

Handreichungen zur Nutzung der österreichischen AVB-IT beim Einsatz in der Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen

Basisdokument:

Autor: Dr. Till Jaeger, JBB Rechtsanwälte, www.jbb.de

Die in der Handreichungen enthaltenen Formulierungsvorschläge können ohne Beschränkungen für Verträge und Ausschreibungsunterlagen verwendet werden. Die Handreichungen können im Übrigen unter den Lizenzbedingungen der Creative Commons Lizenz „Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen 3.0 Deutschland (CC BY-SA 3.0 DE)“ genutzt werden.

© 2013 Open Source Business Alliance e.V., Autor: Dr. Till Jaeger, Titel: Handreichungen zur Nutzung der EVB-IT beim Einsatz von Open Source Software, Lizenz: CC-BY-SA 3.0 DE, <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>

Anpassung an die österreichische Rechtslage:

© 2018 OSSBIG Austria (Open Source Software Business Innovation Group) www.ossbig.at

Autorin: Dr. Irene Binder LL.M., Rechtsanwältin in Wien, binder-ra.at

Lizenz: CC-BY-SA 3.0 DE, <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>.

Inhalt

Die OSSBIG Austria (Open Source Software Business Innovation Group).....	3
Die Open Source Business Alliance.....	3
Vorwort zu den Handreichungen zur Nutzung der österreichischen AVB-IT beim Einsatz in der Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen	4
Vorwort zu den Handreichungen EVB-IT	5
Einführung	7
Handreichung zu AVB-IT/Projekte	8
1. Einführung	8
2. Anwendungsfälle	8
3. Änderungsbedarf für die AVB-IT/Projekte	8
3.1. Einbeziehung von Lizenzbedingungen an Open Source Software sowie Nutzungsrechte an zusätzlichen oder anderen vorbestehenden OSS-Teilen.....	9
3.2. Sonstiger Hinweis bei Einräumung lediglich der gesetzlich zwingenden Nutzungsrechte und sonstiger Beschränkung der Nutzungsbefugnis des Auftraggebers	9
a) Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware	9
b) Erstellung und Überlassung von Individualsoftware, Recht zur Unterlizenzierung	9
c) Rechte an vorbestehenden Teilen	10
3.3. Anpassung von Standardsoftware auf Quellcodeebene	10
3.4. Customizing von Software	10
3.5. Erstellung und Lieferung der Dokumentation	10
3.6. Geheimhaltung, Datenschutz	10
3.7. Haftung und Gewährleistung	11
3.8. Software Wartung	11
4. Formulierungsvorschläge AVB-IT/Projekte	12
5. Erläuterungen zu den Formulierungsvorschlägen	14
Handreichung zu AVB für IT-Leistungen Software	16
6. Einführung	16
7. Anwendungsfälle	16
8. Änderungsbedarf für die AVB-IT/SW	16
8.1. Entgelt für Lieferungen, Miete und Leasing.....	16
8.2. Nutzungsrechte proprietärer Lizenzmodelle.....	17
8.3. Immaterialgüterrechte.....	17
8.4. Haftung und Gewährleistung	17
8.5. Wartung	17
9. Formulierungsvorschläge AVB-IT/SW	18
9.1. Konstellation A.....	18
9.2. Konstellation B.....	18
10. Erläuterungen zu den Formulierungsvorschlägen AVB-IT/SW	20

Die OSSBIG Austria (Open Source Software Business Innovation Group)

Die OSSBIG versteht sich als Community von IT-Verantwortlichen großer Österreichischer Unternehmen und öffentlicher Verwaltungen.

Unserem Vereinszweck entsprechend haben wir uns folgende Ziele gesetzt:

- Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich und Erhöhung der regionalen IT-Wertschöpfung
- Einsatz von Open Source Software als Alternative zu Lizenzsoftware
- Positionierung des Open Source Modells bei Top-Entscheidern in Wirtschaft und Politik
- Förderung der Zusammenarbeit privater und öffentlicher Großanwender in den Bereichen Innovation und Digitalisierung
- Erhöhung der digitalen Kompetenz in Österreich

Um diese Ziele zu erreichen fördern wir:

- Offene Kollaboration
- Kompetenz und Wissen der Community
- Transparenten Umgang mit Daten
- Innovation

Die Open Source Business Alliance

Als führendes Netzwerk von Herstellern und Anwendern von Open Source Software möchte die OSB Alliance mit klaren Positionen gegenüber Politik und öffentlicher Verwaltung vertreten sein. Diese Positionen werden in der Working Group Public Affairs formuliert. Zu den Aufgaben der Working Group gehört es auch, den direkten und regelmäßigen Kontakt zu Politikern zu koordinieren, Veranstaltungen ausschließlich für politische Entscheider zu organisieren und ggf. in europäischen Foren mitzuarbeiten.

Die Open Source Business Alliance fordert von der Politik:

- Freie Communities sind zu fördern, weil diese kreative Potentiale in der Softwareentwicklung erschließen, was letztendlich zu mehr Innovation als Voraussetzung für eine stärkere IT-Wirtschaft führt.
- Die Ergebnisse öffentlich finanzierter Entwicklungen (durch Behörden, Hochschulen etc.) müssen der Gemeinschaft frei zur Verfügung gestellt werden. Im Fall von Software bedeutet das eine Verbreitung und Lizenzierung als Open Source Software.

Vorwort zu den Handreichungen zur Nutzung der österreichischen AVB-IT beim Einsatz in der Beschaffung von Open Source Software für Behörden und öffentliche Einrichtungen

Open Source Software Business Innovation Group ist als Verein auf die Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich und Erhöhung der regionalen IT-Wertschöpfung ausgerichtet, dazu ist die Verbreitung des Open Source Modells in der österreichischen Wirtschaft und öffentlichen Verwaltung wesentlicher Faktor.

Nicht nur als Alternative zu Lizenzsoftware, sondern vor allem auch als Innovationsmotor und Effizienzsteigerer ist Open Source ein unverzichtbarer Bestandteil der IT Landschaft geworden.

Die Positionierung von Open Source Modellen bei Top-Entscheidern in Wirtschaft und Politik sowie die weitere Förderung der Zusammenarbeit mittels Open Source sind unser Ziel um die digitale Kompetenz in Österreich zu erhöhen.

Die hier vorliegenden Handreichungen sind dabei ein weiterer wesentlicher Beitrag zur Verbreitung und Nutzung von Open Source in Österreich.

Raimund Pickl

Obmann Open Source Business Innovation Group

Vorwort zu den Handreichungen EVB-IT

Die Nutzung von Open Source Software in immer mehr Bereichen der Informationstechnologie ist ein kontinuierlicher, seit vielen Jahren anhaltender Trend, und es gibt keinerlei Anzeichen für ein Ende. Zunächst war es das Betriebssystem Linux, das sich als gleichermaßen flexible, zuverlässige und kostengünstige Alternative zu proprietären Angeboten in Spezialbereichen durchsetzte und dann gerade bei Serveranwendungen aber auch auf Mobiltelefonen in seiner Spielart Android zum wichtigen Industriestandard wurde. Später kamen so genannte „Middleware“-Systeme wie Datenbanken, Serverdienste oder Entwicklungssysteme hinzu. Und inzwischen sehen wir wie beispielsweise mit OpenStack sogar komplexe Systeme für den Betrieb von „Cloud-Infrastrukturen“, aber auch immer mehr Anwendungen, die als Open Source Software den Markt erobern. Jeder kennt den Webbrowser Firefox oder Open- bzw. Libreoffice, aber auch im Bereich von professionellen Fachanwendungen für spezialisiertere Einsatzfelder steigt die Anzahl verfügbarer und erprobter offener Software schnell.

Im Kern bedeutet „Open Source“ bei Software, dass sie unter einer bestimmten Lizenz überlassen wird, durch die dem Lizenznehmer umfassende Rechte eingeräumt werden, die er bei proprietärer Software nicht erhält. Diese Rechte umfassen vor allem das Recht, den von den Programmierern der Software erstellten und für Änderungen benötigten Quellcode (den Source-Code) einzusehen und die Software frei zu verändern. Darüber hinaus darf sie in ursprünglicher oder veränderter Form in beliebiger Weise eingesetzt werden, und es ist erlaubt, sie an Dritte weiterzugeben, denen dann dieselben Rechte eingeräumt werden können (und in bestimmten Fällen sogar müssen). Diese mit Open Source Software verbundenen Rechte haben es ermöglicht, dass sich große, weltweite Communities bilden konnten. Wichtige Open Source Software wird gemeinsam gepflegt und bildet mittlerweile die Basis für große Teile der IT-Industrie, die selbst in diesen Communities meist sehr aktiv vertreten ist.

Regierungen und Unternehmen auf der ganzen Welt machen Open Source Software heute zur strategischen Basis für ihre IT-Umgebungen. Das liegt zum einen natürlich an den oft erheblichen Vorteilen in Hinblick auf Wirtschaftlichkeit und Flexibilität. Der Einsatz von Open Source Software ermöglicht aber auch zuvor nicht dagewesene Möglichkeiten, die in der eigenen Organisation eingesetzte IT zu verstehen und an die eigenen Bedürfnisse anzupassen. Die damit verbundene Wertschöpfung muss dann nicht mehr zwangsläufig durch den ursprünglichen Hersteller erfolgen, sondern ist in viel mehr Fällen auch vor Ort möglich. Schließlich ist Open Source die Voraussetzung für eine unabhängige Kontrolle auf mögliche Sicherheitslücken oder Hintertüren, ein Aspekt der gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Spionage-Diskussion enorm an Bedeutung gewonnen hat. Unter dem Strich ermöglicht Open Source Software also die in jüngster Zeit häufig geforderte „informationstechnische Souveränität“ und ist die Voraussetzung für eine agile und wachsende IT-Industrie.

Die öffentliche Hand tut also gut daran, bei jeder Beschaffung von IT auch Open Source in Erwägung zu ziehen und ihr eine faire Chance einzuräumen, die alle relevanten Aspekte berücksichtigt. Bei ansonsten gleichen Eigenschaften sollte Open Source Software aufgrund der ihr eigenen Vorteile darüber hinaus bevorzugt werden. Genau dies hat in der Vergangenheit aber manchen Beschaffer vor neue Herausforderungen gestellt. Schließlich muss es auch beim professionellen Einsatz von Open Source Software Leistungen wie vertraglich zugesicherte Pflege und Weiterentwicklung der Software geben und verlässliche Unterstützungsleistungen und Support sind ebenso erforderlich. Andererseits aber stehen die gewohnten und erprobten Lizenzmechanismen nicht zur Verfügung, so dass unter Umständen ungewohnte Wege beschritten werden müssen.

Die gute Nachricht ist, dass die Beschaffung von Open Source Software auch unter Anwendung der EVB-IT-Musterverträge ohne weiteres möglich ist. Dieses Dokument soll vor allem Praktikern aus der Beschaffung als Werkzeug dienen, dabei effektiv und rechtssicher vorzugehen. Gleichzeitig soll es notwendige Hintergründe und Detailwissen vermitteln.

Wir freuen uns sehr, dass wir den „Open Source Papst unter den Juristen“, Rechtsanwalt Till Jaeger für diese umfassende Arbeit gewinnen konnten und danken ihm sehr für das nun vorliegende Ergebnis. Unser Dank gilt darüber hinaus den vielen Praktikern, die Herrn Jaeger Einblick in erprobte

Beschaffungsverfahren gegeben und damit einen wertvollen Beitrag für die Relevanz dieses Dokumentes geleistet haben.

Vor allem aber hoffen wir, dass diese Handreichung für Sie, liebe Beschafferinnen und Beschaffer, hilfreich ist und würden uns sehr über Rückmeldungen freuen. Dies ist die erste Version unserer Handreichung und wir sind sehr interessiert daran, zu erfahren, wo sie sich weitergehende Hinweise erwarten oder wo aus Ihrer Sicht weiteres Verbesserungspotenzial besteht.

Peter H. Ganten

Vorsitzender des Vorstands Open Source Business Alliance

Holger Dyroff

Sprecher der Working Group Public Affairs und stellvertretender Vorsitzender

Einführung

Die Nutzung von Freier und Open Source Software („FOSS“) hat sich in weiten Bereichen der IT Wirtschaft etabliert und ist aus der Softwareentwicklung nicht mehr wegzudenken. Gerade auch die öffentliche Hand kann ein besonderes Interesse an dem Einsatz von Open Source Software haben, etwa im Hinblick auf Kosten, Transparenz und Nachhaltigkeit. Dies betrifft neben dem Einsatz von Standardsoftware insbesondere auch die Verwendung von vorbestehenden Open Source-Komponenten im Rahmen von Individualentwicklungen.

Die Bundesbeschaffung GmbH bietet auf ihrer Website die Verwendung der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Republik Österreich für IT-Leistungen (AVB-IT) für die Beschaffung von Leistungen im IT-Bereich an. Das 1998 erstellte Beschaffungshandbuch des Bundes für IT-Leistungen wurde Anfang 2002 aktualisiert und die bis dahin bestehenden zahlreichen allgemeinen Vertragsbedingungen für Hardware, Software, IT-Dienstleistungen und Wartung in einheitlichen Allgemeinen Vertragsbedingungen der Republik Österreich für die Lieferung, Implementierung, Einführung und Wartung von IT-Systemen, Internetapplikationen bzw. sonstigen IT-Dienstleistungen, kurz AVB-IT, zusammengefasst. Die Bundesbeschaffung GmbH hat die AVB-IT in einigen Punkten mit fachkundiger Unterstützung des bewährten Teams aus Auftragnehmer-, Auftraggeber- und Interessensvertretern in 2015 erneut überarbeitet.

Die nachfolgenden Handreichungen möchten den Beteiligten eines Vergabeverfahrens die erforderlichen Informationen an die Hand geben, um die Besonderheiten von FOSS zu berücksichtigen. Dies gilt sowohl für die Seite der Beschaffer, die das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs 1 BVergG 2018 beachten müssen, ebenso wie, dass technische Spezifikationen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein müssen und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürfen und somit die Verwendung von Open Source Software nicht durch unvereinbare Vertragsregelungen ausschließen dürfen, als auch für die Bieter, deren Angebot FOSS beinhaltet.

Die Handreichungen erläutern nicht nur, an welchen Stellen die AVB-IT mit Open Source Lizenzverträgen unvereinbar sind, sondern zeigen gleichzeitig praktikable Lösungen durch einen konkreten Formulierungsvorschlag auf. Es empfiehlt sich, dass die Vergabestelle die Verwendung von FOSS in den Vergabeunterlagen unter Verwendung der gegenständlichen Handreichungen als Ergänzung zu den AVB-IT ausdrücklich zulässt.

Für den Bieter ist zu beachten, dass die Änderung der Regelungen in der Ausschreibung grundsätzlich nicht zulässig ist (mit einigen Besonderheiten im Verhandlungsverfahren) und den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote einen Ausscheidungsgrund darstellen.

Die Handreichungen liegen für folgende AVB-IT vor, die FOSS betreffen können:

- Allgemeine Vertragsbedingungen des Bundes für IT-Dienstleistungen, Software-Entwicklung und Projektabwicklung (AVB-IT/Projekte) Version 2015
- Allgemeine Vertragsbedingungen des Bundes für IT-Leistungen Software (AVB-IT/SW) Version 2015

Kritik und Anregungen nimmt der Herausgeber gerne unter [info@ossbig.at] entgegen.

Handreichung zu AVB-IT/Projekte

1. Einführung

Die Anpassung oder Neuerstellung von Individualsoftware kann wie auch das Customizing von Standardsoftware Open Source Software bzw. Freie Software (nachfolgend als „FOSS“ bezeichnet) betreffen.

Als FOSS wird Software verstanden, die den Anforderungen der Open Source Definition¹ bzw. der Free Software Definition² genügt, d.h. von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert und weitergegeben werden darf. Sofern die Ausschreibung nicht schon auf die Beschaffung von FOSS abzielt, ist es die Aufgabe des Auftragnehmers, FOSS in seinem Angebot zu identifizieren und die dazugehörigen FOSS-Lizenzbedingungen zu ermitteln.

Der rechtssichere Einsatz der AVB-IT für die Beschaffung von FOSS ist machbar, allerdings sind einige spezielle Aspekte zu berücksichtigen, da die AVB-IT bislang auf die Besonderheiten der FOSS-Lizenzierung keine Rücksicht nehmen. Diese Handreichung soll den an der Vergabe beteiligten Parteien die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen, um die AVB-IT auch bei der Nutzung von FOSS einsetzen zu können.

Für die Auswahl des passenden Vertragstyps verweisen wir auf die Website der BBG Bundesbeschaffung GmbH <https://www.bbg.gv.at/kunden/vergabe-beratung/vergabekompetenz-center/gesetze-verordnungen/oesterreichische-vergabevorschriften/allgemeine-vertragsbedingungen-der-republik-oesterreich-fuer-it-leistungen-avb-it/>

Nachfolgend werden spezielle Hinweise für die AVB-IT/Projekte gegeben.

2. Anwendungsfälle

Die Berücksichtigung von FOSS-Lizenzen dürfte bei diesem Vertragstyp eine besonders wesentliche Rolle spielen und zwar in den folgenden Konstellationen:

- a) Überlassung von FOSS als Standardsoftware auf Dauer oder auf Zeit im Rahmen eines Gesamtsystems
- b) Anpassung von FOSS auf Quellcodeebene
- c) Customizing von FOSS oder FOSS-Komponenten (im Rahmen eines Gesamtsystems)
- d) Erstellung und Überlassung von Individualsoftware auf Dauer, wobei auf vorbestehende FOSS-Komponenten zurückgegriffen wird

3. Änderungsbedarf für die AVB-IT/Projekte

Bei den folgenden Vertragsklauseln der „AVB-IT/Projekte“ ist das FOSS-Lizenzmodell besonders zu berücksichtigen bzw. eine Änderungsregelung vorzunehmen:

¹ <http://opensource.org/osd-annotated>

² <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>

3.1. Einbeziehung von Lizenzbedingungen an Open Source Software sowie Nutzungsrechte an zusätzlichen oder anderen vorbestehenden OSS-Teilen

Punkt 3 (Source Code und Immaterialgüterrechte) der AVB-IT/Projekte besagt:

An allen Arbeitsergebnissen, z.B. Ausarbeitungen, Internet-Inhalten, Individualsoftwarekomponenten, Macros, Applets o.ä. und individuell angefertigten Softwareanpassungen sowie den zugrundeliegenden Source Codes und die den Source Code betreffenden Materialien, die vom Auftragnehmer (allenfalls in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber) erstellt werden, erwirbt der Auftraggeber weltweit alle jetzt bekannten und zukünftig bekannt werdenden räumlich und zeitlich unbeschränkten immaterialgüter-rechtlichen nicht ausschließlichen Nutzungs- und Verwertungsrechte zum Gebrauch dieser Arbeitsergebnisse im Rahmen des Vertragszweckes, wie sie sich z. B. aus Urheberrecht, Patentrecht, Gebrauchsmusterschutz oder Trade Secret Law ergeben, ohne dass dadurch eine Abnahme bewirkt würde.

und enthält weitere die Nutzungsrechte betreffende Regelungen.

Die vom Auftragnehmer einzuräumenden Nutzungsrechte sind bei FOSS-Lizenzen nicht sinnvoll verwendbar. Sämtliche FOSS-Lizenzen (z.B. GNU General Public License, GNU Lesser General Public License, MIT License, Apache License, BSD, Eclipse Public License etc.) erlauben eine umfassende Nutzung der Software. Diesem Lizenzmodell muss auch in den Regelungen über Nutzungsrechte in den AVB-IT Rechnung getragen werden, sowohl wenn FOSS-Standardsoftware verwendet wird, als auch wenn Entwicklungen auf Basis von, bzw Anpassungen an FOSS-Standardsoftwarekomponenten vorgenommen werden.

3.2. Sonstiger Hinweis bei Einräumung lediglich der gesetzlich zwingenden Nutzungsrechte und sonstiger Beschränkung der Nutzungsbefugnis des Auftraggebers

Im Detail wird dies unten unter a) – c) ausgeführt. Solche Beschränkungen sind mit FOSS-Lizenzen nicht vereinbar. Vielmehr würde sich der Auftragnehmer bei einigen FOSS-Lizenzen wie der GPL, Version 2, der Gefahr einer Urheberrechtsverletzung aussetzen, wenn er dem Auftraggeber solche vertraglichen Beschränkungen auferlegen würde, die ihm die FOSS-Lizenz verbietet. So heißt es in Ziffer 6 GPL, Version 2, explizit:

„You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein.“

Um diese Problematik zu vermeiden, sollten derartige Beschränkungen für alle FOSS-Komponenten vollständig abbedungen und durch eine adäquate Regelung ersetzt werden. Ein Formulierungsvorschlag findet sich unter 4.

a) Dauerhafte Überlassung von Standardsoftware

Beschränkungen wie eine Löschungspflicht oder das Verbot, die Software in eine andere Codeform zu bringen, sind nicht mit allen FOSS-Lizenzen vereinbar.

b) Erstellung und Überlassung von Individualsoftware, Recht zur Unterlizenzierung

Die überwiegende Zahl der FOSS ermöglicht keine Unterlizenzierung, sondern sieht eine Direktlizenzierung durch die Rechtsinhaber vor. So heißt es in Ziffer 2 GPL, Version 3:

„Conveying under any other circumstances is permitted solely under the conditions stated below. Sublicensing is not allowed; section 10 makes it unnecessary.“

Dies bedeutet, dass der Auftraggeber selbst keine Rechtsmacht erwirbt, eine Unterlizenzierung vornehmen zu können, sofern der Auftragnehmer die Software nicht vollständig selbst erstellt hat und damit auch außerhalb einer FOSS-Lizenz Rechte zur Unterlizenzierung einräumen kann.

Der Auftraggeber kann jedoch umfassende einfache Nutzungsrechte von den Rechtsinhabern unmittelbar (unentgeltlich) erwerben.

Die FOSS-Lizenzen, die eine Unterlizenzierung gestatten, wie z.B. Apache License 2.0, sehen keine Beschränkung der Unterlizenz vor, so dass auch diese Beschränkungen nicht mit einer FOSS-Lizenzierung vereinbar ist.

Beschränkungen wie das Verbot, die Software im Quellcode öffentlich zugänglich zu machen oder „zum nicht gewerblichen Herunterladen zur Verfügung zu stellen“, sind mit FOSS-Lizenzen ebenfalls nicht vereinbar.

c) Rechte an vorbestehenden Teilen

Die oben beschriebenen Unvereinbarkeiten gelten auch für eine Regelung, wenn das Recht zur Weiterverbreitung von vorbestehenden Teilen auf ein Bundling mit der zu erstellenden Individualsoftware beschränkt wird. Wenn vorbestehende Teile als FOSS lizenziert sind, dürfen sie auch unabhängig von der Individualsoftware vervielfältigt und weiterverbreitet werden.

3.3. Anpassung von Standardsoftware auf Quellcodeebene

Eine Klausel „Der Auftraggeber erhält an dem zu übergebenden Quell-Code die Rechte für Individualsoftware“ wird dem Auftragnehmer dann nicht möglich sein, wenn es sich bei einer Standardsoftware um FOSS handelt und er nicht Rechtsinhaber an dem gesamten Code ist. Die oben beschriebenen Unvereinbarkeiten gelten dann auch hier und erfordern, dass solche Regelungen insoweit abbedungen werden.

3.4. Customizing von Software

Die Ausführungen oben gelten entsprechend.

3.5. Erstellung und Lieferung der Dokumentation

Sofern vorbestehende Dokumentation von FOSS verwendet wird, ist diese zumeist auch unter einer freien Lizenz nutzbar (z.B. GNU Free Dokumentation License).

Punkt 2.11 AVB-IT/Projekte (Erstellung und Lieferung der Dokumentation) sieht wie folgt vor: *Die Benutzerdokumentation wird auch in maschinenlesbarer Form geliefert, so dass diese Dokumentation an definierten Arbeitsplätzen während der Arbeit mit dem Vertragsgegenstand abgerufen werden kann.*

Sofern nicht ausdrücklich anders vereinbart, darf der Auftraggeber jegliche Dokumentation für den vertragsgemäßen Gebrauch beliebig kopieren und verwenden.

Dies muss auf Vereinbarkeit mit freien Lizenzen (wie z.B. den Creative Commons Lizenzen) geprüft werden.

3.6. Geheimhaltung, Datenschutz

Bei FOSS kann der Quellcode stets übergeben werden, bei einigen FOSS-Lizenzen ist dies sogar ausdrücklich gefordert (z.B. GPL, LGPL, MPL).

Punkt 10.2 AVB-IT/Projekte (Geheimhaltung, Datenschutz) sieht vor: *Der Auftragnehmer hat alle Informationen und Unterlagen, die ihm im Zusammenhang mit dem Auftrag übergeben oder im Zusammenhang mit dem Auftrag sonst bekannt geworden sind, vertraulich zu behandeln und diese vertrauliche Behandlung durch seine Mitarbeiter sowie allfällig beauftragte Dritte sicherzustellen. [...]*

Derartige Beschränkungen bzw Pflichten wie „Der Auftraggeber wird den Quellcode wie eigene vertrauliche Informationen behandeln und Dritten nur im Rahmen der bestimmungsgemäßen Nutzung zugänglich machen und diese ebenfalls zur Vertraulichkeit verpflichten.“ sind mit FOSS-Lizenzen aus den schon beschriebenen Gründen nicht vereinbar.

3.7. Haftung und Gewährleistung

Nahezu alle FOSS-Lizenzen enthalten umfassende Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse. Diese Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse beziehen sich jedoch nicht auf das Vertragsverhältnis vom Auftraggeber zum Auftragnehmer, sondern auf das Rechtsverhältnis zum Rechteinhaber.

Da die Rechteinhaber keine Lizenzgebühren erhalten, müssen sie auch nicht für die Qualität der Software gewährleisten. Diese Situation ist im Hinblick auf den Auftragnehmer anders: Das in den AVB-IT/Projekte vorgesehene Entgelt soll mit einer entsprechenden Gewährleistung und Haftung korrespondieren. Es ist daher sinnvoll, dass klargestellt wird, dass die Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse in den FOSS-Lizenzen nur im Verhältnis zu den Rechteinhabern Anwendung finden, nicht aber im Verhältnis zum Auftragnehmer.

3.8. Software Wartung

Bereitstellung verfügbarer Umgehungen, Patches und Updates

Anders als bei herkömmlich lizenzierter Standardsoftware werden Programmkorrekturen bei FOSS nicht immer von einem Hersteller im Rahmen eines klassischen Releasezyklus bereitgestellt, sondern können auf einer oder mehreren Projektseiten verfügbar sein und auch als Betaversionen vorliegen. Zudem wird oftmals nicht zwischen reinen Fehlerkorrekturen und Weiterentwicklungen mit neuen Funktionalitäten differenziert. Daher bietet es sich an, mit dem Auftragnehmer genau zu vereinbaren, welche Programmkorrekturen bereitgestellt werden sollen und nach welchen Kriterien diese auszuwählen sind.

Additive Pflegeleistungen (Mängelbehebung) sind bei FOSS stets zulässig, da die FOSS-Lizenzen die für die Bearbeitung und Weitergabe erforderlichen Nutzungsrechte gewähren. Wenn solche additiven Pflegeleistungen Gegenstand der AVB-IT sind, stellt sich die Frage, ob die anwendbare FOSS-Lizenz Vorgaben zur Lizenzierung der mit der Mängelbehebung einhergehenden Programmänderungen machen. Sog. „Copyleft-Lizenzen“ verlangen, dass Bearbeitungen der Software wiederum unter der Ursprungslizenz weitergegeben werden. Der Einfachheit halber bietet es sich an, den Auftragnehmer zu verpflichten, die Programmänderungen stets unter der Ursprungslizenz der FOSS zu lizenzieren.

4. Formulierungsvorschläge AVB-IT/Projekte

Die nachfolgenden Formulierungsvorschläge sind auf die oben beschriebenen typischen Anwendungsfälle abgestimmt:

Anlage Nr. [x]

Regelungen für Open Source Software

1. Die anzupassende [bzw. „zu erstellende“, „zu customizende“] Software ist als Open Source Software lizenziert oder enthält Open Source-Komponenten. Sie entspricht damit den Anforderungen der Open Source Definition bzw. der Free Software Definition, d.h. sie darf von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert und weitergegeben werden.
2. Der Sourcecode der Open Source Software wird dem Auftraggeber zusammen mit den Urhebervermerken, Disclaimern und etwaigen weiteren Hinweisen auf dem Datenträger übergeben oder zum Download bereitgestellt, wenn die IT-Werk- bzw Dienstleistung zur Abnahme bereitgestellt wird. Die Regelungen in Punkt 2.5 (Zusätzliche Anforderungen an Individualsoftware) und 3.1 (Lieferung des Sourcecodes von Softwarekomponenten) sowie Punkt 3.2 (Ausarbeitungen, Internetapplikationen, Individualsoftwarekomponenten und Materialien) (Punkt 3 Source Code und Immaterialgüterrechte) der AVB-IT/Projekte finden auf die vom Auftragnehmer entwickelten Softwarebestandteile nur insoweit Anwendung, als diese mit den anwendbaren Open Source-Lizenzen vereinbar sind.
3. Anpassungen: Die Regelungen in Punkt 2.5 AVB-IT/Projekte (Zusätzliche Anforderungen an Individualsoftware) und 2.7 (Zusätzliche Anforderungen an objektorientierte Softwarekomponenten) finden auf Open Source Komponenten und die vom Auftragnehmer entwickelten Softwarebestandteile nur insoweit Anwendung, als diese mit den anwendbaren Open Source Lizenzen vereinbar sind.
4. Dokumentation: Die Regelungen in Punkt 2.11, Absatz 8 AVB-IT/Projekte (Erstellung und Lieferung der Dokumentation) finden auf Open Source Komponenten und die vom Auftragnehmer entwickelten Softwarebestandteile nur insoweit Anwendung, als diese mit den anwendbaren Open Source Lizenzen vereinbar sind.
5. Geheimhaltung: Die Regelungen in Punkt 10.2 AVB-IT/Projekte (Geheimhaltung, Datenschutz) – ausgenommen jene zum Datenschutz - finden auf Open Source Komponenten und die vom Auftragnehmer entwickelten Softwarebestandteile nur insoweit Anwendung, als diese mit den anwendbaren Open Source Lizenzen vereinbar sind.
6. a) Soweit Punkt 3 AVB-IT/Projekte (Source Code und Immaterialgüterrechte) Regelungen zu Nutzungsrechten enthalten, finden diese auf Open Source Komponenten keine Anwendung. Der Auftraggeber kann an der/den Open Source Komponente(n) Nutzungsrechte von den jeweiligen Rechteinhabern erwerben, wenn er mit diesen Lizenzverträge unter den Bedingungen der jeweiligen Open Source Lizenz(en) abschließt. In diesem Fall richtet sich die Nutzung der Open Source Komponente(n) alleine nach der/den jeweilige(n) Open Source Lizenz(en), die nachfolgend beigefügt ist/sind.

b) Die Regelungen in Punkt 3 AVB-IT/Projekte (Source Code und Immaterialgüterrechte), finden auf die vom Auftragnehmer entwickelten Softwarebestandteile Anwendung, sofern diese nicht aufgrund von Verpflichtungen aus einer anwendbaren Open Source-Lizenz ebenfalls als Open Source Software lizenziert werden müssen (sog. Copy-left-Effekt). Ob dies der Fall ist, muss vom Auftragnehmer überprüft und dem Auftraggeber mitgeteilt werden;

insoweit gilt dann die Regelung in Ziffer 6 a) dieser Anlage.

c) Die Regelungen in Punkt 3 AVB-IT/Projekte (Source Code und Immaterialgüterrechte), finden auf vorbestehende Teile Anwendung, die von Dritten stammen, aber nicht als Open Source Software lizenziert sind.

7. Gewährleistung und Haftung: Die Regelungen in den Punkten 8.2 AVB-IT/Projekte (Garantie für IT-Dienstleistungen), 8.3 (Garantie für Wartung und Rechenzentrumsdienstleistungen) sowie Punkt 8.6 (Haftung für Schadenersatz und Ersatzvornahme) finden nur insoweit Anwendung, als diese mit den anwendbaren Open Source Lizenzen vereinbar sind. Klargestellt wird, dass die Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse in den Open Source Lizenzen nur im Verhältnis zu den Rechteinhabern der Open Source Software Anwendung finden, nicht aber im Verhältnis zum Auftragnehmer.
8. [Wenn die Software mit Bibliotheken verlinkt ist, die unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) lizenziert sind: „Punkt 3 Source Code und Immaterialgüterrechte der AVB-IT/Projekte findet auf die Bestandteile der Software, die nicht als Open Source Software lizenziert sind, aber mit einer oder mehreren Bibliotheken unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) verlinkt sind, nur mit folgender Maßgabe Anwendung:

Variante 1 (GNU Lesser General Public License, Version 2.1):

Der Auftraggeber ist berechtigt, die proprietären Komponenten, die mit unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, für den internen Gebrauch des Auftraggebers zu bearbeiten und zu diesem Zweck zu analysieren und zu reengineeren. Eine Weitergabe der dadurch gewonnenen Informationen und der bearbeiteten proprietären Komponenten ist nicht gestattet. Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, ist in 15. beigefügt.

Variante 2 (GNU Lesser General Public License, Version 3):

Der Auftraggeber ist berechtigt, die proprietären Komponenten, die mit unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, zu analysieren und zu reengineeren, um die unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken bearbeiten und Fehler der proprietären Komponenten beheben zu können. Eine Weitergabe der dadurch gewonnenen Informationen ist nicht gestattet. Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, ist in 15. beigefügt.]

9. Der Auftragnehmer wird dem Auftraggeber den Sourcecode von Programmkorrekturen [und Additiven Pflegeleistungen] der Open Source Software mit den Urhebervermerken, Disclaimern und etwaigen weiteren Hinweisen auf einem Datenträger übergeben oder zum Download bereitstellen.
10. Wartung. Sofern der Auftragnehmer Programmkorrekturen oder Mängelbehebungen selbst vornimmt, hat er diese Programmkorrekturen oder Mängelbehebungen unter derselben Open Source-Lizenz zu lizenzieren wie die Ursprungssoftware und Änderungen im Sourcecode mit Datum der Änderung und Änderungsvermerk zu kennzeichnen.
11. Der Auftraggeber teilt in Hinblick auf Punkt 2.8 AVB-IT/Software (Software Wartung) folgendes mit: Die zu pflegende Software darf entsprechend der jeweils angegebenen Lizenzbedingungen bearbeitet werden. [Auflistung der OSS-Softwarekomponente(n) und der dazugehörigen Lizenzbedingungen nach dem Beispiel: Apache Tomcat, Version 7.0 – Apache License, Version 2].

12. [Name(n) der Open Source Komponente(n) mit der jeweiligen Lizenz nach dem Beispiel: Apache Tomcat, Version 7.0 – Apache License, Version 2]
13. [Abdruck der FOSS-Lizenz(en), ggf. in Anlage]
14. [Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind]
15. Punkt 9.4 AVB-IT/Projekte (Kauf von Miet- und Leasingkomponenten) kommt nicht zur Anwendung.

5. Erläuterungen zu den Formulierungsvorschlägen

zu 2.

Der Auftragnehmer muss die Pflichten aus den FOSS-Lizenzen erfüllen. Dazu gehört stets die Mitlieferung des Lizenztextes und von Urhebervermerken, bei einigen Lizenzen auch der Sourcecode. Es steht dem Auftragnehmer dabei frei, ob die Lizenztexte und Urhebervermerk elektronisch oder in Papierform übergeben werden. Da es im Interesse des Auftraggebers ist, den Sourcecode der FOSS-Komponenten zu besitzen, um diese ggf. weiterverbreiten oder anpassen lassen zu können, ist die Übergabe des Sourcecodes hier standardmäßig vorgesehen. Dies erübrigt auch die Differenzierung nach verschiedenen FOSS-Lizenzen.

zu 6.

Hinsichtlich der Nutzungsrechte, die der Auftraggeber an verschiedenen Komponenten der Software erwirbt, muss wie folgt differenziert werden:

a) Der Auftraggeber darf FOSS, die lizenzkonform vom Auftragnehmer überlassen wurde, im gesetzlich garantierten Rahmen des § 40d UrhG bestimmungsgemäß benutzen, d.h. er darf die Vervielfältigungshandlungen für die Installation und das Laden in den Arbeitsspeicher vornehmen sowie die Bearbeitung zur Fehlerbehebung. Für weitergehende Nutzungen muss auf die FOSS-Lizenzen zurückgegriffen werden. Der Auftraggeber muss dafür nichts weiter tun, als die jeweiligen FOSS Lizenzbedingungen einzuhalten.

b) Für Individualsoftware, die vom Auftraggeber im Rahmen des Vertrages entwickelt wird, können grundsätzlich die Regelungen zu Nutzungsrechten in den AVB-IT/Projekte verwendet werden. Dies gilt sowohl für Anpassungen von FOSS als auch Neuentwicklungen, die mit FOSS kombiniert werden. Allerdings ist zu beachten, dass einige FOSS-Lizenzen eine Copyleft-Klausel enthalten (z.B. GPL, LGPL, EPL und MPL), wonach angepasste oder anderweitig bearbeitete FOSS wieder unter der Ursprungslizenz lizenziert werden muss. Ob dies in der konkreten Situation der Fall ist, ist vom Auftragnehmer zu prüfen.

c) Bei Third-Party-Software, die keine FOSS ist oder in den Anwendungsbereich einer Copyleft-Klausel fällt und nicht vom Auftragnehmer stammt, kann Punkt 3 (Source Code und Immaterialgüterrechte) der AVB-IT/Projekte angewendet werden.

zu 8.

Eine spezielle Regelung ist erforderlich, wenn Software unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) in der zu erstellenden Software enthalten ist. So verlangt Ziffer 6 LGPLv2, dass für die proprietären Anwendungen, die auf eine LGPL-lizenzierte Bibliothek zugreifen, ein Bearbeitungsrecht für den eigenen Gebrauch eingeräumt wird und Reengineering gestattet wird. In Ziffer 6 heißt es:

„As an exception to the Sections above, you may also combine or link a ‘work that uses the Library’ with the Library to produce a work containing portions of the Library, and distribute that work under terms of your choice, provided that the terms permit modification of the work for the customer’s own use and reverse engineering for debugging such modifications.”

Ziffer 4 LGPLv3 enthält hingegen keine Verpflichtung, die Bearbeitung der proprietären Anwendung zu gestatten, was in dem Formulierungsvorschlag berücksichtigt wurde.

Eine explizite Regelung ist erforderlich, da die Bearbeitung von proprietärer Software und das Dekompilieren ohne ausdrückliche Gestattung unzulässig sind.

Es ist zu beachten, dass der Auftragnehmer ein Bearbeitungsrecht und die Erlaubnis zum Reengineering nur hinsichtlich der Software-Komponenten gestatten kann, an denen er selbst die erforderlichen umfassenden Rechte besitzt. Bei Third-Party-Komponenten, die mit LGPL-Bibliotheken verlinkt sind, muss der Rechteinhaber der Third-Party-Komponenten entsprechende Rechte gewähren. Ansonsten ist die Verlinkung nicht zulässig.

zu 10.

Wenn der Auftragnehmer eine vom Auftraggeber erworbene Standardsoftware unter einer FOSS-Lizenz bearbeitet, etwa im Rahmen einer Programmkorrektur, dann ist er nicht zwingend dazu verpflichtet, die Lizenzbedingungen der FOSS einzuhalten. Denn eine solche Bearbeitung kann als eine „interne“ Nutzung der Software gelten, für die die meisten FOSS-Lizenzen keine Lizenzpflichten vorsehen. So heißt es beispielsweise in Ziffer 2 der GNU General Public License, Version 3:

„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.“

Andere FOSS-Lizenzen können diese Konstellation anders behandeln. Aus diesem Grund und damit der Auftraggeber die Software auch nach der Behebung von Programmfehlern an Dritte weitergeben kann, ist in dem hier vorgeschlagenen Text vorgesehen, dass der Auftragnehmer die Anforderungen aus den FOSS-Lizenzen erfüllen muss, wie wenn er diese Software an Dritte weitergeben würde. Dazu gehört stets die Mitlieferung des Lizenztextes und von Urhebervermerken, bei einigen Lizenzen auch der Sourcecode. Es steht dem Auftragnehmer dabei frei, ob die Lizenztexte und Urhebervermerk elektronisch oder in Papierform übergeben werden. Da es im Interesse des Auftraggebers ist, den Sourcecode der FOSS-Komponenten zu besitzen, um diese ggf. weiter- verbreiten oder anpassen lassen zu können, ist die Übergabe des Sourcecodes hier standardmäßig vorgesehen. Dies erübrigt auch die Differenzierung nach verschiedenen FOSS-Lizenzen. Viele FOSS-Lizenzen verlangen, dass Änderungen im Sourcecode gekennzeichnet werden müssen. Dies kann durch Hinweise im Sourcecode erfolgen wie z.B.: „Bearbeitet von [Auftragnehmer] im Auftrag von [Auftraggeber] am [Datum]“.

Üblicherweise wird der Gegenstand der Bearbeitung bzw. des Bugfixes kurz beschrieben.

Zugleich erhält der Auftragnehmer alle erforderlichen Informationen, welche Lizenzbedingungen die jeweiligen FOSS-Komponenten haben.

zu 12-14

Hier sind die Open Source Komponenten aufzulisten und die entsprechenden Lizenztexte beizufügen.

Handreichung zu AVB für IT-Leistungen Software

6. Einführung

Die Beschaffung von Standardsoftware kann auch Open Source Software bzw. Freie Software (nachfolgend als „FOSS“ bezeichnet) betreffen. Als FOSS wird Software bezeichnet, die den Anforderungen der Open Source Definition³ bzw. der Free Software Definition⁴ genügt, d.h. von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert und weitergegeben werden darf. Sofern die Ausschreibung nicht schon auf die Beschaffung von FOSS abzielt, ist es die Aufgabe des Auftragnehmers, FOSS in seinem Angebot zu identifizieren und die dazugehörigen FOSS-Lizenzbedingungen zu ermitteln.

Der rechtssichere Einsatz der AVB-IT/SW für die Beschaffung von FOSS ist machbar, allerdings sind einige spezielle Aspekte zu berücksichtigen, da die AVB-IT/SW bislang die Besonderheiten der FOSS-Lizenzierung nicht berücksichtigen. Diese Handreichung soll den an der Vergabe beteiligten Parteien die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen, um die AVB-IT/SW auch bei der Nutzung von FOSS einsetzen zu können.

7. Anwendungsfälle

Die Berücksichtigung von FOSS-Lizenzen kann bei Anwendung der AVB-IT/SW in zwei Konstellationen auftreten, nämlich zum einen dann, wenn die gesamte Software als FOSS lizenziert ist (nachfolgend als „Konstellation A“ bezeichnet), sowie auch in dem Fall, dass es sich bei einzelnen Bestandteilen der Software um FOSS handelt (nachfolgend als „Konstellation B“ bezeichnet, z.B. FOSS-Programmbibliotheken in einem proprietären Programm).

8. Änderungsbedarf für die AVB-IT/SW

Bei den folgenden Vertragsklauseln der AVB-IT/SW ist das FOSS-Lizenzmodell besonders zu berücksichtigen bzw. eine Änderungsregelung vorzunehmen:

8.1. Entgelt für Lieferungen, Miete und Leasing

Punkt 4.2 AVB-IT/SW (Entgelt für Lieferungen, Miete und Leasing) sieht wie folgt vor: *Die vereinbarten Preise sind feste Pauschalpreise, sofern nichts anderes vereinbart wurde.*

Alle FOSS-Lizenzen lassen zwar einen Verkauf der Software und eine Vergütung für die Gewährleistung zu, aber keine Lizenzgebühren. Für die Konstellation A gilt, dass vom Auftragnehmer nur dann ein Entgelt gefordert werden darf, wenn ein bzw mehrere Datenträger geliefert werden oder die Gewährleistung für ein FOSS-Programm als Leistungsgegenstand aufgeführt.

In der Konstellation B besteht diese Problematik nicht, solange nicht zwischen der Gesamtsoftware und den FOSS-Komponenten differenziert wird.

³ <http://opensource.org/osd-annotated>

⁴ <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.en.html>

8.2. Nutzungsrechte proprietärer Lizenzmodelle

Regelungen zu den Nutzungsrechten wie bei proprietären Lizenzmodellen sind mit FOSS-Lizenzen nicht vereinbar. Während proprietäre Lizenzen auf Beschränkungen des Lizenznehmers zielen, erlauben sämtliche FOSS-Lizenzen (z.B. GNU General Public License, GNU Lesser General Public License, MIT License, Apache License, BSD, Eclipse Public License etc) eine umfassende Nutzung der Software. Diesem Lizenzmodell muss Rechnung getragen werden. Näheres dazu unter 8.3.

Daher ist eine Anlage mit Regelungen zur FOSS-Lizenzierung beizufügen. Ein Formulierungsvorschlag ist unten unter 9. beigefügt.

8.3. Immaterialgüterrechte

Punkt 3 AVB-IT/SW (IMMATERIALGÜTERRECHTE) sieht eine Nutzungsrechtseinräumung durch den Auftragnehmer vor: *An Standardsoftware erwirbt der Auftraggeber das Recht, die Software im vereinbarten Umfang zu nutzen und zusätzlich die nötigen Vervielfältigungen für Sicherheits- und Archivierungszwecke herzustellen.*

Die überwiegende Zahl der FOSS sieht eine Direktlizenzierung durch die Rechtsinhaber vor. Dies bedeutet, dass der Auftragnehmer die Einräumung von Nutzungsrechten nicht selbst vornehmen kann, sofern der Auftragnehmer die Software nicht selbst erstellt hat. Um dem Auftraggeber die gewünschte Nutzungsbefugnis zu vermitteln, muss der Auftragnehmer entweder eine rechtmäßige Kopie der Software verschaffen, die eine Benutzung im vereinbarten Umfang gem. § 40d) UrhG ermöglicht und/oder der Auftraggeber muss weitergehende Nutzungsrechte von den Rechtsinhabern unmittelbar (unentgeltlich) erwerben.

Hinweis: Beschränkungen wie eine Löschungspflicht bei Weitergabe der Software oder das Verbot, die Software in eine andere Codeform zu bringen, sind mit FOSS-Lizenzen nicht vereinbar. Vielmehr würde sich der Auftragnehmer bei einigen FOSS-Lizenzen wie der GPL, Version 2, der Gefahr einer Urheberrechtsverletzung aussetzen, wenn er dem Auftraggeber solche vertraglichen Beschränkungen auferlegen würde, die ihm die FOSS-Lizenz verbietet. So heißt es in Ziffer 6 GPL, Version 2, explizit:

„You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein.“

Um diese Problematik zu vermeiden, sollte derartige Beschränkungen für alle FOSS-Komponenten vollständig abbedungen und durch eine adäquate Regelung ersetzt werden. Ein Formulierungsvorschlag findet sich unter 9.

8.4. Haftung und Gewährleistung

Nahezu alle FOSS-Lizenzen enthalten umfassende Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse. Diese Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse beziehen sich jedoch nicht auf das Vertragsverhältnis vom Auftraggeber zum Auftragnehmer, sondern auf das Rechtsverhältnis zum Rechteinhaber. Da die Rechteinhaber keine Lizenzgebühren erhalten, müssen sie auch nicht für die Qualität der Software gewährleisten. Diese Situation ist im Hinblick auf den Auftragnehmer anders: Die in den AVB-IT/SW vorgesehene Vergütung soll mit einer entsprechenden Gewährleistung und Haftung korrespondieren. Es ist jedoch durchaus sinnvoll, dass klargestellt wird, dass die Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse in den FOSS-Lizenzen nur im Verhältnis zu den Rechteinhabern Anwendung finden.

8.5. Wartung

Siehe bitte Punkt 3.8 zu den AVB-IT/Projekte.

9. Formulierungsvorschläge AVB-IT/SW

Die nachfolgenden Formulierungsvorschläge sind auf die beiden oben beschriebenen typischen Anwendungsfälle abgestimmt:

9.1. Konstellation A

Anlage Nr. [x]

Regelungen für Open Source Software

1. Die Software ist als Open Source Software lizenziert. Sie entspricht den Anforderungen der Open Source Definition bzw. der Free Software Definition, d.h. sie darf von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert und weitergegeben werden.
2. Der Sourcecode der Open Source Software wird dem Auftraggeber zusammen mit den Urhebervermerken, Disclaimern und etwaigen weiteren Hinweisen auf dem Datenträger übergeben oder zum Download bereitgestellt.
3. Der Auftragnehmer gewährleistet, dass der Auftraggeber die Open Source Software bestimmungsgemäß benutzen darf. Der Auftraggeber kann an der Open Source Software weitergehende Nutzungsrechte von den jeweiligen Rechteinhabern erwerben, wenn er mit diesen Lizenzverträge unter den Bedingungen der jeweiligen Open Source Lizenzen abschließt. In diesem Fall richtet sich die Nutzung der Open Source Software alleine nach der/den jeweilige(n) Open Source Lizenz(en), die nachfolgend beigefügt ist/sind.
4. Punkt 3 der AVB-IT/SW findet keine Anwendung.
5. [Name der Open Source Software und ggf. darin enthaltener Open Source Komponenten mit der jeweiligen Lizenz nach dem Beispiel: Apache Tomcat, version 7.0 – Apache License, Version 2]
6. [Abdruck der FOSS-Lizenz(en), ggf. in Anlage]

9.2. Konstellation B

Anlage Nr. [x]

Regelungen für Open Source Software

1. Die Software enthält Bestandteile, die als Open Source Software lizenziert sind (nachfolgend als „Open Source Komponenten“ bezeichnet) und Bestandteile, die ausschließlich entsprechend den Regelungen in Punkt 3 Immaterialgüterrechte der AVB-IT/SW genutzt werden dürfen (nachfolgend als „proprietäre Komponenten“ bezeichnet). Die Open Source Komponenten entsprechen den Anforderungen der Open Source Definition bzw. der Free Software Definition, d.h. sie dürfen von jedermann lizenzgebührenfrei benutzt, studiert, verändert und weitergegeben werden.
2. Der Sourcecode der Open Source Komponenten wird dem Auftraggeber zusammen mit den Urhebervermerken, Disclaimern und etwaigen weiteren Hinweisen auf dem Datenträger übergeben oder zum Download bereitgestellt.
3. Der Auftragnehmer gewährleistet, dass der Auftraggeber die Open Source Komponente(n) bestimmungsgemäß benutzen darf. Der Auftraggeber kann an der/den Open Source Komponente(n) weitergehende Nutzungsrechte von den jeweiligen Rechteinhabern erwerben, wenn er mit diesen Lizenzverträge unter den Bedingungen der jeweiligen Open Source Lizenz(en) abschließt. In diesem Fall richtet sich die Nutzung der Open Source Komponenten alleine nach der/den jeweilige(n) Open Source Lizenz(en), die nachfolgend beigefügt ist/sind.
4. Punkt 3 und 4 der AVB-IT/SW findet auf die Open Source Komponenten keine Anwendung. [Wenn Open Source Software unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) Gegenstand des Vertrages ist: „Punkt 3 der AVB-IT/SW findet auf die proprietären Komponenten Anwendung mit folgender Maßgabe:

Variante 1 (GNU Lesser General Public License, Version 2.1):

Der Auftraggeber ist berechtigt, die proprietären Komponenten, die mit unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, für den internen Gebrauch des Auftraggebers zu bearbeiten und zu diesem Zweck zu analysieren und zu reengineeren. Eine Weitergabe der dadurch gewonnenen Informationen und der bearbeiteten proprietären Komponenten ist nicht gestattet. Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, ist in 7. beigefügt.

Variante 2 (GNU Lesser General Public License, Version 3):

Der Auftraggeber ist berechtigt, die proprietären Komponenten, die mit unter der GNU Lesser General Public License (LGPL) lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, zu analysieren und zu reengineeren, um die unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken bearbeiten und Fehler der proprietären Komponenten beheben zu können. Eine Weitergabe der dadurch gewonnenen Informationen ist nicht gestattet. Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind, ist in 7. beigefügt.]

5. [Name(n) der Open Source Komponente(n) mit der jeweiligen Lizenz nach dem Beispiel: Apache Tomcat, version 7.0 – Apache License, Version 2]
6. [Abdruck der FOSS-Lizenz(en), ggf. in Anlage]

7. [Eine Liste der proprietären Komponenten, die mit unter der LGPL lizenzierten Programmbibliotheken verlinkt sind]
8. Wartung: Siehe bitte Punkt 10 der Formulierungsvorschläge zu AVB-IT/Projekte.

10. Erläuterungen zu den Formulierungsvorschlägen AVB-IT/SW

Erläuterungen zu 2.

Der Auftragnehmer muss die Pflichten aus den FOSS-Lizenzen erfüllen. Dazu gehört stets die Mitlieferung des Lizenztextes und von Urhebervermerken, bei einigen Lizenzen auch der Sourcecode. Es steht dem Auftragnehmer dabei frei, ob die Lizenztexte und Urhebervermerk elektronisch oder in Papierform übergeben werden. Da es im Interesse des Auftraggebers ist, den Sourcecode der FOSS-Komponenten zu besitzen, um diese ggf. weiterverbreiten oder anpassen lassen zu können, ist die Übergabe des Sourcecodes hier standardmäßig vorgesehen. Dies erübrigt auch die Differenzierung nach verschiedenen FOSS-Lizenzen.

zu 3.

Es wird klargestellt, dass der Auftragnehmer nur die rechtmäßige Überlassung der Software schuldet, so dass der Auftraggeber die FOSS im Rahmen des § 40d UrhG bestimmungsgemäß benutzen kann, d.h. die Vervielfältigungshandlungen für die Installation und das Laden in den Arbeitsspeicher vornehmen kann sowie die Bearbeitung zur Fehlerbehebung. Für weitergehende Nutzungen muss auf die FOSS-Lizenzen zurückgegriffen werden. Der Auftraggeber muss dafür nichts weiter tun, als die entsprechenden Nutzungshandlungen vorzunehmen und dabei die jeweiligen Lizenzbedingungen einzuhalten.

zu 4.

In der Konstellation A (Beschaffung von Open Source Software ohne proprietäre Bestandteile) kann Punkt 3 Immaterialgüterrechte der AVB-IT/SW aus den oben beschriebenen Gründen keine Anwendung finden. Dies wird hier geregelt. In der Konstellation B (Beschaffung von proprietärer Software und FOSS) ist zwischen den unterschiedlich lizenzierten Softwaretypen zu differenzieren.

Wenn Software unter der LGPL enthalten ist, besteht eine Besonderheit, weil Ziffer 6 LGPLv2 verlangt, dass für die proprietären Anwendungen, die auf eine LGPL-lizenzierte Bibliothek zugreifen, ein Bearbeitungsrecht für den eigenen Gebrauch eingeräumt wird und Reengineering gestattet wird. In Ziffer 6 heißt es:

„As an exception to the Sections above, you may also combine or link a ‘work that uses the Library’ with the Library to produce a work containing portions of the Library, and distribute that work under terms of your choice, provided that the terms permit modification of the work for the customer’s own use and reverse engineering for debugging such modifications.“

Ziffer 4 LGPLv3 enthält hingegen keine Verpflichtung, die Bearbeitung der proprietären Anwendung zu gestatten, was in dem Formulierungsvorschlag berücksichtigt wurde.

zu 5. - 7.

Hier sind die Open Source Komponenten aufzulisten und die entsprechenden Lizenztexte beizufügen.