

Von: Dr. Henriette Picot, Bird & Bird LLP
An: Berlin Open '09
Datum: 30. April 2009
Betreff: Beitrag für die Konferenzpublikation

München
Pacellistraße 14
80333 München
Tel: +49 (0) 89 3581 6000
Fax: +49 (0) 89 3581 6011

"Open Source Software in Outsourcing-Transaktionen"

I. Open Source Software in Outsourcing-Transaktionen

Open Source Software (OSS) ist aus der IT-Infrastruktur vieler Unternehmen schon lange nicht mehr hinwegzudenken und bietet in zahlreichen Konstellationen eine kostengünstige Alternative zu proprietären Softwareprogrammen. Open Source Betriebssysteme ebenso wie Open Source Applikationen überzeugen oftmals nicht nur durch hohe Qualität, sondern verringern zudem die Abhängigkeiten von bestimmten Software- und Supportanbietern.

Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz von Open Source Software auch in IT-Outsourcing-Transaktionen zunehmend relevant. Dies gilt sowohl im Rahmen des "klassischen" IT-Outsourcings, bei dem ein IT-Nutzer seine IT-Infrastruktur ganz oder teilweise auf einen externen Outsourcing-Anbieter ("Provider") auslagert, als auch etwa im Rahmen eines Business Process Outsourcing (BPO) oder "Out-Tasking", wenn die ausgelagerten Arbeitsschritte etwa die Entwicklung von Software oder die Integration von Software in ein bestehendes Produkt umfassen. Soweit der Einsatz von Open Source Software die Abhängigkeiten von bestimmten Software- oder Supportanbietern reduziert, profitieren hiervon in Outsourcing-Projekten nicht nur der Outsourcing-Kunde ("Kunde"), sondern häufig auch der Provider selbst.

Wegen der rechtlichen Besonderheiten in Lizenz-, Gewährleistungs- und Haftungsfragen bedarf der Einsatz von Open Source Software der besonderen Aufmerksamkeit im Rahmen der Projektplanung sowie der Vertragsgestaltung. Durch eine frühzeitige Adressierung des Themas Open Source Software lassen sich Missverständnisse, Streitigkeiten sowie – im schlimmsten Fall – die "GPL-Infizierung" des IT-Systems oder eines Softwareprodukts des Kunden vermeiden.

Idealerweise sollten die Parteien gleich zu Beginn eines IT-Outsourcing-Projekts ihre grundsätzliche Positionierung gegenüber der Verwendung quelloffener Programme bestimmen und dokumentieren – etwa im Rahmen einer auch auf der Projektebene zu verwendenden "Open Source Policy". Ein solches Dokument sollte neben einer eindeutigen Definition des Begriffs "Open Source Software" insbesondere die Art und den Umfang des erlaubten OSS-Einsatzes festlegen. Je nach Projektkonstellation und Art der verwendeten Open Source Software stellen sich darüber hinaus spezifische Fragen, die die Parteien bereits zu Projektbeginn bedenken und in der vertraglichen Dokumentation adressieren sollten.

Die nachfolgenden Gedanken zu den in diesem Kontext relevanten Themenkreisen sind – soweit nicht anders angegeben – grundsätzlich allgemeiner Natur und nicht auf eine bestimmte OSS-Lizenz bezogen. Lediglich soweit es um den sog. "Copyleft"-Effekt geht, orientieren sich die folgenden Ausführungen an den Regelungen und Voraussetzungen der GNU General Public License (GPL), die noch immer die meistverwandte OSS-Lizenz ist¹.

II. Relevanz für die Vertragsgestaltung

Gemeinsame Positionierung gegenüber der Verwendung von Open Source Software

Unabhängig davon, ob der von den Projektparteien gewollte Umgang mit Open Source Software lediglich im Projektvertrag Niederschlag findet oder ob eine "Open Source Policy" in Gestalt eines eigenen Dokuments aufgesetzt wird, sollten sich die Parteien über bestimmte Punkte in jedem Fall einigen.

Der Entwurf einer "Open Source Policy", die den vorgeschriebenen Umgang sowie etwaige dabei zu beachtende Genehmigungs- oder Mitteilungsprozesse verständlich und eindeutig beschreibt, hat den Vorteil, dass das Dokument auch und gerade auf der Projektebene als Leitfaden verwendet werden kann. Da es letztlich die Projektebene ist, auf der – häufig spontan und ohne Kenntnis des Projektmanagements – der Einsatz von Open Source Software-Applikationen, -Tools und -Patches erfolgt, ist die Sensibilisierung des Projektteams besonders wichtig. Ein Outsourcing-Projekt unterscheidet sich insoweit wenig von einem internen Software-Entwicklungsprojekt.

¹ Vgl. die Statistik des von blackduck betriebenen "Open Source Resource Center", <http://www.blackducksoftware.com/oss>.

1.1 Definition von "Open Source Software"

Unerlässlich ist in jedem Fall eine eindeutige vertragliche Definition des Begriffs "Open Source Software". Möchte man hier keine individuelle vertragliche Definition entwerfen, bietet sich ein Rückgriff auf die Definitionen der Open Source Initiative oder der Free Software Foundation an.

1.2 Einsatz von Open Source Software "verboten" oder "erlaubt"?

1.2.1 Möchte der Kunde die Verwendung von Open Source Software grundsätzlich "verbieten", so sollten die Parteien die Reichweite dieses Verbots bewusst bestimmen. Oftmals stellt sich ein Verbot "jeglicher" Open Source Software bei näherer Hinterfragung als voreilig und nicht interessengemäß dar. Die Parteien sollten insoweit klären, ob Ausnahmen für Infrastruktursoftware (z.B. Apache HTTP Server), Desktop-Applikationen (etwa Firefox), oder auch für bestimmte Softwareentwicklungs-Tools angemessen sind. Auch eine Differenzierung nach den anwendbaren Lizenzbedingungen (etwa Ausschluss von Lizenzen mit "Copyleft"-Effekt) kann den Interessen des Kunden entsprechen.

1.2.2 Soll die Verwendung von Open Source Software im Outsourcing-Projekt dagegen erlaubt sein, so muss der Kunde die Auswahl der zum Einsatz kommenden Programme dennoch nicht vollständig dem Provider überlassen. Es ist hier eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten denkbar. Ist zum Beispiel die Verwendung bestimmter Open Source Software vom Kunden spezifisch gewollt (etwa der Einsatz eines Linux-Betriebssystems), so kann die Erlaubnis natürlich auf die betreffenden Programme beschränkt werden. Auch eine Differenzierung nach den anwendbaren Lizenzbedingungen oder die Vereinbarung von Mitteilungs- oder Genehmigungserfordernissen vor dem Einsatz jeglicher oder bestimmter Typen von Open Source Software sind denkbar. In jedem Fall sollte der Provider zur fortlaufenden Dokumentation der eingesetzten Software sowie der anwendbaren Lizenzbedingungen verpflichtet werden. Dies verringert nicht nur die Gefahr einer unbewussten Kombination inkompatibler OSS-Lizenzbedingungen, sondern erleichtert darüber hinaus auch einen etwaigen Anbieterwechsel bzw. Exit aus dem Projekt.

1.2.3 Mit Blick auf die Risiken des sog. "Copyleft"-Effekt, sollten die Parteien ein besonderes Augenmerk auf die Bearbeitung von Open Source Software und die Integration von Bearbeitungen oder abgeleiteten Werken in sonstige Software des Kunden richten. Dies gilt insbesondere – aber nicht nur – in Outsourcing-Projekten, die die Entwicklung von Software umfassen.

Sog. "Copyleft"-Lizenzen unterscheiden sich von anderen OSS-Lizenzen hinsichtlich der Pflichten, die sie den Lizenznehmern für den Fall einer Weitergabe geänderten oder bearbeiteten Codes auferlegen: OSS-Lizenzen ohne "Copyleft" – wie etwa die Berkeley Software Distribution (BSD) License – stellen es den Lizenznehmern grundsätzlich frei, unter welcher Lizenz sie ihre Bearbeitung an einen Dritten weitergeben. Sie lassen damit auch eine proprietäre Lizenzierung von Bearbeitungen zu. Um demgegenüber sicherzustellen, dass auch Bearbeitungen und abgeleitete Werke von Open Source Software der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden, sofern ihr Ersteller sie überhaupt an Dritte weitergibt, verpflichten die sog. "Copyleft"-Lizenzen die Lizenznehmer dazu, Bearbeitungen und abgeleitete Werke ebenfalls unter die für die Ausgangsversion geltenden OSS-Lizenzbedingungen zu stellen. Das bekannteste Beispiel einer Copyleft -Lizenz ist die GNU General Public License (GPL).

Die technischen Voraussetzungen, unter denen eine Bearbeitung, ein abgeleitetes Werk oder eine Softwareverbindung im Falle ihrer Weitergabe den sog. "Copyleft"-Effekt auslöst, sind nicht nur von Lizenz zu Lizenz verschieden definiert, sondern werden zudem nicht einheitlich ausgelegt².

Für Open Source Software, die unter Copyleft-Lizenzbedingungen lizenziert ist, kann sich in einer Open Source Policy ebenso wie im Projektvertrag eine Differenzierung zwischen der Verwendung der öffentlich zugänglichen Ausgangsfassung einerseits und eigenen Bearbeitungen, abgeleiteten Werken oder Softwareverbindungen andererseits anbieten.

1.3 Prüfungsrechte und Berichtspflichten

Dem Kunden wird in der Regel daran gelegen sein, die Einhaltung der vereinbarten Regeln, einschließlich etwaiger Mitteilungs- oder Genehmigungsprozesse, während

² Vgl. zur GPL v2 etwa die Ansätze und Nachweise bei *Jaeger/Metzger*, Open Source Software, 2. Auflage 2006, Rn. 47ff.

der Projektlaufzeit überprüfen zu können. Gegenüber technischen Audits durch den Kunden bestehen auf Anbieterseite allerdings typischerweise Bedenken mit Blick auf Sicherheitslücken, Systemunterbrechungen und Vertraulichkeit. Ein interessengerechter Mittelweg kann hier die Verwendung von Audit-Software sein, mit deren Hilfe Open Source Software-Elemente einschließlich der anwendbaren Lizenzbedingungen auch in größeren Software-Portfolios identifiziert werden können. Je nach der Vertrauensbasis zwischen den Projektparteien kann eine Vereinbarung über die Verwendung einer solchen Audit-Software etwa vorsehen, dass der Outsourcing-Provider selbst die Audit-Software periodisch anwendet und dem Kunden den von der Software generierten Auditbericht übermittelt. Alternativ können die Parteien auch vorsehen, dass der Anbieter der Audit-Software oder ein anderer neutraler Dritter das automatisierte Audit durchführt.

Lizenzfragen

Die OSS-spezifischen lizenzrechtlichen Fragestellungen hängen davon ab, welche Partei den Einsatz von Open Source Software in einem Outsourcing-Projekt wünscht. Es lassen sich zwei Grundkonstellationen unterscheiden: (i) der Provider möchte in seinem Rechenzentrum oder direkt beim Kunden Open Source Software einsetzen (dazu unten 2.1); und (ii) der Kunde nutzt bereits Open Source Software und möchte deren Betrieb auf den Provider auslagern (dazu unten 2.2). Natürlich können (i) und (ii) in einem Outsourcing-Projekt auch kombiniert auftreten. In jeder der beiden Grundkonstellationen ist aus lizenzrechtlicher Sicht wiederum zwischen dem Einsatz der öffentlich zugänglichen Ausgangsfassung und dem Einsatz von eigenen Bearbeitungen der Open Source Software zu unterscheiden.

1.4 Einsatz von OSS durch den Provider

Je nach Art und Umfang des Outsourcing-Projekts benötigt der Kunde nach deutschem Urheberrecht (§ 69 c UrhG) in vielen Konstellationen ein eigenes Nutzungsrecht an der im Outsourcing-Projekt eingesetzten Software. Dies gilt insbesondere, wenn der Provider IT-Systeme direkt beim Kunden zu dessen Nutzung betreibt, aber auch etwa dann, wenn der Kunde im Wege des Fernzugriffs auf beim

Provider bereitgehaltene Applikationen zugreift und diese sodann in den eigenen Arbeitsspeicher lädt³.

Anders als im Rahmen proprietärer Software-Lizenzierung erhält der Kunde etwa erforderliche Nutzungsrechte an (unveränderter) Open Source Software grundsätzlich nicht von seinem Vertragspartner, dem Provider, sondern direkt von den Urhebern der Open Source Software. Zumindest bei Open Source Software, die unter der GPL lizenziert ist, ist jedoch eine solche Nutzungsrechtseinräumung seitens der Urheber gar nicht erforderlich, damit der Kunde die Programme nutzen kann. Vielmehr betrachtet die GPL v3 (ebenso wie auch schon die GPL v2) die bloße Nutzung eines Programms letztlich als "lizenzneutralen" Vorgang (vgl. Ziffer 9 Satz 1 GPL v3 sowie die Ausnahme der Ausführung eines Programms aus der Definition von "to propagate"). Zur Nutzung eines Programms ist danach jeder berechtigt, der eine Kopie eines unter der GPL lizenzierten Programms erhält⁴.

Somit benötigt der Kunde für eine unveränderte Open Source Software keine Nutzungsrechtseinräumung vom Provider. Soweit – wie in der Regel der Fall – der Outsourcing-Vertrag eine Klausel zur Nutzungsrechtseinräumung an proprietärer Software vorsieht, sollte Open Source Software aus dieser Lizenzklausel explizit ausgenommen werden. Der Outsourcing-Vertrag sollte ausdrücklich regeln, dass die eingesetzte Open Source Software ausschließlich den jeweils anwendbaren OSS-Lizenzbedingungen unterliegt.

Sofern der Provider lediglich die öffentlich zugängliche Ausgangsfassung einer Open Source Software einsetzt, ergeben sich auch dann keine lizenzrechtlichen Besonderheiten, wenn die Open Source Software unter Lizenzbedingungen mit "Copyleft"-Charakter steht. Nutzt der Provider allerdings eine bearbeitete Version einer solchen Open Source Software, so stellt sich die Frage, ob der kommerzielle Einsatz einer solchen Version für einen Kunden den "Copyleft"-Effekt auslöst. Dies hätte, wie oben beschrieben, insbesondere zur Folge, dass auch die entsprechende Modifizierung den jeweils anwendbaren OSS-Lizenzbedingungen unterfiele und der Provider sie dem Kunden auch im Quellcode zur Verfügung stellen müsste.

³ Vgl. etwa Wandtke/Bullinger/Grützmacher, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2009, § 69 c Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

⁴ Das Konzept der GPL ähnelt insoweit dem in Ziffer § 69 d Abs. 1 UrhG reflektierten Verständnis der "bestimmungsgemäßen Benutzung", vgl. auch Jaeger/Metzger, GRUR 2008, 130 (134).

Nach der GPL v3 hängt der Eintritt des sog. "Copyleft"-Effekts letztlich davon ab, ob der Kunde eine Kopie der bearbeiteten Software erhält. Nach der GPL v3 kommt es hier maßgeblich auf den Begriff "to convey" an, den die GPL v3 wie folgt definiert: *"To 'convey' a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying."* Aus der Definition ergibt sich, dass die virtuelle Zurverfügungstellung eines Programms im Wege von Application Service Providing (ASP) bzw. Software as a Service (SaaS) den "Copyleft"-Effekt nicht auslöst, sofern der Kunde keine Kopie erhält. Die GPL v3 hat mit dieser Definition die bereits unter der GPL v2 bestehende Möglichkeit beibehalten, ein bearbeitetes Programm Ditten – auch unter Verfolgung kommerzieller Zwecke – über ein Netzwerk zur Verfügung zu stellen, ohne zugleich den Quellcode der Bearbeitung offen zu legen. Ob der Einsatz einer Bearbeitung eines GPL v3-lizenzierten Programms in einem Outsourcing-Projekt ein "conveying" im Sinne der GPL v3 darstellt, ist also davon abhängig, ob der Kunde nach der konkreten technischen Gestaltung eine Kopie des Programms erhält.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die GNU Affero General Public License v3, die den Begriff "to convey" zwar identisch wie die GPL v3 definiert, jedoch speziell für die Verfügbarmachung von Bearbeitungen im Wege der Netzwerkkommunikation eine Pflicht zur (Online-)Bereitstellung des Quellcodes vorsieht (vgl. Ziffer 13 AGPL v3).

1.5 Kunde nutzt bereits OSS

Hat der Kunde zu Beginn des Outsourcing-Projekts bereits Open Source Software bei sich im Einsatz, deren Betrieb nunmehr der Provider übernehmen soll, so wird der Provider hierzu nach dem Verständnis des deutschen Urheberrechts unter Umständen ein eigenes Nutzungsrecht an der betreffenden Software benötigen. Bei welchen technischen Gestaltungen eines Outsourcing-Projekts ein eigener Nutzungsrechtserwerb des Providers erforderlich ist, ist auch im Bereich proprietärer Lizenzverträge umstritten und soll an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden⁵. An unveränderter Open Source Software erwirbt der Provider ein etwa erforderliches Nutzungsrecht jedenfalls unproblematisch direkt von den Urhebern, sofern die

⁵ Vgl. hierzu etwa Wandtke/Bullinger/Grützmacher, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2009, § 69 d Rn. 13 mit weiteren Nachweisen.

Nutzungshandlungen des Providers bei Anwendbarkeit der GPL nicht ohnehin "lizenzneutral" sind und ein eigener Nutzungsrechtserwerb daher entbehrlich ist⁶.

Hat der Kunde im Falle der Anwendbarkeit einer OSS-Lizenz mit "Copyleft"-Charakter jedoch eine Bearbeitung der Open Source Software im Einsatz, so stellt sich – wie in der unter Ziffer 2.1 geschilderten umgekehrten Konstellation – die Frage, ob eine Weitergabe der bis dahin nur intern beim Kunden genutzten Bearbeitung an den Provider den "Copyleft"-Effekt auslöst. Diese Frage hat die GPL v3 in Ziffer nunmehr ausdrücklich adressiert. Gemäß Ziffer 2 Absatz 2 der GPL v3 darf eine Bearbeitung GPL v3-lizenzierter Software an Dritte weitergegeben werden, ohne dass der "Copyleft"-Effekt eintritt, sofern die Weitergabe ausschließlich zum Zweck des Betriebs oder der Bearbeitung der Software im Auftrag und unter Kontrolle des Weitergebenden erfolgt: Der englische Originaltext dieser "Outsourcing-Klausel" lautet:

"You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright. Those thus making or running the covered works for you must do so exclusively on your behalf, under your direction and control, on terms that prohibit them from making any copies of your copyrighted material outside their relationship with you."

Die Auslagerung des Betriebs, der Pflege und/oder Weiterentwicklung einer Bearbeitung von GPL v3-lizenzierter Software an einen externen Dienstleister löst danach den "Copyleft"-Effekt nicht aus, sofern der Dienstleister die Bearbeitung ausschließlich im Auftrag des Kunden verwenden und außer zum Zwecke der Vertragserfüllung keinerlei Kopien der Bearbeitung herstellen darf. Zu beachten ist hierbei, dass die Befreiung von den Pflichten der GPL gemäß dem zitierten Wortlaut nur für die vom Kunden erstellte Bearbeitung selbst und damit in der Regel nur für einen Teil der an den Provider weitergegebenen Software gilt. Soweit zugleich die öffentlich zugängliche Ausgangsfassung des Programms weitergegeben wird, sind alle für die Weitergabe geltenden Pflichten gemäß der GPL v3 unverändert

⁶ Vgl. oben **Ziffer II. 2.1.**

anwendbar (also insbesondere die Pflichten zur Übermittlung einer Kopie des Lizenztextes sowie zur Verfügbarmachung des Quellcodes).

Gewährleistung und Haftung

Outsourcing-Verträge sehen typischerweise ein differenziertes Haftungs- und Gewährleistungsregime vor, das die gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der konkreten Projektgestaltung modifiziert. Neben risikospezifischen Haftungsbeschränkungen (etwa betragsmäßigen Haftungsbeschränkungen für bestimmte Schadenskategorien) vereinbaren die Parteien häufig Vertragsstrafen oder Schadenspauschalen für den Fall des Nichterreichens vereinbarter Service Levels (z.B. hinsichtlich Systemverfügbarkeiten oder Fehlerbehebungszeiten) oder performance-abhängige Vergütungsregelungen.

Sofern die Parteien im Outsourcing-Vertrag nicht eine abweichende Regelung vereinbaren, deckt ein solches Haftungs- und Gewährleistungsregime auch den Einsatz von Open Source Software im Projekt ab. Der Provider ist danach für das Funktionieren verwendeter Open Source Software in gleicher Weise verantwortlich wie für den Einsatz proprietär lizenzierter Software. Dies kann im Ergebnis angemessen und interessengerecht sein, birgt für den Provider jedoch gewisse Risiken, die er bereits in der Planungsphase prüfen sollte. Die maßgeblichen Parameter für eine solche Prüfung werden typischerweise die Art, Bewährtheit und Systemrelevanz der konkret verwendeten Open Source Software sowie die anwendbaren OSS-Lizenzbedingungen sein.

Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass der Provider bei Ausfall der verwendeten Open Source Software in der Regel keinerlei Rückgriffsansprüche gegen die relevanten Software-Entwickler oder sonstige Zulieferer hat. OSS-Lizenzbedingungen enthalten nämlich in aller Regel umfassende Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse, die eine Haftung der Urheber der Open Source Software ausschließen sollen. Dass diese nach deutschem AGB-Recht nicht durchsetzbar sind, hilft dem Provider in der Praxis schon deshalb nicht weiter, weil er die relevanten Software-Entwickler in aller Regel nicht ermitteln kann. Darüber hinaus spricht viel dafür, die unentgeltliche Nutzungsrechtseinräumung an Open Source Software seitens der Urheber nach deutschem Recht als eine Schenkung zu betrachten⁷. Infolge dieser

⁷ Vgl. etwa *Jaeger/Metzger*, a.a.O., Rn. 205ff. mit weiteren Nachweisen.

Einordnung würden die relevanten Software-Entwickler nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften (vgl. § 521 BGB), welche in den seltensten Fällen nachzuweisen sein werden.

Rückgriffsansprüche des Providers im Falle eines Ausfalls von Open Source Software werden in der Regel nur dann in Betracht kommen, wenn der Provider seinerseits mit einem Zulieferer einen Support-Vertrag hinsichtlich der für den Kunden verwendeten Open Source Software (etwa ein Betriebssystem) abgeschlossen hat und das in dem Support-Vertrag vereinbarte Haftungs- und Gewährleistungssystem derartige Rückgriffsansprüche zulässt. Natürlich muss der Provider in diesem Fall nachweisen, dass gerade ein Ausfall der jeweiligen Open Source Software (und nicht etwa das Versagen einer anderen für den Kunden eingesetzten Komponente) den Systemausfall oder sonstigen eingetretenen Schaden verursacht hat.

Diese Problematik sollte bei der Gestaltung des Haftungs- und Gewährleistungsregimes eines Outsourcing-Vertrages, unter dem auch Open Source Software zum Einsatz kommen soll, bedacht und interessengerecht berücksichtigt werden.⁸ Neben der Systemrelevanz der eingesetzten Open Source Software kann es auch eine Rolle spielen, welche Partei die Verwendung gewünscht hat und ob sie von etwaigen damit verbundenen Kostenersparnissen profitiert.

Typischerweise ist es interessengerecht, den Einsatz von Open Source Software (zumindest) aus der Rechtsmängelhaftung bzw. etwaigen Freistellungspflichten im Falle der Verletzung von IP-Rechten Dritter auszuklammern. Es ist für einen Provider in aller Regel nicht zu übersehen, ob die verwendete Open Source Software Patent- oder Urheberrechte Dritter verletzt. Dieses für beide Parteien unwägbare Risiko sollte bei einverständlichem Einsatz von Open Source Software zwischen den Parteien daher angesprochen und bei der Vertragsgestaltung interessengerecht adressiert werden.

⁸ Soweit auf die verwendete Software anwendbar (und sofern zwischen den Parteien eines Outsourcing-Vertrages überhaupt relevant), steht die GPL v3 der Vereinbarung vertraglicher Haftungs- oder Gewährleistungspflichten nicht entgegen, sondern stellt diese vielmehr ausdrücklich frei (vgl. Ziffer 7 a) GPL v3).

Support

Es stellt sich schließlich die Frage, inwieweit die umfassenden Bearbeitungs- und Änderungsrechte, die OSS-Lizenzbedingungen grundsätzlich jedem Nutzer von Open Source Software einräumen, die Abhängigkeit des Kunden vom Provider im Vergleich zum "herkömmlichen" Einsatz proprietär lizenzierter Software reduzieren. "Herkömmliche" Outsourcing-Verträge enthalten oftmals Klauseln, die dem Kunden die eigenmächtige Fehlerberichtigung oder Vornahme sonstiger Veränderungen an verwendeter Software verbieten. Derartige Regelungen laufen beim Einsatz von Open Source Software leer, soweit die anwendbaren OSS-Lizenzbedingungen jedem Nutzer umfangreiche Änderungs- und Bearbeitungsrechte an der Open Source Software ausdrücklich einräumen. Auf den ersten Blick mag dieser Umstand als Gefährdung des "klassischen", nicht zuletzt auf der Abhängigkeit vom Provider basierenden Outsourcing-Geschäftsmodells erscheinen, zumal Software-Patches und Updates in der entsprechenden OSS-Community zumeist leicht zugänglich sind. Bei näherer Betrachtung erweisen sich diese Bedenken jedoch als kaum durchschlagend.

Zum einen wird es einem Kunden in tatsächlicher Hinsicht in den seltensten Fällen möglich sein, die erforderlichen Pflege- und Korrekturleistungen für ein ausgelagertes IT-System selbständig zu erbringen. Dies gilt insbesondere in komplexen Outsourcing-Projekten, in denen eine Vielzahl verschiedenartiger Software nebeneinander zum Einsatz kommt. Der Mehrwert der Outsourcing-Dienstleistung für den Kunden liegt hier in der Regel gerade in der Auslagerung des Gesamtsystems, selbst wenn er zum Betrieb einzelner seiner Komponenten auch selbst in der Lage sein sollte. In rechtlicher Hinsicht bleibt es dem Provider zum anderen unbenommen, für den Fall entsprechender eigenmächtiger Aktivitäten des Kunden die Nichtanwendbarkeit von Service-Levels oder sogar einen Ausschluss von Support-Ansprüchen hinsichtlich der veränderten Software vorzusehen. Der Kunde bleibt dann zwar berechtigt, selbst und ggf. unter Rückgriff auf die relevante "Community" Änderungen an der Open Source Software vorzunehmen, muss für diesen Fall jedoch mit einem Verfall seiner Support-Ansprüche gegenüber dem Provider rechnen.

III. Fazit

Ist der Einsatz von Open Source Software in einer Outsourcing-Transaktion konkret geplant oder wahrscheinlich, so sollten die Parteien dieses Thema sowohl auf der Projektebene als auch auf der Vertragsebene möglichst frühzeitig adressieren und idealerweise bereits in der Projektplanung berücksichtigen. Die Parteien sollten für die gesamte Projektdauer regelmäßige Dokumentations- und Berichtszyklen vorsehen, die ein effizientes "Monitoring" der eingesetzten Softwarekomponenten ermöglichen. Ein kontinuierliches Lizenzmanagement erhöht nicht nur die Rechtssicherheit des Projekts selbst, sondern kann zudem die Werthaltigkeit der IT-Infrastruktur des Kunden maßgeblich steigern. Werden die Besonderheiten anwendbarer OSS-Lizenzbedingungen sowohl auf der Projektebene als auch bei der Vertragsgestaltung berücksichtigt, so kann der planvolle Einsatz von Open Source Software die Bandbreite kostengünstiger und individueller Outsourcing-Gestaltungen wesentlich erweitern.