



**INSTITUT FÜR RECHTSFRAGEN DER FREIEN UND OPEN SOURCE SOFTWARE**

**Enquete-Kommission Internet und Digitale Gesellschaft – Projektgruppe Interoperabilität, Standards, Freie Software**

**Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung des Expertengesprächs zum Thema  
„Freie Software“ am 21. September 2012**

1.

*Welches sind die rechtspolitisch entscheidenden Fragen und Probleme für Freie Software, Open Source und offene Standards?*

Die Lizenzierung von Freier und Open Source Software (nachfolgend „FOSS“) entspricht nicht der herkömmlichen Softwarelizenzierung und den dafür entwickelten rechtlichen Rahmenbedingungen. Dennoch haben die rechtswissenschaftliche Lehre und die gerichtliche Praxis in den letzten Jahren gezeigt, dass die Lizenzierung von FOSS durchaus mit dem traditionellen Urheberrecht vereinbar ist und zum Teil sogar auf diesem basiert.<sup>1</sup>

Dort wo aufgrund des paternalistischen Charakters des kontinental-europäischen Urheberrechts mit seinen Schutzregelungen zugunsten der Urheber Unvereinbarkeiten zu befürchten waren, bestehen zum Teil spezielle gesetzliche Ausnahmen. Die sog. „Linux-Klauseln“ der §§ 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 und 32c Abs. 3 UrhG sorgen weitgehend für eine Vereinbarkeit von FOSS-Lizenzierung mit deutschem Urheberrecht, etwa indem der Urheber bei einer FOSS-Lizenzierung auf seinen Anspruch auf angemessene Vergütung verzichten kann.

Rechtspolitisch sind zwei Problemkreise anzusprechen. Größter Störfaktor bei der Entwicklung und Nutzung von FOSS sind Patente auf „computer-implementierte Erfindungen“, d.h. sog. Softwarepatente. Einzelentwickler und Unternehmen riskieren bei der Softwareentwicklung, unbeabsichtigt Patente Dritter zu verletzen. Denn anders als das Urheberrecht, das eine konkrete Programmierung schützt, ist der Patentschutz wesentlich weitergehend und schützt auch Ideen unabhängig von der konkreten Umsetzung in ein bestimmtes Programm. Aufgrund der schnellen Innovationszyklen, der großen Anzahl von Softwarepatenten und der unscharfen Formulierung vieler Patentansprüche ist es für viele Bereiche der IT praktisch ausgeschlossen, entgegenstehende Patente in den Datenbanken der Patentämter zu recherchieren. Der wissenschaftliche Dienst des US-Kongresses hat die Problematik treffend zusammengefasst:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Vgl. Dreier/Schulze-Dreier, UrhG, 3. Aufl., § 69c, Rn. 38.

<sup>2</sup> Brian T. Yeh, An Overview of the "Patent Trolls" Debate, <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42668.pdf>.

*“...it is economically infeasible or irrational for defendants to search through existing patents to avoid infringement.”*

Selbst die Großunternehmen der IT-Branche sind offenkundig nicht in der Lage, entgegenstehende Patente ausreichend zu recherchieren oder sie ignorieren die Problematik, da sie ansonsten nicht wettbewerbsfähig wären. Die ausufernden Streitigkeiten im Markt der Smartphones und Tablets sind Zeuge dieser Entwicklung.

Auch die Nutzer von Linux und anderer FOSS sehen sich Patentansprüchen Dritter ausgesetzt.<sup>3</sup> Wegen der Unwägbarkeit eines Streits über die Wirksamkeit und den Schutzbereich von Softwarepatenten werden in der Branche Patentlizenzgebühren auch dann gezahlt, wenn ein entsprechender Anspruch zweifelhaft ist. Die Auswirkungen auf die Verbraucherpreise liegen auf der Hand.

FOSS-Lizenzen sind mit der Zahlung von (Patent-)lizenzgebühren nicht vereinbar, da FOSS grundsätzlich Lizenzgebühren ausschließt. Dies gilt auch bei einer kommerziellen Nutzung, die grundsätzlich zulässig ist. Daher darf FOSS nicht weiter verbreitet werden, wenn dadurch ein Softwarepatent verletzt würde. Zudem setzen sich Anbieter und Nutzer von FOSS dem Risiko von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen von erheblichem Umfang aus. Noch ungeklärt ist, ob abweichend vom Regelfall, dass eine Patentverletzung zumindest fahrlässig begangen wird,<sup>4</sup> ein Verschulden auch dann angenommen werden kann, wenn ein Softwarepatent faktisch nicht mit sinnvollem Aufwand recherchierbar ist und welcher Maßstab dafür bei Einzelentwicklern und KMUs anzulegen ist.

Ein weiteres Problem kann sich aus dem Umstand ergeben, dass FOSS-Lizenzierung nicht schon dadurch erfolgt, dass der Rechteinhaber seine Software „unter eine FOSS-Lizenz stellt“, sondern erst mit der Annahme der Lizenzvertragsangebots durch den Nutzer (Problem des Bestandsschutzes). Dies kann Jahre später der Fall sein, so dass Ungewissheiten über den Rechtsbestand beim Lizenzgeber die Folge sein können.<sup>5</sup> Dies gilt insbesondere für den Fall, dass der Lizenzgeber von FOSS insolvent ist. Das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS) hat dem BMJ einen Vorschlag zur Lösung der damit verbundenen Probleme unterbreitet.<sup>6</sup>

Bei offenen Standards besteht das Hauptproblem darin, dass ein Standard nur dann wirklich „offen“ ist, wenn er auch mit FOSS implementiert werden kann. Ansonsten würde nur ein „geschlossener“ Standard vorliegen, der nicht durch alle Anbieter umgesetzt werden kann. Mit FOSS sind, wie oben erwähnt, Lizenzgebühren grundsätzlich nicht vereinbar. Dies gilt auch für sog. „RAND“- (Reasonable And Non-Discriminatory) oder „FRAND“- (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) Lizenzbedingungen. Daher sind Standards, die auf Patenten beruhen und nur bei Zahlung einer Lizenzgebühr implementiert werden dürfen, nicht offen zugänglich.

<sup>3</sup> Vgl. <http://www.microsoft.com/en-us/news/press/2009/jul09/07-15BuffaloPR.aspx>.

<sup>4</sup> Dazu näher Benkard-Rogge/Grabinski, PatG, 10. Aufl., § 139, Rn. 47.

<sup>5</sup> Ausführlich dazu Jaeger/Metzger, Open Source Software, 3. Aufl., Rn. 126a ff.

<sup>6</sup> Stellungnahme des Instituts für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software zur Neuregelung des § 108a InsO-E, Referentenentwurf des BMJ vom 18.1.2012, [https://www.ifross.de/ifross\\_html/120506%20Stellungnahme%20InsO.pdf](https://www.ifross.de/ifross_html/120506%20Stellungnahme%20InsO.pdf).

2.

*Was muss getan werden, um Freie Software und offene Standards in Politik, Wirtschaft, Recht und Gesellschaft zu fördern?*

Zur Lösung der oben beschriebenen Probleme sind viele Lösungsansätze denkbar, die von Schonfristen für die Nutzung in FOSS über die Verkürzung der Schutzfrist für Softwarepatente bis zur Beschränkung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen reichen können. Dabei ist allerdings zu prüfen, dass rechtliche Änderungen zum Teil nur auf internationaler Ebene möglich sind.

Einfacher zu lösen sind die rechtlichen Probleme, die sich bei offenen Standards und beim Bestandsschutz für FOSS. Sofern bei Ausschreibungen nur solche Standards als „offen“ akzeptiert werden, die auch ohne Zahlung von Lizenzgebühren implementiert werden können, wird den Anbietern von FOSS auch dieser Markt erschlossen und Interoperabilität und Wettbewerb gestärkt. Dabei kann man durchaus über eine Kompensation von Patentinhabern nachdenken, wenn diese ihre Patente frei lizenzieren.

Der Bestandsschutz für FOSS kann einfach dadurch hergestellt werden, dass die Annahme des Lizenzvertragsangebots zum Zeitpunkt der Abgabe des Lizenzangebotes gesetzlich fingiert wird.

Sofern sichere rechtliche Rahmenbedingungen bestehen, bedürfen FOSS und offene Standards wenig Förderung. Die Praxis zeigt, dass sich FOSS in vielen Bereichen als vorzugswürdiges Lizenzmodell durchsetzt.<sup>7</sup> Davon zu unterscheiden ist jedoch die Förderung von frei zugänglichen Inhalten für jedermann. Wenn die öffentliche Hand solche Projekte fördert, die ihre Ergebnisse der Allgemeinheit unter einer FOSS-Lizenz zur Verfügung stellen, kann eine größere Teilhabe an geschützten Werken erreicht werden. Dies mag dem Zugang zu Bildung (z.B. Wikipedia, OpenCourseWare) ebenso dienen wie die Konzentration auf IT-Innovationen.

3.

*Welche Herausforderungen bestehen bei Kommunen, wenn diese FOSS und offene Standards nutzen möchten?*

Der zentrale Berührungspunkt von Kommunen mit FOSS und offenen Standards ist die Beschaffung von IT-Leistungen. Zur Vereinfachung sind die EVB-IT (Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik) entwickelt und als verbindliche Einkaufsbedingungen vorgeschrieben worden. Diese decken typische Vertragsgestaltungen im Bereich der IT-Beschaffung ab und wurden in Zusammenarbeit von BMI und Bitkom erstellt.

Die EVB-IT berücksichtigen allerdings nicht die Besonderheiten des FOSS-Lizenzmodells. So sehen etwa die EVB-IT Überlassung Typ A und Typ B vor, dass der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Nutzungsrechte einräumt. Dies ist bei FOSS oftmals nicht möglich, da die Rechte regelmäßig direkt von den Urhebern oder Rechteinhabern erworben werden.

<sup>7</sup> Vgl. Study on the: Economic impact of open source software on innovation and the competitiveness of the Information and Communication Technologies (ICT) sector in the EU, [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/ict/files/2006-11-20-flossimpact_en.pdf)

Von den EVB-IT kann in begründeten Fällen abgewichen werden. Für die Berücksichtigung von FOSS ist jedoch Lizenz-Know-how erforderlich, dass bei kommunalen Beschaffern nicht vorausgesetzt werden kann. Um die Nutzung von FOSS nicht schon aus praktischen Gründen zu behindern, sollten die EVB-IT FOSS-Lizenzierung hinreichend berücksichtigen oder den Kommunen zumindest eine Anleitung an die Hand gegeben werden, wie FOSS-Lizenzen einfach und mit wenig Aufwand bei der Beschaffung berücksichtigt werden können.

Berlin, den 10. September 2012

Dr. Till Jaeger  
Rechtsanwalt