

## Studie open source – open end?

### executive summary

- Nicht-proprietäre Software ist durch die Offenlegung des Quellcodes und dadurch charakterisiert, dass sie in der Regel nicht (nur) von einzelnen Unternehmen, sondern von einer „Community“ (weiter)entwickelt wird. Dieser Ansatz eines offenen Entwicklungssystems kann aufgrund seiner dezentralen und relativ inhomogenen Struktur zu Problemen bei der Rechtsdurchsetzung führen, und zwar sowohl aktiv (wer ist zB zur Verfolgung urheberrechtlicher Ansprüche berechtigt?) als auch passiv (gegen wen können zB Ansprüche bei Fehlfunktion der Software geltend gemacht werden?).
- Open Source Software wird in der Regel durch Lizenzen erworben, die – wie etwa die General Public License (GPL) als meistverbreitete Lizenz – amerikanischen Ursprungs sind. Die Einordnung dieser Modelle in nicht-amerikanische Rechtsordnungen und ihre unüberschaubare Vielfalt bereitet Schwierigkeiten. Nach österreichischem Recht sind Lizenzen nach Art der GPL als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zu qualifizieren. Diese unterliegen strengen Geltungs- und Inhaltsanforderungen. Hinzuweisen ist vor allem darauf, dass AGB – und damit zB auch die GPL – grundsätzlich nur dann gelten, wenn sie vereinbart werden. Dies setzt voraus, dass dem Nutzer die AGB zumindest erkennbar sind und er die Möglichkeit hat, sich von ihrem Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Ungewöhnliche Klauseln, die dem Nutzer nachteilig sind und mit denen er nicht zu rechnen brauchte, sind nach österreichischem Recht nur dann wirksam, wenn der Nutzer besonders darauf hingewiesen wird.
- Die von der Open Source Bewegung angestrebte und auch in der GPL grundsätzlich vorgesehene Kostenlosigkeit nicht-proprietärer Software liegt aus rechtlicher Sicht nur ausnahmsweise, nämlich nur dann vor, wenn sie von privaten Entwicklern nicht-kommerziell vertrieben wird. Sobald für Support, Installation, Schulung oder andere Nebenleistungen ein Entgelt verlangt wird (vor allem bei unternehmerischem Vertrieb, zB durch sog. Distributoren), ist der gesamte Vertrag, also auch die Lieferung der Software selbst, entgeltlich, und unterliegt damit den strengen Rechtsfolgen entgeltlicher Verträge. Daraus folgt, dass auch für die Funktion der Software Gewähr zu leisten ist und bei Verschulden entsprechende Schadenersatzpflichten bestehen. Die Haftung kann sich dabei nicht nur auf die Software selbst, sondern auch auf Schäden

beziehen, die als Folge mangelhafter Software entstehen (zB Umsatzeinbußen oder Flugzeugabsturz durch Softwarefehler). Verschärft werden solche Haftungsszenarien dadurch, dass die Beweislast für mangelndes Verschulden den Anbieter trifft und dieser Entlastungsbeweis praktisch nur sehr schwer zu erbringen ist. Eine noch weitreichendere Haftung ergibt sich bei Anwendung des Produkthaftungsgesetzes. Dieses würde zu einer verschuldensunabhängigen Haftung gegenüber jedermann (auch gegenüber dem „innocent bystander“) für Softwarefehler führen. Im erwähnten Beispiel eines Flugzeugabsturzes, der durch Softwarefehler verursacht wird, würde dies bedeuten, dass sowohl der Softwarehersteller als auch der Importeur (als solcher wird der Distributor oft qualifiziert werden können) auch allen Passagieren (Angehörigen) gegenüber haftbar wären. Infolge der erwähnten Verschuldensunabhängigkeit bestünde die Haftung in der Regel auch dann, wenn zB dem Distributor selbst keine Programmierungsfehler unterlaufen sind, sondern aus einer früheren Phase der eingangs beschriebenen Entwicklungskette in der „Community“ resultieren. Mögliche Regressansprüche gegen einzelne Entwickler werden durch die ebenfalls bereits erwähnte Inhomogenität der Entwicklergemeinde de facto leerlaufen.

- Die damit möglichen Haftungsrisiken können durch die GPL nicht zur Gänze vermieden werden, da der generelle Haftungsausschluss der GPL dem österreichischen Recht widerspricht. Unternehmen, die in Österreich nicht-proprietäre Software vertreiben, müssen daher trotz dieses Haftungsausschlusses damit rechnen, unter bestimmten Voraussetzungen gewährleistungs- und/oder schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden zu können.
- Umgekehrt bestehen auch für Unternehmen, die Open Source Software anwenden, gewisse Unabwägbarkeiten, so zB bei betriebsinterner Weiterentwicklung - deretwegen Software mit offenem Quellcode oft erworben wird. Wird die (weiterentwickelte) Software - dem Regelfall entsprechend - eigenen Mitarbeitern zur Verfügung gestellt, könnte diese interne Verbreitung innerhalb größerer Unternehmen bereits unter den Öffentlichkeitsbegriff des österreichischen Urheberrechts fallen. Da die GPL aber zur Weitergabe bearbeiteter Software an jedermann verpflichtet, sobald eine Veröffentlichung erfolgt, müssten diese Entwicklungen zB auch an die Konkurrenz herausgegeben werden.

- Eine Verbesserung der Rechtssicherheit nicht-proprietärer Software kann durch individuelle vertragliche Vereinbarungen erfolgen: So kann zB das Gewährleistungsrisiko des Anbieters durch konkrete (einschränkende) Leistungsbeschreibungen verringert werden. Umgekehrt erhöht sich die Rechtssicherheit des Nutzers, wenn er gegenüber dem Anbieter auf möglichst umfassende und klar formulierte Rechtsfreistellungen dringt, wie sie auch im proprietären Bereich verbreitet sind. Aufgrund solcher Vereinbarungen kann sich der Nutzer – je nach Art und Umfang der Vereinbarung - beim Anbieter schadlos halten, wenn er von Dritten zB urheberrechtlich in Bezug auf die erworbene Software in Anspruch genommen wird.
- In der öffentlichen Verwaltung (E-Government) spielt Rechtssicherheit eine besondere Rolle und würde sich Rechtsunsicherheit daher als besonders prohibitiv erweisen. Dies deshalb, weil die gesamte Verwaltung gemäß Artikel 18 der österreichischen Bundesverfassung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf (sog. Legalitätsprinzip).
- Die Anschaffung nicht-proprietärer Software im E-Government unterliegt dem Vergaberecht. Eine auf freie Software beschränkte Ausschreibung bestimmter Leistungen, die auch durch proprietäre Produkte erbracht werden können, wäre daher grundsätzlich rechtswidrig.

## Resumee

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Vertrieb und die Anwendung nicht-proprietärer Software von gewissen Rechtsunsicherheiten begleitet sind. Dies vor allem aus kommerzieller Sicht: Unternehmen, die Open Source Software anbieten, müssen bei Softwarefehlern trotz des Haftungsausschlusses der GPL mit Gewährleistungs- und Schadenersatzpflichten rechnen. Unternehmen, die Open Source Software verwenden, sind unter Umständen mit Weitergabepflichten konfrontiert. Im E-Government erzeugt Rechtsunsicherheit ein qualifiziertes Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip. Eine Verringerung rechtlicher Unabwägbarkeiten kann durch konkrete vertragliche Vereinbarungen erreicht werden.