



# **Open Source Beziehungen – Urheberschaft / Schenkung oder gesellschaftsrechtlicher Ansatz**

Diplomarbeit an der Universität Paderborn

Stefan Werth

## **C-LAB Report**

Vol. 2 (2003) No. 5

Cooperative Computing & Communication Laboratory

**ISSN 1619-7879**

C-LAB ist eine Kooperation  
der Universität Paderborn und der Siemens Business Services GmbH & Co OHG  
[www.c-lab.de](http://www.c-lab.de)  
[info@c-lab.de](mailto:info@c-lab.de)

## **C-LAB Report**

Herausgegeben von  
Published by

Dr. Wolfgang Kern, Siemens Business Services GmbH & Co OHG  
Prof. Dr. Franz-Josef Rammig, Universität Paderborn

Das C-LAB - Cooperative Computing & Communication Laboratory - leistet Forschungs- und Entwicklungsarbeiten und gewährleistet deren Transfer an den Markt. Es wurde 1985 von den Partnern Nixdorf Computer AG (nun Siemens Business Services GmbH & Co OHG) und der Universität Paderborn im Einvernehmen mit dem Land Nordrhein-Westfalen gegründet.

Die Vision, die dem C-LAB zugrunde liegt, geht davon aus, dass die gewaltigen Herausforderungen beim Übergang in die kommende Informationsgesellschaft nur durch globale Kooperation und in tiefer Verzahnung von Theorie und Praxis gelöst werden können. Im C-LAB arbeiten deshalb Mitarbeiter von Hochschule und Industrie unter einem Dach in einer gemeinsamen Organisation an gemeinsamen Projekten mit internationalen Partnern eng zusammen.

C-LAB - the Cooperative Computing & Cooperation Laboratory - works in the area of research and development and safeguards its transfer into the market. It was founded in 1985 by Nixdorf Computer AG (now Siemens Business Services GmbH & Co OHG) and the University of Paderborn under the auspices of the State of North-Rhine Westphalia.

C-LAB's vision is based on the fundamental premise that the gargantuan challenges thrown up by the transition to a future information society can only be met through global cooperation and deep interworking of theory and practice. This is why, under one roof, staff from the university and from industry cooperate closely on joint projects within a common research and development organization together with international partners. In doing so, C-LAB concentrates on those innovative subject areas in which cooperation is expected to bear particular fruit for the partners and their general well-being.

**ISSN 1619-7879**

C-LAB  
Fürstenallee 11  
33102 Paderborn  
fon: +49 5251 60 60 60  
fax: +49 5251 60 60 66  
email: [info@c-lab.de](mailto:info@c-lab.de)  
Internet: [www.c-lab.de](http://www.c-lab.de)

© Siemens Business Services GmbH & Co. OHG und Universität Paderborn 2003  
Alle Rechte sind vorbehalten.

Insbesondere ist die Übernahme in maschinenlesbare Form sowie das Speichern in Informationssystemen, auch auszugsweise nur mit schriftlicher Genehmigung der Siemens Business Services GmbH & Co. OHG und der Universität Paderborn gestattet.  
All rights reserved.

In particular transfer of data into machine readable form as well as storage into information systems, (even extracts) is only permitted prior to written consent by Siemens Business Services GmbH & Co. OHG and Universität Paderborn.



**Universität Paderborn**

Fakultät für Wirtschaftswissenschaften

Bereich Wirtschaftsrecht

## **Diplomarbeit**

### **Open Source Beziehungen – Urheberschaft / Schenkung oder gesellschaftsrechtlicher Ansatz**

vorgelegt von

Stefan Werth

zur Erlangung des akademischen Grades

Diplom-Kaufmann

vorgelegt bei

Prof. Dr. Dirk Barton

Paderborn, 30.08.2003

○ \_\_\_\_\_|

Anschrift:      Stefan Werth  
                    Dahler Heide 35  
                    33100 Paderborn

○ \_\_\_\_\_|

○ \_\_\_\_\_|

Email:            [werthan@gmx.de](mailto:werthan@gmx.de)

○ \_\_\_\_\_|

○ \_\_\_\_\_|



## Vorwort

Diese Diplomarbeit ist begleitend zum Projekt „NOW - Nutzung des Open Source-Konzepts in Wirtschaft und Industrie“ im *Cooperative Computing & Communication Laboratory (C-Lab) Paderborn* entstanden, einer Kooperation der *Siemens Business Service (SBS) GmbH & Co. OHG* und der *Universität Paderborn*.

Ich möchte mich vorab für den herzlichen Empfang und seine stetigen Anregungen bei dem überaus sympathischen Team des C-Lab bedanken, das mich in den letzten vier Monaten bei sich aufnahm.

Besonderer Dank gilt der Projektleitung im C-Lab Frau Dr. Heidi Hohensohn und Frau Jiayin Hang und meinem betreuenden Professor an der Universität Paderborn Herrn Prof. Dr. Dirk Michael Barton, die mir stets hilfsbereit zur Seite standen und immerwährend ein offenes Ohr für rechtliche Fragen und Diskussionen hatten. Ohne die einwandfreie Zusammenarbeit wäre die Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Dankeschön.

Stefan Werth

Paderborn, den 30. August 2003

## Inhaltsverzeichnis

<b>VORWORT</b> .....	<b>IV</b>
<b>ABBILDUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>VIII</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS</b> .....	<b>IX</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>XIII</b>
<b>1 EINFÜHRUNG</b> .....	<b>1</b>
1.1 Überblick .....	1
1.2 Struktur .....	2
1.3 Von Free Software zu Open Source - Schulterschluss zweier Ideologien .....	4
1.4 “Copyright”, “Copyleft” und “Non-Copyleft” .....	8
1.5 Abgrenzung zu anderen Softwaretypen .....	9
1.5.1 Freeware .....	9
1.5.2 Public Domain Software.....	10
1.5.3 Shareware .....	11
1.5.4 Shared Source Software.....	11
<b>2 PROBLEMSTRUKTUREN AUS EINEM GENERISCHEN MODELL VON OPEN SOURCE BEZIEHUNGEN</b> .....	<b>14</b>
2.1 Das generische Modell.....	14
2.2 Die Prozess-Beteiligten .....	15
2.2.1 OSS Entwickler .....	15
2.2.2 Distributoren .....	16
2.2.3 Soft- und Hardwareanbieter.....	16
2.2.4 Integrationshäuser.....	17
2.2.5 OSS Nutzer .....	17
2.3 Problemstrukturen und Fragestellungen aus den Open Source Beziehungen .....	18
2.3.1 Aufriss von Problemstrukturen.....	18
2.3.2 Fragestellungen aus dem Beziehungsgeflecht.....	20

<b>3</b>	<b>RECHTLICHE EINORDNUNG VON OPEN SOURCE SOFTWARE .....</b>	<b>25</b>
3.1	Geltungsraum Bundesrepublik Deutschland.....	25
3.2	Allgemein geltende Normen.....	25
3.2.1	Haftung und Gewährleistung.....	26
3.2.2	Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB).....	29
3.2.3	Open Source Software Lizenz .....	32
3.3	Konflikt- und Ergänzungspotential zwischen AGB und OS-Lizenzen am Beispiel der GPL .....	35
3.3.1	Das Zustandekommen des OS-Lizenzvertrags.....	36
3.3.2	Problemfall „Schutzhüllen“- und „Enter“-Verträge .....	38
3.3.3	Problemfall „unrechtmäßige Weitergabe“ der OSS durch fehlende GPL.....	39
3.3.4	Die Sprachenfrage .....	41
3.3.5	Die Inhaltskontrolle .....	42
3.4	Urheberschaft von OSS.....	44
3.4.1	Rechte und Pflichten des Urhebers nach dem UrhG .....	45
3.4.2	Die Urheberschaft.....	49
3.5	Gesellschaftsrechtlicher Ansatz bei OSS.....	54
3.5.1	Überblick .....	54
3.5.2	Der Ansatz nach Sester.....	56
3.5.3	Die Sichtweise von Jaeger und Metzger.....	57
3.5.4	Die Kritik Schiffners .....	58
3.6	Schenkung von OSS.....	60
3.6.1	Überblick .....	60
3.6.2	Die Position von Sester.....	63
3.6.3	Der Ansatz von Jaeger und Metzger.....	64
3.6.4	Die Einordnung nach Schiffner .....	65
3.6.5	Die Position von Spindler.....	65
3.7	Zusammenfassung und Bewertung.....	66
<b>4</b>	<b>RECHTLICHE ANALYSE VON OPEN SOURCE SOFTWARE IN DER PRAXIS</b>	<b>69</b>
4.1	Fallkonstellation 1.....	69
4.1.1	Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Distributor.....	70
4.1.2	Rechtsbeziehung zw. Distributor und OSS Nutzer .....	73
4.1.3	Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und OSS Nutzer .....	81
4.2	Fallkonstellation 2.....	83

4.2.1	Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Distributor.....	84
4.2.2	Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Integrationshaus.....	85
4.2.3	Rechtsbeziehung zw. Distributor und Integrationshaus .....	85
4.2.4	Rechtsbeziehung zw. Integrationshaus und OSS Nutzer.....	87
4.2.5	Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und OSS Nutzer .....	90
<b>4.3</b>	<b>Offene Fragen .....</b>	<b>91</b>
<b>4.4</b>	<b>Diskussion.....</b>	<b>91</b>
<b>5</b>	<b>SCHLUSSWORT .....</b>	<b>93</b>
	<b>ANHANG.....</b>	<b>96</b>
<b>A.</b>	<b>GNU General Public License (2. Fassung) – Original.....</b>	<b>96</b>
<b>B.</b>	<b>GNU General Public License (2. Fassung) - Freie Übersetzung .....</b>	<b>104</b>

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Beschreibung der verschiedenen Softwarevarianten.....	13
Abbildung 2:	Die Beziehungen zwischen den fünf Parteien im Open Source Prozess.....	14
Abbildung 3:	Tabellarische Zusammenfassung der AGB.....	30
Abbildung 4:	Häufigkeit und Verteilung der OS-Lizenzen.....	32

---

## Literaturverzeichnis

### Bücher und Zeitschriften

- Bartsch, Michael*                      Produkthaftung für Software  
2003  
[[http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung\\_software.de.html](http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung_software.de.html)]
- Bauer, Frank*                            Open Source Software-Projekte  
Version 1, Januar 2002  
[[http://www.opentheory.org/os\\_kap3/text.phtml](http://www.opentheory.org/os_kap3/text.phtml)]
- Brandi-Dohrn, Matthias*            Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln – BGB, Leasing und UN-Kaufrecht  
2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1994
- Breuninger, Gottfried E.*            Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr  
Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1991
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*    Open-Source-Software - Ein Leitfaden für kleine und mittlere Unternehmen  
1. Aufl., Berlin im März 2001
- Deike, Thies*                            Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche Rechtssystem  
CR 1/2003, S. 9 ff.
- Ellins, Julia*                            Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft  
Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1997
- Ernst, Stefan*                            Die Verfügbarkeit des Source Codes – Rechtlicher Know-how-Schutz bei Software und Webdesign  
MMR 4/2001, S. 208 ff.
- Fromm, Friedrich K. / Nordemann, Wilhelm / Vinck, Kai / Hertin, Paul W.*    Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz  
9. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1998  
stets zitiert unter: *Fromm/Nordemann/Bearbeiter*, §§, Rn.
- Gehring, Robert*                        Freeware, Shareware und Public Domain (Teil 1)  
Linux-Magazin 11/1996  
[<http://www.linux-magazin.de/Artikel/ausgabe/1997/01/Freeware/freeware.html>]

- 
- Gehring, Robert* Freeware, Shareware und Public Domain (Teil 2)  
Linux-Magazin 01/1997  
[<http://www.linux-magazin.de/Artikel/ausgabe/1997/01/Freeware/freeware.html>]
- Gehring, Robert* Software und Haftungsrecht (Teil 3)  
Linux Magazin, 4/1997
- Grassmuck, Volker* Freie Software – zwischen Privat- und Gemeineigentum  
Bundeszentrale für politische Bildung (bpb), Bonn 2002
- Grzeszick, Bernd* Freie Software: Eine Widerlegung der Urheberrechtstheorie?  
MMR 7/2000, S. 412 ff.
- Horns, Axel H.* Der Patentschutz für softwarebezogene Erfindungen im Verhältnis zur "Open Source"-Software  
JurPC Web-Dok. 223/2000, Abs. 1 – 80
- Jaeger, Till* GPL und Haftung - Ohne Verantwortung?  
[[http://www.ifross.de/ifross\\_html/art3.html](http://www.ifross.de/ifross_html/art3.html)]
- Jaeger, Till / Metzger, Axel* Open Source Software – Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software  
Verlag C. H. Beck, München 2002
- Jaeger, Till / Metzger, Axel* Open Source Software und deutsches Urheberrecht  
2001, [[http://www.ifross.de/ifross\\_html/art1.html](http://www.ifross.de/ifross_html/art1.html)];  
ebenso in GRUR Int. 99
- Jäger, Axel* Rechtsgeschäftliches Handeln und Auftreten im Internet  
Auszug aus dem Werk „Anwaltshandbuch zur rechtlichen Betrachtung von Unternehmen“, Gengenbach 1998  
[<http://www.vrp.de/archiv/beitrag/1998/b9800019.htm>]
- Jahnel, Dietmar / Schramm, Alfred / Staudegger, Elisabeth (Hrsg.)* Informatikrecht  
2. aktualisierte Auflage  
Springer Verlag, Wien 2003
- Koch, Detlef* Produkthaftung – Zur Konkurrenz von Kaufrecht und Deliktsrecht  
Verlag Duncker und Humblot, Berlin 1995
- Kochinke, Clemens / Geiger, Matthias* Trends im US-Computer- und Internetrecht  
K&R 12/2000, S. 594 ff.

- 
- Lejeune, Mathias* US-amerikanisches Vertragsrecht zur Lizenzierung "geistigen Eigentums"  
K&R 5/1999, S. 210 ff.
- n.n.* Bürgerliches Gesetzbuch  
53. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2003
- n.n.* Computerrecht und e-commerce Gesetzestexte  
4. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 2000
- n.n.* Handelsgesetzbuch  
34. Aufl., Deutscher Taschenbuch Verlag, München, 1999
- Omsels, Hermann-Josef* Open Source und das deutsche Vertrags- und Urheberrecht  
[<http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>]  
ebenso in: Schertz, Christian / Omsels, Hermann-Josef (Hrsg.)  
– Festschrift für Paul W. Hertin, München 2000, S. 141 ff.
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch  
61. Aufl., München 2002  
stets zitiert unter: *Palandt/Bearbeiter*, §§, Rn.
- Raymond, Eric S.* The Cathedral and the Bazaar  
2001  
[<http://sagan.earthspace.net/~esr/writings/cathedral-bazaar/>]
- Schack, Heimo* Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten  
MMR 1/2001, S. 11 ff.
- Schiffner, Thomas* Open Source Software – Freie Software im deutschen Urheber-  
und Vertragsrecht  
Verlag VVF, München 2003
- Schmidt, Karsten* Gesellschaftsrecht  
3. Aufl., Carl Heymanns Verlag - Köln, Berlin, Bonn, Mün-  
chen 1997
- Schricker, Gerhard (Hrsg)* Urheberrecht, Kommentar  
2. Aufl., München 1999  
stets zitiert unter: *Schricker/Bearbeiter*, §§, Rn.

- 
- Schuhmacher, Dirk*                      Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen  
CR 10/2000, S. 641 ff.
- Sester, Peter*                            Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen  
CR 2000, S.797 ff.
- Siepmann, Jürgen*                      Lizenz- und haftungsrechtliche Fragen bei der kommerziellen Nutzung Freier Software  
JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 1 - 289
- Siepmann, Jürgen*                      Freie Software – Rechtsfreier Raum? - Rechtssicherheit im Umgang mit OSS  
LinuxLand International, München, 2000, S. 58 f.
- Speichert, Horst*                        Gastbeitrag: Haftungsrisiko Open Source Software? - Eine Erörterung der rechtlichen Fragen zu OSS  
[<http://www.medienkultur-stuttgart.de/thema02/2archiv/news6/mks6oss.htm>], 2003
- Spindler, Gerald*                        „Rechtsfragen der Open Source Software“  
im Auftrag des Verbandes der Softwareindustrie Deutschlands e. V. (VSI) 2003  
[[http://www.vsi.de/inhalte/aktuell/studie\\_final.pdf](http://www.vsi.de/inhalte/aktuell/studie_final.pdf)]
- Stallman, Richard*                      The GNU Operating System and the Free Software Movement aus “Open Sources: Voices from the Open Source Revolution”, O’Reilly, Sebastopol (California) 1999, S. 53-70
- Wandtke, Arthur*                        Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft  
GRUR 1/2002, S. 1 ff.

### **Häufig besuchte Homepages**

- BerliOS-Projekt*                            <http://www.berlios.de>
- Free Software Foundation*                <http://www.fsf.org>
- ifrOSS-Institut*                            <http://www.ifross.de>
- Linux Magazin*                              <http://www.linux-magazin.de>
- Open Source Initiative*                    <http://www.opensource.org>
- Open Theory-Forum*                        <http://www.opentheory.org>
- Internet-Zeitschrift für  
Rechtinformatik*                            <http://www.jurpc.de>

## Abkürzungsverzeichnis

ABl.	.....	Amtsblatt
a.F.	.....	alte Fassung
AGB	.....	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	.....	Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB
Art.	.....	Artikel
Aufl.	.....	Auflage
BGB	.....	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	.....	Bundesgesetzblatt
BGH	.....	Bundesgerichtshof
BGHZ	.....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRD	.....	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	.....	beispielsweise
bzgl.	.....	bezüglich
bzw.	.....	beziehungsweise
CR	.....	Computer und Recht
d.h.	.....	das heißt
EG	.....	Europäische Gemeinschaft
engl.	.....	englisch
etc.	.....	et cetera
EU	.....	Europäische Union
f.	.....	folgende
ff.	.....	fortfolgende
Fn.	.....	Fußnote
FS	.....	Festschrift
FSF	.....	Free Software Foundation
gem.	.....	gemäß
ggf.	.....	gegebenenfalls
GPL	.....	GNU General Public License
GRUR	.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - International
HGB	.....	Handelsgesetzbuch
h.M.	.....	herrschende/r Meinung

---

i.d.R.	.....	in der Regel
insbes.	.....	insbesondere
i.S.d.	.....	im Sinne des/der
i.V.m.	.....	in Verbindung mit
K&R	.....	Kommunikation & Recht
MMR	.....	Multimediarrecht
NJW	.....	Neue Juristische Wochenschrift
n.n.	.....	nicht namentlich
Nr.	.....	Nummer
o.g.	.....	oben genannt
OLG	.....	Oberlandesgericht
OS	.....	Open Source
OSI	.....	Open Source Initiative
OSS	.....	Open Source Software
o.V.	.....	ohne Verfasser
PC	.....	Personal Computer
ProdHaftG	.....	Produkthaftungsgesetz
Rn.	.....	Randnummer
Rs.	.....	Rechtssache
s.	.....	siehe
S.	.....	Seite
sog.	.....	sogenannte
u.a.	.....	unter anderem
UrhG	.....	Urheberrechtsgesetz
US	.....	United States (Vereinigte Staaten)
USA	.....	United States of Amerika (Vereinigte Staaten von Amerika)
v.	.....	vom
vgl.	.....	vergleiche
z.B.	.....	zum Beispiel
z.T.	.....	zum Teil

# 1 Einführung

*„Free Software is a matter of liberty, not price.“*

*(The Free Software Foundation)*

## 1.1 Überblick

In den letzten Jahren hat die Open Source Software zunehmend ein hohes Grad an Anerkennung gefunden. Viele versierte Nutzer und auch manche jener Personen, die den Personal Computer (PC) kaum nutzen, kennen u.a. das Betriebssystem „Linux“ oder haben zumindest schon einmal davon gehört. Einige werden wissen, dass sich hinter dieser Software - und Linux sei hier nur als das wohl bekannteste Beispiel<sup>1</sup> genannt - die Philosophie der „Open Source Software“ (OSS)<sup>2</sup> verbirgt. Ein großer Teil jedoch wird sich des erheblichen Unterschieds zur proprietären Standardsoftware nicht genau bewusst sein.

Die hohe Transparenz der Information bei OSS eröffnet neue Entwicklungs- und Nutzungsmöglichkeiten auf dem bis heute noch stark proprietär dominierten Softwaremarkt. Zudem ist der Bund seit der Jahrtausendwende verstärkt an der intensiven Nutzung von OSS interessiert und übernimmt durch den zukünftigen Einsatz freier Software in der Bundesverwaltung eine Vorreiterrolle.<sup>3</sup>

**Voraussetzung für die Nutzung der OSS in Wirtschaft und Verwaltung ist eine durchschaubare Rechtslage.**

---

<sup>1</sup> Andere bekannte Open Source Softwareentwicklungen sind u.a. der Internetbrowser „Netscape“, das Programm „Apache“ für die Webserververwaltung (mit gegenwärtig mehr als 60% Marktanteil), das Mp3-Format (zur Audiokomprimierung), etc.

<sup>2</sup> Deutsche Übersetzung: geöffnete Quelle, mit der hier im allgemeinen der frei zugängliche und modifizierbare Quellcode eines Computerprogramms verbunden wird.

<sup>3</sup> Vgl. KBSt (Koordinierung und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik) Brief Nr. 2/2000, OSS in der Bundesverwaltung, S. 2; bis Ende 2002 sollen ca. 5000 Computer allein in der Verwaltung des Bundestags auf Linux umgestellt werden; die Stadt München hat sich Anfang des Jahres 2003 ebenso dazu entschlossen, ihre ca. 14.000 Rechner auf OSS Betriebssoftware umzustellen, vgl. Artikel „Suse beißt Linux“ (28.05.2003) unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/politik/0,1518,250721,00.html>.

Diese ist derzeit im Ganzen nicht eindeutig, was die Akzeptanz seitens vieler Nutzer besonders im B2B-Sektor (business to business) noch erheblich hemmt und sowohl Entwickler als auch Hard- und Softwareanbieter, Integrationshäuser und Distributoren verunsichern kann.

Ziel dieser Diplomarbeit ist daher eine grundlegende Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen verschiedener Open Source (Austausch-) Beziehungen.

Die rechtliche Untersuchung soll vereinbar sein mit der derzeit bestehenden Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland.<sup>4</sup> Dies setzt die Prüfung voraus, inwiefern die allgemein akzeptierten, rechtlich zum Teil aber umstrittenen Open Source Bedingungen ins Vertragswesen der BRD eingeordnet werden können.

Die Arbeit soll dem Urheber (in diesem Fall dem Entwickler), dem Nutzer und möglichen Dritten dienen.

Dem Urheber dient sie in der Form, dass er sich seiner Rechte und Pflichten bei der Erstellung, Veränderung und Weitergabe der Freien Software bewusst ist.

Dem Nutzer wird innerhalb der Analyse aufgezeigt, wie die Rechtslage bei fehlerhafter OSS derzeit einzuordnen ist.

Im Praxisteil fällt der Fokus vorrangig auf die Interessen der Intermediäre, bspw. Distributionen & Integrationshäuser, die neben der OSS z.T. auch dazugehörige Dienstleistungen anbieten und sich rechtlich gegen Ansprüche seitens der Nutzer absichern möchten und müssen.

## **1.2 Struktur**

Nach einer für das tiefergehende Verständnis unabdingbaren Einführung in das Thema folgt die Darstellung und Erläuterung eines generischen Modells, welches die Beteiligten und deren Beziehungen zueinander verdeutlicht. Dieses Modell bildet die Basis für die weitere Analyse bzw. die folgende Diskussion über die rechtlichen Rahmenbedingungen von Open Source Modellen.

---

<sup>4</sup> Zugrunde liegen u.a. die gesetzlichen Vorschriften des BGB (neues Schuldrecht) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002.

In dem darauffolgenden Teil werden sowohl geltende rechtliche Normen, die Charaktereigenschaften der OS-Lizenzen allgemein, exemplarisch im Näheren die der GPL, als auch die auf ein generisches Modell bezogenen Rechte und Pflichten aus der Urheberschaft, Schenkung und dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz (einer BGB-Gesellschaft) in Verbindung mit OSS erfasst.

Auf der Basis dieser theoretischen Darstellung wird die daran anschließende Analyse durch die Betrachtung des Beziehungsgeflechts zwischen den Beteiligten geleitet, herausgearbeitet in unterschiedlichen Fallkonstellationen, immer unter rechtlichen Gesichtspunkten. Diese Beziehungen, bspw. Community – Softwaredistributor – Nutzer, werfen Fragen zu Haftung und Gewährleistung auf, welche innerhalb der Analyse untersucht und soweit möglich beantwortet werden. Offene Fragestellungen inklusive einer kurzen Diskussion folgen im Anschluss.

Die Arbeit endet mit einem Schlusswort.

### **1.3 Von Free Software zu Open Source - Schulterschluss zweier Ideologien**

Der Begriff „Open Source Software“ (-> OSS) ist heute vorrangig durch die ausgedehnte Verbreitung von Softwaretypen wie GNU/Linux oder dem Internetbrowser Netscape unter Nutzern und Entwicklern weitläufig bekannt. Doch allzu lange existiert dieser Begriff noch nicht.

Erst am 03.02.1998 wurde in Palo Alto in Kalifornien die „Open Source Initiative“ gegründet. Im Rahmen der dazu einberufenen Konferenz wurde beschlossen, den bis dato gebräuchlichen Begriff „Freie Software“ durch OSS zu ersetzen bzw. zu ergänzen. Letzterer ist auf einen Vorschlag von Christine Peterson<sup>5</sup> (Foresight Institute) zurückzuführen.<sup>6</sup>

Die Wurzeln der Idee von freier Verfügbarkeit des Software Codes gehen allerdings auf das Jahr 1985 zurück.<sup>7</sup> Damals gründete der Amerikaner Richard Stallman, ein Mitarbeiter des Massachusetts Institute of Technology in Boston, die „Free Software Foundation“ (FSF), der die „Free Software Definition“ als eine erste Definition zugrunde liegt.<sup>8</sup> Das Ziel dieser Initiative war, eine frei zugängliche Alternative zu dem proprietären, d.h. kostenpflichtigen Betriebssystem Unix zu schaffen,<sup>9</sup> in Form des ins Leben gerufenen GNU-Projekts (ein rekursives Akronym aus „GNU’s not Unix“). Damit verbunden ist die richtungsweisende Idee, dass Freie Software vom Nutzer unentgeltlich genutzt, kopiert, vertrieben, verändert und verbessert werden darf. Dieser Grundsatz der umfassenden Einräumung urheberrechtlicher Nutzungsrechte erklärt auch den wesentlichen Unterschied zwischen Freier Software und der kommerzieller Art.<sup>10</sup> Die Haltung Stallmans zur kommerziellen Software wird durch folgendes Zitat deutlich:

The idea that the proprietary software social system – the system that says you are not allowed to share or change software – is unsocial, that it is unethical, that it is simply wrong may come as a surprise to some people.

---

<sup>5</sup> Vgl. <http://www.foresight.org/FI/Peterson.html>.

<sup>6</sup> Vgl. <http://www.opensource.org/docs/history.html>.

<sup>7</sup> Vgl. *Grassmuck*, S.223.

<sup>8</sup> Vgl. <http://www.fsf.org/philosophy/free-sw.html>.

<sup>9</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 9.

<sup>10</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 2/3.

But what else can we say about a system based on dividing the public and keeping users helpless?<sup>11</sup>

Seine Motivation, das große GNU-Projekt zu starten, zu lenken und den damit verbundenen hohen Zeit- und Arbeitsaufwand zu tragen, resultiert aus den am Anfang der 80er Jahre existierenden restriktiven Bedingungen, welche den Soft- und Hardwaremarkt beherrschten. Zu diesem Zeitpunkt war nämlich fast alle Software proprietär und nicht frei.

Stallman selbst nennt als auslösendes Schlüsselerebnis die andauernden Probleme mit einem Netzwerkdrucker an seiner Arbeitsstelle im MIT.<sup>12</sup> Ständig mussten die Mitarbeiter, die kürzlich zuvor noch einen Druckauftrag abgeschickt hatten und sich dann voller Erwartung auf die Printausgabe auf den Weg zum Drucker machten, feststellen, dass wegen eines Papierstaus oder –mangels der Druckvorgang frühzeitig abgebrochen wurde. Dies kostete Zeit und Nerven, da der erste Gang zum Drucker sich praktisch als umsonst herausstellte. Es musste also ein kleines Programm entwickelt werden, das vorab am eigenen Bildschirm über den Druckerstatus Auskunft geben konnte.

Dieser Aufgabe nahm sich Stallman an. Beim Hersteller des Druckers hat er weder die sofortige Entwicklung eines Zusatzprogramms anstoßen können, noch die Offenlegung des bis dato benutzten Treibers erreicht, da sich sämtliche Mitarbeiter zur Nichtweitergabe (Non-Disclosure Agreement) verpflichtet hatten. Aufgrund des Phänomens „geistiges Eigentum“ sind einer sofortigen Lösung erhebliche Hindernisse in den Weg gelegt worden, was eine Verbesserung der Situation für alle Beteiligten vorerst ausschloss.<sup>13</sup>

Diesen Missstand galt es auszuräumen. Nach Stallmans Meinung musste es möglich sein, Programme in Gemeinschaft zu entwerfen und weiterzuentwickeln - immer unter Wahrung der freien Verfügbarkeit des Codes - um somit das Wissen aller an einer Lösung interessierten Beteiligten nutzen zu können.

Diese Maxime führte dazu, dass Richard Stallman und seine Free Software Foundation durch die schnell erreichte Popularität des Begriffs „Open Source Software“ eine Polarisierung auf lediglich den frei zugänglichen Programmcode befürchteten,<sup>14</sup> was fernab von der umfassen-

---

<sup>11</sup> Vgl. *Stallman* in „Open Sources: Voices from the Open Source Revolution“, S. 53 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, S. 9.

<sup>13</sup> Vgl. *Grassmuck*, S.222.

<sup>14</sup> Damit bestünde nämlich dann die Möglichkeit, auch „unfreie“ Programme als Open Source Software zu benennen.

deren Intention der Freien Software läge. Aufgrund dessen möchten sie bis heute die beiden Begriffe differenziert nebeneinanderstehend wissen.<sup>15</sup>

Mit anderen Worten beinhaltet ihrer Meinung nach der neue Ausdruck nicht die Modifikationsfreiheit bezüglich des Quellcodes sowohl für Programmierer als auch für versierte Nutzer, sondern bezieht sich lediglich auf die Offenlegung des Programms.

Im allgemeinen Sprachgebrauch jedoch hat sich der Begriff „Open Source Software“ als Nachfolger der „Freien Software“ bereits durchgesetzt, da die Grundidee die gleiche bleibt. Der Schlüsseltext für den nahtlosen Begriffswechsel ist der Aufsatz „The Cathedral and the Bazaar“<sup>16</sup> von Eric S. Raymond, einem Hacker und Anthropologen der OS-Bewegung. In seinen vorherigen Textversionen sprach er stets von der „Freien Software“, nach Februar 1998 dann von OSS.

Es stellt sich weiterführend die Frage: Welchen Rahmenbedingungen unterliegt dieser neue Begriff?

Eine direkte Antwort darauf gibt die „Open Source Definition“ (OSD), in der folgende zehn Unterpunkte aufgelistet werden:<sup>17</sup>

(1) Freie Weiterverbreitung

*Die Lizenz soll niemandem die Weitergabe oder Veräußerung der Software als Teil eines Software-Paketes, das Programme verschiedenartigen Ursprungs enthält, untersagen.*

(2) Verfügbarkeit des Quellcodes

*Das Programm muss den Quellcode enthalten. Es soll weiterhin gewährleistet sein, dass die Weitergabe des Programms sowohl im Quellcode als auch in der kompilierten – also lauffähigen – Form ermöglicht wird. Falls der Quellcode zunächst nicht mitgeliefert wird, so muss dies zum Selbstkostenpreis auf gängigem Weg, am besten per Internet-Download, nachträglich ermöglicht werden und zwar in unveränderter, programmiertechnisch einwandfreier Form.*

(3) Veränderbarkeit des Quellcodes

---

<sup>15</sup> Vgl. Deike, CR 1/2003, S. 9.

<sup>16</sup> Vgl. Raymond unter <http://sagan.earthspace.net/~esr/writings/cathedral-bazaar/>.

<sup>17</sup> Vgl. <http://www.opensource.org/docs/definition.html>, in kursiv die eigene Interpretation des Autors, angelehnt an den englischen Originaltext, Stand 2003.

*Die Lizenz muss Derivate und Veränderungen zulassen. Des weiteren muss erlaubt sein, dass die modifizierte Software unter den gleichen Lizenzbedingungen (-> Copyleft) wie das Original weiterverbreitet wird.*

- (4) Unversehrtheit des Originalcodes

*Die Lizenz muss die Weitergabe von Software, die aus verändertem Quellcode entstanden ist, ausdrücklich erlauben. Es kann allerdings verlangt werden, dass die abgeleiteten Programme einen anderen Namen oder eine andere Versionsnummer als die Ausgangssoftware tragen.*

- (5) Keine Diskriminierung von einzelnen Personen oder Gruppen

*Verboten ist die Diskriminierung von einzelnen Personen oder Personengruppen, mit anderen Worten: Niemand darf benachteiligt werden.*

- (6) Keine Einschränkungen für bestimmte Anwendungsbereiche

*Die Lizenz darf das Verwendungsumfeld der Software nicht einschränken. Als Beispiel werden sowohl die Anwendung in der Wirtschaft als auch in der Genforschung genannt.*

- (7) Freie Verbreitung der Lizenz

*Die Lizenz muss auch für alle Weiterentwicklungen und deren Weitergabe gelten. Es darf keine andere neben ihr geben.*

- (8) Unabhängigkeit der Lizenz vom Produkt

*Die Rechte an dem Programm dürfen nicht davon abhängig sein, ob das Programm Teil eines bestimmten Software-Paketes ist oder nicht.*

- (9) Keine Einschränkung anderer Software durch die Lizenz

*Die Lizenz darf (z.B. in einem Softwarepaket) nicht die Rechte anderer unabhängiger Programme willkürlich einschränken. Nicht alle auf dem gleichen Medium wie die OSS erhältlichen Programme müssen auch gleichzeitig der OS-Lizenz unterliegen.*

- (10) Die Lizenz muss technologie-neutral sein

*Die Bestimmungen der Lizenz dürfen sich nicht auf irgendeine spezifische Technologie oder Art der Schnittstelle beziehen. Sie sollen allgemeingültig formuliert sein.*

Die OSD resultiert aus den *Debian Free Software Guidelines* des Autors Bruce Perens,<sup>18</sup> welcher den Namen „Open Source“ 1998 schließlich als Warenzeichen anmeldete. Sie spezifiziert die Anforderungen an OS-Lizenzen. Die Open-Source-Initiative (OSI) verleiht bei Einhaltung der Bedingungen der Software OS-konforme Zertifikate.<sup>19</sup>

#### 1.4 **“Copyright”, “Copyleft” und “Non-Copyleft”**

Als wohl die folgenreichste Erfindung ging aus den Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten Stallmans das „**Copyleft**“ hervor. Steht eine Software unter Copyleft, so handelt es sich um freie Software, deren Verbreitungsbedingungen bezüglich der Weitergabe keine zusätzlichen Restriktionen zulassen, selbst wenn das Programm vom „Nutzer“ geändert wurde.<sup>20</sup> Die Software unter Copyleft bleibt somit immer frei. Mit anderen Worten: Steht eine Software erst einmal unter der OS-Lizenz GPL, so wird sie auch in ihrer letzten Veränderung noch unter der GPL stehen werden und müssen.

Copyleft-Lizenzen sind mit den bestehenden deutschen gesetzlichen Regelungen vereinbar.<sup>21</sup>

Freie Software der Kategorie „**Non-Copyleft**“ enthält die Schutzbedingungen des Copyleft nicht. Der Nutzer kann durch die Erlaubnis des Urhebers die Software nach Belieben verwenden, d.h. er kann sie unter eine eigene Lizenz stellen und proprietär verkaufen.<sup>22</sup>

Proprietäre Software unterliegt dem „**Copyright**“. Der Urheber behält sich dadurch die Rechte auf Kopie, Veränderung und Weitergabe vor. Das Copyright ist US-amerikanischen Ursprungs und im sogen. „Copyright Act“ geregelt, welcher für das dortige Urheberrecht steht.<sup>23</sup>

---

<sup>18</sup> Vgl. *Grassmuck*, S. 230.

<sup>19</sup> Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, S. 39.

<sup>20</sup> Vgl. <http://www.gnu.org/philosophy/categories.de.html>.

<sup>21</sup> Vgl. *Grzeszick*, MMR 7/2000, S. 416.

<sup>22</sup> s. Fn. 20.

<sup>23</sup> Mehr zum „Copyright Act“ bei *Kochinke/Geiger*, K&R 12/2000, S. 594 ff.; *Lejeune*, K&R 5/1999, S. 210 ff.

## 1.5 Abgrenzung zu anderen Softwaretypen

Um einer Verwechslung von OSS mit anderen, vermeintlich verwandten Softwaretypen vorzubeugen, ist eine Gegenüberstellung sinnvoll. Einheitliche Definitionen gibt es kaum,<sup>24</sup> dennoch ist eine deutliche Abgrenzung zur OSS - wie im folgenden gezeigt - möglich.

### 1.5.1 Freeware

Bereits der Begriff "Freeware" hat keine klar anerkannte Definition, wird jedoch gemeinhin für Software benutzt, die Weiterverbreitung nicht jedoch Veränderung erlaubt.<sup>25</sup> Hinzu kommt, dass der Quellcode nicht verfügbar ist. Damit ist Freeware grundsätzlich eine copyright-geschützte Software, welche unentgeltlich ohne Lizenzbedingungen aber auch ohne Quellcode und ohne Veränderungserlaubnis weitergegeben wird.<sup>26</sup>

Bereits hier ist der Unterschied zur Freien Software deutlich geworden. Bei der Freeware steht eindeutig „nur“ das Charakteristikum der *kostenfreien* Überlassung des Programms im Vordergrund, ohne die Beinhaltung weiterführender Rechte der OSS, bspw. der Offenlegung und freien Veränderung des Quellcodes. Freeware darf jeder benutzen, ohne dafür zu bezahlen.<sup>27</sup>

Das „frei“ der Freien Software bezieht sich im Gegensatz dazu nicht auf den Preis, sondern auf die Freiheit des Handelns, z.B. auf das Recht der Modifikation des Quellcodes.<sup>28</sup> Freie Software kann also durchaus Geld kosten (Selbstkosten der Erstellung) und muss nicht umsonst sein.<sup>29</sup>

Natürlich ist das Konzept der Freeware nicht nur mit einem rein uneigennützigem Konzept zu verbinden. Es kommt nicht selten vor, dass Softwarefirmen dem Benutzer ihr eigenes Produkt kostenlos als Freeware zur Verfügung stellen, um ein anderes Konkurrenzprodukt vom Markt zu verdrängen. Als das bekannteste Beispiel ist in diesem Zusammenhang die Firma Microsoft zu nennen, die mit ihrem „Internet Explorer“ (praktisch als kostenfreiem Zusatz zum

---

<sup>24</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 5.

<sup>25</sup> Vgl. <http://www.gnu.org/philosophy/categories.de.html#Non-CopyleftedFreeSoftware>.

<sup>26</sup> Vgl. *Grassmuck*, S. 278.

<sup>27</sup> Vgl. <http://www.freewarepage.de/freeware.shtml>.

<sup>28</sup> Vgl. <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.de.html>.

<sup>29</sup> Freeware kann hingegen meist von Internetseiten heruntergeladen werden oder sie befindet sich auf zu Zeitschriften beigelegten CD- /DVD-Roms.

weitverbreiteten Betriebssystem „Windows“) das Konkurrenzprodukt von Netscape<sup>30</sup> am Markt deutlich zu schwächen versucht.<sup>31</sup>

### 1.5.2 Public Domain Software

Der Begriff „Public Domain“ weist auf eine Softwareart hin, die kein Copyright (Urheberrechtsschutz) besitzt.<sup>32</sup> Ursprünglich resultiert sie aus einer Bestimmung der USA gegenüber ihren Universitäten. Im Rahmen der gewährleisteten staatlichen Unterstützung waren diese dazu verpflichtet, als eigentliche Urheber auf ihr Copyright zu verzichten und die eigens entwickelten Programme somit jedem zur freien Verfügung zu stellen.<sup>33</sup>

Das bedeutet allerdings nicht, dass „Public Domain“ kein rechtlicher Begriff ist. Der Urheber behält sehr wohl die Rechte an dem Original-Code, jedoch gehört der modifizierte Code folglich dem Schöpfer des neuen Werkes<sup>34</sup>.

Urheberrechtlich gesehen ist die Einordnung dieser Softwareart in der BRD äußerst umstritten. Während die Urheber in den USA entweder auf ihre Rechte an der Software freiwillig verzichten<sup>35</sup> oder es – siehe Universitäten – verlieren, ist dies in Deutschland aufgrund der Tatsache, dass das Urheberrecht hierzulande ein Persönlichkeitsrecht ist und somit an die Person des Urhebers und nicht an den Schutzgegenstand gebunden, nicht einfach möglich. Ein Erlischen ist grundsätzlich unmöglich, eine Übertragung ist außer im Erbfall (§ 29 UrhG) nicht zulässig.<sup>36</sup>

Noch schwieriger steht es mit dem Nutzungsrecht: Es wird bei der Public Domain Software bis dato noch von einem „einfachen“ Nutzungsrecht ausgegangen.<sup>37</sup> Demnach darf das kostenlose Programm nicht-kommerziell genutzt werden. Komplikationen können allerdings im Falle der Veräußerung z.B. auf Sammel-CD-Roms (häufig in Verbindung mit Fachzeitschriften) auftreten. Es wäre möglich, dass der Urheber seinen Anteil an den CD-Einnahmen ein-

---

<sup>30</sup> Mittlerweile nur noch Mozilla, Netscape ist seit Juli 2003 insolvent.

<sup>31</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 6

<sup>32</sup> Vgl. <http://www.gnu.org/philosophy/categories.de.html>.

<sup>33</sup> Vgl. *Siepmann*, <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19990163.htm#ue2.1>, Rn. 13.

<sup>34</sup> Vgl. <http://www.completelyfreesoftware.com/definitions.html>.

<sup>35</sup> Die pauschale Abtretung der Rechte aus geistigem Eigentum wird durch das angloamerikanische Copyright ermöglicht.

<sup>36</sup> Vgl. *Grassmuck*, S. 279.

<sup>37</sup> Vgl. *Gehring*, <http://www.linux-magazin.de/Artikel/ausgabe/1997/01/Freeware/freeware.html>.

fordert. Jedoch ist dies bisher noch nicht geschehen, da die Absicht des Autors bei Kennzeichnung seines Werkes als Public Domain Software sicherlich nicht eine kommerzielle ist.

### 1.5.3 Shareware

Bei der Shareware handelt es sich eindeutig um copyright-geschützte Programme, welche zwar kostenfrei, aber mit dem ausdrücklichen Hinweis seitens des Rechteinhabers auf die Zahlung eines Lizenzentgelts bei regelmäßiger Benutzung belegt sind.<sup>38</sup> Meist ist die unentgeltliche Nutzung durch eine zeitliche Frist gekennzeichnet und nach deren Ablauf ohne den dazugehörigen Freischaltcode nicht mehr lauffähig.<sup>39</sup>

Einige Programme wie beispielsweise das Zeichenprogramm Paint Shop Pro und WinZIP haben ihr Dasein als Shareware begonnen und sind heute weltbekannt, teilweise immer noch als Shareware.<sup>40</sup>

Shareware ist rein proprietär und damit keine „Freie Software“ aus zwei Gründen:<sup>41</sup>

- (1) Der Quellcode ist meist nicht verfügbar. Schon das verhindert jegliche Veränderung am Programm.
- (2) Es gibt - obwohl im allgemeinen Gebrauch kaum bekannt und selten befolgt - keine Erlaubnis, eine Kopie zu erstellen und zu installieren, egal ob es sich um eine kommerzielle oder nicht-kommerzielle Nutzung handelt.<sup>42</sup>

Im Sinne der Zweckübertragungstheorie gefolgert aus § 31, Abs. 5 des UrhG können diese Rechte auch nicht automatisch hergeleitet werden.<sup>43</sup> Alle Verwertungshandlungen, die das Urheberrecht kennt, setzen die *ausdrückliche Zustimmung* des Autors voraus.

### 1.5.4 Shared Source Software

Die Betrachtung dieser noch relativ jungen Softwareart hat einen ganz bestimmten Hintergrund: Zunächst soll gesagt sein, dass diese Lizenz von Microsoft, dessen proprietäres Be-

---

<sup>38</sup> Vgl. Grassmuck, S. 278.

<sup>39</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 6.

<sup>40</sup> Vgl. n.n., Open Source kurz & gut, 1999, S. 5.

<sup>41</sup> Vgl. <http://www.gnu.org/philosophy/categories.de.html>.

<sup>42</sup> Hierzu gibt es unterschiedliche Meinungen: Siepmann spricht bspw. in „Lizenz- und haftungsrechtliche Fragen bei der kommerziellen Nutzung Freier Software“, JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 14 von der Erlaubnis eines jeden, Shareware beliebig verbreiten zu dürfen, wenn sich beim Programmpaket keine anderslautenden Bestimmungen befinden.

Eigene Anmerkung: Dies entspräche eigentlich auch eher dem Vermarktungskonzept von Shareware - dem Ersparen von teuren Marketingkampagnen durch die Herausgabe einer Testversion.

<sup>43</sup> Vgl. Gehring, <http://www.linux-magazin.de/Artikel/ausgabe/1997/01/Freeware/freeware.html>.

triebssystem Windows bekanntlich nur Linux als den einzigen (OSS-) Konkurrenten hat, aufgesetzt wurde.

Microsoft sieht seit der starken Verbreitung und dem zunehmenden Erfolg von Software unter der GNU General Public License (GPL) die Philosophie des Copyleft als eine Bedrohung sowohl für das Recht am geistigen Eigentum als auch für den Erfolg des eigenen Geschäftsmodells.<sup>44</sup> Um dieser Bedrohung mit einem eigenen „freien“ Konzept entgegen zu steuern, legte Microsoft im Mai 2001 den Quellcode des Embedded Betriebssystems „Windows CE“ unter der dazu entworfenen „Shared Source“ Lizenz frei.<sup>45</sup> Diese besagt unter anderem, dass Entwickler den veröffentlichten Code nur für private Zwecke benutzen dürfen. Mit anderen Worten: Sie dürfen das (modifizierte) Programm weder weiterveräußern, noch an Dritte weiterleiten.<sup>46</sup>

Kommerziell darf die Software nur zu Testzwecken von dem Lizenznehmer genutzt werden, damit dieser seine eigene Soft- und Hardware besser an das Betriebssystem von Microsoft anpassen kann – angebunden an den Zweck der herkömmlichen Geschäftsmodelle.<sup>47</sup>

Eigenartig ist, dass in den Standpunkten von Microsoft grundsätzlich folgendes vernachlässigt wird: Die „Copyleft“-Lizenzen *basieren* auf dem Prinzip der Wahrung des geistigen Eigentums.

---

<sup>44</sup> Vgl. [http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/business/special\\_packages/open\\_source/2579630.htm](http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/business/special_packages/open_source/2579630.htm); der offiziellen Stellungnahme von Craig Mundie (Senior Vice President of Microsoft) an der New York University Stern School of Business zu Freier Software und dem Open Source Lizenz-Modell am 03.05.2001 entnommen.

<sup>45</sup> Vgl. <http://news.zdnet.de/story/0,,t100-s2091815,00.html>.

<sup>46</sup> Vgl. [http://www.opensource.org/advocacy/shared\\_souce.php](http://www.opensource.org/advocacy/shared_souce.php)

<sup>47</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 7.

## Überblick

Zusammenfassend und zur besseren Übersicht veranschaulicht die folgende Tabelle die einzelnen Kriterien der verschiedenen Softwarevarianten:

	kostenlos	Weiterverbreitbar	Uneingeschränkt nutzbar	Quelltext (modifizierbar)	Lizenzierung
Public Domain	x	x	x	x	
Freie Software/OSS	x	x	x	x	x
Freeware	x	x			x
Shareware		x			x
Proprietäre Software					x

Quelle: o.V., Open Source kurz & gut, 1999, S. 7

**Abbildung 1: Beschreibung der verschiedenen Softwarevarianten**

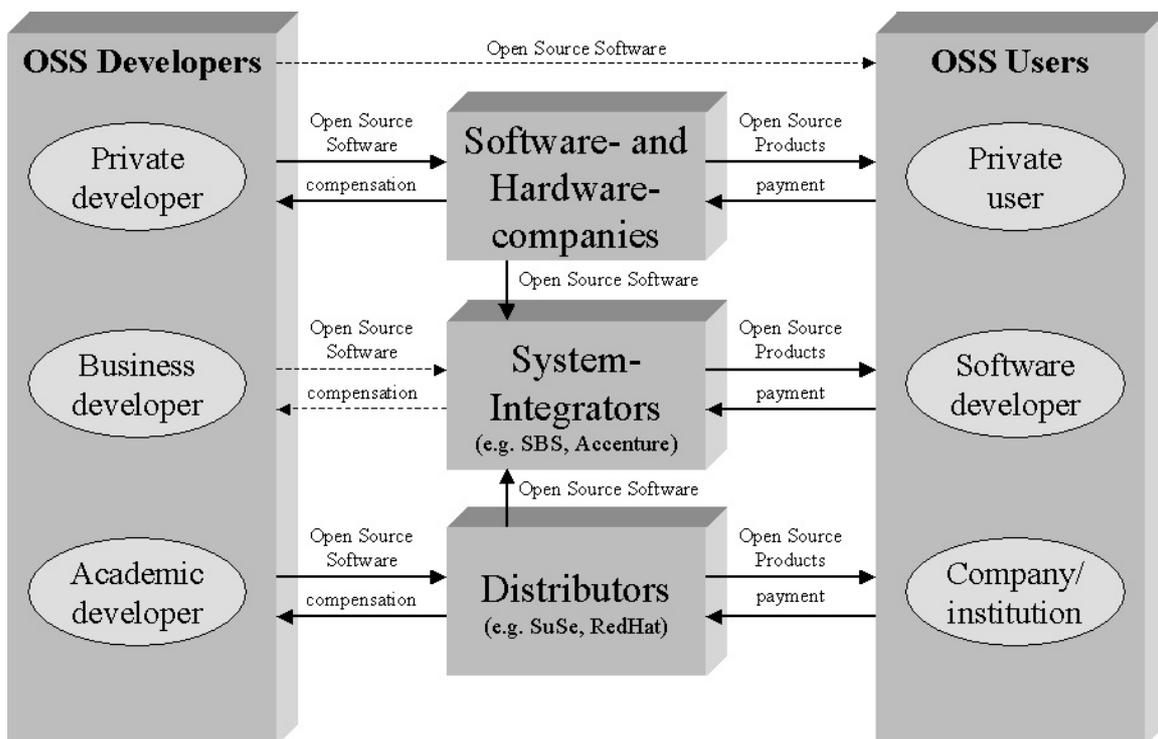
Nach der Einführung rund um die Eigenschaften von OSS, die Entstehung und die wichtige Abgrenzung zu vermeintlich ähnlichen Softwarearten geht es im folgenden einen Schritt weiter. Kapitel 2 beschreibt ein *generisches Modell*, das die Charakteristika und die Beziehungen der am Austauschprozess beteiligten Parteien auf dem OS-Softwaremarkt darstellt.

## 2 Problemstrukturen aus einem generischen Modell von Open Source Beziehungen

Das generische Modell ist innerhalb der Studie<sup>48</sup> zur „NOW - Nutzung des Open Source-Konzepts in Wirtschaft und Industrie“ entwickelt worden. Es stellt die Verflechtungen der am Open Source Prozess involvierten Personen, Unternehmen und Institutionen grafisch dar.

Nach der Charakterisierung der Beteiligten wird auf die durch die Verflechtungen entstehenden Problemstrukturen rechtlicher Natur eingegangen, die anschließend als Basis für die später folgende Diskussion dienen.

### 2.1 Das generische Modell



Quelle: *Hang/Hohensohn*: Studie zur NOW - Nutzung des Open-Source-Konzepts in Wirtschaft und Industrie, 2003, S.95

**Abbildung 2: Die Beziehungen zwischen den fünf Parteien im Open Source Prozess**

<sup>48</sup> Vgl. *Hang, Jiayin*: Studie zur NOW - Nutzung des Open-Source-Konzepts in Wirtschaft und Industrie, 2003, S. 95.

## 2.2 Die Prozess-Beteiligten

### 2.2.1 OSS Entwickler

Im Bereich der Entwicklung von OSS hat sich der englische Begriff „Community“ durchgesetzt. Er beschreibt die an einem OSS-Projekt beteiligte Gruppe von Programmierern. Diese Projekte und dadurch auch wesentliche Merkmale der Community zeichnen sich durch folgende spezifischen Eigenschaften aus:<sup>49</sup>

(1) Projektbeginn aufgrund individueller Bedürfnisse

*Ausgangslage ist eine vorliegende Problemstellung (bspw. die Automatisierung alltäglicher Vorgänge). Ein Programmierer beginnt mit der Lösungsfindung in der Annahme, dass sich **andere** Programmierer interessiert daran beteiligen. Es gibt keinen Vorgesetzten, nur einen Initiator.*

(2) Weltweite Verteilung der Teilnehmer

*Unter den Programmierern herrscht selten eine persönliche Bekanntschaft, Interaktion findet fast ausschließlich über das Internet statt und dies multinational, da die Teilnahme an einem OSS-Projekt sich nicht etwa auf Gebäude oder Länder beschränkt. Ein Eintrag in eine Mailingliste ist meist ausreichend.*

(3) Unentgeltliche und offene Teilnahme

*Grundsätzlich erfolgt die Teilnahme ohne finanzielle Anreize. Die Teilnehmer behalten sich vor, die Bereiche der Eigenbeteiligung und den Einsatz ihrer Freizeit selbst auszuwählen.*

Die Motivatoren der Mitglieder können vielfältig sein: Herausforderung, Begeisterung, Prestige, Anerkennung, Selbstverwirklichung, Lernen, persönliche Überzeugung und Idealismus seien hier als Beispielfaktoren genannt.<sup>50</sup>

An der Zusammensetzung der Community wird schon an dieser Stelle deutlich, dass die Anonymität und die Unübersichtlichkeit der Programmierergemeinschaft urheberrechtliche Probleme aufwerfen kann.

---

<sup>49</sup> Vgl. Bauer in [http://www.opentheory.org/os\\_kap3/text.phtml](http://www.opentheory.org/os_kap3/text.phtml).

<sup>50</sup> siehe Fn. 49.

### 2.2.2 Distributoren

Die Distributoren sind als Bindeglied zwischen der Community und den Nutzern zu verstehen.

Am bekanntesten sind auf diesem Gebiet SuSE<sup>51</sup> und Red Hat.<sup>52</sup> Sie setzen sich die Aufgabe, die oft unübersichtlichen Teillösungen der Community zu sammeln, zusammenzufügen und daraus ein funktionstüchtiges Softwarepaket zu entwickeln. Darauf sind unternehmensintern festangestellte Entwickler spezialisiert. Sie sind unabdingbar, da sich die Softwarepakete per Installationsroutine weitgehend automatisch installieren lassen sollen, um möglichst bedienerfreundlich und damit attraktiv für den Nutzer zu sein. Des Weiteren wird eine übersichtliche Bedienungsanleitung und ein umfassender Support angeboten.

Distributoren werden nicht für die Softwarelizenz bezahlt, sondern für ihren Aufwand (Zeit und Kosten) verbunden mit der o.g. Aufbereitung.<sup>53</sup>

### 2.2.3 Soft- und Hardwareanbieter

Als ihre Kernkompetenz verstehen die Soft- und Hardwareanbieter den Verkauf von kommerzieller Software bzw. Hardware.

Traditionelle Soft- und Hardwareanbieter wie IBM, Dell, Hewlett Packard (HP) und Compaq<sup>54</sup> erwirtschaften derzeit ihren größten Umsatz mit dem Verkauf von Hardware – in Verbindung mit proprietärer Software entweder als Betriebsprogramm eingebettet (-> Embedded Systems<sup>55</sup>) oder im Verbund (-> Bundle<sup>56</sup>). Zusätzlich bieten sie proprietäre Software auch als lose Pakete an.

Die vier genannten Großunternehmen liefern ihre Systeme auch mit vorinstalliertem GNU/Linux aus - durch OSS wesentlich kostengünstiger.<sup>57</sup> Das führt sie aufgrund ihrer Marktmacht zur Einnahme einer Vorreiterrolle.

---

<sup>51</sup> Gegründet 1992 von vier Studenten, älteste kommerzielle GNU/Linux Distribution, vgl. <http://www.suse.com>.

<sup>52</sup> Gegründet 1993 in den USA, Vgl. <http://www.redhat.com>.

<sup>53</sup> Vgl. *Grassmuck*, S. 354.

<sup>54</sup> Hewlett Packard übernimmt Compaq am 03.05.2002, vgl. <http://www.heute.t-online.de/ZDFheute/artikel/14/0,1367,WIRT-0-183118,00.html>.

<sup>55</sup> Darunter fallen unterschiedliche elektronische Geräte wie z.B. ABS-Systeme, Haushaltsgeräte, Produktionssteuerungen, Mobilfunkgeräte, Unterhaltungselektronik, aber auch die gesamte militärische Elektrotechnik. Jeder Prozessor in der Hardware benötigt ein Betriebsprogramm.

<sup>56</sup> Im „Bundle“ bedeutet, dass das Betriebssystem des PCs und oft auch weitere Software-Komponenten beim Kauf durch den Konsumenten bereits vorinstalliert sind.

<sup>57</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 16.

Die WR Hambrecht-Studie<sup>58</sup> kommt in ihrem Ergebnis auf die Schätzung, dass die Erträge aus dem Verkauf von Linux-Hardware von knapp 1,2 Milliarden Dollar im Jahr 2000 mit einer jährlichen Wachstumsrate von 83 Prozent auf über 7,7 Milliarden in 2003 wachsen werden, dies nicht zuletzt durch die Stärke von OSS im Internetbereich.

Als reine Softwareanbieter mit OSS-Projekten können an dieser Stelle noch Unternehmen wie SAP und Computer Associates erwähnt werden.

#### **2.2.4 Integrationshäuser**

Zu den Integrationshäusern zählen Dienstleistungsanbieter und Unternehmensberatungen (Consulting-Firmen). In ihrem Aufgabenfeld liegt nicht das Programmieren, sondern die Beratung, Schulung, Implementierung und Wartung von Software ausgewählter Softwarehäuser. Als bekannte Namen sind der Siemens Business Service (SBS), CSC Ploenzke, Price Waterhouse Coopers (PWC) und Accenture zu nennen.

#### **2.2.5 OSS Nutzer**

Sowohl Unternehmen & Institute, als auch Softwareentwickler und private Nutzer zählen zu dieser Gruppe. Sie sind Endabnehmer der angebotenen OSS Produkte und Leistungen.

Wichtig ist für alle, dass sie ein fehlerfreies, sicheres, komfortables, möglichst von der Performance der Hardware unabhängiges Softwarepaket bekommen. Besonderen Wert legen die Unternehmen allerdings auch auf die rechtliche Absicherung, da durch fehlerhafte Programme und bspw. einen damit verbundenen Systemabsturz oder die unberechtigte Entwendung von Daten durch Sicherheitslücken enormer wirtschaftlicher Schaden verursacht werden kann.

---

<sup>58</sup> Vgl. *Grassmuck*, S. 353 mit Verweis auf *Patele*, 5/2000.

## **2.3 Problemstrukturen und Fragestellungen aus den Open Source Beziehungen**

Wie in der Einführung bereits erwähnt, stellt sich im Bereich der OSS ein gravierendes Problem – derzeit noch. Bezüglich der Rechtsfragen bestehen zwischen den Parteien viele Ungeklärtheiten, die nach bundesdeutschem Recht gegenwärtig nicht eindeutig zu lösen sind. Betroffen sind davon zwar altbekannte Rechtsgebiete, aber aus den technischen, philosophischen und wirtschaftlichen Besonderheiten entstehen neue rechtliche Fragen.<sup>59</sup>

### **2.3.1 Aufriss von Problemstrukturen**

Für OSS-Projekte typisch, wird die Software in einer Community (in der Grafik die „OSS Developer“, engl. Begriff für „OSS Entwickler“) aus Programmierern meist internationaler Herkunft entworfen. Diese Entwickler befinden sich nicht gruppiert in einem gemeinsamen Raum, wobei „Raum“ in diesem Zusammenhang regional zu verstehen ist, sondern sind weltweit verstreut ansässig. Durch die Internettechnologie ist es ihnen mit der benötigten elektronischen Anbindung an das World Wide Web (WWW) möglich, untereinander zu kommunizieren ohne sich zum gedanklichen Austausch direkt miteinander treffen zu müssen. Die Kommunikation geschieht rein virtuell. Aus diesem Grund haben die OSS-Projekte ihre Popularität und ihre zunehmende Größe auch erst durch die *grenzenlosen* Möglichkeiten des Internets gewonnen.

Sowohl Distributoren, als auch Software- und Hardwareanbieter von OSS, mit anderen Worten die Intermediäre in der Mitte des generischen Modells, stehen in regelmäßigem Kontakt zur Community. Sie müssen diese Kontakte pflegen, da ihre Beziehung Grundlage für die eigene Geschäftstätigkeit ist: dem Aufbereiten und dem Vertrieb der von den z.T. vollkommen anonymen Programmierern entwickelten Softwareelemente.

Rückkoppelnd findet wiederum ein Datenaustausch<sup>60</sup> zwischen beiden Parteien statt, indem die Arbeitsergebnisse der Distributoren, Hard- und Softwareanbieter wieder der Community zur freien Verfügung gestellt werden, natürlich unter dem Grundsatz der Einhaltung zugehö-

---

<sup>59</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 1.

<sup>60</sup> In Abb. 2 als der Pfeil „Compensation“, engl. Wort für Entschädigung / Ausgleich, dargestellt.

riger OS-Lizenzen. Teilweise fließen Spenden an die Community für die Wartung und Weiterentwicklung von ihrerseits betreuten Internetforen.

**Kurz: Die Distributoren, Hard- und Softwarefirmen müssen ein gutes Verhältnis zu der Community wahren, damit die Kommunikation und damit die Zusammenarbeit nicht abbricht.**

Auf der Vertriebsseite müssen sich die Intermediäre gegen Ansprüche jedweder Art der Nutzer, *soweit die Konformität mit dem bundesdeutschen Rechtssystem gewahrt bleibt*, absichern. Der Nutzer selbst möchte sich gegen Verlust oder Schäden aus nicht selbst zu verantwortenden Fehlern in der Software durch Garantien und weitere Anspruchsrechte abgesichert wissen.

Wenn es sich im Problemfall um einen Fehler<sup>61</sup> auf dem PC eines Privatnutzers handelt, sind die wirtschaftlichen Folgen meist nur geringen Ausmaßes oder gar nicht vorhanden.

Bei mehrmaligen Systemabstürzen eines Zentral-Servers in einer Unternehmung mit dauerhaftem Zugriff aller angeschlossenen Arbeitsplätze kann das negativ wirtschaftliche Ausmaß von beachtlicher Höhe sein.

Zur Veranschaulichung ein Beispiel:

Firma A setzt OSS der Firma B als infrastrukturell weitreichendes Betriebssystem ein. Im Quellcode der Software befindet sich ein gravierender Programmierfehler, der mehrmalige Systemabstürze verursachen wird.

Firma A besitzt die sich derzeit zunehmend verbreitende Technik der Terminal Server, auf die je nach Hardware-Performance (engl. für „Leistung der Komponenten“) mehrere Dutzend Nutzer über Terminals an ihrem Arbeitsplatz zugreifen und nach individueller Rechtevergabe Applikationen (-> Programme) aufrufen können. Diese Technik birgt im Vergleich zur traditionellen Server-Client-Architektur sowohl bedeutende Vor- als auch Nachteile.

Vorteile ergeben sich in dem Sinne, dass mit zunehmender Alterung und Auslastung bei höheren Anforderungen nicht mehr die Hardware am Arbeitsplatz (früher „Clients“ genannt, heute „Thin Clients“ oder nur „Terminals“) aufgestockt und erneuert werden muss, sondern nur noch der Server.

---

<sup>61</sup> Bspw. ein Programmfehler – macht sich gelegentlich als „runtime error“ bemerkbar.

Dies wird möglich, in dem die Terminals ausschließlich Verarbeitungssignale (von Tastatur, Maus und anderen Eingabegeräten) an den die Rechenprozesse verarbeitenden Server schicken und dessen bearbeitete Daten wieder als reines Grafiksinal zurückerhalten. Dieses wird sich in seiner Erscheinung auf dem Monitor verständlicherweise nicht von der gewöhnlichen Bildschirmmaske anderer Systeme unterscheiden.

Der Unterschied zu dem traditionellen Client zeigt sich darin, dass letztere eine vollständige *selbstlauffähige* PC-Peripherie mit lokaler Festplatte, Hochleistungsprozessor, Grafikprozessor etc. und der Serveranbindung per Anschluss an das firmeninterne Netzwerk aufweisen können.

Nachteile bestehen aber insofern – und dies kann unter rechtlichen Gesichtspunkten äußerst brisant werden – dass durch den zuvor angenommenen Systemabsturz die Arbeit sämtlicher Mitarbeiter bis zur endgültigen Behebung des Fehlers brach liegt, da nicht einmal mehr *lokal* auf dem PC weitergearbeitet werden kann. Dem kann durch parallelgekoppelte Ersatzserver zwar entgegengewirkt werden, aber ein hohes Risiko auf Zeitverlust, besteht trotzdem. Arbeitsergebnisse, die nicht rechtzeitig zwischengespeichert werden konnten, gehen oftmals verloren.<sup>62</sup>

Falls, unabhängig vom System weitere Maschinen an die Prozesse gekoppelt sind, können auch diese zum Stillstand kommen, Material wird dadurch möglicherweise unbrauchbar, erwartete Fertigungszahlen können nicht erfüllt, Liefertermine nicht eingehalten werden – Abnehmer können als Konsequenz Ansprüche aus Lieferungsverzug geltend machen.

Wer wird bei installierter OS-Betriebssoftware in solchen Fällen haften?

### **2.3.2 Fragestellungen aus dem Beziehungsgeflecht**

**Im Beziehungsgeflecht<sup>63</sup> „Community – Distributor – Nutzer“ können daher u.a. folgende rechtliche Fragen auftreten:**

#### **Fragen nutzerseitig:**

---

<sup>62</sup> Es sei denn, sie können durch temporäre Dateien wieder rekonstruiert werden.

<sup>63</sup> Natürlich wirft diese Konstellation nicht von vornherein Probleme auf; es geht hier ausschließlich um ungeklärte Fragen in Problemfällen, bei denen Gewährleistungs- bzw. Haftungsansprüche überhaupt erst entstehen können.

- Was passiert, wenn das vom Distributor durch den Nutzer erworbene Softwarepaket - als Beispiel soll hier GNU/Linux genannt sein - einen von der Community oder vom Intermediären verursachten Fehler aufweist?
- Wann ist bei der Nutzung erhöhte Vorsicht geboten? Wann kann man sich der Einräumung der vielfältigen Nutzungsrechte sicher sein?
- Gegen wen können Gewährleistungs- und Haftungsansprüche geltend gemacht werden?
- Besteht bei OSS derzeit überhaupt die Möglichkeit Ansprüche geltend zu machen?

**Fragen vertriebsseitig (Distributor / Hard- und Softwareanbieter):**

- Muss überhaupt jemand für die OSS haften?
- Ist es möglich, sich gegen nicht zu verantwortende Fehler (verursacht durch Community oder Ursache nicht feststellbar) gegenüber dem Nutzer abzusichern?
- Wenn ja, inwieweit ist ein Haftungsausschluss gesetzeskonform?
- Lassen sich die OS-Lizenzen in das bundesdeutsche Rechtssystem z.B. AGB einordnen? Sind sie vollständig wirksam?
- Was passiert, wenn die Unternehmung Fehler zu verantworten hat?
- Können reine Sicherheitslücken innerhalb der Software den Intermediären schon haftbar machen und was ist mit der Haftung bei einem Virusinfekt des Systems?
- Müssen die Entwickler der Community für etwaige Fehler haften?
- Kann man den verantwortlichen Fehlerverursacher einer Community überhaupt feststellen und wenn ja – wie?
- Können Ansprüche des Nutzers, der sie natürlich zunächst direkt gegen die Intermediären als seinen Vertragspartner richten wird, an die Community „weitergereicht“ werden?

**Fragen entwicklungsseitig (Community):**

- Welche gesetzlichen und welche Vorschriften aus der GPL müssen förmlich eingehalten werden?
- Ist die Community gegen Haftungsfragen ausreichend abgesichert?
- Lassen sich die OS-Lizenzen in das bundesdeutsche Rechtssystem z.B. AGB einordnen? Sind sie vollständig wirksam?

- Gibt es Rechtssysteme (weltweit), die den Haftungsausschluss der OS-Lizenzen nicht akzeptieren?
- Wenn ja, inwiefern ist die Rechtssicherheit des Entwicklers freier Software am Beispiel des Rechtsraumes BRD dann noch gegeben?

Fehler können sowohl durch die Community, als auch durch den Distributor, den Nutzer selbst und möglicherweise auch durch einen Vierten – einem Integrationshaus – verursacht worden sein. Bei letzterem kommt allerdings vorrangig kein Programmierfehler, sondern ein Implementierungsfehler in Frage, da Integrationshäuser den Quellcode nur selten modifizieren. Sie installieren das Programm und passen es, falls nötig, beim Nutzer an dessen Geschäftsprozesse an.

**Fragen seitens des Integrationshauses:**

- Muss das Integrationshaus auch für fehlerhafte OSS haften, welche sie zwar implementiert hat, jedoch ohne eigenen Eingriff in den Quellcode?
- Wenn die Frage nach dem Verursacher des Fehlers ungeklärt ist, hat das Integrationshaus dann als direkter Vertragspartner des Nutzers die Haftung zu übernehmen?
- Kann es sich vor derartigen Ansprüchen seitens der Nutzer mit spezifischen Vertragsarten (z.B. Dienstleistungsverträge wie Softwarewartungsverträge etc.) schützen?
- Wer ist für Fehler in der OSS haftbar zu machen, wenn diese einen erheblichen firmeninternen Mehraufwand an Zeit und Personal innerhalb des Integrationshauses verursachen und zu ungewollten Verzögerungen führen?
- Haftet in dem Fall, wenn überhaupt möglich, der Distributor bzw. der Soft- und Hardwareanbieter oder die Community?

Wie augenscheinlich leicht zu bemerken, sind der Distributor und die Soft- und Hardwarehäuser in diesem Kapitel oft parallel genannt. Dies hat den Hintergrund, dass die jeweiligen Haftungsfragen sich sehr ähneln – es kann sogar davon ausgegangen werden, dass sie in vielen Punkten annähernd gleich sind.

Beide generieren die Programmiererergebnisse der Community und fügen sie zu einer funktionsstüchtigen Gesamtsoftware zusammen, um sie dann an den Nutzer weiter zu vertreiben.

Weiterführend können bei Soft- und Hardwarehäusern firmenintern besondere Rechtsfragen entstehen, wenn sie OSS als Embedded Software (-> engl. für eingebettete Software) auf Teilen ihrer selbstproduzierten Hardware (z.B. Prozessor, Grafikchips) laufen lassen und diese durch einen Softwarefehler funktionsuntüchtig gemacht bzw. ganz zerstört wird.<sup>64</sup> Auch hier wird sich wieder die Frage stellen, ob die Haftung vom Soft- und Hardwarehaus selbst übernommen werden muss, oder ob die Community dafür haftbar gemacht werden kann. Neben all dem ist eine generelle, sehr schwierige Frage jedoch:

**Inwieweit macht es Sinn, die Community im Falles eines Softwarefehlers, der ausdrücklich *nicht vorsätzlich* in das Programm eingefügt wurde, haftungsrechtlich belangen zu wollen?**

Die Geschäftsgrundlage zwischen beiden Parteien ist das Vertrauen und die Achtung der Leistung der jeweilig anderen Seite. Dies geschieht in einem wechselseitigen, kooperativen Informationsaustausch, der gravierenden Schaden erleiden könnte, sobald sich die Community durch die vom Distributor oder Soft- und Hardwarehaus veranlasste gerichtliche Suche nach einem „Fehler“-Verursacher angegriffen fühlt.

Natürlich gleicht die Suche nach einem Entwickler, der den Schaden zu verantworten haben könnte, der Suche nach der berühmten „Nadel im Heuhaufen“. Aber schon ein abgeschlossener Präzedenzfall hätte aufgrund des zu erwartenden Vertrauensverlustes erhebliche negative Folgen für die weitere Zusammenarbeit der Beteiligten.

Berührt werden im Rahmen der Rechte und Pflichten von Entwicklern primär weite Bereiche des **Urheberrechts**. Wie in dem generischen Modell deutlich erkennbar, könnten Ansprüche ebenso auch aus der **vertraglichen Haftung** geltend gemacht werden.

Eine Basisfrage, deren Antwort *unterschiedliche* rechtliche Bedingungen zur Folge hat, ist - sofern deutsches Recht Anwendung findet - folgende:

**Welcher Vertragstypus liegt bei der Überlassung einer OSS vor?**

---

<sup>64</sup> Als praktisches Beispiel soll hier die Überhitzung eines Hochleistungsprozessors genannt sein, welcher aufgrund einer Übertaktung dauerhaft überlastet und schließlich unbrauchbar wird.

Handelt es sich bei der unentgeltlichen Weitergabe der OSS um eine **Schenkung** (§§ 516 ff. BGB) oder um die Regelungen einer **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**<sup>65</sup> (GbR, §§ 705 ff. BGB)?

Die Möglichkeit, darin einen Auftrag (§ 662 ff. BGB) zu erkennen, lässt sich bereits an dieser Stelle widerlegen. Ein Auftrag (§§ 662 ff. BGB) entfällt von vornherein, da der Beauftragte (in freier Auslegung die Community) keiner Verpflichtung gegenüber dem Auftraggeber (in freier Auslegung bspw. der Distributor) nachkommen muss - eine genauere rechtliche Untersuchung wird durch diesen eindeutigen Ausschluss nicht erfolgen.

Einen Einstieg zur weitergehenden Analyse bietet die Darstellung relevanter rechtlicher Grundlagen des nächsten Kapitels.

---

<sup>65</sup> Ist aufgrund der Mehrheit von Entwicklern innerhalb der Community möglich.

## 3 Rechtliche Einordnung von Open Source Software

### 3.1 Geltungsraum Bundesrepublik Deutschland

Grundsätzlich gilt deutsches (Bundes-)Recht im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Dies ergibt sich aus dem völkerrechtlichen Grundsatz der Souveränität und gilt solange, bis sich ein Staat Einschränkungen seiner Hoheitsgewalt unterwirft, z. B. im Rahmen des europäischen Vereinigungsprozesses.

Dort, wo Verträge abgeschlossen werden, eröffnen sich Fragen zu Haftung und Gewährleistung. Aber nicht nur die vertragliche Haftung nimmt bei OSS eine prägnante Stellung ein.

Software ist in Deutschland grundsätzlich urheberrechtlich geschützt.<sup>66</sup>

Beide gerade genannten Rechtsgebiete spielen die entscheidende Rolle in der folgenden Untersuchung.

Nebenbei müssen an dieser Stelle auch die durch OSS tangierten Bereiche der Marken- und Patentgesetze,<sup>67</sup> des Kartell- und Wettbewerbsrechts<sup>68</sup> und die Handelsgeheimnisse<sup>68</sup> erwähnt werden, die jedoch keinen Einfluss auf die weitere Analyse nehmen.

### 3.2 Allgemein geltende Normen

Unbestritten ist, dass, sobald Software innerhalb der BRD angeboten, verbreitet und/oder aus dem Internet heruntergeladen wird, bei Rechtsfragen die deutschen Verbraucherschutzgesetze zum Tragen kommen.<sup>69</sup> Insofern ist zu prüfen, ob die Bedingungen der vorrangig **US-stämmigen OS-Lizenzen** konform zum deutschen Rechtssystem sind. Dazu wird mit der „GNU General Public License“ (GPL) die derzeit populärste OS-Lizenz vorgestellt.

Nach einer allgemeinen Einführung zur Charakteristik von Haftung und Gewährleistung in der BRD und der Gegenüberstellung der AGB und den beiden Lizenzen wird konkret auf die

---

<sup>66</sup> Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, S. 39.

<sup>67</sup> Erwähnenswerte weiterführende Literatur mit Bezug auf OSS u.a. in: *Horns*, Der Patentschutz für softwarebezogene Erfindungen im Verhältnis zur "Open Source"-Software, JurPC Web-Dok. 223/2000, Abs. 1 – 80, weitere Quellenangaben im Literaturverzeichnis unter „Weiterführende Literatur“.

<sup>68</sup> Engl. „Trade Secrets“: meist unpatentierbare Informationen, welche nicht an Dritte weitergegeben werden dürfen, da sie das Bestehen einer Unternehmung sichern, z.B. Kochrezepte.

<sup>69</sup> Vgl. *Siepmann*, Freie Software – Rechtsfreier Raum?, S. 58 ff.

Rechte und Pflichten aus der Urheberschaft, Schenkung und gesellschaftlichem Ansatz von OSS eingegangen.

### 3.2.1 Haftung und Gewährleistung

**Gewährleistung** bedeutet nach deutschem Zivilrecht: Es wird eine vertragliche Haftung dafür übernommen, dass im Zeitpunkt der Übergabe eine Ware oder eine Dienstleistung ohne Mängel behaftet ist. Dies bedeutet für Software, dass das jeweilige Programm ordnungsgemäß funktionieren muss.<sup>70</sup>

Prinzipiell macht das deutsche Gesetz keinen Unterschied zwischen OSS und Software allgemein. Solange Software kostenlos (dabei ausgehend von einer Schenkung) aus dem Internet heruntergeladen werden kann, ist die Rechtslage meist unumstritten und der Gewährleistungsumfang zugunsten des Schenkers stark eingeschränkt.<sup>71</sup>

Schwieriger stellt sich die Rechtslage für Distributoren dar. Wenn sie Software-Programme auf Datenträgern, eventuell noch zusammen mit Handbüchern und/oder Support verkaufen, so wird eine kaufvertragliche Gewährleistung relevant. Mängelansprüche an Sachen (analog bei Software) im Rahmen eines Kaufvertrags verjähren gem. § 438 Abs. Nr. 3 BGB i.d.R. nach zwei Jahren.

Die **Haftung** geht noch einen Schritt weiter: Grundsätzlich haftet jeder für sein Tun und Lassen, **i.d.R.** aber **nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit**.

§ 276 BGB [Umfang der Verschuldenshaftung]

- (1) Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Die Vorschriften der §§ 827, 828 BGB finden Anwendung.
- (2) Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.

---

<sup>70</sup> Vgl. *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, S. 41.

<sup>71</sup> Mit Verweis auf die ausführlichere Betrachtung in Kap. 3.6: Schenkung von OSS.

Es tauchen bspw. immer dann Haftungsfragen auf, wenn eine Software Viren enthält und dadurch ein beachtlicher wirtschaftlicher Schaden entsteht.

Bezüglich der Haftung muss zwischen der verschuldensabhängigen, welche sich aus der **deliktischen Produzentenhaftung** ergibt, und der Garantiehaftung unterschieden werden. Im Bereich der Garantiehaftung finden die Vorschriften des **Produkthaftungsgesetzes**<sup>72</sup> (ProdHaftG) Anwendung.<sup>73</sup> Dieses ist im Gegensatz zu der Haftung aus Kaufvertrag (§ 433 BGB), Werkvertrag (§ 631 BGB) und Dienstleistungsvertrag (§ 611 BGB) *außervertraglich* und dient dem Verbraucher schützend bei Personen- und Sachschäden, die er infolge eines durch ein fehlerhaftes Produkt verursachten Schadens erleiden muss. Wesentliche Vorteile liegen in der Verschuldensunabhängigkeit, denn der Verbraucher hat nicht die Beweislast gegen den Hersteller zu tragen. Die Verjährungsfrist beträgt gem. § 12 ProdHaftG 3 Jahre nach Erkenntnisnahme oder Entdeckenmüssens des Schadens, des Fehlers und der Person des Ersatzpflichtigen.

Das Produkthaftungsgesetz bezieht sich auch auf Softwarefehler. Zu klären ist, ob eine OSS mitsamt möglicher Modifikation die Voraussetzungen eines Produkts nach § 2 ProdHaftG erfüllen kann.

Dafür sprechen zwei Argumente:

- (1) Die Software fällt unter den Begriff der „beweglichen Sache“ des § 90 BGB.
- (2) Gerade die Erweiterung des § 2 ProdHaftG - Stichwort „Elektrizität“<sup>74</sup> – legitimiert die Software als Produkt.

Es gibt Anzeichen dafür, dass in diesem Zusammenhang der Begriff „Software“ als solcher differenziert betrachtet wird. Individuell im Auftrag entwickelte Software stelle demnach kein Produkt dar; massenhaft vertriebene Standardsoftware dagegen schon.<sup>75</sup> Damit würde aufgrund zunehmender Popularität und ihrer standardisierten Beschaffenheit die Software GNU/Linux zur Gattung der Standardsoftware gehören und somit in den Geltungsbereich des Produkthaftungsgesetzes fallen.

---

<sup>72</sup> Es ist nach § 14 ProdHaftG im Voraus nicht abdingbar.

<sup>73</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 152.

<sup>74</sup> Im ganzen Wortlaut: „Produkt im Sinne dieses Gesetzes ist jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet, sowie Elektrizität.“ (§ 2 ProdHaftG).

<sup>75</sup> Vgl. *Gehring*, Software und Haftungsrecht, Linux Magazin, 4/1997, S. 26

Sind die Voraussetzungen für seine Anwendung gegeben, so haftet der Hersteller für Fehler i.S.d. § 3 ProdHaftG. Der Käufer der Software hat laut Rechtsprechung (BGHZ 51, 91) ein für den bestimmungsgemäßen Gebrauch funktionierendes Produkt zu erwarten.

Unter diesen Umständen ist zu klären, ob die Haftung nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHaftG ausgeschlossen werden kann, wenn der Hersteller das Produkt weder für den Kauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen der beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat.

Die Produkthaftung nach dem ProdHaftG ist allerdings ausgeschlossen, wenn der Fehler gem. § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.

**Anmerkung:** Häufig werden die deliktische Produzentenhaftung und die Produkthaftung nach dem ProdHaftG gleich gesetzt, was durch ihre Eigenständigkeit jeder Grundlage entbehrt.<sup>76</sup> Beide können nebeneinander und in Anspruchskonkurrenz zueinander bestehen.<sup>77</sup>

Das juristische „Fundament“ der Produzentenhaftung bildet der § 823 Abs. 1 BGB mit der zugehörigen Rechtsprechung. Derzeit ist die Anwendung der Produzentenhaftung bei Datenverlusten allerdings umstritten, da im Falle des Verlusts digitaler Inhalte nicht eindeutig bestimmt ist, ob eine Eigentumsverletzung nach § 823 BGB vorliegt oder nur ein deliktsrechtlich nicht geschützter Vermögensschaden, was bisher vermehrt zur Ausgleichung der Vermögensverluste durch die vertragliche Haftung aufgefangen wurde.<sup>78</sup> Veränderungen in Richtung der Produzentenhaftung sind aber bereits zu verzeichnen.

Das Produkthaftungsgesetz wurde am 15. Dezember 1989 (BGBl. I S. 2198) verabschiedet<sup>79</sup> und ist auf die Umsetzung einer entsprechenden EU-Richtlinie zurückzuführen.

Während das Produkthaftungsgesetz völlig verschuldensunabhängig greifen kann und auch „Ausreißer“<sup>80</sup> in den Haftungsumfang mit einschließt, so gilt dies wie schon eingangs erwähnt

---

<sup>76</sup> Im Einführungsbereich des BGB (53. Auflage, 2003) werden unter dem Abschnitt „Schutz des Verbrauchers vor fehlerhaften Produkten“ die beiden Rechtstitute in zwar einfacher, aber verständlicher Form vorgestellt. Demnach wurde das Produkthaftungsgesetz *zusätzlich* zur Produzentenhaftung geschaffen.

<sup>77</sup> Vgl. *Bartsch*, [http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung\\_software.de.html](http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung_software.de.html).

<sup>78</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 253/254 unter Berufung auf *Günther, Andreas*; Produkthaftung für Informationsgüter; Köln 2001.

<sup>79</sup> Zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.7.2002 (BGBl. I S. 2674) m.W.v. 1.8.2002.

<sup>80</sup> „Ausreißer“ stehen für unvorhersehbar entstandene Fehler.

nicht für die deliktische Produzentenhaftung. Allerdings ist im Falle auftretender Ausreißer in Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB der Entlastungsbereich äußerst schwierig.<sup>81</sup>

Im Gegensatz zum Produkthaftungsgesetz sieht die Produzentenhaftung wiederum keine Höchstbetragsgrenze bei Tod und Körperschäden vor, ebenso keine Selbstbeteiligung des Geschädigten; durch sie kann Schmerzensgeld gewährt werden und es besteht keine Frist von zehn Jahren (so aber beim Produkthaftungsgesetz gem. § 13 ProdHaftG) für Ersatzansprüche nach Inverkehrbringen des Produktes durch den Hersteller.<sup>82</sup>

### 3.2.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

*„Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt.“ § 305 Absatz 1, Satz 1 BGB*

Im alltäglichen Geschäftsverkehr spielen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) eine tragende Rolle. Meist versuchen die Verfasser von AGB, die Rechtslage zu ihren Gunsten zu verbessern, insbes. die Haftung *weitestgehend* auszuschließen.

Mit anderen Worten werden sich demnach diejenigen gegen wirtschaftliches Risiko absichern, die OSS ohne Lizenzgebühren verbreiten.<sup>83</sup>

Seit Einbeziehung des AGB-Gesetzes in das Bürgerliche Gesetzbuch zum 1.1.2002 muss die Anwendbarkeit nicht mehr gesondert erklärt werden, d.h. das Recht der AGB nach den §§ 305 ff. BGB ist unmittelbar anwendbar.

#### Die Regelungen der AGB im Überblick:

Paragrah	Titel	Regelung
§ 305 BGB	Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ausdrücklicher Hinweis auf AGB durch Verwender</li> <li>- deutliches, behindertengerechtes Kenntlichmachen</li> <li>- beidseitiges Einvernehmen über die AGB als Bestandteil</li> </ul>

<sup>81</sup> Vgl. *Bartsch*, [http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung\\_software.de.html](http://www.bartsch-partner.de/mb/texte/produkthaftung_software.de.html).

<sup>82</sup> Vgl. mit Einführungsbereich des *BGB* (53. Auflage, 2003) unter dem Abschnitt „Schutz des Verbrauchers vor fehlerhaften Produkten“.

<sup>83</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, [http://www.ifross.de/ifross\\_html/art1.html](http://www.ifross.de/ifross_html/art1.html); unter gleichem Titel auch zu finden in GRUR Int. 99.

		des Vertrags
§ 305a BGB	Einbeziehung in besonderen Fällen	- Gültigkeit der AGB in besonderen Fällen, abweichend von den Regelungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2
§ 305b BGB	Vorrang der Individualabrede	- Individuelle Vertragsabreden haben Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen
§ 305c BGB	Überraschende und mehrdeutige Klauseln	- haben keine Relevanz in den AGB - Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders
§ 306 BGB	Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit	- Wirksamkeit des Vertrages trotz teilweiser Unwirksamkeit der AGB / dann nach den gesetzlichen Vorschriften - Unwirksamkeit des Vertrages bei unzumutbarer Härte der Klauseln
§ 306a BGB	Umgehungsverbot	- die Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden
§ 307 BGB	Inhaltskontrolle	- AGB grundsätzlich unwirksam bei Verletzung von Treu und Glauben (§ 242 BGB)
§ 308 BGB	Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit	- Auflistung diverser Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit
§ 309 BGB	Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit	- Auflistung diverser Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit
§ 310 BGB	Anwendungsbereich	- u.a. Einschränkungen des Anwendungsbereichs

Quelle: Bürgerliches Gesetzbuch (Stand 01. Januar 2003); eigene verkürzte Darstellung

**Abbildung 3: Tabellarische Zusammenfassung der AGB**

**Wesentliche Restriktionen der AGB im Überblick:**

Haftungsausschlüsse in AGB sind weitgehend unzulässig. Den Ausschluss der Haftung für vorsätzliches Handeln der Vertragsparteien verbietet bereits der § 276 II BGB.<sup>84</sup>

§ 309 Nr. 7 BGB n. F.<sup>85</sup> untersagt Haftungsausschlüsse bei grober Fahrlässigkeit des Verwenders von AGB und bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz seines Erfüllungsgehilfen. Es bleibt nach den neuen AGB auch explizit kein Raum mehr für Haftungsausschlüsse bei einfacher

<sup>84</sup> Vgl. *Siepmann*, <http://www.jura.uni-sb.de/jurpc/aufsatz/19990163.htm#ue2.1>, Rn. 54

<sup>85</sup> Vor der Schuldrechtsmodernisierung: § 11 Nr. 7 ABGB [Haftung bei grobem Verschulden].

Fahrlässigkeit. Neu ist die direkte Verklausulierung der Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses auch bei leicht fahrlässig verschuldeten Körperschäden in den § 309 BGB.<sup>86</sup>

Des weiteren verstoßen Haftungsausschlüsse bei einfacher Fahrlässigkeit häufig gegen § 307 Abs. 1 und 2 BGB,<sup>87</sup> wenn es z. B. um wesentliche Vertragspflichten geht, der Verwender der AGB eine qualifizierte Vertrauensstellung einnimmt oder wenn es sich um Verletzung von Gesundheit oder Leben handelt. Ebenfalls neu ist in diesem Zusammenhang das „Transparenzgebot“. Eine unangemessene Benachteiligung einer Partei kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

### **Die Anwendbarkeit**

Die Frage nach der räumlichen Anwendbarkeit der AGB wird durch die Regelungen des Internationalen Privatrechts beantwortet. Art. 27 EGBGB diesbezüglich anzuwenden durch den deutschen Richter, erklärt die Rechtswahl der Vertragsparteien für frei wählbar. Falls der Verbraucher (in diesem Falle der Nutzer) aber eine besondere Schutzregelung des Staates genießt, in dem er (meistens) ansässig ist, dann wird er durch die Verbraucherschutzregelung des Art. 29 EGBGB geschützt, zu denen auch die Bestimmungen der AGB-Vorschriften zählen (§ 310 Abs. 3 BGB).<sup>88</sup>

Somit sind, sofern der geschlossene Vertrag über OSS z.B. zwischen Nutzer - als dem Verbraucher nach § 13 BGB - und Distributor unter Art. 29 EGBGB fällt, die AGB anwendbar. Ist der Nutzer allerdings Unternehmer i.S.d. § 14 BGB, dann muss die Eingrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs aus § 310 Abs. 1 BGB, welche nur eine begrenzte Überprüfung der AGB zulässt, beachtet werden.<sup>89</sup> Demnach wären dann die Vorschriften der §§ 305 Abs. 2 und 3, 308, 309 BGB n. F. ausgeschlossen.

---

<sup>86</sup> Integration des bisherigen § 23 Abs. 2 Nr. 3 und 4 AGBG.

<sup>87</sup> Vor der Schuldrechtsmodernisierung: § 9 AGBG [Generalklausel].

<sup>88</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 146.

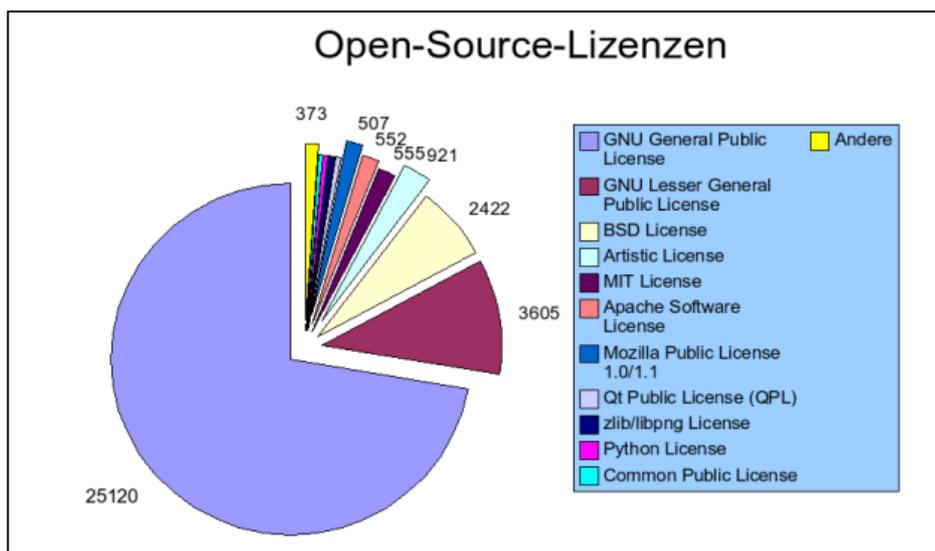
<sup>89</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, § 24 AGBG, Rn. 1.

### 3.2.3 Open Source Software Lizenz

Eine Software Lizenz steht für einen Vertrag, in dem eine Partei (Lizenzgeber) einer anderen (Lizenznehmer) bestimmte Nutzungsrechte an einer urheberrechtlich geschützten Software überlässt oder beschränkt, mit folgendem möglichen Inhalt:<sup>90</sup>

- Allgemeines Nutzungsrecht an der Software
  - ⇒ Zahl der Nutzer, Art der Nutzung usw.
- Recht auf Weiterverbreitung der Software
- Recht auf Veränderung der Binärdateien
- Recht auf Veränderung des Quellcodes, sofern vorhanden
- Recht auf Weiterverbreitung veränderter Versionen der Binärdateien oder des Quellcodes
- Recht auf Verbindung („Linking“) der Binärdateien oder des Quellcodes mit anderer Software
  - ⇒ statisches Linking vs. dynamisches Linking

Die OS-Lizenzen, die erheblich weniger restriktive Bedingungen als die der proprietären Software besitzen, gliedern sich nach einer Statistik des SourceForge-Projekts<sup>91</sup> wie folgt:



Quelle: <http://openfacts.berlios.de/index.phtml?title=Open-Source-Lizenzen> (Zugriff am 27.06.2003)

**Abbildung 4: Häufigkeit und Verteilung der OS-Lizenzen**

<sup>90</sup> Vgl. Open Source Lizenzen in <http://openfacts.berlios.de/index.phtml?title=Open-Source-Lizenzen>.

<sup>91</sup> Mit weit über 30.000 Projekten der größte Hosting-Anbieter für Open-Source-Software (daneben gibt es andere Anbieter wie GNU Savannah und BerliOS); Erhebung im Januar 2003.

Exemplarisch wird nun die GPL (GNU General Public License) vorgestellt.

## Die GPL – GNU General Public License

Wie in Abbildung 2 gezeigt, handelt es sich bei der GPL um *die* marktdominante OS-Lizenz. Dies erklärt bei Fragen zu allgemein-typischen Eigenschaften von OS-Lizenzen den häufigen Verweis verschiedener Autoren innerhalb der juristischen Untersuchung auf die GPL.<sup>92</sup>

Es folgt eine Zusammenfassung des Lizenzinhalts der GPL, der sowohl im Original als auch in einer freien deutschen Übersetzung im Anhang zu finden ist.

### Wesentliche zusammengefasste Aussagen der GPL:

Die GNU General Public License (GPL) umfasst jene Nutzungsbedingungen, die Richard Stallman zum Schutz seiner Idee der Freien Software entwickelte.<sup>93</sup> Diese Bedingungen sind folgendermaßen gegliedert:

**Ziffer 0** regelt mit Bezug auf die Anfertigung von Kopien sowie die Verbreitung und Veränderung der Software den Anwendungsbereich der GPL. Ein konkretes Nutzungsrecht wird nicht eingeräumt, nur das bloße Ablaufenlassen des Programms ist unbeschränkt erlaubt.<sup>94</sup>

Die Rechte der Nutzer sind in den Ziffern 1 und 2 dargelegt.

Nach **Ziffer 1** wird dem Nutzer gestattet, „auf beliebigen Medien unveränderte Kopien des Quelltextes des Programms“ anzufertigen und zu verbreiten, stets mit dem Hinweis auf die Beachtung urheberrechtlicher Hinweise und den Haftungsausschluss.

**Ziffer 2** beinhaltet die Veränderungsbefugnis: „Sie dürfen Ihre Kopie(n) des Programms oder eines Teils davon verändern, wodurch ein auf dem Programm basierendes Datenwerk entsteht; Sie dürfen derartige Bearbeitungen (...) vervielfältigen und verbreiten.“

Die Befugnis unterliegt allerdings folgenden Bedingungen:<sup>95</sup>

- a) Eigens veränderte Dateien müssen mit einem Vermerk, welcher zum einen auf die Veränderung als solche hinweist und zum anderen das Datum der Änderung ausdrückt, versehen werden.

---

<sup>92</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 31.

<sup>93</sup> Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, S. 39.

<sup>94</sup> Vgl. Deike, CR 1/2003, S. 10

<sup>95</sup> In Anlehnung an den Festschriftbeitrag von Omsels, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>.

- b) Die bearbeitete Fassung darf Dritten nur unter den Bedingungen der GPL zur Verfügung gestellt werden.
- c) Die Bedingungen der GPL müssen dem Nutzer/Nutzer deutlich gemacht und auferlegt werden; dies beinhaltet einen Hinweis (Link) auf das Vorhandensein der Lizenz in ihrem Wortlaut.

Für die Weitergabe des Quellcodes darf, gefolgert aus Ziffer 2 b), keine Lizenzgebühr erhoben werden. Dennoch ist es nicht untersagt, für die reine Tätigkeit der Anfertigung einer Kopie und die Übernahme einer Gewährleistung eine Gebühr zu erheben.<sup>96</sup> Ein Hauptmerkmal der GPL steckt in Ziffer 2 c): Im Sinne der Idee des „Copyleft“ wird dafür gesorgt, dass ein Programm unter der GPL stehend, trotz Modifikation, frei bleibt; erreicht wird dies dadurch, dass jede Veränderung, Abwandlung oder Kopie automatisch wieder unter die GPL fällt.

**Ziffer 3** regelt die Verbreitung eines Programms im Objektcode oder in ausführbarer Form, sofern der maschinenlesbare Quellcode oder ein etwaiges Angebot (Zurverfügungstellen in adäquater Form über mindestens drei Jahre; Download durch das Internet kann genügen<sup>97</sup>) gewährleistet ist; zusätzlich liefert Ziffer 3 eine Definition des Begriffs (kompletter) Quelltext.

Die wichtigsten Gedanken der Ziffern 4 bis 12 lassen sich zusammenfassend kurz und bündig folgendermaßen umschreiben:<sup>98</sup>

**Ziffer 4** bezieht sich auf den Verfall der Lizenzrechte durch Verstöße.

**Ziffer 5** fingiert die Annahme der GPL durch den Nutzer, sobald dieser Veränderungen an der Software vornimmt oder/und sie an Dritte weitergibt.

**Ziffer 6** weist ausdrücklich auf das Verbot hin, den Empfängern keine weitergehenden Restriktionen aufzuerlegen.

**Ziffer 7** betrifft Kollisionen mit anderen (z.B. Patent-) Ansprüchen, die zur Nichtweiterverbreitung führen können. Umgangen dürfen diese Ansprüche nämlich nur durch das völlige Unterbinden der Weitergabe des Programms; die GPL darf unter keinen Umständen umgangen werden.

**Ziffer 8** trägt möglichen landesspezifischen Restriktionen Rechnung, die die Konsequenz aus Ziffer 7 zur Folge haben können. Darin sind u.a. Einschränkungen hinsichtlich der Nutzbar-

---

<sup>96</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 10.

<sup>97</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 11.

<sup>98</sup> Teilweise in Anlehnung an *Grassmuck*, S. 283.

keit der Software in bestimmten Ländern enthalten, die sich durch Patente oder urheberrechtlich geschützte Schnittstellen ergeben könnten.<sup>99</sup>

In **Ziffer 9** behält sich die FSF mögliche Änderungen an der GPL vor.

**Ziffer 10** fordert indes den Nutzer auf, sich an den Urheber des Programms zu wenden, wenn er eine Lizenz abweichend von der GPL haben möchte.

Die **Ziffern 11 & 12** enthalten als einen weiteren Kernpunkt der GPL den **Haftungs- und Gewährleistungsausschluss**, sofern durch das anwendbare Recht zugelassen.

### **3.3 Konflikt- und Ergänzungspotential zwischen AGB und OS-Lizenzen am Beispiel der GPL**

Dass die Bestimmungen der GPL aufgrund ihrer Form vorformulierte Vertragsbedingungen i.S.d. Vorschriften der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (explizit nach § 305 I BGB) darstellen, steht nach vorherrschender Meinung außer Frage.<sup>100</sup>

Obwohl die GPL unter amerikanischem Recht entstand, in englischer Sprache verfasst ist und nicht zuletzt durch den US-typischen Haftungs- und Gewährleistungsausschluss Merkmale amerikanischer Vertragsgestaltung enthält, kann eindeutig nicht davon ausgegangen werden, dass sich Urheber außerhalb der USA auch stets für die Wahl des US-amerikanischen Rechts entscheiden. Bekräftigt wird dies durch den ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten des „anwendbaren Rechts“ der Ziffern 11 und 12 der GPL.<sup>101</sup> Die OS-Lizenz ist somit lediglich als Mustervertrag einzuordnen, dessen Vorschriften der Anwendung von übergeordnetem staatspezifischem Recht nicht entgegenstehen sollen.

Mangels Rechtswahl ist gemäß Art. 28 EGBGB grundsätzlich das Recht des Staates ausschlaggebend, mit dem der Lizenzvertrag die engsten Verbindungen aufweist.<sup>102</sup> Orientiert wird sich dabei an jener Vertragspartei, die die Leistung (Weitergabe von OSS) erbringt.

Folglich muss an dieser Stelle festgehalten werden, dass das bundesdeutsche Recht durchaus nicht immer anzuwenden ist, da der Lizenzvertrag mit dem Besitzer und Eigentümer der Urheberrechte (in den USA synonym mit dem Hersteller) geschlossen wird und die Schließung

---

<sup>99</sup> s. Fn. 97.

<sup>100</sup> Vgl. *Spindler*, S.34 mit Verweis auf andere Autoren.

<sup>101</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 11.

<sup>102</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 31.

des Vertrags bei Software – besonders beim Herunterladen von einem Server – oftmals nicht auf bundesdeutschem Rechtsgebiet geschieht.

Fest steht aber auch, dass sich die GPL im Falle ihrer Anwendung in der BRD stellvertretend für die OS-Lizenzen geltungsräumlich an den Vorschriften der AGB (nach § 305 Abs. 2 BGB) messen lassen muss.

**Doch wie und wann kommt bei OS-Lizenzen überhaupt eine Annahme der Bedingungen durch den Nutzer zustande und warum kommt eine solche Annahme überhaupt in Frage?**

### 3.3.1 Das Zustandekommen des OS-Lizenzvertrags

Auch wenn die GPL in ihrem Kern altruistische Züge aufweist und die OSS somit unentgeltlich (lizenzgebührenfrei) an Dritte weitergegeben wird, entsteht durchaus ein vertragliches Verhältnis zwischen Urheber und Nutzer.<sup>103</sup> Dies wird durch jene Auflagen deutlich, nach denen dem Nutzer im Falle der Missachtung der Bedingungen die Lizenz entzogen wird und er die Software lediglich im Rahmen der Vorschriften des Urheberrechts nutzen darf. Auf diese Verwertungsrechte i.S.d. §§ 69 a ff. UrhG ist der Nutzer auch dann nur beschränkt, wenn er vor Vertragsabschluss nicht die Möglichkeit hatte, Kenntnis von den Vorschriften der GPL, angelehnt an den § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB, zu erlangen.<sup>104</sup>

Fakt ist, dass durch die Berechtigung eines jeden zur Weiterverbreitung der OSS unter der GPL pauschale Angaben zu Ort und Art und Weise des Vertragsabschlusses nicht getätigt werden können, da die Software auf vielen Wegen (direkter Erwerb im Handel, Erwerb über Versand, Download aus dem Internet) durch den Nutzer erworben werden kann.<sup>105</sup>

Geht man durch die Tätigung des reinen Downloadvorgangs von der Schließung eines Lizenzvertrages seitens des Nutzers aus, so kann dies als eine konkludente Annahmeerklärung i.S.d. § 151 Satz 1 BGB gelten, allerdings nur, wenn die maßgeblichen Kriterien der zumutbaren Kenntlichmachung (§ 305 Abs. 1, Satz 1 BGB) – u.a. per deutlich sichtbarem Link auf der Homepage – erfüllt sind.<sup>106</sup> Der Hinweis auf die Möglichkeit einer schriftlichen Anforderung

---

<sup>103</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 13.

<sup>104</sup> Vgl. *Spindler*, S.36.

<sup>105</sup> Vgl. *Omsels*, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>.

<sup>106</sup> s. Fn. 103.

der jeweiligen Lizenz durch den Nutzer gemäß Ziffer 3 GPL reicht dabei jedoch keineswegs aus.<sup>107</sup> Es erlaubt keine zumutbare Kenntnisnahme i.S.d. § 305 Abs. 3 BGB.<sup>108</sup>

Die Möglichkeit der einfachen Kenntnisnahme der Bedingungen gem. § 305 Abs. 1, Satz 1 BGB u.a. als Erfordernis für die wirksame Einbeziehung der AGB in den Vertrag nach § 305 Abs. 2 und 3 BGB ist bei Vertragsabschluss *über das gesamte Softwarepaket* häufig nicht gegeben. So befindet sich bei einem Linux-Softwarepaket eine Abschrift der Lizenz der Firma SuSE in der Verpackung oder auf dem Datenträger und konnte bei Kauf vom Erwerber noch nicht wahrgenommen werden.

Dies soll aber kein gravierendes Problem darstellen. Die Einbeziehung der GPL kann auch nach Vertragsabschluss erfolgen, da das AGB-Gesetz eine spätere Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausschließt.<sup>109</sup> Voraussetzung ist dann allerdings, dass die nachträgliche Einbeziehung vom Verwender gewollt wird, der Nutzer in zumutbarer Weise Kenntnis der AGB erlangen kann und **beide Parteien die Geltung der Bedingungen eindeutig bestätigen**.<sup>110</sup>

Dem Problem der eindeutigen Bestätigung versucht die Regelung der Ziffer 5 GPL entgegenzuwirken. Sie geht bezüglich der Wirkung jeder Vervielfältigung oder einer sonstigen Nutzung seitens des Nutzers von dessen konkludenter Annahmeerklärung der Lizenz aus.<sup>111</sup> Dadurch wird auf den Zugang der Annahmeerklärung gem. § 151 S. 1 BGB verzichtet. Diese rechtliche Situation, speziell durch Ziffer 5 Satz 4 der GPL herbeigeführt, ist dabei als Tatsachenfunktion i.S.d. § 308 Nr. 5 BGB zumindest als bedenklich einzustufen.<sup>112</sup> Ein Einklang mit dem deutschen Vertragsrecht ist nur schwierig zu erreichen.

Da in der Absicht von Ziffer 5 Satz 4 GPL nicht einfach von einem bis zur ersten Veränderung oder sonstigen erweiterten Nutzung aufgeschobenen Vertragsabschluss ausgegangen werden kann<sup>113</sup>, scheint geboten, diese Bedingung nicht auf den Abschluss eines Lizenzver-

---

<sup>107</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 148; Spindler, S.35 f.; eine freiere Auffassung vertritt Schiffner, S. 184.

<sup>108</sup> In Anlehnung an Omsels, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>., Ausdruck S. 6: Im Anhang der GPL befindet sich folgender Hinweis: „Sie sollten eine Kopie der GNU General Public License zusammen mit diesem Programm erhalten haben. Falls nicht, schreiben Sie an die Free Software Foundation, Inc., 675 Mass Ave, Cambridge, MA 02139, USA.“

<sup>109</sup> Vgl. Omsels, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>.

<sup>110</sup> Vgl. BGHZ 86,1 135,1 137; BGH NJW 83, 1053, 1055; 84, 1112.

<sup>111</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 148.

<sup>112</sup> Vgl. Schiffner, S. 185.

<sup>113</sup> Dies würde bewirken, dass ein Angebot seitens des Urhebers mehrere Monate oder sogar bis zu Jahren im Raum steht.

trags, sondern auf die spezifischen zu erfüllenden Auflagen im Falle einer Weitergabe der OSS zu beziehen.<sup>114</sup> Außerdem gibt bereits Ziffer 4 Satz 1 der GPL dem Nutzer Veränderungs- und Verbreitungsrechte an der Software. Ziffer 5 Abs. 4 liefere diesbezüglich dann ins Leere.

Die eigentliche Wirkung der Vorschrift kann bereits durch folgende gescheiterte Voraussetzung in Frage gestellt werden: Damit Ziffer 5 GPL rechtlich überhaupt greifen kann, muss die GPL als AGB überhaupt erst wirksamer Vertragsbestandteil geworden sein.

Letztlich, wenn die GPL aus verschiedenen Gründen nicht Teil des Vertrags werden sollte, kann dem vermeintlich unsicheren Zustand im Rahmen einer Individualvereinbarung entsprechend § 141 BGB entgegengewirkt werden.<sup>115</sup>

### 3.3.2 Problemfall „Schutzhüllen“- und „Enter“-Verträge

Im Falle des Erwerbs der OSS beim Fachhändler kann sich die AGB-rechtliche Situation ebenso als schwierig und problematisch zeigen wie auch bei proprietärer Software: Sog. „Schutzhüllen“- und „Enter“-Verträge sind hinsichtlich ihrer Rechtskraft umstritten, werden aber zur Verwirklichung der Software-Lizenz oft herbeigezogen (in der Praxis bis dato meist bei proprietärer Software).

*Schutzhüllen* enthalten auf der Verpackung des Datenträgers einen Hinweis, welcher dem Käufer auferlegt, dass er durch das Öffnen der Verpackung die allgemeinen Lizenzbestimmungen anerkennt. Die Lizenz selber befindet sich zu diesem Zeitpunkt meist innerhalb der Verpackung, egal ob in Papierform schriftlich oder direkt auf dem Datenträger.

*Enter-Verträge* sind an den Nutzer gerichtete Aufforderungen, die bei Programminstallation oder –start aufgeführten Lizenzbestimmungen anzuerkennen; meist als ausschließende Bedingung, d.h. sobald der Nutzer die Lizenzbestimmungen nicht anerkennen möchte, also bei der Aufforderung die Anerkennung verweigert,

---

<sup>114</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 13.

<sup>115</sup> Vgl. *Omsels*, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>, Ausdruck S. 9.

wird das Programm vorab beendet. Als kritisch zu erachten ist dabei der völlige Nutzungsausschluss infolge einer Ablehnung.

Der Nutzer kommt bei Schutzhüllenverträgen erst gar nicht in die Kenntnis der Lizenz im Wortlaut, sondern wird auf der Verpackung lediglich auf ihr Vorhandensein aufmerksam gemacht. Trotzdem wird bei Öffnung von einem Zustandekommen eines Lizenzvertrags seitens des Herstellers ausgegangen.

Bei den Enter-Verträgen wird der Nutzer vermutlich per Mausklick den Lizenzbestimmungen zustimmen, meist ohne konkrete Überzeugung und Einverständnis über den Inhalt der Lizenz – das Erklärungsbewusstsein als notwendige Bedingung einer rechtskräftigen Willenserklärung zum Abschluss des Lizenzvertrags scheint demnach nicht vorzuliegen. Führt der Nutzer diese Handlung also aus, allein um von seinem Recht zur Benutzung der Software Gebrauch zu machen, so kann der Hersteller nicht in seinem Vertrauen darauf geschützt werden, dass diese Handlung als Annahmeerklärung zu deuten ist.<sup>116</sup>

Mehrheitlich unumstritten sind die zur Annahme eines Lizenzvertrags beigelegten Registrierkarten oder Online-Registrierungen direkt per Email (meist automatisch aus dem Programm generiert) oder auf der Internetseite des Herstellers. Der Nutzer hat zur Genüge die Möglichkeit, sich die ebenfalls beigelegte oder (beim Download!) online abrufbare Lizenz im Wortlaut durchzulesen. Von einer erzwungenen Erklärung ist diesbezüglich nicht auszugehen, da der Nutzer die Software auch ohne Registrierung nutzen kann.

Wenn das jeweilige Registrierungsformular die vorausgesetzte Deutlichkeit der Kenntlichmachung auf Abschluss eines Lizenzvertrags aufweist, sind die Voraussetzungen für eine Einbeziehung der AGB gem. § 305 Abs. 2 und 3 BGB erfüllt.<sup>117</sup>

### **3.3.3 Problemfall „unrechtmäßige Weitergabe“ der OSS durch fehlende GPL**

In diesem Zusammenhang bietet es sich an, auf eine wesentliche, in ihrer Art sehr kritische Aussage Spindlers<sup>118</sup> einzugehen. Spindler stellt fest, dass sobald der Veräußerer zunächst die

---

<sup>116</sup> Vgl. *Schuhmacher*, CR 10/2000, S. 641; in seiner Ausführung geht er noch ausführlicher auf die notwendige Bedingung und Prüfung zweier deckungsgleicher Willenserklärungen ein.

<sup>117</sup> Vgl. *Schuhmacher*, CR 10/2000, S. 644.

<sup>118</sup> Vgl. *Spindler*, S. 34.

unter der GPL stehende OSS erwirbt und sie dann unrechtmäßig weitergibt, der Empfänger nicht einmal mehr in den Genuss der Nutzungsrechte i.S.d. §§ 69 a ff. UrhG kommen wird, da das deutsche Urheberrecht keinen gutgläubigen Erwerb von Urheberrechten kennt. „Unrechtmäßig“ bedeutet diesbezüglich die Veräußerung von OSS nicht unter der GPL, wie es eigentlich nach dem Prinzip des Copyleft vorgeschrieben ist. Somit spitzt sich die Situation derart zu, dass weder der Veräußerer rechtmäßig gehandelt hat, noch der Erwerber eine Nutzung der OSS berechtigterweise in Anspruch nehmen darf. Im Allgemeinen wird letzterer sich der Gefahr einer widerrechtlichen Nutzung nicht bewusst sein und genau darin liegt ein hohes Risiko. Gegen beide Parteien sind seitens der Urheber Unterlassungsansprüche und folglich auch Schadensersatzforderungen durchsetzbar, sofern ein Verschulden gegeben ist.<sup>119</sup> Der Beklagte könnte dem gegenüber höchstens Rechtsmissbrauch vorwerfen.

Die gesamte Systematik und damit auch das Erreichen jener Ziele der OSS-Projekte brähe dann zusammen, wenn die daran beteiligten Parteien die Lizenzbedingungen nicht mehr einhielten oder bspw. durch Nachlässigkeit der weitergebenden Personen (Fehlen der Lizenz) erst gar nicht in die Lage kommen, sie einzuhalten – die Durchführung und Pflege eines solchen Projekts wäre dann kaum noch möglich. Daher ist für alle Beteiligten wie auch in jeder anderen Rechtsbeziehung bei „willkürlicher“ Nutzung von Sachen ohne rechtliche Absicherung bezüglich der durch ihre Tätigkeit tangierten Gesetze besondere Vorsicht geboten.

Mit anderen Worten: **Es ist höchste Vorsicht geboten, sobald eine Person eine Sache nutzen möchte, ohne in irgendeiner Form die Berechtigung dazu (hier durch die GPL) bekommen zu haben, sprich ohne mit ihr überhaupt in Kontakt gekommen zu sein.** Dies ist ein Grundsatz, der den Austausch und die fremde Nutzung von Sachen unter Achtung des Eigentums überhaupt erst ermöglicht. Dieser Grundsatz muss sowohl bei der Weitergabe von OSS als auch von proprietärer Software gewahrt bleiben. Ähnlich wie stets bei proprietärer Software die Lizenzbestimmungen mitgeliefert werden, so muss darauf auch bei OSS geachtet werden. Bei den größeren, in Wirtschaft und Verwaltung bereits eingesetzten OS-Programmen sollte man heute eine solche Acht im eigenen Interesse der beteiligten Entwickler voraussetzen können.

---

<sup>119</sup> Vgl. *Spindler*, S.101.

### 3.3.4 Die Sprachenfrage

In der Sprachenfrage gehen die Meinungen deutlich auseinander und müssen daher vereinzelt aufgeführt werden.

#### **Spindler<sup>120</sup> vertritt in seiner aktuellsten Studie folgenden Standpunkt:**

Durch die Ausformulierung der Lizenzbedingungen in englischer Sprache scheitert die Einbeziehung der GPL beim Vertrieb über deutsche Distributoren solange, bis dem Nutzer im Zuge des Erwerbs auch eine deutsche Übersetzung beigelegt wird. Der deutsche Vertragspartner solle nicht in der Lage sein, Englisch bei längeren juristischen Texten zu verstehen.

#### **Die Ansicht von Jaeger/Metzger und Schiffner:**

Grundsätzlich zweifelhaft wäre die Durchsetzung von Spindlers Ansicht vor Gericht. In ihrer ersten Stellungnahme zu seiner Studie sehen Metzger und Jaeger<sup>121</sup> ein widersprüchliches Verhalten darin, dass der Nutzer einerseits die erweiterten Nutzungsrechte in Anspruch nimmt, sich aber andererseits bezüglich der auferlegten Pflichten mit Hinweis auf die englische Sprache aus der Verantwortung zu ziehen versucht.

Es ist zwar richtig, dass grundsätzlich in der Interpretation des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB eine Formulierung der Geschäftsbedingungen in der jeweiligen Landessprache vorausgesetzt werden kann. Nach Schiffner<sup>122</sup> stelle die englische Sprache heute eigentlich kein ernsthaftes Problem mehr dar, da sie für den Computer- und Softwarebereich und besonders für das Internet bereits typisch und als Verhandlungs- und Vertragssprache anerkannt ist. Also sollte von einer allgemeinen Verständlichkeit für den Nutzer ausgegangen werden können.<sup>123</sup>

Es gilt außerdem: **Der Nutzer kann letztlich nur durch die Annahme der GPL Lizenzbedingungen die dargebotenen erweiterten Nutzungsrechte in Anspruch nehmen.**

---

<sup>120</sup> Unter Berufung auf den Festschriftbeitrag *Omsels* und den Artikel von Plaß in GRUR 2002, 670, 678 f. vgl. *Spindler*, S.38.

<sup>121</sup> Vgl. *Metzger/Jaeger*, ifrOSS-Beitrag „Verschärfte Diskussion um Rechtssicherheit von freier Software“, unter [http://www.ifross.de/ifross\\_html/home2\\_2003.html](http://www.ifross.de/ifross_html/home2_2003.html) (04.07.2003).

<sup>122</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 185 mit Verweis auf *Sester*, CR 2000, S.797 ff., 804; der Autor dieser Arbeit schließt sich dem nahtlos an.

<sup>123</sup> so auch *Jaeger/Metzger*, S. 149.

Mit anderen Worten: Betrachtet man die Wirkungsabsicht der GPL als AGB losgelöst von der rein rechtlichen Seite unter stärkerem logischen Aspekt, wird man feststellen, dass die Community durch die GPL im Gegensatz zu den für gewöhnlich restriktiveren Bedingungen der AGB<sup>124</sup> dem Nutzer in diesem Fall mehr Rechte zuspricht als sie ihm zu nehmen. Eine solche Rechteerweiterung stellt die GPL unzweifelhaft in eine völlig andere Perspektive und vermag die kritische Haltung des Betrachters zu relativieren.

Wie die Gerichte die Situation einschätzen würden, ist allerdings nicht vorauszusagen. Zuungunsten der GPL könnte die Rechtsprechung letztlich - aufgrund der Unübersichtlichkeit verschiedenster OS-Lizenzen - gegen eine Anerkennung der engl. Fassung entscheiden.

### 3.3.5 Die Inhaltskontrolle

Schließlich stellt sich noch die Frage, inwieweit die Bestimmungen der GPL einer Inhaltskontrolle standhalten und was bei einer möglichen Nichtgeltung zu beachten ist.

In den Ziffern 1 bis 10 der GPL findet sich kein Verstoß gegen die §§ 307 bis 309 BGB, was die Einräumung und Ausübung von Rechten an OSS betrifft.<sup>125</sup>

Nicht so steht es mit den haftungsausschließenden Regelungen. Sowohl der vollständige Gewährleistungsausschluss (Ziffer 11 GPL) als auch der allumfassende Haftungsausschluss (Ziffer 12 GPL) verstoßen gegen das absolute Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) aa) BGB.<sup>126</sup> Auch die salvatorische Klausel „soweit gesetzlich zulässig“ zur Relativierung des Haftungs- und Gewährleistungsausschlusses greift nicht, aufgrund ihrer Unwirksamkeit nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB.<sup>127</sup> Dem Nutzer als Vertragspartner des Verwenders der AGB ist folglich nicht zuzumuten, sich unverzüglich den genauen Kenntnisstand über die mögliche Weite des Ausschlusses, bezogen auf das jeweilig tangierte Gesetz, zu beschaffen.

Ein Haftungsausschluss für Vorsatz ist nach § 276 Abs. 3 BGB grundsätzlich unzulässig.

Im Falle grober Fahrlässigkeit verhindert der § 309 Nr. 7 BGB eine Haftungsfreizeichnung auch im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern.<sup>128</sup> Nur bei leichter Fahrlässigkeit ließ der

---

<sup>124</sup> Traditionell rein zum Schutze des Verwenders.

<sup>125</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 186.

<sup>126</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 150.

<sup>127</sup> Vgl. *Speichert*, <http://www.medienkultur-stuttgart.de/thema02/2archiv/news6/mks6oss.htm>.

<sup>128</sup> Vgl. *Deike*, CR 1/2003, S. 14.

BGH<sup>129</sup> bis dato nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB – sofern keine wesentlichen Vertragspflichten verletzt waren – einen Haftungsausschluss zu.

**Fazit:** Sobald eine geltungserhaltende Reduktion der AGB-Vorschriften nicht möglich ist, richten sich die rechtlichen Fragen der OSS nicht mehr nach den Bestimmungen der GPL, sondern in diesen Punkten nach den gesetzlichen Vorschriften des deutschen Rechts.<sup>130</sup> Dies betrifft in diesem Fall den absoluten Haftungs- und Gewährleistungsausschluss der Ziffern 11 und 12 GPL.

---

<sup>129</sup> Grundlage war der zum o.g. äquivalente § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG; BGH v. 23.02.1984 – VII ZR 274/82, MDR 1984, 1018 = NJW 1985, 3016 (3018).

<sup>130</sup> Vgl. Omsels, <http://www.ifross.de/Fremdartikel/Festschriftbeitrag.pdf>, Ausdruck S. 9.

### 3.4 Urheberschaft von OSS

Maßgeblich für den Geltungsbereich von Urheberrechten ist das Schutzlandprinzip, das sich aus dem im internationalen Urheberrecht vorherrschenden *Territorialitätsprinzip*<sup>131</sup> ergibt.

Das deutsche Urheberrecht schützt demnach nur deutsche Urheber und Nutzungsrechtsinhaber. Das bedeutet insbes. für Unternehmen, dass sie ihren Sitz in Deutschland haben müssen, um in den Geltungsbereich des UrhG zu fallen. Entsprechende Anwendung auf Ausländer findet es nur bei EU-Bürgern aufgrund des Diskriminierungsverbots (Art. 6 Abs. 1 EGV) und in einigen Ausnahmefällen.

Natürlich gibt es auch EU-weite Richtlinien wie die E-Commerce-Richtlinie<sup>132</sup>, die Datenschutz-Richtlinien<sup>133</sup> und das FernAbsG<sup>134</sup> (Fernabsatzgesetz), die in den betreffenden Staaten so auch in Deutschland Anwendung finden.

In räumlicher Hinsicht schützt deutsches Urheberrecht, einschließlich der vorgenannten internationalen Abkommen, nur gegen Verletzungen "im Inland"; bei Verletzungen "im Ausland" gilt der allgemeine Grundsatz, dass, soweit überhaupt ein deutsches Gericht zuständig ist, dieses das ausländische Recht anwenden muss (Art. 38 EGBGB). Als besonders schwierig stellt sich der Informations- und Datenaustausch im Internet - in diesem Zusammenhang stehend für die Hauptplattform und das benutzte Kommunikationsnetz der Community - dar: Dort gibt es nämlich kein konkretes "Inland" und "Ausland". Es ist global, sozusagen ein „global village“ mit einem Datenaustausch ohne Grenzen und ohne Grenzkontrollen.<sup>135</sup>

Somit sind von vornherein der Suche nach der Identität von Urhebern der Community Grenzen gesetzt.

---

<sup>131</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 110 sich berufend auf Haberstumpf, Rn. 576 ff.; Reh binder, Rn. 475 f.; Schack, Rn. 398 ff; Möhring/Nicolini, Vor §§ 120 ff. UrHG, Rn. 2.

<sup>132</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v. 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insb. des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), ABl. EG Nr. L 178 v. 17.07.2000, S. 1.

<sup>133</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rats v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31, und Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation v. 15.12.1997, ABl. EG Nr. L 24 v. 30.01.1998, S. 1.

<sup>134</sup> Fernabsatzgesetz v. 27.06.2000, BGBl. I, S. 897, ins BGB übernommen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz v. 26.11.2001, BGBl. I, S. 3/38.

<sup>135</sup> Vgl. *Wandtke*, GRUR 1/2002, S. 1.

### 3.4.1 Rechte und Pflichten des Urhebers nach dem UrhG

Das Urheberrecht, das in Deutschland *derzeit*<sup>136</sup> über das Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, kurz: UrhG) in der Fassung vom 09. September 1965 (BGBl. I S. 1273)<sup>137</sup> geregelt wird, richtet sich in der BRD ausschließlich an das persönliche Verfügungsrecht des Schöpfers eines Werkes, d.h. i.d.R. bezogen auf Werke in der Form von Bild – inklusive Laufbilder (Film), Ton, Kunst und sonstigen künstlerischen Gestaltungen.

Das Problem der Einordnung von Computersoftware in den Werkbegriff ist mit der Einführung der §§ 69a ff. UrhG im Jahre 1993 im Zuge der Umsetzung der Computerrichtlinie<sup>138</sup> der Europäischen Gemeinschaft behoben worden. Nach dem § 69a Abs. 1 UrhG sind demnach Programme in jeder Gestalt inklusive des Entwurfmaterials Gegenstand des Urheberschutzes. Es ist also unerheblich, ob die Software im generierten lauffähigen Objektcode oder in der Urfassung, dem Quellcode, vorliegt. Reine Ideen und Grundsätze, die einem Element des Programms zugrunde liegen, werden allerdings nicht geschützt (§ 69a Abs. 2 UrhG). Ansonsten gelten für die Computersoftware neben den Voraussetzungen der Individualität und dem hinreichenden Schöpfungsgrad (§ 69a Abs. 3 UrhG) die gleichen der bereits erwähnten Sprachwerke (§ 69a Abs. 4 UrhG), soweit sie nicht durch die weiteren Bestimmungen für Computerprogramme eingegrenzt werden.

Bei der Software wird schon die minimale „Individualität“ des Programms i.S.d. sog. „kleinen Münze“<sup>139</sup> (Urheberrechtsschutz auch für Werke von minimaler Gestaltungshöhe und geringer schöpferischer Eigenart) geschützt, was letztendlich zur Annahme führt, dass im Regelfall bei Computerprogrammen von geltendem Urheberrechtsschutz ausgegangen werden kann.<sup>140</sup> Auf die OSS bezogen bedeutet das den Anspruch zum Schutze selbst eines individuell erstellten Mehrzeilers (Programmcode). Lediglich die sog. „Banalprogramme“, welche neben ihrer

---

<sup>136</sup> **Juni 2003; es erfolgt in Kürze die Angleichung des deutschen Urheberrechtsgesetzes an die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABlEG Nr. L 167 vom 22.06.2001.**

<sup>137</sup> Zuletzt geändert durch das 2. Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes und anderer Gesetze vom 16. Juli 1998 (BGBl. I S. 1827).

<sup>138</sup> Es handelt sich hierbei um die Richtlinie 91/250/EWG, Abl. Nr. L 122 vom 17.05.1991.

<sup>139</sup> Ausführlich zum Begriff „kleine Münze“ s. *Ellins*, S. 95 f., 372.

<sup>140</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 20 mit Verweis auf *Marly*, Rn. 123.

mangelnden individuellen Ausprägung zusätzlich auch noch den erwarteten Schöpfungswert verfehlen, sind von diesem Schutz ausgeschlossen.<sup>141</sup>

Neben diesen sog. persönlichen geistigen Schöpfungen (§ 2 UrhG) und den Computerprogrammen (§ 69a ff. UrhG) fallen seit dem 01. Januar 1998 auch Datenbanken unabhängig ihrer Schöpfungshöhe (§§ 87a ff.) in den Schutzzumfang des Urheberrechts. Diese ergänzende Regelung war deshalb notwendig, da es den Datenbanken meist an einer ausreichenden „Gestaltungshöhe“ gefehlt hätte und sie somit nicht von dem traditionellen Werksbegriff abgedeckt gewesen wären. Außerdem sind diesbezüglich die Regelungen der Staaten innerhalb der EU deutlich unterschiedlich stark ausgeprägt gewesen, so dass langfristig gravierende Benachteiligungen zwischen einzelnen Mitgliedsstaaten zu unangenehmen internationalen Wettbewerbsverzerrungen geführt hätten. Allerdings macht die bloße Sammlung von digitalisierten Informationen auf einer Webseite daraus noch keine Datenbank<sup>142</sup>.

Wie bei den Computerprogrammen gilt auch hier das Prinzip der „kleinen Münze“: Auch diejenigen Werke sind urheberrechtlich geschützt, welche in ihrer Gestaltungshöhe und der schöpferischen Eigenart minimal sind. Darunter fallen Telefonbücher in sowohl digitaler Form als auch als Printmedien, Kataloge und zusätzlich noch Sammlungen von Bildern, Texten, Videosequenzen auch in Form von Multimediaprodukten allgemein, die aufgrund ihrer Auswahl oder Anordnung (§ 4 UrhG Abs. 1) als persönlich geistig geschaffene Sammelwerke anerkannt werden.

Datenbankwerke sind demnach Sammelwerke aus methodisch oder systematisch angeordneten Elementen (§ 4 UrhG Abs. 2), die mit Hilfe von elektronischen Mitteln (Zugangssoftware) abrufbar gemacht werden. Zum Zugang verwendete Computerprogramme fallen nicht in den Schutz; sie sind kein Bestandteil der Datenbankwerke.

Geschützt sind die Werke des Urhebers<sup>143</sup> als Schöpfer (§ 7 UrhG) bzw. Miturhebers (§ 8 UrhG).

---

<sup>141</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 50.

<sup>142</sup> Vgl. *Schack*, MMR 1/2001, S. 11.

<sup>143</sup> Dieser „Urheber“ kann stellvertretend für einen Entwickler in einem OSS-Projekt stehen.

*Interessant ist, dass sich im Vergleich zu den USA innerhalb der BRD das Urheberrecht nicht auf eine juristische Person in Form eines Unternehmens beziehen kann. Es ist einzig und allein im Fall eines Todes auf eine andere natürliche Person übertragbar (§ 27 UrhG).*

*Im Sinne der Zweckübertragungstheorie<sup>144</sup> kann nach bundesdeutschem Urheberrechtsgesetz aber eine urheberrechtliche Nutzungsrechtsübertragung auf den Arbeitgeber fallen. In gewisser Weise dient diese Regelung in Anlehnung an den § 31 Abs. 5 UrhG der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Hintergrunds der Unternehmung.<sup>145</sup> Für die Arbeitsergebnisse hat der Arbeitgeber meist hohe Kosten auf sich genommen; durch die Nutzungsrechtsübertragung soll der Softwareindustrie<sup>146</sup> als Arbeitgeber ein möglicher Ausgleich dieser ursprünglich in das Projekt investierten Kosten gewährleistet werden. Dies wird verwirklicht durch die Übertragung des Rechts zur Ausübung aller vermögensrechtlichen Befugnisse an den Arbeitgeber, wenn der Urheber das Computerprogramm oder Teile davon im Rahmen seines Arbeits- oder Dienstverhältnisses entworfen hat, sofern zwischen beiden Parteien nichts anderes vereinbart wurde (§ 69b UrhG).*

Generell währt der urheberrechtliche Schutz bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG), bei mehreren Urhebern eines gemeinsamen Werkes bis 70 Jahre nach dem Tod des Längstlebenden (§ 65 UrhG). Datenbanken hingegen unterliegen einer Schutzfrist von 15 Jahren nach Veröffentlichung oder nach Herstellung, falls nicht veröffentlicht (§ 87d UrhG).

Sämtliche Verwertungsrechte des Werkes liegen beim Urheber (§ 15 UrhG), im Einzelnen in den §§ 16-22 UrhG aufgeführt. Besondere Bestimmungen für die Software an sich – teilweise äquivalent zu den §§ 16-22 UrhG aber auch abgrenzend – sind im § 69c UrhG niedergeschrieben. In Bezug auf das Angebot an OSS im Internet und auf Datenträgern jeder Art fällt der Fokus ganz besonders auf das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) und das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) und das Recht auf Bearbeitung und Veränderung (§ 23 UrhG).

Natürlich steht es dem Urheber zusätzlich zu, Nutzungsrechte an seinem Werk an andere Personen gegen angemessene Vergütung zu vermieten (§ 27 UrhG).

---

<sup>144</sup> Vgl. Jäger, <http://www.vrp.de/archiv/beitrag/1998/b9800019.htm>, Ausdruck S. 3.

<sup>145</sup> Vgl. Ernst, MMR 4/2001, S. 210.

<sup>146</sup> Hauptsächlich von hoher Relevanz für den proprietären Vertrieb aber auch für die Hard- und Softwarehersteller, -distributoren und Integrationshäuser, sofern sie in einem OSS-Projekt Programmierer einstellen.

Im Fall einer Verletzung des Urheberrechts kann der verletzte Urheber einen Anspruch auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz geltend machen (§ 97 UrhG). Des Weiteren hat er möglicherweise noch Anspruch auf Vernichtung oder Überlassung von rechtswidrigen Vervielfältigungsstücken (§ 98 UrhG). Auch Straftatbestände (§§ 106 ff. UrhG) bleiben nicht aus. Gemäß § 32 ZPO können die Ansprüche in Verbindung mit §§ 104, 105 UrhG aus unerlaubter Handlung bei dem Gericht geltend gemacht werden, welches für den Begehungsort, der Ort, an dem ein Tatbestandsmerkmal erfüllt wurde, zuständig ist. Mit anderen Worten kann bei Verstößen im Internet bspw. gegen das Vervielfältigungs- oder Verbreitungsrecht (der Empfangsort reicht diesbezüglich aus) aufgrund der Grenzenlosigkeit des Netzwerkes und der ortsunabhängigen Abrufbarkeit praktisch jedes Amts- und Landgericht zuständig sein.

Einfach ist die Verfolgung von Straftaten bei digitalen Inhalten jedoch nicht:

Gerade im Zusammenhang mit dem derzeit vieldiskutierten Problem der digitalen Plagiate wird deutlich, dass das bisherige Urheberrechtsgesetz der BRD mit der rechtlichen Unterbindung geistigen Diebstahls digitaler Inhalte noch überfordert ist. Nach wie vor gilt, dass der Verletzungskläger dem Verletzungsbeklagten bis ins Einzelne nachweisen muss, dass dieser geistigen Diebstahl i.S.d. §§ 96 ff. UrhG begangen hat.<sup>147</sup> Dies entpuppt sich aufgrund der strengen Datenschutzbedingungen der BRD als besonders schwierig. Es ist z.B. im Falle eines rechtswidrigen Vertriebs von Plagiaten im Internet für den Verletzungskläger nicht einfach, an die persönlichen Daten des Verletzungsbeklagten mit Hilfe der Serviceprovider zu kommen, die ihre Kunden grundsätzlich schützen wollen.<sup>148</sup> Hinzu kommt noch der Umstand, dass die Zurückverfolgung des Datentransferwegs bis zur endgültigen Feststellung der IP-Adresse des zu identifizierenden Verletzungstäters mit zunehmendem Weg schwieriger und durch gezielte Zwischenschaltung verschiedener Proxyserver fast unmöglich wird.<sup>149</sup>

Dieser Umstand hat erfreulicherweise kaum negativen Einfluss auf die OS-Bewegung. Mit der Einräumung zusätzlicher Nutzungsrechte und unter der Bedingung der Einhaltung einiger

---

<sup>147</sup> Vgl. Jäger, <http://www.vrp.de/archiv/beitrag/1998/b9800019.htm>, Ausdruck S. 2.

<sup>148</sup> Die Herausgabe der persönlichen Daten ist in den USA durch den „Digital Millennium Copyright Act“ erheblich leichter zu erreichen. Es genügt lediglich der begründete Verdacht, dass ein User die Urheberrechte verletzt hat.

<sup>149</sup> Vgl. Patalong, P2P-Börsen: Die nächste Generation, Spiegel-Online-Bericht vom 16.07.2003 abgelegt unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/technologie/0,1518,257294,00.html>.

Pflichten der GPL seitens des Nutzers, wird diesem kaum ein geistiger Diebstahl unterstellt werden können, egal ob es die reine Verbreitung oder die Verbreitung nach Veränderung betrifft.

Das bedeutet, dass der Nutzer für gewöhnlich durch die Verbreitung von OSS nicht in die Kategorie „Verletzungsbeklagter“ fällt, im Gegensatz zur Situation bei proprietärer Software im Rahmen vergleichbarer Tätigkeit.

### 3.4.2 Die Urheberschaft

Die Feststellung eines jeden Urhebers bei der Entwicklung von OSS stellt sich aufgrund der vorherrschenden „Basar-Methode“<sup>150</sup> als sehr schwierig oft sogar als unmöglich dar, da das Mitwirken der beteiligten Programmierer meist dezentral und häufig anonym geschieht.

Nach § 7 UrhG ist der Urheber der Schöpfer des Werkes. Bei OSS lässt sich stets jedoch nicht nur ein Urheber vorfinden. Sie ist vielmehr binnen eines Projekts von bis zu unbegrenzt vielen Programmierern entworfen, korrigiert, ergänzt und verändert worden. So sollen allein am Entwurf des GNU/Linux-Kernel rund 200 Entwickler beteiligt gewesen sein.<sup>151</sup> Das Gesetz definiert diesbezüglich zwei verschiedene Formen von Werkschaffung durch eine Vielzahl von Personen: Die Miturheberschaft i.S.d. § 8 UrhG und die Urheber verbundener Werke § 9 UrhG.

Um die Möglichkeiten der Art der Werkschaffung zu komplettieren ist noch zu ergänzen, dass ein Werk nach den §§ 3, 23 UrhG auch aus der Bearbeitung eines bereits vorbestehenden Werkes resultieren kann.

#### Die Miturheberschaft nach § 8 UrhG

*„Haben mehrere ein Werk gemeinsam geschaffen, ohne dass sich ihre Anteile gesondert verwerten lassen, so sind sie Miturheber des Werkes.“ (§ 8 Abs. 1 UrhG)*

Grundlage der Miturheberschaft ist ein gemeinsames Konzept<sup>152</sup> – eine Idee, welcher jeder sich beteiligende Programmierer freiwillig anschließt und unterordnet, um somit die gemeinsame Erreichung der dem Konzept zugrundeliegenden Ziele zu fördern. Die Voraussetzung zur Realisierung des Schaffensprozesses ist die Arbeitsteilung von geistiger und schöpferi-

---

<sup>150</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 26 unter Berufung auf Stallmans Werk „The Cathedral and the Bazaar“.

<sup>151</sup> Vgl. Schiffner, S. 124.

<sup>152</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 27.

scher Natur, die ohne Zweifel dezentral mittels Nutzung der Netzwerktechnik z.B. per Internet erfolgen darf.

Diese ineinander verzahnte, verflochtene, oftmals nicht bis ins Detail zurückzuverfolgende Arbeitsteilung der Mitwirkenden grenzt die Miturheberschaft von einem reinen Sammelwerk nach § 4 UrhG ab, bei dem der Ersteller meist nicht zugleich der Urheber der Werke ist.

Die einzelnen Beiträge sind bei der Miturheberschaft im Gegensatz zur Eigenständigkeit bei der Werkverbindung nach § 9 UrhG getrennt voneinander nicht verwertbar.<sup>153</sup>

Als Beispiel für die Anwendung des § 8 UrhG kann das GNU-Projekt von Richard Stallman gesehen werden.<sup>154</sup> Stallman hat mit einem kleinen Entwicklerstab begonnen, ein neues Betriebssystem aufzusetzen. Jeder teilnehmende Programmierer steuerte seinen Beitrag je nach Interesse und Kompetenz zur gemeinsamen Zielerreichung bei. Die Beiträge können in ihrer Länge und Qualität variieren, doch sollte ihnen ein nicht minder schöpferischer Wert zugrunde liegen. Dabei ist es erneut unerheblich, ob zentral oder dezentral am Projekt gearbeitet wird.

Ein noch besseres Beispiel für die Entstehung von Miturheberschaft ist die Entwicklung der vorab schon mehrmals erwähnten OSS *Linux*, ins Leben gerufen durch Linus Torvalds<sup>155</sup>, der den ursprünglichen Linux-Kernel entwarf und ihn bis heute regelmäßig modifiziert, angetrieben durch neue Anforderungen. Die Größe der Community, welche sich nach und nach ihm und seinem Werk anschloss, ist heute nicht mehr exakt in Zahlen auszudrücken. So treten nicht mehr nur Linus Torvalds als Urheber und seine Entwickler der ersten Generation als Miturheber auf,<sup>156</sup> sondern es kommen auch bisher untätige Entwickler hinzu, um nun mit eigenen schöpferischen Beiträgen auch dem Ziel der schon bestehenden Community beizutragen. Auch sie werden in den Status eines Miturhebers kommen, wenn die Verhältnismäßigkeit des Beitragswertes gegeben ist.

Die Grenze zwischen schöpferisch und nicht schöpferisch und somit der Unterschied zwischen Urheberschaft und simpler Anregung bzw. bloßer Gehilfenschaft - so z.B. eine einfa-

---

<sup>153</sup> *Fromm/Nordemann*, § 8 UrhG, Rn. 10; *Schricker/Loewenheim*, § 8 UrhG, Rn. 5 ff.

<sup>154</sup> Vgl. *Schiffner* S. 122.

<sup>155</sup> Zur Person: **Linus Torvalds** wurde am 28.12.1969 als Angehöriger der schwedisch-sprechenden Minderheit (ca. 6% der gesamten Bevölkerung) in Finnland geboren. Bereits mit 11 Jahren entdeckte er den Spaß am Programmieren auf einem Commodore-Rechner, auf welchem er zunächst Programme für seinen Großvater abtippete. Im Jahr 1988 nahm er sein Informatikstudium an der Universität Helsinki auf. Dort macht er sich auf die Suche nach einer Alternative zu MS-DOS und Unix. 1991 entwickelte Linus Torvalds eine in ihren Funktionen noch begrenzte Version von LINUX. Die erste offizielle Version 0.02 wurde dann im Oktober veröffentlicht.

<sup>156</sup> Man nennt sie heute die „Maintainer“, da sie nach dem Entwurf einer Rohfassung meist die darauf aufbauenden Programmiererergebnisse der Community kontrollieren und den weiteren Verlauf des Projekts koordinieren.

che Fehlerkorrektur - ist jedoch nicht leicht festzustellen. Im Zweifelsfall muss bei genauer Betrachtung die Wertigkeit der einzelnen Beiträge im Hinblick auf das Werk als Ganzes untersucht werden. Meist ist aber von genügender schöpferischer Qualität bezüglich der Entwicklungsbeiträge für Computersoftware auszugehen.<sup>157</sup>

Banal ausgedrückt: Mehrere funktionelle, implementierte Programmzeilen eines Entwicklers dienlich für die gesamte Software haben deutlich mehr schöpferische Qualität als bspw. ein durchgestrichenes Blatt Papier, welches zum Werkstatus nicht genügend individuellen Charakter und schöpferischen Wert aufweisen wird.

Die Community bildet ein Team vorrangig aus Miturhebern. Sie tritt i.S.d. § 8 Abs. 2 UrhG als eine s.g. „Gesamthandgemeinschaft“<sup>158</sup> auf mit den Verfügungsrechten über Verwertung und Veröffentlichung der Software.

Vor Gericht ist jeder Miturheber dieser Gesamthandgemeinschaft aktivlegitimiert, d.h. er ist im Besitz mehrerer rechtlicher Ansprüche, die er notfalls im juristischen Verfahren durchsetzen kann. Diese Ansprüche beschränken sich nicht nur auf Einhaltung der Lizenz der von ihm geschriebenen Programmzeilen oder sonstigen Beiträge. Er kann nach § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG als Miturheber bei Verletzung des gemeinsamen Urheberrechts, das sich auf das gesamte Werk bezieht, Ansprüche geltend machen.

Handelt es sich um Leistungsansprüche, ist allerdings Leistung an alle Miturheber zu verlangen, was, da diese namentlich vor Gericht aufgeführt werden müssen, unweigerlich zu einem unlösbaren Problem führen kann – betrachte man nur die weite, dezentrale Streuung der beteiligten Personen des GNU/Linux-Projekts.<sup>159</sup>

Die Leistung ist aus dem Grund an alle zu verlangen, da Ungerechtigkeit vorgebeugt und somit niemand benachteiligt werden soll.

Beim reinen Unterlassungsanspruch ist eine genaue Namensnennung nicht notwendig. Jeder Miturheber hat das Recht aus eigenen Schritten eine Unterlassung gegen einen Störer vor Gericht durchzusetzen. Hier gilt das Prinzip „einer für alle“.

Im Falle einer internationalen Gesamthandgemeinschaft - wie sie bei OSS-Projekten meist vorliegt – findet wieder das Territorialitätsprinzip seine Anwendung. Somit kann, solange in

---

<sup>157</sup> Vgl. *Schiffner* S. 119.

<sup>158</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 27.

<sup>159</sup> sinngemäß *Jaeger/Metzger*, S. 28.

einem OSS-Projekt ein ausländischer Miturheber einem deutschen gleichgestellt ist, auch dieser in der Bundesrepublik Ansprüche nach dem deutschen Recht geltend machen und umgekehrt.<sup>160</sup>

### **Die Verwertungsgemeinschaft nach § 9 UrhG:**

Wie bereits erwähnt, stellt die Werkverbindung einen Verbund von einzelnen, selbständig verwertbaren Werken dar. Dabei ist zu beachten, dass der rein mechanische Vorgang zur Herstellung der Werksverbindung (sog. *faktische* Werkverbindung) sowie die routinemäßige Wartung nicht den Anforderungen einer schöpferischen Leistung genügen.<sup>161</sup> Dies verdeutlicht neben dem Argument der Abgrenzbarkeit einzelner Beiträge, hier auch Werke genannt, den Unterschied zur Miturheberschaft.

Die Beiträge der Werkverbindung sind in gegenseitigem Einvernehmen der jeweiligen Urheber zusammenzutragen und zu verknüpfen. Wichtig ist, dass durch diesen Vorgang kein Miturheberrecht entsteht, sondern den einzelnen Urhebern die bisherigen Rechtspositionen erhalten bleiben, da für die Werkverbindung vergleichbare gesetzliche Erleichterungen der Rechtsverfolgung nicht geschaffen sind.<sup>162</sup> Ein Urheberrecht des Beteiligten besteht also weiterhin nur auf seinem eigenen Beitrag.

Nicht unerwähnt bleiben darf an dieser Stelle die Bearbeitung i.S.d. § 3 UrhG. Durch sie kommt eine Annahme der Urheberschaft stets nur dann zum Tragen, wenn zum einen die schöpferische Qualität der Bearbeitung außer Frage steht, zum anderen der Beitrag unter Anforderung, orientiert an der Idee des Projekts und mit hinreichendem, individuell gestalterischem Umfang, geschieht.<sup>163</sup> Eine Bearbeitung gem. § 3 UrhG findet im Bereich der OSS-Entwicklung in den meisten Fällen nur innerhalb von Fehleranalysen und -behebungen statt und damit meist ohne urheberrechtliche Tragweite.

Eine Werkverbindung kann immer dann vorliegen, wenn bereits fertige, selbstlaufende Programmteile zu einem Softwarekomplettpaket zusammengefügt werden. Das wohl gebräuchlichste Beispiel ist die Officelösung, in welcher sowohl Tabellenkalkulationen, Textverarbeitungen, Datenbank- und Emailverwaltungen zu einem Softwarepaket verbunden werden. Die einzelnen Leistungen der beteiligten Entwickler der Community werden sich jedoch nur un-

---

<sup>160</sup> *Fromm/Nordemann*, § 120 UrhG, Rn. 6; *Schricker/Katzenberger*, § 120 UrhG, Rn. 11; i.S.d. § 120 Abs. 1 S. 2 UrhG mit Verweis auf <http://remus.jura.uni-sb.de/urheberrecht/gw03.html>, 15.07.2003, 17:00 Uhr

<sup>161</sup> *Fromm/Nordemann*, § 9 UrhG, Rn. 2; *Schricker/Katzenberger*, § 9 UrhG, Rn. 1, 4 ff.

<sup>162</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 29.

<sup>163</sup> Vgl. *Schiffner* S. 123.

zureichend klar und deutlich voneinander abtrennen lassen, da sie meistens auch als Miturheber nicht nur an einem Beitrag, z.B. dem Textverarbeitungsprogramm, sondern an mehreren aktiv mitgewirkt haben. Es ergäbe sich in diesem Fall folglich ein Gemenge verschiedener Rechtsansprüche sowohl aus der Miturheberschaft als auch aus der Verwertungsgemeinschaft, was die Durchsetzung der Ansprüche in der Praxis erheblich erschweren wird; nicht zuletzt deswegen gibt es in der Rechtsprechung bis heute keine vorweisbaren Fälle.

Zu den o.g. Rechtsansprüchen sowohl der Miturheberschaft gem. § 8 UrhG als auch der Verwertungsgemeinschaft gem. § 9 UrhG können ergänzend aus den Regeln über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts weitere, insbes. schuldrechtliche Ansprüche bestehen.

Ob sich die Community als Gesellschaft bürgerlichen Rechts qualifizieren lässt und welche Folgen damit verbunden wären, damit befasst sich das nächste Kapitel.

## 3.5 Gesellschaftsrechtlicher Ansatz bei OSS

### 3.5.1 Überblick

Das Resultat aus dem letzten Abschnitt aufgreifend, fällt der Fokus nun auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus dem Gesellschaftsrecht nach § 705 BGB. Demnach stellt sich die BGB-Gesellschaft als eine vertragliche Verbindung mehrerer Personen zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks dar, mit den Merkmalen:<sup>164</sup>

- Das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter -> es gibt keine Einmann-BGB-Gesellschaft
- Das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrags -> es gibt keine „faktische“, wohl allerdings eine fehlerhafte Gesellschaft
- Das Vorhandensein eines gemeinsamen Zwecks
- Eine Förderungspflicht der Parteien in Anlehnung an die vertraglichen Bestimmungen -> „...die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes ...zu fördern...“ (Auszug aus § 705 BGB)

Da sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch diese Merkmale kaum von den Körperschaften und Handelsgesellschaften abgrenzen lässt, so muss deren Vorliegen als Negativmerkmal vorab ausgeschlossen werden.<sup>165</sup>

Die Haftungsbestimmung gem. § 708 BGB, nach der der Gesellschafter im Innenverhältnis bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nur für diejenige Sorgfalt einzugestehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist rechtlich umstritten und wird mittlerweile eher als Auslegungsregel gesehen.<sup>166</sup> Letztendlich soll eine Auslegung des Gesellschaftervertrags besser helfen als die Starrheit des § 708 BGB.

Die Frage ist, ob die Voraussetzungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts innerhalb der Strukturen eines Open Source-Projekts gegeben sind und die Gesellschafter, also die teilnehmenden Entwickler, als Gesamtschuldner haftbar gemacht werden können. Eine derartige Haftung hätte gravierende Folgen für die Community als (Quasi-) Gesellschaft.

---

<sup>164</sup> Vgl. *Schmidt*, S. 1693.

<sup>165</sup> Vgl. *Schmidt*, S. 1694.

<sup>166</sup> Vgl. *Schmidt*, S. 1747-1749.

Die **akzessorische Haftung ihrer Mitglieder erstreckt sich** bei rein wirtschaftlich handelnden Gesellschaften zunächst generell i.S.d. § 128 HGB bezüglich der Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft gegenüber den Gläubigern **gegen jeden Gesellschafter als Gesamtschuldner** persönlich. Dies gilt auch für jeden neu eintretenden Gesellschafter (§ 130 HGB).

Mit anderen Worten: Es wäre bei der Klassifizierung der Weitergabe von OSS als „Vertrag mit Nähe zur BGB-Gesellschaft“ und der Community als einer solchen o.g. Gesellschaft jedes Mitglied als Gesellschafter für seine eigene Handlung als auch für die der kompletten Gesellschaft als Gesamtschuldner haftbar zu machen. Schon an dieser Stelle lässt sich schlussfolgern, dass dies **das Aus für fast alle OSS-Projekte** bedeuten könnte, da das Programmieren von OSS als Hobby so manchen Entwicklern zu einem mit hohem Risiko belasteten Unterfangen werden kann.

Was für ein Typus von Gesellschaft wäre bei der Community im Ansatz *überhaupt* denkbar? Es kann möglicherweise die Annahme einer *schlicht zivilistischen Gesellschaft*<sup>167</sup> gültig sein. Dieser Gesellschaftstyp zeichnet sich durch eine fehlende Unternehmensträgerschaft aus, kann Außengesellschaft oder Innengesellschaft sein und sowohl einen wirtschaftlichen, als auch einen **gemeinsamen privaten Zweck** verfolgen. Sie kann, muss aber kein Gesellschaftsvermögen haben. Das Gesellschaftsvermögen in OSS-Projekten wird das Werk – die durch die investierte Leistung an Zeit und Arbeitskraft seitens der Mitglieder der Community entwickelte Software – selbst sein. Da jede Gesellschaft auch im Willen der Beteiligten eine Gesamthandsgesellschaft darstellen kann<sup>168</sup> (mit Verweis auf die Gesamthand aus Miturheberschaft (§ 8 UrhG) und Werkverbindung (§ 9 UrhG)), wäre es folglich rechtens, die erstellte Software zum Gesamthandsvermögen zu erklären.

Nach h.M. ist die BGB-Gesellschaft Rechtssubjekt und nimmt selbst am Rechtsverkehr teil.<sup>169</sup> Im Rahmen der Vertragshaftung werden drei Lösungsansätze angeboten (im Folgenden erläutert), die davon abhängen, wen man als Vertragspartner sieht:<sup>170</sup>

- (1) Die traditionelle „*individualistische*“ Auffassung verneint eine Rechtssubjektivität der Gesamthand; es gibt kein Handeln im Namen der Gesellschaft, wodurch sich die Haftungsproblematik auf der Ebene des § 427 BGB abspielt.

---

<sup>167</sup> Vgl. Schmidt, S. 1702.

<sup>168</sup> Vgl. Schmidt, S. 1720.

<sup>169</sup> Vgl. Urteil des BGH vom 29.01.2001 (BGHZ 146, 341); Alpmann/Schmidt, 11. Aufl., 2001, Gesellschaftsrecht, S. 33

<sup>170</sup> Vgl. Schmidt, S. 1796 ff.

- (2) Die Akzessorietätstheorie<sup>171</sup> der „*kollektivistischen*“ *Lehre* sieht die Gesellschaft als Vertragspartner und Schuldner ähnlich wie bei den §§ 124, 128 HGB (analoge Anwendung).
- (3) Nach der wohl als vorherrschend angenommenen *Lehre von der „Doppelverpflichtung“* begründet ein im Namen der Gesamthand eingegangenes Verpflichtungsgeschäft bereits unmittelbar Verbindlichkeiten sowohl der Gesamthand als auch der einzelnen Gesamthänder. Dabei haftet die Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen selbst, die Gesellschafter mit dem Privatvermögen aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vertretung.<sup>172</sup>

Generell sind haftungsbegrenzende Maßnahmen möglich.<sup>173</sup> Bei der „schlicht zivilistischen Gesellschaft“ kann die uneingeschränkte Haftung der Mitgesellschafter per Abrede eingegrenzt werden; fraglich ist nur inwiefern dies der Vertragspartner der Gesellschaft als Gläubiger erkennen können muss.<sup>174</sup>

Die Anwendbarkeit des Gesellschaftsrechts bezogen auf Open Source-Projekte ist aufgrund der haftungsrechtlichen Tragweite äußerst umstritten.<sup>175</sup> Die aktuellen Auffassungen darüber gehen deutlich auseinander, so dass eine differenzierte Darstellung verschiedener Ansichten unerlässlich ist.

### 3.5.2 Der Ansatz nach Sester

Sester<sup>176</sup> legt die Existenz eines eigenständigen Vertragstypus mit Nähe zur BGB-Gesellschaft i.S.d. §§ 705 ff. BGB schon aufgrund der Ansicht der Community als „Programmierer-Kollektiv“ mit einem gemeinsamen Zweck, der aufgrund des „Prinzips der Universalität“<sup>177</sup> weitreichend wählbar ist, nahe. Schon die gemeinsame Entwicklung, Verbesserung und Verbreitung von OSS könne dem Zweck genüge tun. Anteile am Gewinn i.S.d. §

---

<sup>171</sup> Demnach gesetzlich „automatische“ Haftung der Gesellschafter für Schulden der GbR (BGH v. 27.09.1999 NJW 1999, 3483; BGH v. 29.01.2001, NJW 2001, 1056).

<sup>172</sup> s. Fn. 167.

<sup>173</sup> Vgl. Schmidt, S. 1799.

<sup>174</sup> Vgl. Schmidt, S. 1799/1800.

<sup>175</sup> Stichwort: „Gesamtschuldnerische Haftung der Mitgesellschafter“.

<sup>176</sup> Vgl. Sester, CR 2000, S. 797, 801.

<sup>177</sup> Vgl. Breuninger, S. 137 und Schiffner, S. 210 mit Verweis auf MüKo-Ulmer, § 705 BGB, Rn. 111.

722 BGB erhalten nach Sester die Entwickler gleichermaßen, indem sie unmittelbar in den Genuss der Ergebnisse des gesamten Projekts kommen. Auch die auf den gemeinschaftlichen Zweck zielende Förderungspflicht werde durch die Lizenzvereinbarungen hinreichend schlüssig geäußert.

**Unerfüllte**, eine BGB-Gesellschaft im Allgemeinen auszeichnende **Kriterien** wie die Einberufung von Gesellschafterversammlungen, die Bildung von Gesellschaftsvermögen, eine formal bestimmte Geschäftsführung oder die Bildung einer Haftungsgemeinschaft führen Sester schließlich dazu, nicht vollends auf die Annahme der Community als BGB-Gesellschaft zu bestehen. Trotzdem liegt der gesellschaftsrechtliche Ansatz nach Sester bei Abschluss von Open Source Software-Verträgen näher als die auch denkbare Variante der Schenkung.

Die Vertragspartner sollen letztlich diverse Rechtsunsicherheiten mittels „maßgeschneiderter Fairnessregeln“ in Anlehnung an die guten Sitten im Rechtsgeschäft (§ 138 BGB analog) und unter Beachtung der Vorschriften der Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen § 307 BGB ausräumen.

### 3.5.3 Die Sichtweise von Jaeger und Metzger

Nach den Autoren Jaeger und Metzger kann das Argumentationsgefüge Sesters nicht aufrecht erhalten werden. Die beiden durch Sester genannten Gründe, zum einen die Freiheit sich von einem Monopolisten lösen zu können (wohl ist in diesem Zusammenhang meist die Unternehmung „Microsoft“ gemeint) und damit zum anderen die Schaffung von Erwerbsmöglichkeiten, können auch im Falle einer möglichen Annahme keine Nähe zur BGB-Gesellschaft herstellen.<sup>178</sup> Schließlich hat Sester in seiner Ausarbeitung noch deutlich unerfüllte Kriterien festgestellt, die ihn eine exakte Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Leitbild ablehnen lassen.<sup>179</sup>

Als das gewichtigste Gegenargument zur Annahme der BGB-Gesellschaft beim Download von OSS<sup>180</sup> stellt sich nach Jaeger und Metzger das Fehlen einer vertraglichen Pflicht zur

---

<sup>178</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 144/145.

<sup>179</sup> Vgl. obige Seite und Jaeger/Metzger, S. 145 mit Verweis auf Sester, CR 2000, 797, 801.

<sup>180</sup> Es wird logischerweise vom direkten Erwerb der OSS von der Community als Urheber (als nach Sester der BGB-Gesellschaft) ausgegangen, was derzeit gewöhnlich nur über das Herunterladen aus dem Internet geschieht, da die Community für keine anderen Vertriebsnetze nutzt – nicht zu verwechseln mit dem Distributor.

Förderung des Gesellschaftszwecks dar.<sup>181</sup> Die Nutzung für den eigenen Bedarf der OSS ist dem Nutzer ohne die Auferlegung einer Pflicht durch die GPL erlaubt. Erst im Rahmen von Veränderung und Weiterverbreitung – jetzt bekommt der Nutzer den Status eines Entwicklers – hat er sich an die Pflichten der GPL zu halten, wobei diese nach Jaeger und Metzger nicht als Förderungspflichten mit dem Anspruch anderer darauf anzusehen sind, da sie als schuldrechtliche Ansprüche nicht bestehen können. Nach den Vorschriften des § 4 GPL verliert der Verletzende lediglich die erweiterten Nutzungsrechte aus der Lizenz und darf die Software nur noch im Rahmen der urheberrechtlich zulässigen Nutzung nach den §§ 69a ff. BGB verwenden.

### 3.5.4 Die Kritik Schiffners

Schiffner<sup>182</sup> möchte sich nicht gänzlich von der Existenz eines eigenständigen Vertragstypus mit Nähe zur BGB-Gesellschaft i.S.d. §§ 705 ff. BGB, also von Sesters Sicht, trennen.

Auch Schiffner sieht eine eindeutige Parallele zur BGB-Gesellschaft in der Form, als dass sich im „Idealverlauf“ einer Open Source Softwareentwicklung eindeutig Rechtsbeziehungen zwischen den unterschiedlichsten Personen und Personenmehrheiten mit z.T. differenten Inhalten bilden. Bewusst spricht er hier nicht *definitiv* von der Existenz einer BGB-Gesellschaft, er legt das im Laufe eines Open Source Projekts entstehende „Kollektiv“ aus Prozessbeteiligten einer solchen jedoch nahe.<sup>183</sup> Diese Gruppe aus Initiatoren und sog. „Bug-Fixern“<sup>184</sup> arbeitet unter dem Einsatz geistiger Arbeitsleistung und dem notwendigen Zeitpensum an der Verwirklichung eines gemeinsamen Ziels – der Perfektionierung eines Programms und folgt durch die Weiterentwicklung und –verbreitung einem Zweck, der dem einer BGB-Gesellschaft entsprechen kann. Weder ein Gesellschaftsvermögen noch die Möglichkeit einer Versammlung werden dafür vorausgesetzt.<sup>185</sup> Eine Versammlung ließe auf das Vorhandensein einer Geschäftsführung schließen, welche in ihrer typischen Form sowieso nicht gegeben ist. Aufgrund des fehlenden Gesellschaftsvermögens und des fehlenden Rechtsbindungswillens der Community gegenüber Dritten erübrigt sich laut Schiffner auch die Notwendigkeit einer Vertretungsregelung.

---

<sup>181</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 145.

<sup>182</sup> Vgl. Schiffner, S. 211.

<sup>183</sup> Vgl. Schiffner, S. 212.

<sup>184</sup> der Begriff „Bug-Fixer“ ist ein Synonym für Personen, welche in der Software auftretende Fehler beheben

<sup>185</sup> Vgl. Schiffner, S. 236.

Während nach Sester<sup>186</sup> sich zur Erreichung dieses Ziels sowohl Nutzer, unerfahrene Anfänger als auch versierte Spitzenprogrammierer zu einer Quasi-Gesellschaft zusammenschließen, um gegen die Monopolstellung Microsofts durch Entwicklung einer Alternative anzugehen, so geht Schiffner diese Formulierung eindeutig zu weit.<sup>187</sup> Er möchte nach Art und Weise der Rechtenutzung an OSS durch die Beteiligten die „kleine Open Source-Berechtigung“ hinsichtlich des reinen Gebrauchs von der erweiterten Rechtenutzung – also der „großen Berechtigung“ - getrennt wissen.<sup>188</sup> Schließlich können letztendlich bis zu drei verschiedene vertragliche Beziehungen zw. Weitergebendem und Empfänger aus folgenden Gründen auftreten:

- (1) Durch den reinen Erwerb der Software,
- (2) durch die „kleine“ Berechtigung zum reinen Gebrauch nach den üblichen Gepflogenheiten,
- (3) durch die volle Erlaubnis, also der „großen“ Berechtigung inklusive Veränderung und Weiterverbreitung der OSS.

Diese Darstellung Schiffners scheint plausibel, da sie – sowohl beim Inhaltsreview der GPL als auch der Konformitätsprüfung mit den Vorschriften der Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>189</sup> festgestellt – zwischen zwei Nutzungswegen unterscheidet, was durch die nachträgliche Anerkennung der Einräumung erweiterter Nutzungsrechte durchaus Probleme mit den AGB-Bestimmungen aufwerfen kann. Dass schon durch den reinen Erwerb eine schuldrechtliche Beziehung zw. Erwerber und Weitergebendem entstehen kann, steht außer Frage. Es bietet sich daher an, zwischen verschiedenen vertraglichen Bindungen zu unterscheiden.

Wie dies geschieht, mit welchen haftungsrechtlichen Folgen es verknüpft ist und wann eine Nähe zum gesellschaftsrechtlichen Ansatz festgestellt werden kann, wird nach der Betrachtung des Schenkungsansatzes von OSS Hauptbestandteil der praktischen Analyse.

---

<sup>186</sup> Vgl. Sester, CR 2000, S. 799.

<sup>187</sup> Vgl. Schiffner, S. 213.

<sup>188</sup> Vgl. Schiffner, S. 216.

<sup>189</sup> s. Kapitel 3.3.

## 3.6 Schenkung von OSS

### 3.6.1 Überblick

Die Besonderheit einer Schenkung i.S.d. § 516 BGB liegt in der **unentgeltlichen Zuwendung**. Verschenkt werden können nicht nur Sachen, sondern auch Rechte. Darunter fällt u.a. auch das Nutzungsrecht an einem Programm. Für die vertragsrechtliche Einordnung der Weitergabe von OSS spielt das Rechtsinstitut „Schenkungs“ eine tragende Rolle.

Wie wird der Schenkungsbegriff gesetzlich definiert?

§ 516 BGB [Schenkungsbeff]

- (1) Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.
- (2) Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden.

Eine Schenkung kann i.S.d. § 516 Abs. 2 BGB folglich auch im Nachhinein noch vom Empfänger angenommen werden. Dieses Problem wird sich bei der Weitergabe von OSS als Schenkung kaum stellen, da die Zuwendung, sofern sie erfolgt, meist das Interesse des Empfängers nach sich zieht, oder gar voraussetzt.

Nach heutiger Rechtsprechung sind zwei Arten der Schenkung zu unterscheiden:<sup>190</sup>

Zum einen die **Handschenkungs** und zum anderen die Schenkung, bei der der Schenker eine künftige Verpflichtung eingeht. Zur Voraussetzung wird dann eine notarielle Beurkundung des Versprechens gem. § 518 BGB.

---

<sup>190</sup> Vgl. Juristische Fakultät der Universität Hamburg, Schenkung (§§ 516-534 BGB) unter <http://bgb.jura.uni-hamburg.de/agl/agl-516.htm>, (01.08.2003).

Für die rechtliche Zuordnung der unentgeltlichen Weitergabe von OSS ist lediglich die sofort vollzogene, formlos gültige Handschenkung (§ 518 BGB unbeachtlich) interessant. Bei ihr sind Vertragsverpflichtung und Erfüllung verbunden, so dass es **keinen Anspruch gegen den Schenker** gibt, sondern nur ein Abwehrrecht gegen das Rückgabeverlangen aus § 812 BGB (Schenkung = Rechtsgrund für die Leistung).<sup>191</sup>

### **Grundsätzliches zur Gewährleistung**

Aufbauend auf der Erkenntnis, dass der Gewährleistungsausschluss der GPL nach bundesdeutschem Recht nicht wirksam ist, gelten bezüglich der Gewährleistung jene Regelungen, die sich aus der Schenkung ergeben (§§ 523, 524 BGB).<sup>192</sup> Während der § 524 Abs. 1 BGB auf die Gewährleistung für die Software selbst eingeht, bezieht sich der § 523 Abs. 1 BGB auf die Nutzungsrechte.

Beide Male kommt eine Gewährleistung immer nur dann zum Tragen, wenn der Schenker bei der Schenkung von OSS einen Mangel arglistig verschweigt. Ein Mangel wird dann arglistig verschwiegen, wenn der Vertragspartner von dem Mangel positiv wusste und dennoch den Vertrag eingeht.<sup>193</sup>

Wer aber nicht weiß, dass sein Programm funktionsunfähig ist, der muss auch nicht für auftretende Mängel einstehen. Wesentlich schwieriger kann sich die Sache jedoch für Distributoren auswirken, da diese die OSS meist zu einem Pauschalpreis auf CD-ROM und mit Handbuch oder Support vertreiben und somit eine erheblich umfangreichere Gewährleistung nach den Vorschriften des Kaufrechts denkbar wäre.<sup>194</sup>

### **Grundsätzliches zur Haftung**

Im Interesse des Schenkers - dahinter verbergen sich vorrangig die Community oder eine Privatperson<sup>195</sup> - soll die unentgeltliche Zuwendung von Haftungsansprüchen seitens des Beschenkten, in diesem Falle der Nutzer, soweit wie möglich frei sein. Niemand möchte gern

---

<sup>191</sup> Die vom Gesetz als Normalfall behandelte Handschenkung ist in ihrer Rechtsnatur umstritten. Vereinzelt wird in ihr noch ein Verpflichtungsgeschäft gesehen. Nach herrschender Meinung ist sie jedoch kein Verpflichtungsvertrag, sondern nur Abrede über den Rechtsgrund der Zuwendung (causa donandi), d.h. über das Einigsein über die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung. Für die dogmatische Einordnung spielt dies jedoch keine Rolle; vgl. dazu Fn. 189 mit Verweis auf MünchKomm/Kollhossler, § 516 Rn. 9 m. w. N.

<sup>192</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 151.

<sup>193</sup> Vgl. *Palandt*, § 123 BGB Rn. 5

<sup>194</sup> Vgl. *Jaeger* unter [http://www.ifross.de/ifross\\_html/art3.html](http://www.ifross.de/ifross_html/art3.html).

<sup>195</sup> Auch eine Privatperson kann, wenngleich sie auch nicht der Urheber der OSS ist, durch die Weitergabe an bspw. einen Freund eine Schenkung bewirken.

haften, dennoch ist, wie bereits bei den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgestellt wurde, der gänzliche Haftungs- und Gewährleistungsausschluss nach bundesdeutschem Recht nicht zulässig.

Es gilt aber, dass grundsätzlich der Schenker für das Verschenkte nicht über Gebühr verantwortlich gemacht werden soll. Daher definiert der Gesetzgeber durch den § 521 BGB einen konkreten Haftungsschutz:

**Der Schenker muss nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haften.**

*Grob fahrlässig handelt derjenige, der "die im Verkehr erforderliche Sorgfalt gröblich, im hohen Grade außer Acht lässt, wer nicht beachtet, was unter den gegebenen Umständen jedem einleuchten müsste (ständige Rechtsprechung seit RG, Bd. 141, S. 131).*

*Grob fahrlässig sind "schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzungen, die das gewöhnliche Maß erheblich übersteigen" (BAG, VersR 68, S. 738).*

*Grob fahrlässig ist derjenige, der "unbekümmert und leichtfertig handelt" (BGH VersR 66, S. 745) bzw. "die Sorgfalt außer Acht lässt, die sich aus den nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens als auffallende Sorglosigkeit heraushebt" (BGH VersR 89, S. 830).*

*Grob fahrlässig handelt derjenige, der "einfachste Überlegungen nicht anstellt und keine Maßnahmen ergreift, die jedermann einleuchten müssen" (BGH VersR 94, S. 314).<sup>196</sup>*

Grob fahrlässig heißt soviel wie: „Das wäre doch jedem vernünftigen Menschen klar gewesen, dass das so nicht gut gehen kann!“

Zur Verdeutlichung des Gegensatzes: Es handelt nur derjenige **ordnungsgemäß**, der alle ihm auferlegten Sorgfaltspflichten beachtet. Rein **fahrlässig** agiert nach § 276 BGB stets diejenige Person, die lediglich „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“.

---

<sup>196</sup> Auflistung nach *Kessling*, München, <http://www.ra-assing.de/vrbrauch/rechtgeb/verkehr/verkehrsrecht-frame.htm>, (31.07.2003).

Ohne dem letzten Kapitel dieser Arbeit zuviel vorweg zu nehmen, kann zur Haftung folgende Schlussfolgerung gezogen werden:

Im Falle der Schenkung von OSS haftet der Urheber von Open Source praktisch nur, wenn er vorsätzlich Fehler in sein entwickeltes bzw. mitentwickeltes Programm implementiert oder, trotz Kenntnis eines Fehlers und des Bewusstseins über die zu erwartenden negativen Folgen, diesen dennoch nicht beseitigte.

### 3.6.2 Die Position von Sester

Sester<sup>197</sup> schließt bei der Weitergabe von OSS den Tatbestand der Schenkung völlig aus, da eine Entreicherung des Schenkers und damit eine Verminderung der Vermögenssubstanz nicht eintrete. Der Tatbestand der Entreicherung ist rein aus dem Gesetzestext zwar nicht ersichtlich, dennoch hat er sich in der Rechtsprechung bis dato durchgesetzt.<sup>198</sup> Auch der Verzicht auf eine Gewinnmitnahme durch die entgeltliche Vermarktung der weiterentwickelten OSS ließe sich nach Sester nicht als „Entreicherung“ darstellen. Der Betrachter hätte hier möglicherweise durch das Unterlassen dieser gewinnbringenden Möglichkeit einen solchen Tatbestand als erfüllt ansehen können.

Des weiteren spricht laut Sester die massenhafte Verbreitung der OSS (speziell das Betriebssystem GNU/Linux) vorrangig über das Internet gegen die gewöhnliche Überschaubarkeit des Schenkungsvorganges und steht damit dem traditionellen Einzelakt der Übertragung eines Vermögensgegenstandes gegenüber.

Wie bereits festgestellt, zieht der Autor aufgrund des gemeinschaftlich verfolgten Zwecks der Community die Annahme eines Vertrags mit Nähe zur BGB-Gesellschaft dem Rechtsinstitut „Schenkungs“ vor, da zur Erreichung dieses Zwecks langfristig rechtliche Bindungen erst die Voraussetzung dazu schaffen.

---

<sup>197</sup> Vgl. Sester, S. 799 ff.

<sup>198</sup> Stichwort „Vermögensminderung“ bei der Schenkung siehe BGH-Urteil BGH NJW 1982, 820 und BGHZ 101, S. 229 ff.

### 3.6.3 Der Ansatz von Jaeger und Metzger

Nach beiden Autoren sind bei der **unentgeltlichen** Weitergabe von OSS die Tatbestandsmerkmale einer Schenkung nach § 516 BGB grundsätzlich erfüllt:<sup>199</sup>

- a) Eine **Zuwendung** liegt vor, da mit der Übergabe der Software ein Vermögensbestandteil hingegeben wird. Auch wenn beim Herunterladen aus dem Internet durch die verlustfreie Abgabe einer Kopie eine klassische Übergabe i.S.d. § 929 Satz 1 BGB nicht erfolgt, wendet der BGH die Vorschriften über die Sachübergabe analog an. Schließlich bleibt der wirtschaftliche Zweck - die Nutzbarmachung der Software - derselbe, egal ob das Programm nun auf einem greifbaren Datenträger weitergegeben oder per Download aus dem Internet geholt wurde. Standardsoftware wird laut ständiger Rechtsprechung derzeit als bewegliche Sache betrachtet.<sup>200</sup>
- b) Auch eine **Entreicherung** liegt nach Jaeger und Metzger vor. Zur Entreicherung kommt es hier zum einen durch die Einräumung zusätzlicher Nutzungsrechte über die normal vom Urheber eingeräumten hinaus. Zum anderen sehen die Autoren keinen Anlass darin, diejenigen zu privilegieren, die die Weitergabe der OSS auf einem Datenträger tätigen, da diese gegenüber den „Schenkern“ im Internet eine „wirkliche“ Vermögenminderung verzeichnen können.<sup>201</sup>
- c) Die **Bereicherung** auf der Seite des Beschenkten ist, laut Standpunkt beider Autoren, durch die Einräumung umfangreicher Nutzungsrechte unverkennbar.<sup>202</sup>
- d) Für die Erfüllung der **Unentgeltlichkeit** muss die Erwartung einer Gegenleistung strikt ausgeschlossen werden. Die Eigenschaft des „copyleft“ bei OSS kann in diesem Zusammenhang Unklarheiten auslösen. Der Betrachter könnte die Verpflichtung zur Lizenz-Treue im Falle der Weitergabe einer modifizierten Version als Gegenleistung betrachten. Da die Vorschriften der Open Source-Lizenzen wirtschaftlich und rechtlich jedoch keine Gegenleistung fordern, sondern lediglich den Gegenstand der Schenkung beschränken, ist der Tatbestand der Unentgeltlichkeit nach Jaeger und Metzger gegeben.

---

<sup>199</sup> Ausführliche Prüfung der Voraussetzungen vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 139 ff.

<sup>200</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 320, 321.

<sup>201</sup> Bei der Entreicherung wird die endgültige Zuwendung des Vermögensgegenstandes von der „vorübergehenden Gebrauchsüberlassung“ abgegrenzt; die Weitergabe der OSS fällt keineswegs in die zweite Kategorie, sondern ist im Normalfall endgültig.

<sup>202</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger* S. 142

### 3.6.4 Die Einordnung nach Schiffner

Im Falle der unentgeltlichen Weitergabe von OSS *auf einem Datenträger* schließt sich Schiffner<sup>203</sup> dem Schenkungsansatz von Jaeger und Metzger an, da er in diesem Vorgang ebenfalls eine Entreicherung sieht, allerdings lediglich bezogen auf den Zeitaufwand der Herstellung und die Datenträgerkosten als Erlass der üblichen Entschädigung. Wichtig ist ihm zu betonen, dass – wenn auch die Entreicherung bezüglich der reinen Software kaum gegeben ist – die Schaffung des neuen Vermögenswertes auf der Seite des Schenkers stattfindet.<sup>204</sup>

Da diese Tatbestände beim Download unerfüllt bleiben, geht Schiffner beim reinen Zurverfügungstellen der OSS im Internet von einer bloßen Gefälligkeit aus, die im Falle einer Pflichtverletzung Sekundäransprüche i.S. der §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB zur Folge haben könnte.<sup>205</sup> Im Falle des Downloads weicht das zielgerichtete Weitergeben der bestimmten Tätigkeit zur möglichen Werteschaffung durch Dritte, die die OSS herunterladen.

### 3.6.5 Die Position von Spindler

Spindler betont in seiner Ausführung zur vertragsrechtlichen Einordnung von OSS zunächst, dass beim Erwerb der Software grundsätzlich zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und der Einräumung der Nutzungsrechte unterschieden werden muss.<sup>206</sup> Er sieht Probleme aufkommen, wenn es zu einer zeitlichen Trennung von der Übergabe der Sachen und der der Rechte kommt.<sup>207</sup>

Was Spindler in diesem Zusammenhang aufgrund seiner Nähe zu den Gegebenheiten proprietärer Software jedoch nicht besitzt, ist die Erkenntnis, dass bei OSS die Lizenzen losgelöst vom Vertrag über den Erwerb des Vervielfältigungsstückes betrachtet werden müssen.<sup>208</sup> Zur bloßen Benutzung ist gem. § 69d Abs. 1 UrhG keine gesonderte Nutzungsrechtseinräumung erforderlich. Da der Erwerber der OSS meist nur Anwender ist und keine Modifikationen am

---

<sup>203</sup> Vgl. Schiffner, S. 225 ff.

<sup>204</sup> Vgl. Schiffner, S. 228.

<sup>205</sup> Vgl. Schiffner, S. 229.

<sup>206</sup> Vgl. Spindler, S. 72.

<sup>207</sup> s. vorherige Fn.; kritische Anmerkung zum Ansatz von Jaeger/Metzger, S. 139.

<sup>208</sup> Vgl. Stellungnahme von Jaeger/Metzger, ifrOSS-Artikel „Verschärfte Diskussion um Rechtssicherheit von Freier Software“, [http://www.ifross.de/ifross\\_html/home2\\_2003.html](http://www.ifross.de/ifross_html/home2_2003.html), (04.07.2003).

Programm vornimmt, wird es in den überwiegenden Fällen gar nicht erst zum Abschluss eines zweiten Vertrages (Lizenz) kommen.

Ebenso wie Jaeger und Metzger legt Spindler bzgl. der vertraglichen Einordnung von OSS durch die Unentgeltlichkeit das *Schenkungsvertragsrecht* nahe, ohne dass dabei, im Gegensatz zu Schiffner, zwischen den Erwerbsformen, zum einen dem Erwerb per Datenträger – zum anderen per Download, unterschieden werden sollte.<sup>209</sup>

Den Tatbestand der Entreichung sieht Spindler dadurch gegeben, dass der die Software Verschaffende sein bestehendes Recht (unter Auflagen) daran vergibt.<sup>210</sup>

Damit schließt er sich der Meinung des o.g. Autorenduos an.

### **3.7 Zusammenfassung und Bewertung**

**Die dinglichen Rechte und Pflichten aus dem bundesdeutschen Urheberrechtsgesetz, verknüpft mit der Frage nach der Urheberschaft bei OSS-Werken, lösen nach einheitlicher Meinung keine Unsicherheiten aus:**

Die Miturheberschaft i.S.d. § 8 UrhG benötigt als Grundlage ein gemeinsames Konzept - eine Idee, der sich der beteiligende Programmierer zur Verwirklichung der gemeinsamen Ziele freiwillig anschließt und unterordnet. Jeder Miturheber ist vor Gericht aktivlegitimiert, d.h. er kann nach § 8 Abs. 2 S. 3 UrhG rechtliche Ansprüche bezogen auf das *gesamte* Werk im juristischen Verfahren durchsetzen.

Handelt es sich um Leistungsansprüche, ist allerdings Leistung an alle Miturheber zu verlangen, mit der problematischen Bedingung der ausführlichen Namensnennung aller Miturheber. Nicht notwendig ist die genaue Namensnennung beim reinen Unterlassungsanspruch.

Keine Miturheberschaft entsteht bei der Werkverbindung nach § 9 UrhG, einem Verbund von einzelnen, selbständig verwertbaren Werken. Den einzelnen Urhebern bleiben die bisherigen Rechtspositionen allein an ihrem Teilwerk erhalten. Gesamtheitlich wären nur obligatorische Ansprüche durch einen Zusammenschluss zu einer BGB-Gesellschaft durchzusetzen.

---

<sup>209</sup> Vgl. Spindler, S.73.

<sup>210</sup> Vgl. Spindler, S.74.

Da eine Bearbeitung gem. § 3 UrhG im Bereich der OSS-Entwicklung in den meisten Fällen nur innerhalb von Fehleranalysen und -behebungen stattfindet, führt sie im Allgemeinen aufgrund mangelnder schöpferischer Leistung zu keinem urheberrechtlichen Anspruch.

Im **vertragsrechtlichen Bereich** stellt sich die rechtliche Einordnung von OSS schwieriger dar:

Sesters grundsätzliche Nähe zum gesellschaftsrechtlichen Ansatz bezüglich jeder Form der Weitergabe von OSS an Dritte lässt sich in seiner *konsequenten* Form aufgrund unerfüllter Voraussetzungen und teilweise zu freier Auslegung nicht aufrecht erhalten.

Während Jaeger und Metzger u.a. durch das Fehlen der konkreten Beitragspflicht eines jeden Gesellschafters im Open Source-Projekt dem gesellschaftsrechtlichen Ansatz nicht zustimmen werden und - wie auch Spindler - der unentgeltlichen Weitergabe das Rechtsinstitut „Schenkung“ zugrunde legen, trennt sich Schiffner nicht gänzlich von der Nähe zur BGB-Gesellschaft. Diese Nähe zeigt sich allerdings nicht bei der Betrachtung der unentgeltlichen Weitergabe von OSS, sondern bei der Einräumung des erweiterten Nutzungsrechts in Form der „großen Berechtigung“. In diesem Zusammenhang wirkt die Dreiteilung der vertraglichen Open Source-Beziehungen in den reinen Erwerb der Software, der „kleinen Berechtigung“ und der „großen Berechtigung“, auf den Betrachter als logisch nachvollziehbar. Im Gegensatz zur pauschalen Betrachtung Sesters und der Autoren Jaeger und Metzger schafft Schiffner eine differenziertere, „feinere“ Betrachtung der rechtlichen OS-Beziehungen.

Als bedenklich entpuppt sich allerdings sein Ansatz zur unentgeltlichen Weitergabe von OSS. Die Qualifikation der unentgeltlichen Weitergabe auf einem Datenträger als Schenkung dem ebenso kostenlosen Download als bloße Gefälligkeit mit höherem Haftungsrisiko gegenüberzustellen, scheint rechtlich möglich, wirkt jedoch zu pragmatisch. Da die Beweggründe des Zuwendenden beide Male gleicher Art sind und die OSS-Projekte vorrangig nur durch das Internet überhaupt bestehen können, ist eine Benachteiligung des Zuwendenden bei Nutzung des Internets Übertragungsmöglichkeit schwer nachvollziehbar. Inwiefern eine Schenkungsabsicht durch das Bereitstellen der OSS zum Download vorliegt und sich damit von der reinen Gefälligkeit abhebt, wird letztlich nur der Zuwendende selbst wissen.

Des weiteren muss bezüglich der **Gewährleistungs- und Haftungsfragen** vorerst zusammengefasst werden, dass die Ziffern 11 und 12 der GPL, inhaltlich der OSS-typische Haf-

tungs- und Gewährleistungsausschluss, nach den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegen das absolute Klauselverbot des § 309 Nr. 8 b) aa) BGB verstoßen. Dem hinzugefügt greift auch die salvatorische Klausel „soweit gesetzlich zulässig“ zur Relativierung des Haftungs- und Gewährleistungsausschlusses aufgrund ihrer Unwirksamkeit nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht. Somit muss sich die OSS in Haftungsfragen ausschließlich gem. § 306 Abs. 2 BGB n. F. an den Vorschriften der bundesdeutschen Gesetzgebung messen.<sup>211</sup>

Es ist bereits an dieser Stelle den Communities und ihren Interessensvertretern insgesamt zu raten, ihre Lizenzen nicht nur am US-amerikanischen Recht zu orientieren, sondern sie auf staatspezifische Begebenheiten anzupassen, um Rechtsunsicherheiten vorzubeugen.

---

<sup>211</sup> Sofern Rechtsstreitigkeiten innerhalb der Bundesrepublik Deutschland auftreten.

## 4 Rechtliche Analyse von Open Source Software in der Praxis

Aufbauend auf der zuvor entwickelten Grundlage zur rechtlichen Einordnung von OSS werden in einem weiteren Schritt explizit zwei in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellationen, bestehend aus mehreren OS Beziehungen, zur genaueren rechtlichen Untersuchung aufgegriffen.

**Ziel der Analyse ist zunächst die vertragliche Einordnung der Beziehungen aller Beteiligten zueinander.**

**Daraufhin setzt sich die Untersuchung insbes. mit den jeweils auftretenden Ansprüchen aus Haftung und Gewährleistung auseinander, generell resultierend aus einer mangelhaften Software.**

Im Zuge ihres hohen Marktanteils wird die GPL den vertraglichen Beziehungen in der folgenden Analyse zugrunde gelegt.

Eine weitere Voraussetzung ist wegen der festgestellten Unwirksamkeit des Haftungs- und Gewährleistungsausschlusses aus den Ziffern 11 und 12 der GPL die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften der Bundesrepublik Deutschland.

### 4.1 Fallkonstellation 1

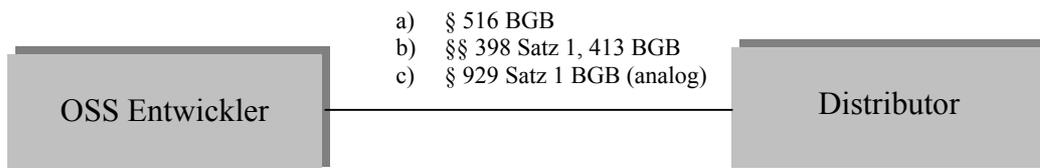


Aus dem generischen Modell exzerpiert, wird zunächst die Beziehung OSS Entwickler (=> Community) – Distribution – OSS Nutzer betrachtet. Bei dem OSS Nutzer handelt es sich um eine natürliche Person.

#### 4.1.1 Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Distributor

Zugrunde liegt ein unentgeltlicher Erwerb von OSS durch den Distributor. Die OSS Entwickler sind als Community der Urheber der Software.

**Vertragsverhältnisse hinsichtlich schuldrechtlicher und dinglicher Beziehung:**



Zwar betrachtet Schiffner den unentgeltlichen Download nicht als Schenkung, sondern vielmehr als Gefälligkeit, doch ergibt sich nach der Meinung des Autors wegen der vergleichbaren Interessenlage und der Unzumutbarkeit einer uneingeschränkten Haftung eine analoge Anwendung der Haftungsbestimmungen des Rechtsinstituts „Schenkungs“.<sup>212</sup>

Nicht zuletzt aus diesem Grund findet innerhalb der rechtlichen Beziehung OSS Entwickler - Distributor der Schenkungsansatz von Jaeger und Metzger seine Anwendung.<sup>213</sup>

**Die unentgeltliche Zuwendung der OSS ohne erwartete Gegenleistung qualifiziert sich als Schenkung i.S.d. § 516 BGB.**

Die Übergabe der Software findet gem. § 929 Satz 1 BGB, die Abtretung der Nutzungsrechte gem. §§ 398 Satz 1, 413 BGB statt.<sup>214</sup>

Neben der gebündelten Übertragung der Eigentums- und Nutzungsrechte nach Jaeger und Metzger, soll an dieser Stelle auch der dreiteilige Ansatz Schiffners<sup>215</sup> seine Beachtung finden. Nach seiner Ansicht kommt es im Rahmen der „kleinen Berechtigung“ entweder zu einem atypischen Lizenzvertrag („sui generis“) oder im Falle des Leistungsausschlusses seitens

<sup>212</sup> Vgl. Schiffner, S. 255

<sup>213</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 137 ff.

<sup>214</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 145

<sup>215</sup> s. Kap. 3.5.4.

des OSS Entwicklers als Rechteinhaber wie beim kostenlosen Download zu einer Gefälligkeit.<sup>216</sup>

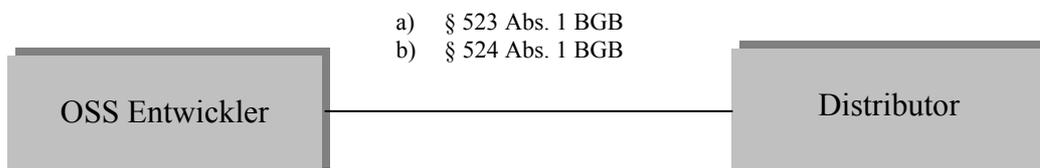
Aufgrund der Unentgeltlichkeit und der fehlenden Einflussmöglichkeit nach der Freigabe (Kontrolle, Übersicht) durch den OSS Entwickler wird sich bezüglich der Haftung erneut eine Haftungsbeschränkung einstellen, die kaum über der einer Schenkung liegen wird.<sup>217</sup>

Hinsichtlich der „großen Berechtigung“ kommt es - so Schiffner - zu einem „Open Source-Vertrag“ mit deutlicher Nähe zum Recht der BGB-Gesellschaft. Durch die deckungsgleichen Argumente bei der „kleinen Berechtigung“ käme es auch hier zu einer zulässigen Haftungsbeschränkung,<sup>218</sup> allerdings i.S.d. § 708 BGB aus dem Gesellschaftsrecht.

**Bei Ablehnung des gesellschaftsrechtlichen Ansatzes kann die Haftung aus der Schenkung analoge Anwendung finden.**

Da die Community in diesem Fall im Besitz aller Rechte an der OSS ist und damit sowohl als Schenker als auch als Urheber der OSS auftritt, werden sich die Auswirkungen auf Gewährleistung und Haftung beider Ansätze im Wesentlichen nicht unterscheiden.

**Gewährleistung:**



Bezüglich der Gewährleistung gelten die sich aus der Schenkung ergebenden Regelungen der §§ 523, 524 BGB.<sup>219</sup>

Daraus ergibt sich, dass eine Gewährleistung nur dann besteht, wenn die OSS Entwickler einen Mangel arglistig verschweigen. Ein Mangel wird dann arglistig verschwiegen, wenn der

<sup>216</sup> einfaches Nutzungsrecht bei OSS (im Rahmen der „kl. Berechtigung“) <-> bei proprietärer Software ein ausschließliches Nutzungsrecht; vgl. Schiffner, S. 231.

<sup>217</sup> Schlussfolgerung aus der Haftungsbeschränkung einer Gefälligkeit (s.o.) beim unentgeltlichen OSS-Erwerb als Download nach den Maßstäben einer Schenkung; analoge Anwendung.

<sup>218</sup> Vgl. Schiffner, S. 257.

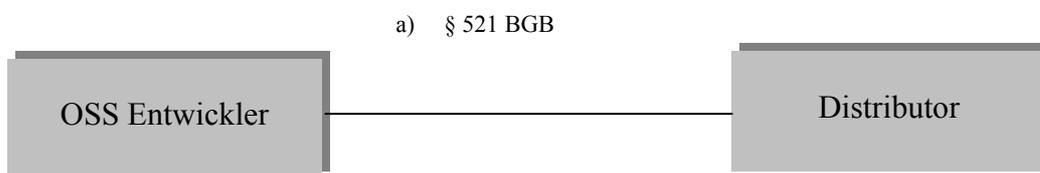
<sup>219</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S. 151.

Vertragspartner von dem Mangel positiv wusste und dennoch den Vertrag eingeht.<sup>220</sup>

Dieser Fall könnte z.B. eintreten, wenn die Entwickler vor Weitergabe ihrer OSS eine Virusinfektion an derselben bemerken und diese in infiziertem Zustand veröffentlichen, ohne sich Gedanken über die Folgen beim Nutzer zu machen. Eine solche Unvorsicht wird bei dem hohen Anspruch der Community, ein fehlerfreies Programm nicht nur für andere, sondern auch für sich herzustellen, selten gegeben sein. Sollte dennoch jemand wissentlich infizierte Software verbreiten, so wird er sicherlich nicht der Namensnennungspflicht der GPL im Quelltext der Software nachkommen. Somit wäre der Täter ähnlich schwer zu finden wie das bereits bei den fast alltäglichen Virusverbreitungen durch das Internet der Fall ist.

Fazit: Die OSS Entwickler trifft eine sehr geringfügige Gewährleistungspflicht, trotz des Scheiterns der entsprechenden Bestimmungen der GPL an den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

### Haftung:



Infolge der Anwendung des Schenkungsrechts ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt i.S.d. § 521 BGB. Der Tatbestand des Vorsatzes kann dann bestehen, sobald eine oder mehrere Personen der OSS Entwickler mutmaßlich, d.h. in schädigender Absicht, nicht sofort ersichtliche und dennoch in den Folgen gravierende Fehler in die Software einbauen.

Auch das vorsätzliche Implementieren eines Virus um dem Nutzer Schaden zuzufügen gehört zu diesem Tatbestand.

Bei der groben Fahrlässigkeit ist die Lage schwieriger: Denkbar wäre eine Bejahung im Zuge einer völlig mangelhaften gar fehlenden Überprüfung des Programms auf Viren seit Beginn des OSS-Projekts. Die Frage ist dabei, inwiefern eine standardisierte regelmäßige Virenanalyse

---

<sup>220</sup> siehe Kap. 3.6.

se in den Bereich der Sorgfaltspflichten der Community fällt und ob in einem solchen Fall nicht der Tatbestand einer leichten Fahrlässigkeit gegeben ist.

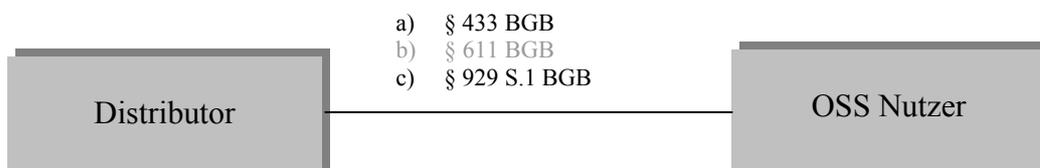
Es bestünde im Zuge einer Individualabrede gem. § 309 Nr. 7 BGB die Möglichkeit beider Parteien eine Haftungsbeschränkung nur auf Vorsatz gem. § 276 Abs. 3 BGB als die zulässige Untergrenze des Haftungsausschlusses festzulegen.<sup>221</sup> Doch eine solche Individualabrede ist durch den grundsätzlich mangelnden Rechtsbindungswillen der OSS Entwickler schon im vorhinein unwahrscheinlich.

Die Produkthaftung nach dem ProdHaftG greift hier gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHaftG nicht, da die OSS Entwickler - solange sie ihre Software als reine OSS kostenlos und nicht proprietär gegen Entgelt vertreiben – in ihrem Tun keinen wirtschaftlichen Zweck verfolgen. Dies gilt für das erstellte Programm. Wirtschaftliche Zwecke sind nicht generell ausgeschlossen, betrachtet man die Möglichkeit des Angebots von Service- und Wartungsdienstleistungen gegen Entgelt. Doch solche Dienstleistungen sind keineswegs Bestandteil der vorliegenden Schenkung und unbedingt davon zu trennen. Hinzu kommt, dass derartige Dienstleistungen primär in das Angebotsspektrum von Distributoren und Integrationshäuser fallen.

#### 4.1.2 Rechtsbeziehung zw. Distributor und OSS Nutzer

**Zugrunde liegt der entgeltliche Erwerb eines OS Betriebssystems seitens eines OSS Nutzers von einem Distributor auf einem Datenträger.<sup>222</sup> Die OSS Entwickler sind als Community weiterhin der Urheber der Software.**

#### Vertragsverhältnisse hinsichtlich schuldrechtlicher und dinglicher Beziehung:



<sup>221</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 155.

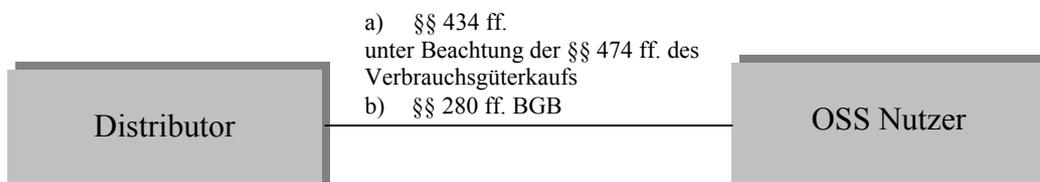
<sup>222</sup> I.d.R. ist mit dem Erwerb ein Support (zeitlich begrenzt) und ein ausführliches Handbuch verbunden.

Im Gegensatz zur unentgeltlichen Weitergabe von OSS ergeben sich in dieser Konstellation sichtbare Parallelen zum Erwerb proprietärer Software. Auch bei der OSS kann in diesem Fall von einer *neu* hergestellten Sache ausgegangen werden, womit von Anfang an gem. § 309 Nr. 8 b BGB n. F. ein Gewährleistungsausschluss unwirksam ist.<sup>223</sup>

Zwischen Distributor und OSS Nutzer wird ein Kaufvertrag nach § 433 BGB über das Softwarepaket inklusive des die OSS enthaltenden Datenträgers und i.d.R. des dazugehörigen Handbuchs geschlossen. Die Übertragung des Eigentums an dem Softwarepaket erfolgt nach § 929 Satz 1 BGB. Aufgrund dessen, dass der Distributor im Gegensatz zur Community nicht der Rechteinhaber ist, sind die Regelungen der OS-Lizenz nicht Bestandteil des Kaufvertrags. Zum Tragen kommen allenfalls die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Distributors, sofern sie der Inhaltskontrolle standhalten und somit gesetzeskonform sind.

Oftmals zum Angebot des Distributors zugehörig wird zusätzlich ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB über einen meist zeitlich begrenzten Support geschlossen,<sup>224</sup> der aber zunächst der rechtlichen Untersuchung nachgestellt werden soll.

### Gewährleistung:



Grundsätzlich muss der Distributor dem OSS Nutzer - welcher hier als Käufer der Ware auftritt - nach dem Kaufgewährleistungsrecht gem. §§ 434 ff. BGB insgesamt für ein fehlerfreies Softwarepaket einstehen.

Da durch den widerrechtlichen Haftungs- und Gewährleistungsausschluss der GPL die deutschen gesetzlichen Vorschriften Anwendung finden und diese bei Abschluss des Kaufvertrags aufgrund der fehlenden Einsicht durch den Käufer sowieso noch keine Gültigkeit erlangen, kann der OSS Nutzer bei einem vorliegenden Mangel zunächst die Nacherfüllung i.S.d. § 439 BGB verlangen.

<sup>223</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 243.

<sup>224</sup> Es läge dann in der Kombination von Kauf- und Dienstvertrag ein „gemischter“ Vertrag vor.

Kommt der Distributor im Zeitraum einer angemessenen Frist der Nacherfüllung nicht nach,<sup>225</sup> so hat der OSS Nutzer gem. der §§ 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 1 BGB das Recht, den Kaufpreis zu mindern oder gänzlich vom Vertrag zurückzutreten.

Mängel können sich als Funktionsmängel, Viren, Trap-Doors,<sup>226</sup> eine fehlerhafte, unzureichende Dokumentation, eine der Hardwareleistung unangemessene geringe Rechengeschwindigkeit während des Programmablaufs etc. zeigen.<sup>227</sup>

Grundsätzlich darf die Erwartungshaltung auf vollständige Fehlerfreiheit bei umfangreichen Programmen nicht zu hoch sein, da man den OSS-typischen Fortentwicklungsprozess und die teils mögliche unprofessionelle Beteiligung einiger Hobbyprogrammierer an der Erstellung und letztendlich den geringen Preis, berücksichtigen muss.<sup>228</sup> Eine Berücksichtigung dieser Faktoren könnte sich mildernd auf die Rechtsauslegung des Sachmangelbegriffs auswirken und zum Ausschluss nicht offenkundiger Mängel und kleiner Ungereiftheiten aus dem Haftungsumfang führen.<sup>229</sup>

Nicht zu vergessen ist die Möglichkeit eines Rechtsmangels gem. § 435 BGB. Nach dem neuen Schuldrecht haftet der Distributor als Verkäufer diesbezüglich laut § 453 Abs. 1 BGB in gleicher Art und Weise wie beim Sachmangel. Der OSS Nutzer kann also bei Vorlage eines Rechtsmangels - falls die besonderen Voraussetzungen der §§ 440, 281 BGB gegeben sind – „statt der Leistung“ Schadensersatz verlangen.

Ein Rechtsmangel kann bei der Weitergabe der OSS auftreten, wenn ein Programm des Distributors von der Community nicht unter eine OS-Lizenz gestellt wurde. Durch die hohe Haftungsbeschränkung der OSS Entwickler gem. § 523 Abs. 1 BGB wird dem OSS Nutzer daran gelegen sein, seine o.g. Ansprüche gegen den Distributor durchzusetzen. Letzterer trägt durch den entgeltlichen Verkauf auch das höhere Risiko.

Die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) dienen dem besseren Schutz des Verbrauchers, sofern er eine bewegliche Sache von einem Unternehmer kauft. Im Bereich der OSS werden diese Regelungen allerdings kaum ihre Anwendung finden.

---

<sup>225</sup> Das gleiche gilt auch für etwaige (Zwischen-) Händler.

<sup>226</sup> Sogen. „Hintertüren“, Sicherheitslücken im Zusammenhang mit der Anfälligkeit durch Hacker-Angriffe von außen bspw. per Inter- oder Intranet.

<sup>227</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 167.

<sup>228</sup> Man beachte stets, dass OSS unter die Gattung „autodistributive“ Software fällt.

<sup>229</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 247.

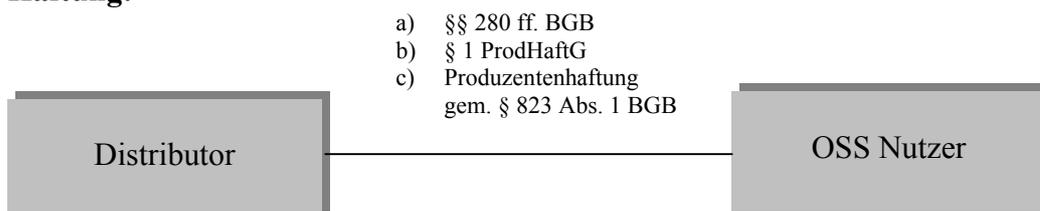
Zum Ausschluss des § 475 BGB führt die Tatsache, dass zwischen dem Distributor und dem OSS Nutzer kaum individuelle Vertragsvereinbarungen vorab getroffen werden.

Des weiteren ist auch eine Anwendung des § 476 BGB kaum gegeben. Demnach läge innerhalb der ersten 6 Monate nach dem Kauf infolge der Vermutung eines von dem Unternehmer zu vertretenden Mangels **die Beweislast beim Distributor**. Dies jedoch nur, sofern die Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels vereinbar ist (§ 476 BGB). Wie schwierig sich bei OSS-Produkten dieser Tatbestand erfüllen lässt, ist allein dadurch ersichtlich, dass trivial gesagt, die Software nach Kauf entweder läuft oder nicht läuft. Etwaige vom Unternehmer zu vertretende, gravierende Mängel werden sich nur selten im nach längerem Zeitraum (bspw. erst nach 5 Monaten) bemerkbar machen.

Es steht dem Distributor frei, eine verlängerte Garantie in Anlehnung an § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB oder im Sonderfall eine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie gem. § 443 BGB einzuräumen.<sup>230</sup> Diese Zusatzgarantien gingen sicherlich wieder einher mit erhöhten Kosten für das gesamte Produkt.

Ergänzung: Für einen mangelhaften Support hat der Distributor die Haftung nach den §§ 280 ff. BGB auf Schadensersatz zu tragen.<sup>231</sup>

### Haftung:



#### a) Die vertragliche Haftung:

Im Rahmen der gem. § 241 Abs. 2 BGB gesetzlich vorgeschriebenen Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Parteien wird bei Software grundsätzlich von einer Prüfpflicht auf ihre fehlerfreie Beschaffenheit auszugehen sein.

<sup>230</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 248.

<sup>231</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 167.

Dabei muss zwischen Händler und Distributor differenziert die Verhältnismäßigkeit einer zumutbaren Prüfpflicht gewahrt bleiben.

Mit anderen Worten: Kauft der OSS Nutzer das Softwarepaket beim Händler, so kann von diesem nicht verlangt werden, dass er die Software vor Verkauf regelmäßig auf Virenbefall und Programmfehler untersucht hat. Dies ist schon aus dem Grund abwegig, da das Softwarepaket meist vom Distributor in Folie eingeschweißt und versiegelt wurde und der Händler die Verpackung durch Öffnung beschädigen müsste, um an das Programm zu gelangen. Die Prüfpflicht der Software auf ihre fehlerfreie Beschaffenheit wird demnach auf den Distributor fallen, allerdings nur, wenn dieser der direkte Vertragspartner des OSS Nutzers ist.

Ansonsten richtet sich der vertragliche Anspruch nur gegen den Händler. Aufgrund fehlender Gläubigernähe und Erkennbarkeit kommt hier auch eine Haftung seitens des Distributors aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (also für den Händler) nicht zum Tragen.<sup>232</sup>

Im Falle einer Pflichtverletzung richtet sich laut Gesetz die vertragliche Haftung für den Verkäufer (Distributor *oder* Händler) nach den §§ 280 ff. BGB (i.V.m. §§ 440, 437 Nr. 3 BGB).

Im Gegensatz zur Produkthaftung kann die vertragliche Haftung durch eine Individualvereinbarung oder allgemeine Geschäftsbedingungen im Rahmen des § 276 Abs. 3 BGB bzw. des § 309 Nrn. 7, 8 BGB wirksam eingeschränkt werden.<sup>233</sup> Diese Möglichkeit wird i.d.R. sowohl von den Distributoren<sup>234</sup> als auch von den Händlern<sup>235</sup> genutzt.

Derartige allgemeine Geschäftsbedingungen sind abzugrenzen von den derzeit *noch* nicht modifizierten und dadurch bezüglich der Haftungs- und Gewährleistungsbeschränkung unwirksamen Bestimmungen der GPL.

## **b) Die Produkthaftung nach dem ProdHaftG:**

Der Distributor tritt zwar nicht als der eigentliche Programmierer der OSS auf,<sup>236</sup> aber auch er haftet nach dem Produkthaftungsgesetz als ein sog. Quasi-Hersteller<sup>237</sup> i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz

---

<sup>232</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 252/253.

<sup>233</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 252.

<sup>234</sup> Beispiel Firma SuSE Linux AG; AGB sind zu finden unter [http://www.suse.de/de/company/suse/terms\\_conditions/index.html](http://www.suse.de/de/company/suse/terms_conditions/index.html).

<sup>235</sup> Bei den Händler befinden sich die AGB meist im sichtbar im Eingangs- oder Kassenbereich deklariert und auf der Rückseite des Rechnungsbelegs.

<sup>236</sup> Diese Rolle bleibt stets den OSS Entwicklern (Community) vorbehalten.

<sup>237</sup> *Palandt/Thomas*, § 4 ProdHaftG, Rn. 6.

2 BGB in vollem Umfang für durch einen Produktfehler ausgelöste Personen- und Sachschäden gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Die Voraussetzungen zum Quasi-Hersteller sind bereits durch das Anbringen eines eigenen Namens, seiner Marke<sup>238</sup> oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens gegeben, mit denen der Distributor vor dem kaufenden OSS Nutzer als Hersteller des Produkts auftritt.

Im Falle eines Softwarefehlers liegt die Beweislast in sofern beim OSS Nutzer, als dass er den Schaden, den Fehler und den dabei bestehenden Kausalzusammenhang nachzuweisen hat. Um sich dann von der Ersatzpflicht zu befreien, muss der Distributor die Erfüllung der Tatbestände des § 1 Abs. 2 und 3 ProdHaftG beweisen.<sup>239</sup>

Wichtig:

Die Produkthaftung nach dem ProdHaftG bezieht sich bei Sachbeschädigung<sup>240</sup> ausschließlich auf Schäden, welche an einer anderen *im privaten Ge- oder Verbrauch genutzten* Sache als dem fehlerhaften Produkt entstehen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG).

Mit anderen Worten:

**Birgt sich hinter dem OSS Nutzer nicht eine private Person sondern eine Unternehmung, dann greift das Produkthaftungsgesetz nicht, da es keinen Ersatz von Schäden an gewerblich genutzten Sachen gestattet!**<sup>241</sup>

Doch wann liegt ein Produktfehler vor?

Ein fehlerhaftes Produkt liegt gem. § 3 Abs. 1 ProdHaftG immer dann vor, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann. Die „Umstände“ bezüglich der OSS (andauernder, OSS-typischer Fortentwicklungsprozess, teilweise unprofessionelle Beteiligung einiger Hobbyprogrammierer an der Erstellung, keine Lizenzgebühren für die Software) müssen auch im Bereich des ProdHaftG zu einer Reduzierung der Sicherheitsansprüche des OSS Nutzers führen. Diesem sollte bei Kauf

---

<sup>238</sup> So bei der Firman SuSE Linux, Mandrake, Red Hat etc.

<sup>239</sup> Vgl. Koch, S. 109/110.

<sup>240</sup> bei der Sachbeschädigung trägt der Geschädigte stets eine Eigenbeteiligung von bis zu 500 Euro (§ 11 ProdHaftG)

<sup>241</sup> Vgl. Koch, S. 91; Anmerkung des Autors dieser Arbeit: Dieser Ausschluss wird besonders in der noch folgenden erweiterten Fallkonstellation relevant sein.

eines OSS-Paketes bewusst sein, dass es sich um autodistributive Software handelt, und er lediglich das Kopieren auf einen Datenträger, die vereinfachte Installationsroutine und die Entwicklung des Handbuchs (möglicherweise auch noch den Support) bezahlt.<sup>242</sup>

Bei fehlerhafter OSS sind substanzielle Schäden äußerst selten, aber dennoch vorstellbar. Installiert eine freie Betriebssoftware automatisch einen Treiber für die Grafikkarte und überträgt diese aufgrund eines Fehlers in der Treibersoftware, ohne dass der Nutzer dies vor dem eintretenden Defekt merkt, liegt faktisch ein Fehler in der Substanz der Grafikkarte vor. Folglich greift das Produkthaftungsgesetz.

Die Seltenheit substanzieller Schäden und solchen an Personen bleibt bei Software bestehen. Dennoch gilt: Je häufiger *ausgereifte* OSS<sup>243</sup> in höchst verantwortlichen Bereichen wie in der medizinischen Behandlung zukünftig eingesetzt wird, desto größer wird die Verantwortung der Hersteller auf intensive Qualitätsprüfung. Während in diesem Zusammenhang Jaegers und Metzgers<sup>244</sup> Beispiel der fehlerhaften Software im Krankeneinsatz mit erheblichem Personenschaden als Konsequenz laut Schiffner<sup>245</sup> sehr konstruiert wirkt, so soll es dennoch verdeutlichen, welche Tragweite die Verantwortung des Herstellers im Härtefall besitzen kann.

Weniger selten wird eine ungewollte Datenveränderung oder ein Datenverlust einhergehend mit Virenbefall oder einem Softwarefehler auftreten. Auch wenn dadurch keine greifbare Substanz geschädigt wird, fällt ein derartiges Vorkommnis nach heute h.M. auch in den Haftungsbereich des Produkthaftungsgesetzes (§ 1 ProdHaftG).<sup>246</sup> Damit ist für den Nutzer sicherlich der wichtigste Rechtsschutz gegeben, auch wenn auf ihn nach § 11 ProdHaftG stets die Selbstbeteiligung von bis zu 500 Euro zukommt.

---

<sup>242</sup> Ähnlich bei Schiffner, S. 250.

<sup>243</sup> Die betreffende OSS muss sich bis zum zukünftigen Zeitpunkt natürlich bewährt haben, ein gutes Serviceangebot mit einbegriffen.

<sup>244</sup> Vgl. Jaeger/Metzger, S 154.

<sup>245</sup> Vgl. Schiffner, S. 251; Die Frage sei, ob bei einem aufgrund fehlerhafter Software nicht richtig funktionierendem Gerät, die Produkthaftung sich eher gegen den Hersteller des Gerätes richtet, da dieser in den meisten Fällen auch die Software liefern wird.

<sup>246</sup> Vgl. Schiffner, S. 251.

**Die deliktische Produzentenhaftung (§§ 823 ff. BGB):<sup>247</sup>**

Wesentliche Voraussetzungen der Produzentenhaftung sind zum einen eine Verletzungshandlung gegen Sorgfalts- und Verkehrssicherungspflichten und zum anderen das diesbezügliche Verschulden.

**Im Gegensatz zum Fokus des Produkthaftungsgesetzes auf die mangelnde Sicherheit des Produktes orientiert sich die Produzentenhaftung vorrangig an den Unzulänglichkeiten in der Organisation des Produktionsprozesses als den eigentlichen Haftungsgrund.<sup>248</sup>**

Da sich der OSS Nutzer der Produktionsabläufe bei der Programmerstellung nicht genau bewusst sein kann und für ihn damit die Beweiserbringung auftretender Produktfehler in der Software in den meisten Fällen unmöglich wird,<sup>249</sup> findet im Rahmen der Produzentenhaftung eine Sonderregelung der Beweislastverteilung zugunsten des Käufers, also des Geschädigten, statt.<sup>250</sup> Zunächst muss dieser den Beweis erbringen, dass der Schaden ursprünglich aus einem objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit innerhalb des Organisations- und Gefahrenbereichs des Herstellers herrührt. Danach obliegt es dem Hersteller, den Beweis seiner eigenen Schuldlosigkeit zu erbringen.

Logischerweise wird bei kommerziell vertriebener OSS nur der Distributor der Produzentenhaftung unterliegen, da er die Software in den Verkehr bringt.<sup>251</sup> Voraussetzung für eine Haftungsbefreiung des Distributors ist seine gewissenhafte und nach dem Stand der Technik angemessene Überprüfung des gesamten Produktionsvorgangs des OS-Pakets, sodass er eindeutig nachweisen kann, dass ihn im Falle eines Produktfehlers kein Verschulden trifft.

Die Kontrollpflicht wird sich beim Händler nur auf die äußerliche Beschaffenheit des Softwarepakets erstrecken, sofern davon eine drohende Gefahr für den Nutzer zu erwarten wäre.

---

<sup>247</sup> dazu *Palandt/Thomas*, § 823 BGB, Rn. 201 ff.; in die Produzentenhaftung fallen bei Software Fehler im Erstellungsvorgang einer Kopie auf einem Datenträger, Programmierfehler sowie Anleitungsfehler im Handbuch, die Schäden am Eigentum des Käufers auslösen; Wichtig: Auch die Produzentenhaftung kann durch vertragliche Haftungsbeschränkungen eingegrenzt sein.

<sup>248</sup> Vgl. *Koch*, S. 59 bzgl. Produzentenhaftung; S. 94 bzgl. ProdHaftG; trotzdem ist die Abgrenzung des Fehlerbegriffs beider Seiten nicht immer eindeutig.

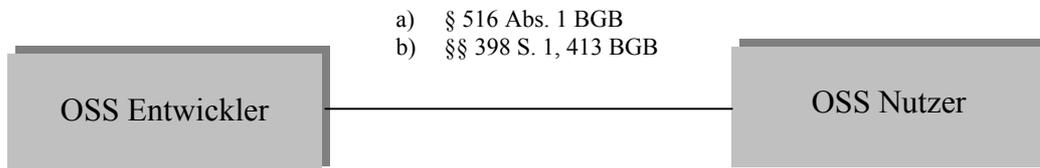
<sup>249</sup> Man könnte annehmen, dass ein Programmierfehler in OSS durch den offenen Quellcode für jeden OSS Nutzer genau rückzuverfolgen ist, doch nicht jeder Nutzer ist ein versierter Programmierer, der mit Hilfe von Programmierwerkzeugen die exakte Ursache und den Ort des Fehlers nachweisen kann.

<sup>250</sup> Vgl. *Koch*, S. 56.

<sup>251</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 254.

### 4.1.3 Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und OSS Nutzer

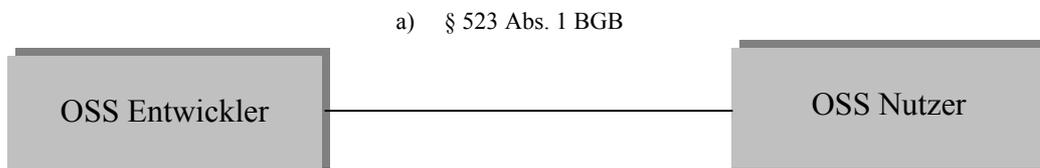
#### Vertragsverhältnisse hinsichtlich schuldrechtlicher und dinglicher Beziehung:



**Die unentgeltliche Zuwendung alleinig der Nutzungsrechte an der OSS ohne erwartete Gegenleistung qualifiziert sich als Schenkung i.S.d. § 516 BGB.<sup>252</sup>**

Die Übergabe des Softwarepakets durch den *Distributor* findet im Rahmen eines Kaufvertrags gem. § 929 Satz 1 BGB, die Abtretung der Nutzungsrechte durch die *Community* im Rahmen einer Schenkung i.S. einer Abtretung nach den §§ 398 Satz 1, 413 BGB statt.<sup>253</sup>

#### Gewährleistung:



Bezüglich der Rechte trifft die OSS Entwickler gem. § 523 Abs. 1 erneut eine sehr geringfügige Gewährleistungspflicht, trotz des Scheiterns der entsprechenden Bestimmungen der GPL an den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>254</sup>

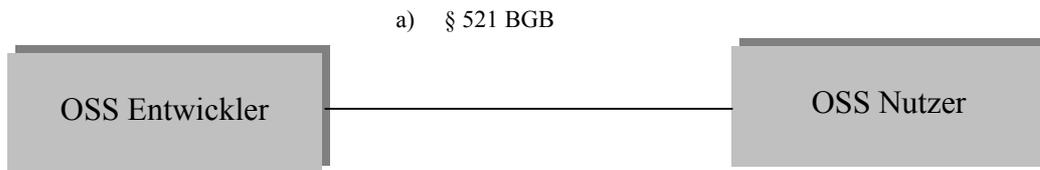
<sup>252</sup> Zusätzliche Erläuterung:

(1) Die Rechteeinräumung seitens der Community über die GPL geschieht gegenüber jeder Partei auf gleiche Art und Weise; Parallelen zu zuvor behandelten Beziehungen sind logisch – nicht willkürlich gewählt

(2) Zum Ansatz von Schiffner bzgl. der Rechteeinräumung durch die Community vgl. Kap. 4.1.1; S. 75 ff.; der Ansatz wird hier nicht mehr extra aufgeführt; zusätzliche Erläuterung: Die Rechteeinräumung seitens der Community über die GPL geschieht gegenüber jeder Partei auf gleiche Art und Weise

<sup>253</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 164/165.

<sup>254</sup> Zu Haftung und Gewährleistung der Community bei Rechtsmängeln innerhalb einer Schenkung vgl. Kap. 4.1.1.

**Haftung:**

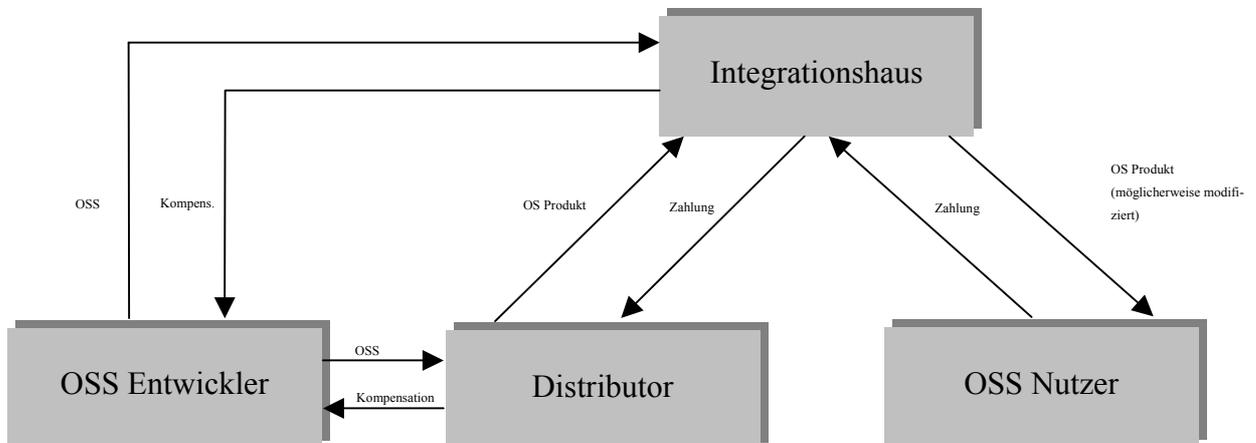
Infolge der Anwendung des Schenkungsrechts ist im Falle von auftretenden Rechtsmängeln die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt i.S.d. § 521 BGB.<sup>255</sup> Die Wahrscheinlichkeit, dass es hier zu einer Anwendung des § 521 BGB kommt, ist äußerst gering. Die Community ist meist um die Einräumung der erweiterten, umfangreichen Rechte der OS-Lizenz an die Nutzer bemüht. Sollte sie ihr nicht nachkommen, so kommen dem Nutzer – entgegen des eigenen Interesses der Community – nur die gewöhnlichen Softwarenutzungsrechte nach den §§ 69a ff. UrhG zuteil.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 168 mit Verweis auf die Haftungstatbestände auf S. 154/155.

<sup>256</sup> Vgl. *Spindler*, S. 34.

## 4.2 Fallkonstellation 2



Ebenso wie in *Fallkonstellation 1* aus dem generischen Modell exzerpiert, wird nun zwischen Distributor und OSS Nutzer ein Integrationshaus geschaltet. Durch die Ergänzung entsteht die *Fallkonstellation 2*, deren modifiziertes Beziehungsgeflecht nun in einem weiteren Schritt betrachtet wird.

**Der OSS Nutzer steht in diesem Fall für eine Unternehmung, die vom Integrationshaus Software bezieht.**

Bei der Software handelt es sich um ein OS Betriebssystem, das vom Distributor gekauft wurde und um ein ebenso freies Programm zur Konzeptionierung, Erstellung und Verwaltung von Internetportalen. Das Integrationshaus hat letzteres in relativ unvollendeten Teilblöcken von den OSS Entwicklern bezogen (per Download im Internet vom Server der Community) und **per Zugriff auf den offenen Quellcode durch hauseigene Entwickler** auf die Kundenanforderungen umgestalten und stabil lauffähig machen lassen.

Da die Unternehmung an ihren Arbeitsplätzen (einem Server-Client-System<sup>257</sup>) die OSS des Integrationshauses gewerblich nutzt, sind vom Zeitpunkt des Erwerbs der Software an Haf-

<sup>257</sup> Die Software könnte bspw. auch auf einem (Windows-)Terminal-Server-System laufen oder einem Server-System mit angeschlossenen Citrix-Clients, rechtlich würde es sich bezüglich der Ansprüche des OSS Nutzers bei einem auftretenden Softwarefehler in diesem Fallbeispiel nicht unterscheiden.

tungsansprüche aus dem Produkthaftungsgesetz i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdHaftG (analog) nicht anzunehmen und somit ausgeschlossen.

### **Wichtige Ergänzung im Rahmen der Vorschriften des HGBs:**

Für die Rechtsbeziehungen Distributor – Integrationshaus und Integrationshaus – OSS Nutzer gilt:

Alle drei Parteien sind i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB Handelsgesellschaften und somit analog an die für die Kaufleute gegebenen Vorschriften (§ 1 Abs. 1 HGB) gebunden.

Ausgangspunkt beim Handel mit Software zur Verwaltung der Unternehmung und der Vereinfachung und Automatisierung eigener Geschäftsprozesse ist daher stets ein Handelsgeschäft i.S.d. § 343 HGB zum Betrieb eines Handelsgewerbes. Damit einhergehend sind von den Unternehmungen auch handelspezifische Bräuche (§ 346 HGB) in kaufmännischer Tätigkeit zu beachten. Im Unterschied zum Handel zwischen Kaufleuten und privaten Verbrauchern unterliegt der Käufer **im Handelsgeschäft** einer **Untersuchungs- und Rügepflicht** (§§ 377, 381 Abs. 2 HGB).<sup>258</sup> Diese Pflichten treffen den Käufer sowohl beim Erwerb von Standardsoftware nach deren kaufrechtlicher Einordnung i.S.d. § 377 HGB, als auch in Ausdehnung des Werkvertragsrechts beim Erwerb von angepasster (Standard-)Software gem. § 381 Abs. 2 HGB.<sup>259</sup> Ihm obliegt also die Aufgabe, die Ware unmittelbar nach Erhalt gemäß ordnungsmäßigen Geschäftsganges zu untersuchen und, sofern ein Mangel auftritt, diesen dem Verkäufer anzuzeigen (§ 377 Abs. 1 HGB). Falls ein Mangel nicht sofort ersichtlich ist, so ist dieser dem Verkäufer unverzüglich nach Kenntnisnahme anzuzeigen (§ 377 Abs. 3 HGB).

**Nur unter Befolgung dieser Untersuchungs- und Rügepflicht und der daraus resultierenden rechtzeitigen Anzeige von Mängeln (§ 377 Abs. 4 HGB) behält der Käufer seine Rechte, im folgenden die vertraglichen Ansprüche aus Gewährleistung und Haftung.**

#### **4.2.1 Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Distributor**

**Die Rechtsbeziehung hat sich zu jener aus Fallkonstellation 1 (Kap. 4.1.1) nicht geändert und ist daher mit dieser identisch.**

---

<sup>258</sup> Auch § 378 HGB [Untersuchungs- und Rügepflicht bei Falschlieferung oder Mengenfehlern] kann wirksam werden, ist aber für die vorliegende Untersuchung nicht wesentlich.

<sup>259</sup> Vgl. *Brandi-Dohrn*, S. 66/67.

#### 4.2.2 Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und Integrationshaus

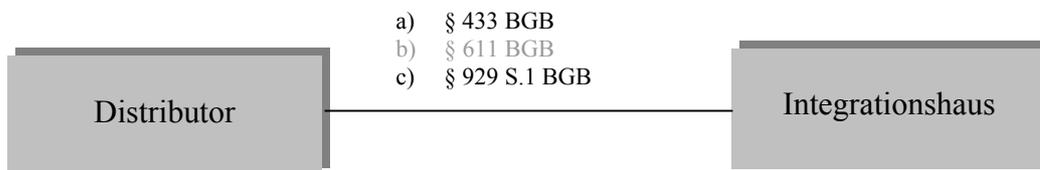
Zugrunde liegt ein unentgeltlicher Erwerb von OSS durch den Distributor.

Die OSS Entwickler sind als Community weiterhin der Urheber der Software.

Auch diese Rechtsbeziehung ist zu der aus Fallkonstellation 1 (Kap. 4.1.1) identisch. Das Integrationshaus steht in gleicher Beziehung zur Community wie der Distributor.

#### 4.2.3 Rechtsbeziehung zw. Distributor und Integrationshaus

Vertragsverhältnisse hinsichtlich schuldrechtlicher und dinglicher Beziehung:



Zwischen Distributor und Integrationshaus wird ein Kaufvertrag nach § 433 BGB über das Softwarepaket inklusive des die OSS enthaltenden Datenträgers und i.d.R. des dazugehörigen Handbuchs geschlossen.

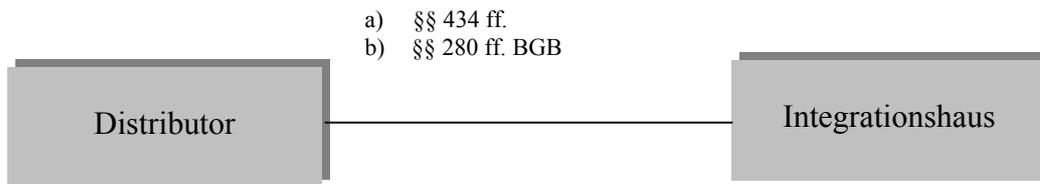
Wie bereits in *Fallkonstellation 1* zwischen Distributor und dem OSS Nutzer erfolgt auch hier die Übertragung des Eigentums nach § 929 Satz 1 BGB.

Aufgrund dessen, dass der Distributor im Gegensatz zur Community nicht der Rechteinhaber ist, sind die Regelungen der OS-Lizenz nicht Bestandteil des Kaufvertrags. Zum Tragen kommen allenfalls die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Distributors, sofern sie der Inhaltskontrolle standhalten und somit gesetzeskonform sind.

Da zum Angebot des Distributors oftmals zugehörig, wird auch in diesem Fall zusätzlich ein Dienstvertrag gem. § 611 BGB über einen meist zeitlich begrenzten Support geschlossen,<sup>260</sup> auf den hier erneut in der rechtlichen Untersuchung nicht näher eingegangen wird.

---

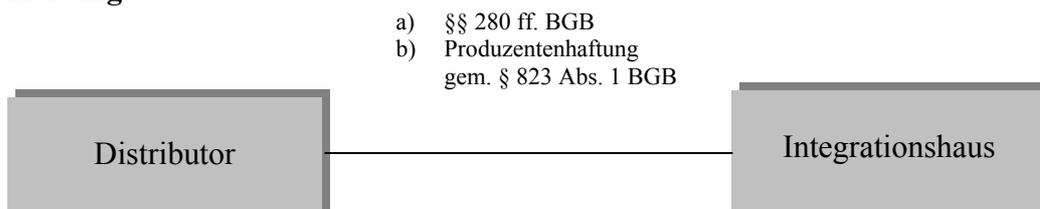
<sup>260</sup> Es läge dann in der Kombination von Kauf- und Dienstvertrag ein „gemischter“ Vertrag vor.

**Gewährleistung:**

Grundsätzlich muss der Distributor dem Integrationshaus wie bereits gegenüber dem OSS Nutzer in *Fallkonstellation 1* nach dem Kaufgewährleistungsrecht gem. §§ 434 ff. BGB insgesamt für ein fehlerfreies Softwarepaket einstehen.<sup>261</sup> Auch Schadensersatzansprüche i.S.d. §§ 280 ff. BGB können zur Geltung kommen.

Natürlich steht dem Distributor erneut frei, eine erweiterte Garantie in Anlehnung an § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB oder im Sonderfall eine Beschaffenheits- oder Haltbarkeitsgarantie gem. § 443 BGB einzuräumen.<sup>262</sup>

Die größte Wichtigkeit in Gewährleistungsfragen wird erwartungsgemäß im professionellen IT-Einsatz der Support-Vertrag erlangen, unter der Voraussetzung, dass die Verträge zwischen Anbieter und Kunde (hier: Distributor und Integrationshaus) professionell gemacht sind.

**Haftung:****a) Die vertragliche Haftung:**

Im Falle einer Pflichtverletzung richtet sich laut Gesetz die vertragliche Haftung für den Verkäufer (Distributor *oder* Händler) nach den §§ 280 ff. BGB (i.V.m. §§ 440, 437 Nr. 3 BGB).

<sup>261</sup> Die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) finden hier keine Anwendung, da es sich bei dem Nutzer um ein Unternehmen handelt und keine natürliche Person; die Voraussetzung des Verbraucherbegriffs (§ 13 BGB) ist somit nicht erfüllt.

<sup>262</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 248.

Zur Eingrenzung der vertraglichen Haftung besteht die Möglichkeit (hier seitens des Distributors<sup>263</sup>), diese durch eine Individualvereinbarung oder allgemeine Geschäftsbedingungen im Rahmen des § 276 Abs. 3 BGB bzw. des § 309 Nrn. 7, 8 BGB wirksam einzuschränken.<sup>264</sup>

#### **b) Die deliktische Produzentenhaftung (§§ 823 ff. BGB):**

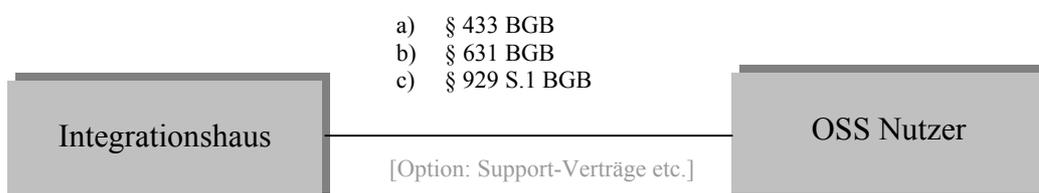
Ein fehlendes Nachkommen seitens des Käufers bzgl. der Untersuchungs- und Rügepflicht gem. § 377 HGB führt nicht zum Ausschluss der deliktischen Produzentenhaftung.<sup>265</sup>

**Sowohl die vertragliche Haftung als auch die Produzentenhaftung kommen daher zwischen Distributor und Integrationshaus in gleicher Art und Weise zum Tragen wie in Fallkonstellation 1 zwischen Distributor und Nutzer, vgl. Kap. 4.1.2.**

Unter Verweis auf das o.g. Kapitel wird an dieser Stelle auf die Produzentenhaftung nicht näher eingegangen.

### **4.2.4 Rechtsbeziehung zw. Integrationshaus und OSS Nutzer**

**Vertragsverhältnisse hinsichtlich schuldrechtlicher und dinglicher Beziehung:**



Zwischen Integrationshaus und dem Unternehmen als OSS Nutzer wird zunächst ein Kaufvertrag nach § 433 BGB über die Betriebssoftware inklusive des die OSS enthaltenden Datenträgers und i.d.R. des dazugehörigen Handbuchs geschlossen.

Des weiteren wird über die für den Kunden individuell erstellte OSS für Internetportale ein Werkvertrag gem. § 631 BGB geschlossen.

<sup>263</sup> Derartige allgemeine Geschäftsbedingungen sind natürlich abzugrenzen von den Bestimmungen der GPL, die durch die Community erhoben werden.

<sup>264</sup> Vgl. *Schiffner*, S. 252.

<sup>265</sup> Nach der Entscheidung des BGH (BGHZ 101, 49) besteht zwischen Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung und aus unerlaubter Handlung echte Anspruchskonkurrenz; Deliktsanprüche sind jedoch keine Gewährleistungsansprüche im weiteren Sinne; Es entstünden Wertungswidersprüche aufgrund dessen, dass der Käufer im Gegensatz zu einem Dritten, der nicht im Vertragsverhältnis zum Verkäufer steht, keinen rechtlichen Anspruch aus der deliktischen Produzentenhaftung besäße und somit schlechter gestellt wäre.

Möglich wäre - bezüglich der individuell erstellten Software für Internetportale und dem Betriebssystem als Standardprogramm - insgesamt das Zustandekommen einer Mischform, die durch bereits geringe Anpassungen oder Hinzufügungen von Individualprogrammen laut Rechtsprechung dem dann besser passenden Werkvertragsrecht zugeordnet wird.<sup>266</sup>

Wie bereits in *Fallkonstellation 2* zwischen Distributor und dem Integrationshaus erfolgt auch hier die Übertragung des Eigentums nach § 929 Satz 1 BGB.

Aufgrund dessen, dass ähnlich wie beim Distributor das Integrationshaus im Gegensatz zur Community nicht der Lizenzrechteinhaber ist,<sup>267</sup> sind die Regelungen der OS-Lizenz nicht Bestandteil des Kaufvertrags. Einschlägig sind an dieser Stelle allenfalls die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Integrationshauses, sofern sie der Inhaltskontrolle standhalten und somit gesetzeskonform sind.

Besonders wichtig sind im Rahmen der Installation, Konfiguration und Wartung seitens des Integrationshauses zusätzliche Verträge über Art und Umfang des Arbeitsaufwands, des technischen Supports, der softwarespezifischen Schulung der Angestellten des OSS Nutzers **inklusive genauester Regelungen zur Verteilung von Verantwortlichkeiten bei Haftungs- und Gewährleistungsfragen**. Der Rechtsunsicherheit kann - je präziser die Abgrenzung<sup>268</sup> erfolgt – in großem Umfang vorgebeugt werden.

Das Integrationshaus übernimmt gegenüber dem OSS Nutzer bezüglich aller Leistungen die Generalunternehmerschaft.

In der folgenden Betrachtung stehen Ansprüche aus Haftung und Gewährleistung durch mangelhafte OSS als Sache oder als Werk im Vordergrund.

---

<sup>266</sup> Zur Mischform vgl. *Brandi-Dohrn*, S. 3; Eine Individualleistung infiziert gewissermaßen das ganze Geschäft zum Werkvertrag.

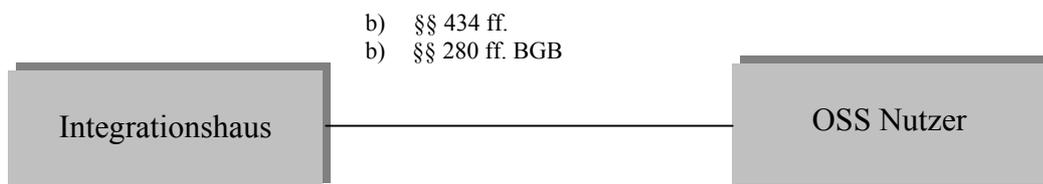
<sup>267</sup> Ausgangspunkt ist die Stellung der Internetportal-Software unter die Bestimmung der GPL; es wäre auch denkbar, nicht jedoch Inhalt dieser Analyse, dass das Integrationshaus seine individuell erstellte Software unter eine gemischttypische OS-Lizenz stellt und somit die Software an den OSS Nutzer *proprietär verkauft* und unter der GPL stehend parallel an die OSS Entwickler wieder *kostenlos* zurückfließen lässt.

<sup>268</sup> Z.B. kann durch die Erstellung eines Pflichtenhefts ein Maßstab gesetzt werden, an dem die Fehlerfreiheit zu messen ist; vgl. *Brandi-Dohrn*, S.26.

### Gewährleistung und Haftung:

Folgende Ansprüche kommen nur dann in Frage, wenn der Käufer der eingangs (Kap. 4.2) erläuterten Untersuchungs- und Rügepflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist.

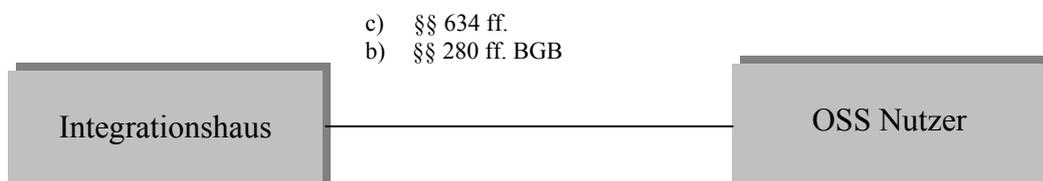
#### a) OSS-Betriebssystem als bewegliche Sache im Rahmen des Kaufvertrags



**Da auch hier zwei Unternehmen durch einen Kaufvertrag in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, ergeben sich die gleichen Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen wie in Kap. 4.2.3.**

Für einen Softwarefehler in der Betriebssoftware haftet zunächst das Integrationshaus als Vertragspartner des OSS Nutzers. Sofern der Fehler innerhalb der gesetzlichen Gewährleistungsfrist des Kaufvertrags zw. Distributor und Integrationshaus liegt und es keine anderen vertraglichen Inhalte z.B. per Individualabrede existieren, kann das Integrationshaus seinerseits die Ansprüche aus dem Kaufvertrag gegen den Distributor geltend machen (Kap. 4.2.3), damit ein Ausgleich zu den Ansprüchen des OSS Nutzers gegen das Integrationshaus geschaffen wird. Bestehen zunächst Zweifel über die fehlerverursachende Partei, so muss ein Gutachter eingesetzt werden, der in der Lage ist, den genauen Ursprung des Fehlers festzustellen.

#### b) OSS Internetportal-Software als erstelltes Werk im Rahmen des Werkvertrags



Beim Auftreten von Sachmängeln (§ 633 BGB) kann der OSS Nutzer, *sofern nicht anders unter den Parteien geregelt*, innerhalb der gesetzlichen Frist (i.d.R. zwei Jahre) (§ 634 a BGB) nach § 634 BGB sowohl auf Nacherfüllung durch das Integrationshaus

bestehen (§ 635 BGB), den Mangel unter Ersatz der dabei entstehenden Aufwendungen selbst beseitigen (§ 637 BGB),<sup>269</sup> vom Vertrag zurücktreten (§§ 636, 323 und 326 Abs. 5), die Vergütung mindern (§ 638 BGB) oder ggf. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (§ 284 BGB).<sup>270</sup>

Auch etwaige Ansprüche auf Schadensersatz sind nach dem § 634 Nr. 4 BGB i.V.m. den §§ 636, 280, 281 und 311a BGB infolge eines Mangels nicht ausgeschlossen.

Unter Berücksichtigung des geringen Gewährleistungs- und Haftungsumfangs der OSS Entwickler (Kap. 4.2.2) wird das Integrationshaus für auftretende Mängel, explizit für Softwarefehler an der Internetportal-Software, die eigens modifiziert wurde, im Normalfall stets selbst die volle Verantwortung übernehmen müssen, auch wenn der Fehler seinen Ursprung in der Softwareentwicklung der Community hat.

#### **Die deliktische Produzentenhaftung (§§ 823 ff. BGB):**

Ein fehlendes Nachkommen seitens des Käufers bzgl. der Untersuchungs- und Rügepflicht gem. § 377 HGB führt nicht zum Ausschluss der deliktischen Produzentenhaftung.<sup>271</sup>

**Sowohl die vertragliche Haftung als auch die Produzentenhaftung kommen zwischen Distributor und Integrationshaus in gleicher Art und Weise zum Tragen wie in *Fallkonstellation 1* zwischen Distributor und Nutzer, vgl. Kap. 4.1.2.**

Unter Verweis auf das o.g. Kapitel wird auch an dieser Stelle auf die Produzentenhaftung nicht näher eingegangen.

#### **4.2.5 Rechtsbeziehung zw. OSS Entwickler und OSS Nutzer**

Die Rechtsbeziehung hat sich zu jener aus Fallkonstellation 1 (Kap. 4.1.3) nicht geändert und ist daher mit dieser identisch.

---

<sup>269</sup> Eine Fehlerbehebung unter Eigenregie wäre beim offenen Quellcode zwar möglich, aufgrund der Komplexität allerdings unwahrscheinlich.

<sup>270</sup> Dies wäre bei einem gravierenden Mangel ebenfalls unwahrscheinlich, da die Funktionsfähigkeit und die Stabilität des gesamten IT-Systems Voraussetzung der Leistungserbringung sein wird.

<sup>271</sup> s. „deliktische Produzentenhaftung“ in Kap. 4.2.3.

### 4.3 Offene Fragen

- Würde eine grundsätzlich höhere Anerkennung der Einräumung zusätzlicher, erweiterter Nutzungsrechte in den OS-Lizenzen nicht eher der Intention der Community gerecht, als die freie Software stets kritisch mit der proprietären zu vergleichen?
- Hat die Sprachenfrage der OS-Lizenzen heutzutage vor Gericht überhaupt noch eine Relevanz?
- Wie wird im Falle eines Rechtsstreits mit Präzedenzwirkung der BGH möglicherweise die vertragliche Einordnung von OSS vornehmen? Lässt sich der Schenkungsansatz zugunsten der Rechtssituation der Community aufrecht erhalten? Kann der gesellschaftsrechtliche Ansatz gänzlich ausgeschlossen werden?
- Sollte die Voraussetzung „Entreicherung des Schenkers“ bezüglich neuer technischer Begebenheiten und Ansprüche der digitalen Inhalte nicht noch einmal überdacht werden?

### 4.4 Diskussion

Es ist in der Logik paradox, dass die Einräumung zusätzlicher, erweiterter Nutzungsrechte innerhalb der GPL (die am weitesten verbreitete OS-Lizenz) zu einer derart kritischen Betrachtung führen und des öfteren eine Abwertung dort stattfindet, wo eigentlich im Gegensatz zur proprietären Software eine vielfältigere Nutzung gestattet wird.<sup>272</sup> Die sich aus dem „Copyleft“ ergebenden Grenzen, in der die erweiterte Nutzung erlaubt ist, sind nicht mit den Grenzen proprietärer Software zu vergleichen. Während die Lizenzvorschriften letzterer dem Urheber die Rechte an seinem Werk sichern und dem Nutzer im allgemeinen lediglich ein schlichtes Nutzungsrecht einräumen, sollen die Vorschriften der GPL eher das Entrinnen sämtlicher Rechte<sup>273</sup> des Urhebers vermeiden, den „Ideenklau“ möglicher Dritter verhindern und somit jedem Interessenten die Nutzung der stets weiterentwickelten OSS gewähren.

Ein o.g. Vergleich führt zu einem nur minder effektiven Ergebnis.<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> Rechtlich ist eine intensive Betrachtung natürlich unabdingbar, doch werden letztlich die rechtlichen Unterschiede von freier zu proprietärer Software bei intensiver Analyse erst richtig deutlich.

<sup>273</sup> in der BRD ist ein vorzeitiges Erlischen des Urheberrechts am eigenen Werk gesetzlich sowieso nicht möglich

<sup>274</sup> mehr dazu im Artikel „Studie will GPL-Mythen entzaubern“, <http://www.pro-linux.de/news/2003/5473.html>; Ein Versuch, die GPL mit der „End User License Agreement“ (EULA) für Microsoft Windows XP zu vergleichen, ein zur Studie führender Link ist über den Artikel erreichbar.

Des Weiteren ist die Frage, ob die Sprachenfrage im Zeitalter zunehmender internationaler Informationsaustausche im Zuge der Globalisierung und durch Englisch als mittlerweile innerhalb von OSS-Projekten gängigste Sprache vor Gericht noch relevant bleibt und folglich zu einer Unwirksamkeit der Lizenz führen kann. Falls diese Tatsache einmal in einer Klage vor Gericht relevant werden sollte, so ist mit Spannung das Urteil zu erwarten.

Derzeit wird bei der unentgeltlichen Weitergabe von OSS überwiegend von einer Schenkung ausgegangen. Sesters Ansatz mit deutlicher Nähe zum Gesellschaftsrecht hat sich als zu radikal erwiesen, Schiffner hält die Nähe auf z.T. denkbare, plausible Art und Weise aufrecht, grenzt sie aber im Haftungsumfang letztlich im Wesentlichen wieder in den Bereich der Schenkung ein.

Wünschenswert wäre ein Überdenken des Konflikts mit der Schenkungsvoraussetzung „Entreicherung des Schenkers“ in Einbeziehung neuer technischer Begebenheiten und Ansprüche durch die besonderen *immateriellen* Charaktereigenschaften digitaler Inhalte.

Soll dem Programmierer einer Software aus dem Grund, dass ihn bei der Weitergabe digitaler Inhalte keine Entreicherung trifft, nicht mehr möglich sein, einem Freund, Bekannten oder Gleichgesinnten per Email oder Download im Internet diese zu schenken?<sup>275</sup>

Ob diese Teilaspekte in Zukunft überhaupt gerichtlich zur Geltung gelangen, ist eine weitere Frage. Bei der bisherigen rechtlichen Analyse haben sie jedenfalls zu Genüge zur Diskussion beigetragen (Kap. 3.4 – 3.5 und 4.1). Tendenzen sind sichtbar, auf Eindeutigkeit ist ggf. nur durch die Rechtsprechung zu hoffen.

---

<sup>275</sup> Die vorausgesetzte Substanzverminderung auf Seite des Schenkers im Falle einer Schenkung resultiert aus Urteilen des BGH der Jahre 1982 und 1984 (BGHZ 82, 354, 357 und BGHZ 84, 361, 365) und fand dann u.a. ihre Anwendung im Bereich des Familienrechts (BGH, Urteil vom 1. Juli 1987 – Ivb ZR 70/86 – OLG Bamberg, AG Kulmbach).

## 5 Schlusswort

Die rechtliche Einordnung von OSS nach dem bundesdeutschen Gesetz ist zwar aufgrund der spezifischen Eigenschaften digitaler Inhalte nicht einfach, aber dennoch in hinreichend gutem Maße möglich.

Es wurde deutlich, dass die GPL - stellvertretend für fast alle OS-Lizenzen - nur eingeschränkt als vorformulierte Vertragsbedingungen wirksam werden kann, da der in ihr enthaltene Gewährleistungs- und Haftungsausschluss gesetzeswidrig ist und somit ausgeschlossen, d.h. unwirksam.

Da sich der OSS-Markt in der Bundesrepublik Deutschland derzeit rapide vergrößert, ist es ratsam, die Inhalte GPL zukünftig staatspezifisch anzupassen und zu konkretisieren. Dies ist sicher eine Herausforderung an die verantwortlichen Institutionen und Vereinigungen der OSS und ermöglicht die Einbindung zulässiger Gewährleistungs- und Haftungseinschränkungen.

Ob es zu einem Konflikt mit der Sprachenfrage kommt, ist derzeit nicht vorauszusehen. Aber auch hier kann durch eine dem englischen Original gleichgestellte Übersetzung in die deutsche Sprache rechtlichem Risiko vorgebeugt werden.

Grundsätzlich könnte, die GPL verlangt es bisher nur im Quelltext, der Inhalt der OS-Lizenz für jeden OSS Nutzer schon bei Erhalt des Programms oder spätestens bei erstmaligem installieren ersichtlich gemacht werden. Das ist zwar nicht immer (so bei der einfachen Nutzung) notwendig, würde sich aber als äußerst praktisch darstellen, da für die Einräumung aller weiteren Nutzungsregelungen Rechtssicherheit besteht.

**Bezüglich der unentgeltlichen Wiedergabe geht die rechtliche Einordnung von OSS deutlich in die Richtung der Annahme einer Schenkung.**

Die Community haftet daher nur beschränkt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

Der **gesellschaftsrechtliche Ansatz** - damit ist insbes. der Ansatz Schiffners gemeint – lässt sich nur durch weite Auslegung herbeiführen, ist zuletzt lediglich auf die *erweiterten* Nutzungsrechte übertragbar und wird von Schiffner eigens wieder auf den **Haftungsumfang nicht über den der Schenkung hinaus** reduziert.

Offene Fragen zum Thema der rechtlichen Untersuchung des oben dargestellten OS-Beziehungsgeflechts verdeutlichen den Konflikt zwischen internationalem und deutschem Recht, der einhergeht mit der zunehmenden Globalisierung vertraglicher Rechtsbeziehungen; bei OSS ist dafür primär der Datenübertragungsweg „Internet“ als grenzenloses Medium ursächlich.

Des Weiteren zeigen die offenen Fragen auf, dass der rapide Anstieg des Informationsaustauschs über den elektronischen Weg in digitaler Form hohe Anforderungen an unser derzeitiges Recht stellt und in der rechtlichen Einordnung häufig zu analogen Anwendungen und weiten Auslegungen führt.

Unter Achtung der in der gesamten Arbeit immer wieder genannten Vorsichtsmaßnahmen zur Überbrückung von Rechtsrisiken steht einer Nutzung von OSS in Wirtschaft und Verwaltung kaum noch etwas im Weg, zumal stets die Möglichkeit des Abschlusses zusätzlicher, gesonderter Vereinbarungen besteht.

Sollten die OSS Entwickler durch die zunehmende Attraktivität von OSS zukünftig vermehrt urheberrechtliche Unterlassungsansprüche und Schadensersatzforderungen aus „Softwarepiraterie“<sup>276</sup> oder aus sonstigen schädigenden Handlungen gegen Dritte durchsetzen müssen, so stehen sie vor dem bereits festgestellten Problem der dezentralen Rechtsinhaberschaft.

Um eine solche Situation zu umgehen, ist es ratsam, die Rechte zu bündeln und sie per „treuhänderischer“ Lizenzvereinbarung an übergeordnete Institutionen, z.B. die „Free Software Foundation of Europe“ (FSF Europe), zu übertragen. Damit kann dem Problem der Unübersichtlichkeit der Klägerschaft (OSS Entwickler) und auch - unter besonderer Vereinbarung - dem Prozesskostenrisiko vorgebeugt werden.

Open Source Software wird proprietärer Software in naher Zukunft sicher nicht den Rang ablaufen. Über eines werden sich die Nutzer jedoch einig sein:

Hinter dem Begriff „Open Source Software“ steht eine Philosophie, die sowohl für private Anwender, Wirtschaft und auch Verwaltung und Institutionen von Bund, Ländern und Ge-

---

<sup>276</sup> Und damit ist primär nicht das reine Entwenden der OSS gemeint, was noch nicht der Piraterie entsprechen würde, sondern vielmehr das Entwenden ganzer Programmteile für eigene, nicht unter der GPL vertriebene Software.

meinden eine ernstzunehmende Alternative zur proprietären Software bietet. Das eröffnet neue Märkte, fördert den Wettbewerb und dient letztlich allen Beteiligten.

## Anhang

### A. *GNU General Public License (2. Fassung) – Original*

#### **GNU General Public License Version 2, June 1991 (Originalversion)**

Copyright (C) 1989, 1991 Free Software Foundation, Inc.  
59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307 USA

Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this license document, but changing it is not allowed.

#### **Preamble**

The licenses for most software are designed to take away your freedom to share and change it. By contrast, the GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change free software to make sure the software is free for all its users. This General Public License applies to most of the Free Software Foundation's software and to any other program whose authors commit to using it. (Some other Free Software Foundation software is covered by the GNU Library General Public License instead.) You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs; and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must give the recipients all the rights that you have. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. And you must show them these terms so they know their rights.

We protect your rights with two steps: (1) copyright the software, and (2) offer you this license which gives you legal permission to copy, distribute and/or modify the software.

Also, for each author's protection and ours, we want to make certain that everyone understands that there is no warranty for this free software. If the software is modified by someone else and passed on, we want its recipients to know that what they have is not the original, so that any problems introduced by others will not reflect on the original authors' reputations.

Finally, any free program is threatened constantly by software patents. We wish to avoid the danger that redistributors of a free program will individually obtain patent licenses, in effect making the program proprietary. To prevent this, we have made it clear that any patent must be licensed for everyone's free use or not licensed at all.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

**GNU GENERAL PUBLIC LICENSE  
TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING,  
DISTRIBUTION AND MODIFICATION**

**0.** This License applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public License. The „Program“, below, refers to any such program or work, and a „work based on the Program“ means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or

---

translated into another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term „modification“.) Each licensee is addressed as „you“.

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does.

**1.** You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program.

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.

**2.** 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 under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

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

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) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no war-

---

ranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this License. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

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.

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.

**3.** You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

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 ma-

chine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or

c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer in accord with Subsection b above.)

The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. For an executable work, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the executable. However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

If distribution of executable or object code is made by offering access to copy from a designated place, then offering equivalent access to copy the source code from the same place counts as distribution of the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

**4.** 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. 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.

**5.** You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of

---

this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.

6. 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. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.

7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply and the section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other property right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system, which is implemented by public license practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that System; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licensee cannot impose that choice. This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this License.

**8.** If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.

**9.** The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each Version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and „any later version“, you have the Option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any Version ever published by the Free Software Foundation.

**10.** If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and re-use of software generally.

#### NO WARRANTY

**11.** BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM „AS IS“ WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND

---

PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

**12.** IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES

END OF TERMS AND CONDITIONS

## **B. GNU General Public License (2. Fassung) - Freie Übersetzung**

Die GPL in ihrer frei übersetzten deutschen Fassung - erstellt im Auftrag der SuSE GmbH von Katja Lachmann, Übersetzungen überarbeitet von Peter Gerwinski, G-N-U GmbH (31. Oktober 1996, 4. Juni 2000) - aufgeführt.<sup>277</sup>

### **GNU General Public License**

**Deutsche Übersetzung der Version 2, Juni 1991**

**Copyright © 1989, 1991 Free Software Foundation, Inc.**

**59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307, USA**

Es ist jedermann gestattet, diese Lizenzurkunde zu vervielfältigen und unveränderte Kopien zu verbreiten; Änderungen sind jedoch nicht erlaubt.

### **Vorwort**

Die meisten Softwarelizenzen sind daraufhin entworfen worden, Ihnen die Freiheit zu nehmen, die Software weiterzugeben und zu verändern. Im Gegensatz dazu soll Ihnen die *GNU General Public License*, die Allgemeine Öffentliche GNU-Lizenz, ebendiese Freiheit garantieren. Sie soll sicherstellen, daß die Software für alle Benutzer frei ist. Diese Lizenz gilt für den Großteil der von der *Free Software Foundation* herausgegebenen Software und für alle anderen Programme, deren Autoren ihr Datenwerk dieser Lizenz unterstellt haben. Auch Sie können diese Möglichkeit der Lizenzierung für Ihre Programme anwenden. (Ein anderer Teil der Software der *Free Software Foundation* unterliegt stattdessen der *GNU Library General Public License*, der Allgemeinen Öffentlichen GNU-Lizenz für Bibliotheken.) [Mittlerweile wurde die GNU Library Public License von der GNU Lesser Public License abgelöst - Anmerkung des Übersetzers.]

Die Bezeichnung „freie“ Software bezieht sich auf Freiheit, nicht auf den Preis. Unsere Lizenzen sollen Ihnen die Freiheit garantieren, Kopien freier Software zu verbreiten (und etwas für diesen Service zu berechnen, wenn Sie möchten), die Möglichkeit, die Software im Quell-

---

<sup>277</sup> Auszug aus <http://www.gnu.de/gpl-ger.html>; in äußerer Darstellungsform leicht geändert; die englische Originalfassung befindet sich im Anhang

text zu erhalten oder den Quelltext auf Wunsch zu bekommen. Die Lizenzen sollen garantieren, dass Sie die Software ändern oder Teile davon in neuen freien Programmen verwenden dürfen - und dass Sie wissen, dass Sie dies alles tun dürfen.

Um Ihre Rechte zu schützen, müssen wir Einschränkungen machen, die es jedem verbieten, Ihnen diese Rechte zu verweigern oder Sie aufzufordern, auf diese Rechte zu verzichten. Aus diesen Einschränkungen folgen bestimmte Verantwortlichkeiten für Sie, wenn Sie Kopien der Software verbreiten oder sie verändern.

Beispielsweise müssen Sie den Empfängern alle Rechte gewähren, die Sie selbst haben, wenn Sie - kostenlos oder gegen Bezahlung - Kopien eines solchen Programms verbreiten. Sie müssen sicherstellen, dass auch die Empfänger den Quelltext erhalten bzw. erhalten können. Und Sie müssen ihnen diese Bedingungen zeigen, damit sie ihre Rechte kennen.

Wir schützen Ihre Rechte in zwei Schritten: (1) Wir stellen die Software unter ein Urheberrecht (Copyright), und (2) wir bieten Ihnen diese Lizenz an, die Ihnen das Recht gibt, die Software zu vervielfältigen, zu verbreiten und/oder zu verändern.

Um die Autoren und uns zu schützen, wollen wir darüber hinaus sicherstellen, dass jeder erfährt, dass für diese freie Software keinerlei Garantie besteht. Wenn die Software von jemand anderem modifiziert und weitergegeben wird, möchten wir, dass die Empfänger wissen, dass sie nicht das Original erhalten haben, damit irgendwelche von anderen verursachte Probleme nicht den Ruf des ursprünglichen Autors schädigen.

Schließlich und endlich ist jedes freie Programm permanent durch Software-Patente bedroht. Wir möchten die Gefahr ausschließen, dass Distributoren eines freien Programms individuell Patente lizenzieren - mit dem Ergebnis, dass das Programm proprietär würde. Um dies zu verhindern, haben wir klargestellt, dass jedes Patent entweder für freie Benutzung durch jedermann lizenziert werden muss oder überhaupt nicht lizenziert werden darf.

Es folgen die genauen Bedingungen für die Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung:

Allgemeine Öffentliche GNU-Lizenz  
Bedingungen für die Vervielfältigung,  
Verbreitung und Bearbeitung

**Paragraph 0:**

Diese Lizenz gilt für jedes Programm und jedes andere Datenwerk, in dem ein entsprechender Vermerk des Copyright-Inhabers darauf hinweist, dass das Datenwerk unter den Bestimmungen dieser *General Public License* verbreitet werden darf. Im folgenden wird jedes derartige Programm oder Datenwerk als „das Programm“ bezeichnet; die Formulierung „auf dem Programm basierendes Datenwerk“ bezeichnet das Programm sowie jegliche Bearbeitung des Programms im urheberrechtlichen Sinne, also ein Datenwerk, welches das Programm, auch auszugsweise, sei es unverändert oder verändert und/oder in eine andere Sprache übersetzt, enthält. (Im folgenden wird die Übersetzung ohne Einschränkung als „Bearbeitung“ eingestuft.) Jeder Lizenznehmer wird im folgenden als „Sie“ angesprochen.

Andere Handlungen als Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung werden von dieser Lizenz nicht berührt; sie fallen nicht in ihren Anwendungsbereich. Der Vorgang der Ausführung des Programms wird nicht eingeschränkt, und die Ausgaben des Programms unterliegen dieser Lizenz nur, wenn der Inhalt ein auf dem Programm basierendes Datenwerk darstellt (unabhängig davon, dass die Ausgabe durch die Ausführung des Programms erfolgte). Ob dies zutrifft, hängt von den Funktionen des Programms ab.

**Paragraph 1:**

Sie dürfen auf beliebigen Medien unveränderte Kopien des Quelltextes des Programms, wie sie ihn erhalten haben, anfertigen und verbreiten. Voraussetzung hierfür ist, dass Sie mit jeder Kopie einen entsprechenden Copyright-Vermerk sowie einen Haftungsausschluss veröffentlichen, alle Vermerke, die sich auf diese Lizenz und das Fehlen einer Garantie beziehen, unverändert lassen und des weiteren allen anderen Empfängern des Programms zusammen mit dem Programm eine Kopie dieser Lizenz zukommen lassen.

Sie dürfen für den eigentlichen Kopiervorgang eine Gebühr verlangen. Wenn Sie es wünschen, dürfen Sie auch gegen Entgelt eine Garantie für das Programm anbieten.

**Paragraph 2:**

Sie dürfen Ihre Kopie(n) des Programms oder eines Teils davon verändern, wodurch ein auf dem Programm basierendes Datenwerk entsteht; Sie dürfen derartige Bearbeitungen unter den Bestimmungen von Paragraph 1 vervielfältigen und verbreiten, vorausgesetzt, dass zusätzlich alle im folgenden genannten Bedingungen erfüllt werden:

- (1) Sie müssen die veränderten Dateien mit einem auffälligen Vermerk versehen, der auf die von Ihnen vorgenommene Modifizierung und das Datum jeder Änderung hinweist.
- (2) Sie müssen dafür sorgen, dass jede von Ihnen verbreitete oder veröffentlichte Arbeit, die ganz oder teilweise von dem Programm oder Teilen davon abgeleitet ist, Dritten gegenüber als Ganzes unter den Bedingungen dieser Lizenz ohne Lizenzgebühren zur Verfügung gestellt wird.
- (3) Wenn das veränderte Programm normalerweise bei der Ausführung interaktiv Kommandos einliest, müssen Sie dafür sorgen, dass es, wenn es auf dem üblichsten Wege für solche interaktive Nutzung gestartet wird, eine Meldung ausgibt oder ausdruckt, die einen geeigneten Copyright-Vermerk enthält sowie einen Hinweis, dass es keine Gewährleistung gibt (oder anderenfalls, dass Sie Garantie leisten), und dass die Benutzer das Programm unter diesen Bedingungen weiter verbreiten dürfen. Auch muss der Benutzer darauf hingewiesen werden, wie er eine Kopie dieser Lizenz ansehen kann. (Ausnahme: Wenn das Programm selbst interaktiv arbeitet, aber normalerweise keine derartige Meldung ausgibt, muss Ihr auf dem Programm basierendes Datenwerk auch keine solche Meldung ausgeben).

Diese Anforderungen gelten für das bearbeitete Datenwerk als Ganzes. Wenn identifizierbare Teile des Datenwerkes nicht von dem Programm abgeleitet sind und vernünftigerweise als unabhängige und eigenständige Datenwerke für sich selbst zu betrachten sind, dann gelten diese Lizenz und ihre Bedingungen nicht für die betroffenen Teile, wenn Sie diese als eigenständige Datenwerke weitergeben. Wenn Sie jedoch dieselben Abschnitte als Teil eines Ganzen weitergeben, das ein auf dem Programm basierendes Datenwerk darstellt, dann muss die Weitergabe des Ganzen nach den Bedingungen dieser Lizenz erfolgen, deren Bedingungen für weitere Lizenznehmer somit auf das gesamte Ganze ausgedehnt werden - und somit auf jeden einzelnen Teil, unabhängig vom jeweiligen Autor.

Somit ist es nicht die Absicht dieses Abschnittes, Rechte für Datenwerke in Anspruch zu nehmen oder Ihnen die Rechte für Datenwerke streitig zu machen, die komplett von Ihnen geschrieben wurden; vielmehr ist es die Absicht, die Rechte zur Kontrolle der Verbreitung von Datenwerken, die auf dem Programm basieren oder unter seiner auszugsweisen Verwendung zusammengestellt worden sind, auszuüben.

Ferner bringt auch das einfache Zusammenlegen eines anderen Datenwerkes, das nicht auf dem Programm basiert, mit dem Programm oder einem auf dem Programm basierenden Da-

tenwerk auf ein- und demselben Speicher- oder Vertriebsmedium dieses andere Datenwerk nicht in den Anwendungsbereich dieser Lizenz.

### **Paragraph 3:**

Sie dürfen das Programm (oder ein darauf basierendes Datenwerk gemäß Paragraph 2) als Objektcode oder in ausführbarer Form unter den Bedingungen der Paragraphen 1 und 2 kopieren und weitergeben - vorausgesetzt, dass Sie außerdem eine der folgenden Leistungen erbringen:

- (1) Liefern Sie das Programm zusammen mit dem vollständigen zugehörigen maschinenlesbaren Quelltext auf einem für den Datenaustausch üblichen Medium aus, wobei die Verteilung unter den Bedingungen der Paragraphen 1 und 2 erfolgen muss. Oder:
- (2) Liefern Sie das Programm zusammen mit einem mindestens drei Jahre lang gültigen schriftlichen Angebot aus, jedem Dritten eine vollständige maschinenlesbare Kopie des Quelltextes zur Verfügung zu stellen - zu nicht höheren Kosten als denen, die durch den physikalischen Kopiervorgang anfallen -, wobei der Quelltext unter den Bedingungen der Paragraphen 1 und 2 auf einem für den Datenaustausch üblichen Medium weitergegeben wird. Oder:
- (3) Liefern Sie das Programm zusammen mit dem schriftlichen Angebot der Zurverfügungstellung des Quelltextes aus, das Sie selbst erhalten haben. (Diese Alternative ist nur für nicht-kommerzielle Verbreitung zulässig und nur, wenn Sie das Programm als Objektcode oder in ausführbarer Form mit einem entsprechenden Angebot gemäß Absatz b erhalten haben.)

Unter dem Quelltext eines Datenwerkes wird diejenige Form des Datenwerkes verstanden, die für Bearbeitungen vorzugsweise verwendet wird. Für ein ausführbares Programm bedeutet „der komplette Quelltext“: Der Quelltext aller im Programm enthaltenen Module einschließlich aller zugehörigen Modulschnittstellen-Definitionsdateien sowie der zur Compilation und Installation verwendeten Skripte. Als besondere Ausnahme jedoch braucht der verteilte Quelltext nichts von dem zu enthalten, was üblicherweise (entweder als Quelltext oder in binärer Form) zusammen mit den Hauptkomponenten des Betriebssystems (Kernel, Compiler usw.) geliefert wird, unter dem das Programm läuft - es sei denn, diese Komponente selbst gehört zum ausführbaren Programm.

---

Wenn die Verbreitung eines ausführbaren Programms oder von Objektcode dadurch erfolgt, dass der Kopierzugriff auf eine dafür vorgesehene Stelle gewährt wird, so gilt die Gewährung eines gleichwertigen Zugriffs auf den Quelltext als Verbreitung des Quelltextes, auch wenn Dritte nicht dazu gezwungen sind, den Quelltext zusammen mit dem Objektcode zu kopieren.

**Paragraph 4:**

Sie dürfen das Programm nicht vervielfältigen, verändern, weiter lizenzieren oder verbreiten, sofern es nicht durch diese Lizenz ausdrücklich gestattet ist. Jeder anderweitige Versuch der Vervielfältigung, Modifizierung, Weiterlizenzierung und Verbreitung ist nichtig und beendet automatisch Ihre Rechte unter dieser Lizenz. Jedoch werden die Lizenzen Dritter, die von Ihnen Kopien oder Rechte unter dieser Lizenz erhalten haben, nicht beendet, solange diese die Lizenz voll anerkennen und befolgen.

**Paragraph 5:**

Sie sind nicht verpflichtet, diese Lizenz anzunehmen, da Sie sie nicht unterzeichnet haben. Jedoch gibt Ihnen nichts anderes die Erlaubnis, das Programm oder von ihm abgeleitete Datenwerke zu verändern oder zu verbreiten. Diese Handlungen sind gesetzlich verboten, wenn Sie diese Lizenz nicht anerkennen. Indem Sie das Programm (oder ein darauf basierendes Datenwerk) verändern oder verbreiten, erklären Sie Ihr Einverständnis mit dieser Lizenz und mit allen ihren Bedingungen bezüglich der Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung des Programms oder eines darauf basierenden Datenwerks.

**Paragraph 6:**

Jedesmal, wenn Sie das Programm (oder ein auf dem Programm basierendes Datenwerk) weitergeben, erhält der Empfänger automatisch vom ursprünglichen Lizenzgeber die Lizenz, das Programm entsprechend den hier festgelegten Bestimmungen zu vervielfältigen, zu verbreiten und zu verändern. Sie dürfen keine weiteren Einschränkungen der Durchsetzung der hierin zugestandenen Rechte des Empfängers vornehmen. Sie sind nicht dafür verantwortlich, die Einhaltung dieser Lizenz durch Dritte durchzusetzen.

**Paragraph 7:**

Sollten Ihnen infolge eines Gerichtsurteils, des Vorwurfs einer Patentverletzung oder aus einem anderen Grunde (nicht auf Patentfragen begrenzt) Bedingungen (durch Gerichtsbeschluss, Vergleich oder anderweitig) auferlegt werden, die den Bedingungen dieser Lizenz widersprechen, so befreien Sie diese Umstände nicht von den Bestimmungen dieser Lizenz. Wenn es Ihnen nicht möglich ist, das Programm unter gleichzeitiger Beachtung der Bedingungen in dieser Lizenz und Ihrer anderweitigen Verpflichtungen zu verbreiten, dann dürfen Sie als Folge das Programm überhaupt nicht verbreiten. Wenn zum Beispiel ein Patent nicht die gebührenfreie Weiterverbreitung des Programms durch diejenigen erlaubt, die das Programm direkt oder indirekt von Ihnen erhalten haben, dann besteht der einzige Weg, sowohl das Patentrecht als auch diese Lizenz zu befolgen, darin, ganz auf die Verbreitung des Programms zu verzichten.

Sollte sich ein Teil dieses Paragraphen als ungültig oder unter bestimmten Umständen nicht durchsetzbar erweisen, so soll dieser Paragraph seinem Sinne nach angewandt werden; im übrigen soll dieser Paragraph als Ganzes gelten.

Zweck dieses Paragraphen ist nicht, Sie dazu zu bringen, irgendwelche Patente oder andere Eigentumsansprüche zu verletzen oder die Gültigkeit solcher Ansprüche zu bestreiten; dieser Paragraph hat einzig den Zweck, die Integrität des Verbreitungssystems der freien Software zu schützen, das durch die Praxis öffentlicher Lizenzen verwirklicht wird. Viele Leute haben großzügige Beiträge zu dem großen Angebot der mit diesem System verbreiteten Software im Vertrauen auf die konsistente Anwendung dieses Systems geleistet; es liegt am Autor/Geber, zu entscheiden, ob er die Software mittels irgendeines anderen Systems verbreiten will; ein Lizenznehmer hat auf diese Entscheidung keinen Einfluss.

Dieser Paragraph ist dazu gedacht, deutlich klarzustellen, was als Konsequenz aus dem Rest dieser Lizenz betrachtet wird.

#### **Paragraph 8:**

Wenn die Verbreitung und/oder die Benutzung des Programms in bestimmten Staaten entweder durch Patente oder durch urheberrechtlich geschützte Schnittstellen eingeschränkt ist, kann der Urheberrechtsinhaber, der das Programm unter diese Lizenz gestellt hat, eine explizite geographische Begrenzung der Verbreitung angeben, in der diese Staaten ausgeschlossen werden, so dass die Verbreitung nur innerhalb und zwischen den Staaten erlaubt ist, die nicht

ausgeschlossen sind. In einem solchen Fall beinhaltet diese Lizenz die Beschränkung, als wäre sie in diesem Text niedergeschrieben.

**Paragraph 9:**

Die *Free Software Foundation* kann von Zeit zu Zeit überarbeitete und/oder neue Versionen der *General Public License* veröffentlichen. Solche neuen Versionen werden vom Grundprinzip her der gegenwärtigen entsprechen, können aber im Detail abweichen, um neuen Problemen und Anforderungen gerecht zu werden.

Jede Version dieser Lizenz hat eine eindeutige Versionsnummer. Wenn in einem Programm angegeben wird, dass es dieser Lizenz in einer bestimmten Versionsnummer oder „jeder späteren Version“ (*any later version*) unterliegt, so haben Sie die Wahl, entweder den Bestimmungen der genannten Version zu folgen oder denen jeder beliebigen späteren Version, die von der *Free Software Foundation* veröffentlicht wurde. Wenn das Programm keine Versionsnummer angibt, können Sie eine beliebige Version wählen, die je von der *Free Software Foundation* veröffentlicht wurde.

**Paragraph 10:**

Wenn Sie den Wunsch haben, Teile des Programms in anderen freien Programmen zu verwenden, deren Bedingungen für die Verbreitung anders sind, schreiben Sie an den Autor, um ihn um die Erlaubnis zu bitten. Für Software, die unter dem Copyright der *Free Software Foundation* steht, schreiben Sie an die *Free Software Foundation* ; wir machen zu diesem Zweck gelegentlich Ausnahmen. Unsere Entscheidung wird von den beiden Zielen geleitet werden, zum einen den freien Status aller von unserer freien Software abgeleiteten Datenwerke zu erhalten und zum anderen das gemeinschaftliche Nutzen und Wiederverwenden von Software im allgemeinen zu fördern.

## **Keine Gewährleistung**

**Paragraph 11:**

**Da das Programm ohne jegliche Kosten lizenziert wird, besteht keinerlei Gewährleistung für das Programm, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Sofern nicht anderweitig schriftlich bestätigt, stellen die Copyright-Inhaber und/oder Dritte das Programm so**

zur Verfügung, „wie es ist“, ohne irgendeine Gewährleistung, weder ausdrücklich noch implizit, einschließlich - aber nicht begrenzt auf - Marktreife oder Verwendbarkeit für einen bestimmten Zweck. Das volle Risiko bezüglich Qualität und Leistungsfähigkeit des Programms liegt bei Ihnen. Sollte sich das Programm als fehlerhaft herausstellen, liegen die Kosten für notwendigen Service, Reparatur oder Korrektur bei Ihnen.

**Paragraph 12:**

In keinem Fall, außer wenn durch geltendes Recht gefordert oder schriftlich zugesichert, ist irgendein Copyright-Inhaber oder irgendein Dritter, der das Programm wie oben erlaubt modifiziert oder verbreitet hat, Ihnen gegenüber für irgendwelche Schäden haftbar, einschließlich jeglicher allgemeiner oder spezieller Schäden, Schäden durch Seiteneffekte (Nebenwirkungen) oder Folgeschäden, die aus der Benutzung des Programms oder der Unbenutzbarkeit des Programms folgen (einschließlich - aber nicht beschränkt auf - Datenverluste, fehlerhafte Verarbeitung von Daten, Verluste, die von Ihnen oder anderen getragen werden müssen, oder dem Unvermögen des Programms, mit irgendeinem anderen Programm zusammenzuarbeiten), selbst wenn ein Copyright-Inhaber oder Dritter über die Möglichkeit solcher Schäden unterrichtet worden war.

**Ende der Bedingungen**



**Cooperative Computing & Communication Laboratory**

C-LAB  
Marketing  
Fürstenallee 11  
D-33102 Paderborn

Telephone +49-5251-60-6060  
Telefax +49-5251-60-6066  
E-Mail marketing@c-lab.de  
URL http://www.c-lab.de

**Befragung über Ihre Zufriedenheit mit dem Report „Open Source Beziehungen – Urheberschaft / Schenkung oder gesellschaftsrechtlicher Ansatz“**

Wir bitten Sie, sich einen kurzen Moment Zeit zu nehmen, um uns ein paar Fragen über Ihre Einschätzung dieses Reports zu beantworten. Damit helfen Sie uns, Ihre Bedürfnisse besser zu verstehen. Wir möchten unsere Reports stärker nach Ihrem Interesse ausrichten, um so einen größeren Mehrwert bieten zu können. Vielen Dank für Ihre Mitarbeit.

Wie bewerten Sie das Thema dieses Reports?

	trifft voll zu			trifft überhaupt nicht zu	
Aktuell	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Interessant	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Wie bewerten Sie den Inhalt dieses Reports?

	trifft voll zu			trifft überhaupt nicht zu	
Aktuell	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Interessant	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Verständlich	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Praxisrelevant	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Informativ	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Innovativ	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Weitere Kommentare:

---



---



---

Freiwillige Angaben:

Name, Vorname: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Bitte senden Sie das ausgefüllte Formular per Post, Fax oder E-Mail an die jeweilige Adresse (s. o.).