

THOMAS HOEREN

Der Public-Domain-Vertrag

Rechtsnatur und Einzelfragen

In jüngster Zeit hat sich innerhalb der Softwarebranche ein neuer Markt formiert, der weder von der Softwareindustrie noch von der computerrechtlichen Literatur besonders beachtet wird: der Vertrieb von sogenannter Public-Domain-Software. Bei dieser Software verzichtet der Programmautor zumindest teilweise auf seine urheberrechtlichen Vergütungsansprüche und gibt die Programme zur unbeschränkten Vervielfältigung frei, um eine möglichst weite

Verbreitung zu gewährleisten. Der Erwerb solcher Programme ist für den Anwender sehr kostengünstig und gibt ihm die Sicherheit, daß er bei deren Vervielfältigung und Weitergabe – anders als bei klassischen Softwareprodukten – keine Angst vor dem Vorwurf der Softwarepiraterie zu haben braucht. Es kann daher nicht verwundern, daß der Markt für PD-Produkte zur Zeit extrem »boomt«. Derzeit werden zahlreiche, z. T. sehr qualitätsvolle Softwareprodukte als PD-Programme auf den Markt gebracht; PD-Vertriebsunternehmen schießen wie Pilze aus dem Boden. Bislang ungeklärt sind aber die Rechtsfragen, die diese neue Vertriebsform mit sich bringt; die folgenden Ausführungen sollen daher erste Klarheit in das verworrene und schwierige PD-Vertragsrecht bringen.¹

1: Vgl. im übrigen ausführlich Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf. Ausgewählte Rechtsprobleme des Erwerbs von Standardsoftware, München 1989, Rdnr. 444 ff. m.w.N.

Dr. Thomas Hoeren ist als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Kirchenrecht an der Universität Münster tätig.

I. Formen des Public-Domain-Vertriebs

Insgesamt lassen sich zwei Typen des PD-Vertriebs unterscheiden:²

1. Freeware

Ein Teil der PD-Software darf seitens des Anwenders völlig frei³ genutzt werden, da der Programmautor selbst auf jede Vergütung verzichtet (sogenannte Freeware). Der Erwerb solcher Freeware erfolgt über spezielle PD-Händler, bei dem der Anwender gegen Entrichtung eines kleinen Unkostenbeitrags (ca. 10,- DM) eine Kopie des Programms erhält. Hierbei handelt es sich oft um amerikanische Softwareprodukte, die im Rahmen staatlich geförderter Softwareforschungsprojekte entwickelt worden sind, da die staatliche Förderung in den USA häufig an die Bedingung geknüpft ist, daß die Ergebnisse dieser Projekte der Öffentlichkeit frei zugänglich gemacht werden.⁴ Oft werden solche Programme aber auch von privaten Softwareentwicklern ohne kommerzielle Interessen geschrieben und aus »altruistischen« Motiven jedem Interessenten frei zur Verfügung gestellt.⁵

2. Shareware

Auf der anderen Seite gibt es auch PD-Programme, bei denen der Autor auf die Zahlung einer Vergütung nicht völlig verzichten will (sogenannte Shareware). In diesem Fall erwirbt der Anwender zwar zu einem geringen Preis eine Programmkopie vom PD-Händler; wenn er das Programm aber startet, wird er darauf hingewiesen, daß er dies nur für Testzwecke benutzen darf. Falls sich das Programm als für seine Zwecke tauglich erweise, möge er sich beim Autor als Verwender des Programms registrieren lassen und ihm einen Beitrag in Höhe von ca. 50,- DM bis 500,- DM überweisen. Gleichzeitig verspricht der Autor dem Anwender, bei Zahlung dieses Betrags Updates des Programms und oder Handbücher zukommen zu lassen.⁶

Das vom amerikanischen Softwareproduzenten *Bob Wallace* entwickelte Shareware-Konzept beruht auf der Idee, daß »people will pay for something they find useful, that most software costs too much (...) and that software users want to support software authors while not necessary supporting the software middle men.«⁷ Unter Umgehung des Zwischenhandels kann der Shareware-Autor sein Produkt direkt dem Anwender anbieten, statt – wie bisher – »mit ein paar Prozent vom Umsatz abgefunden« zu werden.⁸ – Der Anwender hingegen hat die Möglichkeit, das Programm beliebig lange zu testen und daraufhin zu prüfen, ob es seinen Anforderungen wirklich entspricht; er zahlt erst bei Gefallen.

II. Rechtsnatur von Freeware-Verträgen

1. Freeware-Vereinbarungen als Dienstverträge

Im Bereich der Freeware-Vereinbarungen zwischen Händler und Anwender kommt zunächst eine Einord-

nung als Dienstvertrag (§ 611 Abs.1 BGB) in Betracht,¹⁰ sofern es diesen Vereinbarungen um das Versprechen von Diensten geht.¹¹ Gerade mit dieser Einordnung sympathisieren viele PD-Händler. Sie betonen in ihren Vertragsbedingungen häufig, daß ihre Vertragsleistung nur das reine Kopieren und Versenden von Software umfasse und daher eine bloße Dienstleistung darstelle. So heißt es in den Geschäftsbedingungen des Freesoftware-Service: »Die Versendung von PUBLIC DOMAIN Software ist kein Softwarevertrieb, sondern eine zusätzliche Dienstleistung meines Hauses.«¹² Infolgedessen sei die vom Anwender zu entrichtende Gebühr nicht als Bezahlung der Software gedacht; sie diene vielmehr »der Unkostendeckung für Anzeigen, Drucke, Kataloge, Disketten, Vorhaltung der Hardware und Verwaltungsaufwand.«¹³

Die Zuordnung des Freeware-Vertrags zum Dienstvertragsrecht wirft jedoch einige Zweifel auf. Zunächst ist zu beachten, daß die Bestimmung der Rechtsnatur entgegen einem in EDV-rechtlichen Kreisen geltenden *opinio communis*¹⁴ nicht der Dispositionsfreiheit der Vertragsparteien unterliegt. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob die Vereinbarung dem Erscheinungsbild eines bestimmten gesetzlich festgelegten Vertragstyps entspricht oder nicht.¹⁵

Im Zentrum jedes Freeware-Vertrags steht – wie bei anderen Softwareüberlassungsverträgen auch – der Erwerb einer Programmkopie, d. h. eines mit einem Programm bespielten Datenträgers. Das Kopieren und Versenden des Programms durch den PD-Händler stellt demgegenüber einen rein internen Zwischenschritt dar, der nur als Mittel zum Zweck dient und den Anwender überhaupt nicht interessiert. Der Anwender zahlt insofern nur für die Überlassung der Programmkopie, nicht aber für die Dienstleistung. Daher kann der Freeware-Vertrag nicht als personenbezogener

2) Vgl. hierzu auch *Herberger*, Zwischen »Public-Domain«- und »User-Supported«-Software, JuR 1987, 87 f.

3) Zum Teil schränken die Autoren die Nutzungsbefugnis der Anwender allerdings dahingehend ein, daß ihre Produkte nur zu privaten, nicht-kommerziellen Zwecken genutzt werden dürfen; vgl. *Herberger*, FN 2).

4) Vgl. *Zeller*, Freesoftware-Service, Hinweise zur Public Domain Software, Gersthofen 1987, S. 6.

5) *Zeller*, FN 4, S. 7.

6) Vgl. *Vogler*, Die Freeware-Welle rollt, in: *CHIP* 5/1986, 70, 71.

7) Vgl. zur Geschichte der Shareware-Konzeption *W. Kremer*, Shareware: Profissoftware zum Nulltarif?, in: *ct* 1989, Heft 3, 64 ff.; *Lightwave Consultants*, LetterWriter Version 2.0 Manual, Tampa 1985, 4 ff.

8) *Lightwave Consultants*, FN 7, LetterWriter Manual, 4; vgl. auch *Zeller*, FN 4, S. 7.

9) *Tisch*, Spielbox (TI-PC.DOK), Wrohm 1986, S. 3.

10) So *Ackermann*, Rechtliche Aspekte von Computerviren, in: *Bürger*, Das große Computerviren-Buch, Düsseldorf 1987, S. 111 ff., 122.

11) *Erman/Küchenhoff*, § 611, Rdnr. 1.

12) *Zeller*, FN 4, S. 1.

13) *Zeller*, FN 4, S. 1.

14) Vgl. etwa die jüngsten Äußerungen von *J. Wehr* während seines sehr interessanten Vortrags »Ausgewählte Probleme bei der Software-Lizenz« anläßlich der Berliner Jahrestagung der *DGIR* im April 1989. *Wehr* betonte dort, daß Softwareüberlassungsverträge kraft Parteiwillens dem Kaufvertragsrecht entgegen und dem Lizenzvertragsrecht untergeordnet werden könnten. – Ähnliche Aussagen fanden sich in einem Vortrag von *P. Chroczel* zu »Verwendungsbeschränkungen in Softwareverträgen« anläßlich der Frankfurter Symposien zum EDV-Recht: Softwareerschutz im November 1988; *Chroczel* verwies dort auf die angeblich in § 305 BGB verankerte Gestaltungsfreiheit. Beide Vorträge erscheinen demnach in entsprechenden Tagungsbanden.

15) Vgl. hierzu ausführlich *Hoeren*, FN 1, Rdnr. 38 ff.

darauf hin, daß bestimmte Programme nur als Shareware zu erwerben sind und ihre endgültige Benutzung nur bei Entrichtung eines zusätzlichen Entgelts an den Programmautor zulässig ist. So heißt es etwa in den Geschäftsbedingungen der *Ecosoft Economy Software AG*:

»Dies sind Programme, die Sie vor dem Kauf bzw. vor der Registrierung als Verwender prüfen und auf Tauglichkeit für den Einsatz bei Ihnen testen können. ... Falls Ihnen die Programme zusagen, lassen Sie sich beim Autor, bzw. bei der Software-Firma als Verwender registrieren. Die Registrierungsgebühr liegt meistens zwischen FR./DM 30,- bis 100,- ...«

Darüber hinaus differenzieren viele PD-Händler in ihren Katalogen zwischen »Shareware« und »Free-ware«, so daß der Anwender beim Vertragsschluß genau weiß, daß er die Programmkopie nicht völlig frei, sondern zunächst nur zur Probe nutzen kann.²³

In diesen Fällen erschöpft sich der Zweck des Shareware-Vertrags nicht in der bloßen Überlassung einer Programmkopie. Den Vertragsparteien liegt zusätzlich daran, »die Werbungs-, Vertriebs- und Fixkosten von Groß-, Zwischen- und Einzelhändlern«²⁴ zu umgehen und den Zahlungsweg zugunsten des Programmautors zu verkürzen.²⁵ Zu diesem Zweck werden die Interessen des Programmautors bereits im Vertrag zwischen PD-Händler und Anwender berücksichtigt.

Moralische oder rechtliche Zahlungspflicht des Anwenders?

Fraglich ist aber, ob der Programmautor tatsächlich einen Anspruch auf Vergütung erwerben soll oder ob im Rahmen eines Shareware-Vertrags nur an die Moral des Anwenders appelliert werden soll, die Leistung des Autors doch freiwillig zu honorieren. Die Shareware-Verträge weisen insoweit ein sehr widersprüchliches Bild auf.

Auf der einen Seite betonen zwar zahlreiche Shareware-Programmierer, daß der Anwender den Betrag zu überweisen habe, wenn »Ihnen ... die Programme auf der Diskette gefallen haben und Sie sie benutzen wollen«.²⁶ Ähnlich heißt es bei DOSamatic: »A gentle reminder: DOSamatic is not »free«; unregistered users are allowed to try it before they buy, but if you use regularly, you should register your copy«.²⁷ Solche Hinweise sprechen dafür, daß der Programmautor beim Shareware-Konzept einen rechtlichen Anspruch auf Vergütung erwerben soll. Auf der anderen Seite verweisen aber einige Programmierer darauf, daß die Entrichtung der Gebühr »auf freiwilliger Basis«²⁸ erfolge. Der nichtzahlende Anwender müsse zwar »ein schlechtes Gewissen«²⁹ haben; der Programmautor trage aber schließlich selbst das Risiko, wenn er »eine gute Sache ohne Schloß und Riegel (und ohne »Ware gegen Geld«) rausrückt«³⁰. Solche Formulierungen könnten die Vermutung aufkommen lassen, daß die Zahlungspflicht des Anwenders nur auf moralischer, nicht aber auf rechtlicher Grundlage beruhen soll. Dagegen spricht aber, daß Shareware-Programmierer nur deshalb eine solch vorsichtige und moderate Ausdrucksweise verwenden, weil sie meist in den USA ansässig sind und

»aus Europa selten die verlangten Shareware-Beträge bei den Autoren eingehen«³¹. Die Autoren sind daher auf moralische Appelle und »Bitten« um Entgeltzahlung angewiesen; nichtsdestotrotz gehen sie davon aus, daß sich der Anwender mit dem Kauf der Programmkopie zur Zahlung der Anerkennungsprämie verpflichtet.

b) Sachkauf auf Probe

Dieser Vertrag zugunsten des Programmautors könnte in der Weise konzipiert sein, daß der Anwender das Programm frei testen darf und erst im Falle der Billigung den Kaufpreis an den Autor überweist, so daß unter Umständen ein Kauf auf Probe im Sinne der §§ 495, 496 BGB vorliegt.

Billigung der Kaufsache

Ein Probekauf liegt nur vor, wenn der Käufer ungebunden über die Brauchbarkeit der Kaufsache entscheiden kann.³² Im Rahmen von Shareware-Verträgen steht es dem Anwender frei, die erhaltenen Programme unbegrenzt auszuprobieren und zu testen.³³ Erst wenn ihm ein Programm zusagt, meldet er sich beim Programmautor und entrichtet an ihn eine einmalige Nutzungsgebühr. Insofern entspricht der Shareware-Vertrag dem Typus eines Kaufs auf Probe.

Zahlungspflicht des Anwenders

Wesentliches Element jedes Probekaufs stellt weiterhin die vertragliche Pflicht des Anwenders zur Zahlung des Kaufpreises im Falle der Billigung der Kaufsache dar. Wie oben bereits gezeigt, soll der Programmautor trotz mancher vorsichtiger Formulierungen in den Vertragsbedingungen, Katalogen und Dokumentationen einen vertraglichen Anspruch gegen den Anwender auf Zahlung des Kaufpreises haben, sofern der Anwender die erworbene Software billigt.

Rückgabe bei Mißbilligung

Ein weiteres Element jedes Probekaufs stellt die Pflicht des Käufers dar, die Kaufsache im Fall der Mißbilligung an den Verkäufer zurückzugeben.³⁴ Bei Shareware-Verträgen braucht der Anwender aber das Pro-

23) Vgl. Zeller/FN 4, S. 2: »Bitte beachten Sie, daß die deutschsprachige Software nicht zur Public-Domain-Software gehört.«

24) Tisch/FN 9, S. 3.

25) Zur Abkürzung des Leistungswegs als Zweck eines Vertrags zugunsten Dritter vgl. BGH/NJW 1968, 1929, 1930.

26) Tisch/FN 9, S. 4; ähnlich Zeller/FN 4, S. 6 f.

27) Marin Pacific Software, DOSamatic-Release 2.03, Sausalito 1985, 17.

28) Tisch/FN 9, S. 3.

29) Tisch/FN 9, S. 3.

30) Tisch/FN 9, S. 4.

31) Übler, Pfarrer & PC 1988, 25.

32) So etwa RGZ 94, 285, 287; OLG München/NJW 1968, 109; KG/NJW 1974, 1954.

33) Der PD-Händler Ecosoft weist daher in seinen »Informationen für Programmierer«, Astano o.J., S. 2 darauf hin, daß es sich bei Shareware um Programme handle, die zum Prüfen vor dem Kauf kostenlos abgegeben werden. Vgl. im übrigen die von den wichtigsten Sharewarehändlern im Sommer 1988 in Houston unterzeichnete sog. Shareware-Konvention, wonach die Verwendung von technischen Tricks, um den Anwender zur Billigungserklärung zu zwingen, untersagt sein soll; ein kurzer Bericht zu dieser Konvention findet sich bei Kremer/FN 7, S. 100.

34) Vgl. hierzu Soergel/Huber, § 495 Rdnr. 12 m.w.N.

Dienstvertrag, sondern nur als sachbezogenes Rechtsgeschäft charakterisiert werden. Eine Einstufung als Dienstvertrag ist daher nicht möglich.

2. Freeware-Verträge als Sachkauf

Als Alternative ließe sich an eine Einstufung der Freeware-Verträge als Sachkäufe im Sinne des § 433 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB denken. Das setzt zunächst voraus, daß solche Verträge auf die Übertragung des Eigentums an einer bereits erstellten Sache gerichtet sind; verpflichtet sich der PD-Händler hingegen zur (Neu-)Herstellung einer Sache, liegt kein Kauf-, sondern ein Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) vor.¹⁶

Zwar wird die für den einzelnen Anwender bestimmte Programmkopie oft erst nach Abschluß des Freeware-Vertrages erstellt. Dennoch ist dies noch kein Argument für die Einstufung als Werkvertrag, da die Vervielfältigung eine bloße Vorbereitungshandlung für die Lieferung der Programmkopie darstellt: Das Freewareprodukt liegt dem PD-Händler bereits in fertiger Form vor. Er braucht nur noch Kopien des Programms erstellen. Dieser rein interne Kopiervorgang ist für den Anwender ohne Bedeutung und beeinflusst daher nicht die vertragstypologische Einstufung des Freeware-Vertrags. Verträge über die Überlassung von Freewareprodukten sind daher nicht auf die Neuherstellung einer Sache, sondern auf den Handel mit einer bereits fertigen Sache gerichtet.

Weiterhin müßte sich der PD-Vertrieb zur Übergabe und Übereignung von Programmkopien verpflichten. Derzeit ist die Frage, ob im Rahmen eines Softwarevertrages überhaupt die Übertragung von Eigentum an einer Sache im Vordergrund stehen kann, noch sehr streitig; eine allerdings immer kleiner werdende Gruppe in der Literatur lehnt immer noch die Annahme einer kaufvertraglichen Rechtsnatur zugunsten einer Sui-Generis-Lösung ab.¹⁷ Wie aber bereits an anderer Stelle ausführlich gezeigt,¹⁸ steht bei einem normalen Softwareüberlassungsvertrag¹⁹ die Verschaffung des Eigentums an der Programmkopie als einer

Sache im Sinne des § 90 BGB im Vordergrund.²⁰ Dies gilt auch bei Freeware-Kopien, die nach dem Willen der Vertragsparteien in das Eigentum des Anwenders übergehen sollen.

Insgesamt liegen somit alle Elemente eines Sachkaufes vor, so daß Freeware-Verträge als Kaufverträge gem. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB eingestuft werden können.

III. Shareware-Verträge

Schwieriger stellt sich die Rechtslage bei den Shareware-Verträgen dar, da hier mit Programmautor, Händler und Anwender die Interessen dreier potentieller Vertragsparteien zu berücksichtigen sind.²¹

1. Probekauf zugunsten Dritter

Shareware-Vereinbarungen könnten als Verträge zugunsten Dritter eingestuft werden, wenn der Programmautor gem. § 328 Abs. 1 BGB einen Zahlungsanspruch gegenüber dem Anwender erwerben soll (a). Inhaltlich könnte zwischen Händler und Anwender ein Kaufvertrag auf Probe im Sinne des § 495 Abs. 1 Satz 1 BGB zustande gekommen sein (b).

a) Vertrag zugunsten Dritter

Shareware-Verträge weichen vom typischen Erscheinungsbild eines Softwareüberlassungsvertrags insofern ab, als der Anwender mit dem Händler vertraglich verbunden ist, später aber ein Entgelt an den Programmautor zahlen soll. Fraglich ist deshalb, ob es sich hier um einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) handelt. Nach der Auslegungsregel des § 328 Abs. 2 BGB setzt das voraus, daß der Programmautor nach dem Zweck des Shareware-Vertrags, seinem typischen Inhalt und sonstigen Umständen des Einzelfalls Gläubiger des Rechts auf die Zahlung des Entgelts werden soll.²²

Das Problem der Kennzeichnung durch den Händler

Untersucht man anhand dieser Regel die derzeit gängigen Formen des Shareware-Vertriebs, so ergibt sich ein widersprüchliches Bild:

Auf der einen Seite informieren viele PD-Händler den Anwender (leider) überhaupt nicht darüber, daß es sich bei dem angebotenen PD-Programm um Shareware handelt. Shareware und Freeware werden hier ohne besondere Kennzeichnung unter den gleichen Vertragsbedingungen vertrieben. Der Anwender merkt erst beim Programmstart, daß der Programmautor von ihm zusätzlich die Zahlung eines Entgelts erwartet. Der Zweck eines solchen »Shareware«-Vertrags erschöpft sich – wie bei der Freeware – in der Überlassung einer gebrauchsfähigen Programmkopie; die Interessen des Programmautors sind beim Abschluß dieses Vertrags belanglos. Daher liegt hier auch kein Vertrag zugunsten des Programmierers vor.

Auf der anderen Seite weisen einige PD-Händler den Anwender in ihren Vertragsformularen ausdrücklich

¹⁶ Vgl. zur Abgrenzung von Lieferung und Herstellung *Soergel/Huber*, Vor § 433 Rdnr. 8 ff. Siehe zur Einordnung des Softwarevertrags unter § 631 BGB auch *Hoeren* (FN I), Rdnr. 27 ff.

¹⁷ So insbesondere *Bömer*, Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, München 1988, 36 ff.; *Ellenberger-Müller*, Zweckmäßige Gestaltung von Hardware-, Software- und Projektverträgen, 2. Aufl., Köln 1984, S. 20 f.; *Vandenberghe*, Partijenaansprakelijkheid bij Softwarecontracten, Antwerpen-Deventer 1984, S. 4 f.; *Heussen*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 787 ff.; *Lauer*, Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758 ff.; *Müller-Hengstenberg*, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht, CR 1986, 441, 442 f.

Vgl. *Hoeren* (FN I), Rdnr. 70 ff.; *ders.*, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht, GRUR 1988, 340 ff.; *ders.*, Softwarehaltung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, Handbuch der modernen Datenverarbeitung, Heft 146, 22 ff.

Zum Begriff des »normalen« Softwarevertrags vgl. *Hoeren* (FN I), Rdnr. 51.

Ähnlich jetzt auch *BGH*, BB 1988, 20 – DB 1988, 105, 106; *Dörner-Jersch*, Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge, IuR 1988, 117 ff.

Vgl. zum Interessendilemma des Softwarevertragsrechts *Hoeren* (FN I), Rdnr. 17 ff. m.w.N.

Vgl. auch *MunchKommGottwald*, § 328 Rdnr. 25 ff.; *Soergel/Halden*, § 328 Rdnr. 5.

Programm weder an den PD-Händler noch an den Autor zurückzusenden. Er kann vielmehr die Programmkopie auch dann behalten, wenn sie ihm nicht gefällt.

Diese Tatsache führt aber nicht dazu, daß Shareware-Verträge nicht mehr unter §§ 495, 496 BGB subsumiert werden können. Die Rückgabepflicht beim Probekauf ist nach ganz h. M. dispositiv und kann durch vertragliche Vereinbarung anders geregelt bzw. ausgeschlossen werden.³⁵ Ein wichtiges Kennzeichen des gesamten Shareware-Konzepts besteht darin, daß der Anwender Kopien des Programms an Bekannte weitergeben und so zur Verbreitung des Produkts beitragen soll, selbst wenn ihm das Programm nicht gefällt. Insofern ist die Rückgabepflicht im Rahmen von Shareware-Vereinbarungen zumindest konkludent vertraglich ausgeschlossen worden.

Erklärungsfrist für Billigung

Gem. § 496 BGB ist die Vereinbarung oder Setzung einer Erklärungsfrist für die Billigung der Kaufsache ein wesentlicher Bestandteil jedes Probekaufs. Bei Shareware-Verträgen wird aber weder eine Erklärungsfrist vereinbart noch eine solche vom Verkäufer gesetzt; fraglich ist daher, ob dies das Vorliegen eines Kaufs auf Probe ausschließt. § 496 BGB soll den Verkäufer vor der Willkür des Käufers schützen, damit dieser nicht nach freiem Belieben die Dauer des bedingten Kaufvertrags hinausziehen kann.³⁶ Verzichtet der Verkäufer jedoch auf diesen Schutz, so wird damit das Vorliegen eines Probekaufs noch nicht ausgeschlossen.³⁷ Da auch § 496 BGB dispositives Recht darstellt, ist insofern auf den Willen der Beteiligten abzustellen,³⁸ wie auf die Vereinbarung einer Frist ausdrücklich oder konkludent verzichten können.

Nutzungsgebühr des Händlers

Schließlich könnte die an den Händler entrichtete Nutzungsgebühr gegen die Annahme eines Kaufs auf Probe stehen. Grundsätzlich erfolgt bei Probekäufen die Entrichtung des Kaufpreises erst bei Billigung der Kaufsache; vor diesem Zeitpunkt braucht der Käufer kein Nutzungsentgelt zu entrichten. Dennoch ist es mit § 495 f. BGB durchaus vereinbar, vorab die Zahlung eines Benutzungsentgelts zu vereinbaren.³⁹ Unabhängig von der Billigung der Shareware treffen den PD-Händler bestimmte Fixkosten, da er dem Anwender eine Diskette mit dem Programm zur Verfügung stellt und im übrigen besondere Versand- und Verwaltungskosten anfallen. Der Anwender selbst kann das Programm zeitweise frei testen und ist noch nicht einmal

verpflichtet, es bei Mißbilligung zurückzugeben. Von daher erscheint es im Rahmen eines Probekaufs durchaus sach- und interessengerecht, die Fixkosten auf den Anwender abzuwälzen.

Insgesamt stellt der Shareware-Vertrag daher ein Probekauf zugunsten Dritter dar (§§ 495, 496 i.V.m. § 328 Abs.1 BGB), wobei der Anwender nach Abschluß des bedingten Vertrages mit dem PD-Händler die Software zu Testzwecken nutzen darf und im Falle der Billigung den Kaufpreis direkt an den Programmautor entrichtet.⁴⁰

2. Der Erwerb von Shareware als Freeware

Wie oben bereits geschildert, sind nicht alle PD-Händler bereit, Shareware als solche zu kennzeichnen und den Anwender beim Erwerb darauf hinzuweisen, daß er die Programme nur zu Testzwecken erhält. Da in einem solchen Fall die Annahme eines Probekaufs ausgeschlossen ist, fragt sich, welche Rechtsnatur ein solcher PD-Vertrag hat. Keine Zweifel bestehen daran, daß der Vertrag zwischen Händler und Anwender als Sachkauf einzustufen ist: Wie beim Abschluß eines Freeware-Vertrags steht hier die Übertragung des Eigentums an einer einsatzfähigen Programmkopie gegen Entgelt im Mittelpunkt.

Was passiert aber, wenn der Anwender sich beim Programmautor registrieren läßt und ihm das gewünschte Entgelt überweist? In einem solchen – in der Praxis sehr selten vorkommenden Fall – könnte ein Sachkauf (§ 433 Abs.1 Satz 1 BGB) bzw. ein Dienstvertrag (§ 611 BGB) zwischen Anwender und Programmautor zustande gekommen sein, da der Anwender als „Gegenleistung“ für die Registrierung Updates oder Handbücher erhält sowie die Beratungsdienste des Autors in Anspruch nehmen kann.⁴¹

Dagegen spricht aber, daß die Programmautoren ausdrücklich betonen, daß der vom Anwender zu zahlende Betrag als Gegenleistung für die weitere Nutzung des für gut befundenen Programms zu verstehen ist. So heißt es in den Informationen von Freesoft: »Einige Programmpakete der Freien Software enthalten die Bitte des Autors, daß man ihm einen Betrag von etwa 20 bis 80 US-Dollar übersende, wenn der Kunde das Programm selber nutzt und für nützlich hält.«⁴² Ähnlich verweist Lightwave darauf, daß das Shareware-Konzept darauf basiert, daß »people will pay for something they find useful«. Deshalb bezahle der Anwender nur »what you think the software is worth«.⁴³

Die Entrichtung der Vergütung muß aus dem Empfängerhorizont des Programmautors daher primär als Honorierung der Qualität des Programms und allenfalls sekundär als Gegenleistung für den Erwerb von Handbuch oder Updates verstanden werden. Zwar ist der Anwender schon aufgrund des Kaufvertrages mit dem Händler Eigentümer der Programmkopie geworden und damit zu deren Nutzung berechtigt; dennoch hindert ihn dies nicht daran, wegen der Nutzung des Programms freiwillig mit dem Programmautor in Kontakt zu treten und ihm eine unentgeltliche Zuwendung aus Dankbarkeit für die Einsatzfähigkeit des Pro-

³⁵ Vgl. Soergel/Haber, § 495 Rdnr. 12.

³⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1888, Band II, S. 335.

³⁷ Vgl. auch OLG Nürnberg BB 1966, 879.

³⁸ RGKK Meizer, § 496 Rdnr. 1.

³⁹ S. auch OLG Celle BB 1960, 306; Staudinger-Meyer, § 495 Rdnr. 31.

⁴⁰ Wie Kremer (FN 7), S. 66 zur Annahme eines Lizenzvertrages kommt, ist mir unverständlich; Kremer begründet seine These auch nicht. Vgl. im übrigen zur Konstruktion eines Lizenzvertrages Hoeren (FN 1), Rdnr. 36 ff. m.w.N.

⁴¹ Vgl. Zeller FN 4, S. 8.

⁴² Zeller FN 4, S. 7 f.

⁴³ Lightwave FN 7, S. 4.

gramms zu übersenden. Insofern ist vom Vorliegen einer Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB auszugehen.

IV. Ergebnis und Konsequenzen

Im Ergebnis sind Freeware-Vereinbarungen als Sachkauf (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) einzustufen; gleiches gilt für den Fall, daß der PD-Händler Shareware wie Freeware verkauft. Weist der Händler hingegen auf den Charakter eines PD-Programms als Shareware hin, so erfolgt der Erwerb solcher Programme über einen Sachkauf auf Probe zugunsten des Programmautors (§§ 495, 496 i.V.m. § 328 Abs. 1 BGB). Dieses Ergebnis hat für die Public-Domain-Branche eine ganze Reihe erheblicher rechtlicher Konsequenzen, die im folgenden kurz angesprochen werden sollen.

1. Doppelte Zahlungspflicht des Anwenders

Wie oben bereits beschrieben, darf der Anwender nur Freeware frei nutzen. Bei Shareware muß er neben der Unkostenvergütung an den PD-Händler den Kaufpreis an den Programmator entrichten, sofern ihm das Programm gefällt. Dabei ist zwar für die Billigungserklärung keine Frist gesetzt; im übrigen braucht der Anwender das Programm bei Mißbilligung auch nicht zurückzugeben. Dennoch heißt dies nicht, daß er unbegrenzt und unbefristet das Programm testen und für sich behalten kann, ohne den Kaufpreis zu entrichten: Nutzt der Anwender das Shareware-Programm über Jahre hinweg, so spricht eine kaum widerlegbare Vermutung dafür, daß ihm das Programm auch zusagt. Ähnliches gilt für den Fall, daß der Anwender das Programm Dritten empfohlen oder für eigene Zwecke in nicht unerheblichem Maße genutzt hat. Erfüllt der Anwender in diesen Fällen seine Zahlungspflicht nicht, so kann er diesbezüglich zivilrechtlich verklagt werden; im übrigen macht er sich unter Umständen wegen Betruges (§ 263 StGB) strafbar.⁴⁴

2. Schadensersatzpflicht des PD-Händlers

Gibt der Händler dem Anwender gegenüber nicht zu erkennen, daß es sich bei einem PD-Produkt um Shareware handelt, so ist er dem Programmator zum Ersatz des dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Dieser Schadensersatzanspruch resultiert bei Vorliegen einer vertraglichen Beziehung zwischen dem Händler und dem Programmator aus positiver Vertragsverletzung. Liegen keine vertraglichen Beziehungen vor, so begründet sich der Anspruch aus § 826 BGB: Der Händler nutzt hier die geistige Leistung des Programmators gegen dessen Willen aus und verwertet sie für eigene Zwecke.⁴⁵ Im übrigen vereitelt er durch sein Verhalten das Zustandekommen eines Probekaufs zugunsten des Autors, der nunmehr auf freiwillige Schenkungen durch den Anwender angewiesen ist.⁴⁶ Dabei han-

delt der Händler aus dem eigennützigen Motiv, seinen Umsatz auf Kosten des Programmators zu steigern, da der Anwender eher bereit ist, statt der für ihn teureren Shareware Freeware-Produkte zu erwerben.⁴⁷ Da über § 826 auch die Beeinträchtigung einer tatsächlichen Erwerbsaussicht auszugleichen ist,⁴⁸ hat der Programmator insoweit einen Anspruch auf Ersatz des ihm entgangenen Kaufpreises.⁴⁹

3. Gewährleistungs- und Haftungspflicht des PD-Händlers

Aufgrund der Annahme, daß PD-Verträge als Dienstverträge einzustufen sind, gehen zahlreiche PD-Händler davon aus, daß sie mit dem Problem der Gewährleistung und Haftung bei Softwarefehlern nichts zu tun hätten. So heißt es etwa in den Vertragsbedingungen von Freesoft-Service, daß »mein Haus (wie andere PD-Vertriebe) keine Garantie für die Lauffähigkeit der Programme und deren Vollständigkeit« übernehme; ferner werde »keine Haftung jedweder Art übernommen, wenn durch den Einsatz dieser Software ... Schäden, gleich welcher Art, an der verwendeten Software auftreten«.⁵⁰

Solche Klauseln sind zwar angesichts der Tatsache, daß PD-Produkte oft sehr fehlerbehaftet bzw. teilweise funktionsunfähig sind, verständlich, da der PD-Händler diese Fehler letztlich nicht verursacht hat und auch nicht jedes PD-Produkt auf seine Tauglichkeit hin überprüfen kann. Da Freeware- und Shareware-Verträge nach obigem Ergebnis als Kaufverträge einzustufen sind, gelten aber für den PD-Handel die normalen Gewährleistungs- und Haftungsregeln des BGB. Soweit der PD-Händler daher jede Haftung und Gewährleistung vertraglich ausschließt, ist dies wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 10a, Nr. 11 AGBG unzulässig. Allerdings ist seine Gewährleistungspflicht insofern gemindert, als er gem. § 459 Abs. 1 BGB nur für Fehler einzustehen hat, die den im PD-Bereich gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern. Da PD-Software bekanntermaßen aber stark fehlerbehaftet ist, ist der Händler nicht bei jedem Fehler gewährleistungspflichtig.

44) Auf der anderen Seite sollten die Programmatoren nicht dazu übergehen, Funktionen ihres Programms in der Prüfversion bewußt zu unterdrücken oder das Bedienungshandbuch unvollständig an den Testkunden weiterzugeben, um diesen dadurch zur Registrierung und Zahlung des Kaufpreises zu zwingen; vgl. zu solcher sog. »Crippleware« Kremer (FN 7), S. 68. Der Anwender kann solche Software an den PD-Händler gegen Erstattung der entrichteten Gebühren zurückgeben; bei Schäden etwa an der Hardware macht sich der Programmator darüber hinaus schadensersatzpflichtig.

45) Daß die Ausnutzung fremder geistiger Leistung unter § 826 fällt, ist inzwischen wohl anerkannt; vgl. Palandt/Thomas, § 826 Anm. 8 b; Soergel/Hönn, § 826 Rdnr. 214 ff.

46) Zur Fallgruppe der Vertragsvereitelung vgl. Soergel/Hönn, § 826 Rdnr. 204 f.

47) Zur Bedeutung des Motivs im Rahmen von § 826 vgl. Soergel/Hönn, § 826 Rdnr. 39 ff.

48) Vgl. RGZ 79, 55, 58.

49) Vgl. im übrigen die von den Hauptvertretern der Shareware-Bewegung im Sommer 1988 in Houston unterzeichnete sog. Shareware-Konvention, wonach keine Anzeigen erscheinen dürfen, die zum ungegründeten Kauf anmieten. Zu dieser Konvention, die bislang in der EDV-rechtlichen Literatur ohne Beachtung geblieben ist, vgl. auch Kremer (FN 7), S. 65.

50) Zeller (FN 4), S. 1.

g; erst wenn das Programm von vornherein nicht einsetzbar ist und nicht funktioniert, muß er den Wandlungs- und Minderungsrechten des Anwenders Rechnung tragen.⁵¹

- 51: Eine genauere Abgrenzung, wann der PD-Händler zur Softwarefehler einzustehen hat, würde den Rahmen dieses Aufsatzes sicherlich sprengen; vgl. hierzu allgemein *Brandt-Dohren*, *Gewährleistung bei Hard- und Softwaremängeln*, München 1988.
- 52: Dabei ist die obige Beschreibung der Rechtsprobleme bei weitem nicht umfassend. Zu klären wäre etwa noch, ob und wann die Vergütungspflicht des Anwenders erlischt, wenn dieser das Programm an Dritte weitergibt oder inwieweit der PD-Händler eine Pflicht zur Anusiasmkontrolle trifft; vgl. *Hoeren*, FN 1, Rdut. 470, Anm. 38.

4. Schlußüberlegungen

Der Public-Domain-Handel wirft, wie oben gezeigt wurde, eine ganze Reihe sehr interessanter und rechtsdogmatisch verwickelter Rechtsfragen auf,⁵² gerade deshalb ist es umso erstaunlicher, daß das Phänomen der PD-Software im EDV-Recht bislang so stiefmütterlich behandelt worden ist. Da dieser Markt aber zunehmend floriert, bleibt es zu wünschen, daß die juristische Diskussion zu diesem Thema – vielleicht auch angeregt durch obige Ausführungen – breiter wird und an Farbe gewinnt.