

Vertrieb von Open Source Software

Zivilrechtliche Probleme

Ihre erste Bewährungsprobe haben OSS-Lizenzmodelle vor dem LG München I bestanden; die GNU GPL – „Mutter aller Open Source Software (OSS)-Lizenzen“ – ist, so das Gericht in der weltweit ersten Entscheidung zu diesem Thema, durchsetzbar. Abseits der sich bei OSS stellenden immaterialgüterrechtlichen Probleme geht es nun vor allem für Distributoren und kommerzielle Nutzer um die Frage, welche Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen bei OSS zur Anwendung kommen und wie diese gegebenenfalls vertraglich modifiziert werden sollen, um angemessenen Investitionsschutz zu erlangen.

Von Dr. jur. Michael Wolner

BESTANDAUFNABME

Der Vertrieb von OSS

■ OSS-Lizenzen als Rückgrat des viel-diskutierten Vertriebsmodells „freier Software“¹, in all ihren Spielarten, rücken vermehrt in den Fokus juristischer Diskussion²; Grund dafür sind die Produkte, die sich – von Serversoftware bis hin zu Content Management Systemen – auch bei kommerziellen Nutzern zunehmender Beliebtheit erfreuen. Neben einer Reihe urheberrechtlicher Fragen, die in erster Linie eine Folge der Konsolidierung des

amerikanisch geprägten Lizenzmodells mit der kontinental-europäischen Rechtstradition sind³, gibt es auch mehrere zivilrechtliche Problemfelder, die für Entwickler, Distributoren, Dienstleister und Nutzer gleichermaßen von höchster praktischer Bedeutung sind.

Die Bewertung dieser Fragen, insbesondere im Zusammenhang mit haftungs- und gewährleistungsrechtlichen Problemstellungen, hängt dabei zu einem Gutteil vom konkreten Vertrieb der OSS ab. Hier ist eine Reihe von Szenarien denkbar, nämlich der Bezug von OSS

- im Wege des Downloads von einem nicht-kommerziellen Anbieter, zumeist dem Entwickler oder der Entwicklergemeinschaft;
- im Wege des Downloads von einem kommerziellen Anbieter (Distributor) allenfalls gemeinsam mit Garantien;
- auf Datenträger in isolierter Form oder – der weit häufigere Fall – gemeinsam mit anderen Programmen (bspw Installations- und Konfigurationssoftware);
- gemeinsam mit Dienstleistungen, Werkleistungen oder Handbüchern;
- gemeinsam mit Hardware bzw „embedded“.

All diese Möglichkeiten können beim Bezug von OSS in Mischformen vorliegen, für ein und dasselbe Projekt können gleichzei-

tig unterschiedliche Wege gewählt werden und Vertragsbeziehungen mit verschiedenen Parteien bestehen. In der Folge sollen einige Grundprinzipien für die Beurteilung der unterschiedlichen Szenarien angedacht werden.

Die Problemstellungen

Weitgehende Einigkeit herrscht in der Lehre⁴ über die Ansatzpunkte der zivilrechtlichen Diskussion: Praktisch immer spielen Fragen der Rechtswahl, der Geltungs- und Inhaltskontrolle sowie der Abgrenzung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit eine Rolle. Bevor man sich diesen Problemen stellt jedoch einige Worte zu den Vertragsbeziehungen:

a) Die vertraglichen Beziehungen im Vertrieb von OSS

Ein ganz wesentlicher Grundpfeiler des OSS-Modells ist der in den meisten – nicht jedoch allen – Lizenzen vorgesehene Erwerb der entsprechende Vervielfältigungs-, Bearbeitungs- und Vertriebsrechte direkt von den Urhebern, der den großen Vorteil hat, dass im Gegensatz zu Modellen in denen die Weiterverbreitung mittels „Sublizenzen“ von statten geht, Fragen des Wegfalls der Rechte in der Lizenzkette keine Rolle spielen⁵.

1 Zum Begriff vgl <http://www.opensource.org/docs/definition.php> und <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>.

2 Im deutschsprachigen Raum gibt mehrere umfassende Arbeiten dazu, nämlich von Jaeger/Metzger, Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, München 2002, Schiffner, Open Source Software – freie Software im deutschen Urheber- und Vertragsrecht, München 2003, Spindler (Hrsg), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004, und neuerdings von Schulz, Dezentrale Softwareentwicklung- und Softwarevermarktungskonzepte, Köln 2005. Zu erwähnen ist für Österr auch die kürzlich präsentierte Studie „open source – open end“ des europäischen zentrums für e-commerce und internetrecht (e-center) unter der Leitung von Zankl (executive summary auf www.e-center.co.at). Wichtige Quelle ist natürlich das Internet, hier ist für den deutschsprachigen Raum insb auf das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (www.ifross.de) zu verweisen; zum download steht dort ua ein „Gutachten zu ausgewählten rechtlichen Problemen der Open Source Software“ von Jaeger/Schulz zur Verfügung.

3 Vgl dazu aus der österr Literatur etwa Küng MR 2004, 21, Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628 und Andreewitch MR 2005, 36.

4 Vgl statt aller Spindler Rechtsfragen, D 1 ff.

5 Was auch insofern günstig ist, als die damit zusammenhängenden Fragen überaus um-

Erkennt man die Wirksamkeit dieses Prinzips an⁶, so liegen im Vertrieb von OSS dann zwei⁷ getrennte Verträge vor, wenn die OSS nicht von den Rechtsinhabern sondern von Dritten (etwa Distributoren) bezogen wird. Diesfalls stehen der OSS-Lizenzvertrag selbst und der Vertrag betreffend die Überlassung der OSS (auf Datenträger, im Wege des Downloads, im Rahmen einer Distribution etc) zur Diskussion. Der Dritte, der die OSS zur Verfügung stellt, wird dabei hinsichtlich der Lizenz zumeist als Bote der Urheber (für österr mE Abschlussmittler) verstanden⁸. Dies mag, insb im B2B-Bereich, zunächst unbefriedigend erscheinen, weil ja dem Käufer eines Distributionspakets „over the counter“ nicht dieselben Überlegungen unterstellt werden können, wie dem kundigen Juristen, hat jedoch letztlich keine Auswirkungen auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs:

Was die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms betrifft, spricht alles dafür⁹, dass es für denjenigen, der OSS berechtigtweise bezogen hat, aufgrund der Bestimmung des § 40d UrhG keiner ge-

sonderten urheberrechtlichen Gestattung bedarf¹⁰. So hält etwa die GNU GPL ausdrücklich fest, dass das „Ablauflassen“ des Programms frei ist und keiner Lizenz bedarf, sondern nur weitergehende Nutzungshandlungen eine Zustimmung zur GNU GPL voraussetzen¹¹. Es kommt daher in vielen Fällen zu einem dem Bezug der OSS zeitlich nachgelagerten Abschluss der OSS-Lizenz, wenn das Programm bearbeitet und weitervertrieben wird, was mE vertragsrechtlich unbedenklich ist, weil es sich um eine Erweiterung der dem Bezieher von OSS zustehenden Rechte handelt¹².

Das Vorliegen zweier Verträge bedeutet nicht, dass der Dritte (Vermittler) nicht für Rechtsmängel der OSS einstehen muss und dem Kunden nur der Weg zu den Urhebern bleibt; wer OSS vertreibt steht ebenso dafür ein, dass diese frei von Rechten Dritter nach den Bestimmungen der entsprechenden OSS-Lizenz verwendet werden kann¹³, wie derjenige der eine fremde Sache verkauft, gehalten ist, diese allenfalls frei von Rechten zu erwerben um sie dem Ersterer zu übereignen¹⁴.

Für die weitere Behandlung ist daher die-

se Trennung der beiden Verträge in Fällen, in denen nicht von den Urhebern bezogen wird, genau zu beachten; wo die Urheber direkt vertreiben liegt mE ein gemischter Vertrag mit Elementen der Lizenz vor.

b) Zum anwendbaren Recht

Die meisten OSS-Lizenzen, insbesondere die weit verbreitete GNU GPL und die BSD-Modelle, enthalten keine Rechtswahlklausel; für das Vertragsstatut (nicht das Urheberrechtsstatut¹⁵) hat dies folgende Auswirkungen:

- Sind ausschließlich österr Parteien involviert, kommt (naheliegenderweise) österr Recht zur Anwendung.
- Liegt ein internationaler Bezug vor, so kommt es – mangels entgegenstehender Rechtswahl (Art 3 Abs 1 EVÜ) – auf das Recht des Staates an, zu dem der Sachverhalt die stärkste Beziehung aufweist (Art 4 Abs 1 EVÜ), dies ist bei Lizenzverträgen grds das Recht des Staates des Lizenzgebers¹⁶ als des Erbringer der „charakteristischen Leistung“ iSd Art 4 Abs 2 EVÜ.
- Bei internationalen Verbrauchergeschäften kann Art 5 EVÜ mit seinem Günstigkeitsprinzip einschlägig sein, wobei (i) sich die Frage der Sachqualifikation¹⁷ stellt (Datenträger/Download) und einer der Fälle des Art 5 Abs 2, insbesondere ausdrückliches Anbot und Werbung (erster Spiegelstrich)¹⁸ im Verbraucherstaat bzw Annahme der Bestellung im Verbraucherstaat (zweiter Spiegelstrich), vorliegen muss.
- Was den Überlassungsvertrag betrifft, so wird an den Sitz desjenigen anzuknüpfen sein, der die OSS überlässt; soweit es sich um einen entgeltlichen Erwerb von OSS¹⁹ im Rahmen des gebündel-

stritten sind. Vgl etwa aus der allg Dogmatik: Nordemann GRUR 1970, 174; Sieger FuR 1983, 580; Held GRUR 1983, 161; Platho FuR1984, 135; Wente/Härle GRUR 1997, 97 und Schwarz/Klinger GRUR 1998, 103. Für Österr: Reindl, Die Nebenrechte im Musikverlagsvertrag (Wien 1993), 91 ff mwN.

6 Vgl Jaeger/Metzger Open Source, 137 ff, Jaeger/Schulz Gutachten, 52 ff, Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rndnr 688 ff und 740 ff sowie offenbar im Grds auch Spindler Rechtsfragen, C 39, D 1 ff und D 23 ff; für Österr Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628 und auch die Studie „open source – open end“ (FN 4).

7 Das Verhältnis zwischen Distributoren und Urhebern wird an dieser Stelle nicht weiter verfolgt; Jaeger/Metzger (Open Source, 160 ff) weisen allerdings zurecht darauf hin, dass hier auch noch ein dritter Vertrag besteht.

8 So Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628, Spindler Rechtsfragen, D 23 ff, Jaeger/Metzger Open Source Software, 161 ff.

9 Zwf Spindler (Rechtsfragen, C 51 ff) für Fälle in denen die Lizenz nicht „mitgegeben“ wird, da für den berechtigten Erwerb ein berechtigter Veräußerer notwendig sei, bei der GPL jedoch der Vertreiber nur dann vertreiben darf, wenn er die Lizenzbedingungen beifügt; dies berücksichtigt jedoch nicht § 0 Abs 2 GPL, der mE die bloße Nutzung in allen Fällen des rechtmäßigen Erwerbs jedenfalls ohne Rücksicht darauf, ob auch rechtmäßig vertrieben wurde, freihält.

10 Wie hier auch Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628; vgl weiters Küng MR 2004, 21, ausf Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rndnr 364 ff, Jaeger/Metzger Open Source, 21 ff und Spindler Rechtsfragen, C 43 und D 3.

11 Vgl GNU GPL § 0 „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.“ und GNU GPL § 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.“

12 So auch Jaeger/Metzger Open Source, 147 ff; vgl Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rndnr 517 ff und Spindler Rechtsfragen, C 49 ff.

13 Vgl etwa Spindler Rechtsfragen, D 35.

14 Koziol/Welser II12, 155.

15 Vgl dazu Küng MR 2004, 21 und Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.

16 Czernich/Heiss EVÜ, Art 4 Rndnr 120 ff und Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628; abw Fallböck ZfVR 1999, 98; diff Schack Urhebervertragsrecht, 2. Aufl, 496.

17 Eine der ältesten und meistdiskutierten Fragen im IT-Recht überhaupt; vgl für die vorliegende Problematik: Spindler MR 2000, 19 und Spindler Rechtsfragen, C 145 ff.

18 Zur Inlandswirkung von Werbung im Internet: OGH ÖBI 2001, 269 – CICLON.

19 Unklar hier mE Spindler Rechtsfragen, C 146, wenn er die Anwendbarkeit des UN-

ten Vertriebs mit internationalem Bezug handelt, kann grds auch das UN-KaufR zur Anwendung gelangen²⁰, und zwar jedenfalls dann, wenn es sich um den Vertrieb auf Datenträger handelt und damit das Merkmal der Körperlichkeit als Voraussetzung für die Qualifikation als „Ware“ iSd Art 1 UN-KaufR fraglos erfüllt ist, nach überzeugender Ansicht jedoch aufgrund des weiten Warenbegriffs im UN-KaufR auch in Fällen des Downloads²¹.

Überaus problematisch bei der Anknüpfung des Lizenzvertrages ist dabei in aller Regel das „klassische“ OSS-Entwicklungsmodell nach der „Basarmethode“ unter Mitwirkung einer Reihe von Programmierern. Typischerweise kann es dabei aus urheberrechtlicher Sicht zu Miturheberschaft einer Reihe von Programmierern, die in der hL²² als Gesamthandgemeinschaft gesehen wird, zur Teilurheberschaft (eher selten), zur Urheberschaft des Bearbeiters und zu Rechten aus dem Titel des Sammelwerkes bei Distributionen kommen²³. Das Problem stellt sich mit aller Schärfe, wo mehrere Miturheber aus verschiedenen Staaten bei der Erstellung der OSS mitgewirkt haben, ohne dass die Gesamthandgemeinschaft in irgendeiner Form einen territorialen organisatorischen Mittelpunkt hätte. Grds kommen hier mehrere Anknüpfungen in Frage (bspw Server für den Download²⁴, Recht der Urheber mit den meisten Anteilen an der Entwicklung), die jedoch alle insgesamt zu aleatorischen und mE wenig befriedi-

genden Ergebnissen führen. Entgegen der hL ist daher mE ausnahmsweise auf das Recht am Sitz/Aufenthalt des Lizenznehmers abzustellen: Obgleich nämlich nach hL der Lizenzgeber die charakteristische Leistung erbringt, stellt Art 4 Abs 2 EVÜ nur eine Vermutung für die Anknüpfung des Vertragsstatutes auf; gem Art 4 Abs 5 EVÜ kommt diese Vermutung dann nicht zum Tragen, wenn (i) sich die charakteristische Leistung nicht bestimmen lässt (wie das etwa bei Tauschverträgen der Fall sein kann) oder (ii) wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einem anderen Staat aufweist. Die oben beschriebene Situation lässt sich zunächst wertungsmäßig dem Fall gleichhalten, dass die charakteristische Leistung nicht zu bestimmen ist (auch wenn der Grund dafür alleine auf einer Seite liegt); überdies wäre bei Urhebern aus einer Vielzahl von Staaten die Beziehung zum Recht eines dieser Staaten in der Tat nur sehr schwach. Unter dieser Prämisse gilt nach Art 4 Abs 5 EVÜ alleine Art 4 Abs 1 EVÜ und die dort vorgesehene stärkste Beziehung, für deren Bestimmung im Fall einer vollkommen ephemeren Gesamthandgemeinschaft mE nur auf den Erfüllungsort und den Sitz des Lizenznehmers zurück gegriffen werden kann, der diesfalls die einzigen verlässlichen (und damit „stärksten“) Bezugspunkte bildet. Verfügt die Gesamthandgemeinschaft allerdings über eine „Organisation“, die – wenn auch nicht in vergesellschafteter Form – nach außen auftritt, so kann uU trotz der Nichtanwendbarkeit der Vermutung nach Art 4 Abs 2 EVÜ die allgemeine Regel des Art 4 Abs 1 bei einer Abwägung im Einzelfall zur Anknüpfung an deren „Sitz“ führen.

c) OSS-Lizenzen als AGB

Einigkeit²⁵ besteht dahingehend, dass OSS-Lizenzen als AGB zu werten sind und damit der für diese vorgesehenen Geltungs-, Inhalts- und Transparenzkontrolle unterliegen. Was die Frage betrifft, ob und

wie eine OSS-Lizenz zum Vertragsinhalt wird, stellen sich im Wesentlichen dieselben Probleme, die im Zusammenhang mit shrink-wrap und click-wrap Lizenzen ausführlich diskutiert wurden. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass sowohl technisch versierte User, wie man sie bei Verwendern von OSS regelmäßig findet, als auch – in besonderem Maße – Entwickler alleine schon aufgrund der Vertriebsweges (Unentgeltlichkeit!) iaR wissen, dass es sich um ein OSS-Lizenzmodell handelt, was die Geltung der entsprechenden Lizenzbedingungen in vielen Fällen praktisch als unbedenklich erscheinen lassen wird; vor allem dann, wenn bearbeitet und weiterentwickelt wird, muss darüber hinaus auf den offenen (!) Source Code zugegriffen werden, und es wird damit üblicherweise ohne Zweifel klar sein wird, dass es sich um OSS handelt, deren Bearbeitung und Weiterverbreitung bestimmten Regeln unterliegt²⁶; eine nachträgliche Zustimmung zu einem späteren Zeitpunkt als dem Bezug des Programms – ein vieldiskutiertes Thema²⁷ – ist mE wie bereits erwähnt zulässig.

Wurde im Einzelfall eine OSS-Lizenz nicht Vertragsgegenstand, so richten sich die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen nach dispositivem Recht, wie in der Folge besprochen. Was nun die praktisch vollständigen Ausschlüsse von Haftung und Gewährleistung betrifft, wie sie sich in beinahe allen OSS-Lizenzen finden²⁸,

26 Vgl auch Jaeger/Metzger Open Source, 148 f.

27 Vgl Spindler Rechtsfragen, C 49 ff mwN.

28 Vgl §§ 11 und 12 GNU GPL in obligatam Großdruck: „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 AP-

KaufR verneint, weil „der Erwerb von OSS nicht dem Vertragstypus Kauf unterfällt“; dies kann sich nur auf den isolierten unentgeltlichen Erwerb beziehen.

20 Zum Verhältnis UN-KaufR und EVÜ vgl Czernich/Heiss EVÜ, Art 4 Rdnr 99 ff.

21 Vgl Schlechtriem/Ferrari CISG, Art 1 Rdnr 38 und Spindler Rechtsfragen, C 145.

22 Ausführlich: Gamerith ÖBl 1996, 63.

23 Vgl nur Küng MR 2004, 21 und Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.

24 An das Recht desjenigen, der den Server für den Download kontrolliert will etwa Spindler Rechtsfragen, C 143 anknüpfen; auch dies führt mE jedoch zu wenig befriedigenden Ergebnissen, weil nicht gesagt ist, dass der Server-Administrator in Entwicklung und Vertrieb (überhaupt) eine Rolle spielt, die es rechtfertigen würde, im Einzelfall von einer „stärksten Beziehung“ zum jeweiligen Staat auszugehen.

25 Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628; Sujecki MR 2005, 40. Für Dtlid: Jaeger/Metzger Open Source, 147 und Spindler Rechtsfragen C 45.

ist (möglicherweise) zu differenzieren: Im B2B-Bereich ist die Freizeichnung bei einer Beurteilung nach § 879 Abs 3 ABGB „nur insoweit nichtig, als die Gröblichkeit ihrer Nachteiligkeit reicht“²⁹, es ist daher geltungserhaltend zu reduzieren, im B2C-Bereich wird wegen des in § 6 Abs 3 KSchG normierten Transparenzgebotes die Unzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion (auch oder gerade bei Verwendung einer salvatorischen Klausel) erwogen³⁰; die Frage harret einer Klärung durch die Gerichte³¹.

Ein Punkt ist in diesem Zusammenhang ganz wesentlich: Wenn man – wie hier – von einer Trennung der zwei involvierten Vertragsbeziehungen ausgeht, so bedeutet dies auch, dass der in den OSS-Lizenzen vorgesehene Haftungs- und Gewährleistungsausschluss mangels gesonderter vertraglicher Absprache (bspw: „Das Programm XY wird zu den Bedingungen der GPL zur Verfügung gestellt; wir übernehmen keine Gewährleistung oder Haftung.“) grds nicht auf den Überlassungsvertrag durchschlägt. Dabei spielt nun der Text der konkreten OSS-Lizenz eine große Rolle: Während bspw die GPL eine Haftungsfreistellung auch für die Distributoren enthält (quasi „zu Gunsten Dritter“), umfasst sie bei einigen BSD-Derivaten nur die Urheber selbst; die Frage der Ungültigkeit oder Restgültigkeit im Überlassungsvertrag

PLICABLE 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.”

- 29 So Krejci in Rummel ABGB3, § 879 Rdnr 256 mwN zur kontroversiellen Diskussion.
 30 Insgesamt ist das Thema überaus umstritten: Vgl bspw Krejci ebd., G. Graf ecolex 1999, 8, Tschaler ÖJZ 1998, 281 und St. Korinek JBI 1999, 149 jeweils mwN.
 31 Für gänzliche Ungültigkeit aus Transparenzergwägungen auch in Österr: Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.

stellt sich daher nur wenn (i) es tatsächlich zu einem Abschluss der OSS-Lizenz gekommen ist und nicht bloß nach § 40d UrhG verwendet wird und (ii) es sich um eine OSS-Lizenz handelt, welche die Distributoren mit einbezieht oder (iii) die Freizeichnung für den Überlassungsvertrag vereinbart wurde.

d) Vertragstypologie

Die typologische Einordnung von Verträgen im IT-Bereich ist ein in vielen Facetten diskutiertes Thema, das durch die Antinomie genuin zivil- und handelsrechtlicher Ansätze (Kaufvertrag, Werkvertrag, Schenkung, Miete usw) und immaterialgüterrechtlicher Konzepte (Lizenzvertrag) geprägt ist³².

Haftung und Gewährleistung im Lizenzverhältnis ist am ehesten nach den für die Schenkung geltenden Regeln zu beurteilen³³, die – wiewohl den Lizenznehmer vor allem bei copyleft-Modellen³⁴ auch Verpflichtungen treffen – in diesem Zusammenhang die sachgerechtesten Lösungen bieten; die genannten Verpflichtungen kann man als Auflagen verstehen³⁵, deren Erfüllung zur – im Schenkungsrecht zulässigen³⁶ – Resolutivbedingung gemacht wird.

Was den Überlassungsvertrag betrifft ist zu differenzieren:

- Die unentgeltliche Überlassung von OSS – etwa durch Download oder Verschicken eines Datenträgers – ist, was die Gewährleistungs- und Haftungsbestimmungen betrifft, ebenfalls grds nach Schenkungsrecht zu beurteilen³⁷. Dies ist jedenfalls dort gesichert, wo der altruistische Programmierer ein von

ihm entwickeltes Programm unter einer OSS Lizenz im Wege des Downloads zur Verfügung stellt³⁸. Im Einzelfall ist es indes viel diskutiert, wo die Grenzen liegen³⁹: Es ist nämlich unklar, ob die nach hL⁴⁰ geforderte Freigiebigkeit vorliegt, wenn mit „wirtschaftlichen Motiven“ geschenkt wird, ohne dass ein weiteres Geschäft unmittelbar daneben tritt. Zu denken ist hier etwa an das Verfügbarmachen von OSS zur Durchsetzung nicht-proprietärer Standards, zur Steigerung des Entwicklungsrückflusses oder mit dem Zweck, den „traffic“ auf der eigenen Homepage zu steigern. Gewährleistungs- und haftungsrechtlich sind die all diese Fälle mE nach Schenkungsrecht abzuhandeln, einerseits weil da wie dort der Zuwendungsempfänger etwas erhält, ohne dafür zu bezahlen und andererseits, weil dieser nicht intentional und konkret für die Erfüllung dieser Erwartungen (die teilweise auch eher ideologischer denn wirtschaftlicher Natur sind) ins Auge gefasst wird⁴¹. Das gleiche muss wertungsmäßig mE auch dann gelten, wenn OSS zwar verfügbar gemacht wird, um mit entsprechenden Dienstleistungen beauftragt zu werden (Bsp: Migrationspartner stellt jene OSS zum Download zur Verfügung, auf deren Implementierung er spezialisiert ist), diese OSS jedoch (wie dies häufig der Fall ist), auch aus anderer Quelle bezogen werden kann, weil es für Zuwendungsempfänger keinen rechtlich relevanten Anreiz gibt, gerade diesen Migrationspartner mit weiteren Leistungen zu beauftragen und daher auf der anderen Seite auch keine Rechtfertigung dafür, den Vertreiber einer strengeren Haftung zu unterstellen. Nicht unbeträchtlicher „Sprengstoff“ für die Distributoren liegt hier allerdings in der sehr weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gegen

- 32 Dazu programmatisch: Hilty MMR 2003, 3.
 33 Jaeger/Metzger Open Source, 137 ff. Vgl aber Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rdnr 859 ff mwN, Sester CR 2000, 797 und Koch CR 2000, 333.
 34 Zum Begriff: <http://www.gnu.org/copyleft/>.
 35 In Dtlid ist diese Frage viel diskutiert, da § 518 BGB für die Schenkung mit Auflagen Notariatsaktpflicht vorsieht. Vgl Spindler Rechtsfragen, D Rdnr 10.
 36 Binder in Schwimann ABGB2, § 938 Rdnr 4.
 37 Vgl Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rdnr 827 ff, Jaeger/Metzger Open Source, 137 ff und Spindler Rechtsfragen, D 4 ff; aA Sester CR 2000, 797 und Koch CR 2000, 333.

- 38 Vgl Spindler Rechtsfragen, D 4 ff; im Ergebnis ebenso Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.
 39 Sehr zwfl zur Schenkungsqualifikation etwa die Studie „open source – open end“ (FN 4).
 40 Schubert in Rummel ABGB3, § 938 Rdnr 4.
 41 Mit gleichem Ergebnis (und anderer Begründung) Spindler Rechtsfragen, D 9.

Entgelt“ in § 1300 ABGB durch die hL⁴², die grds auch für den geschilderten Fall in Erwägung gezogen werden könnte. Als Grundregel gilt jedoch mE: Wo überhaupt kein Entgelt gezahlt wird, findet Schenkungsrecht Anwendung, und zwar gegebenenfalls per analogiam; eine nähere Untersuchung der „Freigiebigkeit“ und der direkten Anwendung des Schenkungsrechts könnte allenfalls für Zwecke des Steuerrechts angezeigt sein⁴³.

- Obwohl nach den einschlägigen OSS-Lizenzen mit copyleft-Effekt die Einräumung der Nutzungsrechte selbst ohne Entgelt zu geschehen hat, bedeutet dies nicht, dass der Bezug von OSS „gratis“ ist. Tatsächlich fließt Entgelt dort, wo OSS vom Distributor gemeinsam mit anderen Programmen, Hardware oder Dienstleistung bezogen wird. Für einen entgeltlichen Bezug von OSS kann grds auf Altgedientes zurückgegriffen werden: So werden Vereinbarungen über den Erwerb fertiger Standardsoftware gegen Bezahlung eines einmaligen Entgeltes zur zeitlich unbeschränkten Nutzung nach weit verbreiteter Ansicht dem Kaufrecht unterstellt⁴⁴, jedenfalls soweit es die Gewährleistung betrifft⁴⁵. Die Erstellung von Individualsoftware wird, soweit entsprechende Ergebnisorientierung vorliegt, grds werkvertraglich klassifiziert⁴⁶. Folgt der Auftragnehmer bei der Lieferung eines Gesamtsystems den Bedürfnissen und Anweisungen des

Auftraggebers finden unter Kaufleuten die Bestimmungen über den Handelskauf Anwendung⁴⁷. Beratungsdienstleistungen sind entweder dienstvertraglich zu qualifizieren oder werkvertraglich, soweit ein bestimmtes Ergebnis geschuldet ist. Werkvertraglichen Charakter haben darüber hinaus auch Leistungen im Zusammenhang mit der Installation und Implementierung von Software. Wo kauf- und werkvertragliche Pflichten ineinander greifen, ist zur Einordnung des Vertrages auf die in der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik entwickelten Grundsätze einerseits im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Kauf- und Werkvertrag (§ 1166 ABGB) und andererseits im Hinblick auf die Behandlung gemischter Verträge („Werklieferungsvertrag“)⁴⁸ zurückzugreifen⁴⁹; die Diskussion⁵⁰ dürfte jedoch an Bedeutung verloren haben, da im entscheidenden Bereich der Gewährleistung durch das GewRÄG (BGBl I 48/2001) eine Gleichstellung von Kauf- und Werkvertragsrecht umgesetzt wurde⁵¹.

Hat man die Hürden der typologischen Einordnung übersprungen, so lassen sich die Rechtsfolgen relativ einfach bestimmen:

- Bei Unentgeltlichkeit finden die Gewährleistungsbestimmungen der §§ 922 ff ABGB grds keine Anwendung, es greift jedoch § 945 ABGB der vor der „wissentlichen Schenkung einer fremden Sache“ (daher Haftung für bekannte Rechtsmängel) und dem arglistigen Verschweigen von Sachmängeln schützt. Vertragliche Schadenshaftung besteht – mit Ausnahme der positiven Forderungsverletzung – nur für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln⁵². Hier kann die Haftungsfreizeichnung – be-

jaht man Restgültigkeit – bis zur Grenze der groben bzw – im B2B-Bereich – der krass-groben Fahrlässigkeit gerade noch eine Rolle spielen.

- Beim entgeltlichen Erwerb finden grds sowohl die §§ 922 ff ABGB (allenfalls über § 1167 ABGB) als auch die allgemeinen Bestimmungen zur Schadenshaftung Anwendung; im Einzelfall ist zu unterscheiden:
- Bereits im B2B-Bereich wäre ein Gewährleistungsausschluss wie er sich in den OSS-Lizenzen findet (trotz § 929 ABGB) in AGB überaus problematisch⁵³. Im übrigen ist nach Rsp⁵⁴ die Haftungsfreizeichnung bis zur Grenze der krass-groben Fahrlässigkeit durchsetzbar.
- Im B2C-Bereich finden die gesetzliche Gewährleistungsbestimmungen zur Gänze Anwendung, wenn man gem § 6 Abs 3 KSchG vollständige Ungültigkeit des Ausschlusses annehmen will, jedenfalls aber stehen dem Konsumenten die nicht abdingbaren Gewährleistungsbehelfe der §§ 8 f KSchG offen. Gleiches gilt für die Haftung, wobei die Grenze hier – nimmt man Restgültigkeit an – bei grober Fahrlässigkeit liegt (§ 6 Abs 1 Ziff 9 KSchG).
- Nochmals ist darauf hinzuweisen, dass geprüft werden muss, ob der Ausschluss von Gewährleistung und Haftung überhaupt auf den Überlassungsvertrag durchschlägt; sonst kommt dispositives Recht (oder sonstige vertragliche Absprachen) zur Anwendung.
- Daneben steht potentiell die Anwendung der Bestimmungen des PHG im Raum, die in der Lehre überaus umstritten ist; die Frage, ob (und gegebenenfalls in welcher Form) Software die Produktqualifikation des § 4 Abs 1 PHG erfüllt, ist breit diskutiert und harrt einer Klärung durch die Gerichte⁵⁵.
- Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass außerhalb der dargestellten Vertragsbeziehungen auch eine – in ihren Konturen für Österr bis-

42 Koziol/Welser II12, 330 ff; Zankl BR2, Rdnr 201.

43 So auch Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.

44 OGH JBI 1998, 577 = RdW 1998, 127 = ecolx 1998, 127 [Wilhelm]; Ert/Wolf, Die Software im österreichischen Zivilrecht (Wien 1991), 203 ff; Jaburek, Handbuch der EDV-Verträge, 3. Aufl., Band 1, 12; Staudegger in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 82 ff; dies, JBI 1998, 604; Blocher EDVuR 1994, 5, Holzinger EDVuR 1987, H 4, 10; ders EDVuR 1994, 54; Bolka EDVuR 1990, 56; Welser/Vcelouch ecolx 1998, 829 sowie weiterführend für Deutschland Schneider Handbuch, D Rn 95 ff mwN, Goldmann/Redecke MMR 2002, 3 und Diedrich CR 2002, 473.

45 Zur Bedeutung dieser Einschränkung in immaterialgüterrechtlicher Hinsicht: Hilty MMR 2003, 3.

46 Staudegger in Jahnel/Schramm/Staudegger Informatikrecht, 84; dies EDVuR 1994, 117; Holzinger EDVuR 1994, 38; Schneider Handbuch, D Rn 123.

47 vgl Jaburek Handbuch, 225 ff; zwf hinsichtlich „reiner“ Erstellung von Individualsoftware Staudegger in Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht, 85, kürzlich bestätigt durch OGH vom 3.8.2005, 9 Ob 81/04h.

48 Vgl dazu etwa Rummel in Rummel, ABGB3, § 859 Rn 22 ff

49 Vgl auch Staudegger in Jahnel/Schramm/Staudegger Informatikrecht, 89

50 Vgl Staudegger ebd und Jaburek Handbuch, 97 f.

51 Vgl dazu Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, § 932 Rn 5 ff

52 Koziol/Welser II12, 180 mwN.

53 Vgl Koziol/P. Bydlinksi/Bollenberger ABGB, § 929 Rdnr 3 ff.

54 Dittrich/Tades ABGB35, § 879 E 338.

55 Statt aller: Welser/Rabl PHG, § 4 Rdnr 11.

lang kaum behandelte⁵⁶ – Haftung des Erstellers bzw (Erst)vertriebers von OSS in Frage kommt.

Adressat der Gewährleistungs- und Haftungsansprüche ist der Vertragspartner, dessen Ermittlung allerdings mitunter Schwierigkeiten (vgl die Ausführungen oben zum anwendbaren Recht) bereiten kann und im Bereich der Rechtseinräumung weitergehende urheberrechtliche Erwägungen notwendig macht. Hinsichtlich der Lizenz ist die Urhebergemeinschaft Gewährleistungs- und Haftungsadressat (und zwar auch dann, wenn dieser isolierte Bezug mit Hilfe eines Distributors erfolgt)⁵⁷; was den Überlassungsvertrag betrifft jener, der die OSS zur Verfügung stellt bzw vertreibt (bspw der Distributor). Wie bereits erwähnt treffen letzteren iaR sowohl die Sach- als auch die Rechtsmängelhaftung, die damit aus beiden Vertragsverhältnissen geltend gemacht werden kann. Es bestehen grds keine anderen Haftungsmaßstäbe als im Bereich proprietärer Software, wobei auf zwei Besonderheiten hinzuweisen ist: Wer OSS direkt aus der Entwicklergemeinschaft bezieht, kann im Regelfall – besonders evident ist dies natürlich bei Beta-Versionen – nicht erwarten, dass diese Software umfassend getestet wurde und ähnlich stabil ist, wie kommerzielle Distributionen, soweit von der Entwicklergemeinschaft selbst keine Zusagen in diese Richtung gemacht werden. Weiters ist zu beachten, dass derjenige, der OSS nur zur Weiterentwicklung und zum Vertrieb lizenziert und dies auch klar kommuniziert, nur für Rechtsmängel verantwortlich sein kann; die Sachmängelhaftung trifft demgegenüber denjenigen, der die OSS zur Nutzung überlässt. Denkbar wäre auch, dass letzteren im Einzelfall nur Sachmängelhaftung, nicht jedoch Rechtsmängelhaftung trifft, wenn er die OSS ausschließlich zur Nutzung, nicht jedoch zur Weiterentwicklung und zum Vertrieb weitergibt; dies kann etwa dann der Fall sein, wenn OSS „embedded“ vertrieben wird und der Veräußerer die weitergehenden Nutzungsrechte auf Änderung/Vertrieb

nicht gesondert erwähnt⁵⁸.

Die große Frage ist nun: Wann ist der Überlassung von OSS als „entgeltlich“ und wann als „unentgeltlich“ zu qualifizieren?

e) Probleme des gebündelten Vertriebs

Die besondere Problematik beim Vertrieb von OSS liegt nun darin, dass diese regelmäßig gebündelt abgegeben wird (vgl Pkt 1 oben). Wird bspw ein Datenträger mit OSS erworben, so darf zwar grds nach den copyleft-Modellen für die Rechtseinräumung selbst kein Entgelt verlangt werden, für den Datenträger, seine Erstellung und Versendung hingegen schon; der Nutzer zahlt daher im Endeffekt Geld und erhält Software auf einem Datenträger. Dennoch greift die sich hier unmittelbar aufdrängende Anwendung der bekannten „Software-E“ des OGH⁵⁹, wonach die Überlassung von Standardsoftware auf Datenträger gegen Entgelt zur dauerhaften Nutzung dem Kaufrecht zu unterstellen ist, jedenfalls dann zu kurz, wenn der Vertrieber für den Datenträger, seine Erstellung und Versendung wirtschaftlich nachvollziehbar so kalkuliert, dass keine „versteckten“ Entgeltsanteile für die Rechtseinräumung anfallen. Anders als in der Software-E (und bei proprietärer Software im Allgemeinen) wird dem Kunden oft (aber nicht immer) bewusst sein, dass er für den Datenträger zahlt und für die OSS nicht, womit das Geschäft entgeltliche und unentgeltliche Komponenten aufweist.

Generell sind dabei im gebündelten Vertrieb mehrere Szenarien denkbar:

- Zunächst können die Parteien (zu den Grenzen gleich unten) zweifelsohne eine streng getrennte Behandlung der verschiedenen Geschäfte (bspw Schenkung der OSS, entgeltlicher Bezug von Dienstleistung) im Rahmen der Vertragsfreiheit vorsehen; dabei ist mE auch nicht sklavisch am Kriterium des Datenträgers zu haften: Es ist grds möglich, dass die Parteien bei ein und demselben Datenträger OSS, sonstige Software und den Datenträger selbst getrennt behandeln wollen, ohne dass – was der wesentliche

Unterschied zur gleich untersuchten gemischten Schenkung ist – Störungen des einen Vertrages Auswirkungen auf die anderen Vereinbarungen hätten.

- Mangels ausdrücklicher Absprache wird man dies indes regelmäßig nicht annehmen können, es ist dann in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob eine gemischte Schenkung vorliegt. Diese ist im ABGB nur rudimentär (§ 935 ABGB) verankert; wiewohl in der Lehre eine gefestigte Beurteilung des Vertragstyps fehlt⁶⁰, wird man eine gemischte Schenkung dann annehmen können, wenn die Parteien (i) den Doppelcharakter des Geschäftes kannten und daher einen Teil des Geschäftes als entgeltlich und einen Teil als unentgeltlich behandelt sehen wollten, was (ii) impliziert, dass sie sich des wahren Leistungswertes und seiner Zuordnung bewusst waren⁶¹. Treffen im gebündelten Vertrieb von OSS diese beiden Parameter zu, so sind die Rechtsfolgen zwischen den Anhängern verschieden abgestufter Trennung- und Einheitstheorien strittig; geht man mit der hL⁶² davon aus, dass das Geschäft als Einheit zu sehen ist⁶³, so kommt zwar bspw (etwa beim Erwerb des Datenträgers) Kaufrecht zur Gänze zur Anwendung, dh auch für die gewöhnlich vorausgesetzten bzw bedungenen Eigenschaften der OSS, die Preisminderung schlägt jedoch nur bis zur Höhe des für die sonstigen Leistungen/Programme bezahlten Entgelts durch (der Wert frei beschaffbarer OSS wird zu diesem Zweck mit Null angesetzt⁶⁴). Daneben kann Wandlung hinsichtlich des gesamten Geschäfts möglich sein; sollte es sich bei der OSS nicht um ein Produkt des Distributors handeln, so wird man überdies

60 Näheres bei Binder in Schwimann ABGB2, § 938 Rdnr 42 ff.

61 Binder ebd unter Hinweis auf SZ 49/43 und NZ 1989, 98; Schubert in Rummel ABGB3, § 938 Rdnr 9. Weitere Nachweise aus der Rsp bei Dittrich/Tades ABGB35, § 938 E 3a ff.

62 Koziol/Welser II12, 182.

63 So für den OSS-Bereich auch Wiebe/Prändl ÖJZ 2004, 628.

64 Andernfalls wäre nach hL (Koziol/Welser ebd unter Hinweis auf Ehrenzweig II/1, 267) Preisminderung nur zulässig, soweit der Minderungsbetrag den geschenkten Teil übersteigt.

56 Vgl aber Ertl/Wolf Software, 340 ff.

57 Vgl auch Spindler Rechtsfragen C 41 ff und D 19.

58 So Jaeger/Metzger Open Source, 172 ff und Spindler Rechtsfragen, D 39.

59 OGH JBI 1998, 577 = RdW 1998, 127 = eocolex 1998, 127 [Wilhelm].

annehmen können, dass ein Anspruch auf Verbesserung wegen „Untunlichkeit“ iSd § 923 Abs 2 ABGB nicht besteht. Die dann verbleibende Frage ist, ob den Distributor auch Schadenshaftung für Eigenschaften der den unentgeltlichen Teil des Geschäftes bildenden OSS trifft, was für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ohnehin bereits nach den für die Schenkung geltenden Bestimmungen der Fall ist und für leichte Fahrlässigkeit – lässt man an dieser Stelle die Frage der Freizeichnung in den meisten OSS-Lizenzbedingungen einmal zur Seite – mE verneint werden muss, da ja die in der hL vertretende Untrennbarkeit auch nichts anderes bedeutet, als dass im Einzelfall nach der „angemessenen Lösung“ zu suchen ist⁶⁵; wenn nun den Parteien jedoch die tlw Schenkung bewusst ist, so wäre eine allg Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit im unentgeltlichen Teil mE nicht sachgerecht zu begründen.

- Ist der Charakter des Geschäftes als gemischte Schenkung nach dem Willen beider Parteien nicht zu rechtfertigen⁶⁶, so folgt daraus Entgeltlichkeit.

Hält man sich an diese Grundregel, so bleibt die prototypische juristische Aussage, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für die Annahme getrennter Geschäfte oder einer gemischten Schenkung vorliegen. Im Sinne einer praktischen Abstufung wird man – ohne gesonderte Absprache – mE davon ausgehen können, dass die eben geforderte Kenntnis der Parteien hinsichtlich der beiden Faktoren Doppelnatur/Wert bei isoliertem Erwerb auf Datenträger grob gesprochen öfter vorkommen wird⁶⁷ und auch dann noch vorliegen kann, wenn zusätzlich Handbü-

65 Koziol/P. Bydliniski/Bollenberger ABGB, § 938 Rndnr 8.

66 Die bloße Tatsache eines krassen Missverhältnisses der beiden Leistungen kann dafür lediglich als Anhaltspunkt herangezogen werden (Schubert in Rummel ABGB3, § 938 Rndnr 9).

67 Abweichend für die Anwendung von Kaufrecht ist Spindler Rechtsfragen, D Rndnr 25 ff, wenn dem Kunden nicht „hinlänglich verdeutlicht wird“, dass die OSS geschenkt wird; obgleich das einen Anhaltspunkt liefern kann, wird es mE für die Qualifikation nur auf den im Einzelfall feststellbaren Parteiwillen ankommen. Vgl auch Jaeger/Metzger Open Source, 158.

cher bezogen werden. Schwieriger wird es, wenn OSS ohne konkrete Absprachen gemeinsam mit anderen Programmen, Hardware oder Dienst- bzw Werkleistungen vertrieben wird, da die Wertverhältnisse für den Kunden in diesen Fällen iaR nicht durchschaubar sein werden; mangels genauer vertraglicher Regelung wird man dann oft zu einem einheitlichen entgeltlichen Vertrag gelangen; eine Rolle wird bei Distributionen auch der Preis und das Verhältnis OSS/andere Software spielen. Grds wird man auch eher im B2B-Bereich denn im B2C-Bereich zur tlw Anwendung von Schenkungsrecht kommen.

Da es jedoch letztlich auf den nicht immer ausdrücklich geäußerten Willen der Parteien ankommt, bleiben in den beschriebenen Grenzfällen für beide Seiten immer ganz beträchtliche rechtliche Unsicherheiten bestehen; es empfiehlt sich daher, vor allem auf Seiten des Distributors, genau, erkennbar und klar darauf hinzuweisen, welche Teile des Vertrages entgeltlich sind und welche nicht. Daran knüpft sich natürlich unmittelbar die Frage, welche Grenzen einer Aufspaltbarkeit des Vertrages in Bestandteile, die dem Schenkungsrecht unterfallen sollen und solche, auf die Kaufrecht zur Anwendung kommen soll, gesetzt sind. Die Problematik liegt, wie sofort erkennbar ist, in der Aushebelung der gesetzlichen Haftungs- und Gewährleistungsbestimmungen zum Nachteil des Kunden. Dabei sind mE zwei Aspekte zu beachten: Zunächst wird man mit Jaeger/Schulz⁶⁸ davon ausgehen müssen, dass eine Aufspaltung nur dort in Betracht zu ziehen ist, wo neben dem gebündelten Vertrieb „aus einer Hand“ eine Alternative zum Bezug der OSS von Dritter Seite besteht; gibt es eine solche Möglichkeit von vornherein nicht, so wäre eine Aufspaltung eine unzulässige Umgehung der tlw zwingenden gesetzlichen Gewährleistungs- und Haftungs Vorschriften und damit unwirksam. In allen anderen Fällen kann – auch in Ansehung der Bedeutung der Privatautonomie gerade im Bereich des IT-Rechts⁶⁹ – eine Aufspaltung vereinbart werden, wobei sich diese in concreto an § 879 Abs 3 ABGB messen lassen muss, wenn sie in

68 Gutachten, 61 ff.

69 Staudegger JBI 1998, 604.

AGB vereinbart wird; als „gröblich benachteiligend“ kommen dabei potentiell Klauseln in Frage, die bei enger Verknüpfung der Leistungsteile die Auswirkungen eines Mangels im unentgeltlichen Teil in jedem Fall zur Gänze zu Lasten des Kunden gehen lassen, und zwar vor allem dann, wenn dieser nicht über die gleiche Sachkunde wie der Anbieter verfügt und die OSS erkennbar nicht auf ihre Tauglichkeit hin überprüft hat.

f) Bewertung der Gewährleistungs- und Haftungssituation

Das obige Ergebnis kann man aus wirtschaftlicher Sicht – bei aller Vorsicht vor Verallgemeinerungen – mE wie folgt beurteilen: Beim unentgeltlichen Bezug gilt „Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“, die Pflichten sind grds fair aufgeteilt; für den Erwerber besteht eine schlechte Abdeckung auf der Gewährleistungsseite, aber zufrieden stellende Schadenshaftung. Auch beim gebündelten Vertrieb kommt es zu akzeptablen Ergebnissen, vor allem der Konsument ist durch die Bestimmungen des KSchG ausreichend geschützt. Für den kommerziellen Nutzer gilt es, die mglw nachteiligen Folgen eines Durchschlagens des Gewährleistungs- und Haftungsausschlusses bzw einer unentgeltlichen Behandlung eines wesentlichen Teils des Geschäftes genau zu prüfen. Probleme werden in der Praxis natürlich immer dann auftauchen, wenn man in der Rechtsdurchsetzung nicht einem leicht greifbaren Distributor gegenübersteht, sondern einer schwer zu identifizierenden und lokalisierenden Entwicklergemeinschaft.

Schlussfolgerungen

1. OSS – Ja oder Nein?

Die seit dem vermehrten kommerziellen Einsatz von OSS tlw erbittert geführten ideologischen Grabenkämpfe zwischen den Vertretern des OSS-Lagers auf der einen Seite und den Herstellern proprietärer Software auf der anderen Seite hatten für den wirtschaftlich vernünftig handelnden Anwender so gut wie keinen Anleitungswert; sie haben aber insgesamt positive Auswirkungen insofern gehabt, als bei der Auswahl von Software und bei der Beurtei-

lung der Lizenzpolitik der Anbieter auf Seite der Nachfrager eine genauere Evaluierung der verschiedenen Angebote Raum zu greifen scheint. Eine allgemeingültige Antwort auf die Frage, ob der Einsatz von OSS sinnvoll ist, gibt es nicht; es kommt auf die Erwartungen des Anwenders und das konkrete Produkt an. Wer mit offenem Quellcode ohnehin nichts anfangen kann, weil er die Ressourcen für dessen Bearbeitung nicht hat oder einer solchen Bearbeitung nicht bedarf, für den wird OSS kein Muss sein; wer hingegen Software weiterentwickeln kann und will, oder sich nicht auf die Release-Zyklen proprietärer Hersteller verlassen will, der wird iaR zunächst evaluieren, ob es OSS-Produkte gibt, die seinen Vorstellungen entsprechen.

Bei der Auswahl selbst spielen viele Faktoren eine Rolle⁷⁰: In beiden Bereichen relevant sind die Produkteigenschaften, der Abdeckungsgrad, Sicherheitsfragen und – vor allem – die „Total Costs of Ownership“, die sich üblicherweise bei OSS im Vergleich zu proprietärer Software anders (Migration!) zusammen setzen. Klassische Problemfelder im Bereich OSS betreffen die Frage des Lizenzmodells („copyleft“ vs „non-copyleft“), die vor allem bei Weiterentwicklungen und Verbindung von OSS mit Eigenentwicklungen aufgrund der uU notwendigen Zurverfügungstellung an die Allgemeinheit eine Rolle spielen⁷¹. Weiters wird man sich bei der Evaluierung von OSS die Frage stellen müssen, welche „Geschichte“ das ins Auge gefasste Produkt hat, von wem es entwickelt wurde und wie die Entwicklergemeinschaft organisiert ist; eine weitere entscheidende Frage ist, wer das Produkt wie warten wird, welche Release-Zyklen wahrscheinlich sind und in welcher Weise – auch dies ein ganz wichtiger Bereich – die Software getestet wird. Für risikoaverse Unternehmen spielt natürlich der Verbreitungsgrad und letztlich die Frage „Was machen die anderen?“ eine Rolle.

Damit zeigt sich aber auch: Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Gewähr-

leistung und Haftung spielen bei kommerzieller Nutzung auf Basis eines Individualvertrages nur eine untergeordnete Rolle; gerade wenn eine genaue Evaluierung stattfindet, können allfällige Defizite im Rahmen vertraglicher Regelung ausgeräumt werden.

2. Zur Vertragsgestaltung

Welche Konsequenzen ergeben sich nun aus dem obigen Befund für die Vertragsgestaltung: Zunächst die Empfehlung, angesichts der komplexen kollisionsrechtlichen Situation, die Frage des anwendbaren Rechts, wenn es möglich ist, ausdrücklich zu regeln. Weiters zeigt sich, dass der Distributor, will er verhindern, dass für OSS selbst nach den für entgeltliche Geschäfte anwendbaren Bestimmungen Gewähr geleistet und gehaftet wird, gehalten ist, die verschiedenen Leistungsbestandteile (und damit ihre Qualifikation als unentgeltlich im Einzelfall) deutlich erkennbar zu machen, am besten mit einem klaren Hinweis auf die Einschränkung der dem Kunden für diese Fälle zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe. Für den kommerziellen Verwender wiederum, der OSS vom Distributor bezieht und von diesem – wie es regelmäßig vorkommt – auch gleich die Migration durchführen lässt, ist es von Bedeutung, dass Migrationspartner regelmäßig versuchen, für die OSS selbst „keine Gewährleistung“ zu übernehmen, dafür aber den Abschluss von Wartungs- und Supportverträgen anbieten. Damit tut sich aber für den Kunden eine sehr weite Lücke auf, da im Ergebnis keine Zusicherungen hinsichtlich der Eigenschaften der Software, ihrer Funktionalität, Stabilität und Leistung, abgegeben werden, sondern lediglich verlangt werden kann, dass auftretende Fehler lege artis im Rahmen des vereinbarten Wartungskonzepts behoben werden. Wenn man diese Situation vermeiden will, sollte man vereinbaren, dass der Migrationspartner für gewisse Funktionalitäts- und Leistungsparameter der OSS die Verantwortung übernimmt, wobei im Falle von Gewährleistungsbehelfen auch zu überlegen ist, gegen welche Entgeltbestandteile die Preisminderung wirksam wird. Letztlich – dies ist allerdings kein Problem von OSS

allein – zeigen die bekannten SCO-Fälle⁷², in denen Immaterialgüterrechte am Kernel des Betriebssystems Linux von Dritter Seite gegen Anwender geltend gemacht wurden, dass das Gewährleistungsrecht nicht immer ausreicht, um bei Rechtsmängeln ausreichend geschützt zu sein, da bei einer Inanspruchnahme durch Dritte das durch die Preisminderung zur Verfügung stehende Haftungspotential des Anbieters uU schnell erschöpft sein kann; hier bieten sich entsprechende Garantien bzw Schad- und Klagsloshaltungen („IPR-Indemnity“) an⁷³.

Zusammenfassung

Die Entwicklung, der Vertrieb und die Nutzung von Open Source Software werfen komplexe Fragen in vielen Bereichen, nicht zuletzt im Zusammenhang mit Haftungs- und Gewährleistungsbestimmungen, auf. Eine genaue Evaluierung im Einzelfall ist ebenso empfohlen, wie eine möglichst schlüssige vertragliche Regelung bei Projekten zum kommerziellen Einsatz. ■

⁷² Eine Nachlese gibt es auf www.groklaw.net.

⁷³ Zahlreiche weitere Hinweise zur Vertragsgestaltung bieten Jaeger/Schulz (FN 4).



Dr. iur. Michael Wolner ist Partner der Gassauer-Fleissner Rechtsanwälte GmbH in Wien. Er ist in den Bereichen des Immaterialgüterrechts und des Rechts der Informationstech-

nologie tätig. Der Verfasser schuldet Herrn ao Univ Prof Dr Wolfgang Zankl Dank für zahlreiche Hinweise und den regen Austausch von Ideen zum Thema OSS durch die letzten Monate. Herrn RAA Dr Max W. Mosing LL.M LL.M ist für die hilfreichen Diskussionen zu den hier vorgeschlagenen Lösungsansätzen zu danken.

⁷⁰ Weitergehend zu ideologischen, wirtschaftlichen und technischen Fragen: Schulz Dezentrale Softwareentwicklung, Rdnr 222 ff.

⁷¹ Dazu: Andreewitch MR 2005, 36.