermöglichen, diese anzupassen und weiterhin gleichzeitig das Anwendungsprogramm zu nutzen<sup>65</sup>. Ob der Copyleft auf ein Anwendungsprogramm übergreift, setzt bei der LGPLv2 daher eine genaue Abklärung im Einzelfall voraus.

##### 6.4.2.4.2 OSS-Lizenzen mit strengen Copyleft

[Rz 56] Die GPLv2 und die GPLv3 beinhalten einen strengen Copyleft. Der Copyleft-Effekt tritt bei diesen Lizenzen ein, wenn zwei Voraussetzungen vorliegen: Erstens bearbeitet der Lizenznehmer die OSS oder er verbindet sie mit einem Drittprogramm. Zweitens verbreitet oder – bei der GPLv2 – veröffentlicht er zudem die bearbeitete OSS bzw. das verbundene Drittprogramm<sup>66</sup>.

[Rz 57] Sofern der Lizenznehmer die ursprüngliche OSS *bearbeitet* und *ändert*, entsteht ein Werk zweiter Hand im Sinne von Art. 3 Abs. 1 URG. Falls der Lizenznehmer darauf die bearbeitete OSS verbreitet, tritt der Copyleft-Effekt ein, und der Lizenznehmer muss die Bearbeitung unter der GPL lizenzieren. Dieser Fall ist meistens unproblematisch.

[Rz 58] Der Copyleft-Effekt tritt aber auch ein, wenn der Lizenznehmer die OSS mit einem Drittprogramm *verbindet* und dieses damit nicht mehr als eigenständiges Programm verbreitet<sup>67</sup>. Das Drittprogramm ist zwar ein urheberrechtlich eigenständiges Programm, funktional aber mit der OSS verbunden. Mit dem weiten Copyleft soll sichergestellt werden, dass erstens der Empfänger der OSS weiss, welche Teile der Software unter der OSS-Lizenz stehen. Daher wird z.B. das Drittprogramm vom Copyleft erfasst, wenn es im gleichen Executable gespeichert ist wie die OSS. Zweitens erhält der Empfänger der OSS Gewähr dafür, dass er alle Teile der Software erhält, die für die Nutzung, Bearbeitung und Installation der OSS nötig sind. Wird z.B. das Drittprogramm statisch mit der OSS verlinkt, so greift der Copyleft-Effekt auf

<sup>54</sup> Vgl. Ziffer 2.3.

<sup>55</sup> Vgl. Ziffer 6.5.

<sup>56</sup> Vgl. z.B. Ziffer 2 lit. b GPLv2

<sup>57</sup> Ziffer 6 Abs. 1 lit. b GPLv3.

<sup>58</sup> Ziffer 3.2 lit a MPL 2.0.

<sup>59</sup> Ziffer 3 lit. b GPLv2.

<sup>60</sup> Vgl. die Aufzählung in Ziffer 2.1.

<sup>61</sup> Ziffer 1.7 i.V.m. Ziffer 3.3 MPL 2.0.

<sup>62</sup> Software-Bibliotheken sind eine Sammlung von Unterprogrammen, die bestimmte Aufgaben für die installierten Anwendungsprogramme

ausführen.

<sup>63</sup> Ziffer 2 Abs. 1 lit. c LGPLv2.

<sup>64</sup> Vgl. dazu Ziffer 6 LGPLv2.

<sup>65</sup> JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 97.

<sup>66</sup> Vgl. Ziffer 6.4.1. Zum Copyleft eingehend FABIAN SCHÄFER, Der virale Effekt: Entwicklungsrisiken im Umfeld von Open Source Software, Karlsruhe 2007, passim, sowie JAEGER/METZGER, FN 2, Rz. 45 ff. und STRAUB, FN 2, Rz. 704 ff.

<sup>67</sup> Ziffer 2 Abs. 2 GPLv2; Ziffer 5 Abs. 1 lit. c GPLv3.



das Drittprogramm über<sup>68</sup>. Vom Copyleft erfasst werden auch die Programme, die für die Installation oder eine Änderung der verbundenen OSS notwendig sind. Abgesehen von klaren Fällen lässt sich bestenfalls im Einzelfall bestimmen, ob ein Drittprogramm vom Copyleft der OSS erfasst wird. Der Lizenznehmer verzichtet daher in der Regel auf den Einsatz von OSS, die unter der GPL steht, wenn diese zusammen mit Drittprogrammen vertrieben wird, die unter einer anderen Lizenz stehen.

[Rz 59] Eine weitere Schwierigkeit sind *Inkompatibilitäten*. Beinhalten zwei OSS-Lizenzen eine Copyleft-Klausel und sehen sie daher vor, dass Bearbeitungen nur unter ihren jeweiligen Bestimmungen vertrieben werden dürfen, sind die zwei Lizenzen nicht kompatibel. Zwei Programme, die unter diesen OSS-Lizenzen stehen, können nicht kombiniert und in ein Programm zusammengeführt werden. Einzelne OSS-Lizenzen enthalten daher Kompatibilitätsklauseln, auf die ich in Ziffer 6.6.3 eingehe.

#### 6.4.3 Konzerninterner Einsatz

[Rz 60] Gibt der Lizenznehmer die OSS innerhalb eines Konzerns weiter, so gilt dies als Verbreitungshandlung<sup>69</sup>. Die Verbreitung löst die Pflichten der OSS-Lizenz aus. Daher gelten die Ausführungen in Ziffer 6.4.2 auch für diesen Fall.

### 6.5 Erfüllung der Pflichten der OSS-Lizenz sicherstellen

[Rz 61] Verbreitet der Lizenznehmer die OSS, muss er die Pflichten der OSS-Lizenz erfüllen. Dies kann einigen Aufwand verursachen. So muss z.B. der Lizenznehmer gemäss der GPLv2 den Lizenztext mit jedem Exemplar der OSS mitliefern<sup>70</sup>. Der Verweis auf eine Internetadresse genügt nicht. In der Regel ist der Lizenztext im Sourcecode gespeichert. Sofern die OSS aber als Firmware in der Hardware integriert ist, muss der Lizenznehmer den Lizenztext als Hardcopy mitliefern, falls er nicht auch gleich den Sourcecode mitgibt.

### 6.6 Ausweichmöglichkeiten prüfen

[Rz 62] Compliance-Verstösse ergeben sich meistens bei OSS-Lizenzen mit Copyleft. Einige Verstösse gegen die OSS-Lizenz lassen sich allerdings durch eine der folgenden Massnahmen vermeiden:

#### 6.6.1 Übergangsbestimmungen anwenden

[Rz 63] Der Urheber als Lizenzgeber bestimmt im Lizenztext der GPL, ob und wie von einer älteren auf eine neue Version

der GPL gewechselt wird<sup>71</sup>. Interessant ist der Wechsel von der GPLv2 zur GPLv3, wenn z.B. der Lizenznehmer sicherstellen will, dass er die OSS auch im ASP betreiben darf. Meistens erklärt der Lizenzgeber in der GPLv2 die aktuelle Version der GPL oder jede spätere Version für anwendbar («Version 2 or any later»). In diesem Fall kann der Lizenznehmer zwischen der GPLv2 und der GPLv3 (oder einer späteren Version) wählen und damit die OSS unter der GPLv3 nutzen<sup>72</sup>.

#### 6.6.2 Ausnahmeklauseln beachten

[Rz 64] Die Urheber der OSS fügen dem Text der GPL manchmal Klauseln an, die Ausnahmen vom Copyleft vorsehen. Eine solche ist die oben in Ziffer 6.2 erwähnte Classpath Exception.

#### 6.6.3 Kompatibilitätsklauseln anwenden

[Rz 65] Wie unter Ziffer 6.4.2.4.2 ausgeführt, sind OSS-Lizenzen zum Teil untereinander nicht kompatibel. Um die Inkompatibilität zu umgehen, beinhalten neuere OSS-Lizenzen besondere Bestimmungen. Sie stellen sicher, dass ein Programm auch zusammen mit OSS verbreitet werden kann, die unter einer anderen OSS-Lizenz mit Copyleft steht.

[Rz 66] Kompatibilitätsklauseln beinhalten beispielsweise die MPL 2.0<sup>73</sup> oder die GPLv3<sup>74</sup>. So kann der Lizenznehmer gemäss GPLv3 eine besondere Klausel<sup>75</sup> aufnehmen, mit der er die Inkompatibilität zwischen der GPL und der Apache 2.0 beseitigt. Zwar bleibt die GPLv2 mit der Apache 2.0 inkompatibel, aufgrund der Übergangsbestimmungen kann der Lizenznehmer aber für die Nutzung der OSS die GPLv3 wählen und darauf Kompatibilität mit der Apache License 2.0 herstellen.

#### 6.6.4 Einverständnis des Urhebers einholen

[Rz 67] Als weitere Alternative kann sich der Lizenznehmer mit dem Lizenzgeber auf eine Änderung der OSS-Lizenz einigen. Es gibt immer wieder Programmentwickler, die Lizenznehmer dazu auf ihrer Homepage ermuntern<sup>76</sup>. Praktikabel ist dieses Vorgehen aber einzig, wenn der Lizenznehmer eine entsprechende Vereinbarung mit nur wenigen Urhebern und Bearbeitern abschliessen muss.

#### 6.6.5 Copyleft umgehen

[Rz 68] Es gibt Strategien, um den Copyleft-Effekt zu

<sup>68</sup> Vgl. dazu FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 210 ff.

<sup>69</sup> JAEGER/METZGER, FN 3, Rz. 46 (für die GPLv2).

<sup>70</sup> Ziffer 1 Abs. 1 GPLv2.

<sup>71</sup> Vgl. z.B. Ziffer 9 Abs. 2 GPLv2; vgl. dazu OLAF KOGLIN, Die Nutzung von Open Source Software unter neuen GPL-Versionen nach der «any later version»-Klausel, CR 2008, S. 137 ff.

<sup>72</sup> Vgl. dazu Ziffer 9 Abs. 2, 2. Satz GPLv2.

<sup>73</sup> Ziffer 3.3 MPL 2.0.

<sup>74</sup> Ziffer 7 Abs. 3 GPLv3.

<sup>75</sup> Ziffer 7 Abs. 3 lit. f GPLv3.

<sup>76</sup> Siehe dazu auch Ziffer 10 GPLv2.

umgehen. So kann der Lizenznehmer z.B. die OSS erst beim Endnutzer mit einem Drittprogramm verbinden, um den Copyleft-Effekt nicht über die Verbreitungshandlung auszulösen<sup>77</sup>.

#### 6.6.6 Source- mit Objektcode mitliefern

[Rz 69] Wie in Ziffer 6.4.2.3 ausgeführt, sehen OSS-Lizenzen oft vor, dass der Empfänger des Objektcodes oder ein Dritter nachträglich den Sourcecode der OSS verlangen kann, wenn der Lizenznehmer die OSS nur im Objektcode verbreitet. In diesem Fall muss der Lizenznehmer daher in der Lage sein, die richtige Version des Sourcecodes auszuliefern. Dies setzt ein sorgfältiges Release Management voraus. Die mangelhafte Erfüllung dieser Pflicht ist die am häufigsten beanstandete Nichterfüllung der GPL<sup>78</sup>. Dieses Problem lässt sich einfach lösen, wenn der Lizenznehmer die OSS nicht nur im Objekt-, sondern gleichzeitig auch im Sourcecode ausliefert. Dadurch vermeidet er die Entstehung des Anspruchs auf Lieferung des Sourcecodes.

### 6.7 OSS-Einsatz-Strategie und Release Management

[Rz 70] Rechtssicherheit im Umgang mit OSS kann der Lizenznehmer nur schaffen, wenn er eine *Strategie* entwickelt und darin bestimmt, wie und unter welchen Voraussetzungen er OSS in seinem Unternehmen einsetzt oder OSS vertreibt. Die entsprechenden Weisungen müssen zusammen mit der IT-Abteilung und dem für den Einkauf von Software Verantwortlichen erstellt werden. In der Weisung wird festgelegt, welche OSS-Lizenzen für welche Geschäftsfelder und Zwecke zugelassen und wie die Pflichten der OSS-Lizenz erfüllt werden. Dazu gehört auch zu bestimmen, wann die Rechtsabteilung für die weitere Beurteilung einer OSS-Lizenz beigezogen werden muss.

[Rz 71] Zweites zentrales Instrument bei der Nutzung von OSS in Unternehmen ist die Einrichtung eines *Releases Managements*. Dieses ist nicht nur aus technischer Sicht für die Verwaltung der verschiedenen Versionen wichtig. Wenn der Lizenznehmer die OSS vertreibt, muss er sicherstellen, dass er seinen Kunden die Pflichten der OSS-Lizenz weitergibt und die Nutzungsbefugnisse im erlaubten Umfang einräumt. Dies ist aber nur möglich, wenn der Lizenznehmer für jedes seiner Produkte weiss, welche OSS es enthält und welche Lizenz darauf Anwendung findet – wie dies ja auch für proprietäre Software gilt.

## VII. Fazit

[Rz 72] Das OSS-Lizenzmodell hat sich in der Praxis durchgesetzt. Die OSS-Lizenzen und die dem Lizenznehmer auferlegten Pflichten sind allerdings sehr verschieden. Zur Auswahl der geeigneten OSS gehört eine Prüfung der dazugehörigen OSS-Lizenz. Die IT-Praxis hat bisher allerdings noch kein Problembewusstsein für die juristischen Risiken beim Einsatz von OSS entwickelt. Dieses lässt sich in einem Unternehmen am einfachsten schaffen, wenn es eine Strategie für den Einsatz von OSS entwirft und diese auch in Kraft gesetzt wird.

---

Gianni Fröhlich-Bleuler ist als Rechtsanwalt in Zürich tätig.

---

\* \* \*

---

<sup>77</sup> Vgl. für weitere solche Strategien FRÖHLICH-BLEULER, FN 2, S. 213 ff. (mit Verweis auf NIMMER RAYMOND T., *Coexisting with Free and Open Source Software*, CRI 2006, S. 129 ff.) sowie STRAUB, FN 2, S. 278 f.

<sup>78</sup> KUHN BRADLEY M./WILLIAMSON AARON/SANDLER KAREN M., *A Practical Guide to GPL Compliance*, <http://www.softwarefreedom.org/resources/2008/compliance-guide.html>, S. 4.