

CHRISTIAN VON BUSSE

Verträge über Freeware und Shareware

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 3



Bd. 3

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com

3



TENEA

TENEA

Die Anzahl der Menschen, die im Internet erhältliche Programme nutzen, wächst stetig. In der vorliegenden Arbeit stellt der Verfasser die rechtlichen Fragen dar, die sich im Umgang mit diesen Programmen ergeben.

Einleitend werden die unterschiedlichen Konzepte der Vermarktung der Programme beschrieben:

- Das Freeware-Konzept unter Einschluß von Public Domain Software und Open Source, das es ermöglicht, auf unbegrenzte Zeit Programme kostenlos zu nutzen, und
- das Shareware-Konzept, bei dem die Programme nach einer gewissen Zeit erworben werden müssen.

Im Anschluß prüft der Autor, welche Vorgänge bei Bezug und Nutzung dieser Programme urheberrechtlich relevant sind und vertraglicher Regelung bedürfen. Mit Hilfe der hinter den Konzepten stehenden Ideen wird sodann die zivilrechtliche Behandlung des jeweiligen Programmbezugs herausgearbeitet.

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse untersucht der Verfasser in den Nutzungsbedingungen von Freeware und Shareware gängige Klauseln auf ihre Zulässigkeit und Wirksamkeit hin. Zum Abschluß werden die Ansprüche beleuchtet, die dem Anwender zustehen können, wenn die bezogenen Programme fehlerhaft sind.

Christian von Busse, geboren 1974 in Solingen. 1994–1999 Studium der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. 1999 Erstes Juristisches Staatsexamen. Seit 2000 Referendariat in Schleswig-Holstein. Seit 1989 entwickelt der Autor Computerprogramme, u. a. Freeware und Shareware.

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 3



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

CHRISTIAN VON BUSSE

Verträge über
Freeware und Shareware

TENEA



Christian von Busse:

Verträge über
Freeware und Shareware

(Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 3)

Zugleich Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Dissertation 2002

D 6

© TENEA Verlag für Medien
Berlin 2002

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

docupoint GmbH · 39112 Magdeburg

Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München

TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-04-1

VORWORT

Mein Dank gilt Herrn Professor Dr. Thomas Hoeren für die Betreuung dieser Doktorarbeit, insbesondere für die zügigen Durchsichten des Manuskripts. Des weiteren danke ich Herrn Professor Dr. Heinrich Dörner, der sich der Mühe unterzog, diese Arbeit als zweiter Berichterstatter zu beurteilen, und Herrn Professor Dr. Alexander Trunk für seine Unterstützung im Vorfeld.

Danken möchte ich auch meinen Eltern für ihre stete Hilfsbereitschaft und Unterstützung im Studium und bei der Promotion.

Altenholz, im April 2002

Christian von Busse

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung.....	1
I. Problemstellung.....	1
II. Definitionen.....	2
1. Computerprogramm.....	2
2. Begleitmaterial.....	3
3. Software.....	4
4. Standardsoftware und Individualsoftware.....	5
5. Quellcode.....	6
6. Objektcode.....	6
7. Überlassung.....	6
8. Freeware.....	7
a. Definition von Freeware.....	7
b. Entstehungsgründe.....	8
c. Public Domain Software.....	9
d. Die Open Source Lizenzen.....	10
9. Shareware.....	11
a. Shareware allgemein.....	11
b. Entstehungsgründe.....	12
10. Demonstrations-Versionen.....	13
B. Rechtliche Einordnung der Überlassungsverträge.....	15
I. Bedeutung der rechtlichen Einordnung.....	15
II. Leistungsgegenstand.....	15
1. Computerprogramme als Sachen im Sinne des § 90 BGB.....	16
a. Argumente für die Sacheigenschaft von Programmen.....	17
(1) Möglichkeit der Verkörperung.....	17
(2) Vergleich mit Büchern.....	18
(3) Notwendigkeit der Verkörperung.....	20
b. Argumente gegen die Sacheigenschaft von Programmen.....	21
(1) Organisatorische Einbindung erforderlich.....	21
(2) Kein unmittelbarer Besitz für die Nutzung erforderlich.....	22
(3) Geringer Materialwert und geringe Bedeutung der Verkörperung.....	23
(4) Computerprogramme als Know-how.....	24
(5) Fehlende Körperlichkeit.....	29
(6) Kein vollständiger Besitzverlust bei Übergabe.....	30
(7) Möglichkeit der unkörperlichen Programmüberlassungen. .	31
c. Ergebnis.....	33
2. Urheberrechtlicher Schutz von Software.....	34
a. Die untere Grenze des Urheberrechtsschutzes.....	36

(1) Persönliches Schaffen.....	37
(2) Geistiger Gehalt.....	37
(3) Wahrnehmbare Formgestaltung.....	39
(4) Individualität.....	39
(a) Programmumfang.....	41
(b) Kein Hintereinanderschalten bekannter Befehlsblöcke...	44
(c) Neuheit.....	45
(5) Mindestanforderungen an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit.....	45
b. Erforderlichkeit der Einräumung von Verwertungsrechten.....	46
(1) Die Installation.....	46
(2) Das Laden in den Arbeitsspeicher.....	47
(3) Der Programmablauf.....	49
(4) Erforderliche Verwertungsrechte.....	53
(5) Online-Übertragung von Computerprogrammen.....	53
(a) Keine Verbreitung, § 17 UrhG.....	53
(b) Keine öffentliche Wiedergabe, § 15 UrhG.....	54
(c) Analoge Anwendung der Verbreitungsregelungen.....	54
i. Bestehen einer Regelungslücke.....	55
ii. Mit der Verbreitung vergleichbare Interessenlage.....	56
iii. Folgerung.....	58
(d) Ergebnis.....	59
c. »Freigabe« der Programme.....	59
(1) Freeware.....	59
(a) »Freigabe« als Angebot auf die Einräumung von Nutzungsrechten.....	60
(b) Die Annahme des Angebotes durch den Anwender.....	62
(c) Grenzen der Vereinbarkeit von Nutzungsrechten.....	64
(d) Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte.....	66
(e) Erschöpfung des Verbreitungsrechts.....	69
(2) Shareware.....	70
(a) Prüfversion.....	70
i. Beschränktes Nutzungsrecht zur Verbreitung der Prüfversion.....	71
ii. Notwendigkeit der Einräumung eines Nutzungsrechts für den Testbetrieb.....	71
(i) Zeitlich beschränktes Nutzungsrecht.....	72
(ii) Inhaltlich beschränktes Nutzungsrecht.....	73
iii. Umfang der in der Regel eingeräumten Nutzungsrechte	76
(b) Vollversion.....	77
(3) Public Domain Programme.....	79
(a) Public Domain Programme allgemein.....	79
(b) Open Source Lizenzen.....	82

i. Freie Weiterverbreitung.....	82
ii. Quellcode.....	83
iii. Auf dem Programm basierende Werke.....	83
iv. Unversehrtheit des Quellcodes des Autors.....	85
v. Keine Diskriminierung von Personen oder Gruppen.....	86
vi. Keine Einschränkung der Einsatzgebiete.....	86
vii. Sonstiges.....	86
viii. Zwischenergebnis.....	86
(4) Verwertungshandlungen vor Einräumung der Nutzungsrechte.....	87
d. Zusammenfassung.....	88
III. Meinungsstand hinsichtlich der Softwareüberlassung allgemein	88
1. Direkte Anwendung gesetzlich normierter Vertragsarten.....	89
a. Kaufvertragsrecht.....	89
b. Werkvertragsrecht.....	91
c. Miet-/Pachtrechtliche Einordnung.....	92
d. Nießbrauchsrechtliche Einordnung.....	93
e. Auf den urheberrechtlichen Schutz abstellende Ansichten.....	93
2. Anwendung gesetzlich nicht normierter Vertragsarten.....	93
a. Know-how-Vertrag.....	94
b. Lizenzvertrag.....	95
c. Vertrag sui generis.....	97
IV. Überlassung von Freeware.....	97
1. Parteien.....	98
2. Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler.....	98
a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten.....	98
(1) Interessen der Parteien.....	98
(2) Leistungsgegenstand.....	99
(a) Nutzungsrechtliche Erwägungen.....	99
(b) Betrachtung entgeltlicher Vermittlungen.....	100
(c) Ergebnis für den Leistungsgegenstand.....	101
(d) § 69d UrhG.....	101
(3) Vertragszweck.....	102
(4) Ergebnis für die Leistungspflichten.....	102
b. Einordnung der Überlassung gegen Entgelt.....	103
(1) Entgeltliche Überlassung auf einem Datenträger.....	103
(a) Dienstvertrag.....	103
(b) Kaufvertrag.....	103
(c) Ergebnis.....	105
(2) Entgeltliche, unkörperliche Überlassung.....	105
c. Kostenfreie Überlassung.....	106
d. Ergebnis.....	109

3. Verhältnis Anwender – Autor.....	109
a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten.....	109
(1) Interessen der Parteien.....	109
i. Autor.....	109
ii. Anwender.....	110
(2) Leistungsgegenstand.....	110
(3) Ergebnis für die Leistungspflichten.....	110
b. Vertragsrechtliche Einordnung.....	112
(1) Bestehen einer vertraglichen Verbindung.....	112
(2) Schenkung.....	113
4. Verhältnis zwischen dem Autor und dem Vermittler.....	114
V. Einordnung der Überlassung von Shareware.....	114
1. Parteien.....	114
2. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Anwender und Vermittler	115
a. Behandlung als einheitlicher Vertrag.....	115
(1) Vertragsschluß bei unentgeltlicher Weitergabe.....	116
(2) Abschluß eines Vertrags zugunsten Dritter.....	118
(a) Vorteile einer solchen Einordnung.....	118
(b) Interessenlage eines Vertrags zugunsten Dritter.....	119
i. Deckungsverhältnis.....	119
ii. Vollzugsverhältnis.....	120
iii. Valutaverhältnis.....	121
iv. Zwischenergebnis hinsichtlich eines Vertrags zugunsten Dritter.....	122
b. Ergebnis.....	122
3. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Autor und Anwender.....	122
a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten.....	123
(1) Interessen der Parteien.....	123
i. Autor.....	123
ii. Anwender.....	124
(2) Leistungsgegenstand.....	124
(3) Vertragszweck.....	125
(4) Ergebnis für die Leistungspflichten.....	126
b. Vertragsrechtliche Einordnung.....	126
(1) Kauf auf Probe.....	127
(a) Darstellung.....	127
(b) Kritik.....	127
i. Kaufvertrag auf Probe.....	128
(i) Einigung.....	128
(ii) Konsequenzen der fehlenden Einigung.....	129
(iii) Inhalt eines Kaufvertrags auf Probe.....	130
(iv) Zwischenergebnis.....	131
ii. Einheitlicher Vertrag.....	132

(i) Zeitliche Aspekte der Überlassung.....	132
(ii) Verwendung eines Registrierungsformulars.....	132
(iii) Interessen des Anwenders.....	133
(iv) Zwischenergebnis: Zwei getrennte Verträge.....	134
(v) Kein Abschluß von Vorvertrag oder Option.....	134
iii. Fazit.....	135
(2) Kombination eines Lizenzvertrages und eines Kaufvertrages	135
(3) Lizenzvertrag.....	137
(4) Stellungnahme.....	138
(a) Schuldrechtliche Einordnung der Freigabe von Shareware	138
i. Schenkung.....	139
(i) Beschränktes Shareware-Nutzungsrecht.....	139
(ii) Zur Verbreitung erforderliche Rechte.....	139
(iii) Zwischenergebnis.....	140
ii. Unentgeltliche Rechtspacht.....	141
iii. Ergebnis.....	142
(b) Schuldrechtliche Einordnung der Registrierung von Shareware.....	142
i. Registrierung als bloße Einräumung von Nutzungsrechten.....	142
ii. Vereinbarung zusätzlicher Leistungspflichten.....	144
(i) Beseitigung von Registrierungsaufforderungen.....	145
(ii) Übersendung einer neuen Programmkopie.....	145
(iii) Beseitigung von Funktionsbeschränkungen.....	147
(c) Nebenpflichten.....	148
(5) Ergebnis.....	149
4. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Vermittler und Autor..	149
C. Gültigkeit häufig verwendeter Klauseln.....	151
I. Einbeziehung von AGB.....	152
1. Zugehöriges Vertragsverhältnis.....	152
2. AGB in einer beigelegten Datei.....	153
3. AGB in einem Bildschirmfenster.....	154
a. Einführung bei Vertragsschluß.....	155
b. Überraschende Regelung, § 3 AGBG.....	155
c. Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG.....	156
d. Zwischenergebnis.....	156
4. Sprache.....	157
5. Einverständnis.....	157
6. Bei der Vollversion von Shareware.....	158
II. Weitergabe nur ohne Änderungen.....	158

1. Verbot der Weitergabe geänderter Programme.....	159
2. Verbot der Änderung von Programmen.....	159
3. Verbot der Dekompilierung von Programmen.....	161
III. Beschränkung des Wiederverkaufs.....	161
1. Freeware, Public Domain und Prüfversionen der Shareware....	162
a. Weitergabeverbot.....	162
b. Bedingte Weitergabeverbote.....	162
(1) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag.....	162
(2) Inhaltliche Wirksamkeit.....	163
(3) Zwischenergebnis.....	164
2. Registrierte Vollversion der Shareware.....	164
a. Registrierung durch Übersenden einer neuen Programmkopie	
.....	165
(1) Körperliche Überlassung.....	165
(a) Urheberrechtliche Unwirksamkeit.....	165
(b) Schuldrechtliche Wirksamkeit.....	165
i. Unwirksamkeit nach dem AGBG.....	166
ii. Unwirksamkeit nach dem GWB.....	166
iii. Unwirksamkeit nach den Art. 81, 82 EGV.....	167
(c) Bedingte Weitergabe.....	167
i. Abhängigkeit von schriftlicher Zustimmung.....	167
ii. Einverständnis des Erwerbers mit den AGB.....	167
iii. Sonstige Pflichten für den Anwender.....	168
(i) Einbeziehung in den Vertrag, § 3 AGBG.....	168
(ii) Inhaltliche Wirksamkeit, § 9 AGBG.....	168
(iii) Zwischenergebnis.....	169
(2) Unkörperliche Überlassung.....	169
b. Registrieren durch Freischalten der Prüfversion.....	170
(1) Erschöpfung des Verbreitungsrechts.....	171
(2) Auflösend bedingt eingeräumtes Verbreitungsrecht.....	171
(3) Ergebnis.....	172
c. Verbot der Übertragung notwendiger Vervielfältigungsrechte	
.....	172
IV. Beschränkung auf privaten Gebrauch.....	173
1. Urheberrechtliche Wirksamkeit.....	173
2. Schuldrechtliche Wirksamkeit nach dem AGBG.....	174
a. Schenkungsvertrag.....	174
b. Unentgeltliche Rechtspacht.....	175
c. Kaufvertrag.....	175
d. Ergebnis.....	176
V. Alleinvertriebsrecht.....	176
VI. Verbot des Weiterverbreitens auf CD-ROM.....	177

1. Ausschluß des Transportmediums CD-ROM.....	178
a. Urheberrechtliche Wirksamkeit.....	178
b. Schuldrechtliche Wirksamkeit.....	179
(1) Kauf.....	179
(2) Schenkung.....	180
(3) Unentgeltliche Rechtspacht.....	180
(4) Zwischenergebnis.....	180
2. Kein Verbreiten gemeinsam mit anderen Programmen.....	180
a. Urheberrechtliche Wirksamkeit.....	180
b. Sammelwerk, § 4 UrhG.....	181
c. Zwischenergebnis.....	182
d. Beschränkung auf private Verbreitung.....	182
VII. Weitergabe nur als Originalarchiv oder gesamte Diskette. .	182
1. Urheberrechtliche Wirksamkeit.....	182
2. Sammelwerk, § 4 UrhG.....	183
3. Schuldrechtliche Wirksamkeit.....	183
VIII. Verbot der Verwendung der Vollversion im Testbetrieb.....	184
IX. Bestimmungen in Open Source konformen Nutzungsbedingungen.....	184
1. Punkt 3, Auf dem Programm basierende Werke.....	185
2. Punkt 2, Quellcode.....	185
D. Aufheben der Freeware-/Shareware-Eigenschaft.....	187
I. Aufheben der Eigenschaft für Folgewerke.....	187
II. Aufheben der Eigenschaft derselben Programmversion.....	187
1. Zukünftig einzuräumende Nutzungsrechte.....	188
2. Bereits eingeräumte Nutzungsrechte.....	188
a. Auf Dauer eingeräumte Nutzungsrechte.....	189
(1) Kündigung.....	189
(2) Auflösung des Vertrags.....	189
(a) Anfechtung, §§ 119 ff. BGB.....	190
(b) Widerruf, §§ 530 ff. BGB.....	190
(c) Rücktritt aufgrund positiver Vertragsverletzung.....	190
(d) Wegfall der Geschäftsgrundlage.....	191
i. Erwartungen des Autors als Geschäftsgrundlage.....	191
ii. Fehlen einer neueren Version als Geschäftsgrundlage	193
iii. Zwischenergebnis.....	194
(3) Rückforderungsrechte.....	194
(a) Rückforderung des Geschenks, §§ 528 ff. BGB.....	194
(b) Rückruf der Nutzungsrechte, §§ 41 f. UrhG.....	194
(4) Zwischenergebnis.....	195

b. Auf Zeit eingeräumte Nutzungsrechte.....	195
(1) Befristet eingeräumte Nutzungsrechte.....	195
(a) Pachtrechtliche Kündigungsregeln.....	196
(b) Kündigungsregeln der Leihe.....	196
(2) Unbefristet eingeräumte Nutzungsrechte.....	197
(3) Kündigung aus wichtigem Grund.....	197
(4) Zwischenergebnis.....	198
III. Ergebnis.....	198

E. Leistungsstörungen.....199

I. Gewährleistungsrecht bei urheberrechtlich geprägten Verträgen	199
1. Bestehende gesetzliche Regelung.....	199
2. Haftung für Rechtsmängel.....	200
3. Haftung für Sachmängel.....	200
4. Gewährleistung für Computerprogramme.....	201
a. Urheberrechtliche Besonderheiten.....	201
b. Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten von Computerprogrammen.....	203
c. Zusammenfassung.....	204
II. Überlassung von Freeware.....	205
1. Im Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler.....	205
a. Entgeltliche Überlassung.....	205
(1) Culpa in contrahendo.....	205
(2) Unmöglichkeit.....	207
(3) Gewährleistung.....	208
(4) Positive Forderungsverletzung.....	208
(a) Schlechtleistung	209
(b) Nebenpflichtverletzungen.....	209
i. Prüfungspflicht hinsichtlich Virenfreiheit.....	210
ii. Prüfungspflicht hinsichtlich Lauffähigkeit und Fehlerfreiheit.....	211
(i) Aufgrund Parteivereinbarung.....	212
(ii) Aus Treu und Glauben.....	212
(iii) Zwischenergebnis.....	213
iii. Prüfungspflicht hinsichtlich Vollständigkeit.....	213
iv. Ergebnis für die Nebenpflichten.....	214
b. Unentgeltliche Überlassung.....	214
(1) Schutz- und Aufklärungspflichten hinsichtlich Programmfehlern.....	215
(2) Schutz- und Aufklärungspflichten hinsichtlich Virenbefalls	216
(3) Haftungsmaßstab.....	217

c. Ergebnis.....	218
2. Im Verhältnis zwischen Anwender und Autor.....	218
a. Culpa in contrahendo.....	219
b. Unmöglichkeit.....	219
(1) Fehlende Individualität.....	219
(a) Unmöglichkeit der Leistung.....	219
(b) Rechtsfolge.....	220
(2) Fehlendes ausschließliches Nutzungsrecht.....	220
(3) Programmfehler.....	221
c. Gewährleistung.....	222
d. Positive Forderungsverletzung.....	222
III. Überlassung von Shareware.....	223
1. Im Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler.....	223
a. Insbesondere: Das Problem des funktionsbeschränkten Programms (Crippleware).....	223
b. Haftung des Vermittlers.....	224
c. Rechtsfolge.....	224
2. Im Verhältnis zwischen Anwender und Autor.....	225
a. Leistungsstörungen bei der Überlassung der Prüfversion.....	225
(1) Schenkung.....	225
(2) Unentgeltliche Rechtspacht.....	226
(a) Culpa in contrahendo.....	226
(b) Unmöglichkeit.....	226
i. Anzuwendende Regelungen.....	226
ii. Shareware-spezifische Besonderheiten.....	227
(c) Gewährleistung.....	228
(d) Positive Forderungsverletzung.....	228
(e) Crippleware.....	229
i. Urheberrechtliche Betrachtung.....	229
ii. Gewährleistung.....	229
iii. Ergebnis.....	230
b. Leistungsstörungen bei der Überlassung der Vollversion.....	230
(1) Vorvertragliche Pflichtverletzungen.....	231
(2) Unmöglichkeit.....	231
(3) Verzug.....	232
(4) Gewährleistung.....	232
(a) Fehler des Programms.....	233
(b) Rechtsfolgen.....	234
(c) Verjährung.....	234
(5) Positive Vertragsverletzung.....	236
F. Ergebnis.....	237
G. Resümee.....	239

H. Anhang.....	241
I. Die Open Source Lizenz, deutsche Übersetzung der »Open Source Definition« v1.7.....	241
1. Freie Weiterverbreitung.....	241
2. Quellcode.....	241
3. Auf dem Programm basierende Werke.....	241
4. Unversehrtheit des Quellcodes des Autors.....	241
5. Keine Diskriminierung von Personen oder Gruppen.....	242
6. Keine Einschränkung der Einsatzgebiete.....	242
7. Verbreitung der Lizenz.....	242
8. Lizenz darf nicht produktspezifisch sein.....	242
9. Keine Einschränkung anderer Software.....	242
II. IBM License Agreement for OS/2 Tools.....	243

LITERATURVERZEICHNIS

- Abel, Stefan,* Der Millenium-Bug und der lange Arm der Produzentenhaftung, CR 1999, 680-683
- Alpert, Frank,* Kommerzielle Online-Nutzung von Computerprogrammen,
CR 2000, 345-350
- Asprogerakis-Grivas, Constantinos,* Die Mängel und die Mängelhaftung bei den Urheberrechtsverträgen, München 1962
- Axster, Herbert,
Axster, Oliver,* Die Urheberrechtsschutzfähigkeit von Rechenprogrammen,
BB 1967, 606-613
- Bartl, Harald,* Rechtliche Problematik der Softwareverträge,
BB 1988, 2122-2126
- Bartsch, Michael,* Weitergabeverbote in AGB-Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware, CR 1987, 8-13
- ders.,* Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart 6 U 135/87 v. 08.11.1988 (CR 1989, 692), CR 1989, 694
- ders.,* Softwareüberlassung – was ist das?, CR 1992, 393-397
- ders.,* Das BGB und die modernen Vertragstypen, CR 2000, 3-11
- Baums, Theodor,* Wettbewerbsrechtlicher Schutz von Computerprogrammen,
DB 1988, 429-434
- Baur, Jürgen,
Stürner, Rolf,* Lehrbuch des Sachenrechts,
16. Auflage, München 1992
- Bechtold, Stefan,* Der Schutz des Anbieters von Information – Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet,
ZUM 1997, 427-450
- Becker, Helmut,
Horn, Wolfgang,* Der Schutz von Computersoftware in der Rechtspraxis,
DB 1985, 1274-1278
- Becker, Jürgen,* Neue Übertragungstechniken und Urheberrechtsschutz,
ZUM 1995, 231-249

- Becker, Thomas,* Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz: Eine systematische Darstellung der Grundlagen des Rechts der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1986
- Bömer, Roland,* Die Pflichten im Computersoftwarevertrag, München 1988
- Bohlig, Manfred,* Warenzeichen: Eine alternative Schutzmöglichkeit für Computerprogramme?, CR 1986, 126-130
- Bormann, W.,
Bormann, Michael,* Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software, DB 1991, 2641-2649
- Bömer, Roland,* Risikozuweisung für unvermeidbare Softwarefehler, CR 1989, 361-367
- Bösert, Bernd,* Nießbrauch an Computerprogrammen, Köln 1992
- Brandi-Dohrn, Matthias,* Die gewährleistungsrechtliche Einordnung des Software-Überlassungsvertrages, CR 1986, 63-73
- ders.,* Anmerkung zum Urteil des LG Nürnberg-Fürth v. 16.12.1991, (CR 1992, 336), CR 1992, 340-341
- ders.,* Softwareschutz nach dem neuen deutschen Urheberrechtsgesetz, BB 1994, 658-662
- ders.,* Das Risiko im Entwicklungsvertrag, CR 1998, 645-651
- Braun, Bernd,* Rechtsschutz für Rechenprogramme, BB 1971, 1343-1347
- Brehm, Wolfgang,* Zur Vertragsgestaltung beim Vertrieb von Standardsoftware, Festschrift für Jürgen Baumann, 589-600, Bielefeld 1992
- Breidenbach, Stephan,* Computersoftware in der Zwangsvollstreckung, CR 1989, 873-880, 971-975, 1074-1077
- Broy, Manfred,
Lehmann, Michael,* Die Schutzfähigkeit von Computerprogrammen nach dem neuen europäischen und deutschen Urheberrecht, GRUR 1992, 419-423
- Buchmüller, Hans-Jürgen,* Urheberrecht und Computersoftware, Hamm (Westfalen) 1986
- Busse, Alik,* Softwarevertrieb in Netzen, CR 1996, 389-393
- Bydlinski, Peter,* Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: Zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198, Tübingen 1998, 287-328

- Dörner, Heinrich,*
Jersch, Ralf,
Dreier, Thomas,
ders.,
ders.,
ders.,
- Die Rechtsnatur der Softwareüberlassungsverträge,
IuR 1988, 137-147
- Rechtsschutz von Computerprogrammen,
CR 1991, 577-584
- Verletzung urheberrechtlich geschützter Software
nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993,
781-792
4. Teil: Verwertungsrechte der Urheber, 5. Teil:
Schrankenbestimmungen,
in: Schrickler, Gerhard (Hg.), Urheberrecht auf dem
Weg zur Informationsgesellschaft, 101-180, Baden-
Baden 1997
- Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends,
CR 2000, 45-49
- Eichenhofer, Eberhard,*
Eickmeier, Lars,
Eickmeier, Jens,
Elster, Alexander Nikolaus,
Emmerich, Torsten,
Endler, Maximilian,
Daub, Jan,
Engel, Friedrich-Wilhelm,
ders.,
Ensthaler, Jürgen,
Möllenkamp, Heinz,
Erben, Meinhard,
Zahrnt, Christoph,
- Haftung des Schuldners für anfängliches Unvermögen,
JuS 1989, 777-783
- Verkauf von Standardsoftware mit Installationsverpflichtung,
CR 1993, 73-80
- Urheber- und Erfinder, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht (Gewerblicher Rechtsschutz), Berlin, Leipzig 1928
- Rechtsschutz für Standardsoftware, Ammersbek 1991
- Internationale Softwareüberlassung und UN-Kaufrecht,
CR 1993, 601-606
- Mängelansprüche bei Software-Verträgen,
BB 1985, 1159-1165
- Der Software-Verletzungsprozeß,
in: Lehmann, Michael (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 869-929, 2. Auflage, Köln 1993
- Reichweite des urheberrechtlichen Softwareschutzes nach der Umsetzung der EG-Richtlinie zum Rechtsschutz der Computerprogramme, GRUR 1994, 151-158
- Anmerkung zum Urteil des OLG München v. 12.02.1998, (CR 1998, 265), CR 1998, 267-269

- Erdmann, Willi*, Möglichkeiten und Grenzen des Urheberrechts, CR 1986, 249-259
- ders.*, Schutz von Computerprogrammen, GRUR 1991, 877-880
- Bornkamm, Joachim*, Nutzung und Vervielfältigung eines Computerprogramms, CR 1989, 784-789
- Ernst, Stefan*, Urheberrechtliche Probleme bei der Veranstaltung von On-demand-Diensten, GRUR 1997, 592-597
- Esser, Josef*,
Weyers, Hans-Leo, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge, 8. Auflage, Heidelberg 1998
- Esser, Josef*,
Schmidt, Eike, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg 1992
- Etter, Eberhard*, Softwareschutz durch Strafanzeige?, CR 1989, 115-121
- Evans-von Krbek, Franziska-Sophie*, Gleichstellung des anfänglichen Schuldnerunvermögens mit dem nachträglichen?, AcP 177, 35-51
- Fikentscher, Wolfgang*, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin, New York 1997
- Finger, Peter*, Die Offenkundigkeit des mitgeteilten Fachwissens bei Know-how-Verträgen, GRUR 1970, 3-9
- Fischer*, Anmerkung zum Urteil des BGH X ZR 74/72 v. 8.7.1975 (GRUR 1976, 140), GRUR 1976, 142-143
- Flehsig, Norbert*,
Fischer, Martin, Speicherung von Printmedien in betriebseigene Datenbankarchive und die Grenze ihrer betrieblichen Nutzung, ZUM 1996, 833-846
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Franke, Christoph*, Analoge Anwendung der Sachpfändungsvorschriften bei Computerprogrammen, MDR 1996, 236-238
- Fritzsche, Jörg*, Rechtsfragen der Herstellung und Überlassung von Software, JuS 1995, 497-504
- Fromm, Karl*, Urheberrecht, 9. Auflage, Köln 1998 (zitiert: Fromm/Bearbeiter)
- Frhr. v. Gamm, Otto-Fr.*, Urheberrechtsgesetz, München 1968

- Gantner, Felix,* »Laden eines Computerprogramms als Vervielfältigung?« – Eine wesentliche Frage falsch gestellt, *JurPC* 1994, 2752-2755, 2793-2799, 2853-2856
- Gaster, Jens,* Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, *ZUM* 1995, 740-752
- ders.,* Zur anstehenden Umsetzung der EG-Datenbankrichtlinie, *CR* 1997, Teil 1, 669-676, Teil 2, 717-722
- Gaul, Björn,* Standardsoftware: Veränderung von Gewährleistungsansprüchen durch AGB, *CR* 2000, 570-577
- Gaul, Dieter,* Know-how-Schutz bei der Softwareerstellung, *CR* 1988, 841-851
- Geissler, Bernhard,
Pagenberg, Jochen,* Der Software-Lizenzvertrag in der Praxis, in: Lehmann, Michael (Hg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Auflage, Köln 1993, 629-699
- Gernhuber, Joachim,* Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
- Gitter, Wolfgang,* Gebrauchsüberlassungsverträge, Tübingen 1988
- Glasser, Helmut,
von Hahn, Helmuth,
Kersten, Hans-Christian,
Rieger, Harald,* Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand 46. Lieferung, Köln 2000
- Gorny, Peter,* Kategorien von Softwarefehler, *CR* 1986, 673-677
- Götting, Horst-Peter,* Urheberrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen, in: Beier, Friedrich-Karl, u.a., (Hg.), *Urhebervertragsrecht*, München 1995, 53-75
- Frhr. von Gravenreuth,
Günter,* Juristisch relevante technische Fragen zur Beurteilung von Computer-Programmen, *GRUR* 1986, 720-727
- Grell, Detlef,* Von der Masse zur Klasse, *c't* 1996, 154-163
- Grosch, Olaf,
Liebl, Karlhans,* Computerkriminalität und Betriebsspionage, *CR* 1988, 567-574
- Gudion, Gunter,* Die Haftung für anfängliches Unvermögen, *NJW* 1971, 1239-1242
- Günther, Andreas,* Änderungsrechte des Softwarenutzers, *CR* 1994, 321-328
- Habel, Oliver Michael,* Nutzungsrechte an Standardanwenderprogrammen, München 1989

- ders.*, Know-how in Computerprogrammen, CR 1991, 257-261
- Haberstumpf, Helmut*, Zur urheberrechtlichen Beurteilung von Programmen für Datenverarbeitungsanlagen, GRUR 1982, 142-151
- ders.*, Das Software-Urhebervertragsrecht im Lichte der bevorstehenden Umsetzung der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1992, 715-724
- ders.*, Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen,
in: Lehmann, Michael (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 69-167,
2. Auflage, Köln 1993
- Hager, Johannes*, Rechtsfragen des Finanzierungsleasing von Hard- und Software, AcP 190, Tübingen 1990, 324-355
- Harte-Bavendamm, Henning*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Reverse Engineering von Computerprogrammen, GRUR 1990, 657-664
- Hauter, Erich*, Anmerkung zum Urteil des BFH vom 3.7.1987 III R 7/86 (CR 1987, 576-580), CR 1987, 580-581
- von Hellfeld, Axel*, Sind Algorithmen schutzfähig?, GRUR 1989, 471-485
- Henn, Günter*, Patent- und Know-how-Lizenzvertrag,
3. Auflage, Heidelberg 1992
- Henssler, Martin*, Die zivil- und urheberrechtliche Behandlung von Software,
MDR 1993, 489-497
- Herberger, Maximilian*, Zwischen »Public Domain« und »User Supported« Software,
IuR 1987, 87-88
- Heussen, Benno*, Urheber- und lizenzrechtliche Aspekte bei der Gewährleistung für Computersoftware, GRUR 1987, 779-792
- Heymann, Thomas*, Anmerkung zum Urteil des BGH VIII ZR 325/88 v. 18.10.1989 (CR 1990, 112), CR 1990, 112-113
- ders.*, Rechtsprobleme des Sharewarevertriebs,
CR 1991, 6-10
- ders.*, Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamburg 3 N 20/94 v. 01.02.1994 (CR 1994, 616), CR 1994, 618

- Hirschberg, Lothar*, Wirtschaftliche Beteiligung der Arbeitnehmer bei der Entwicklung von Hard- und Software, CR 1988, 742-749
- Hoeren, Thomas*, Softwareüberlassung an der Schnittstelle von Urheber- und Vertragsrecht, GRUR 1988, 340-349
- ders.*, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989
- ders.*, Der Public-Domain-Vertrag, CR 1989, 887-893
- ders.*, EDV-Gewährleistungsrecht – Aktuelle Entwicklungen,
CR 1992, 533-535
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH I ZR 47/91 v. 14.07.1993 (CR 1993, 752), CR 1993, 756-758
- ders.*, Überlegungen zur urheberrechtlichen Qualifizierung des elektronischen Abrufs, CR 1996, 517-521
- ders.*, Urheberrechtliche Fragen rund um den Rosenmontagszug,
NJW 1997, 376-378
- ders.*,
Schuhmacher, Dirk, Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag,
CR 2000, 137-146
- Hoffmann, Hans-Joachim*, Der Einfluß des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß,
AcP 167, 394-409
- Holländer, Günter*, Ist der Lauf eines Computerprogramms eine Vervielfältigung im Sinne von § 16 UrhG trotz § 20 UrhG?,
GRUR 1991, 421 f.
- Hübner, Claudia*, Zum Schutz für software-bezogene Erfindungen in Deutschland, GRUR 1994, 883-887
- Ihde, Rainer*, Das Pflichtenheft beim Softwareerstellungsvertrag,
CR 1999, 409-414
- Ilzhöfer, Volker*, Die Inkassoprogramm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus informatik-technischer Sicht, Teil 2, CR 1988, 423-426
- Immenga, Ulrich*,
Mestmäcker, Ernst-Joachim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar,
2. Auflage, München 1992
- Jauernig, Othmar (Hg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Auflage, München 1999

- Jersch, Ralf*, Software, Hardware und Vertragsrecht, Jura 1988, 580-585
- Junker, Abbo*, Computerrecht, Baden-Baden 1988
- ders.*, Ist Software Ware?, WM 1988, 1217-1221
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH VIII ZR 314/86 v. 04.11.1987 (JZ 1988, 460), JZ 1988, 464-466
- ders.*, Computerrecht: Gewerblicher Rechtsschutz, Mängelhaftung, Arbeitsrecht, JZ 1989, 316-324
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1988 und 1989, NJW 1990, 1575-1583
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1990, NJW 1992, 1733-1739
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992, NJW 1993, 824-832
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1994-1997, NJW 1998, 947-953
- ders.*, Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1998, NJW 1999, 1294-1299
-
- Katzenberger, Paul*, Urheberrecht und Dokumentation, GRUR 1973, 629-640
- ders.*, Urheberrecht und Datenbanken, GRUR 1990, 94-100
- Kappes, Florian*, Der zivilrechtliche Schutz von Computerprogrammen nach der Urheberrechtsnovelle, JuS 1994, 659-667
- Kilian, Wolfgang*, Haftung für Mängel der Computer-Software, Heidelberg 1986
- ders.*, Vertragsgestaltung und Mängelhaftung bei Computersoftware, CR 1986, 187-196
- ders.*, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht, CR 1986, 632
- ders.*, Computerrechts-Handbuch, München, Stand September 1999
(zitiert: Kilian/Heussen/Verfasser)
- Kindermann, M.*, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150-161
- Knörzer, Thomas*, Anmerkung zum Urteil des LG Kiel 2 O 192/83 v. 26.03.1984 (CR 1987, 22), CR 1987, 25-26

- Koch, Frank Alexander*, Computervertragsrecht, 3. Auflage, Freiburg i. Br. 1988
- ders.*, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, 417-430
- ders.*, Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software, CR 2000, 273-281, 333-344
- ders.*,
Schnupp, Peter, Expertensysteme als Gegenstand von Entwicklungsverträgen und Schutzrechten, CR 1989, 776-784, 893-899, 975-980
- dies.*, Software-Recht, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1993
- Köhler, Helmut*, Rechtsfragen zum Softwarevertrag, CR 1987, 827-835
- ders.*,
Fritzsche, Jörg, Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht,
in: Lehmann, Michael (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Auflage, Köln 1993, 513-627
- Köhler, Helmut*, BGB – Allgemeiner Teil, 24. Auflage, München 1998
- Köhler, Matthias M.*, Schaltungsentwurf mit PLD, CR 1988, 75-79
- König, Mark Michael*, Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB, NJW 1989, 2604-2605
- ders.*, Können Objektprogramme urheberrechtliche geschützt sein?,
GRUR 1989, 559-567
- ders.*, Zur Sacheigenschaft von Computerprogrammen und deren Überlassung, NJW 1990, 1584-1586
- ders.*, Das Computerprogramm im Recht, Köln 1991
- ders.*, Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, NJW 1993, 3121-3124
- ders.*, Urheberrechtsschutz von Bildschirmmasken II,
NJW-CoR 1994, 390-392
- ders.*, Geschützte Shareware?,
Möcke, Frank, c't 1994, 44
- ders.*, Zur Zulässigkeit der Umgehung von Softwareschutz-Mechanismen, NJW 1995, 3293-3295

- Körner, Eberhard,* Die Behandlung der Software als Gegenstand ergänzenden Leistungsschutzes und die Auswirkung auf die Gestaltung von Software-Verträgen, Festschrift für Rudolf Nirk, 515-530, München 1992
- Kolle, Gert,* Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443-461
- ders.,* Schutz der Computerprogramme, GRUR Int. 1985, 29-33
- Kort, Michael,* Produkteigenschaft medizinischer Software, CR 1990, 171-176
- ders.,* Software – eine Sache?, DB 1994, 1505-1509
- Kotthoff, Jost,* Zum Schutz von Datenbanken beim Einsatz von CD-ROMs in Netzwerken, GRUR 1997, 597-603
- Kremer, W.,* Profisoftware zum Nulltarif?, c't 3/98, 64-68
- Lang, Elisabeth,* Die Haftung für Fehler in Druckwerken, München 1982
- Langen, Eugen,*
Bunte, Hermann-Josef
(Hg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 1994
- Larenz, Karl,* Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 1. Halbband, 13. Auflage, München 1986
- ders.,* Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987
- ders.,* Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994
- Canaris, Claus-Wilhelm,*
dies., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg u.a. 1995
- Lauer, Jörg,* Verträge über Software-Leistungen in der Praxis, BB 1982, 1758-1763
- Lehmann, Michael,* Aktuelle kartell- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei der Lizenzierung von urheberrechtlich geschützten Computerprogrammen, BB 1985, 1209-1217
- ders.,* Anmerkung zum Urteil des BGH VIII ZR 43/86 v. 25.03.1987 (CR 1987, 422), CR 1987, 422-423
- ders.,* Der neue Europäische Rechtsschutz von Computerprogrammen, NJW 1991, 2112-2117

- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH I ZR 139/89 v. 04.10.1990 (CR 1990, 150), CR 1990, 150-151
- ders.*, Das neue deutsche Softwarerecht, CR 1992, 324-328
- ders.*, Produkt- und Produzentenhaftung für Software, NJW 1992, 1721-1731
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH I ZR 47/91 v. 14.07.1993 (CR 1993, 752), CR 1993, 755-756
- ders.*, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822-1826
- ders.*, Das Urhebervertragsrecht der Softwareüberlassung, in: Beier, Friedrich-Karl, u.a., (Hg.), Urhebervertragsrecht, München 1995, 543-569
- Lesshaft, Karl,
Ulmer, Detlev,* Softwarefehler und Gewährleistung, CR 1988, 813-818
- dies.*, Urheberrechtliche Schutzwürdigkeit und tatsächliche Schutzfähigkeit von Software, CR 1993, 607-615
- Link, Klaus-Ulrich,* Die Auswirkungen des Urheberrechts auf die vertraglichen Beziehungen bei der Erstellung von Computerprogrammen, GRUR 1986, 141-146
- Löwe, Walter,
Graf von Westphalen,
Friedrich,
Trinkner, Reinhold,* Großkommentar zum AGB-Gesetz, Band II: §§ 10-30, 2. Auflage, Heidelberg 1983
- Löwenheim, Ulrich,* Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, 830-836
- Lührs, Wolfgang,* Verfolgungsmöglichkeiten im Fall der »Produktpiraterie« unter besonderer Betrachtung der Einziehungs- und Gewinnabschöpfungsmöglichkeiten (bei Ton-, Bild- und Computerprogrammträgern), GRUR 1994, 264-269
- Lutz, Helmuth,* Lizenzierung von Computerprogrammen, GRUR 1976, 331-337
- Mäger, Stefan,* Der urheberrechtliche Erschöpfungsgrundsatz bei der Veräußerung von Software, CR 1996, 522-526

- Maier, Adolf,* Zur Kaufmannseigenschaft von Software-Entwicklern, NJW 1986, 1909-1913
- Malzer, Hans Michael,* Anmerkung zum Urteil des LG München I, 21 O 11130/88 v. 18.11.1988 (CR 1989, 990), CR 1989, 991-992
- ders.,* Der Softwarevertrag, Köln 1991
- Marly, Jochen,* Das Recht des Anwenders zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Software, JurPC 1989, 18-23, 54-58
- ders.,* Public Domain Software: Rechtliche, insbesondere vertragsrechtliche Probleme, JurPC 1990, 612-616, 671-678
- ders.,* Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, BB 1991, 432-436
- ders.,* Shareware – Ein neues Vertriebskonzept für Computersoftware und seine juristische Bewältigung, JurPC 1991, 940-947
- ders.,* Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, 1. Auflage, München 1995 (zitiert: Marly, Urheberrecht)
- ders.,* Der neue Urheberrechtsschutz für Computersoftware, NJW-CoR 1993, 21-24
- ders.,* Softwareüberlassungsverträge, 3. Auflage, München 2000
- Medicus, Dieter,* Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 12. Auflage, München 2000 (zitiert: Medicus, SR-AT)
- ders.,* Schuldrecht II, Besonderer Teil, 10. Auflage, München 2000 (zitiert: Medicus, SR-BT)
- ders.,* Bürgerliches Recht, 18. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (zitiert: Medicus, BürgR)
- Mehrings, Josef,* Computersoftware und Mängelhaftung, GRUR 1985, 189-197
- ders.,* Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904-1909

- ders.*, Zum Wandlungsrecht beim Erwerb von Standardsoftware,
NJW 1988, 2438-2441
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des BGH VIII ZR 314/86 v.
04.11.1987 (JR 1988, 499), JR 1988, 503-505
- Melichar, Ferdinand*, Virtuelle Bibliotheken und Urheberrecht,
CR 1995, 756-762
- Mersson, Günter*, Zur Haftung bei Gefälligkeitsfahrten, DAR 1993, 87-
92
- Metzger, Axel*,
Jaeger, Till, Open Source Software und deutsches Urheberrecht,
GRUR Int. 1999, 839-848
- Michalski, Lutz*, Die Neuregelung des Urheberrechtsschutzes von
Computerprogrammen, DB 1993, 1961-1963
- Michalski, Lutz*,
Bösert, Bernd, Vertrags- und schutzrechtliche Behandlung von Com-
puterprogrammen, Stuttgart 1992
- Mincke, Wolfgang*, Die rechtliche Einordnung des Softwareerwerbs – Be-
denken gegen die Sachkauf-Theorie, JurPC 1991,
932-939
- Moritz, Hans-Werner*, Überlassung von Computersoftware, CR 1989, 1049-
1056
- ders.*, Überlassung von Programmkopien – Sachkauf oder
Realakt in Vertrag sui generis?, CR 1994, 257-263
- ders.*,
Tybusseck, Barbara, Computersoftware, Rechtsschutz und Vertragsgestal-
tung,
2. Auflage, München 1992
- Müller-Hengstenberg*,
Claus, Bemerkungen zum Software-Gewährleistungsrecht,
CR 1986, 441-443
- ders.*, Zuordnung von Softwarefehlern in Risikobereiche,
CR 1989, 900-901
- ders.*, Computersoftware ist keine Sache, NJW 1994, 3128-
3134
- ders.*, Nationale und internationale Rechtsprobleme im Inter-
net,
NJW 1996, 1777-1782
- ders.*, Überfordert die IT Technologie die Rechtssysteme?,
ZUM 1999, 214-222

- Münchener Kommentar* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
3. Auflage, München
Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, 1993
Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 1994
Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-606, 1995
Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 607-704, 1997
Band 6, Sachenrecht, §§ 854-1296, 1997
(zitiert: MüKo/Verfasser)
- Mugdan, Benno (Hg.),* Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band. 2, Recht der Schuldverhältnisse,
Aalen 1979
- Nauroth, Dieter,* Leistungsbeschreibung: Notwendiges Instrument zur Konkretisierung vertraglicher Leistungen bei Softwareverträgen,
CR 1987, 153-158
- Nicolini, Käthe, Ahlberg, Hartwig, (Hg.),* Urheberrechtsgesetz-Kommentar, 2. Auflage, München 2000
(zitiert: Nicolini/Ahlberg/Verfasser)
- Nieskens, Hans,* Die umsatzsteuerliche Behandlung des Vertriebs sog. Standard-Anwender-Software durch den Hersteller an private Endabnehmer im Hinblick auf § 12 Abs. 2 Nr. 7 Buchst. C UStG,
BB 1996, 2656-2661
- Nordemann, Wilhelm,* Heimfall und Rechtsverzicht im Urheberrecht,
GRUR 1969, 127-130
- ders.,* Vorschlag für ein Urhebervertragsgesetz, GRUR 1991,1-10
- ders.,* CPU-Klauseln in Software-Überlassungsverträgen,
CR 1996, 5-10
- Omsels, Hermann-Josef,* Erschöpfung ohne Veräußerung, GRUR 1994, 162-167
- Ostermaier, Christian,* Urheberrechtliche Einordnung von Abrufdiensten,
CR 1998, 539-545

- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 61. Auflage, München 2001 (zitiert: Palandt/Verfasser)
- Paschke, Marian, Kerfack, Ralf*, Wie klein ist die »kleine Münze«?, ZUM 1996, 498-503
- Paulus, Christoph*, Software in Vollstreckung und Insolvenz, ZIP 1996, 2-8
- Pfaff, Dieter*, Der Know how-Vertrag im bürgerlichen Recht, BB 1974, 565-570
- Pötzsch, Thorsten*, Die rechtliche Einheit von Hardware und Software, Berlin 1991
- Polley, Romina*, Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, CR 1999, 345-354
- dies., Seelinger, Daniela*, Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/1999 auf Softwareverträge, CR 2001, 1-9
- Pres, Andreas*, Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarelizenzverträge, Köln 1994
- Preuß, Inge Nora*, Der Rechtsschutz von Computerprogrammen unter besonderer Berücksichtigung der Systematik des Immaterialgüterrechts, Mannheim 1987
- Raczinski, Bernd, Rademacher, Ulrich, Ivenz, Martin*, Rechtsschutz »tool«-gestützter Software, CR 1991, 722-725
- Raubenheimer, Andreas*, Softwareschutz nach dem neuen Urheberrecht, CR 1994, 69-77
- ders.*, Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, 69-79
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe 6 U 40/95 v. 10.01.1996 (CR 1996, 341), CR 1996, 342-343
- Redeker, Helmut*, Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?, NJW 1992, 1739-1740

- ders.*, Der Rechtsbegriff des Mangels beim Erwerb von Software,
CR 1993, 193-198
- Rehbinder, Manfred,* Urheberrecht, 11. Auflage, München 2001
- ders.*, Die urheberrechtlichen Verwertungsrechte nach der Einführung des Vermietrechts, ZUM 1996, 349-355
- Rehmann, Wolfgang,* Herstellung von Individualanwendersoftware,
CR 1989, 961-965
- Reichsgerichtsgerätekomentar* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, New York
Band I, §§ 1-240, 1982
Band II, 2. Teil, §§ 414-610, 1978
(zitiert: RGRK/Verfasser)
- Ritzinger, Horst,* Der Vorvertrag in der notariellen Praxis,
NJW 1990, 1201-1208
- Röhrborn, Jens,* Application Service Providing – Juristische Einordnung und Vertragsgestaltung, CR 2001, 69-77
- Sinhart, Michael,* Finden beim Lauf eines Computerprogramms Vervielfältigungsvorgänge im Sinn des Urheberrechts statt?,
Röttinger, Moritz, IuR 1987, 267-273
- Rombach, Wolfgang,* Killer-Viren als Kopierschutz, CR 1990, 101-106
- Rüesch, Corinna,* Die Weitergabe von Standard-Software, Zürich 1988
- Rupp, Wolfgang,* Verstößt die unbefugte Benutzung eines urheberrechtlich geschützten Computerprogramms gegen §§ 97 ff., 106 UrhG?,
GRUR 1986, 147-150
- Ruppelt, Martin,* Anmerkung zum Urteil des BGH VIII ZR 314/86 v. 04.11.1987 (CR 1988, 994), CR 1988, 994 f.
- ders.*, Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg 9 U 59/87 v. 16.11.1987 (CR 1989, 107), CR 1989, 109
- ders.*, Die Überlassung von Computerprogrammen,
Baden-Baden 1990
- ders.*, Verjährung der Gewährleistungsansprüche bei fehlerhaften Computerprogrammen, CR 1990, 256-258
- Saenger, Ingo,* Verjährung der Gewährleistungsansprüche beim Computerkauf, NJW-CoR 1997, 354-357

- Schack, Haimo,* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 2001
- ders.,* Anmerkung zum Urteil des BGH I ZR 68/93 v. 23.02.1995 (JZ 1995, 835), JZ 1995, 837-840
- Scherer, Josef,
Butt, Marc Eric,
Schmidt, Harry,* Rechtsprobleme beim Vertragsschluß via Internet, DB 2000, 1009-1016
- Schneider, Jochen,* Die Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen in Programmüberlassungsverträgen, in: Lehmann, Michael (Hg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 701-774, 2. Auflage, Köln 1993
- ders.,* „Ablieferung“ bei Softwareüberlassungsverträgen, CR 1994, 385-390
- Günther, Andreas,
Schneider, Jörg,* Haftung für Computerviren, CR 1997, 389-396
- ders.,* Softwarenutzungsverträge im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, München 1988
- Scholz, Peter,* Vervielfältigungsvorgänge beim Einsatz von Computerprogrammen, CR 1990, 503-508
- Schricker, Gerhard,* Gewährleistungsansprüche bei Mängeln im Hard- und Softwarebereich, MDR 1989, 107-109
- ders.,* Urheberrecht – Kommentar, 2. Auflage, München 1999
(zitiert: Schricker/Verfasser)
- Schuhmacher, Dirk,* Verlagsrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2001
- Schulze, Bernd,* Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641-651
- Schulze, Gernot,* Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, CR 1992, 648-658
- Schwarz, Matthias,* Shareware – Handel, Marktanteile und Rechtsfragen, CR 1990, 296-299
- Schulze, Gernot,* Können Objektprogramme urheberrechtlich geschützt sein?, GRUR 1990, 104 f.
- Schwarz, Matthias,* Urheberrecht und unkörperliche Verbreitung multimedialer Werke, GRUR 1996, 836-842

- Schwerdtfeger, Arnim,*
Evertz, Stephan,
Kreuzer, Philipp A.,
Peschel-Mehner, Andreas,
Poock, Torsten,
Schwerdtner, Peter,
Schweyer, Stefan,
Seetzen, Uwe,
Sester, Peter,
Sickinger, Mirko,
Sieber, Ulrich,
ders.,
Siepmann, Jürgen,
Skaupy, Walther,
Soergel, Hans Theodor,
- Cyberlaw,
Wiesbaden 1999
- Der Ersatz des Verlusts des Schadenfreiheitsrabattes
in der Haftpflichtversicherung, NJW 1971, 1673-1678
- Anmerkung zum Urteil des BGH I ZR 21/89 v.
13.12.1990 (CR 1991, 404), CR 1991, 405-407
- Der Verzicht im Immaterialgüterrecht: dargestellt an
Hand des Urheber- und Patentrechts unter Berücksich-
tigung des bürgerlichen Rechts, Göttingen 1969
- Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisi-
ken und IPR-Fragen, CR 2000, 797-807
- Vertrieb von Standard-Software, Köln 1993
- Urheberrechtliche und wettbewerbsrechtliche Erfas-
sung der unbefugten Softwarenutzung,
BB 1981, 1547-1551
- Der urheberrechtliche Schutz von Computerprogram-
men,
BB 1983, 977-986
- Lizenz- und haftungsrechtliche Fragen bei der kom-
merziellen Nutzung Freier Software,
JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 1-289
- Zur Schutzfähigkeit von elektronischen Rechenpro-
grammen,
BB 1967, 945 f.
- Bürgerliches Gesetzbuch,
12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln,
Band 2, 1990
Band 3, 1991
Band 4/1, 1997

- von Staudinger, Julius,* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, Berlin,
1. Buch, Allgemeiner Teil, §§ 21-103, 1995
2. Buch, Einl. zu §§ 241 ff., §§ 241-243, 1995
2. Buch, §§ 255-299, 1995
2. Buch, §§ 433-534, 1995
2. Buch, §§ 535-563, 1995
2. Buch, § 564, 1997
2. Buch, §§ 581-606, 1996
- Steckler, Brunhilde,* Mängelgewährleistung in Software-Überlassungsverträgen,
WiB 1995, 729-736
- Streinz, Rudolf,* Europarecht, 4. Auflage, Heidelberg 1999
- Stumpf, Herbert,* Der Know-how-Vertrag, 3. Auflage, Heidelberg 1977
- ders.,* Der Lizenzvertrag,
Groß, Michael, 6. Auflage, Heidelberg 1993
- Sucker, Michael,* Lizenzierung von Computersoftware (I), CR 1989, 353-360
- Taeger, Jürgen,* Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme, CR 1996, 257-271
- Tellis, Nikolaos,* Gewährleistungsansprüche bei Sachmängeln von Anwendersoftware, BB 1990, 500-506
- Tiling, Johann,* Software-Güteprüfung und Rechtsproblematik,
CR 1987, 80-85
- Troller, Alois,* Der urheberrechtliche Schutz von Inhalt und Form der Computerprogramme, Teil 3, CR 1987, 352-358
- Ullmann, Eike,* Zur Vergütung eines im Arbeitsverhältnis erstellten Computer-Programms, CR 1986, 564-571
- ders.,* Urheberrechtlicher und patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen, CR 1992, 641-648
- Ullrich, Hanns,* Lohngewähr oder Mängelgewährleistung,
NJW 1984, 585-589
- Ulmer, Detlef,* Der Bundesgerichtshof und der moderne Vertragstyp „Softwareüberlassung“, CR 2000, 493-499
- Ulmer, Eugen,* Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage, Berlin 1980

- ders.*,
Kolle, Gert,
Ulmer, Peter,
Brandner, Erich,
Hensen, Horst-Dieter,
Schmidt, Harry,
Unger, Brigitte,

Vogt, Stefan,

ders.,

Volle, Peter,

ders.,

Wachter, Thomas,
Wächter, Michael,

Waldenberger, Arthur,

Walzl, Peter,

Weitz, Manfred,
Wenzel, Karl Egbert,

Werner, Marcus,

Westermann, Harm Peter,

Westermann, Harry,
- Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen,
GRUR Int. 1982, 489-500
AGB-Gesetz, Kommentar,
9. Auflage, Köln 2001
Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg 11 U
109/84 v. 09.08.1985 (CR 1985, 83), CR 1986, 85-86
Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe 6 U 52/94
v. 13.06.1994 (WiB 1995, 223), WiB 1995, 224-225
Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf 20 U
65/95 v. 26.07.1995 (NJW-RR 1996, 555), WiB 1996,
501
Rechtliche Einordnung der EDV-Systemverträge,
CR 1996, 139-144
Anmerkung zum Urteil des LG Konstanz 1 S 292/95
v. 10.05.1996 (NJW 1996, 2662), NJW-CoR 1997,
114-116
Multimedia und Recht, GRUR Int. 1995, 860-874
Die Lizenz-Rahmenvereinbarung als Regelungstyp
zur sukzessiven Einführung von Standardsoftware,
NJW-CoR 1999, 39-46.
Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für Urheber-
rechtsverletzungen im Internet, ZUM 1997, 176-188
Geschützte und nicht geschützte Computerpro-
gramme,
Berlin 1990
Software als Sache, Münster 1998
Problematik des Schutzes von Computer-Program-
men,
GRUR 1991, 105-110
Anmerkung zum Urteil des OLG Köln 6 U 136/95
v. 12.07.1996 (CR 1996, 723), CR 1996, 727
Erman, Bürgerliches Gesetzbuch,
10. Auflage, Münster, Köln 2000
Sachenrecht, 5. Auflage, Karlsruhe 1966

- v. Westphalen, Friedrich Graf,* Das Dispositionsrecht des Prinzipals im Vertragshändlervertrag,
NJW 1982, 2465-2473
- ders.,* Rechtsprobleme des Computerleasing, CR 1987, 477-489
- ders., Seidel, Ulrich,* Aktuelle Rechtsfragen der Software-Vertrags- und Rechtspraxis,
2. Auflage, Köln 1989
- ders.,* Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1992, 83-93
- ders.,* Der Software-Entwicklungsvertrag – Vertragstyp – Risikobegrenzung, CR 2000, 73-80
- Wiebe, Andreas,* Know-how-Schutz von Computerprogrammen,
München 1993
- ders.,* Rechtsschutz für Software in den neunziger Jahren,
BB 1993, 1094-1103
- Witte, Andreas,* Urheberrechtliche Gestaltung des Vertriebs von Standardsoftware, CR 1999, 65-72.
- Wolf, Manfred,
Horn, Norbert,
Lindacher, Walter F.,* AGB-Gesetz, Kommentar,
4. Auflage, München 1999
- Zahrnt, Christoph,* Umfang des Einsatzrechts des Anwenders und Programmschutz, IuR 1986, 199-201
- ders.,* Gewährleistung bei der Überlassung von Standardprogrammen, IuR 1986, 252-256
- ders.,* Beginn der Verjährung bei der Lieferung von DV-Systemen und Softwareprodukten, CR 1993, 134-138
- ders.,* Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart 17 O 382/93 v. 19.08.1993 (BB 1993, Beil. 22, 14), BB 1993, Beil. 22, 15
- ders.,* Überlassung von Softwareprodukten nach neuem Urheberrecht, CR 1994, 455-459
- ders.,* Software-Überlassungsverträge der zweiten Art, BB 1996, 443-445
- ders.,* Überlassung von Software-Produkten: Stand 1996, NJW 1996, 1798-1801

A. EINLEITUNG

I. Problemstellung

Der Shareware-Markt in Deutschland ist geprägt von Hobbyisten und semi-professionellen Anbietern. Im Vergleich zu den Vereinigten Staaten, in denen auf diesem florierenden Markt wesentlich mehr Professionalität herrscht, besteht in Deutschland noch ein erheblicher Nachholbedarf. Die wachsende Anzahl der Internet-Zugänge für Privatpersonen und die steigende Präsenz von Unternehmen im Internet in Deutschland bedeuten ein Anwachsen des potentiellen Kundenkreises und bieten damit grundsätzlich die besten Voraussetzungen für ein Wachstum des Shareware-Marktes. Dennoch ist noch kein Boom erkennbar. Vielmehr ist der deutsche Shareware-Sektor größtenteils eine Verdienstgrauzone. Zwar wächst die Menge der veröffentlichten Shareware-Anwendungen, z.Zt. um ca. 1 Gigabyte¹ pro Tag². Trotzdem ist nur ein geringer Teil der Autoren in der Lage, den Lebensunterhalt mit Shareware zu bestreiten. Die meisten verdienen sich lediglich ein kleines Zubrot, ohne daß die Einnahmen versteuert werden. Anders als in den Vereinigten Staaten³ bedienen sich in Deutschland kaum große Software-Häuser des Shareware-Prinzips. Als Shareware-Autoren treten hauptsächlich Einzelpersonen auf⁴. Diese Umstände bedingen auch, daß aktuelle und aussagekräftigen Zahlen über das Marktvolumen in Deutschland nicht zu ermitteln sind.

Das Problem liegt dabei weniger in der Qualität der Software. Viele Autoren, die ihre Programme als Shareware veröffentlichen könnten und damit nach Einschätzung von Kennern akzeptable Einkünfte erzielen können müßten, veröffentlichen ihre Software überhaupt nicht oder wandeln sie nach kurzer Zeit in kostenlose Freeware um und sehen von weiteren Entwicklungen ab. Eine Ursache für diese Situation liegt darin, daß der durchschnittliche Anwender in Deutschland nur selten eine Notwendigkeit dafür sieht, ein Programm zu bezahlen, das er bereits nutzt⁵. Drastische Hinweise auf rechtliche Sanktionen werden meist nicht ernst genommen⁶.

Ziel dieser Arbeit soll es sein, die bei der Überlassung von Shareware geschlossenen Verträge, aus denen der Autor einen Anspruch auf Entgelt herlei-

¹ Ein Gigabyte sind, anders, als der Name vermuten läßt, 1.073.741.824 Bytes.

² Typemania-Newsletter Nr. 38 v. 1. März 2000.

³ Z.B. gründet die Existenz von NetScape Communications, Apogee und ID Soft auf Freeware und Shareware.

⁴ Scheibe, Stern-Online v. 18. Aug. 2000,

http://www.stern.de/computer/shareware/kolumne/2000/08/18/shareware_kaufen.html.

⁵ Grell/Ehrmann, c't 1996, S. 156.

⁶ Grell, c't 1996, S. 158.

ten kann, juristisch einzuordnen, das anzuwendende Gewährleistungsrecht zu ermitteln sowie die Zulässigkeit von häufig bei Shareware gefundenen, vertraglich geregelten Einschränkungen der Verwendung und von Funktionsbeschränkungen zu untersuchen.

Die Grenze zwischen Shareware und Freeware ist fließend. Einige Autoren wandeln im Laufe der Lebenszeit einer Software diese von Freeware in Shareware oder von Shareware in Freeware um. Wegen des engen Zusammenhanges sollen ebenfalls die bei der Überlassung von Freeware geschlossenen Verträge, das hierbei anzuwendende Gewährleistungsrecht, besondere Beschränkungen der Gewährleistung für diese unentgeltlich überlassene Software und die Zulässigkeit der angesprochenen Umwandlungen untersucht werden.

Obwohl mit der steigenden Verbreitung des Internet die Bedeutung der Vermittler von Shareware, Shareware-Händler, zurückgeht, ist auch deren Funktion bei der Überlassung von Shareware und Freeware zu untersuchen.

II. Definitionen

Es wird vorausgesetzt, daß die technischen Grundlagen über den Aufbau und die Funktionsweise einer EDV-Anlage bekannt sind⁷. Vorangestellt werden soll jedoch, was im folgenden unter einigen zentralen Begriffen verstanden wird.

1. Computerprogramm

Anerkannt⁸ ist die Definition des Begriffes »Computerprogramm« in § 1 der Mustervorschriften der WIPO⁹. Ihr zufolge versteht man unter einem Computerprogramm eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, daß eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt¹⁰.

⁷ Einen Überblick bietet z.B. König, S. 24 ff.

⁸ BGH NJW 1986, 192, 196; ebenso Kolle, GRUR 1982, S. 444; Engel, BB 1985, S. 1160; Erdmann, CR 1986, S. 251; Link, GRUR 1986, S. 141; Baums, DB 1988, S. 429; Bömer, S. 13; Emmerich, S. 3; Bartsch, CR 1992, S. 393; Redeker, NJW 1992, S. 1739; Haberstumpf, Rn. 15; Wiebe, S. 16 f.; Pres, S. 9, Fn. 42; Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69a, Rn. 2; Schricker/Löwenheim, § 69a, Rn. 2; Marly, Rn. 8; ders., Urheberrechtsschutz, S. 108; inhaltlich nicht widersprüchlich, aber mehr auf die Form abstellend DIN 44300 Teil 4 Nr. 4.1.9; hierauf beziehen sich auch Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608.

⁹ Weltorganisation für geistiges Eigentum; Mustervorschriften abgedruckt in GRUR Int. 1978, S. 278-291.

¹⁰ Definition der WIPO, GRUR Int. 1978, S. 290, § 1 (i).

Nicht festgelegt ist durch diese Definition die Form, in der das Programm vorliegt. § 69a Abs. 1 UrhG bezeichnet ausdrücklich Programme in jeder Gestalt und auch bereits das Entwurfsmaterial wie Ablaufdiagramme oder Beschreibungen von Schrittfolgen in Klarschrift¹¹ als Formen eines Computerprogramms. Die Eigenschaft Computerprogramm ist damit nur über die Funktion bestimmt und unabhängig von der jeweiligen Erscheinungsform.

2. Begleitmaterial

Gem. § 1 der Mustervorschriften der WIPO sind Begleitmaterial alle diejenigen Unterlagen, die nicht ein Computerprogramm oder eine Programmbeschreibung darstellen und dazu bestimmt oder geeignet sind, das Verständnis oder die Anwendung eines Computerprogramms zu fördern. Hierzu zählen das Benutzerhandbuch, das den Anwendungsbereich des Programms erläutert, und die Bedienungsanleitung, die die Arbeit mit dem Programm erklärt¹². Beides ist häufig in einem Dokument zusammengefaßt.

Abzugrenzen vom Begleitmaterial ist das Entwurfsmaterial, die Programmbeschreibung¹³. Das Entwurfsmaterial besteht lege artis aus dem Pflichtenheft, einer Beschreibung der Anforderungen an die Funktionen des Programms, an die zu verwendende Hardware und an die Interaktion mit dem Benutzer und einer detaillierten Beschreibung von Struktur, Funktionen, Algorithmen, Daten- und Dateiformaten sowie Schnittstellen¹⁴. Das Entwurfsmaterial dient der späteren Wartung und Weiterentwicklung.

Das Begleitmaterial stellt zusammen mit dem Entwurfsmaterial die Programmdokumentation dar¹⁵. Diese dient gem. DIN 66230 als Grundlage für die Entscheidung über den Einsatz des Programms und als Hilfsmittel bei Installation und Einsatz des Programms.

Im Bereich von Share- und Freeware liegt das Begleitmaterial meistens nicht in gedruckter, sondern in elektronisch gespeicherter Form vor. Eine gedruckte Version ist oft nur gegen zusätzliches Entgelt erhältlich.

¹¹ 2. Teil, Art. 1 I der Begründung zum Richtlinienvorschlag 91/250/EWG.

¹² Moritz/Tybusseck, Rn. 126.

¹³ Bömer, S. 17.

¹⁴ Moritz/Tybusseck, Rn. 127 ff.

¹⁵ Bömer, S. 16.

3. Software

Teilweise¹⁶ wird gefordert, den Begriff des Computerprogramms von dem der Software zu trennen. Während der erste Begriff enger sei, solle derjenige der Software neben dem eigentlichen Programm auch sämtliche Nebenprodukte des Entwicklungsprozesses und das Begleitmaterial umfassen¹⁷.

Da die Nebenprodukte des Entwicklungsprozesses als Entwurfsmaterial jedoch bereits dem engeren Begriff des Computerprogramms unterfallen¹⁸, ist dieser Differenzierung allenfalls teilweise zuzustimmen. Das Vorhandensein von Entwurfsmaterial ist jedenfalls kein Kennzeichen zur Abgrenzung des Begriffs der Software von dem des Computerprogramms¹⁹.

Der Begriff des Computerprogramms in den §§ 69a ff. UrhG umfaßt nicht das Begleitmaterial wie Bedienungshandbücher oder Wartungsdokumentation²⁰. Insofern wäre für einen weiteren Softwarebegriff Raum. Allerdings führt die Argumentation, daß das Begleitmaterial genauso wie das Programm schutzbedürftig und deswegen mit unter den Begriff der Software zu fassen sei²¹, nicht weiter. Begleitmaterial und Programmbeschreibungen unterfallen dem Schutzbereich des § 2 I UrhG²². In den §§ 2, 69a ff. UrhG ist ausschließlich von »Computerprogramm« die Rede, ein besonderer Schutz für »Soft-

¹⁶ Lutz, GRUR 1976, S. 331; Kindermann, GRUR 1983, S. 150; Engel, BB 1985, S. 1160; Erdmann, CR 1986, S. 251; Kilian, S. 10; Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Heussen, GRUR 1987, S. 784; Tiling, CR 1987, S. 81; Preuß, S. 11 ff.; Bömer, S. 13; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 137; Breidenbach, CR 1989, S. 873; Buchmüller, S. 3; Habel, S. 24; Junker, JZ 1989, S. 318; Emmerich, S. 3; Pöttsch, S. 30; Bartsch, CR 1992, S. 393; Pres, S. 10; Fritzsche, JuS 1995, S. 497; Steckler, WiB 1995, S. 729 f.; Alpert, CR 2000, S. 349 f.; Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69a, Rn. 4; vgl. auch OLG Karlsruhe, NJW 1989, 2630, 2631; ebenso DIN 44300 von 1988, Teil 1, Nr. I.13; weitergehend als einen nicht erschöpfend definierbaren Sammelbegriff Haberstumpf, Rn. 12; gegen Software als Sammelbegriff Hirschberg, CR 1988, S. 742; Junker, WM 1988, S. 1217; Koch, S. 48; Köhler, CR 1988, S. 75; v. Hellfeld, GRUR 1989, S. 471; Ruppelt, S. 4; Schneider, S. 3; Sickinger, S. 4; hier nochmals einschränkend König, S. 61, der als Software nur für zum Austausch bestimmte Programme bezeichnet; uneinheitlich verwendet von Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608.

Eine Differenzierung fordert auch Hübner, GRUR 1994, S. 883, allerdings vor anderem Hintergrund aus der Sicht der Informatik.

¹⁷ Alpert, CR 2000, S. 350, nimmt die Differenzierung umgekehrt vor und sieht »Computerprogramme« als den Oberbegriff für die ausführbare Software und die Bedienungsanleitung an.

¹⁸ Vgl. oben, A II 1.

¹⁹ Problematisch ist darüber hinaus die Trennung der Software von Hardware, insbesondere in Grenzbereichen sogenannter Firmware, vgl. v. Hellfeld, GRUR 1989, S. 480 f., König, S. 62 ff.; Pres, S. 11. Die hier zu untersuchenden Softwarearten bewegen sich jedoch nicht in diesem Bereich, so daß eine Abgrenzung unterbleiben kann.

²⁰ 2. Teil, Art. 1 I der Begründung zum Richtlinienentwurf 91/250/EWG.

²¹ Pres, S. 10; Preuß, S. 11.

²² So auch König, S. 60; Schricker/Loewenheim, § 69a, Rn. 6; Marly, Rn. 13.

ware« wird nicht normiert. Das Begleitmaterial unter den Begriff der Software zu fassen, würde damit keinen zusätzlichen Schutz bedeuten²³.

Die Abgrenzung von Computerprogramm und Software ist rechtlich vor allem dort problematisch, wo der mit »Software« bezeichnete Vertragsgegenstand genau bestimmt werden soll. Das kann jedoch nur im Einzelfall anhand der konkreten Umstände erfolgen.

Nach allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB²⁴ ist bei der Auslegung von Verträgen auch die Verkehrssitte zu berücksichtigen. Allgemein üblich ist es im Geschäftsverkehr, das Computerprogramm zusammen mit Benutzerhandbuch und Bedienungsanleitung als Software zu bezeichnen²⁵. Einzelfälle können Anhaltspunkte für ein anderes Verständnis bieten.

Der Begriff der Software umfaßt mithin in der Regel neben dem Computerprogramm auch dasjenige Begleitmaterial, das zur Anleitung des Anwenders bei der Nutzung des Programms vorgesehen ist.

4. Standardsoftware und Individualsoftware

Neben der Aufteilung in Computerprogramm und Begleitmaterial kann Software nach dem potentiellen Anwenderkreis in Standardsoftware und Individualsoftware unterteilt werden²⁶.

Von Standardsoftware wird gesprochen, wenn das Programm gleich einem Massenprodukt für viele Anwender produziert wird, ohne Anforderungen im Einzelfall berücksichtigen zu müssen²⁷. Der Preis für Standardsoftware liegt in der Regel niedriger als der für Individualsoftware. Gegenstand des Vertrags ist bei Standardsoftware nur die Überlassung der Software.

Individualsoftware liegt demgegenüber vor, wenn das Programm im Auftrag eines Kunden hergestellt und speziell auf dessen Bedürfnisse zugeschnitten ist²⁸. Neben der Überlassung ist hier auch die Herstellung des Programms eine Leistungspflicht des Herstellers gegenüber dem Anwender. Individualsoft-

²³ Wohl noch a.A. Stumpf/Groß, Rn. 743.

²⁴ BGB bezeichnet im folgenden das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung vom 31. Dezember 2001. Änderungen, die sich seit dem 1. Januar 2002 ergeben, sind in Fußnoten vermerkt.

²⁵ Vgl. auch Habel, Fn. 6: Dies war bereits das Ergebnis einer Befragung von Programmherstellern.

²⁶ BGH, NJW 1988, 406, 407; ebenso Mehrings, NJW 1986, S. 1904 f.; Bömer, S. 22; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 138; Hoeren, S. 3; Pres, S. 10 f.; Marly, Rn. 42; eine rein rechtswissenschaftliche Einteilung, ansonsten wird Software in der Regel nach ihrer technischen Aufgabe unterteilt, vgl. Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3129; kritisch auch Bartsch, CR 1992, S. 394, Fn. 6.

Allerdings verschwimmt die Grenze zwischen diesen beiden Softwarearten zunehmend, vgl. Müller-Hengstenberg, ZUM 1999, S. 219 m.w.N.

²⁷ Marly, a.a.O.

²⁸ Dörner/Jersch, a.a.O.

ware läßt sich wegen ihrer speziellen Anpassung meist nicht anderweitig einsetzen.

Share- und Freeware werden ohne spezielle Anpassungen für den einzelnen Nutzer einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Konzeptbedingt handelt es sich hierbei also stets um Standardsoftware.

5. Quellcode

Ein Quellcode²⁹ ist eine meist in einer höheren Programmiersprache abgefaßte, der menschlichen Ausdrucksweise angenäherte Folge von Befehlen³⁰.

Der Quellcode ist eine Form, in der ein Computerprogramm vorliegen kann. In dieser Form sind Programme nicht unmittelbar vom Computer ausführbar. Neben Befehlen kann der Quellcode auch Daten und Informationen für den Anwender sowie Informationen über den Code selbst enthalten. Diese Informationen verändern den Ablauf des Programms jedoch nicht.

Bevor das im Quellcode vorliegende Programm von einem Computer ausgeführt werden kann, muß es zunächst mittels eines »Compiler« oder »Interpreter« genannten Programms übersetzt werden.

6. Objektcode

Auch der Objektcode³¹ stellt eine Form eines Computerprogramms dar. Es handelt sich hierbei um den übersetzten, maschinenlesbaren Quellcode. Im Quellcode angegebene Kommentare werden nicht mit übersetzt.

Der Objektcode besteht aus einer unstrukturierten Folge von Zeichen, die in der Regel zur besseren Übersicht in hexadezimaler Schreibweise angezeigt werden und nur von einem Fachmann verstanden werden können.

Eine Rückumwandlung³² in einen Quellcode ist möglich. Dieser neue Quellcode ist aber sprachlich nicht identisch mit dem ursprünglichen Quellcode³³. Er enthält keinerlei Kommentare mehr und keine sinnvollen Variablenbezeichner, ist also wesentlich schwieriger zu verstehen als der ursprüngliche Quellcode.

7. Überlassung

Unter dem Vorgang der Überlassung einer Software sind die rechtlichen Vorgänge auf dem Markt beim Vertrieb von Software in den unterschiedlichsten wirtschaftlichen Gestaltungslagen zusammengefaßt.

²⁹ Auch Sourcecode, Quellformat, Quell-, Primär- oder Ursprungsprogramm genannt.

³⁰ Pres, S. 9.

³¹ Auch Objektformat, Objekt- oder Maschinenprogramm bzw. Maschinencode genannt.

³² Auch Reverse-Engineering oder Dekompilierung genannt.

³³ Bömer, S. 16.

Der Begriff der Überlassung hat keine juristisch feststehende Bedeutung³⁴. Durch diese Bezeichnung wird der zu untersuchende Vertragstypus also noch nicht rechtlich eingeordnet. Auch wird keine Einschränkung auf eine bestimmte Art der Software, auf die Dauer der Überlassung, den Überlassungszweck oder einen bestimmten Vertriebsweg vorgenommen.

8. Freeware

a. Definition von Freeware

Freeware ist Software, die der Autor veröffentlicht und jedem Interessierten zur unentgeltlichen Nutzung (in der Regel zum Kopieren, Verbreiten, Einsetzen³⁵) überläßt.

Der Verzicht auf das Entgelt ist dabei, bezogen auf Lebensdauer und Weiterentwicklung eines Programms, nicht immer endgültig. Teilweise werden zunächst als Freeware veröffentlichte Programme in späteren Versionen als Shareware oder auf dem normalen Vertriebsweg veröffentlicht.

Das Veröffentlichende geschieht bei Freeware meist über das Internet, Mailbox-Netzwerke, Share- und Freeware-CDs sowie durch Weitergabe der Kopien von Anwender zu Anwender in einer Art Schneeballsystem, ohne daß durch die Verbreitung des Programms oder auch für den Druck von Handbüchern oder Werbemaßnahmen Kosten für den Autor entstehen. Dadurch wird innerhalb kurzer Zeit eine flächendeckende Verbreitung erreicht. Auch üblich ist das Verteilen über Freeware- und Sharewarehändler, wobei der Anwender in diesen Fällen an den Händler eine als »Vermittlungsgebühr« oder »Kopiergebühr« bezeichnete Zahlung leistet und eine Diskette oder eine CD-ROM mit Software erwirbt.

Für die Autoren ist bei der Verbreitung ihrer Software als Freeware grundsätzlich wichtig, daß die Software zwar von anderen unentgeltlich genutzt werden kann, der Anwender aber keine darüber hinausgehenden Rechte erhält. Insbesondere das Verändern des Programms oder das Übernehmen des Quellcodes, auch in Teilen, in eigene Programme sind dem Anwender häufig nicht oder nur in Ausnahmefällen gestattet³⁶.

³⁴ Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 137; Koch, S. 276; Moritz, CR 1989, S. 1053 ff.; Heymann, CR 1991, S. 7 ff.; König, S. 179 ff.; Pres, S. 17; Marly, Rn. 34.

³⁵ Vgl. IBM License Agreement for OS/2 Tools, s. Anhang, F IV.

³⁶ Vgl. z.B. den »Elektronik-Endbenutzerlizenzvertrag« des Adobe Acrobat Readers 4.0 für Windows 95 und 98, deutsch, Punkt 3: »[...] Sie verpflichten sich, die Software nicht zu ändern, anzupassen, zu übersetzen, rückzuentwickeln, zu dekompileieren, zu disassemblieren oder auf andere Weise zu versuchen, den Quellcode der Software herauszufinden. [...]«.

b. Entstehungsgründe

Die Gründe dafür, daß ein Autor seine Software anderen unentgeltlich zur Verfügung stellt, sind vielfältig.

Zum Teil sind die Autoren Hobbyisten, die Programme in ihrer Freizeit aus Idealismus schreiben³⁷ oder die der Ansicht sind, daß sich eine rein kommerzielle Vermarktung ihrer Programme nicht lohne. Auch bedeutet der Vertrieb als Shareware einen gewissen Aufwand für den Autor, den er aufgrund der geringen Anzahl der zu erwartenden Registrierungen³⁸ nicht immer auf sich nehmen möchte. Darüber hinaus bietet der Vertrieb als Freeware dem Autor die Möglichkeit, auf eigene Fähigkeiten aufmerksam zu machen und dadurch Programmieraufträge zu erhalten³⁹.

Des weiteren wird Freeware auch von Unternehmen zu Werbezwecken eingesetzt, z.B. um ein bestimmtes Dateiformat zu verbreiten und allgemein bekannt zu machen⁴⁰. Die Kosten beschränken sich dabei auf die Erstellung einer Software, die auf das Unternehmen hinweist. Das Programm wird breitflächig verteilt, ohne daß das Unternehmen für Vertrieb, Vermarktung oder die Herstellung von Programmkopien selbst Kosten aufwenden muß. Das einmalige Einspeisen in das Schneeballsystem der Verbreitung ist ausreichend, beispielsweise durch Angebot auf der unternehmenseigenen Webseite.

Eine Variante dieser Werbung ist die Verteilung von kostenloser Demonstrations-Software. Dabei handelt es sich um funktionseingeschränkte Versionen kommerziell erwerbbarer Software. Demonstrations-Software möchte der Autor dem Anwender meistens für eine beliebig lange Zeit zur Nutzung überlassen. Der Zweck ist dabei, in dem Anwender das Bedürfnis zu wecken, die zugehörige kommerzielle Software zu erwerben.

Ein Teil der Freeware stammt auch von Mitarbeitern großer Softwarehäuser, die für ihre tägliche Arbeit Hilfsprogramme entwickelt haben, die anschließend zur Unterstützung des Produktes der Allgemeinheit zugänglich gemacht wurden⁴¹. Andere solche Hilfsprogramme wurden zur Vermeidung unnötiger Parallelentwicklungen veröffentlicht⁴².

³⁷ Marly, Rn. 285.

³⁸ Das Erbringen der Gegenleistung für die dauerhafte Nutzung von Shareware wird Registrierung genannt, näher zur Shareware unten, A II 9.

³⁹ Sickinger, S. 12; Marly, Rn. 285.

⁴⁰ So z.B. die kostenlose Abgabe des Adobe Acrobat Readers von Adobe Systems Inc. zur Verbreitung des plattformunabhängigen PDF-Dateiformates mit dem Zweck, Adobe Acrobat zu verkaufen.

⁴¹ Vgl. IBM License Agreement for OS/2 Tools, s. Anhang, F IV.

⁴² Marly, Rn. 285.

Einige Freeware-Programme entstehen auch deswegen, weil der Autor Quellcodes verwendet, die mit der Maßgabe freigegeben wurden, daß jedes sie verwendende Programm ebenfalls frei erhältlich sein muß.

c. Public Domain Software

Teilweise wird Public Domain Software mit Freeware gleichgesetzt⁴³, zum Teil auch als Oberbegriff⁴⁴ für Freeware und Shareware verwendet⁴⁵. Bisweilen wird Freeware auch als vollständig freigegebene Software bezeichnet, während Public Domain Software dem Anwender Restriktionen auferlegt⁴⁶.

Das Gegenteil der letztzitierten Ansicht entspricht jedoch der gängigen Terminologie in den betroffenen Verkehrskreisen⁴⁷: Bei Freeware handelt es sich, wie gerade dargestellt, um Software, deren Nutzung unentgeltlich ist, während sich der Autor sonstige Rechte vorbehält. Das englische Wort »free« ist hier im Sinne von frei, also unentgeltlich gemeint. Public Domain Software geht über diese Freiheit hinaus. Die Übersetzung der englischen Bezeichnung »public domain« suggeriert, daß die Software im Eigentum der Allgemeinheit steht⁴⁸. Gemeint ist hiermit, daß der Anwender nach dem Willen des Autors mit dem Programm machen können soll, was ihm beliebt, einschließlich der ansonsten regelmäßig nicht gestatteten Rückübersetzung und der Übernahme des Quellcodes in eigene Programme⁴⁹. Public Domain Software wird deswegen häufig zusammen mit dem zugehörigen Quellcode verbreitet.

Public Domain kann somit als eine spezielle Art von Freeware mit weitergehenden Verwendungsmöglichkeiten für den Anwender gesehen werden.

Die Entstehungsgründe für Public Domain Software entsprechen denen für Freeware. Es kommen hier jedoch zwei weitere hinzu. Zum einen wurde in

⁴³ Kilian/Heussen/Moritz, Kap. 42, Rn. 183; Marly, Rn. 280, 288; ders., JurPC 1990, S. 615; ihm folgend Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 3; so auch Schulz, CR 1990, S. 296; Sickinger, S. 11 f.; ähnlich von der Begrifflichkeit Herberger, IuR 1987, S. 87; anders Marly, Rn. 282.

⁴⁴ Ähnlich OLG Düsseldorf, CR 1995, 730, 730, mit dem Hinweis, auch Vollversionen von Shareware würden als Public Domain vertrieben. Dies birgt aufgrund der Tatsache, daß Vollversionen von Shareware bezahlte Shareware sind, einen nicht zu behebbenden Widerspruch in sich.

⁴⁵ Hoeren, CR 1989, S. 888; ders., Rn. 445 ff.; Steckler, WiB 1995, S. 730; Junker, NJW 1998, S. 949; Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 30, Rn. 65;

anders Vogt, WiB 1996, S. 501, der Public Domain mit Shareware gleichsetzt.

⁴⁶ Haberstumpf, Rn. 156; Pres, S. 86.

⁴⁷ Grell/Ehrmann, c't 1996, S. 156; sachlich ähnlich die Unterteilung in »völlig freie« und »privatfreie« Public Domain Software bei Herberger, IuR 1987, S. 87.

⁴⁸ Zur rechtlichen Bedeutung der Bezeichnung als »Public Domain« genauer unten, B II c (3).

⁴⁹ Vgl. z.B. »Lizenzbestimmungen« zum PublicDomain-Zmodem v1.26 von Peter Mandrella: »PD-Zmodem selbst unterliegt keinem Copyright oder -left, ist nirgendwo eingetragen und darf für alles verwendet werden, was Ihnen Spaß macht (sofern es sinnvoll ist, dabei ein Zmodem zu verwenden). Sie dürfen auch darin herumdebuggen und reverseengineeren, bis Ihnen schlecht wird.«

den Vereinigten Staaten die Entwicklung von Software als Forschungsprojekt teilweise mit Steuergeldern finanziert. Daraus hervorgehende Software durfte nach amerikanischer Gesetzgebung nicht kommerziell vermarktet werden⁵⁰, oder die Finanzierung erfolgte schon unter der Bedingung, daß die fertigen Programme jedermann frei zugänglich sein müßten⁵¹.

Zum anderen fehlte bei in Zeitschriften abgedruckten Quellcodes häufig der Copyright-Vermerk, was bis zum Beitritt der Vereinigten Staaten zur Revidierten Berner Übereinkunft 1988 dazu führte, daß diese Programme nicht voll urheberrechtlich geschützt waren⁵².

d. Die Open Source Lizenzen

Als Open Source Lizenz werden alle Lizenzen bezeichnet, die die Freigabe eines Programms inkl. Quellcode an bestimmte Voraussetzungen binden⁵³. Die Open Source Lizenzanforderungen verlangen dabei vom Autor eines Programms, das dieser als Open Source veröffentlichen möchte, daß er der Allgemeinheit die Verwendung und Veränderung des Quellcodes zu beliebigen Zwecken gestattet. Hinsichtlich der Verwendung des bearbeiteten Quellcodes trifft die Open Source Definition keine Regelung⁵⁴. Es handelt sich bei Open Source Software um eine besonders geregelte Form von Public Domain Software⁵⁵.

Der Zweck dieser Definition besteht darin, frei zugängliche Software für eine unabhängige Prüfung, beständige Verbesserung und Auslese, basierend auf dem Evolutionsprinzip, zur Verfügung zu stellen, um eine hohe Verlässlichkeit und Funktionalität zu erreichen⁵⁶. Hierfür sollen möglichst viele Programme offen für alle zugänglich sein, so daß sie von Programmierer zu Programmierer verbessert werden können.

Diese Open Source Lizenzen haben einen nennenswerten Anteil an der in immer größerer Zahl erhältlichen freien Software, denn oft enthalten diese Lizenzen einen in bezug auf Punkt 3 der Open Source Lizenz verschärften Pas-

⁵⁰ Schulz, CR 1990, S. 297; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 13; ähnlich Steckler, WiB 1995, S. 730.

⁵¹ Marly, Rn. 284.

⁵² Marly, Rn. 288.

⁵³ Vgl. Open Source Lizenz, s. Anhang, F I.

⁵⁴ a.A. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 839, Fn. 4, die der Ansicht sind, daß der Bearbeiter eines als Open Source vertriebenen Programms seinerseits das Programm ebenfalls als Open Source vertreiben müßte. Die Open Source Definition gestattet eine solche Forderung zwar in Lizenzen, Vgl. G I 3, sie erfordert eine solche Regelung allerdings nicht.

⁵⁵ a.A. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 839, Fn. 4, die dies als neue, eigenständige Form der Softwareüberlassung ansehen.

⁵⁶ Rationale for the Open Source Definition, Einleitung.

sus, demgemäß das aus den freien Sourcen entwickelte Programm ebenfalls als Open Source erhältlich sein muß⁵⁷.

Beispiele für zur Open Source Definition konforme Lizenzen sind die GNU General Public License, die GNU Library General Public License, die BSD-License und die IBM Public License.

9. Shareware

a. Shareware allgemein

Ein Programm wird als Shareware⁵⁸ bezeichnet, wenn der Autor jedem unentgeltlich das Kopieren und Verbreiten gestattet und es zunächst jedem Benutzer kostenlos zur Erprobung zur Verfügung stellt, nach einer bestimmten Zeit der Nutzung aber eine Gegenleistung verlangt⁵⁹. Die für jeden zum Testen kostenlose Version des Programms wird Prüfversion genannt, teilweise auch als Test-Version oder Shareware-Version bezeichnet.

Hinsichtlich der Veröffentlichung werden für Shareware dieselben Wege wie bei Freeware⁶⁰ besprochen, so daß auch hier eine Verbreitung der Software gleichsam von selbst erfolgt⁶¹ und die Benutzung und Weiterverbreitung für jeden frei ist. Ebenso wirkt sich auch hier für den Autor vorteilhaft aus, daß er keine Kosten für Werbemaßnahmen oder den Druck eines Handbuchs aufwenden muß.

Als Gegenleistung ist bei Shareware meistens ein Geldbetrag vorgesehen, der u. a. wegen der günstigen Vertriebsmöglichkeiten relativ niedrig liegt. Preise über 200,-- DM sind selten.

Speziellere Arten der Shareware zeichnen sich durch abweichende Gegenleistungen aus, sei es, daß bei sog. Mindware⁶² die Höhe des Entgelts oberhalb einer Grenze frei wählbar ist, sei es, daß vollkommen andere Gegenleistungen verlangt werden wie eine Postkarte bei Cardware, ein Fax bei Faxware, eine

⁵⁷ Vgl. Punkt 2b der GNU Public Licence, Version 2.

⁵⁸ Teilweise auch User Supported Software genannt, vgl. Herberger, IuR 1987, S. 87; Marly, JurPC 1991, S. 940.

⁵⁹ Herberger, IuR 1987, S. 87 f.; Schulz, CR 1990, S. 297; Heymann, CR 1991, S. 7; Sickinger, S. 11 f.; Pres, S. 86; Werner, CR 1996, S. 727; Marly, Rn. 325; ebenso LG München I, CR 1993, 143, 144; ähnlich Hoeren, CR 1989, S. 890, der aber noch weitere Gegenleistungen des Autors im Fall einer Registrierung wie Updates oder Handbücher als Regelfall ansieht.

⁶⁰ Vgl. A I 8 a.

⁶¹ Werner, CR 1996, 727, erklärt den Namen Shareware aus der Zusammensetzung des englischen Verbs »to share« und Software – es handelt sich also um Software, die verbreitet werden soll.

⁶² Lizenzbestimmungen von Cursory v2.6 von Jens Rathmann: »*CURSORY is »Mindware«. The registration fee is not fixed, but it should have two digits. Please write down the amount you think this program is worth.*«

elektronische Nachricht bei Mailware, eine CD oder CD-ROM bei CDware oder auch ein Bier für den Fall, daß sich Autor und Anwender irgendwann einmal treffen sollten⁶³.

Auch wenn die Forderung der Gegenleistung teilweise als Bitte formuliert wird, so bedeutet das nicht, daß der Shareware-Autor regelmäßig davon ausgeht, daß keine Pflicht zur Zahlung besteht. Formulierungen als Bitten rühren häufig aus der jedenfalls wirtschaftlichen Sinnlosigkeit, internationale Forderungen über niedrige Geldbeträge durchzusetzen⁶⁴ oder auf einer Höflichkeit des Autors gegenüber den Anwendern seines Programms. Im Einzelfall kann es trotz dieser Gepflogenheiten vorkommen, daß der Autor tatsächlich keine Zahlungspflicht für den Anwender begründen möchte. In solchen Fällen handelt es sich bei dem Programm trotz gegenteiliger Bezeichnung nicht um Shareware, sondern um grundsätzlich kostenlose Freeware.

Nach der Zahlung der Gegenleistung, der sog. Registrierung, wird dem Anwender meistens entweder ein neues Programm zugesendet, das keinen Shareware-Hinweis enthält und von ggf. eingebauten zusätzlichen Beschränkungen in Funktion oder Laufzeit befreit ist, oder der Anwender erhält einen Schlüssel, eine Datei oder einen Zeichencode, mit dem er das Programm von eingebauten Erinnerungen und Restriktionen befreien kann.

Diese »registrierte« Programmversion, auch Vollversion genannt, darf der Anwender dann für unbestimmte Zeit nutzen. Vollversionen sind keine Shareware im beschriebenen Sinn mehr, da sie nicht so frei vervielfältigt und verbreitet werden dürfen. Sie sind vielmehr mit Programmen vergleichbar, die auf herkömmlichem Weg überlassen werden.

b. Entstehungsgründe

Das Shareware-Konzept entstand Anfang der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten. Die dahinterstehende Idee wird Andrew Flugelman, dem ehemaligen Microsoft-Mitarbeiter Bob Wallace und dem ehemaligen IBM-Mitarbeiter, späteren Gründer von Buttonware und Mitbegründer der Association of Shareware Professionals (ASP) Jim Knopf zugeschrieben⁶⁵, der seine Programme unter dem Pseudonym Jim Button veröffentlichte⁶⁶. Die Autoren hielten Software allgemein für zu teuer und kritisierten gleichzeitig, daß nur der geringste Teil des von dem Anwender zu zahlenden Entgelts beim Autor ankomme. Es entwickelte sich die Ansicht, daß die Anwender auch frei-

⁶³ Lizenzbestimmungen von ChatUser v4.0 von Volker Imre: »*ChatUser is Beerware, so if you use it and we meet, you have to pay me a beer.*«.

⁶⁴ Vgl. Hoeren, CR 1989, S. 890; ders., Rn. 457.

⁶⁵ Grell/Ehrmann, c't 1996, S. 156; Kremer, S. 64.

⁶⁶ Typemania-Newsletter Nr. 50 v. 23. Aug. 2000.

willig für etwas zahlen würden, was sie nützlich finden, zumal wenn sie durch ihre Zahlung den Autor direkt und keine Vertriebshändler unterstützen⁶⁷. Die ersten Shareware-Applikationen waren die Dateiverwaltung PC-File von Jim Knopf und PC-Talk von Andrew Flugelman. Jim Knopf hatte 1981 seine Applikation zusammen mit der Bitte versandt, Anwender des Programms mögen ihm bei Gefallen 10 US\$ spenden und das Programm weitergeben. Nachdem das Prinzip im PC-World Magazine vorgestellt worden war, fand es so großen Anklang, daß es innerhalb kürzester Zeit von anderen Autoren übernommen wurde und sich etablierte⁶⁸.

Auch heute noch ist ein großer Vorteil des Shareware-Konzepts darin zu sehen, daß das Entgelt des Anwenders aufgrund des eigenständigen Vertriebssystems, das nicht finanziert zu werden braucht, in vollem Umfang dem Autor zugute kommt. Zwischen Autor und Anwender besteht ein enges und direktes, von Distributoren unabhängiges Verhältnis. Kosten für den Druck eines Handbuchs sowie Werbekosten entstehen häufig nicht, wodurch das Programm für den Anwender günstiger wird. Zudem bietet das System dem Anwender den Vorteil, daß er zunächst feststellen kann, ob ein Programm seinen Anforderungen genügt, bevor er dafür ein Entgelt zahlt.

Schließlich bietet das Shareware-Konzept auch einige der schon für Freeware aufgezählten Vorteile für die Autoren: Der Autor kann diesen Vertriebsweg nutzen, um sich und sein Produkt bekannt zu machen, so daß er auf diesem Weg neue Programmieraufträge oder einen Distributor für den herkömmlichen Vertrieb seiner Programme bekommen kann⁶⁹.

10. Demonstrations-Versionen

Häufig werden inzwischen sog. Test- oder Demo-Versionen von Softwarepaketen angeboten. Sofern diese Demonstrations-Versionen nicht in ihrer Verbreitung beschränkt sind, also wie Shareware und Freeware für jeden frei kopierbar sind, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung dieser Demonstrations-Versionen von Freeware und Shareware.

Zweck der Demonstrations-Softwarepakete ist durchgängig, den Anwender zum Erwerb der uneingeschränkten Version, der sog. Vollversion, zu animieren. Insofern liegt die Einordnung als Shareware nahe. Shareware ist jedoch im Gegensatz zu Freeware nur begrenzt frei nutzbar. Mit Eintritt einer Be-

⁶⁷ Kremer, a.a.O.

⁶⁸ Grell/Ehrmann, c't 1996, S. 156; Typemania-Newsletter Nr. 50 v. 23. Aug. 2000.

⁶⁹ Vgl. nur »PaintShop Pro« von Jasc: Erster, gescheiterter Versuch der Umstellung LG München I, CR 1993, 143 ff.; seit Version 5 heißt die kostenlose Version nun »Demo-Version« und darf nicht mehr privat weitergegeben werden.

dingung, typischerweise nach Ablauf der Testzeit, bei Gefallen oder bei regelmäßiger Nutzung, muß für die weitere Nutzung ein Entgelt gezahlt werden.

Darf die frei kopierbare Demonstrations-Version also nur für eine bestimmte Zeit genutzt werden und muß nach Ablauf dieser Zeit die Vollversion der Software erworben werden⁷⁰, dann unterscheidet sich die Demonstrations-Version nur in ihrer Bezeichnung, nicht aber sachlich von sonstiger Shareware. Sie ist somit wie Shareware zu behandeln.

Wenn die Demonstrations-Version zwar funktionell eingeschränkt ist, in dieser Form aber für eine beliebige Zeit genutzt werden kann⁷¹, dann handelt es sich de facto um Freeware, die lediglich zusätzlich die Aufgabe der Werbung erfüllt, rechtlich jedoch nicht anders als Freeware zu behandeln ist.

Hinsichtlich frei kopierbarer Demonstrations-Versionen ergeben sich somit bei der rechtlichen Behandlung keine Unterschiede zu Freeware oder Shareware⁷².

⁷⁰ Vgl. den »Elektronik-Endbenutzerlizenzvertrag« für Adobe Tryout-Versionen von Adobe Systems Incorporated, <http://www.adobe.de/cgi/regdownload.cgi>

⁷¹ Vgl. Kfz-Office von Weltz EDV-Beratung: »*Abweichend vom Verbot der Vervielfältigung und Weitergabe an Dritte darf der Kunde jedoch die auf der CD-ROM/Diskette enthaltene Demoversion des Programms auf CD-ROM/Disketten kopieren und an Dritte unentgeltlich weitergeben*«.

⁷² Anders Schulz, CR 1990, S. 298, der als Demonstrations-Versionen diejenigen Shareware-Programme bezeichnet, die gegenüber der Vollversion funktionell eingeschränkt sind.

B. RECHTLICHE EINORDNUNG DER ÜBERLASSUNGSVERTRÄGE

I. Bedeutung der rechtlichen Einordnung

Grundlage für Rechtssicherheit und wirtschaftliche Kalkulation beim Gütertausch ist die eindeutige Zuordnung der Softwareüberlassungen zu Vertragstypen. Nur auf diese Weise ist ein gesichertes juristisches Umfeld für Autoren und Anwender von Free- und Shareware erreichbar. Und nur auf dieser Grundlage ist es möglich, die dem Anwender häufig als AGB präsentierte »Nutzungs-« oder »Lizenzbedingungen«⁷³ anhand des wesentlichen Grundgedankens der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung bzw. der wesentlichen Rechte und Pflichten des Vertrags (§ 9 II AGBG⁷⁴) einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Auch für die Ermittlung des anzuwendenden Gewährleistungsrechts und der anzuwendenden Verjährungsvorschriften ist die vertragsrechtliche Einordnung Voraussetzung⁷⁵, ebenso für die Feststellung, ob bestimmte Gültigkeitsvoraussetzungen (z.B. die §§ 313, 518 BGB⁷⁶) bestehen⁷⁷.

Zur Typisierung des Vertrags im Rahmen der vorzunehmenden gegenstandsbezogenen Betrachtung ist der jeweilige Vertragsinhalt der zu untersuchenden Überlassung zu ermitteln. Als Kriterien für diesen sind in erster Linie die Leistungspflichten zu betrachten, die vereinbart wurden, um den Interessen der Parteien Geltung zu verschaffen und den Vertragszweck zu erreichen. Anhaltspunkte zur Bestimmung der Leistungspflichten können auch aus einer Untersuchung des Leistungsgegenstandes gewonnen werden.

Im Anschluß ist die Eignung der verschiedenen Vertragsarten zur Erreichung dieses Vertragsinhaltes und zum Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien zu bewerten.

Zudem sind die ausgeglichenen Parteiinteressen als Prüfungsmaßstab bei einer Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln gem. § 9 AGBG heranzuziehen⁷⁸.

II. Leistungsgegenstand

Gegenstand der Leistungspflichten der zu betrachtenden Überlassungsverträge ist Software in Form von Shareware, Freeware oder Public Domain Soft-

⁷³ Zur Einstufung dieser Bedingungen als AGB sowie zur rechtlichen Würdigung häufig verwendeter Klauseln vgl. C.

⁷⁴ Zum 1. Januar 2002 wurde das AGBG als §§ 305 bis 310 in das BGB inkorporiert.

⁷⁵ König, NJW 1993, S. 3121; ders., Rn. 602; Pres, S. 18; Marly, Rn. 33.

⁷⁶ Die Vorschriften entsprechen im ab 1. Januar 2002 geltenden BGB den §§ 311b Abs. 1, 518 BGB.

⁷⁷ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 119.

⁷⁸ Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rn. 4.

ware. Diese Software wird teilweise auf Datenträgern, häufig aber ohne diese über Netzwerkverbindungen überlassen. Im ersten Fall sind auch die Datenträger Leistungsgegenstand. Sie werden jedoch nur als Transportmittel für die Software verwendet, auf das es den Parteien nicht zentral ankommt. Deswegen sind die eingesetzten Datenträger nicht Gegenstand einer Hauptleistungspflicht und damit für die Typisierung der Überlassung des Programms selbst zu vernachlässigen.

Zu klären sind in einem allgemeinem Teil zunächst die Sachqualität von Programmen sowie der urheberrechtliche Schutz von Shareware, Freeware und Public Domain Software. Auch wenn die Ergebnisse dieser Einordnungen jeweils noch keinen bestimmten Vertragstyp bedingen⁷⁹, da beispielsweise Sachen im Sinne des § 433 I BGB entgegen § 90 BGB auch sonstige im wirtschaftlichen Verkehr anerkannte Güter sein können⁸⁰, so sind sie dennoch als Vorfragen zur Bestimmung der Vertragstypen zu klären. Denn erst die Klarheit über den Vertragsgegenstand ermöglicht eine sachgerechte Auslegung der Erklärungen der Vertragsparteien und damit eine interessengerechte und den Besonderheiten des Vertragsgegenstands Rechnung tragende Typisierung geschlossener Verträge. Der Urheberrechtsschutz hat zudem über die §§ 69d Abs. 1, 69g Abs. 2 UrhG unmittelbaren Einfluß auf den Vertragsinhalt.

Die Bestimmung des Leistungsgegenstandes ist überdies für eine genaue Ermittlung der Leistungspflichten erforderlich.

1. Computerprogramme als Sachen im Sinne des § 90 BGB

Heftig umstritten und immer noch nicht geklärt⁸¹ ist die Frage, ob es sich bei Software, genauer Computerprogrammen, um Sachen im Sinne des § 90 BGB handelt.

⁷⁹ Busse, CR 1996, S. 389; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, S. 137; vgl. auch BGH, NJW 1990, 320, 321; AG Ansbach, CR 1995, 278, 279 sowie Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142; Michalski/Bösert, S. 7;

für die Unbeachtlichkeit eines bestehenden urheberrechtlichen Schutzes Mehrings, GRUR 1985, S. 192; Hoeren, Rn. 44; Junker, JZ 1989, S. 321; Malzer, S. 80; Henssler, MDR 1993, S. 489; Köhler/Fritzsche, Rn. 13; Sickinger, S. 74; Marly, Rn. 110; a.A. Kindermann, GRUR 1983, S. 156; Ruppelt, S. 22; Lehmann, CR 1994, S. 279; für eine Unbeachtlichkeit wenigstens hinsichtlich des Gewährleistungsrechts BGH, NJW 1988, 406, 407 und Engel, BB 1985, S. 1161; a.A. Heussen, GRUR 1987, S. 783.

⁸⁰ Schneider, CR 1994, S. 385; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 26, 52 ff.; MüKo/Westermann, § 433, Rn. 20; Köhler/Fritzsche, Rn. 29; Jauernig/Vollkommer, § 433, Rn. 26; Palandt/Putzo, § 433, Rn. 1, 3-5; vgl. auch schon das weite Verständnis in Motive II, S. 317; a.A. Bydliński, AcP 198, S. 300 f.; speziell für Programme Steckler, WiB 1995, S. 731.

⁸¹ Volle, CR 1996, S. 140; ders., NJW-CoR 1997, S. 114; Junker, NJW 1998, S. 950; Weitz, S. 17; Ulmer, CR 2000, S. 494; vgl. auch Junker, NJW 1999, S. 1299; Bartsch, CR 2000, S. 9.

a. Argumente für die Sacheigenschaft von Programmen

(1) Möglichkeit der Verkörperung

Als anschaulicher Ausgangspunkt für eine Argumentation zugunsten der Sachqualität von Programmen bietet sich der Hinweis auf die bestehenden Verkörperungen von Computerprogrammen an: Programme können in ihrem Quellcode oder auch im Objektcode als sog. Programmlistings in Computerzeitschriften abgedruckt werden⁸². In dieser Weise, wird angeführt, habe man sich auch die Verkörperung von Programmen auf Datenträgern jeder Art vorzustellen, es handele sich dabei lediglich um abbeschriebene Programmlistings⁸³. Auch stelle die Lieferung eines verkörperten Programms die wichtigste Form des Handels mit Standardprogrammen dar, erst die Verkörperung auf einem Datenträger gebe dem Anwender die gewünschten Nutzungs- und Rückgriffsmöglichkeiten auf das Programm⁸⁴.

Allein die Möglichkeit der Verkörperung stellt aber keinen ausreichenden Grund dafür dar, das Verkörperte selbst als körperlichen Gegenstand, also als Sache anzusehen. Auch als immateriell anerkannte Güter wie z.B. Know-how⁸⁵ können verkörpert, in Büchern oder als Daten auf Datenträgern, niedergelegt werden, ohne daß dies einen Einfluß auf den Charakter des Gutes an sich hat⁸⁶. Die Verkörperung erleichtert oder ermöglicht es zwar, Kenntnis von dem Gut zu nehmen, und mag deswegen für den Empfänger wünschenswert sein. Sie hat aber auf die Sachqualität des verkörperten Gutes selbst keinen Einfluß und ist auch keinesfalls zur Existenz unbedingt notwendig⁸⁷.

Ebensolches gilt für die Herleitung der Körperlichkeit von Programmen aus Firmware oder fester Verdrahtung⁸⁸: Ein Programm kann nicht nur in einem flüchtigen Speicher⁸⁹, sondern auch in einem dauerhaften Speicher festgelegt

⁸² Hoeren, Rn. 76; Marly, Rn. 91; ders., BB 1991, S. 432. So auch BGH, NJW-RR 1986, 219.

⁸³ Hoeren, Rn. 76.

⁸⁴ Henssler, MDR 1993, S. 490 f.; Hoeren, Rn. 75; anders Pres, S. 21, der darauf hinweist, daß die Art der Verkörperung beim Transport unwichtig sei, die ihm wichtige Verkörperung nehme der Anwender anschließend selbst vor, i.d.R. auf der Festplatte; auch der BFH, CR 1987, 576, 579 und CR 1992, 332 weist darauf hin, daß das Eigentum an dem jeweiligen Datenträger für den Anwender von nachrangiger Bedeutung sei; anders allerdings BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429.

⁸⁵ Gitter, S. 436.

⁸⁶ In dieser Richtung anschaulich Ulmer, CR 2000, S. 494, Fn. 22: So wenig das Notenblatt die Musik ist, so wenig ist der Datenträger das Programm.

⁸⁷ Vgl. nur die Möglichkeit, Software auch unkörperlich über Datenfernübertragungs-Verbindungen zu überlassen; dazu mehr im folgenden.

⁸⁸ König, Rn. 293 ff.

⁸⁹ Anders, da Programme im RAM (random access memory) nicht als verkörpert ansehend, Abel, CR 1999, S. 681; Bösert, S. 148.

werden. Dadurch erhält man allerdings nur eine weitere Verkörperung des Programms, vergleichbar mit einem Abdruck des Quellcodes eines Programms, das in einem flüchtigen Speicher dasselbe zu bewirken fähig wäre.

Ein zwingender Grund für die Sacheigenschaft von Programmen ist in der Möglichkeit der Verkörperung von Programmen mithin nicht zu erkennen.

(2) Vergleich mit Büchern

Außer auf die Möglichkeit des Abdrucks eines Programmlistings in Zeitschriften wird zudem auf eine Parallele zu Büchern hingewiesen⁹⁰: Die Verkörperung von Programmen sei nicht nur möglich, sondern ein Informationsträger (Papier, Datenträger) sei erforderlich, um auf die Informationen beliebig zugreifen zu können⁹¹. Gleiches gelte für Bücher⁹², die gemeinsam mit ihrem Inhalt Sachen im Sinne des § 90 BGB darstellten. Auch bei Büchern bestehe der Zweck des Erwerbs in der Informationserlangung und der jederzeitigen Rückgriffsmöglichkeit auf die enthaltenen Informationen⁹³. Ein Vergleich mit Videofilmen⁹⁴ zeige zudem, daß die technische Komponente der Programme hier keinen Unterschied mache: Auch Videofilme enthielten Informationen, die zunächst maschinell verarbeitet werden müßten, bevor sie intellektuell aufgenommen werden könnten⁹⁵. Bücher wie Videofilme würden dennoch im Wege des Sachkaufs überlassen. Aus der Vergleichbarkeit der Überlassungen lasse sich schließen, daß der Datenträger mitsamt dem Programm wie ein Buch oder eine Videokassette ein körperlicher Gegenstand sei, unabhängig vom wirtschaftlichen Wert des Informationsträgers⁹⁶.

Dieser Betrachtungsweise ermangelt es allerdings an einer notwendigen Differenzierung: Da der Sachbegriff des § 433 BGB alle im wirtschaftlichen Ver-

⁹⁰ BGH, NJW 1988, 406, 407; BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429; so auch Kindermann, GRUR 1983, S. 159; Engel, BB 1985, S. 1162; Bohlig, CR 1986, S. 128; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 141f; Hoeren, GRUR 1988, S. 342; Kort, CR 1990, S. 174; Endler/Daub, CR 1993, S. 603; König, NJW 1993, S. 3122; Paulus, ZIP 1996, S. 3; Marly, Rn. 92; vorsichtig Bydliński, AcP 198, S. 295 f.; an der Vergleichbarkeit zweifelnd Brandi-Dohrn, CR 1986, S. 66; Maier, NJW 1986, S. 1912; Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Hauter, CR 1987, S. 581; Heussen, GRUR 1987, S. 780 f.; Junker, Rn. 319 f.; Ruppelt, S. 19; ders., CR 1988, S. 994; Bormann/Bormann, DB 1991, S. 2645; König, Rn. 363 ff.; den Vergleich mit einem Buch als Argument gegen die Sacheigenschaft des Programms bringt Köhler, CR 1987, S. 830; ähnlich Haberstrumpf, GRUR 1982, S. 150; ; Tellis BB 1990, S. 501; Köhler/Fritzsche, Rn. 5, 6; Lehmann, S. 546 f.

⁹¹ Marly, Rn. 96; ebenso König, Rn. 365, der das allerdings als ein Merkmal sieht, das das Programm gerade von einem Buch unterscheidet.

⁹² Marly, Rn. 95.

⁹³ Hoeren, Rn. 78.

⁹⁴ Marly, Rn. 97; ähnlich Hoeren, GRUR 1988, S. 342.

⁹⁵ Marly, a.a.O.

⁹⁶ Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142; Henssler, MDR 1993, S. 490 f.; Marly, Rn. 95, 97, ders., BB 1991, S. 433.

kehr anerkannten Güter umfaßt⁹⁷, bedingt die Einordnung einer Überlassung als Sachkauf nicht, daß lediglich körperliche Gegenstände im Sinne des § 90 BGB gehandelt werden. Wie zugestanden wird, kann zwischen dem Spielfilm und der Videokassette, auf der er verkörpert ist, differenziert werden⁹⁸. Auf die gleiche Weise kann ein Buch von dessen unkörperlichem, geistigen Inhalt unterschieden werden⁹⁹. Nur die Überlassung eines im Buch verkörperten Inhalts wird als Sachkauf behandelt. Diese Form des Handels sagt aber nichts über die Sachqualität des Buchinhalts selbst aus. Der Inhalt eines Buches als unkörperliches Werk ist von der Sache Buch zu unterscheiden, in der es verkörpert ist¹⁰⁰. Ebenso wird auch elektrische Energie an sich nicht als Sache gesehen¹⁰¹, eine mit elektrischer Energie geladene Batterie aber als Sache behandelt und im Wege eines Sachkaufs überlassen¹⁰². Dementsprechend muß auch zwischen dem Programm und einem Datenträger mit einer Verkörperung des Programms unterschieden werden. Auch der BGH spricht in den von den Befürwortern dieser Ansicht angeführten Entscheidungen von auf Datenträgern verkörperten Programmen und äußert sich nicht zur Sachqualität der Programme an sich¹⁰³.

Von der Art der Überlassung einer Verkörperung kann mithin nicht auf die Qualität des Verkörperten geschlossen werden.

⁹⁷ Vgl. Nachweise oben.

⁹⁸ Deutlich differenzierend Marly, Rn. 97; vgl. auch die Parallele zur Übertragung von Filmen als Daten, auch dort werden keine körperlichen Vervielfältigungsstücke erstellt, Ostermaier, CR 1998, S. 540.

⁹⁹ Lang, S. 5 ff.; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 10.

¹⁰⁰ Lang, S. 6; Schricker/Loewenheim, a.a.O.; allg. zur Differenzierung Werk/Werkstück vgl. Ulmer, § 2.

¹⁰¹ RGRK/Kriegel, § 90, Rn. 13.

¹⁰² König, Rn. 268; dies übersieht Bösert, S. 146, wenn er einwendet, daß die unkörperliche Überlassung von Programmen nicht mit der Überlassung von Strom verglichen werden könne, weil Strom zum sofortigen Verbrauch überlassen werde, während Programme zur Speicherung überlassen werden. Die vertragsrechtliche Einordnung der Überlassung von Strom erfolgt jedoch unabhängig davon, ob der Strom vom Abnehmer unmittelbar verbraucht oder zunächst in einem in immer mehr elektrischen Geräten zu findenden Akku gespeichert wird. Anders offensichtlich Bösert, S. 147, der davon auszugehen scheint, daß für die Speicherung anstatt des Verbrauchs von elektrischer Energie eine entsprechende, separate Absprache zwischen den Vertragsparteien erforderlich ist.

¹⁰³ BGH, NJW 1993, 2436, 2438; für den Fall des fehlenden Datenträgers explizit offen gelassen in BGHZ 109, 97, 101; ausdrücklich zwischen Programm und Datenträger differenzierend in BGH, NJW 1988, 406, 407; in BGH NJW 1994, 1216 ff. ist eine Trennung von Datenträgern und Programmen erkennbar; Programme von Datenträgern deutlich trennend und Programme selbst als immaterielles Wirtschaftsgut ansehend BFH, CR 1992, 332; vorsichtiger BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429.

(3) Notwendigkeit der Verkörperung

Als Argument für die Sachqualität von Programmen wird auch angeführt, daß ein Programm überhaupt nur dann genutzt werden könne, wenn es in einer verkörperten Form vorliege¹⁰⁴. Geistige Güter hingegen könnten ihre Funktion auch dann ausüben, wenn sie nicht materialisiert seien. Während bei Immaterialgütern die Verkörperung lediglich zum Transport und zur Aufbewahrung diene, sei die körperliche Form bei einem Programm mehr als bloßes Transportmittel. Ohne ein im Arbeitsspeicher verkörpertes Vervielfältigungsstück des Programms könne dieses seine eigentliche Funktion, die Steuerung einer technischen Anlage in Form eines Computers, nicht erfüllen. Ein nur im Kopf seines Schöpfers existentes Programm könne diese Aufgabe nicht übernehmen. Computerprogramme seien damit allenfalls Ergebnis einer schöpferischen Geistestätigkeit des Programmators, nicht aber selbst Immaterialgüter. Wäre das Programm ein von seiner Verkörperung trennbares Immaterialgut, dann besäße der Anwender noch etwas, das für ihn irgendeinen Wert habe, nachdem man ihm die Verkörperung entzogen habe¹⁰⁵.

Zur Verdeutlichung wird z.T. auch hier der Vergleich mit einem Buch herangezogen: Die Informationen einer Druckschrift könnten auch körperlos mit derselben Zielsetzung und Zweckerreichung übermittelt werden wie in verkörperter Form¹⁰⁶.

Die dieser Sichtweise zugrunde liegende Vorstellung über die Funktionen eines Programms kann nicht nachvollzogen werden. Solange das Programm lediglich Informationen oder visuelle Eindrücke vermitteln soll, ist es mit einem Film vergleichbar¹⁰⁷. Auch dieser kann unkörperlich, in digitalisierter Form auf denselben Wegen wie Computerprogramme übertragen werden¹⁰⁸. Damit der Film aber wahrgenommen werden kann, muß er, wie ein Computerprogramm, zunächst mit Hilfe einer technischen Anlage in Informationen umgewandelt und direkt wiedergegeben oder auf einem Videoband verkörpert

¹⁰⁴Junker, Rn. 320; Hoeren, Rn. 75; Kilian, S. 13; König, Rn. 322, 365; ders., NJW 1989, S. 2605; Bösert, S. 145 ff.; Henssler, MDR 1993, S. 491; Franke, MDR 1996, S. 283; Taeger, CR 1996, S. 261; Bydlinski, AcP 198, S. 295; Weitz, S. 110; Marly, Rn. 94; ähnlich Bartsch, CR 1992, S. 395, der auf das Erfordernis einer Benutzerschnittstelle zur Wahrnehmung hinweist; a.A. Bormann/Bormann, DB 1991, S. 2645, die das Programm im Arbeitsspeicher nicht als Verkörperung des Programms ansehen.

¹⁰⁵So König, Rn. 323; darauf weist auch Hauter, CR 1987, S. 581, hin.

¹⁰⁶König, Rn. 365.

¹⁰⁷Tellis, BB 1990, S. 501, sieht hier auch eine Vergleichbarkeit mit einem Buch: Beim Erwerb eines Buches käme es dem Käufer auch überwiegend auf den Inhalt an. Dies ist in Anbetracht diverser gebundener »Jubiläumsausgaben« und ähnlicher Sonderanfertigungen, die sich allein über ihr Design verkaufen, allerdings zweifelhaft.

¹⁰⁸Vgl. näher hierzu Ostermaier, CR 1998, S. 539 ff.

werden¹⁰⁹. Nachdem er wahrgenommen wurde, kann die Verkörperung entfernt werden. Dem Betrachter des Films wie dem Betrachter eines abgelaufenen Computerprogramms verbleiben die visuellen Eindrücke und die ggf. übermittelten Informationen, die der Geist aufnehmen und verarbeiten konnte. Alles Vermittelte bleibt jedoch weder bei einem Buch oder einem Film, noch bei einem abgelaufenen Computerprogramm im Geist des Betrachters zurück. Nach der Entfernung der Verkörperung kann das Programm keine neuen Informationen mehr zur Verfügung stellen. Ebenso wenig ist es aber möglich, in einem Sachbuch erneut nachzuschlagen, nachdem es entfernt worden ist.

Daß ein Computerprogramm je nach Beschaffenheit über die Verschaffung visueller Eindrücke hinausgehende Einsatzmöglichkeiten wie die Verarbeitung von Daten hat, kann an dieser Eigenschaft nichts ändern. Die Grenze zwischen den hier angeführten Werken¹¹⁰ ist fließend, wenn die Möglichkeiten zur Schaffung interaktiver Filme oder »Bücher« mitbedacht werden. Mit Hilfe eines Computerprogramms ist es möglich, Filme oder in Texten beschriebene Handlungsabläufe auf Eingaben des Betrachters hin zu variieren. Daß es in dem Inhalt eines Buches oder in einem Film aber nicht mehr nur einen Handlungsstrang, sondern mehrere mögliche gibt, beseitigt weder den immateriellen Charakter eines Filmes noch den des Inhalts eines Buches.

Die Notwendigkeit der Verkörperung zur Wahrnehmung ist damit nicht allein Eigenschaft eines Computerprogramms. Sie ist Ausdruck davon, daß von fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wurde. Keinesfalls aber kann von der Notwendigkeit der Verkörperung auf die Sacheigenschaft des zu verkörpernden Programms geschlossen werden. Wäre ein Programm ein körperlicher Gegenstand, müßte es nicht verkörpert werden, um bestimmte Funktionen zu erfüllen.

b. Argumente gegen die Sacheigenschaft von Programmen

(1) Organisatorische Einbindung erforderlich

Gegen die Sacheigenschaft von Programmen wird angeführt¹¹¹, daß diese nicht wie ein Buch oder eine Schallplatte sofort den gewünschten Erfolg bzw. Genuß böten, sondern erst im Wege sinnvoller organisatorischer Einbindung und Nutzung einen Wert produzierten. Programme bewiesen erst im gemeinsamen Einsatz mit zusätzlichem Know-how bei korrekter Installation zur Auf-

¹⁰⁹Zweifelhaft insofern auch Tellis, a.a.O., der bei einem Buch zunächst die Notwendigkeit intellektueller Verarbeitung sieht, während die geistige Komponente von Programmen direkt zum Tragen käme.

¹¹⁰Zur Werkeigenschaft von Programmen s.u.

¹¹¹Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3130; ähnlich Hauter, CR 1987, S. 581.

gabenlösung einen – dann immateriellen – Wert, seien also insofern mit Fertigungsverfahren vergleichbar¹¹².

Es bestehen allerdings Zweifel, daß diese Argumentation zur allgemeinen Bestimmung der Sacheigenschaft von Programmen fruchtbar gemacht werden kann.

Zum einen sinkt der Wert, den eine korrekte Einbindung in die Arbeitsumgebung ausmacht, immer stärker, je standardisierter das Programm ist. Handelsübliche Standardprogramme erwarten vom Anwender kaum mehr als die Kenntnis, welches Betriebssystem er verwendet und wie eine CD-ROM einzulegen ist. Installationen laufen dann häufig automatisch ab oder zeigen das erforderliche Wissen auf dem Bildschirm an. Bei betrieblichen Anwendungen und dort gerade bei Individualsoftware sind die Anforderungen an die Integration höher, doch kann hieraus nichts für die allgemeinen Eigenschaften der Programme abgeleitet werden.

Zum anderen ist ein immaterieller Wert kein zwingendes Kennzeichen für ein immaterielles Gut. Auch körperliche Gegenstände können einen gegenüber ihrem Sachwert bedeutend höheren immateriellen Wert haben; man denke nur an typische Urlaubsandenken, meist nur Pfennigartikel. Es kann mithin nicht darauf ankommen, wann das Programm für den Anwender den größten Wert entwickelt.

(2) Kein unmittelbarer Besitz für die Nutzung erforderlich

Auch daß die Nutzung eines Programms nicht notwendig dessen unmittelbaren Besitz voraussetze¹¹³, wird gegen die Sacheigenschaft von Computerprogrammen angeführt. Es wird auf vernetzte Systeme verwiesen, bei denen ein Zentralrechner den Zugang zu den dort bereitgehaltenen Datenverarbeitungsprogrammen eröffnet.

Diese Darstellung ist durchaus zutreffend, sofern sie nur auf die Eröffnung des Zugangs zu den Datenverarbeitungsprogrammen abstellt. Zur Nutzung ist darüber hinaus noch das Ablaufenlassen des Programms vonnöten. Wenn ein Programm jedoch in einem Client-Server-Netz auf dem eigenen Computer ausgeführt wird, dann wird es zunächst in den eigenen Arbeitsspeicher geladen. Insofern hat der Anwender dann die tatsächliche Herrschaft über die Verkörperung des Programms im Arbeitsspeicher des eigenen Computers.

Ein wenig anders ist die Lage bei Großrechner-Anlagen, bei denen das eigentliche Programm in einem zentralen Rechner in einem Bereich des Speichers ausgeführt wird, der für den jeweiligen Anwender reserviert wurde.

¹¹²Müller-Hengstenberg, a.a.O. mit Verweis darauf, daß dies in BGH, BB 1981, 1980 f. auch Ansicht des BGH sei.

¹¹³Kilian, S. 14.

Auch hier entsteht mit dem Programmaufruf eine neue Kopie des Programms, also eine neue Programmverkörperung, jedoch nicht notwendig in unmittelbarer räumlicher Nähe zu dem Anwender. Besitz ist als rein tatsächliche Herrschaft definiert¹¹⁴, eine unmittelbare räumliche Nähe ist hierfür nicht erforderlich, eine gewisse räumliche Beziehung reicht aus¹¹⁵. Diese wird bei Netzwerken durch die Netzwerkverbindung hergestellt. Der Anwender hat über diese direkten Zugriff auf den ihm zugewiesenen Teil des Arbeitsspeichers und kann beeinflussen, was dort mit der Verkörperung des Programms geschieht. Er hat somit auch in diesen Fällen unmittelbaren Besitz, wenn auch wohl lediglich Teilbesitz gem. § 865 BGB.

Zur Nutzung des Programms im Sinne eines Ablaufenlassens ist also unmittelbarer Besitz einer Verkörperung des Programms erforderlich. Wie bereits zuvor¹¹⁶ festgestellt wurde, folgt allerdings aus dieser Notwendigkeit einer Verkörperung zur Wahrnehmung nicht zwangsweise die Sacheigenschaft von Programmen.

(3) Geringer Materialwert und geringe Bedeutung der Verkörperung

Gegen die Sacheigenschaft von Programmen wird ferner eingewendet¹¹⁷, daß eine solche Einordnung nur möglich sei, wenn dem Datenträger, auf dem das Programm verkörpert ist, stärkere Bedeutung zugemessen werde als dem darauf verkörperten Inhalt. Gegen eine solche Bewertung spreche jedoch, daß der Wert des Computerprogramms den des Datenträgers bei weitem übersteige.

Wiederum unter Bezugnahme auf den Vergleich mit einem Buch wird dem entgegengehalten, daß es wirtschaftlich nicht möglich sei, geistiges Gut und Verkörperung voneinander zu trennen¹¹⁸. Die technischen Entwicklungen in den letzten Jahren zeigen jedoch gerade das Gegenteil: Der Vertrieb von Software findet in einem immer stärkeren Maße datenträgerlos über das Internet statt – zu für den Kunden günstigeren Preisen als die parallel angebotene, verkörperte Version des Programms.

¹¹⁴ Palandt/Bassenge, Überblick vor § 854, Rn. 1.

¹¹⁵ Baur/Stürner, S. 54.

¹¹⁶ Vgl. B II 1 a (3).

¹¹⁷ Kilian, S. 13; ähnlich Mehrings, GRUR 1985, S. 192; ders., NJW 1986, S. 1905; Maier, NJW 1986, S. 1911; Junker, WM 1988, S. 1218; ders., Rn. 321; Ruppelt, CR 1989, S. 109; Tellis, BB 1990, S. 501; Bormann/Bormann, DB 1991, S. 2645; Bömer, S. 37; Henssler, MDR 1993, S. 490; Steckler, WiB 1995, S. 732; Nieskens, BB 1996, S. 2659 f.; wohl auch Fritzsche, JuS 1995, S. 498 f.; vgl. auch BFH, CR 1987, 579; anders BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429.

¹¹⁸ Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Hoeren, Rn. 78, ders., GRUR 1988, S. 342; Endler/Daub, CR 1993, S. 603.

Zutreffend ist der Hinweis, daß die Sacheigenschaft eines Programms nicht von dem Materialwert des Datenträgers (günstige Diskette oder teure Festplatte) abhängig sein kann¹¹⁹. Der Datenträger ist beliebig austauschbar und das Programm unabhängig von einer materiellen Basis¹²⁰. Es ist also festzustellen, daß die konkrete Verkörperung des Programms gegenüber seiner eigentlichen Funktion eine untergeordnete Bedeutung hat. Der Körper kann beliebig ausgetauscht werden, ohne daß die Funktion leidet.

Darüber hinausgehende Schlußfolgerungen sind rein wirtschaftlicher Natur oder einem gedachten Vertragszweck entnommen. Erwägungen dieser Art können jedoch nicht zur Bestimmung der Natur von Programmen herangezogen werden.

(4) Computerprogramme als Know-how

Teilweise¹²¹ wird vertreten, daß Programme selbst als Know-how anzusehen seien. Dies stehe einer Bewertung als körperliche Sache entgegen, es müsse sich demnach bei Programmen um Immaterialgüter handeln.

Obwohl einige Stimmen den Begriff des Know-hows als geklärt ansehen¹²², verneinen andere die Existenz einer auch nur überwiegend einheitlichen Definition¹²³. Im Streit stehen die Punkte, ob Know-how nicht nur technische, sondern auch kaufmännische und betriebswirtschaftliche Kenntnisse umfaßt, und ob das Wissen geheim sein muß oder nicht¹²⁴. Anerkannt ist demgegenüber, daß das Wissen weder allgemein zugänglich noch sondergesetzlich geschützt sein darf¹²⁵. Mehrheitlich wird Know-how weit definiert als technische, kaufmännische und betriebswirtschaftliche Kenntnisse und Erfahrungen, deren Nutzung dem Know-how-Nehmer Produktion und Vertrieb von Ge-

¹¹⁹König, Rn. 281.

¹²⁰Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3131; ähnlich Henssler, MDR 1993, S. 490.

¹²¹Lutz, GRUR 1976, S. 333; Sieber, BB 1981, S. 1548; Lauer, BB 1982, S. 1759; Kilian, CR 1986, S. 195; Zahrnt, IuR 1986, S. 199; Moritz, CR 1989, S. 1050; ders., CR 1994, S. 261 f.; Bömer, S. 42; Geissler/Pagenberg, Rn. 7, 19; Stumpf, Rn. 16; Wiebe, S. 188 ff.; Steckler, WiB 1995, S. 733; Wächter, NJW-CoR 1999, S. 39; so vormals auch BFH CR 1989, 291, 292; wohl ebenso Etter, CR 1989, S. 119; Henssler, MDR 1993, S. 490; Engel, BB 1985, S. 1160, bezeichnet Software als geistige Leistung und immaterielles Gut, das mit Know-how vergleichbar sei; für Software als »informationelles Gut« mit teilweisem Know-how-Charakter Kilian, S. 15; nur für Individualsoftware Know-how annehmend Maier, NJW 1986, S. 1911.

¹²²König, Rn. 326; wohl auch Gaul, CR 1988, S. 842; Köhler/Fritzsche, Rn. 17.

¹²³Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 140; Habel, CR 1991, S. 257; Bömer, S. 41; Sickinger, S. 50; Stumpf, S. 20 ff.; Wiebe, S. 182; Marly, Rn. 77.

¹²⁴Vgl. Übersicht bei Bömer, S. 41 f.; Habel, CR 1991, S. 257; Wiebe, S. 183.

¹²⁵BGH, GRUR 1955, 424, 425; BGH GRUR 1961, 40, 43; ebenso Finger, GRUR 1970, S. 4; Bömer, S. 42; Gaul, CR 1988, 842; Junker, Rn. 169; Habel, CR 1991, S. 258; König, Rn. 326; Henn, S. 22; Sickinger, S. 50; Wiebe, S. 221.

genständen, aber auch sonstige betriebliche Tätigkeiten wie Organisation und Verwaltung gestatten bzw. ermöglichen¹²⁶.

Zur Begründung dafür, daß Computerprogramme Know-how seien, wird angeführt, daß Programme dazu dienen, dem Anwender Produktion, Vertrieb und sonstige betriebliche Tätigkeiten zu ermöglichen oder zu erleichtern, und somit unter die Definition des Know-hows fielen¹²⁷. Da Programme immer auch der Steuerung der Funktionen des Computers, oft auch von Peripheriegeräten, dienen, ist diese Ansicht insoweit zutreffend, als sie auf EDV-spezifisches, also technisches Wissen abstellt. Allerdings wird mitunter bezweifelt, daß es sich bei dem hier zum Einsatz kommenden Programmierwissen um geheimes Wissen handelt¹²⁸, so daß eine Einstufung von Programmen als Know-how scheitern könnte, wenn man dem engen Know-how-Begriff des BGH¹²⁹ folgte.

Zu klären ist zunächst, ob es sich bei Programmen überhaupt um Kenntnisse und Erfahrungen, also um Wissen handelt. Dabei ist zwischen den verschiedenen Formen zu unterscheiden, in denen Programme hauptsächlich vorliegen, Quellcode und Objektcode.

Zwar fließt das Programmierwissen in Programme ein, die im Objektcode vorliegen, das alleine genügt jedoch nicht, um ein Computerprogramm selbst bereits als Know-how einzustufen. Die Herstellung des Programms allein unter dem Einsatz von Know-how ist nicht ausreichend¹³⁰, das Wissen müßte darüber hinaus dem Anwender zur Aus- oder Weiterverwertung offenbart werden¹³¹. Der Objektcode, in dem Programme in der Regel¹³² verbreitet werden, soll das in ihm enthaltene Programmierwissen aber gerade nicht offenbaren. Das Programm soll ablaufen, ohne daß der Anwender Einblicke in die dahinterstehenden elektrotechnischen Abläufe bekommt. Aus dem Objektcode selbst kann niemand, nicht einmal der Programmierer selbst, direkt und ohne Aufwand das Know-how extrahieren. Daß im Wege der Rückübersetzung des Objektcodes in einen Quellcode Kenntnisse über das verarbeitete Wissen gewonnen werden können¹³³, ist demgegenüber nicht ausreichend, denn solche Kenntnisse können bei jedem unter Einsatz von Know-how her-

¹²⁶Stumpf, Know-how-Vertrag, Rn. 10; ebenso Pfaff, BB 1974, S. 565; Bömer, S. 42; König, Rn. 326; Sickinger, S. 50; Wiebe, S. 185; auch den urheberrechtlichen Schutz dazu zählend Köhler/Fritzsche, Rn. 11.

¹²⁷Bömer, S. 42.

¹²⁸Hoeren, Rn. 114; Sickinger, S. 50; anders Wiebe, S. 188, 205.

¹²⁹BGH, GRUR 1976, 140, 142; anders Anm. Fischer, S. 143.

¹³⁰Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 141; Hoeren, Rn. 117; Sucker, CR 1989, S. 353 ; König, Rn. 329.

¹³¹Sucker, CR 1989, S. 359 ; König, Rn. 329; Sickinger, S. 50.

¹³²Eine ausdrückliche Ausnahme wird hier für Public Domain Software in allen ihren Arten gemacht, denn diese wird in der Regel mit Quellcode, teilweise sogar ausschließlich in dieser Form verbreitet.

gestellten Produkt durch Zerlegen und Analyse gewonnen werden¹³⁴. Dies ist keine zu berücksichtigende Art der Wissensgewinnung¹³⁵. Ein im Objektcode vorliegendes Programm ist somit zwar unter Einsatz des Programmierwissens erstellt worden, es vermittelt dieses Wissen jedoch nicht selbst weiter. Es stellt selbst kein Know-how dar, nur eine mögliche Quelle, aus der unter erheblichem Aufwand von Personal und Zeit Know-how gewonnen werden kann. Ein Computerprogramm im Objektcode unterscheidet sich damit nicht von im Handel befindlichen technischen Geräten, die unter Einsatz von Know-how gefertigt wurden. Das Programmierwissen kann also unabhängig davon, ob es sich hierbei um allgemein zugängliches Wissen handelt oder nicht, nicht zur Begründung der Know-how Eigenschaft von Computerprogrammen herangezogen werden.

Ähnliches gilt für die Ansicht, Programme seien Sammlungen von speziellem Verfahrenswissen zur Erzielung anwendungsabhängiger Ergebnisse unter Einsatz dieses Wissens, also als gesammeltes Verfahrenswissen einzuordnen¹³⁶, so daß sie Know-how darstellten. Auch in dieser Hinsicht wird dem Anwender aber in die Programmerstellung eingeflossenes Wissen nicht unmittelbar zur Verfügung überlassen. Es wird lediglich eingesetzt, um Ergebnisse zu erzielen, die dem Anwender präsentiert werden¹³⁷. Der Anwender erhält beim Einsatz des Programms keine Möglichkeit, das im Objektcode des Programms enthaltene Wissen selbständig zu verwerten¹³⁸, er kann lediglich unter Einsatz dieses Wissens gewonnene Ergebnisse weiter verwenden. Das ändert aber nichts daran, daß dem Anwender des Objektcodes der Zugang zu

¹³³ Wiebe, S. 225; differenzierend nach dem erforderlichen Aufwand Junker, Rn 181; Geissler/Pagenberg, Rn. 19, nehmen an, daß auch bei der Rückübersetzung nicht alles Wissen ermittelt werden kann; dies gilt jedenfalls für Variablennamen und im Quellcode eingefügte Kommentare, vgl. Bösert, S. 89 m.w.N.

¹³⁴ König, Rn. 329.

¹³⁵ RG GRUR 1936, 183, 186 f.; anders Wiebe, S. 224; auf den Einzelfall abstellend Harte-Bavendamm, GRUR 1990, S. 661.

¹³⁶ Sickinger, S. 51; Wiebe, S. 191, 205.

¹³⁷ So deutlich Sickinger, S. 51; ähnlich Moritz, CR 1989, S. 1050 f.; Mincke, JurPC 1991, S. 935; Geissler/Pagenberg, Rn. 19; Mincke, JurPC 1991, S. 935; vorsichtiger Habel, CR 1991, S. 259, der davon ausgeht, daß Teile des Know-how auch aus dem Programmablauf und der Dokumentation entnommen werden können.

¹³⁸ So auch Sickinger, S. 52, wenn er in der Überlassung im Objektcode sogar eine konkludente Geheimhaltungsvereinbarung erkennt. Es erscheint widersprüchlich, daß er zwar eine Offenlegung des Programmierwissens bei Programmen im Objektcode aus diesem Grund verneint, eine Offenlegung des Verfahrenswissens gegenüber dem Anwender jedoch ohne nähere Begründung annimmt, S. 51; ähnlich Wiebe, S. 223.

Anders auch Hauter, CR 1987, S. 581, der ein Programm als ein intelligenten Menschen ersetzendes, geistiges Werkzeug sieht, anstatt lediglich die Wiedergabe von Informationen. Wie hier wohl auch Habel, CR 1991, S. 260.

dem eigentlichen Verfahrenswissen verwehrt bleibt, solange er nicht auch den Quellcode und damit Zugriff auf das Wissen selbst erhält. Etwas anderes kann für Daten gelten¹³⁹, die vom Programmierer dem Programm beigegeben und bei der Ausgabe des Ergebnisses verwendet werden. Diese Daten sind jedoch nicht Bestandteil des eigentlichen Programms, sondern separat akkumuliertes Wissen und somit hier nicht näher zu betrachten.

Programme im Objektcode werden somit zwar unter Einsatz von Wissen erstellt, stellen aber selbst kein Wissen und damit auch kein Know-how dar, genauso wie herkömmliche technische Waren auch unter Einsatz von Know-how hergestellt werden, ohne selbst Know-how zu sein.

Als Know-how in Betracht kommen damit allenfalls der für den Menschen lesbare Quellcode¹⁴⁰ und Programmablaufdokumentationen. Programmablaufdokumentationen sind allerdings nicht von der Definition des Begriffes Computerprogramm umfaßt¹⁴¹, stellen also keine Programme dar. Damit bleibt lediglich für Programme in Form von Quellcodes die Einstufung als Know-how möglich.

Näher betrachtet werden muß an dieser Stelle der Geheimnischarakter des Know-hows. Auch diejenigen Stimmen, die nicht dem BGH folgen, also geheimes Wissen als Gegenstand des Know-hows fordern, verlangen zumindest, daß das Wissen, das Know-how darstellen soll, nicht allgemein zugänglich sein darf¹⁴². Gerade die allgemeine Zugänglichkeit ist aber der Sinn der Veröffentlichung vieler Quellcodes als Public Domain. Solche Quellcodes sind also nicht als Know-how anzusehen.

Da für Know-how immer die Zugehörigkeit zu einem Geschäftsbetrieb zu fordern ist, sind weiter hier auch diejenigen Quellcodes auszuschließen, die zwar nicht als Public Domain veröffentlicht worden sind, jedoch nicht im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb erstellt worden sind, also die der Freeware zugrundeliegenden Quellcodes.

Damit stellen nur solche Quellcodes möglicherweise Know-how dar, die unveröffentlicht oder mit einer Geheimhaltungsvereinbarung überlassen worden sind und kommerziell, wenigstens als Shareware verbreiteten Programmen zugrunde liegen, abhängig davon, ob in diesen Quellcodes tatsächlich techni-

¹³⁹ Abel, CR 1999, fordert allerdings, daß Daten wie Programme behandelt werden sollten.

¹⁴⁰ So auch Hoeren, Rn. 117, 234, 237; Moritz, CR 1989, S. 1051; Sucker, CR 1989, S. 359; Mincke, JurPC 1991, S. 935; Köhler/Fritzsche, Rn. 17; Pres, S. 57; Stumpf/Groß, Rn. 740; Marly, Rn. 78; weiter differenzierend und nur auf die nicht unmittelbar maschinenlesbaren Quellcodes abstellend König, Rn. 335 ff.

¹⁴¹ Vgl. oben, A II 1.

¹⁴² Finger, GRUR 1970, S. 4; Bömer, S. 42; Gaul, CR 1988, 842; Hoeren, Rn. 115; König, Rn. 326; Henn, S. 22; Sickinger, S. 50; großzügig in diesem Punkt Zahrnt, IuR 1986, S. 199, der allgemein bekanntes Wissen als Know-how gelten lassen will, solange es organisatorisch voll aufgearbeitet ist.

sches, kaufmännisches oder betriebswirtschaftliches Wissen vorhanden ist, das in Betrieben eingesetzt werden und diesen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Eine allgemeingültige Aussage über die Qualität des in den unterschiedlichsten Quellcodes enthaltenen Wissens kann nicht gemacht werden. Auch hier ist denkbar, daß einige Programme, gerade im hobbybetonten Shareware-Bereich, lediglich aus einfachsten oder allgemein bekannten Funktionen bestehen. Die Qualität des eingesetzten Wissens kann nur im Einzelfall ermittelt werden.

Jedenfalls ist aber erforderlich, daß das enthaltene Wissen nicht offenkundig ist bzw. nach der engeren Ansicht des BGH ein Betriebsgeheimnis darstellt. Das gegen die Geheimnisqualität von Programmen angeführte Argument der weiten Verbreitung von Standardsoftware¹⁴³ greift bei den hier zu betrachtenden, verbliebenen Quellcodes nicht, da Standardsoftware gerade nicht im Quellcode verbreitet wird und die mögliche Rückübersetzung in den Quellcode für den fehlenden Geheimnischarakter nicht ausreicht¹⁴⁴. Demgegenüber dürfte der Know-how-Charakter einiger Quellcodes allerdings gerade deswegen fehlen, weil das Programm zu einem nahezu ausschließlichen Teil aus offenkundigen Public Domain Routinen besteht. Gerade im Shareware-Sektor ist ein entsprechendes Vorgehen nicht völlig unüblich.

Für die Einstufung der verbliebenen Quellcodes als Betriebsgeheimnis sind die für § 17 UWG entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Danach liegt ein Betriebsgeheimnis bei jeder Tatsache vor, die im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb steht, nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt, also nicht offenkundig ist und nach dem bekundeten Willen des Betriebsinhabers wegen eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll¹⁴⁵. Die verbliebenen Quellcodes dürften diese Anforderungen in der Regel wegen des hohen Aufwands einer Programmentwicklung¹⁴⁶ erfüllen. Genauere Feststellungen sind nur im konkreten Einzelfall möglich. Festgehalten werden kann an dieser Stelle jedoch, daß die verbliebenen Quellcodes zu einem nicht unbeachtlichen Teil Know-how darstellen, also immaterielle Güter sind.

¹⁴³Junker, Rn. 171; Wiebe, S. 223 ff.; ähnlich Bösert, S. 92, der zwischen »äußerer Funktionalität« und »innerem Aufbau« differenziert, nur erstere werde durch den Vertrieb von Standardprogrammen offenkundig.

¹⁴⁴Weitergehend Sickinger, S. 53, der anführt, daß durch die Dekompilierung das enthaltene Wissen nicht allgemein zugänglich werde, da sich die Anwender vertraglich dazu verpflichtet hätten, das Empfangene nicht weiterzugeben; vorsichtiger Wiebe, S. 205 f., davon ausgehend, daß auch das in weit verbreiteten Massenprogrammen enthaltene Wissen wegen erhältlicher Decompiler allgemein bekannt werden kann.

¹⁴⁵BGH GRUR 1955, 424, 425; BGH NJW 1960, 1999, 2000.

¹⁴⁶Grosch/Liebl, CR 1988, S. 571.

Wenn diese Feststellung auch keine allgemeine Gültigkeit für Computerprogramme in sonstiger Form hat, so ist sie zumindest ein Hinweis darauf, daß Programme auch unkörperliche Güter sein können.

(5) Fehlende Körperlichkeit

Einfach ausgedrückt wird gegen die Sacheigenschaft von Programmen angeführt, daß man diese nicht anfassen könne¹⁴⁷.

Gegen das Argument in dieser einfachen Form läßt sich einwenden, daß Sachen nicht unbedingt für den Menschen wahrnehmbar sein müssen, auch mikroskopisch kleine Gegenstände, die ein Mensch nicht mehr fühlen kann, können Sachen sein¹⁴⁸. Fehlende Wahrnehmbarkeit bedingt noch keine fehlende Sacheigenschaft.

Entscheidend für die Sacheigenschaft ist demgegenüber die räumliche Abgrenzbarkeit¹⁴⁹. Hierzu wird für Programme ausgeführt, daß die Abgrenzbarkeit von den technischen Fähigkeiten abhängt und mit dem technischen Fortschritt steige, so daß die Sacheigenschaft letztlich von der menschlichen Beherrschbarkeit abhängt¹⁵⁰. Programme selbst sind allerdings ebensowenig ohne Verkörperung beherrschbar wie elektrische Energie. Beides ist nur verkörpert, auf einem Datenträger bzw. z.B. in einem Akku, beherrschbar¹⁵¹, also keine Sache¹⁵². Daß eine Verkörperung für die Beherrschbarkeit erforderlich ist, darf nicht vernachlässigt werden, sondern ist von grundsätzlicher Bedeutung: Wenn man die Beherrschbarkeit unter Zuhilfenahme von Verkörperungen oder sonstigen Hilfsmitteln für die Sachqualität ausreichen ließe, wären hierunter konsequenterweise auch sämtliche schriftlichen Niederlegungen von Meinungen, Informationen und bestehenden Rechte zu fassen. Ein derart weites Verständnis würde letztlich dazu führen, daß nahezu alles als Sache betrachtet werden könnte.

Der Ansatz über die Beherrschbarkeit führt mithin vorliegend nicht zu verwertbaren Ergebnissen. Eine räumliche Abgrenzbarkeit ist bei Programmen in unverkörperter Form jedoch nicht festzustellen, so daß eine generelle Sacheigenschaft von Programmen nicht angenommen werden kann.

¹⁴⁷ Redeker, NJW 1992, S. 1730; ähnlich Sickinger, S. 29.

¹⁴⁸ König, Rn. 283.

¹⁴⁹ Statt vieler Bydlinski, S. 303 m.w.N.

¹⁵⁰ Bydlinski, S. 303 f., 320.

¹⁵¹ So auch Bydlinski, S. 304. Unverständlich erscheint, daß er trotzdem auf S. 320 erwägt, aufgrund hinreichender Beherrschbarkeit elektrische Energie und Programme selbst als Sachen anzusehen.

¹⁵² Dafür spricht auch, daß es ansonsten nicht nötig gewesen wäre, § 248c StGB einzuführen, str.

(6) Kein vollständiger Besitzverlust bei Übergabe

Die Behandlung von Programmen als Sachen wirft zudem Probleme auf. Wären Programme Sachen, dann müßte es möglich sein, ein Programm zu übergeben¹⁵³: Es ist nicht ausreichend, wenn sich vor und nach der »Übergabe« ein körperlicher Träger für das Programm feststellen läßt. Erforderlich ist darüber hinaus ein Besitzverlust beim Übergabenden, der beim direkten Überspielen eines Programms gerade nicht eintritt.

Diese Auslegung des Begriffs der Übergabe wird jedoch von einigen Vertretern der Ansicht, daß Programme Sachen seien, als zu eng angesehen: Da für die Publizitätsfunktion des Besitzes keine Notwendigkeit mehr bestehe, komme man über das Problem der fehlenden Besitzaufgabe bei der Übergabe hinweg, indem man die Besitzaufgabe im Wege der weiten Auslegung¹⁵⁴ bei unkörperlichen Überlassungen für entbehrlich erkläre¹⁵⁵ oder die Regeln auf diese Fälle der Übergabe analog anwende¹⁵⁶.

Der Verzicht auf das Merkmal der Besitzaufgabe löst indes nicht das eigentliche Problem. Es kann nicht erklärt werden, warum bei der »Übergabe« einer Sache diese nicht in den Besitz einer anderen Person wechselt, sondern dupliziert wird. Daß nach der »Übergabe« zwei Exemplare des Programms vorhanden sind und nicht lediglich ein Exemplar den Besitzer gewechselt hat, ist weder mit einer Übergabe im Sinn des § 929 S. 1 BGB noch mit einem der Übergabesurrogate vergleichbar. Insbesondere § 929 S. 2 BGB, der ausnahmsweise auf das Merkmal des Besitzübergangs verzichtet, verlangt, daß der Veräußerer keinen Besitz an der zu übereignenden Sache hat¹⁵⁷. Eine derart extensive Auslegung, wie sie zur Lösung des Problems vorgeschlagen wird, widerspricht der ratio legis des § 929 BGB und ist abzulehnen. Es besteht eine größere Nähe der Anfertigung eines neuen Exemplars einer Sache zu der Leistungspflicht eines Werkunternehmers¹⁵⁸ als zu einer Übergabe. Von einer mit der Übergabe einer bereits bestehenden Sache vergleichbaren Sachlage kann mithin ebenfalls nicht ausgegangen werden, so daß auch eine analoge Anwendung der Übergabe-Vorschriften nicht in Betracht kommt.

¹⁵³ Darauf weist auch Mincke, JurPC 1991, S. 936, hin.

¹⁵⁴ Marly, Rn. 105.

¹⁵⁵ Marly, BB 1991, S. 435, ders., a.a.O..

¹⁵⁶ König, NJW 1990, S. 1585; Kort, DB 1994, S. 1506 f., der allerdings widersprüchlich gleichzeitig auch von Auslegung spricht.

¹⁵⁷ Palandt/Bassenge, § 929, Rn. 22.

¹⁵⁸ Vgl. Marly, Rn. 107, der für diesen Fall in Betracht zieht, die gesamte Überlassung als Werkvertrag über die Umbildung eines Datenträgers gem. §§ 631, 950 Abs. 1 BGB einzuordnen; ähnlich Bömer, S. 172 ff.; kritisch Bydlinski, AcP 198, S. 311, 316 ff.; a.A. Rüesch, S. 143; Westermann, Sachenrecht I, § 53 II 3; MüKo/Quack, § 950, Rn. 7 ff.

Des weiteren erscheint es dogmatisch bedenklich, über Analogien zu sachenrechtlichen Bestimmungen die Einordnung der Software als Sache zu rechtfertigen, um mit der auf diesem Wege festgestellten Sacheigenschaft wiederum die Anwendung der Regeln des Sachenrechts auf Programme zu fordern. Extensive Auslegung und Analogien könnten die Folge dieser Einordnung sein, wenn ansonsten eine Vergleichbarkeit der Programme mit Sachen bestünde. Wenn diese Vergleichbarkeit jedoch zunächst über Analogien oder eine erweiterte Auslegung herbeigeführt werden muß, kann sie nicht anschließend zur Begründung der Auslegung und Analogien angeführt werden.

(7) Möglichkeit der unkörperlichen Programmüberlassungen

Ferner ist gegen die Sacheigenschaft von Computerprogrammen die Tatsache anzuführen, daß Programme auch unkörperlich überlassen werden können¹⁵⁹. Eine unkörperliche Übertragung körperlicher Gegenstände ist jedoch nicht möglich. Da schwerlich nachvollziehbar ist, warum Programme ihre Eigenschaft ändern sollen, wenn sie per Datenfernübertragung oder in Netzwerken übertragen werden, müssen Programme immaterielle Güter sein¹⁶⁰.

Eingewendet wird hiergegen, daß frühere Automaten auch durch »Programme« gesteuert worden seien, wobei dort allerdings die Programme in Zahnrad-, Hebel- und Nockenschaltwerken bestanden hätten, also zweifelsfrei Sachen gewesen seien. Daß Programme Sachen seien, könne auch heute nicht anders sein, denn die rechtliche Behandlung könne nicht davon abhängen, wie das Programm gespeichert sei¹⁶¹.

Eine von der Speicherungsform abhängige Behandlung dieser Programme ist jedoch auch nicht erforderlich. Vielmehr sind die auf einer Schaltwalze befindlichen Nocken ebenfalls nur die Verkörperungen eines dahinter stehenden Programms. Jedes Programm läßt sich letztendlich binär darstellen, also in Unterschieden zwischen 0 und 1, Ja und Nein, hoch und tief, etc. Sofern man die von einer Walze ausgelösten Vorgänge als Programmablauf bezeichnet, lassen sich die mechanischen Vorgänge eines solchen Programms auf Nullen und Einsen zurückführen und ebenso auf modernen Datenträgern speichern. Die Walze ist somit vergleichbar mit einem Datenträger, der mit dem darauf verkörperten Programm eine Sache darstellt: Abhängig davon, ob sich an einer bestimmten Stelle eine Ladung, ein Magnetisierungswechsel oder eine

¹⁵⁹Zahrnt, IuR 1986, S. 252 f.; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142; Mehrings, NJW 1988, S. 2439; Ruppelt, CR 1988, S. 994; Lesshaft/Ulmer, CR 1989, S. 815; Tellis, BB 1990, S. 501; Bormann/Bormann, DB 1991, S. 2643; Mincke, JurPC 1991, S. 933; Redeker, NJW 1992, S. 1740; Kort, DB 1994, S. 1507; Pres, S. 19; Steckler, WiB 1995, S. 732.

¹⁶⁰So auch Pres, S. 19; a.A. Weitz, S. 110, der jede physisch beherrschbare Existenz als körperlich einstuft, damit also wohl auch die Existenz in Form elektrischer Ladungen.

¹⁶¹König, Rn. 275 ff.

Nocke befindet, werden bestimmte Vorgänge ausgelöst oder nicht. Von der Walze auf die Sacheigenschaft von Programmen zu schließen, bedeutet damit letztendlich wiederum nur, von der Möglichkeit der Verkörperung unmittelbar auf die Sacheigenschaft zu schließen.

Darüber hinaus wird gegen die Argumentation, daß von der Möglichkeit unkörperlicher Programm-Überlassungen auf die fehlende Sacheigenschaft geschlossen werden könne, eingewendet, es handle sich bei diesen Überlassungen um einen speziellen, nur vereinzelt praktizierten Vertriebstypus, aus dem sich für den regelmäßig stattfindenden Erwerb von Standardsoftware nichts ableiten ließe¹⁶². Ferner werde bei der unkörperlichen Übertragung nicht das Programm, sondern nur die Struktur des Programms als Information übertragen¹⁶³; diese werde anschließend rechnerintern wieder zur automatischen Erstellung eines Programmduplikats verwendet.

Bei dem zuletzt dargestellten Einwand wird hingegen nicht deutlich, wie es sein kann, daß körperliche Gegenstände lediglich durch den Transport von Informationen übermittelt werden können. Zudem bleibt die Qualität der übertragenen Informationen an sich offen. Richtig ist demgegenüber vielmehr, daß es sich bei dem, was hier als Information bezeichnet wird, um das Programm handelt. Das, was anhand der übermittelten Informationen dann in beliebiger Form auf dem Zielcomputer gespeichert wird, ist lediglich eine weitere, zusätzliche Verkörperung dieser Informationen, nämlich des Programms.

Darüber hinaus gewinnt der als speziell bezeichnete Vertriebsweg mit der steigenden Verbreitung des Internet seit einiger Zeit zunehmend an Bedeutung¹⁶⁴. Nicht nur Freeware, Shareware und Public Domain Software lassen sich im Internet finden. Es wird auch die Möglichkeit geboten, zu einem geringeren Preis herkömmliche Standardsoftware online im Internet anstatt auf einem Datenträger gespeichert zu erwerben. Wenn die Bestimmung der Sacheigenschaft von Programmen unabhängig von der Art der jeweiligen Übertragung stattfinden soll¹⁶⁵, so darf auch nicht aus einem häufiger stattfindenden Vertrieb auf Datenträgern ein Rückschluß auf die Sacheigenschaft gezogen werden.

¹⁶²Hoeren, Rn. 76; Marly², Rn. 103, 229; ders., Urheberrechtsschutz, S. 244; ähnlich nunmehr ders., Rn. 103; ähnlich ebenso BGH DB 1989, 2596, der Argumentation zwar folgend, es aber dahinstehen lassend, ob das Programm als Sache angesehen werden kann.

¹⁶³König, Rn. 310; Marly, BB 1991, S. 435.

¹⁶⁴So auch Pres, S. 19; Grell, c't 1996, S. 154; Mäger, CR 1996, S. 522; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; Müller-Hengstenberg, ZUM 1999, S. 217, sieht die Überlassung ohne Datenträger inzwischen schon als Regelfall an; Mincke, JurPC 1991, S. 936, bezeichnet die direkte Überspielung als die typische Lösung.

¹⁶⁵BGHZ 109, 97, 101 f.; AG Ansbach, CR 1995, 278, 279; ebenso Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142; König, NJW 1989, S. 2605; Marly, Rn. 104.

Dennoch muß die mögliche unkörperliche Überlassung von Programmen dahingehend bewertet werden, daß ein Programm jedenfalls auch in einer unkörperlichen Form existieren kann. Die zeitweise unkörperliche Existenz eines körperlichen Gegenstandes erscheint nicht möglich. Vielmehr muß aus der Möglichkeit dieser Existenzform geschlossen werden, daß ein Programm per se immateriell ist und nur unter Zuhilfenahme eines Trägermediums verkörpert werden kann.

c. Ergebnis

Dem § 90 BGB zugrunde liegenden natürlichen Sachbegriff¹⁶⁶ zufolge ist die Sacheigenschaft nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen, nämlich danach, ob etwas sinnlich wahrnehmbar und im Raum abgegrenzt ist.

Die vorhergehenden Ausführungen zeigen, daß es zwar durchaus möglich ist, ein Programm zu verkörpern und damit die Anforderungen an eine Sache zu erfüllen¹⁶⁷. Das läßt aber nicht darauf schließen, daß das Verkörperte selbst eine Sache ist. Gerade daß eine Verkörperung für die Wahrnehmung notwendig ist, macht deutlich, daß das Programm selbst nicht wahrnehmbar ist, in unverkörperter Form und nicht räumlich abgegrenzt vorliegt, also eine Anforderung nicht erfüllt, die an eine Sache zu stellen ist. Viel näher liegt somit der Schluß, daß das zu Verkörpernde nicht körperlich ist.

Diese Feststellung wird durch weitere Erkenntnisse gestützt. Die Annahme der Sachqualität eines Programms führt im Sachenrecht zu Problemen, wie am Beispiel der für die Übereignung gem. § 929 S. 1 BGB erforderlichen Übergabe dargestellt wurde¹⁶⁸. Zudem können Programme zweifelsfrei unkörperliche Existenzformen annehmen, indem sie als unkörperliche elektrische Ladungen existieren und über Kabel übertragen werden¹⁶⁹ oder auch in bestimmten Formen als Know-how angesehen werden können¹⁷⁰.

Die demgegenüber angeführte Notwendigkeit der Verkörperung von Programmen zur Erfüllung ihrer Funktion sowie die Notwendigkeit des Besitzes einer Verkörperung zum Ablaufenlassen des Programms können mit der Natur von Programmen erklärt werden. Programme sind Informationen darüber, wie in einem Computer die Schaltungen der Transistoren angeordnet sein müssen, damit der Computer eine Aufgabe erfüllen kann. Die Verkörperung der Informationen im Computer ist die unmittelbare Umsetzung der Informationen in eine Schaltung. Sie ist notwendig, damit die geplante Funktion erfüllt wer-

¹⁶⁶ Staudinger/Dilcher, Vor § 90, Rn. 8.

¹⁶⁷ Vgl. B II 1 a (1)-(3).

¹⁶⁸ Vgl. B II 1 b (6).

¹⁶⁹ Vgl. B II 1 b (7).

¹⁷⁰ Vgl. B II 1 b (4).

den kann und der Anwender Ergebnisse wahrnehmen kann. Die alleinige Anwesenheit von Informationen darüber, wie eine Schaltung zur Erreichung eines bestimmten Zweckes angeordnet sein müßte, ist hierzu nicht ausreichend. Erst eine sinnvolle Schaltung im Computer führt zu den vom Anwender gewünschten Ergebnissen.

Die Eigenarten der Verkörperung von Programmen beim Transport auf Datenträgern rühren daher, daß die Informationen über die Schaltung für Computer aufbereitet sind und nicht für Menschen. Damit Menschen dem Computer die Informationen entsprechend aufbereitet übermitteln können, ist es nicht ausreichend, sie wie sonstige Informationen beispielsweise verbal auszutauschen. Die flüchtigen Informationen müssen auf einem Träger dauerhaft festgelegt werden. Der Transport von Informationen, die für den Computer aufbereitet wurden, erfordert spezielle Darstellungen, die körperlich sein können, wie pits und lands auf einer CD-ROM, die aber ebensogut in Magnetisierungsunterschieden auf Diskettenoberflächen, als elektrische Ströme oder sogar als Licht in Kabelverbindungen dargestellt werden können. Es handelt sich dabei lediglich um körperliche oder unkörperliche Darstellungsformen des immateriellen Gutes Information.

Die Informationen selbst stellen jedoch keine Sache dar. Sie weisen keine Körperlichkeit auf, sind also nicht räumlich abgegrenzt. Sie werden lediglich teilweise zum Transport verkörpert oder zur Erstellung einer Schaltung im Computer verwendet. Das Programm als Sammlung von Informationen ist mithin ein immaterielles Gut.

Das Programm steht damit dem Know-how nahe. Aus den angeführten Gründen offenbart es das in ihm enthaltene Wissen dem Anwender jedoch im Regelfall nicht, kann also nicht als Know-how bezeichnet werden.

2. Urheberrechtlicher Schutz von Software

Seit dem 24. Juni 1985 ist in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG gesetzlich normiert, daß Computerprogramme zu den geschützten Werken im Sinne des Urheberrechtsgesetzes gehören können¹⁷¹, sofern sie in einer bestimmten Form Ausdruck gefunden haben und sinnlich wahrnehmbar¹⁷², also verkörpert sind. Welche Anforderungen im einzelnen an Computerprogramme zu stellen sein sollten, damit sie tatsächlich in den Genuß dieses Schutzes kamen, war umstritten¹⁷³. Die Rechtsprechung legte in einer grundlegenden Entscheidung

¹⁷¹ BGBl. 1985 Teil I, S. 1137, Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts.

¹⁷² Reh binder, Rn. 125.

¹⁷³ Vgl. die Übersicht bei Müller-Hengstenberg, ZUM 1999, S. 218 f.

vom 9. Mai 1985¹⁷⁴ die Meßlatte für die Schöpfungshöhe außerordentlich hoch an¹⁷⁵, indem neben schöpferischen Eigenheiten ein deutliches Übertreten des Durchschnittskönnens der Programmentwickler¹⁷⁶ als Schutzvoraussetzung gefordert wurde. Mit dem Inkrafttreten einer weiteren Urheberrechtsnovelle am 24. Juni 1993¹⁷⁷, beruhend auf der EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14.05.1991¹⁷⁸, wurden diese Anforderungen insbesondere durch den neu geschaffenen § 69a Abs. 3 UrhG drastisch verringert, und zwar rückwirkend, vgl. § 137d UrhG. Zweck der Änderung war, daß urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen die Regel anstatt die Ausnahme sein sollte¹⁷⁹. Ein Computerprogramm ist nunmehr gem. § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG geschützt, sofern es das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung ist¹⁸⁰. Der Zielvorgabe, an den urheberrechtlichen Schutz niedrigere Anforderungen als bisher zu stellen, ist der BGH gefolgt¹⁸¹. Der Schutz von Computerprogrammen erstreckt sich nach der nunmehr gültigen Gesetzeslage auf Vervielfältigungen gem. § 69c Nr. 1 UrhG, Umarbeitungen und Vervielfältigung der Umarbeitungen gem. § 69c Nr. 2, 23 UrhG¹⁸² sowie Verbreitungen gem. § 69c Nr. 3 UrhG¹⁸³. Dieser Schutz hat insoweit Auswirkungen auf Softwareüberlassungsverträge, als dem Anwender bei der Überlassung des Programms die zum vertraglich vorausgesetzten Einsatz erforderlichen Rechte eingeräumt werden müssen¹⁸⁴. Darüber hinaus wird vertreten, daß das Bestehen eines urheberrechtlichen Schutzes die Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen als Lizenzvertrag zur Folge habe¹⁸⁵. Es ist somit geboten, den urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen näher zu be-

¹⁷⁴ BGH, NJW 1985, 192 ff., »Inkasso-Programm«; bestätigt in BGH, GRUR 1991, 449, 451.

¹⁷⁵ Schätzungen besagten, daß lediglich 5% der Computerprogramme den Anforderungen genügen, vgl. Auszug aus dem Festvortrag von v. Gamm, abgedruckt in GRUR 1986, S. 731; v. Westphalen/Seidel, S. 97; Ullmann, CR 1986, S. 565.

¹⁷⁶ BGH, NJW 1986, 192, 196.

¹⁷⁷ BGBl. 1993, Teil I, S. 910 f.; als Umsetzung der EG-Richtlinie 91/250/EWG, abgedruckt in GRUR Int. 1991, 545 ff.

¹⁷⁸ AbIEG Nr. L 122/42 ff.

¹⁷⁹ Begründung des Regierungsentwurfes zur Urheberrechtsnovelle, BT-Drucksache 12/4022, S. 9.

¹⁸⁰ Vgl. genauer unten, B II 2 a.

¹⁸¹ BGH, CR 1993, 752, 753, allerdings ohne ausdrücklich die vorhergehende Rechtsprechung aufzugeben.

¹⁸² Die Ausnahme des § 23 S. 2 UrhG, daß bereits die Herstellung der Bearbeitung oder Umarbeitung erlaubnispflichtig ist, stellt dabei bei Computerprogrammen die Regel dar.

¹⁸³ Der Erschöpfungsgrundsatz des § 17 Abs. 2 UrhG gilt auch hier, allerdings nicht für das Vermietrecht, vgl. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG.

¹⁸⁴ A.A. Henssler, MDR 1993, S. 491, demzufolge die zivilrechtliche Einordnung unabhängig von der urheberrechtlichen Seite zu erfolgen hat.

¹⁸⁵ Ruppelt, CR 1988, S. 994; Lehmann, CR 1994, S. 665; ähnlich Kappes, JuS 1994, S. 665; a.A. Marly; Rn. 117.

trachten. Besondere Beachtung soll dabei zum einen die untere Grenze des gesetzlichen Schutzes, die sog. »Kleine Münze«¹⁸⁶ erfahren, die gerade im Bereich von Shareware und Freeware gesteigerte Bedeutung erlangt. Zum anderen ist genauer zu untersuchen, inwieweit dem Anwender für die Nutzung des Programms, also für das Einspeichern des Programms im Arbeitsspeicher und für das Ablaufenlassen, Vervielfältigungsrechte eingeräumt werden müssen.

a. Die untere Grenze des Urheberrechtsschutzes

Wie eingangs¹⁸⁷ geschildert, werden Shareware-, Freeware- und Public Domain Programme häufig von Hobbyautoren in der Freizeit verfaßt, wobei ein ideeller Charakter des Schaffens im Vordergrund steht. Während es im Shareware- und Freeware-Bereich Anwendungen gibt, die herkömmlicher, auf kommerziellem Weg vertriebener Software in nichts nachstehen¹⁸⁸, existieren dort andererseits auch sehr einfach strukturierte Programme. Es stellt sich die Frage, ob bzw. bis zu welchem Punkt diese einfachen Programme ebenfalls gesetzlichen Urheberrechtsschutz genießen.

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sind Computerprogramme Sprachwerke¹⁸⁹, sie werden überwiegend als solche der Wissenschaft angesehen¹⁹⁰. Gem. § 2 Abs. 2 UrhG sind Werke nur dann solche im urheberrechtlichen Sinn, wenn sie persönliche geistige Schöpfungen darstellen. § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG stellt demgegenüber einzig und allein – vgl. § 69a Abs. 3 S. 2 UrhG – auf eigene geistige Schöpfungen des Urhebers ab¹⁹¹.

Die Einführung des in geringfügiger Abweichung zu § 2 Abs. 2 UrhG formulierten § 69a Abs. 3 UrhG soll die kleine Münze im Bereich der Computerprogramme schützen und hierfür die vormals hohen Anforderungen des BGH¹⁹² an die Individualität herabsetzen¹⁹³. Dennoch ist die Werkeigenschaft von Computerprogrammen trotz der geringfügig unterschiedlichen Formulie-

¹⁸⁶Der Begriff geht zurück auf Elster, S. 40.

¹⁸⁷Vgl. A II 9 a.

¹⁸⁸Das Betriebssystem Linux ist grundsätzlich ebenso frei verfügbar wie das komplette Office-Paket StarOffice von Sun Microsystems Inc./StarDivision; zweifelnd wohl Marly, Urheberrechtsschutz, S. 14.

¹⁸⁹Ob diese Einordnung sachlich zutreffend ist, ist umstritten, dafür die Rspr., vgl. BGH NJW 1986, 192, 195; ebenso Skaupy, BB 1967, S. 946; Braun, BB 1971, S. 1346; Haberstumpf, Rn. 30; Schricker/Löwenheim, § 2, Rn. 78 f.; dagegen Axster/Axster, BB 1967, S. 611; Emerich, S. 98 ff.; v. Hellfeld, GRUR 1989, S. 472; Wenzel, GRUR 1991, S. 108 f.; König, Rn. 475 f.; pointiert Reh binder, Rn. 127; Walzl, S. 62 ff.; zweifelnd auch Kappes, JuS 1994, S. 660.

¹⁹⁰BGH, NJW 1986, 192, 195; Haberstumpf, Rn. 32; Schricker/Loewenheim, Vor §§ 69a ff., Rn. 6; a.A. Wiebe, BB 1993, S. 1095; Hübner, GRUR 1994, S. 884.

¹⁹¹Dies widerspricht insoweit den klassischerweise an zu schützende Werke gestellten Anforderungen, vgl. Marly, Rn. 122 ff.; ders., Urheberrechtsschutz, S. 117, 119 f.; ähnlich auch BT-Drucksache 12/4022, S. 8.

rung grundsätzlich wie die Werkeigenschaft aller sonstiger potentieller Werke gem. § 2 Abs. 2 UrhG festzustellen¹⁹⁴: Es ist ein persönliches Schaffen mit geistigem Gehalt zu fordern, das eine wahrnehmbare Formgestaltung erlangt haben und einen schöpferischen Eigentümlichkeitsgrad, Individualität, aufweisen muß. Diese Anforderungen sollen im folgenden im Hinblick auf die hier interessierende untere Grenze des urheberrechtlichen Schutzes genauer betrachtet werden.

(1) Persönliches Schaffen

Fehlendes persönliches Schaffen, d.h. eine fehlende menschliche Schaffensfähigkeit¹⁹⁵, kann bei Computerprogrammen nur dann angenommen werden, wenn die Programme ihrerseits von einem Computerprogramm, einem sog. echten Software-Generatorprogramm, erstellt worden sind¹⁹⁶. In der Regel wirkt dieses Merkmal auch im unteren Grenzbereich keine Probleme auf.

(2) Geistiger Gehalt

Differenzierter muß das Erfordernis des geistigen Gehalts betrachtet werden. Daß Programme sowohl im Objektcode als auch im Quellcode nicht für jeden verständlich sind, ist unbeachtlich, da ausreichend ist, wenn die verwendeten Symbole und Zeichen sich wenigstens Fachleuten erschließen¹⁹⁷. Eine ästhetische Komponente des Gehalts ist darüber hinaus nicht erforderlich¹⁹⁸.

Der geistige Gehalt kann bei Schriftwerken in der Gedankenformung und Gedankenführung bestehen¹⁹⁹. Bei Computerprogrammen als Werken der Wissenschaft ist zu beachten, daß wissenschaftliche Theorien, Prinzipien und Regeln frei sind, denn eine Monopolisierung dieser Inhalte würde den Fortschritt hemmen²⁰⁰. Ebenso besteht bei der Programmierung keine vollständige

¹⁹²Entwickelt in BGH, BGHZ 94, 276 ff., »Inkassoprogramm«; ausdrücklich bestätigt in BGH, NJW 1991, 1231, 1232, »Betriebssystem«.

¹⁹³BT-Drucksache 12/4022, S. 7.

¹⁹⁴BT-Drucksache 10/3360, S. 18; übereinstimmend Haberstumpf, Rn. 39; ähnlich Lehmann, NJW 1991, S. 2113; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 6; a.A. wohl Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 419.

¹⁹⁵v. Gamm, Rn. 12; Haberstumpf, Rn. 34; Fromm/Nordemann/Vinck, § 2, Rn. 11 f.; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 11; Schack, Rn. 155.

¹⁹⁶Haberstumpf, Rn. 34; Schricker/Loewenheim, § 69a, Rn. 15; Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69a, Rn. 14; Stumpf/Groß, Rn. 743, gehen demgegenüber davon aus, daß auch hier zusätzlich noch eine persönliche, geistige Leistung des Autors erforderlich ist.

¹⁹⁷BGH, NJW 1986, 192, 195; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 18.

¹⁹⁸BGH, NJW 1986, 192, 196; Fromm/Nordemann/Vinck, § 2, Rn. 15; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 18; Schack, Rn. 158.

¹⁹⁹Haberstumpf, Rn. 35; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 19.

²⁰⁰Ensthaler/Möllenkamp, GRUR 1994, S. 155; Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 500; Schricker/Loewenheim, § 69a Abs. 2, S. 2; zweifelnd Haberstumpf, Rn. 67 ff.; Rehbinder, Rn. 50.

Freiheit der Form, da eine bestimmte Form notwendig und syntaktisch vorgegeben ist²⁰¹. Der Anknüpfungspunkt für den geistigen Gehalt der Computerprogramme wird deswegen gesehen in der optischen Gestaltung des Quellcodes²⁰², teilweise in inhaltlichen Aspekten des Programms²⁰³, mehrheitlich und auch nach Ansicht der Rechtsprechung²⁰⁴ nur in Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials²⁰⁵. Computerprogramme sind Informationen für eine informationsverarbeitende Maschine²⁰⁶. Damit sie verarbeitet werden können, müssen sie zwingend gesammelt und geordnet werden. Sammlung, Einteilung und Anordnung des zu verarbeitenden Materials in irgendeiner Form sind mithin notwendiger Bestandteil der Erstellung eines Computerprogramms, so daß jedes Computerprogramm, auch im unteren Grenzbereich, einen geistigen Gehalt bedingt.

Darüber hinaus im Quellcode eingefügte Kommentare zu schützen, die bei der Kompilierung des Quellcodes wegoptimiert werden und nie in ausführbare Computerprogramme gelangen, erweitert den Schutz nicht und ist jedenfalls aus diesem Grund abzulehnen.

Auch wenn einiges dafür spricht, inhaltliche Aspekte eines Programms zu berücksichtigen²⁰⁷, so liegt dennoch aufgrund der vorstehenden Überlegungen auch ohne Einbeziehung inhaltlicher Aspekte ein geistiger Gehalt bei Com-

²⁰¹ König, Rn. 448 ff., hält deswegen die Einordnung von Computerprogrammen als Sprachwerke für unzutreffend; ebenso zweifelnd v. Hellfeld, GRUR 1989, S. 471 f.; Schulze, GRUR 1990, S. 104.

²⁰² Hinsichtlich eingefügter Kommentare nimmt König, Rn. 466 urheberrechtlichen Schutz an; Waltl, S. 72 f.; hinsichtlich der Variablennamen ebenso König, GRUR 1989, S. 564; weitgehend in diese Richtung Ensthaler/Möllenkamp, GRUR 1994, S. 156 ff., die hierin aber handwerklich-routinemäßige Arbeiten sehen.

²⁰³ So Haberstumpf, Rn. 47, 49 ff., der von einem Verschmelzen von Form und Inhalt ausgeht; ebenso Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 501; Rehbinder, Rn. 45 f., der den Inhalt nur zur Bestimmung der Schutzfähigkeit heranziehen will, ohne den Inhalt selbst urheberrechtlich zu schützen; ähnlich König, Rn. 478, der die bestehenden Regeln so auslegt, daß auch inhaltliche Elemente zur Begründung des Urheberschutzes herangezogen werden können; in dieser Richtung auch BT-Drucks. 12/4022, S. 10; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 121 m. w. N., sieht hierin einen Systembruch.

²⁰⁴ BGH, NJW 1986, 192, 196; BGH, NJW 1991, 1231, 1232; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 176, 177; LG Mannheim, NJW-RR 1994, 1007, 1007; ähnlich OLG Frankfurt, CR 1986, 13, 17.

²⁰⁵ Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, S. 495; Ilzhöfer, CR 1988, S. 424 f.; Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 421 ff., Lehmann, CR 1992, S. 325; Ullmann, CR 1992, S. 645; Engel, Rn. 121; Haberstumpf, Rn. 90; Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 500; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 6; teilweise auch »Konzept« genannt, Hübner, GRUR 1994, S. 885; Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608; weitergehend Schrickler/Loewenheim, § 2, Rn. 65; wohl ebenfalls weitergehend Haberstumpf, der hierin eine Beschreibung für die Bedeutung des Textes sieht, Rn. 49, die von ihm als Sachgehalt bezeichnet wird, Rn. 46 f.; zweifelnd König, Rn. 463.

²⁰⁶ Vgl. B II 1 c.

²⁰⁷ Vgl. nur die terminologischen Probleme, Haberstumpf, Rn 51 ff.

puterprogrammen stets vor. Zudem schließt § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG Ideen und Grundsätze ausdrücklich vom urheberrechtlichen Schutz aus. Die Einbeziehung inhaltlicher Kriterien würde damit zwar zu keinen Änderungen in der Schutzbegründung führen, wohl aber zu Abgrenzungsschwierigkeiten unter dem Gesichtspunkt des § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG. Für die Bestimmung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit von Computerprogrammen sollen inhaltliche Kriterien deswegen unberücksichtigt bleiben.

Was den Umfang des Schutzes angeht, ist § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG zu folgen, so daß der Inhalt selbst nur insoweit vom Schutz umfaßt ist, als es sich nicht um grundlegende Ideen in ihrem Kern handelt, sondern lediglich um deren Anwendung. Dabei auftretende Abgrenzungsprobleme²⁰⁸ sind unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Werkes zu entscheiden, ohne daß hierfür konkrete Richtlinien gegeben werden können²⁰⁹.

(3) Wahrnehmbare Formgestaltung

Das Kriterium der wahrnehmbaren Formgestaltung erfordert, daß das Computerprogramm für die menschlichen Sinne wahrnehmbar sein muß²¹⁰. Eine körperliche oder dauerhafte Festlegung des Werkes ist nicht erforderlich, eine vorübergehende ist ausreichend²¹¹. Ebenso ist keine unmittelbare Möglichkeit der Wahrnehmung erforderlich, es genügt die Wahrnehmung mittels technischer Geräte²¹² wie des Computers. Damit ist jedes in beliebiger Form gespeicherte, gespeichert gewesene oder sonstwie niedergelegte Computerprogramm wahrnehmbar²¹³.

(4) Individualität

Entscheidend für die Bestimmung der urheberrechtlichen Schutzfähigkeit eines Computerprogramms ist das Kriterium der Individualität. Die Rechtsprechung forderte hier bis zur Einführung der §§ 69a ff. UrhG in einem ersten Schritt die Ermittlung von individuellen Eigenheiten des Computerpro-

²⁰⁸Haberstumpf, Rn. 54 ff.; Wiebe, BB 1993, S. 1095 f.; Hübner, GRUR 1994, S. 884 f.; Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69a, Rn. 10.

²⁰⁹Eine Bestimmung im Einzelfall war wohl auch die Intention des Gesetzgebers, der diese fallweise Abgrenzung der Rechtsprechung überließ, BT-Drucksache 12/4022, S. 9; übereinstimmend Schrickler/Löwenheim, § 69a, Rn. 9; zu diesem Ergebnis kommen auch Ensthaler/Möllenkamp, GRUR 1994, S. 158.

²¹⁰BGH, NJW 1986, 192, 195; Haberstumpf, Rn. 36; Schrickler/Loewenheim, § 2, Rn. 20.

²¹¹Haberstumpf, Rn. 36; Fromm/Nordemann/Vinck, § 2, Rn. 27; Schrickler/Loewenheim, § 2, Rn. 20.

²¹²Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 21; Ulmer, § 21 II 1.

²¹³Ein sonstwie geäußertes, aber nicht fixiertes Programm erscheint nicht denkbar, wäre jedoch bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen ebenfalls urheberrechtsfähig, vgl. nur Schrickler/Loewenheim, § 2, Rn. 20.

gramms im Zuge eines Gesamtvergleichs mit vorbestehenden Programmen²¹⁴; anschließend sollte in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob die Gestaltungstätigkeit des Programmierers diejenige eines durchschnittlichen Entwicklers deutlich überragt, da das rein handwerksmäßige, mechanisch-technische Aneinanderreihen des Materials nicht schutzfähig sein sollte²¹⁵.

Nunmehr besteht Einigkeit in der Hinsicht, daß derart rigide Forderungen an die Individualität nicht mehr zu stellen sind. Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen soll die Regel, nicht die Ausnahme sein²¹⁶.

Zur Umsetzung dieser Zielvorgabe wird, teilweise²¹⁷ unter Hinweis auf die frühere Rechtsprechung, gefordert, über bloße Individualität hinaus keine weiteren Anforderungen an urheberrechtliche Werke zu stellen. Die Gewährung des Urheberrechts sei gerechtfertigt, sobald der Urheber zumindest eine bescheidene geistig-schöpferische Leistung erbracht habe²¹⁸. Die untere Grenze sei danach zu beurteilen, ob das Werk über den Standard des alltäglichen, an Vorgegebenheiten orientierten Schaffens hinausgehe²¹⁹. Dies begründe sich aus der Individualität, wie sie allgemein im Urheberrecht zu verlangen sei, nämlich daß der Schöpfer neben dem verarbeiteten Allgemein- und Fremdgut von seinen persönlichen Anlagen und Fähigkeiten etwas hinzu geben müsse; Individualitäten auf bescheidenem Niveau stellten die untere Grenze, die kleine Münze dar. An dieser Individualität fehle es, wenn jeder Verfasser im wesentlichen das Gleiche geschaffen hätte²²⁰, das Ergebnis sich also aus der Na-

²¹⁴BGH, NJW 1986, 192, 196; BGH, NJW 1991, 1231, 1232.

²¹⁵BGH, NJW 1986, 192, 196; BGH, NJW 1991, 1231, 1232 f.

²¹⁶BT-Drucksache 12/4022, S. 10; Dreier, CR 1991, S. 578; Lehmann, NJW 1991, S. 2113; Haberstumpf, Rn. 39; Köhler/Fritzsche, Rn. 10; Marly, NJW-CoR 1993, S. 31; Sickinger, S. 35; Kappes, JuS 1994, S. 661; Pres, S. 27; Raubenheimer, CR 1994, S. 71; Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 499; Schricker/Loewenheim, § 69a, Rn. 20.

LG Mannheim, NJW-RR 1994, 1007, 1007 spricht sogar davon, daß meist von einer tatsächlichen Vermutung des Urheberrechtsschutzes auszugehen sei; zust. Raubenheimer, CR 1996, S. 69; ebenso Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 421 und Erdmann/Bornkamm, GRUR 1991, S. 879 für komplexe Programme, ebenso Fromm/Nordemann/Vinck, Vor § 69a, Rn. 4; für das Bestehen einer nur tatsächlichen Vermutung bei komplexen Programmen Dreier, GRUR 1993, S. 788; zurückhaltender Schricker/Loewenheim, § 69a, Rn. 21; gegen diese Vermutung BT-Drucks. 12/4022, S. 9; Ullmer, CR 1992, S. 643; Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608; Sickinger, S. 35; Raubenheimer, CR 1994, S. 72.

Vgl. zur Umsetzung das obiter dictum des BGH, CR 1993, 752, 753; skeptisch bzgl. der Umsetzung zuvor noch Michalski/Bösert, S. 101 f.

²¹⁷Haberstumpf, Rn. 79 ff.

²¹⁸Lehmann, CR 1992, S. 325, gegen die Rechtsprechung des BGH, CR 1985, 22 ff. (Inkassoprogramm) und CR 1991, S. 80 ff. (Betriebssystem); ebenso Pres, S. 28; Marly, Rn. 123; ders., Urheberrechtsschutz, S. 118.

²¹⁹Haberstumpf, Rn 81.

²²⁰Engel, Rn. 120; Haberstumpf, Rn. 86.

tur der Sache ergebe oder ganz allgemein üblich sei²²¹, ebenso bei sog. Banal-²²² oder Trivialprogrammen²²³ und bei dem bloßen Kopieren von vorbestehenden Programmen²²⁴.

Allein der Verweis auf das notwendige Vorliegen individueller Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials bestimmt jedoch nicht klar genug, wo die untere Grenze der Individualität zu finden ist²²⁵. Zur Ermittlung des Bereichs, in dem die kleine Münze angesiedelt ist, ist genauer zu bestimmen, welche Mindestanforderungen Programme erfüllen müssen, damit sie urheberrechtlichen Schutz genießen können.

(a) Programmumfang

Zu diesem Zweck erscheint es naheliegend, auf den Umfang des vom Entwickler erstellten Programms abzustellen²²⁶. Hierzu wird ausgeführt, daß Computerprogramme dann keinen urheberrechtlichen Schutz genießen sollten, wenn sie nur aus wenigen Programmbefehlen²²⁷ oder der bloßen Hintereinanderschaltung allgemein bekannter Programmbausteine bestünden²²⁸ und ihre Erstellung ohne nennenswerte Mühewaltung möglich sei²²⁹. Es seien mehrere

²²¹ BGH, CR 1993, 752, 754; Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 500.

²²² BT-Drucks. 12/4022, S. 10; Sickinger, S. 35; Raubenheimer, CR 1994, S. 72; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 6; Schricker/Loewenheim, § 69a, Rn. 20; Marly, a.a.O.; ders., Urheberrechtsschutz, S. 119 f., ders., NJW-CoR 1993, S. 21; diese Terminologie verwenden auch OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 338 und OLG Frankfurt a.M., CR 1999, 7, 8; für die grundsätzliche Einbeziehung von Banal- und Trivialprogrammen Hoeren, CR 1993, S. 756; ähnl. Nicolini/Ahlberg/ders., § 69a, Rn. 16, darauf hinweisend, daß der Ausschluß banaler Programme zu dem Verbot qualitativer Prüfungskriterien im Widerstreit steht.

²²³ Raczinski/Rademacher/Ivenz, CR 1991, S. 723; Bartsch, CR 1992, S. 393; Haberstumpf, Rn. 24; Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608; Brandi-Dohrn, BB 1994, S. 659; Kappes, JuS 1994, S. 665; Pres, S. 28; Nieskens, BB 1996, S. 2658; Raubenheimer, a.a.O.; Fromm/Nordemann/Vinck, a.a.O.

²²⁴ Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 423; Engel, Rn. 120; Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 608; Sickinger, S. 35; Marly, a.a.O.; so auch LG Mannheim, NJW-RR 1994, 1007, 1007.

²²⁵ So auch v. Hellfeld, GRUR 1989, S. 474; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 116, sieht darüber hinaus diesen Punkt rein von der Zweckmäßigkeit bestimmt, so daß hier kein Raum für Individualität bestehe.

²²⁶ A.A. v. Gravenreuth, GRUR 1986, S. 721; Lesshaft/Ulmer, CR 1993, S. 612 f.; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 6.

²²⁷ Marly, Urheberrechtsschutz, S. 116; auf Komplexität abstellend Erdmann/Bornkamp, GRUR 1991, S. 878; intensiven Arbeitseinsatz qualifizierter Programmierer fordert Haberstumpf, Rn. 97.

Marly selbst sieht allerdings in Urheberrechtsschutz, S. 117 m.w.N., den quantitativen Umfang eines Programms oder die Neuheit der Aufgabenstellung nicht als urheberrechtlich relevante Kriterien an.

²²⁸ Marly, a.a.O.; ders., Urheberrechtsschutz, S. 122; Pres, S. 28.

²²⁹ Marly, Urheberrechtsschutz, S. 120.

mit mehr als minimalem Aufwand an Können und Mühe erstellte, geordnete Programmzeilen von mehr als unbedeutender Größe erforderlich²³⁰.

Mit den modernen Programmiersprachen beigelegten, immer umfangreicheren Programmbibliotheken kann die Funktion herkömmlicher Anwendungen schon mit wenigen Anweisungen im Quellcode erreicht werden²³¹. Diese Anweisungen werden dann häufig²³² zusammen mit den aus Bibliotheken aufgerufenen Funktionen bei der Kompilierung in viele, für den Rechner verständliche Programmbefehle übersetzt. Dennoch erscheint es keinesfalls gerechtfertigt, ein solches, für den Autor einfachst zu erstellendes Programm dem Urheberrechtsschutz zu unterwerfen. Auch wenn die übernommenen Funktionen nicht als allgemein bekannt angesehen werden dürfen, solange sie nicht im Quellcode veröffentlicht worden sind²³³, stellt eine solche Übernahme dennoch keine eigene, geistige Leistung im Sinne des § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG dar. Zur Bestimmung, ob es sich um ein banales Programm handelt, darf demnach nicht von der Anzahl der Programmbefehle oder der Größe des Programms im Objektcode ausgegangen werden. Es muß gewährleistet sein, daß Vorgefertigtes auch in den Fällen unberücksichtigt bleibt, in denen nicht fremder Code kopiert wird, sondern Funktionen aus fremden Bibliotheken eingebunden werden. Eine eigene Leistung ist lediglich in der Kombination solcher Funktionsaufrufe zur Erreichung einer bestimmten Funktionalität zu sehen.

Ein Programm kann also auch banal sein, obwohl es im kompilierten Zustand aus einer Vielzahl von Befehlen besteht. Es darf nicht auf die Anzahl der Befehle im Programm oder auf den Funktionsumfang des Programms abgestellt werden. Maßgebend kann nur die Größe des vom Programmierer selbst erstellten Quellcodes sein. Dieser muß, Kommentarzeilen ausgenommen, dem Programmierer ausreichend Spielraum für individuelle Variationsmöglichkeiten geben. Unter 250 Zeilen Quellcode erscheint das nicht denkbar. Masse ist zwar nicht mit Individualität gleichzusetzen, sie ist jedoch eine Voraussetzung für Variationsmöglichkeiten und damit für die Individualität²³⁴. Andererseits erscheint es trotz der großen Reichweite des urheberrechtlichen Schutzes und der Sonderstellung, die dieser regelmäßig einnehmen

²³⁰Marly, Urheberrechtsschutz, S. 122; OLG Frankfurt a.M., CR 1999, 7, 8; ähnlich bereits LG München I, CR 1986, 384, 386.

²³¹Z.B. kann ein simpler Texteditor in Visual Basic durch ein Textfeld, eine Befehlsschaltfläche und neun Programmbefehle realisiert werden. Für einen Webbrowser werden sogar nur vier Programmbefehle benötigt. Sämtliche erforderliche Funktionalität wird dem Anwender zusammen mit der Programmiersprache bereits zur Verfügung gestellt.

²³²Teilweise werden die Funktionsbibliotheken dem Programm auch beigelegt.

²³³Vgl. B II 1 b (7).

²³⁴Ähnlich wohl Haberstumpf, Rn. 24, ihm folgend Pres, S. 31, die Algorithmen in Form von Kombinationsalgorithmen als geschützt ansehen. Auch Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 421, gehen bei komplexen Programmen von einer tatsächlichen Vermutung der Individualität aus.

sollte, unangebracht, eine wesentlich höhere Anzahl an selbsterstellten Zeilen im Quellcode als Untergrenze zu fordern. Es muß berücksichtigt werden, daß Computerprogramme wie Schriftwerke behandelt werden sollen, für Schriftwerke aber anerkannt ist, daß bereits ein sehr geringes Maß an Individualität zur Erlangung urheberrechtlichen Schutzes ausreichend ist²³⁵. Auch für Websites werden äußerst geringe Anforderungen an die Individualität gestellt, wenn ausgeführt wird, daß lediglich graphisch und mit einer vom Standard abweichenden Schrifttype erstellte Websites bereits deutlich über den Anforderungen an die kleine Münze lägen²³⁶. Darüber hinausgehend sind Anforderungen qualitativer Natur gem. § 69a Abs. 3 S. 2 UrhG nicht zulässig²³⁷. Die im Zuge der Umsetzung der EG-Richtlinie²³⁸ geschaffenen Vorschriften sollen den Urheberrechtsschutz für Computerprogramme zur Regel machen²³⁹ und lassen damit keine höheren Anforderungen an die kleine Münze zu²⁴⁰. Da Computerprogramme sehr schnell an Aktualität verlieren, ist eine hierdurch möglicherweise hervorgerufene, weitgehende Monopolisierung nicht als schwerwiegender Nachteil zu beurteilen.

Das Abstellen auf die vom Programmierer selbst erstellten Quellcodezeilen gewährleistet dabei gleichzeitig die notwendige Differenzierung nach der Art der verwendeten Programmiersprache. Programme, die in einer maschinen-nahen Sprache geschrieben wurden, bieten dem Entwickler mehr Variationsmöglichkeiten, so daß hier Individualität früher, also bei geringerem Funktionsumfang des Programms²⁴¹ angenommen werden kann als bei Programmen, die in einer Hochsprache geschrieben wurden. Auch für kompakt und ma-

²³⁵ Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 421; Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 500 bezeichnen geringe Anforderungen als geradezu kennzeichnend für die kleine Münze; dies kritisiert König, NJW-CoR 1994, S. 392.

²³⁶ Bechtold, ZUM 1997, S. 428; Koch, GRUR 1997, S. 420; wobei beide allerdings nicht berücksichtigen, daß HTML-Seiten jedem im Quelltext zugänglich sind, so daß sie wohl allgemein bekannt sein dürften, jedenfalls sofern sie als Computerprogramm eingestuft werden sollen, Bechtold a.a.O.

²³⁷ Zu weitgehend demnach Schrickler/Loewenheim, § 69a, Rn. 20, der weitere qualitative Merkmale in Form von analytisch konzeptionellen Fähigkeiten, Geschick, Einfallsreichtum und planerisch-konstruktivem Denken fordert. Es ist in der Tat das Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers hier ausreichend; so auch Vogt, WiB 1995, S. 225.

²³⁸ ABLEG Nr. L 122/42 ff., EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14.05.1991.

²³⁹ BT-Drucks. 12/4022, S. 9.

²⁴⁰ Die Gegenansicht, Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 6 am Ende, erkennt zwar, daß das neu eingefügte Urheberrecht für Computerprogramme europäische Sonderregelungen enthält, die nicht mit den sonstigen urheberrechtlichen Regelungen übereinstimmen, sie berücksichtigt dies jedoch in keiner Weise bei der Bestimmung der Individualität.

²⁴¹ Auch hierauf stellt Marly, Urheberrechtsschutz, S. 122, ab.

schinennah geschriebene kleine Hilfsprogramme²⁴² besteht damit grundsätzlich die Möglichkeit des urheberrechtlichen Schutzes.

Was die Schutzfähigkeit des Entwurfmaterials angeht, so ist eine Konkretisierung der erforderlichen Größe mangels eines vorgegebenen Formates²⁴³ nicht möglich. Auch hier sollte das Dokument, dessen Urheberrechtsschutz zu bestimmen ist, eine Mindestgröße erreichen, die Variationsmöglichkeiten und damit Individualität in einem vergleichbaren Maß ermöglicht.

(b) Kein Hintereinanderschalten bekannter Befehlsblöcke

Vor diesem Hintergrund erscheint das bloße Hintereinanderschalten²⁴⁴ bekannter Befehlsblöcke als problematisches Kriterium zur Bestimmung der Urheberrechtsschutzfähigkeit. Jede Funktionalität, gerade wenn sie in einer Hochsprache erstellt wurde, basiert auf Befehlsgruppierungen, die nicht einmalig sind, sondern in dieser Form von jedem mit fachlichen Grundkenntnissen erstellt werden könnten²⁴⁵, vorgefertigt oder bereits allgemein bekannt sind. Individualität kann sich aber auch darauf gründen, daß die Aufrufe allgemein bekannter Funktionen in größerer Anzahl im Quellcode individuell angeordnet werden, sofern der Quellcode eine hierfür ausreichende Größe erreicht²⁴⁶. Das Hintereinanderschalten bekannter Befehlsblöcke muß damit nicht für fehlende Individualität sprechen. Eine zutreffende Beurteilung der Urheberrechtsschutzfähigkeit kann somit letztlich nur anhand der Größe des Quellcodes erfolgen. Allerdings sind hierbei bekannte Befehlsblöcke tatsächlich insoweit auszuschließen, als nur der vom Entwickler selbst entwickelte Quellcode zur Bestimmung der Größe betrachtet werden darf. Von ihm unmittelbar in sein Programm kopierte Codestücke müssen hierbei ebenso unberücksichtigt bleiben wie beim Kompilieren aus Bibliotheken eingebundene Funktionen.

Grundsätzlich entsteht bei einer solchen Kombination einzelner vorbekannter Routinen zu einem neuen Programm ein neues, selbständig urheberrechtlich geschütztes Werk. Der urheberrechtliche Schutz der verwendeten, fremdgefertigten Routinen setzt sich nur in besonderen Ausnahmen im neu entstehenden Programm fort, wenn diese im neuen Programm als selbständige Ein-

²⁴²Paschke/Kerfack, ZUM 1996, S. 502, sehen sogar einzelne Unterprogramme als möglicherweise selbständig schutzwürdig an.

²⁴³Möglich ist die Darstellung als Fließtext, Tabellen, Struktogramme, Grafik, etc.

²⁴⁴Lehmann, CR 1993, S. 775; Pres, S. 28; Marly, a.a.O.; ders., Urheberrechtsschutz, S. 122.

²⁴⁵Daß die durchschnittliche Leistung, das Schaffen eines Durchschnittsprogrammierers mittlerweile ausreichend ist, um Urheberrechtsschutz zu erlangen, sieht auch Vogt, WiB 1995, S. 225 so.

²⁴⁶Vgl. B II 2 a (4) (a).

heit mit eigenen Funktionen unabhängig fortbestehen²⁴⁷, also ihrerseits schutzfähig sind.

(c) Neuheit

Schließlich wird teilweise vertreten, daß eine eigene geistige Schöpfung im Falle von Computerprogrammen dann als gegeben erachtet werden müsse, wenn ein Programm in seiner Funktionalität, seiner Systemarchitektur oder seiner Implementierung erkennbar andere Merkmale aufweise als vorbekannte Programme²⁴⁸. Dieser Gesichtspunkt läuft auf eine Neuheitsprüfung hinaus. Gegen eine solche kann nicht grundlegend angeführt werden, daß sie dem herkömmlichen urheberrechtlichen Verständnis widerspricht²⁴⁹, da die urheberrechtlichen Normen für Computerprogramme als Kompromiß zwischen dem anglo-amerikanischen und dem kontinentalen Urheberrecht²⁵⁰ Sonderregelungen enthalten sollen²⁵¹, gewisse Widersprüche zum herkömmlichen Urheberrechtsverständnis also als beabsichtigt oder wenigstens in Kauf genommen gelten können. Eine Neuheitsprüfung bietet jedoch gegenüber dem Kriterium, daß es nicht ausreichend ist, Vorbekanntes hintereinander zu schalten, keinen neuen, differenzierten Ansatzpunkt.

(5) Mindestanforderungen an die urheberrechtliche Schutzfähigkeit

Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, daß ein Computerprogramm urheberrechtlich schutzfähig ist, wenn es

1. nicht von einem echtem Software-Generatorprogramm erstellt wurde und
2. Individualität in der Form besteht, daß das Programm aus wenigstens 250 selbsterstellten Zeilen Quellcode besteht, die nicht allgemein bekannt sind und deren Anordnung nicht ausnahmsweise nur in der vorliegenden Form möglich war.

Es zeigt sich, daß – abgesehen von der Ausnahme für maschinengenerierte Programme – der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen nur von einer Individualitätsprüfung mit geringen Anforderungen abhängt, da die sonstigen Anforderungen an urheberrechtliche Werke durch jedes Programm erfüllt werden. Diesen verbliebenen, an Programme noch zu stellenden An-

²⁴⁷ Vgl. Raczinski/Rademacher/Ivenz, CR 1991, S. 724.

²⁴⁸ Link, GRUR 1986, S. 142; Erdmann/Bornkamp, GRUR 1991, S. 879; Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 423.

²⁴⁹ Marly, Urheberrechtsschutz, S. 117; Schricker/Loewenheim, § 2, Rn. 41.

²⁵⁰ Broy/Lehmann, GRUR 1992, S. 419; ähnlich Junker, NJW 1993, S. 825.

²⁵¹ BT-Drucks. 12/4022, S. 7. Vgl. auch S. 8: Ausstrahlungen dieses Sonderrechts auf das klassische Urheberrecht sollen nach Möglichkeit vermieden werden, weswegen die Vorschriften in einem eigenen Abschnitt zusammengefaßt wurden.

forderungen dürfte der größte Teil der im Umlauf befindlichen Shareware-, Freeware- und Public Domain Programme genügen.

b. Erforderlichkeit der Einräumung von Verwertungsrechten

Allein die Feststellung, daß Computerprogramme urheberrechtlich geschützt sind, hat allerdings noch keinen Einfluß auf Verträge, die über die Überlassung eines Programms geschlossen werden. Die Einräumung von Nutzungsrechten ist nämlich nicht bereits dann erforderlich, wenn ein Computerprogramm urheberrechtsschutzfähig ist. Erst wenn die vom Anwender angestrebte Benutzung des Programms selbst eine urheberrechtliche Verwertung darstellt, müssen ihm hierfür Nutzungsrechte eingeräumt oder übertragen werden²⁵². Dabei ist zwar die Benutzung eines Werkes nicht urheberrechtlich relevant²⁵³, jedoch könnten sich aus den Unterschiede von Computerprogrammen zu sonstigen urheberrechtlich geschützten Werken Besonderheiten ergeben. Zunächst ist festzuhalten, daß in den §§ 69a ff. UrhG, insbesondere in § 69c Nr. 1 UrhG nicht ausdrücklich geregelt ist, was unter einer Vervielfältigung von Computerprogrammen zu verstehen ist. Die urheberrechtliche Relevanz des Ladens, Anzeigens und Ablaufenlassens von Programmen ist sowohl von den §§ 69a ff. UrhG als auch von der EG-Richtlinie offen gelassen worden²⁵⁴. Damit ist unklar, ob das dem Ablaufen vorhergehende Laden in den Arbeitsspeicher sowie während des Ablaufs stattfindende Vervielfältigungen urheberrechtlich relevant sind oder nicht.

Im folgenden soll untersucht werden, welche vom Anwender in der Regel vorgenommenen Handlungen der Einräumung von Verwertungsrechten bedürfen.

(1) Die Installation

Der Vorgang der Benutzung von Shareware-, Freeware- und Public Domain-Programmen beginnt damit, daß sich der Anwender das Programm verschafft, häufig von einem Datenträger, beispielsweise einer CD-ROM, oder per Datenfernübertragung aus einer Mailbox oder dem Internet. Hat der Anwender das Programm auf einer CD-ROM erhalten, so muß er dieses in der Regel²⁵⁵ als erstes auf seinem System installieren, d.h. auf die Festplatte kopieren und system- oder benutzerabhängige Einstellungen vornehmen. Nichts anderes gilt

²⁵²König, Rn. 619 m.w.N.

²⁵³BGH NJW 1991, 1231, 1234; ebenso König, Rn. 561; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 169; Schricker, § 15, Rn. 5.

²⁵⁴Haberstumpf, Rn. 115, gegen Schulte, CR 1992, 650 f.

²⁵⁵Nur ein ganz geringer Teil der Software kann ohne Installation unmittelbar von einem schreibgeschützten Datenträger aus ausgeführt werden.

auch für die per Datenfernübertragung erlangten Programme, da diese nicht in bereits installierter Version bezogen werden können, jedenfalls aber zunächst auf dem lokalen Datenspeicher abgelegt werden müssen. Es ist somit regelmäßig erforderlich, vor dem ersten Ablauf des Programms ein Vervielfältigungsstück auf demselben oder einem anderen Datenträger zu erstellen. Dieses ist dann ebenfalls auf dem Datenträger verkörpert und kann mit Hilfe des Computers sinnlich wahrgenommen werden, genügt also bereits der klassischen Definition der Vervielfältigung gem. § 16 UrhG²⁵⁶.

Ferner ist aus demselben Grund, daß ein weiteres, körperliches Festlegungsexemplar des Programms erstellt wird, bereits der Bezug des Programms im Wege der Datenfernübertragung aus einer Mailbox²⁵⁷ oder von einem Server im Internet eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung dar.

Der Benutzung geht somit notwendig wenigstens eine Vervielfältigung voraus. Hierfür benötigt der Anwender ein Nutzungsrecht.

(2) Das Laden in den Arbeitsspeicher

Jedesmal wenn der Anwender das Programm startet, um es ablaufen zu lassen, wird es zunächst von dem Datenträger, auf dem es installiert wurde, teilweise oder komplett in den Arbeitsspeicher des Computers übertragen. Die dort entstehende Kopie wird wieder entfernt, wenn das Programm beendet wird, spätestens mit dem Ausschalten des Computers.

Es wird teilweise²⁵⁸ bezweifelt, daß die im Arbeitsspeicher entstehende Kopie einer Vervielfältigung im Sinne des UrhG entspreche, da sie flüchtig und nicht beständig²⁵⁹ oder nicht wahrnehmbar sei²⁶⁰, diese Vervielfältigung zur urheberrechtlich freien Benutzung gehöre²⁶¹, oder weil eine Duplizierung in-

²⁵⁶Die körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen wenigstens mittelbar wahrnehmbar zu machen, vgl. Schrickler/Loewenheim, § 16, Rn. 6; i.E. übereinstimmend BGH NJW 1991, 1231, 1234; König, Rn. 569; Haberstumpf, Rn. 116; Michalski, DB 1993, S. 1962; Kappes, JuS 1994, S. 661; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, S. 139; Marly, Rn. 131; ders., Urheberrechtsschutz, S. 160.

²⁵⁷Marly, Urheberrechtsschutz, S. 161.

²⁵⁸Bartsch, CR 1987, S. 10; Röttinger, IuR 1987, S. 268; Buchmüller, S. 120; Hoeren, GRUR 1988, S. 345; ders., Rn. 103; ders./Schuhmacher, CR 2000, S. 139, 142 ff.; König, Rn. 505, 520; Malzer, S. 103; Henssler, MDR 1993, S. 497; differenzierend zwischen dem Laden von einem Netzwerk und dem Laden vom lokalen Computer Gantner, JurPC 1994, S. 2854 f., wobei allerdings unklar bleibt, wie die unterschiedliche rechtliche Behandlung gerechtfertigt sein soll.

²⁵⁹Hoeren, a.a.O.; ders./Schuhmacher, CR 2000, S. 143.

²⁶⁰Ernestus, CR 1989, S. 787; König, Rn. 520; ähnlich Röttinger, IuR 1987, S. 268 f.

²⁶¹Bartsch, a.a.O.; wohl auch Henssler, a.a.O., der zudem die Unkörperlichkeit der Kopie im Speicher als Argument gegen das Vorhandensein eines Vervielfältigungsstückes ansieht.

nerhalb desselben Computers keine neuen Nutzungsmöglichkeiten einräume und damit keine Vervielfältigung im Sinne des Urheberrechts sei²⁶².

Weitgehende Einigkeit besteht jedoch darüber, daß Werkstücke nicht dauerhaft sein müssen²⁶³, sondern auch die nur zeitweise Verkörperung von Werkstücken wie beispielsweise das Erschaffen von Skulpturen aus Eis ausreichend ist²⁶⁴.

Fordert man, die flüchtige Kopie im RAM des Computers nicht als Vervielfältigung zu behandeln, weil diese nur durch ständige elektrische Impulse aufrecht zu erhalten, also nicht beständig sei²⁶⁵, so macht man den Urheberrechtsschutz von der technischen Bauweise des Computers abhängig, auf dem ein Programm ausgeführt wird²⁶⁶. Dabei wird die Frage, ob eine Vervielfältigung dauerhaft sei, durch die Verlagerung der Terminologie auf den Begriff der Beständigkeit nicht gelöst. Abhängig von der Art der Speicherung differiert lediglich der Zeitraum, den eine Vervielfältigung ohne erhaltendes Zutun Bestand hat – und ggf. verbreitet werden kann. Insbesondere auch als dauerhaft anerkannte Vervielfältigungen wie die Kopie einer Buchseite auf ein Blatt Papier haben nicht auf unbegrenzte Zeit Bestand. Man mag darüber streiten, welche Zeitspanne eine Vervielfältigung ohne erhaltenden Eingriff überstehen muß, um als dauerhaft angesehen werden zu können. Letztendlich stellt aber auch der Hinweis darauf, daß Informationen in DRAM-Bausteinen nur einige Mikrosekunden ohne erhaltenden Eingriff überstehen, lediglich einen Hinweis auf die Flüchtigkeit der Vervielfältigung dar. In dieser Hinsicht stellt § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG jedoch klar, daß bei Computerprogrammen auch vorübergehende Vervielfältigungen vom Urheberrecht erfaßt sein sollen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Vervielfältigung notwendig der Benutzung vorausgeht. Diese Notwendigkeit zeigt vielmehr nur, daß das Laden in den Arbeitsspeicher eine neue Nutzungsmöglichkeit schafft, was ebenfalls für die urheberrechtliche Relevanz dieses Vorgangs spricht. Darüber hinaus ist es für einen wirksamen Urheberrechtsschutz erforderlich, das Laden als urheberrechtsrelevante Vervielfältigung aufzufassen. Anderenfalls könnte von einem Nichtberechtigten nicht die Löschung der Programmkopie aus dem Arbeitsspeicher verlangt werden²⁶⁷. Außerdem bestünde ansonsten die Möglichkeit,

²⁶² König, Rn. 505.

²⁶³ v. Gamm, § 16, Rn. 10; Rupp, GRUR 1986, S. 148; Röttinger, IuR 1987, S. 269; Marly, JurPC 1989, S. 20; ders., Urheberrechtsschutz, S. 164; König, Rn. 484; Haberstumpf, Rn. 119; Schriker/Loewenheim, § 69c, Rn. 7.

²⁶⁴ Gegen die Terminologie der »zeitweisen Festlegung« Hoeren, GRUR 1988, S. 345.

²⁶⁵ Hoeren/Schuhmacher, a.a.O.

²⁶⁶ Kernspeicher beispielsweise halten im Gegensatz zu DRAM ihre Informationen ohne derart häufige Erneuerung.

²⁶⁷ Haberstumpf, Rn. 120; Alpert, CR 2000, S. 346.

eine rechtmäßig erworbene Kopie in die Arbeitsspeicher mehrerer Rechner zu laden und das Programm auf diese Weise mehrfach gleichzeitig auf unabhängigen Computersystemen einzusetzen²⁶⁸.

Damit der Urheber seine Partizipationsinteressen am wirtschaftlichen Nutzen der Anwender durchsetzen kann, ist das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher nach herrschender Auffassung als Schaffung eines körperlichen Festlegungsexemplars anzusehen, das Menschen die Wahrnehmung des Programms ermöglicht, also als eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung²⁶⁹.

Daß durch die Umsetzung der EG-Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen Inkonsistenzen in das deutsche Urheberrecht eingeführt worden sind, die sich auch an diesem Punkt zeigen²⁷⁰, hat der Gesetzgeber gesehen und in Kauf genommen: Die Regelungen über Computerprogramme wurden u.a. deswegen in einem eigenen Bereich zusammengefaßt, um Auswirkungen der teilweise systemwidrigen Regelungen auf das übrige Urheberrecht gering zu halten²⁷¹. Aufgrund der Besonderheiten des Urheberrechts für Computerprogramme braucht somit eine allgemeine Aufweichung der Anforderungen an die körperliche Festlegung nicht befürchtet zu werden²⁷².

Auch für das Laden des Programms ist es mithin erforderlich, daß dem Anwender ein Vervielfältigungsrecht eingeräumt wird.

(3) Der Programmablauf

Schließlich wird das Programm bei der Ausführung in der Regel zunächst partiell in den dem Prozessor vorgeschalteten Cache-Speicher übertragen. Von dort oder, bei Systemen ohne einen solchen der Beschleunigung des Programmablaufs dienenden Zwischenspeicher, direkt aus dem Arbeitsspeicher werden die Anweisungen einzeln in die Register des Prozessors kopiert und

²⁶⁸ So BT-Drucks. 12/4022, S. 11; v. Gravenreuth, GRUR 1986, S. 723; Lehmann, NJW 1991, S. 2114, Fn. 39; Haberstumpf, Rn. 120; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 168.

²⁶⁹ Ulmer, § 45 IV; Kindermann, GRUR 1983, S. 157; Becker/Horn, DB 1985, S. 1278; Kollé, GRUR Int. 1985, S. 31; Erdmann, CR 1986, S. 256; v. Gravenreuth, GRUR 1986, S. 722 f.; Rupp, GRUR 1986, S. 148; Troller, CR 1987, S. 356; Bömer, S. 99; Junker, JZ 1988, S. 465; Ernestus, CR 1989, S. 789; Katzenberger, GRUR 1990, S. 94 f.; Dreier, CR 1991, S. 580; Holländer, GRUR 1991, S. 422; Lehmann, CR 1991, S. 151; Engel, Rn. 8a; Haberstumpf, Rn. 117; Sickinger, S. 37; Brandi-Dohrn, BB 1994, S. 659, 662; Zahrnt, CR 1994, S. 458; Raubenheimer, CR 1996, S. 343; Koch, GRUR 1997, S. 423; Fromm/Nordemann, § 16, Rn. 2; Alpert, CR 2000, S. 346; Rehbinder, Rn. 260; Marly, Rn. 158.

²⁷⁰ Hoeren/Schuhmann, CR 2000, S. 143 f.

²⁷¹ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/4022, S. 8, li. Spalte.

²⁷² So aber Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, S. 143.

ausgeführt. Die hierbei sukzessiv entstehende Kopie im Prozessor wird sofort nach der Ausführung gelöscht. Diejenige im Cache-Speicher wird sehr schnell nach der Abarbeitung mit neuen Daten überschrieben²⁷³, spätestens aber mit dem Ausschalten des Computers wieder gelöscht.

Aus technischer Sicht wird das Programm somit auch während es abläuft permanent vervielfältigt, häufig mehrfach. Aus diesem Grund erscheint es auf den ersten Blick durchaus folgerichtig zu verlangen, daß dem Anwender für die dabei stattfindenden Vervielfältigungen ein Nutzungsrecht eingeräumt werden muß²⁷⁴, wie dies auch von der EG-Kommission favorisiert wurde²⁷⁵.

Zu Bedenken ist jedoch, daß während des Ablaufs des Programms dieses nur in den seltensten Fällen komplett vervielfältigt wird²⁷⁶. Eine teilweise Vervielfältigung ist die Regel. Teilweise Vervielfältigungen sind nur dann vom Urheberrecht umfaßt, wenn die einzelnen Teile selbständig schutzfähig sind²⁷⁷. Ob diese Schutzfähigkeit für Programmteile vorliegt, gerade bei der willkürlichen Unterteilung im Rahmen der automatisch vorgenommenen Teilvervielfältigungen, erscheint zweifelhaft, gerade unter Berücksichtigung der an einen urheberrechtlichen Schutz zu stellenden Mindestanforderungen²⁷⁸. Eine andere Beurteilung muß sich jedoch ergeben, sofern das Resultat dieser Teilvervielfältigungen eine sukzessiv vorgenommene Vervielfältigung des gesamten Programms ist. Solche teilweisen Vervielfältigungen geschehen aus technischen Gründen, z.B. auch beim seitenweisen Kopieren eines Buches, ohne daß ernsthaft bezweifelt werden dürfte, daß hier eine komplette Vervielfältigung stattfindet. Entsprechend muß auch das sukzessive Kopieren eines Computerprogramms somit als Vervielfältigung des vollständigen Programms angesehen werden²⁷⁹. Ähnliches muß aber auch gelten, wenn zwar nicht das

²⁷³ Anders Marly, Urheberrechtsschutz, S. 174, der noch von einer Cachegröße ausgeht, die unterhalb der Größe gängiger Programme liegt.

²⁷⁴ So Katzenberger, GRUR 1973, S. 632; Ulmer/Kolle, GRUR Int. 1982, S. 499; Kindermann, GRUR 1983, S. 158; Sieber, BB 1983, S. 984; Becker/Horn, DB 1985, S. 1278; Kolle, GRUR Int. 1985, S. 31; v. Gravenreuth, GRUR 1986, S. 722; Bömer, S. 99; Ernestus, CR 1989, S. 789; Sucker, CR 1989, S. 356; Schulte, CR 1992, S. 650 f.; Dreier, GRUR 1993, S. 786; Michalski, DB 1993, S. 1962; Sickinger, S. 37; Stumpf/Groß, Rn. 747; Wiebe, BB 1993, S. 1097; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69a, Rn. 3; Rehbinder, Rn. 392; früher wohl auch noch Junker, JZ 1988, S. 464 f.; nicht zwischen dem Laden in den Arbeitsspeicher und dem Ablauf selbst differenzierend Rupp, GRUR 1986, S. 148 f.

²⁷⁵ Abl. EG Nr. C 91/1989, S. 11.

²⁷⁶ König, Rn. 550 f.

²⁷⁷ Dreier, CR 1991, S. 580; Koch, GRUR 1997, S. 425; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 7.

²⁷⁸ S.o., B II 2 a.

²⁷⁹ Übereinstimmend v. Gravenreuth, CR 1986, S. 723; Rupp, GRUR 1986, S. 149; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 7; a.A. Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 716, jedenfalls für integrierte Software; daß beim Ablauf des Programms dieses komplett vervielfältigt wird, schließen Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, S. 139, aus.

komplette Programm sukzessiv kopiert wird, die entstehende Kopie aber einen so großen Teil des Programms ausmacht, daß dieser selbständig schutzfähig ist. Teilvervielfältigungen beim Programmablauf sind damit jedenfalls insofern relevant, als sie zu einer vollständigen Kopie des gesamten Programms oder selbständig schutzfähiger Teile des Programms führen.

Dennoch sind Zweifel an der Erforderlichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten für diese Vervielfältigungen angebracht.

Bezweifelt wird eine solche Erforderlichkeit teilweise mit dem Argument, daß das Kopieren des Programms während des Programmablaufs nicht Zweck des Vertrags zwischen Urheber und Anwender, sondern bloßes Hilfsmittel sei²⁸⁰. Gem. § 31 Abs. 5 UrhG bestimmt sich zwar im Zweifelsfall nach dem Vertragszweck, welche Nutzungsrechte der Rechtsinhaber dem Vertragspartner einräumt. Hieraus könnte sich allenfalls ableiten lassen, daß die beim Ablauf eines Programms stattfindenden Vervielfältigungen im Falle ihrer urheberrechtlichen Relevanz dem Anwender gestattet sein sollen. Zur Beurteilung der urheberrechtlichen Relevanz von Vervielfältigungen scheint der Vertragszweck jedoch ungeeignet.

Auch wird gegen das Erfordernis des Einräumens von Nutzungsrechten für den Programmablauf angeführt, daß andernfalls, also bei einem weiten Verständnis des Vervielfältigungsbegriffes, für den Berechtigten die Möglichkeit bestünde, jede dieser Vervielfältigungshandlungen mit gegenständlicher Wirkung auch gegenüber Dritten einzuschränken und damit den Erschöpfungsgrundsatz auszuhöhlen²⁸¹. Ebenso müßte konsequenterweise für das Laden des Programms in den Arbeitsspeicher argumentiert werden. Denn auch hier lassen sich verschiedene Einschränkungen des erforderlichen Nutzungsrechts denken, die dazu geeignet sind, den Erschöpfungsgrundsatz zu umgehen. Die Frage der Zulässigkeit bestimmter Nutzungsrechtsbeschränkungen muß von der Frage getrennt werden, ob überhaupt ein Nutzungsrecht eingeräumt werden muß. Auch wenn es erforderlich sein sollte, ein Nutzungsrecht einzuräumen, so folgt daraus noch nicht, daß jegliche Beschränkungen dieses Rechts zulässig sind. Neben dem Erschöpfungsgrundsatz, der der Wirksamkeit einer Beschränkung entgegenstehen könnte, ist vor allem an die §§ 69d, 69e UrhG zu denken, die gewisse Beschränkungen untersagen²⁸². Aussagen über die urheberrechtliche Relevanz von Vervielfältigungsvorgängen können hieraus aber nicht gewonnen werden.

²⁸⁰ Bartsch, CR 1992, S. 395.

²⁸¹ Junker, NJW 1992, S. 1735; ders., NJW 1993, S. 824; a.A. Hoeren, Rn. 98, der sich gegen eine auf dem Erschöpfungsgrundsatz aufbauende Argumentation ausspricht.

²⁸² Vgl. genauer unten, B II 2 c (1) (c).

Überzeugender erscheint es hingegen, von der einschränkenden Formulierung des § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG auszugehen. Nur »soweit das [...] Abflauen [...] eine Vervielfältigung erfordert«, macht § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG das Abflauen von der Zustimmung des Rechtsinhabers erforderlich. Hieraus kann geschlossen werden, daß Programme auch abflauen können müssen, ohne daß urheberrechtlich relevante Vervielfältigungen stattfinden²⁸³. Demnach müssen Vervielfältigungen gem. § 69c Nr. 1 S. 2 UrhG einer teleologischen Auslegung zugänglich sein²⁸⁴. Zweck der §§ 15 ff. UrhG und der Verwertungsrechte allgemein ist es, den Urheber an den wirtschaftlichen Vorteilen der Nutzung seines Werkes partizipieren zu lassen²⁸⁵. Festgestellt wurde bereits, daß der Anwender für das dem Ablauf vorhergehende Laden des Programms in den Arbeitsspeicher ein Vervielfältigungsrecht benötigt²⁸⁶. Der Programmablauf selbst bietet dem Anwender zwar den tatsächlichen Nutzen der Funktionen. Er bietet gegenüber den Möglichkeiten, die nach dem Laden des Programms in den Arbeitsspeicher bestehen, aber keine gesteigerten, neuen Nutzungsmöglichkeiten des Programms²⁸⁷. An den dem Anwender entstehenden wirtschaftlichen Vorteilen kann der Programmurheber bereits durch das für das Laden des Programms erforderliche Vervielfältigungsrecht teilhaben. Nach dem Sinn und Zweck der Einräumung von Nutzungsrechten stellen sich die im Zuge des Programmablaufs vorgenommenen Vervielfältigungen damit lediglich als technische Notwendigkeiten bzw. bloße Benutzung dar, die keine schützenswerten Interessen des Urhebers berühren und mithin keine urheberrechtliche Relevanz besitzen.

Folglich kann festgehalten werden, daß die beim Programmablauf stattfindenden Vervielfältigungen nicht urheberrechtlich relevant sind²⁸⁸. Dem Anwender müssen hierfür keine Nutzungsrechte eingeräumt werden. Die bloße

²⁸³ So auch Dreier, CR 1991, S. 579; ähnlich Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69c, Rn. 5; a.A. Schulte, CR 1992, S. 651; Sickinger, S. 38.

²⁸⁴ Ähnlich, auf einen normativen Charakter der Vervielfältigungen abstellend, Marly, Urheberrechtsschutz, S. 287; a.A. Wiebe, BB 1993, S. 1097.

²⁸⁵ Lehmann, NJW 1991, S. 2114; Schrickler/Loewenheim, § 16, Rn. 19, § 69c, Rn. 6.

²⁸⁶ Vgl. B II 2 b (2).

²⁸⁷ Die Relevanz des Ladens übersehen Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 3, wenn sie fordern, daß die Kopien beim Programmablauf von § 69c Nr. 1 UrhG erfaßt sein müssen, da ansonsten unrechtmäßige Kopien im Hauptspeicher keine Urheberrechtsverletzung darstellen würden.

²⁸⁸ So auch Jersch, Jura 1988, S. 582; Hoeren, Rn 103 ff.; Bömer, S. 99; Schneider, CR 1990, S. 506 f.; Dreier, CR 1991, S. 579; König, Rn. 548 ff.; Lehmann, NJW 1991, S. 2114; Haberstumpf, Rn. 122; Henssler, MDR 1993, S. 497; Junker, NJW 1993, S. 824; Gantner, JurPC 1994, S. 2853; Pres, S. 112; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 175; Alpert, CR 2000, S. 346; so auch LG Mannheim, NJW-CoR 1999, 54, 54; ähnlich Rupp, GRUR 1986, S. 148, der allerdings nicht deutlich zwischen dem Laden in den Speicher und dem Ablauf differenziert.

Benutzung eines Computerprogramms ist somit, wie auch sonst die Benutzung von Werken im Urheberrecht²⁸⁹, frei von Nutzungsrechten möglich.

(4) Erforderliche Verwertungsrechte

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß dem Anwender zur Benutzung eines Programms notwendig die Rechte zu zwei urheberrechtlich relevanten Handlungen eingeräumt werden müssen: Zum einen das Recht, ein Vervielfältigungsobjekt des Programms auf einen Datenträger zu übertragen, so daß das Programm dort an das eigene System angepaßt und von dort aufgerufen werden kann, zum anderen das Recht, das Computerprogramm zur Ausführung in den Arbeitsspeicher des Computers zu übertragen.

(5) Online-Übertragung von Computerprogrammen

In diesem Zusammenhang soll zudem noch untersucht werden, welche Nutzungsrechte dem Anwender eingeräumt werden müssen, wenn dieser, wie bei Public Domain, Freeware und der Prüfversion von Shareware üblich²⁹⁰, in die Lage versetzt werden soll, die Programme auch online zu verbreiten, also im Wege der Datenfernübertragung über Mailboxen und die Dienste des Internet.

(a) Keine Verbreitung, § 17 UrhG

Auf den ersten Blick bietet sich die Einräumung eines Nutzungsrechts zur Verbreitung gem. §§ 69c Nr. 3 S. 1, 17 Abs. 1 UrhG an, um die online stattfindende Weiterübertragung zu erfassen. Verbreitung im urheberrechtlichen Sinn ist die Weitergabe von Originalen oder Vervielfältigungsstücken an die Öffentlichkeit bzw. das Angebot hierzu²⁹¹. Charakteristisch ist, daß es sich um die Weitergabe körperlicher Werkstücke handelt²⁹². Bei der Übertragung von Daten im Wege der Datenfernübertragung wird jedoch kein körperliches Werkstück übertragen, sondern es wird eine neue Verkörperung des Werkes angefertigt²⁹³. Ferner ist dieses neue Werkstück nicht mit dem zuvor angebotenen identisch, so daß ein anderes als das angebotene Werkstück in Verkehr gebracht wird, also auch kein Angebot zur Verbreitung im Sinne der §§ 69c Nr. 3 S. 1, 17 Abs. 1 2. Mod. UrhG vorliegt²⁹⁴. Aus diesen Gründen wird ver-

²⁸⁹ BGH, CR 1994, 275, 276.

²⁹⁰ Vgl. A II 8, 9.

²⁹¹ Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 1.

²⁹² H.M., Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 4.

²⁹³ Vgl. B II 1 b (6).

²⁹⁴ Dreier, S. 128.

treten, daß sich die Online-Übertragung von Programmen nicht unter den Begriff der Verbreitung subsumieren lasse²⁹⁵.

(b) Keine öffentliche Wiedergabe, § 15 UrhG

Vielmehr soll der Vorgang unter ein unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG²⁹⁶ fallen. Dieses setzt allerdings u.a. voraus, daß die Wiedergabe öffentlich im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG sein muß. Neben den zweifellos erfüllten Kriterien der fehlenden Abgrenzbarkeit und fehlenden persönlichen Verbundenheit mit den Empfängern ist für die Annahme einer bestehenden Öffentlichkeit zudem Voraussetzung, daß durch die Sendung eine Mehrzahl von Personen gleichzeitig erreicht wird²⁹⁷. Das gleichzeitige Herunterladen von Programmen ist zwar möglich, typisch ist allerdings, daß über den gesamten Zeitraum, für den das Programm bereitgehalten wird, sukzessiv Downloads erfolgen. Der einzelne bestimmt, wann für ihn die individuelle Wiedergabe erfolgt²⁹⁸. Gleichzeitigkeit ist somit regelmäßig nicht gegeben. Auch unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe kann die Online-Übertragung von Programmen somit nicht unmittelbar subsumiert werden²⁹⁹.

(c) Analoge Anwendung der Verbreitungsregelungen

Daß das Angebot zum Download und online stattfindende Weiterübertragung des Programms überhaupt nicht dem Urheberrecht unterfallen, auf diesem Wege stattfindender oder ermöglichter Werkgenuß also möglich sein soll, ohne daß der Urheber an dem durch ihn ermöglichten Vorteil teilhaben kann, ist jedoch nicht vorstellbar. Voraussetzung für eine analoge Anwendung eines der angesprochenen Regelungsbereiche ist das Bestehen einer planwidrigen

²⁹⁵ Wohl h.M., Chrocziel, CR 1989, S. 793; Dreier, S. 128 f.; Melichar, CR 1995, S. 758; Loewenheim, GRUR 1996, S. 835; Müller-Hengstenberg, NJW 1996, S. 1779; Rehbinder, ZUM 1996, S. 354; Bechtold, ZUM 1997, S. 431; Ernst, GRUR 1997, S. 593 f.; Gaster, CR 1997, S. 675; Alpert, CR 2000, S. 347; Koch, CR 2000, S. 338; Schack, Rn. 421; ähnlich Bartsch, CR 1987, S. 10, der statt der Erschöpfung einen Verzicht auf das Verbotungsrecht des Rechteinhabers annimmt; Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 5 schließt auch eine analoge Anwendung des Verbreitungsrechts aus; deutlich für Computerprogramme ders., § 69c, Rn. 33; differenzierend Hoeren, CR 1996, S. 519 ff.; Waldenberger, ZUM 1997, S. 178 f.

²⁹⁶ Fromm/Nordemann, § 17, Rn. 7; Dreier, S. 133 f.; ähnl. ders., GRUR 1993, S. 784: »Recht der unkörperlichen Wiedergabe«; Waldenberger, ZUM 1997, S. 178; Koch, CR 2000, S. 338; Schack, Rn. 420; Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 5.

²⁹⁷ BGH, NJW 1996, 3084, 3085.

²⁹⁸ Hoeren, CR 1996, S. 518.

²⁹⁹ A.A. Müller-Hengstenberg, ZUM 1999, S. 220.

offenen Lücke bei vergleichbarer Interessenlage, also das Fehlen einer bestimmten, nach dem Regelungsplan zu erwartenden Regelung³⁰⁰.

i. Bestehen einer Regelungslücke

Weder die Erwägungsgründe zum Erlaß der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen³⁰¹ noch die Begründung zum Gesetzesentwurf zur Umsetzung dieser Richtlinie³⁰² enthalten Hinweise darauf, daß die Möglichkeit einer Online-Verbreitung in die Erwägungen mit eingeflossen sind. Dafür spricht auch, daß die EG-Kommission in einer späteren Veröffentlichung³⁰³ die Online-Weitergabe von Werken als eine Dienstleistung einordnen wollte, auf die, für Computerprogramme, die bestehenden Vermiet- und Verleihregelungen des § 69c Nr. 3 S. 2 a.E. UrhG anzuwenden seien³⁰⁴. Dieser Gedanke taucht auch in Erwägungsgrund 29 zum Erlaß der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft³⁰⁵ wieder auf. Allerdings wird in Art. 1 Abs. 2, Ziff. a dieses Richtlinienvorschlags klargestellt, daß die vorgesehenen Änderungen keine Auswirkungen auf den Rechtsschutz von Computerprogrammen haben sollen³⁰⁶. Daraus kann geschlossen werden, daß die Online-Weitergabe eines Computerprogramms im Gegensatz zur Online-Weitergabe sonstiger Werke nicht als Recht der öffentlichen Wiedergabe³⁰⁷ eingeordnet werden soll, sondern vielmehr als bereits geregelt angesehen wurde. Aufgrund dessen ist zwischen der Online-Weitergabe von Werken generell und der speziellen Online-Weitergabe von Computerprogrammen zu differenzieren. Für letztere findet sich keine ausdrückliche gesetzliche Regelung in dem als abgeschlossen erachteten Regelungskomplex über den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, so daß eine offene Regelungslücke vorliegt.

³⁰⁰ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 196, 202.

³⁰¹ Abgedruckt in GRUR Int. 1991, S. 545 f.

³⁰² BT-Drucks. 12/4022, S. 6 ff.

³⁰³ KOM (1995) 382 endg., S. 47 f.

³⁰⁴ Vgl. auch Gaster, ZUM 1995, S. 748 f.; zur Kritik dieses Vorschlags Koch, GRUR 1997, S. 427.

³⁰⁵ Richtlinie 2001/29/EG vom 22. Mai 2001, Abl. EG Nr. L 167/2001, S. 12.

³⁰⁶ Abl. EG Nr. C 344/2000, S. 8; bereits Art. 1 Nr. 2 im 2. geänderten Vorschlag, KOM (1999) 250 endg., S. 21.

³⁰⁷ Art. 3 des Vorschlags, KOM (1999) 250 endg., S. 22.

ii. Mit der Verbreitung vergleichbare Interessenlage

Zu fragen ist somit in einer wertenden Betrachtung, welches die interessen-gerechte Lösung zur Schließung dieser planwidrigen Lücke ist³⁰⁸.

Folge der Einordnung der Online-Übertragung als Objekt des Rechts der öffentlichen Wiedergabe wäre zunächst, daß jedermann gem. § 52 Abs. 1 S. 1 UrhG das Programm öffentlich wiedergeben, also online übertragen dürfte³⁰⁹. Dafür würde dem Urheber allerdings in den meisten Fällen ein Vergütungsanspruch gem. § 52 Abs. 1 S. 2 UrhG zustehen. Darüber hinaus stellt die Online-Übertragung immer auch eine Vervielfältigung dar, weil immer ein neues Werkstück angefertigt und nicht ein bereits bestehendes übertragen wird. Der Werkgenuß durch die öffentliche Wiedergabe ist bei einem Computerprogramm in dem hier angedachten Sinn ohne eine Vervielfältigung also nicht möglich, so daß der Urheber insofern durch die Einräumung von Vervielfältigungsrechten die Kontrolle über die Verwertung seines Programms behalten würde.

Zusätzlich hätte eine Einordnung der Online-Übertragung als Objekt des Rechts der öffentlichen Wiedergabe aber zur Konsequenz, daß der Anwender eines online erlangten Programms dieses nicht im Wege der Verbreitung erhalten hätte. Online herunter geladene Programme sind in der Regel ebenfalls im Wege der Datenfernübertragung an den Ort transferiert worden, von dem aus der Anwender das Programm seinerseits herunter geladen hat, in der Regel eine Mailbox oder ein Server im Internet. Sowohl auf der Mailbox oder dem Server als auch bei dem Anwender entsteht durch die Online-Übertragung jeweils ein neues Werkstück. Ordnet man die Online-Übertragung somit nicht als Verbreitung ein, so hat der Anwender das Werkstück ohne Verbreitung erlangt. Ein Verbreitungsrecht an diesem Programm hat sich mithin mangels Verbreitung noch nicht gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft. Zur Verbreitung des Programms würde der Anwender seinerseits deshalb ein Verbreitungsrecht benötigen. Da die §§ 69d, 69e UrhG keine Nutzungsrechte zur Verbreitungen des Programms gem. § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG erfassen, würde dem Anwender im Zuge der Überlassung des Programms auch nicht zwingend das zur Verbreitung notwendige Recht eingeräumt werden³¹⁰.

Die Online-Überlassung der öffentlichen Wiedergabe zuzuordnen, hätte damit zur Folge, daß der Urheber weiterhin Inhaber des Verbreitungsrechts an

³⁰⁸Zur Behandlung planwidriger Lücken Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

³⁰⁹Hoeren, CR 1996, S. 520.

³¹⁰Möglich wäre es, aus § 31 Abs. 5 UrhG darauf zu schließen, daß dem Anwender nach dem Vertragszweck auch ein erforderliches Senderecht eingeräumt werden soll, vgl. Hoeren, Rn. 368. § 31 Abs. 5 UrhG greift jedoch bereits nach seinem Wortlaut nur dann ein, wenn keine exakte Bezeichnung der Nutzungsrechte vorliegt. Insofern ließe sich diese Vorschrift einfach umgehen.

rechtmäßig online veräußerten Programmen bliebe; das Verbreitungsrecht hätte sich noch nicht erschöpft. Teilweise wird eine Erschöpfung in diesem Fall für nicht erforderlich gehalten, da mangels Verbreitung in körperlicher Form kein Konflikt zwischen dem Sacheigentum und dem in der Sache inkorporierten geistigen Eigentum auftreten könne³¹¹. Die Folge davon, daß das Verbreitungsrecht weder erschöpft noch dem Anwender eingeräumt wird, wäre jedoch, daß der Autor oder der sonstige Rechtsinhaber dem Anwender die Verbreitung rechtmäßig hergestellter Vervielfältigungsstücke untersagen könnte³¹². Ohne daß der Rechtsinhaber damit irgendwelche besonderen Nutzungsbedingungen oder AGB verfassen müßte, könnte er dem Anwender die Verbreitung des Programms verbieten. Eine regelmäßig für unwirksam³¹³ gehaltene Klausel, die dem Anwender im Zuge des Kaufs von Standardsoftware auf einem Datenträger³¹⁴ die Weiterveräußerung untersagt, wäre bei der online erfolgten Überlassung eines Programms nicht einmal erforderlich. Zudem ist der Erschöpfungsgrundsatz auf das Verbreitungsrecht beschränkt³¹⁵, so daß sich ein statt dessen für einschlägig gehaltenes unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. § 15 Abs. 2 UrhG nicht erschöpfen würde³¹⁶. Auch wird ein solches nicht von den §§ 69d, 69e UrhG erfaßt, muß dem Anwender also nicht eingeräumt werden. Der Anwender eines kaufweise online überlassenen Programms könnte dieses damit mangels der hierfür erforderlichen Vervielfältigungs- und Wiedergaberechte auch nicht online ohne die Mitwirkung des Rechtsinhabers weiterveräußern.

Ordnet man somit die Online-Übertragung nicht der Verbreitung zu, so ergibt sich eine beachtliche Benachteiligung des Online-Käufers gegenüber demjenigen Käufer, der ein Programm auf herkömmlichem Weg erlangt. Der Preis eines online überlassenen Programms entspricht aber im wesentlichen dem eines auf herkömmliche Weise überlassenen Programms. Daß kein Originaldatenträger vorhanden ist, erschwert zwar den Beweis, daß es sich um ein berechtigt erstelltes Werkexemplar handelt. Dieser Umstand belastet jedoch weniger den Urheber als vielmehr den Anwender, dessen Werkexemplar sich in weiteren Veräußerungen deswegen als schwerer veräußerlich darstellen dürfte, als die Veräußerung eines Exemplars auf Originaldatenträgern. Es ist nicht ersichtlich, warum die Möglichkeit, für die erste Online-Übertragung ein Entgelt zu verlangen, dem verwertungsrechtlichen Interesse des Urhebers

³¹¹Gaster, CR 1997, S. 675.

³¹²Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 14.

³¹³H.M., vgl. Marly, Rn. 917 ff. m.w.N.; a.A. allerdings Moritz, CR 1994, S. 263, der davon ausgeht, daß bei Softwareüberlassungen regelmäßig keine Erschöpfung eintrete.

³¹⁴H.M., vgl. die Darstellung unter B III 2 b (1) (a) i.

³¹⁵Fromm/Nordemann, § 17, Rn. 8.

³¹⁶So deutlich Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 37.

nicht genügen soll, so daß es gerechtfertigt wäre, den freien Warenverkehr zu behindern, indem dem Urheber die Möglichkeit gegeben wird, auch für nachfolgende Übertragungen ein Entgelt verlangen zu können³¹⁷. Im Vergleich mit der herkömmlichen Überlassung auf einem Datenträger ist ein Partizipationsinteresse des Urhebers an den normalerweise freien Vorgängen der Weiterveräußerung ebensowenig zu begründen wie ein berechtigtes Interesse an einer weiteren Kontrolle des Werkexemplars nach der ersten Überlassung³¹⁸.

Somit könnte gegen die Einordnung der Online-Überlassung als Verbreitung nur noch sprechen, daß die Verbreitung ein vorbestehendes Werkstück voraussetzt, das verbreitet wird³¹⁹. Bei der Online-Übertragung hingegen wird das übertragene Programm erst im Zuge der Übertragung erstellt, so daß eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts in diesem Fall nicht eintreten würde. Mittlerweile ist jedoch anerkannt, daß es zugunsten eines effektiven Schutzes gegenüber modernen Piraterieformen, die keine Vorratshaltung benötigen, ausreichend ist, wenn die jeweiligen Vervielfältigungsexemplare erst nach Eingang der Bestellung geschaffen werden³²⁰. Die hier betrachtete Konstellation ist damit vergleichbar: Die online zu übertragene Vervielfältigungsstücke werden nicht vorproduziert, sondern erst im Anschluß an die Anforderung durch den Anwender direkt auf dessen Datenträger erstellt. Auch die Fallgestaltungen, in denen es bei den datenträgerlos stattfindenden Überlassungen an einem vorbestehenden Werkstück fehlt, sind somit mit den herkömmlichen Verbreitungen vergleichbar.

iii. Folgerung

Mithin bietet sich dem Grundsatz der Gleichbehandlung des Gleichartigen³²¹ folgend aufgrund der zur körperlichen Überlassung identischen Interessenlage als interessengerechte Lösung allein die analoge Anwendung³²² des Verbrei-

³¹⁷ Vgl. auch für den Fall der Mauerbilder BGH, GRUR 1995, 673, 676.

³¹⁸ Ähnlich Mäger, CR 1996, S. 526; Koch, GRUR 1997, S. 426.

³¹⁹ RGZ 107, 277, 281; KG, GRUR 1983, 174, 174; OLG Köln, GRUR 1995, 265, 268; v. Gamm, § 17, Rn. 6; Lührs, GRUR 1994, S. 266.

³²⁰ BGH, GRUR 1991, 316, 317; OLG Köln, GRUR 1992, 312, 313; Haberstumpf, Rn. 126; Melichar, CR 1995, S. 757; Hoeren, CR 1996, S. 518; Koch, GRUR 1997, S. 426; Fromm/Nordemann/Vinck, § 17, Rn. 1; differenzierend OLG München, ZUM 1997, 136, 138 f.; ebenso bereits Ulmer, § 46 II 1; Schwyer, CR 1991, S. 407; Waldenberger, ZUM 1997, S. 181; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 22; Schack, Rn. 387.

³²¹ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 195.

³²² A.A. Mäger, CR 1996, S. 526, Koch, GRUR 1997, S. 427; die eine erweiterte Auslegung des Begriffs der Verbreitung bevorzugen. Für eine solche Auslegung ist jedoch beim Bestehen einer Regelungslücke kein Raum, vielmehr ist für diese das Füllen im Wege der Analogie charakteristisch, vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 202.

Wie hier auch Bartsch, CR 1987, S. 12; Wachter, GRUR Int. 1995, S. 865; Hoeren, CR 1996, S. 519, 521.

tungsbegriffes der §§ 17 Abs. 1, 69c Nr. 3 S. 1 UrhG für diejenigen Fälle der unkörperlichen Weitergabe von Computerprogrammen an, in denen durch die Online-Übertragung ein Werkexemplar beim Empfänger erzeugt wird³²³.

(d) Ergebnis

Für die Übertragung von Programmen im Wege der Datenfernübertragung muß dem Anwender mithin – neben einem Vervielfältigungsrecht – genauso wie für die Verbreitung von Programmen auf Datenträgern ein Verbreitungsrecht eingeräumt werden. Das Verbreitungsrecht erschöpft sich gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG auch bei einer Online-Weitergabe.

c. »Freigabe« der Programme

Wie eingangs dargestellt, ist Bestandteil der Freeware- und Shareware-Konzepte, daß der Anwender eine auf diesem Weg verbreitete Software nach Belieben auf seinem System einsetzen und weitergeben darf, ohne hierfür zunächst mit dem Programmator in Kontakt zu treten. Diese dem Anwender gestatteten Handlungen sind jedoch Vervielfältigungen im urheberrechtlichen Sinn gem. § 69c Nr. 1 UrhG³²⁴. Ebenso bedarf das Verbreiten des Programms, verkörpert wie online³²⁵, gem. § 69c Nr. 3 UrhG der Gestattung durch den Urheber oder sonstigen Rechtsinhaber.

(1) Freeware

Freeware stellt gleichsam die Grundform der zu betrachtenden Vertriebswege für Programme dar. Als Freeware vertriebene Programme sollen von jedem Anwender kostenlos verwendet, vervielfältigt und weitergegeben werden können. Während dem Anwender bei Shareware gegenüber Freeware zusätzliche Restriktionen und Pflichten auferlegt werden³²⁶, erhält er bei Public Domain Programmen weitergehende Nutzungsmöglichkeiten³²⁷. Es bietet sich somit an, zunächst zu untersuchen, wie sich diese, meist US-amerikanischen Vorbildern nachempfundene, Gestattung der Vervielfältigung und Verbrei-

³²³ Übereinstimmend gegen die wohl noch h.M. Becker, ZUM 1995, S. 247 f.; Flechsig/Fischer, ZUM 1996, S. 836; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; für FTP Hoeren, CR 1996, S. 520; weiter Nicolini/Ahlberg/ders., § 69c, Rn. 12; für Computerprogramme Pres, S. 116; Mäger, CR 1996, S. 524; Koch, GRUR 1997, S. 426; Kotthoff, GRUR 1997, S. 600; Marly, Urheberrechtsschutz, S. 252; für nicht-multimediale Werke Wachter, GRUR Int. 1995, S. 865 f.; Schwarz, GRUR 1996, S. 839.

³²⁴ Vgl. B II 2 b (1).

³²⁵ Vgl. B II 2 b (5).

³²⁶ Unentgeltliche Nutzung nur für einen gewissen Zeitraum oder eine gewisse Anzahl von Programmläufen, danach Weiternutzung nur gegen Entgelt, vgl. genauer A II 9.

³²⁷ Bearbeitung, Integration in eigene Programme, etc., vgl. genauer A II 8 c.

tung bei der Grundform Freeware im deutschen Rechtskreis darstellt. Die hierbei gewonnenen Erkenntnisse können dann unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten in die vertragstypologische Einordnung der Überlassung von Shareware und Public Domain einfließen.

(a) »Freigabe« als Angebot auf die Einräumung von Nutzungsrechten

Möglich wäre es für den Inhaber entsprechender Verwertungsrechte, dem Anwender Vervielfältigung und Verbreitung lediglich schuldrechtlich zu gestatten, auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Verletzung seiner Verwertungsrechte im voraus zu verzichten, unmittelbar auf die Verwertungsrechte der Vervielfältigung und Verbreitung zu verzichten oder dem Anwender die erforderlichen Nutzungsrechte einzuräumen.

Der Verzicht auf Ansprüche aus der Verletzung der Rechte³²⁸ des Inhabers würde nichts daran ändern, daß der Anwender zu von ihm vorgenommenen, verletzenden Handlungen nicht berechtigt wäre. Die Handlungen des Anwenders wären damit weiterhin widerrechtlich, wenn auch sanktionslos. Ein Autor, der sein Programm verbreiten möchte, bezweckt sicherlich nicht, daß jeder sich rechtswidrig verhält, der sein Programm in der vorgesehenen Weise nutzt³²⁹. Auch dem Anwender kann ein grundsätzliches Interesse daran unterstellt werden, sich rechtmäßig zu verhalten. Damit dürfte eine solche Einstufung der »Freigabe« von Freeware auch dem Anwenderinteresse zuwider laufen. Zwar läßt sich die Widerrechtlichkeit durch eine Einwilligung des Rechtsinhabers in die Eingriffe beseitigen³³⁰. Die häufig den Programmen beigegebenen Nutzungsbestimmungen, oft Lizenzbedingungen genannt, weisen jedoch darauf hin, daß ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gewollt ist und der Autor nicht lediglich Eingriffe rechtfertigen will³³¹.

Eine weitere Alternative der »Freigabe« von Freeware wäre der Verzicht des Rechtsinhabers auf die Verwertungsrechte der Vervielfältigung und Verbreitung³³². Der Autor möchte seine Bindung zur Freeware jedoch nicht in dem Maß lockern, in dem das bei als Public Domain freigegebenen Programmen der Fall ist. Er betrachtet das Freeware-Programm weiterhin als sein eigenes und gibt dem Programm in der Regel in einer Datei oder einem Bildschirm-

³²⁸Für Public Domain Programme wird diese Einordnung der Freigabe vertreten von Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69d, Rn. 26.

³²⁹A.A. Pres, S. 188, der den Verzicht als wirtschaftlich sinnvoll und damit für den Autor wünschenswert darstellt.

³³⁰Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 27.

³³¹A.A. wohl Pres, S. 188.

³³²So Hoeren, Rn. 57, ohne allerdings die Schutzrechte, auf die der Autor verzichtet, näher zu bezeichnen; die Zulässigkeit eines solchen Verzichts ist umstritten, näher siehe unten, (3).

fenster nähere Nutzungsbestimmungen bei³³³. Gerade diese bei Freeware übliche Beigabe von Bestimmungen, welche Art der Nutzung erlaubt sein soll, weist darauf hin, daß der Autor von seinen Rechten Gebrauch macht, in der Regel also gar nicht beabsichtigt, auf Teile seines Urheberrechtes vollständig zu verzichten³³⁴. Auch hier erscheint die Annahme eines Vertragsschlusses näherliegend.

Eine lediglich inter partes wirkende schuldrechtliche Regelung der Benutzung des Programms, die bei jeder Weitergabe explizit mitübertragen werden müßte, um ihre Wirksamkeit zu behalten, bietet gegenüber einem erga omnes wirkenden gegenständlichen Schutz eine geringere Schutzintensität. Gerade das Mitübertragen der möglicherweise einschränkenden Nutzungsbedingungen kann im privaten Bereich zu Problemen führen, in dem sich die Weitergabe möglicherweise zum Teil nur im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen abspielt. Eine gegenständliche Beschränkung der Nutzungsrechte deckt sich eher mit den Interessen des an einem wirksamen Schutz des Programms und der Einhaltung seiner Nutzungsbedingungen interessierten Rechtsinhabers. Nur weil dieser sein Programm kostenlos den Anwendern zur Verfügung stellen möchte, ist es nicht angebracht, ihm gleichzeitig eine wirksame Steuerungsmöglichkeit der Nutzung zu versagen. Zudem verbessert ein gegenständlicher Schutz durch die Bindung der Rechte an das Programm sowohl die Verkehrsfähigkeit des Programms als auch die Rechtssicherheit, was dem Anwender wie auch dem Entwickler entgegenkommt. Der Anwender profitiert zudem von einer gegenständlichen Einräumung der Nutzungsrechte insofern, als diese durch § 33 UrhG Sukzessionsschutz erfahren, der in vergleichbarer Form für schuldrechtlich gewährte Nutzungsrechte nicht besteht³³⁵. Die schuldrechtliche Gestattung der Benutzung käme somit nur dann in Frage, wenn eine gegenständliche Regelung nicht möglich wäre³³⁶.

Den Interessen der beteiligten Parteien entspricht es demnach am ehesten, wenn die »Freigabe« des Programms als Freeware durch den Rechtsinhaber als vertragliche Einräumung eines gegenständlich wirkenden³³⁷, einfachen Nutzungsrechtes verstanden wird³³⁸. Ein solches berechtigt gem. § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG den Inhaber dazu, das Werk auf eine oder mehrere Arten zu nutzen.

³³³ Vgl. z.B. die Bestimmungen in IBM License Agreement for OS/2 Tools, s. Anhang, F IV.

³³⁴ Ähnlich für Programme unter der GNU General Public License Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 842; Für Open Source Programme Koch, CR 2000, S. 333; für die Möglichkeit der Beigabe wirksamer Nutzungsbedingungen auch Reh binder, Rn. 306.

³³⁵ § 33 UrhG ist hier auch nicht entsprechend anwendbar, vgl. v. Gamm, § 33, Rn. 5.

³³⁶ Für eine dingliche Wirksamkeit der Nutzungsbedingungen wohl auch Reh binder, Rn. 306.

³³⁷ H.M., vgl. Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718; Reh binder, Rn. 306; Schack, Rn. 540; Schri cker, Vor §§ 28 ff., Rn. 6, 49 m.w.N.; a.A. Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 2 m.w.N; Nicolini/Ahlberg/Spautz, § 31, Rn. 39; kritisch zur Terminologie Schri cker/Schri cker, Vor §§ 28 ff., Rn. 47.

Durch die Bestimmung der Nutzungsrechte kann der Rechtsinhaber für jedermann verbindlich festlegen, wie das Computerprogramm genutzt werden darf, und damit seinem eigenen Schutzbedürfnis Rechnung tragen. Auf die Einräumung der Nutzungsrechte finden die Vorschriften der §§ 398 ff., 413 BGB ergänzend zu den urheberrechtlichen Regelungen Anwendung³³⁹.

(b) Die Annahme des Angebotes durch den Anwender

Das Einräumen von Nutzungsrechten erfolgt durch eine Verfügung, die auf einem schuldrechtlichen Vertrag beruht, wobei beides in der Praxis häufig zusammenfällt³⁴⁰. Die »Freigabe« von Freeware ist hierbei als Angebot auf Einräumung von Nutzungsrechten ad incertas personas, also als Angebot zum Abschluß sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsvertrages zu sehen. Das Angebot wird konkludent abgegeben durch Bereitstellen des Programms im Internet oder in Mailboxen unter der Bezeichnung »Freeware« oder dadurch, daß der Rechtsinhaber das Programm als Freeware Freeware-Händlern zur Verfügung stellt.

Die Annahme dieses Angebots bedarf einer genaueren Betrachtung. Spätestens wenn das Programm auf einem Datenträger des Anwenders gespeichert wurde oder der Anwender Besitz von dem Datenträger mit dem Programm erlangt hat, ist es mit den beigefügten Erklärungen über die »Freigabe« des Programms so in seinen Herrschaftsbereich gelangt, daß der Anwender von der Freigabe Kenntnis nehmen konnte. Zu diesem Zeitpunkt ist dem Anwender das Angebot des Rechtsinhabers zugegangen im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, so daß er es annehmen oder ablehnen kann. Der Zugang einer Annahme ist gem. § 151 S. 1 1. Mod. BGB nach der für diese Vertriebsart gängigen Verkehrssitte nicht zu erwarten, so daß es eines Verzichts auf den Zugang der Annahme nicht bedarf³⁴¹, auch wenn dieser regelmäßig vorliegen mag.

Hat der Anwender das Angebot zur Kenntnis genommen, so könnte in der ersten von ihm daraufhin vorgenommenen Verwertungshandlung die konkludente Annahme des Angebots gesehen werden. Bei schlüssig abgegebenen Willenserklärungen muß jedoch Vorsicht walten gelassen werden, um dem Verhalten des einzelnen keinen unangemessenen Erklärungsinhalt zu unter-

³³⁸ So auch Haberstumpf, Rn. 157; Marly, Rn. 289; dagegen einen Verzicht annehmend Herberger, IuR 1987, S. 87; Pres, S. 189; den Abschluß eines Vertrags durch Weitergabe ablehnend Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 98; bei Shareware ein Vertragsverhältnis vor der Registrierung durch den Anwender ablehnend Heymann, CR 1991, S. 7.

³³⁹ Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718, Pres, S. 150; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 9; Schrieker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 45; Reh binder, Rn. 309; kritisch Lehmann, S. 544 f.

³⁴⁰ Schrieker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 58.

³⁴¹ A.A. Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 843, für Programme unter der GNU General Public License.

stellen. Der Handelnde muß die Umstände kennen, die seine Handlung als Ausdruck eines Rechtsfolgewillens erscheinen lassen³⁴², und er muß bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können, daß sein Verhalten als Willenserklärung gedeutet werden könnte³⁴³. Gerade der erste Punkt wirft die Frage auf, ob der Anwender tatsächlich erkennt, daß er durch Installation und Ablaufenlassen des Programms zu erkennen gibt, einen Vertrag schließen zu wollen. Die den Programmen meist beiliegenden, vertragsähnlich gestalteten »Lizenzbedingungen«, die die Nutzung des Programms durch den Anwender regeln sollen, enthalten häufig Erklärungen, aus denen sich ergibt, daß sich der Anwender durch die Benutzung des Programms mit den Bedingungen einverstanden erklärt³⁴⁴. Alleine durch eine Erklärung des Vertragspartners kann einem Realakt wie der Nutzung eines Programms nicht die Wirkung einer Willenserklärung beigemessen werden. Bei Programmen, die der Anwender gegen ein Entgelt in einem Ladenlokal erworben hat, mag es ihm deswegen nicht ohne weiteres erkennbar sein, daß möglicherweise ein weiterer Vertragsschluß erforderlich ist, bevor er das Programm nutzen kann, daß seinem Realakt also rechtserhebliche Bedeutung zugemessen werden könnte³⁴⁵. Berichterstattungen über den Bezug von Programmen aus Mailboxen und dem Internet in den Medien haben jedoch das Problemfeld der Raubkopien wiederholt und ausführlich in die Öffentlichkeit getragen. Der Anwender weiß, daß er nicht jedes Programm, das er von einer beliebigen Quelle bezogen hat, einfach ablaufen lassen darf. Dies gilt insbesondere für den Bezug über einen Freeware- oder Shareware-Vermittler, denn diese weisen regelmäßig gesondert darauf hin, daß sie keine Rechte an dem Programm verschaffen, sondern lediglich für das Kopieren des Programms ein Entgelt verlangen. Wenn der Anwender das Freeware-, Shareware- oder Public Domain-Programm bezieht, ist er sich damit bewußt, daß er sich hierbei nicht der herkömmlichen Vertriebsart bedient, bei der er regelmäßig für die Zahlung eines Entgelts alle erforderlichen Rechte eingeräumt oder übertragen bekommt. Insbesondere wurde ein auf Erlangung der Rechte gerichteter Akt von ihm vor der Verwendung des Programms nicht gefordert, so daß der Anwender nicht davon ausgehen kann, daß ihm bereits von einem Dritten die erforderlichen Rechte an dem Programm eingeräumt worden sind. Bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt

³⁴² Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 116, Rn. 6.

³⁴³ BGHZ 109, 177.

³⁴⁴ Vgl. die Bedingungen für den Adobe Acrobat Reader: »Für die Installation von Adobe Acrobat Reader 4.0 müssen Sie diesem Lizenzvertrag zustimmen«.

³⁴⁵ Str., Ulmer, CR 2000, S. 495, nimmt eine geschäftliche Übung an, aufgrund derer der Anwender mittlerweile auch bei Programmen, die auf dem herkömmlichen Weg überlassen wurden, damit rechnet, das Programm nur im Rahmen von genau beschriebenen Nutzungsrechten nutzen zu können.

ist es für den Anwender damit erkennbar, daß sein Verhalten »Nutzung des Programms« als Willenserklärung ausgelegt werden kann. Es ist somit gerechtfertigt, die erste Verwertungshandlung des Anwenders gleichzeitig auch als konkludente Willenserklärung, gerichtet auf die Annahme des Angebots auf Einräumung von Nutzungsrechten an dem jeweiligen Freeware-, Shareware- oder Public Domain-Programm zu sehen³⁴⁶.

(c) Grenzen der Vereinbarkeit von Nutzungsrechten

Die Grenzen für die Vereinbarung von Nutzungsrechten im Bereich der Computerprogramme sind in den §§ 69b, 69d und 69e UrhG festgeschrieben. Die Bedeutung des § 69b UrhG dürfte im Bereich der Freeware allenfalls darin liegen, daß anstatt des Programmautors sein Arbeitgeber das Programm als Freeware freigibt. § 69d Abs. 1 UrhG enthält trotz seiner Disponibilität – vgl. auch § 69g Abs. 1 UrhG, der ausdrücklich nicht auf § 69d Abs. 1 UrhG verweist – einen zwingenden Kern³⁴⁷. Dieser umfaßt jedenfalls die Rechte zu Installation, Laden und Ablaufenlassen des Programms³⁴⁸. Darüber hinaus sind als Mindestrechte festgeschrieben: Die Erstellung einer Sicherungskopie gem. § 69d Abs. 2 UrhG, Beobachten, Untersuchen und Testen im Sinne des § 69d Abs. 3 UrhG und Dekompilierungen gem. § 69e UrhG.

Unklar ist der dogmatische Charakter von § 69d Abs. 1 UrhG. Teilweise wird er als gesetzliche Lizenz gesehen, so daß eine gesonderte Einräumung bzw. Übertragung der gesicherten Mindestrechte nicht erforderlich sein soll³⁴⁹. Gesetzliche Lizenzen regeln jedoch immer auch das Bestehen von Vergütungsansprüchen für die Nutzung³⁵⁰, was bei § 69d Abs. 1 UrhG gerade nicht der Fall ist. Zudem ergäbe sich, würde man § 69d Abs. 1 UrhG als gesetzliche Lizenz ansehen, der genaue Umfang der gesetzlich eingeräumten oder übertragenen Rechte gem. § 69d Abs. 1 UrhG aus der bestimmungsgemäßen Nut-

³⁴⁶ Grundsätzlich gegen die Möglichkeit eines Vertragsschlusses durch die Benutzung eines Programms Schuhmacher, CR 2000, S. 643.

³⁴⁷ 17. Erwägungsgrund der Richtlinie, GRUR Int. 1991, S. 546; h.M., vgl. Schulte, CR 1992, S. 653; Haberstumpf, Rn. 159; Lehmann, NJW 1993, S. 1824 f.; Marly, NJW-CoR 1993, S. 23; Günther, CR 1994, S. 326; Pres, S. 126; Raubenheimer, CR 1996, S. 72; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 1; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 12; Nicolini/Ahlberg/Hoeren, § 69d, Rn. 4.

³⁴⁸ 17. Erwägungsgrund, a.a.O.; Lehmann, NJW 1993, S. 1824 f.; Pres, S. 126; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 3; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 13; ansonsten im Detail str.; vgl. z.B. die detaillierten Erläuterungen zu den Mindestrechten bei Lehmann, S. 555 ff.

³⁴⁹ Köhler/Fritzsche, Rn. 47, 61; Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 2; so wohl auch OLG Karlsruhe, CR 1996, 341, 342; ähnlich Zahrt, NJW 1996, S. 1799, der hierin den gesetzlich normierten Verzicht auf Unterlassungsansprüche sieht.

³⁵⁰ Vgl. die §§ 27 Abs. 2 S. 1, 46 Abs. 4, 49 Abs. 1 S. 2, 52 Abs. 1, 52 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 1, 54a ff., 76 Abs. 2 S. 2. HS UrhG.

zung, welche dem jeweiligen Vertrag zu entnehmen ist³⁵¹, letztlich also doch aus einem Vertrag. Eine solche Konstruktion, in der gesetzlich eingeräumte Rechte im jeweiligen Vertrag bestimmt werden, erscheint nicht zur Erreichung der Sicherung von Mindestrechten geeignet. Der Regelungsgehalt der Vorschrift würde damit nicht über § 31 Abs. 5 UrhG hinausgehen, insbesondere also dem Nutzungsrechtsnehmer keine Rechte unabhängig von den Vertragsbedingungen garantieren. Jedenfalls aber handelt es sich nicht um eine gesetzliche Lizenz, wenn die durch diese Lizenz eingeräumten Rechte nicht durch das Gesetz, sondern durch den jeweiligen Vertrag bestimmt werden. Überdies stellen gesetzliche Lizenzen Ausnahmen von der grundsätzlich umfassenden wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis des Urhebers dar³⁵², die sich mit der Sozialbindung des Urheberrechts als geistiges Eigentum im Rahmen des Art. 14 GG begründen lassen³⁵³. § 69d Abs. 1 UrhG regelt jedoch keinen Fall, in dem bedeutende Interessen der Allgemeinheit der wirtschaftlich umfassenden Verwertung durch den Urheber entgegenstehen. Es soll vielmehr ein Interessenausgleich zwischen Anwender und Urheber als Gegenpol zu den dem Urheber durch § 69c UrhG umfassend eingeräumten Kontrollmöglichkeiten geschaffen werden³⁵⁴. § 69d Abs. 1 UrhG ist also nicht isoliert, als Ausnahme von grundsätzlich bestehenden Rechten, sondern im Zusammenhang mit § 69c UrhG als einheitliche Regelung der Rechte des Autors zu sehen. Es spricht somit einiges gegen die Einordnung von § 69d Abs. 1 UrhG als gesetzliche Lizenz.

Anderer Ansicht³⁵⁵ zufolge soll § 69d Abs. 1 UrhG die Freistellung bestimmter Nutzungsarten anordnen. Wie für eine gesetzliche Lizenz, so ist auch für Freistellungen kennzeichnend, daß diese unabhängig von vertraglichen Vereinbarungen erfolgen³⁵⁶, was aber, wie gerade gezeigt, bei der aus dem Vertragsinhalt zu ermittelnden bestimmungsgemäßen Nutzung nicht der Fall ist. Folglich kann § 69d Abs. 1 UrhG auch nicht als Freistellung bestimmter Nutzungsarten angesehen werden.

§ 69d Abs. 1 UrhG stellt in erster Linie auf vertragliche Bestimmungen ab. Geregelt werden soll dabei zum einen, welchen Inhalts der Vertrag ist, falls

³⁵¹Günther, CR 1994, S. 325 ff.; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 3Pres, S. 128 f.; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 7; so auch OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 338.

³⁵²Rehbinder, Rn. 68.

³⁵³Pres, S. 121.

³⁵⁴Schulte, CR 1992, S. 651.

³⁵⁵Rehbinder, Rn. 253, ohne nähere Begründung; so wohl auch Brandi-Dohrn, BB 1994, S. 659; Zahrnt, CR 1994, S. 456; Marly, Rn. 891, nach dem Wortlaut der Vorschrift, der diese Art der gesetzlichen Regelung allerdings als »in höchstem Maße bedauerlich« ansieht und eine Inhaltsregelung für vorzugswürdig hält.

³⁵⁶Vgl. die §§ 45, 47, 48, 50, 51, 52 Abs. 1 S. 3, 55 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1, 57, 58, 59 Abs. 1, 60 Abs. 1, 2 UrhG.

keine besonderen Bestimmungen vorliegen. Dies könnte für den Charakter von § 69d Abs. 1 UrhG als Auslegungsregel sprechen. Daneben sollen dem Anwender aber auch ungeachtet der vertraglichen Regelungen Mindestrechte garantiert werden. Es soll insofern also ein zwingender Inhalt des Vertrags bestimmt werden, der nicht von den Parteien beeinflußt werden kann. Dies geht über eine inhaltliche Auslegung der von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen hinaus, die lediglich den Inhalt bei Unklarheiten bestimmt. Die Regelung soll unmittelbaren Einfluß auf den Inhalt der Vereinbarung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Anwender in der Form nehmen, daß dem Anwender die Mindestrechte nicht versagt werden können. Damit stellt sich § 69d Abs. 1 UrhG als eine die privatautonome Rechtsmacht begrenzende Inhaltsbestimmung dar³⁵⁷. Es können also nur Vereinbarungen getroffen werden, die dem Anwender nicht die gesicherten Mindestrechte vorenthalten. Entgegenstehende Regelungen sind nichtig, den Parteien fehlt insoweit die rechtliche Gestaltungsmacht³⁵⁸.

(d) Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte

Sind dem Freeware-Programm keine besonderen Nutzungsbedingungen beigegeben³⁵⁹, so bestimmt sich der konkrete Umfang der dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechte gem. § 31 Abs. 5 UrhG nach dem mit der Einräumung verfolgten Zweck. Hierbei ist der von den Parteien verfolgte, subjektive Vertragszweck zu betrachten³⁶⁰. Die Freigabe eines Programms als Freeware bezweckt neben der freien Nutzung durch jedermann die Verbreitung in einem Schneeballsystem ohne unmittelbare Einflußnahme durch den Autor oder den sonst Berechtigten. Zu berücksichtigen ist hierbei stets, daß das Urheberrecht tendenziell soweit wie möglich beim Urheber verbleibt³⁶¹. Der Vertrieb eines Programms als Freeware bedeutet damit nur die Einräumung derjenigen Nutzungsrechte, die zwingend notwendig sind, um den mit dem Freeware-Prinzip verfolgten Zweck zu erreichen. Die Verbreitung der Freeware erfordert, daß der Rechtsinhaber jedermann die unentgeltliche Be-

³⁵⁷OLG Karlsruhe, NJW 1996, 2583, 2584; LG Düsseldorf, CR 1996, 737, 738; Günther, CR 1994, S. 325; so auch Pres mit Begründung anhand der Materialien zu § 69d UrhG, S. 127; ähnlich, § 69d Abs. 1 UrhG als Konkretisierung des Zweckübertragungsgrundsatzes ansehend Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 1.

³⁵⁸BGHZ 13, 179, 184; BGHZ 40, 156, 160; Müko/Mayer-Maly, § 134, Rn. 5 f.; Palandt/Heinrichs, § 134, Rn. 1.

³⁵⁹Zur Wirksamkeit von häufigen Einschränkungen, die gegenüber der hier definierten Benutzung von Freeware in Nutzungsbedingungen vorgenommen werden, s.u., Teil C.

³⁶⁰Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 39.

³⁶¹Ulmer, § 84 IV.

nutzung, Vervielfältigung und Weitergabe des Computerprogramms gestattet³⁶², und zwar die Weitergabe ohne Beschränkung des Transportmediums, d.h. sowohl auf Datenträgern als auch im Wege der Datenfernübertragung³⁶³. Aus der angestrebten, möglichst weiten Verbreitung des Programms folgt dabei in der Regel, daß die Nutzungsrechte zur Verbreitung ohne räumliche oder zeitliche Beschränkung im Sinne des § 32 UrhG³⁶⁴ eingeräumt werden.

Gem. § 31 Abs. 5 UrhG³⁶⁵, jedenfalls aber nach der allgemeinen Zweckübertragungslehre³⁶⁶ kann nicht nur die Art der eingeräumten Nutzungsrechte anhand des verfolgten Zwecks bestimmt werden, sondern aus dem verfolgten Zweck kann auch eine mögliche Beschränkung der Nutzungsrechte resultieren. Häufig zu finden ist bei Freeware-Programmen die Beschränkung, daß für die Weitergabe des Programms selbst kein Entgelt verlangt werden darf. Lediglich eine geringe Aufwandsentschädigung für die Weitergabe wird zugestanden. Um den Zweck der Freeware zu erreichen, daß jedermann das Programm kostenlos nutzen kann, ist die entgeltliche Weitergabe des Programms nicht erforderlich, jedenfalls wenn das Entgelt die Höhe einer Aufwandsentschädigung übersteigt. Wenn aber eine entgeltliche Überlassung in keiner Weise der kostenlosen Verfügbarkeit für jedermann dient, dann soll dem Anwender regelmäßig auch nur ein auf unentgeltliche Verbreitung beschränktes Nutzungsrecht eingeräumt werden, und zwar auch dann, wenn diese Beschränkung nicht in speziellen Nutzungsbedingungen angegeben ist³⁶⁷. Dieses beschränkte Nutzungsrecht umfaßt damit auch nicht das Recht zur Vermietung.

³⁶²Haberstumpf, Rn. 157; Hoeren, Rn. 445; ders., CR 1989, S. 887 f.; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 3; Marly, Rn. 289; für Shareware zustimmend Grell, c't 1996, S. 161 f.; nicht nachvollziehbar a.A. Heymann, CR 1991, S. 10; wie hier auch OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

³⁶³Ob die Überspielung per Datenfernübertragung gegenüber der Überlassung auf einem Datenträger eine eigene Nutzungsart darstellt, ist strittig; dafür KG, CR 1998, 137, 138; wohl auch bereits KG, GRUR 1996, 974, 975; dagegen BGH, CR 1990, 24, 26; ebenso Hoeren, Rn. 369 ff.; unschlüssig Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 721; vgl. genauer oben, B II 2 b (5).

³⁶⁴A.A. Zahrt, CR 1994, S. 456 f.: Aus § 69d Abs. 1 folge, daß jegliche Absprachen unmittelbar urheberrechtliche, also gegenständliche Wirkung entfalten würden, ohne daß es sich um eine eigene Nutzungsart handeln müsse.

³⁶⁵Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 24.

³⁶⁶Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 36.

³⁶⁷So auch OLG Köln, CR 1996, 723, 726; i.E. übereinstimmend Koch, CR 2000, S. 344; leicht anders OLG Düsseldorf, CR 1995, S. 730, das allerdings – jedenfalls für Shareware – keine einheitliche Behandlung erkennen konnte und das Ergebnis unmittelbar aus den Lizenzbedingungen herleitete; zust. Siepmann, JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 122; a.A. Pres, S. 189; wohl auch Werner, CR 1996, S. 727.

Die Einräumung beschränkter Nutzungsrechte hat überdies den Vorteil, daß sich das Verbreitungsrecht nur hinsichtlich des beschränkt eingeräumten Nutzungsrechts gem. §§ 69c Nr. 3 S. 2, 17 Abs. 2 UrhG erschöpft³⁶⁸.

Aufgrund des quasidinglichen Charakters des einfachen Nutzungsrechts und aus Gründen des Verkehrsschutzes³⁶⁹ sind Nutzungsrechte nicht grenzenlos aufspaltbar, ähnlich dem *numerus clausus* bei den Sachenrechten. Das Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit und das Interesse des Urhebers an einer optimalen Verwertung seines Werkes müssen gegeneinander abgewogen werden³⁷⁰. Als Nutzungsart anerkannt wird demzufolge nur die nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung³⁷¹. Damit das Verbreitungsrecht beschränkt auf unentgeltliche Überlassungen eingeräumt werden kann, müßte sich die unentgeltliche Verbreitung gegenüber der entgeltlichen als deutlich abgrenzbare eigenständige Art der Nutzung darstellen. Zwar kann die Einhaltung bestimmter Preise nicht zum Inhalt einer gegenständlichen Beschränkung des Verbreitungsrechts gemacht werden³⁷². Die Abgrenzung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Weitergabe geht jedoch über die Festlegung eines beliebigen Preises hinaus. Wie die im BGB geregelten benannten Verträge mit der Differenzierung zwischen entgeltlichem Kauf und unentgeltlicher Schenkung sowie entgeltlicher Miete und unentgeltlicher Leihe zeigen³⁷³, ist hier nach der Verkehrsauffassung klar eine Abgrenzung möglich. Der nichtkommerzielle Vertrieb stellt gegenüber dem kommerziellen Vertrieb eine eigene Vertriebsform dar. Hinsichtlich einer inhaltlichen Beschränkung des Nutzungsrechts des Anwenders gem. § 32 UrhG auf unentgeltliche Verbreitung bestehen mithin keine Bedenken.

Aus der Bezeichnung des Programms als »Freeware« läßt sich gem. § 31 Abs. 5 UrhG somit schließen, daß dem Anwender im Zuge der »Freigabe« der Freeware die Mindestrechte gem. §§ 69d, 69e UrhG sowie ein einfaches Vielfältigungsrecht zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG eingeräumt werden, weiterhin ein auf unentgeltliche³⁷⁴ Ver-

³⁶⁸ Haberstumpf, Rn. 129; für Computerprogramme teilweise bestritten, s. genauer dazu unten, (e).

³⁶⁹ Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 8.

³⁷⁰ Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 17.

³⁷¹ BGH, GRUR 1992, 310, 311; OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617; so auch Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 719; Stumpf/Groß, Rn. 749; Pres, S. 152; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 5; Nicolini/Ahlberg/Ahlberg, Einl., Rn. 44; Schricker, Verlagsrecht, § 8, Rn. 5b; ders./ders., §§ 31/32, Rn. 7. m.w.N.;

für Computerprogramme ausdrücklich anders Zahrnt, CR 1994, S. 456 f.

³⁷² Schack, Rn. 545.

³⁷³ Vgl. auch Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 305, Rn. 8.

breitung dieser Kopien auf Datenträgern und per Datenfernübertragung³⁷⁵ beschränktes einfaches Nutzungsrecht gem. § 69c Nr. 3 UrhG.

(e) Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Aus der unterschiedlichen Formulierung des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG gegenüber dem 1995 neu gefaßten § 17 Abs. 2 UrhG wird zum Teil³⁷⁶ gefolgert, daß seit dieser Neufassung der Regelungsgehalt beider Vorschriften verschieden sei. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG ordne für den Fall der Veräußerung von Vervielfältigungsstücken die vollständige Erschöpfung des Verbreitungsrechts an, so daß Nutzungsrechtsbeschränkungen keine fortdauernde Wirkung hätten. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß die Änderung des § 17 UrhG inhaltlich der Umsetzung der Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen in § 69c Nr. 3 UrhG folgt³⁷⁷. Ferner wurde von Seiten der Bundesregierung festgestellt, daß neben dem Gleichklang mit den Verbreitungsregeln der Leistungsschutzrechte eine weitgehende Deckungsgleichheit im Wortlaut mit der speziellen Erschöpfungsregel für Computerprogramme erreicht wurde³⁷⁸. Ebenso wurde von europäischer Seite kein Unterschied zwischen dem Urheberrechtsschutz für Computerprogramme und demjenigen für sonstige Werke beabsichtigt³⁷⁹. Zudem wird nirgends die Absicht dokumentiert, von der bisherigen Rechtslage abzuweichen. Der unterschiedliche Wortlaut des § 69c Nr. 3 UrhG resultiert damit allein aus der weitgehend wörtlichen Übernahme der übersetzten Richtlinie über den Schutz von Computerprogrammen³⁸⁰. Aus der unterschiedlichen Formulierung des § 17 Abs. 2 UrhG gegenüber § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG kann mithin nicht auf Unterschiede im Regelungsgehalt geschlossen werden³⁸¹.

Für § 17 Abs. 2 UrhG tritt nach h.M. die Erschöpfung nur hinsichtlich des beschränkt eingeräumten Teils des Verbreitungsrechts ein, da sonst die in § 32 UrhG gegebene Möglichkeit der Beschränkung des Verbreitungsrechts leer-

³⁷⁴ A.A. LG München I, CR 1993, 143, 144; für Public Domain a.A. OLG Stuttgart, CR 1994, 743, 744, s. hierzu aber B II 2 c (3).

³⁷⁵ Nach der hier vertretenen Ansicht fallen auch unkörperliche Verbreitungen von Computerprogrammen unter den Verbreitungsbegriff der §§ 17 Abs. 1, 69c Nr. 3 S. 1 UrhG, vgl. B II 2 b (5).

³⁷⁶ OLG München, CR 1998, 265, 266, dem folgend OLG Frankfurt a.M., CR 1999, 7, 8 f.; Witte, CR 1999, S. 66 f., hält darüber hinaus bereits die Einräumung von beschränkten Nutzungsrechten der Verbreitung für unwirksam.

³⁷⁷ BT-Drucks. 13/115, B, zu Art. 1 Nr. 1.

³⁷⁸ BT-Drucks. 13/115, B, zu Art. 1 Nr. 1.

³⁷⁹ Abl. EG C 91/89, S. 7.

³⁸⁰ BT-Drucks. 12/4022, S. 8.

³⁸¹ So auch Erben/Zahrnt, CR 1998, S. 267 f.; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; KG, CR 1998, 137, 138; Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 31.

liefe³⁸². Demgemäß erschöpft sich das Verbreitungsrecht an Freeware gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG nicht vollständig, sondern nur in dem Umfang, in dem es zuvor jedermann eingeräumt wurde³⁸³.

Dies gilt aber nur hinsichtlich der Erstverbreitung. Wird die erste Verbreitung im Rahmen des eingeräumten Nutzungsrechts vorgenommen, dann erschöpft sich das Verbreitungsrecht, so daß weitere Verbreitungen dieser Kopie keines Verbreitungsrechts mehr bedürfen³⁸⁴. Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts, die diese Erschöpfungswirkung unterlaufen würden, indem sie beispielsweise nur den Ablauf eines Programms gestatten, das unentgeltlich verbreitet worden ist, sind wegen eines Verstoßes gegen den Erschöpfungsgrundsatz unzulässig³⁸⁵.

Bezüglich sämtlicher neu hergestellter Kopien des Freeware-Programms wird dem Anwender allerdings ein neues Nutzungsrecht zur Verbreitung eingeräumt. Dieses ist, wie oben angegeben, wiederum auf unentgeltliche Verbreitung beschränkt³⁸⁶. Hinsichtlich von dem Anwender selbst hergestellter Kopien entfaltet die Beschränkung des Verbreitungsrechts damit voll umfängliche Wirkung.

(2) Shareware

Im folgenden sollen die Unterschiede betrachtet werden, die sich gegenüber der dargestellten Freigabe von Freeware bei der Freigabe von Shareware ergeben. Hierfür ist zwischen der zu Testzwecken unentgeltlich erhältlichen, »unregistrierten« Prüfversion³⁸⁷ und der bezahlten, »registrierten« Vollversion des Shareware-Programms zu unterscheiden.

(a) Prüfversion

Untersucht werden soll als erstes, welcher Vertragszweck der Freigabe der Prüfversion von Shareware entnommen werden kann und welche Nutzungsrechte dem Anwender demnach gem. § 31 Abs. 5 UrhG in der Regel eingeräumt werden sollen. Die Prüfversion von Shareware ist mit Freeware vergleichbar, auch die Prüfversion soll kostenlos verbreitet werden können, allerdings soll sie nur für eine beschränkte Zeit und nicht unbegrenzt genutzt werden können.

³⁸²Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 49.

³⁸³Übereinstimmend Haberstumpf, Rn. 129; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 37.

³⁸⁴Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 49 m.w.N.

³⁸⁵Haberstumpf, Rn. 133; Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 32.

³⁸⁶A.A. Marly, Rn. 293 f.

³⁸⁷Auch Testversion oder Trialversion genannt.

i. Beschränktes Nutzungsrecht zur Verbreitung der Prüfversion

Der Zweck der Freigabe der Prüfversion der Shareware deckt sich also insofern mit demjenigen der Freeware, als eine möglichst weite Verbreitung in einem Schneeballsystem ohne unmittelbare Einflußnahme durch den Rechtsinhaber bezweckt ist. Bei einem in diesem Bereich identischen Zweck kann gem. § 31 Abs. 5 UrhG insoweit auch von der Einräumung identischer Nutzungsrechte ausgegangen werden. Bietet der Rechtsinhaber eine Prüfversion als Shareware an, so ist dies mithin als ein Angebot an jedermann, gerichtet auf Einräumung der Mindestrechte und eines einfachen Nutzungsrechts zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung und eines auf unentgeltliche Verbreitungen beschränkten Nutzungsrechts zur Verbreitung dieser Kopien im Wege der Datenfernübertragung³⁸⁸ und auf Datenträgern zu sehen³⁸⁹. Dieses Angebot nimmt der Anwender konkludent durch die erste Verwertungshandlung in Kenntnis der Freigabe als Shareware an. Der Zugang dieser Annahmeerklärung ist auch hier gem. § 151 S. 1 1. Mod. BGB nicht zu erwarten³⁹⁰.

Die Prüfversion von Shareware kann damit von jedermann frei verbreitet werden³⁹¹.

ii. Notwendigkeit der Einräumung eines Nutzungsrechts für den Testbetrieb

Problematischer stellt sich die auf gleichem Wege erfolgende Gestattung der auf den Testbetrieb und meist eine bestimmte Anzahl von Tagen oder Programmabläufen beschränkten Nutzung der Prüfversion des Shareware-Programms dar. Aufgrund des im Vergleich zur Freeware engeren Rahmens, in dem der Rechtsinhaber das Programm zur Nutzung »freigibt«, erscheint der gegenüber der Einräumung von Nutzungsrechten in der Rechtsfolge wesent-

³⁸⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht fallen auch unkörperliche Verbreitungen von Computerprogrammen unter den Verbreitungsbegriff der §§ 17 Abs. 1, 69c Nr. 3 S. 1 UrhG, vgl. B II 2 b (5).

³⁸⁹ So auch LG München I, CR 1993, 143, 144 und OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617; für alle dem Benutzer eingeräumten Rechte pauschal die Einräumung von Nutzungsrechten annehmend Haberstumpf, Rn. 157; a.A. Heymann, CR 1991, S. 10, davon ausgehend, daß sich der Autor das Kopierrecht vorbehält; Pres, S. 190, einen ausschnittswisen Verzicht auf Verwertungsrechte annehmend.

³⁹⁰ Der Vertragsschluß entspricht demjenigen bei Freeware, vgl. genauer B II 2 c (1) (a), (b).

³⁹¹ Haberstumpf, Rn. 157; Schulz, CR 1990, S. 298; Werner, CR 1996, S. 727; im Ergebnis übereinstimmend so auch die Rechtsprechung LG München I, CR 1993, 143, 144; OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617; OLG Stuttgart, CR 1994, S. 744; ausdrücklich übereinstimmend auch OLG Köln, CR 1996, 726, das allerdings auf die Bedeutung von Lizenz- bzw. Vertriebsbedingungen hinweist, S. 724 f; zu speziellen Bedingungen s.u., Teil C; a.A. ohne Begründung Heymann, CR 1991, S. 10; a.A. wohl auch OLG Düsseldorf, CR 1995, 730, 730; kritisch Vogt, WiB 1996, 501.

lich weitere Verzicht auf Verwertungsrechte erst recht ausgeschlossen³⁹². Der Rechtsinhaber hat außerdem ein Interesse daran, daß die mit der Prüfversion von Shareware verbundenen Nutzungseinschränkungen im Zuge der Weitergaben innerhalb des Schneeballsystems erhalten bleiben. Diese Beschränkung soll der Sicherung der Gegenleistung für den Autor dienen und stellt das Korrelat zu der Freigabe des Programms zum Test dar, das dem Schutz des Autors dient. Der Autor kommt mit dieser Freigabe den Interessen des Anwenders entgegen, so daß andererseits das Interesse des Autors am dauerhaften Bestand der Nutzungsbeschränkungen als berechtigt bezeichnet werden kann. Erscheint die Erhaltung schuldrechtlicher Beschränkungen bei der Weitergabe von Freeware schon problematisch, so ist es bei lebensnaher Betrachtung nahezu ausgeschlossen, daß die komplexeren Beschränkungen von Shareware im Zuge schuldrechtlicher Übertragungen oder gar bei Übertragung im privaten Bereich im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen erhalten bleiben. Es ist damit davon auszugehen, auch das Angebot eines Programms als Shareware als Angebot zur Einräumung von Nutzungsrechten für den Programmablauf anzusehen. Die shareware-typischen Nutzungsbeschränkungen bleiben auf diese Weise bei der Weitergabe des Programms innerhalb des Schneeballsystems ohne besondere schuldrechtliche Übertragung erhalten, sofern sie urheberrechtlich wirksam vereinbart werden können³⁹³. Somit wird die Beschränkung der Nutzung des Programms und damit auch die Vergütung des Urhebers unabhängig vom Wissen und Willen der an den folgenden Übertragungen beteiligten Parteien und auch bei Weitergaben im Bereich der Gefälligkeitsverhältnisse gesichert. Hinzu kommt, daß kein Anwender bei dieser Art der Festlegung von Nutzungsbedingungen darüber hinausgehende Rechte im Wege des gutgläubigen Erwerbs erlangen kann. Es fehlt hierfür an einem die Gutgläubigkeit begründenden Rechtsscheinbestand, auf den sich ein gutgläubiger Erwerb eines unbeschränkten Nutzungsrechts gründen könnte³⁹⁴.

(i) Zeitlich beschränktes Nutzungsrecht

Fraglich erscheint hier allerdings, ob sich eine dem Zweck der Shareware gerecht werdende Nutzungsart abgrenzen läßt, die dem Anwender lediglich die zeitlich begrenzte Nutzung gestattet. Hierfür müßte sich das Ablaufenlassen der Prüfversion zum Test über einen bestimmten Zeitraum oder für eine bestimmte Anzahl an Nutzungen als hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaft-

³⁹²So auch Haberstumpf, Rn. 157; OLG Köln, CR 1996, 723, 726; a.A. Pres, S. 164, 190, der von einem Verzicht auf Verwertungsrechte ausgeht.

³⁹³Dazu sogleich und unten, C.

³⁹⁴BGHZ 5, 116, 119; v. Gamm, § 34, Rn. 9; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 9; Schriker/Schriker, vor §§ 28 ff., Rn. 44, 63, §§ 31/32, Rn. 2; § 34, Rn. 13, 22; ders., Verlagsrecht, § 28, Rn. 4; Rehbinder, Rn. 188, 305; .

lich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung des Programms darstellen. In Betracht kommt eine Beschränkung des Vervielfältigungsrechts zum Übernehmen von Kopien des Programms in den Arbeitsspeicher.

Die direkte Begrenzung auf einen bestimmten Zeitraum für die Testnutzung, meist in Tagen ab Erstinstallation bemessen, kann zweifelsohne als zeitlich begrenzte Nutzungsrechtseinräumung zulässig sein.

Keine Probleme bereitet auch die Abgrenzung einer eigenen Nutzungsart, wenn der Testbetrieb für eine bestimmte Anzahl von Nutzungen gestattet wird. Ein solches, für einer beschränkte Anzahl von Nutzungen eingeräumtes Recht ist als zeitliche Beschränkung zulässig³⁹⁵.

Aus dem Zweck der Überlassung von Shareware folgt somit, daß das Nutzungsrecht an der Prüfversion der Shareware zeitlich oder auf eine bestimmte Anzahl von Nutzungen beschränkt eingeräumt wird.

(ii) Inhaltlich beschränktes Nutzungsrecht

Solche zeitlichen Beschränkungen erweisen sich jedoch als unzureichend, wenn es sich um Programme für punktuelle, spezielle Problemlösungen handelt. Hier kann es durchaus vorkommen, daß der Nutzer die vorgegebene Anzahl von Nutzungen oder Tagen nicht überschreitet, dennoch aber bereits den dem Programm innewohnenden wirtschaftlichen Wert endgültig ausnutzt, beispielsweise indem er Daten einmalig komplett von einem defekten Datenträger ausliest und auf einem intakten abspeichert. Dabei ist es gerade in diesen Fällen für den Anwender sehr vorteilhaft, wenn er zunächst durch einen Test erkennen kann, ob das gefundene Programm tatsächlich das eigene Problem löst, bevor das Entgelt gezahlt wird.

Für solche Fälle, aber auch für diejenigen Programme, in denen lediglich angegeben ist, daß das Programm nur für Testzwecke eingesetzt werden darf, ohne eine zeitliche Beschränkung irgendeiner Art vorzunehmen, ist zu fragen, ob sich das Vervielfältigungsrecht auch inhaltlich auf reine Testnutzung beschränken läßt.

Bei der Abgrenzung von Nutzungsarten ist der quasidingliche Charakter der Nutzungsrechte zu berücksichtigen, der verlangt, daß sich die verschiedenen Nutzungsarten komplementär ergänzen, sich also, aufgespalten, gegenseitig ausschließen³⁹⁶. Die Unterscheidung der Nutzungsarten und die Möglichkeit, gem. § 32 UrhG Nutzungsrechte zu beschränken, gibt dem Urheber die Möglichkeit, die vergebenen Nutzungsrechte an seine wirtschaftlichen Bedürfnisse anzupassen. Diese Möglichkeit muß allerdings dort eingeschränkt werden, wo

³⁹⁵Rehbinder, Rn. 311.

³⁹⁶Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 843.

sie mit dem Interesse der Allgemeinheit am Zugang zum Produkt zusammentrifft. Der Urheber darf den Zugang zu dem Programm nur soweit beschränken, als dies durch seine wirtschaftlichen Interessen, möglichst alle denkbaren Anwender zu erfassen, legitimiert ist³⁹⁷. Unterschiedliche Vertriebsformen von Computersoftware werden, gerade wegen des wirtschaftlichen Aspekts der anzustellenden Betrachtung, teilweise generell als jeweils gesonderte Nutzungsarten angesehen³⁹⁸. Gerade für Shareware wird hiergegen aber eingewendet, daß der technische Vorgang beim Testen des Programms derselbe sei wie bei der endgültigen Verwendung, so daß sich eine spezielle Nutzungsart für den Testbetrieb nicht abgrenzen lasse³⁹⁹. Hinsichtlich der Abläufe in der grundlegenden Technik eines Computers bei der Aufnahme des Programms in den Arbeitsspeicher ist dies sicherlich zutreffend. Verfolgt man diesen Gedanken weiter, so lassen sich für Computerprogramme jedoch keine unterschiedlichen Nutzungsarten abgrenzen, da der technische Ablauf beim Laden und Ausführen eines Programms stets derselbe ist. Bei der Beurteilung der technischen Eigenständigkeit darf somit nicht lediglich auf die Sicht des Anwenders abgestellt werden⁴⁰⁰. Für Programme, die als Shareware vertrieben werden, ergibt sich in der Praxis die Notwendigkeit, das Programm für diese Absatzform technisch anzupassen: Prüfversionen der Programme enthalten Hinweise auf ihren Status als Prüfversion, darüber hinaus teilweise auch Angaben über die noch verbleibende Anzahl an Nutzungen oder Nutzungstagen, bis die Software registriert werden muß, sowie Zeitschleifen beim Programmstart oder Programmende und Funktionsbeschränkungen. Diese Vorrichtungen in den Programmen sind häufig abschaltbar, damit der registrierte Anwender das Programm nach Zahlung eines Entgelts in vollem Umfang ohne Einschränkungen nutzen kann. In anderen Fällen erhält der registrierte Anwender ein neues, verschiedenes Programm ohne diese Beschränkungen. Es ist somit festzustellen, daß die Prüfversionen von Shareware-Programmen sowohl gegenüber herkömmlichen Programmen als auch gegenüber den Vollversionen der Shareware-Programme technische Eigenheiten aufweisen. Kein technisches Abgrenzungskriterium stellt allerdings die hinter dem Testbetrieb stehende Intention des Anwenders dar. Ob das einmalige Sichern defekter Daten mit der

³⁹⁷ Marly, Urheberrechtsschutz, S. 193.

³⁹⁸ KG, GRUR 1996, 974, 975; KG, CR 1998, 137, 138; generell für unterschiedliche Absatzwege eigene Nutzungsarten annehmend Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 5; a.A. für die Online-Übertragung Hoeren, Rn. 369 ff.; unschlüssig Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 721; sogar für linux-basierte Open-Source-Programme eine eigene Nutzungsart annehmend Koch, CR 2000, S. 333.

³⁹⁹ Pres, S. 191; ähnlich Heymann, CR 1991, S. 10; wohl a.A. Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 4.

⁴⁰⁰ Für Kabel- und Satellitensendungen darf ebenso nicht nur auf die Perspektive des Fernsehzuschauers abgestellt werden, Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 30.

Prüfversion lediglich testweise oder regulär geschieht, läßt sich technisch nicht unterscheiden. Hierbei sind in der Tat die ablaufenden technischen Prozesse dieselben, so daß eine Beschränkung nach der Absicht des Anwenders nicht möglich ist.

Da jedoch eine technische Eigenheit des Testbetriebs festgestellt werden kann, bleibt die Abgrenzung einer eigenen Nutzungsart Testbetrieb möglich. Wesentlich entscheidender als die technische Abgrenzbarkeit ist die wirtschaftliche Eigenständigkeit der angestrebten Nutzungsart⁴⁰¹: Über frei erhältliche Testversionen läßt sich ein erheblich größerer potentieller Anwenderkreis ansprechen, als dies bei Computerprogrammen der Fall ist, die auf herkömmlichem Weg ohne vorherige Testmöglichkeit vertrieben werden. Die spezielle Nutzungsart des Shareware-Vertriebs ermöglicht so die Erfassung anderer Anwender⁴⁰², was dafür spricht, eine Beschränkung des Nutzungsrechts auf den Testbetrieb für zulässig zu erachten. Überdies hat auch die Allgemeinheit von einer entsprechenden Aufteilung der Nutzungsrechte Vorteile. Sie wird in die Lage versetzt, Programme gründlich auf die Eignung für den jeweiligen angestrebten Einsatzzweck und auf die Lauffähigkeit auf dem konkreten geplanten Zielsystem testen zu können, bevor für das Programm ein Entgelt gezahlt werden muß. Angesichts der Vielfalt der angebotenen Hardwarekomponenten können auf diese Weise Inkompatibilitäten vor dem regulären Einsatz ausgeschlossen werden. Ebenso läßt sich feststellen, ob das Programm die angepriesenen Funktionen tatsächlich fehlerfrei ausführt. Der Anwender hat so die Möglichkeit, das für den jeweiligen Zweck optimale Programm herauszusuchen. Aufgrund der Vorteile, die diese Art des Vertriebs beiden beteiligten Seiten bietet, tritt das die Vielfalt der Nutzungsarten beschränkende Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit als zweitrangig zurück, zumal die Besonderheiten des Shareware-Vertriebs in ihren Grundzügen einem Großteil der Computeranwender mittlerweile ein Begriff sind. Der Anwender ist sich bewußt, daß er mit einer Shareware-Version eines Programms lediglich eine Prüfversion erhält, die, regelmäßigen oder regulären Einsatz vorausgesetzt, die Notwendigkeit einer Entgeltzahlung mit sich bringt.

Eine derartige Regelung steht in einem Spannungsverhältnis zum 17. Erwägungsgrund zur Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁴⁰³, demzufolge es dem Anwender nicht untersagt werden darf, das Programm zu laden und ablaufen zu lassen. Auch der 17. Erwägungsgrund stellt dabei jedoch auf Vervielfältigungen ab, die für die bestimmungsgemäße Verwendung des Programms erforderlich sind. Bestandteil der bestimmungs-

⁴⁰¹ Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 51.

⁴⁰² Ähnlich Marly, JurPC 1991, S. 944; ders., Rn. 341.

⁴⁰³ Abl. EG Nr. L 122/1991, S. 43.

gemäßen Verwendung der Prüfversion von Shareware ist aber gerade eine zeitliche und inhaltliche Beschränkung dieses Rechts. Art. 4c S. 2 2. Hs. der Richtlinie erklärt außerdem jedenfalls mittelbar die Vermietung von Programmen für zulässig. Auch bei der Vermietung wird dem Anwender nur ein (dort zeitlich) beschränktes Recht zum Laden und Ablaufenlassen eingeräumt. Das zeigt, daß trotz des 17. Erwägungsgrundes nicht alle Beschränkungen des Rechtes zur Aufnahme in den Speicher unwirksam sein sollen. Auch dem Anwender von Shareware wird dieses Recht nicht kategorisch versagt, sondern es wird lediglich der bestimmungsgemäßen Verwendung entsprechend beschränkt eingeräumt. Es ist davon auszugehen, daß eine derartige Beschränkung im Hinblick auf den 17. Erwägungsgrund Bestand hat und mithin nicht als Beeinträchtigung des geschützten Kerns von § 69d Abs. 1 UrhG unwirksam ist.

Der Betrieb von Prüfversionen nach dem Shareware-Prinzip stellt sich somit als interessengerechte, wirtschaftlich-technisch eigenständige und abgegrenzte, eigene Nutzungsart dar⁴⁰⁴. Mithin ist es dem Programmator auch möglich, dem Anwender ein inhaltlich auf den Testbetrieb beschränktes Nutzungsrecht einzuräumen. Da diese Beschränkung geeignet ist, den mit der Freigabe als Shareware angestrebten Zweck zu erreichen, und die Einräumung eines inhaltlich nicht beschränkten Nutzungsrechts hierfür nicht erforderlich ist, ist gem. § 31 Abs. 5 UrhG grundsätzlich von einer inhaltlich auf den Testbetrieb beschränkten Nutzungsrechtseinräumung auszugehen.

iii. Umfang der in der Regel eingeräumten Nutzungsrechte

Sollten der als Shareware vertriebenen Prüfversion des Programms keine weitergehenden Nutzungsbedingungen beigelegt werden⁴⁰⁵, so ist mithin aus dem dargestellten Zweck des Vertriebs als Shareware gem. § 31 Abs. 5 UrhG zu schließen, daß dem Anwender die folgenden einfachen Nutzungsrechte eingeräumt werden:

- ein Vervielfältigungsrecht zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG,
- ein auf unentgeltliche Verbreitung dieser Kopien beschränktes, einfaches Nutzungsrecht der Verbreitung im Sinne des § 69c Nr. 3 UrhG und
- ein beschränktes, einfaches Shareware-Vervielfältigungsrecht, das zeitlich auf einen Testzeitraum oder eine bestimmte Anzahl von Nutzungen sowie

⁴⁰⁴OLG Köln, CR 1996, 723, 726; so auch ohne nähere Begründung Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 4; ein solches nehmen wohl auch an König/Möcke, c't 1994, S. 44; für alle dem Benutzer eingeräumten Rechte pauschal die Einräumung von Nutzungsrechten annehmend Haberstumpf, Rn. 157; gegen ein spezielles Shareware-Nutzungsrecht Heymann, CR 1991, S. 10; Pres, S. 191.

⁴⁰⁵Zu der Wirksamkeit spezieller Nutzungsbedingungen von Shareware s.u., Teil C.

inhaltlich auf den Testbetrieb beschränkte Rechte zur Installation des Programms und zum Laden in den Arbeitsspeicher sowie die Mindestrechte gem. den §§ 69d Abs. 2, 3, 69e UrhG umfaßt.

Sollten dem Programm keine näheren Bestimmungen zu der Länge des Testbetriebs mitgegeben worden sein, so kann nicht von einem unbegrenzt langen Zeitraum für den Testbetrieb ausgegangen werden⁴⁰⁶. Dem Zweck von Shareware, die Tauglichkeit des Programms für den angestrebten Einsatz zu ermitteln, kann vielmehr in der Regel der hierfür angemessene Zeitraum von 30 Tagen für den Testbetrieb der Prüfversion entnommen werden.

(b) Vollversion

Die »registrierte«, also bezahlte Version des als Shareware vertriebenen Programms wird als Vollversion bezeichnet. Diese enthält nicht die in der Prüfversion ggf. vorhandenen Funktionsbeschränkungen oder Zahlungsaufforderungen. Sie soll auch keine Testmöglichkeiten für den Anwender bieten und unterscheidet sich in den Nutzungsbedingungen insofern nicht von Programmen, die auf herkömmlichem Weg vertrieben werden.

Sofern keine gesonderten Nutzungsbedingungen beigelegt oder sonstwie vereinbart sind, werden dem Anwender für die Vollversion lediglich die Mindestrechte der §§ 69d ff. UrhG eingeräumt. Insbesondere ist nicht bezweckt, dem Anwender weitergehende Verbreitungs- oder Vervielfältigungsrechte einzuräumen.

Wenn es sich bei der Vollversion um ein von der Prüfversion verschiedenes Exemplar handelt, ergibt sich die Notwendigkeit der erneuten Einräumung von Nutzungsrechten für die Vollversion von selbst und damit auch die Möglichkeit, andere Nutzungsrechte als für die Prüfversion einzuräumen.

Möglich ist auch, daß es sich bei der Vollversion um dasselbe Programmexemplar handelt wie bei der Prüfversion, das lediglich durch die Eingabe eines sog. Schlüssels, der in einer Zeichenkette oder einer kleinen Datei bestehen kann, von Hinweisen und Beschränkungen befreit worden ist. In diesen Fällen ist davon auszugehen, daß die zur Verteilung des Programms eingeräumten Nutzungsrechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und diejenigen zur Verbreitung dieser Kopien gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG lediglich für das Programm in der Prüfversion gelten sollen. Dies wäre rechtlich sowohl durch eine zeitliche Beschränkung der eingeräumten Nutzungsrechte bis zur Registrierung als auch durch die

⁴⁰⁶Eine Ausnahme stellen insofern die Lizenzbedingungen zu Feurio! v1.51 von Fangmeier Systemprogrammierung dar: »Sie können Feurio! so lange testen, bis sie von Feurio! überzeugt sind.«

Einräumung der Nutzungsrechte unter der auflösenden Bedingung⁴⁰⁷ zu erreichen, daß das Programm noch nicht als Vollversion freigeschaltet wurde.

Zwar erscheint die zeitliche Beschränkung des Nutzungsrechts naheliegender; aufgrund des gegenständlichen Charakters der Nutzungsrechte stellt sich die Einräumung eines Nutzungsrechts aber als Verfügung dar⁴⁰⁸, so daß auch hier das Erfordernis der Bestimmtheit zu beachten ist. Gegenstand und Wirkung einer Verfügung müssen eindeutig feststehen, jedenfalls aber bestimmbar sein⁴⁰⁹. Zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen dem Rechtsinhaber und dem Anwender, nämlich mit der ersten Verwertungshandlung des Anwenders nach Kenntnisnahme vom Status des Programms als Shareware⁴¹⁰, beginnt der Anwender jedoch erst mit dem Test, so daß zu dem Zeitpunkt noch nicht feststeht, ob und ggf. wann der Anwender das Entgelt zahlen wird. Nähme man also die Einräumung eines zeitlich beschränktes Nutzungsrechts an, so wäre im Zeitpunkt der Einräumung die zeitliche Beschränkung, also der Umfang des eingeräumten Rechts, noch nicht bestimmbar, was einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz darstellen würde.

Eine andere Sichtweise bestätigt diese Zweifel: Die zeitliche Beschränkung des Nutzungsrechts entspricht einer Befristung des Rechts⁴¹¹. Von der Vereinbarung einer Befristung durch die Parteien ist auszugehen, wenn diese den Eintritt des zukünftigen Ereignisses als gewiß erachtet haben⁴¹². Ob der Anwender nach der Testphase das Programm allerdings tatsächlich registrieren wird, ist fraglich. Die Testphase soll gerade dazu dienen, diese Entscheidung zu ermöglichen. Insofern handelt es sich bei der Registrierung um ein ungewisses, zukünftiges Ereignis. Es soll also keine Befristung des Rechts bis zur Registrierung vereinbart werden.

Somit bestehen erhebliche Zweifel daran, ob eine Einräumung von in dieser Art zeitlich beschränkten Nutzungsrechten wirksam wäre.

Angesichts dessen erscheint es angebracht, für den hier betrachteten Fall die Nutzungsrechte an der Prüfversion zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und diejenigen zur Verbreitung dieser Kopien gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG als durch die Umwandlung der Prüfversion in eine Vollversion auflösend bedingt gem. § 158 Abs. 2 BGB eingeräumt zu sehen. Damit ist der Umfang der dem Anwender eingeräumten Rechte jederzeit zweifelsfrei bestimmbar. Das Shareware-Nutzungsrecht an der

⁴⁰⁷Zur grundsätzlichen Möglichkeit der Einräumung von bedingten Nutzungsrechten vgl. Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 9.

⁴⁰⁸Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 19.

⁴⁰⁹Baur/Stürner, § 58 II 3 b.

⁴¹⁰Vgl. B II 2 c (2) (a) i.

⁴¹¹Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 53; wohl auch Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 7.

⁴¹²Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 158, Rn. 2; § 163 Rn. 1.

Prüfversion fällt dadurch mit Eintritt der auflösenden Bedingung, der Umwandlung der Prüfversion in eine Vollversion nach Registrierung durch den Anwender, an den Rechtsinhaber zurück.

Auch für diejenigen Arten der Registrierung von Shareware, in denen der Anwender das ursprüngliche Programmexemplar modifiziert weiter nutzt, steht somit der Einräumung neuer Nutzungsrechte, die eine Vervielfältigung und Verbreitung des Programms im registrierten Zustand verbieten, nichts im Wege.

(3) Public Domain Programme

(a) Public Domain Programme allgemein

Bei Public Domain Programmen sollen dem Nutzer weitergehende Freiheiten eingeräumt werden, als dies bei Freeware der Fall ist⁴¹³. Teilweise werden Public Domain Programme auch als vollkommen freie Programme bezeichnet⁴¹⁴. Dennoch ist aus der in § 29 Abs. 2 UrhG festgeschriebenen Unübertragbarkeit des Urheberrechts im ganzen und in seinen Teilen zu folgern, daß das Urheberrecht grundsätzlich unverzichtbar ist⁴¹⁵.

Dem Anwender wird bei Public Domain Programmen in der Regel die Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung des Programms nahezu pauschal gestattet. Aufgrund der Weite der eingeräumten Freiheiten erscheint es möglich, daß die Freigabe des Programms als vollständiger Verzicht auf einzelne Verwertungsrechte gewollt ist, nämlich auf diejenigen der Vervielfältigung gem. § 69c Nr. 1 UrhG, der Umarbeitung gem. § 69c Nr. 2 UrhG und der Verbreitung gem. § 69c Nr. 3 UrhG. Für die generelle Möglichkeit eines Verzichts auf Verwertungsrechte spricht zunächst, daß § 8 Abs. 4 UrhG dem Miturheber einen Verzicht auf sämtliche Verwertungsrechte ausdrücklich gestattet. Zwar wird diese Regelung teilweise als nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme angesehen⁴¹⁶. Dennoch enthält das UrhG an anderen Stellen ausdrückliche Verzichtsverbote hinsichtlich einiger Rechte⁴¹⁷, so daß der Verzicht

⁴¹³ Zu Public Domain s.o., A II 8 c.

⁴¹⁴ Vgl. auch Marly, Rn. 282, 290; in diese Richtung geht auch OLG Stuttgart, CR 1994, 743, 743, wenn erwogen wird, schon das Vorhandensein eines Copyright-Vermerks als Einschränkung der Kennzeichnung als Public Domain zu verstehen; beliebige Verwendung annehmend Schulz, CR 1990, S. 296; für uneingeschränkte Verwertung König/Möcke, c't 1994, S. 44; als »urheberrechtlich von vornherein nicht geschützt« bezeichnet von OLG Frankfurt a.M., CR 1989, 905, 906.

⁴¹⁵ Vgl. nur Schrickler/Schricker, § 29, Rn. 15.

⁴¹⁶ Fromm/Hertin, Vor § 28, Rn. 2, der auch die Einräumung von einfachen Nutzungsrechten statt des Verzichts nur sehr restriktiv zulassen möchte.

⁴¹⁷ Vergütungsrechte in den §§ 26 Abs. 2 S. 1, 27 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1; Kündigungsrecht in § 40 Abs. 2 S. 1; Rückrufsrecht in § 41 Abs. 4 S. 2; außerdem das Verbot des Verzichts auf den

auf andere Verwertungsrechte, für die das UrhG kein ausdrückliches Verzichtsverbot enthält, möglich erscheint. Dies gilt jedenfalls soweit, wie sich der Verzicht nicht auf unbekanntete Nutzungsarten bezieht, vgl. § 31 Abs. 4 UrhG, und nicht einem Verzicht auf das Urheberrecht im ganzen gleichkommt⁴¹⁸.

Andererseits ist aber zu bedenken, daß Autoren, die ihre Programme als Public Domain freigeben, zum Teil dennoch gewisse Nutzungsbedingungen festlegen möchten, die sie in einer häufig »Lizenz« genannten Beschreibung dem Programm beifügen. Verbreitet ist die Einschränkung, daß der evtl. veränderte Quellcode ebenfalls wieder freigegeben werden muß und somit nicht dazu verwendet werden darf, ein rein kommerzielles Produkt zu erstellen⁴¹⁹. Das spricht dafür, daß die Autoren auch bei Public Domain Software regelmäßig nicht vollständig die Kontrolle über das Programm abgeben möchten, sondern die Nutzung mit einschränkenden Bedingungen regeln möchten⁴²⁰. Hierauf deutet ebenfalls die große Beliebtheit bekannter Public Domain Lizenzen wie der GNU Public License hin. Dies, wie auch die systematische Einordnung von Public Domain Programmen als Freeware-Programme mit erweiterten Rechten für den Anwender, spricht damit dafür, die Freigabe von Public Domain-Programmen nicht als Verzicht auf Verwertungsrechte, sondern ebenfalls als Angebot des Rechtsinhabers an jedermann auf Einräumung von Nutzungsrechten anzusehen⁴²¹. Auch in diesem Fall ist mit einem Zugang der durch Ausübung der eingeräumten Nutzungsrechte konkludent abgegebenen Annahme nach der Verkehrssitte nicht zu rechnen, § 151 S. 1 1. Mod. BGB⁴²².

Anspruch auf Vergütung für Kabelweitersendung gem. § 20b Abs. 2 S. 2 UrhG und den Beteiligungsanspruch gem. § 36 Abs. 3 S. 1 UrhG.

⁴¹⁸ So auch BGHZ 129, 66, 72; ebenso Ulmer, § 84 V.; Seetzen, S. 46 ff.; 64 ff.; Stumpf/Groß, Rn. 746; Zahrnt, BB 1993, Beil. 22, S. 15; Pres, S. 188; Hoeren, NJW 1997, S. 377; Schrickler/Schrickler, § 29, Rn. 18; Rehbinder, Rn. 301, will dennoch nur den Verzicht auf Ansprüche zulassen, nicht den Verzicht auf die Rechte selbst, obwohl die meisten Verzichtverbote unmittelbar Rechte und nicht lediglich Ansprüche betreffen; gegen die Zulässigkeit des Verzichts auf Verwertungsrechte außerdem Nordemann, GRUR 1969, S. 128; v. Gamm, § 29, Rn. 5; Schack, JZ 1995, S. 839; Fromm/Hertin, Vor § 28, Rn. 2; Nicolini/Ahlberg/Spautz, § 29, Rn. 7.

⁴¹⁹ So z.B. auch die GNU General Public License in Erweiterung von Punkt 3 der Open Source Definition. Zur Zulässigkeit einzelner Nutzungsbedingungen s.u. (b) und Teil C.

⁴²⁰ A.A. Zahrnt, BB 1993, Beil. 22, S. 15, der grundsätzlich von einem Verzicht ausgeht und vom Autor deutliche Hinweise erwartet, falls er nicht auf urheberrechtliche Verwertungsrechte verzichten möchte. Eine derart weit gehende Rechtsfolge allein aufgrund der Bezeichnung »Public Domain« erscheint unangemessen.

⁴²¹ Für den Bereich von Programmen unter der GNU General Public License so auch Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 842 f.; übereinstimmend wohl auch Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 3; anders OLG Stuttgart, CR 1994, 743, 743.

⁴²² Der Vertragsschluß entspricht demjenigen bei Freeware, vgl. genauer B II 2 c (1) (a), (b).

Anzumerken ist allerdings, daß die Weite der Gestattungen sowie die historischen Wurzeln von Public Domain Programmen als in den Vereinigten Staaten vollkommen freie und zu jedem beliebigen Zweck einsetzbare Programme nahelegen, daß auch die Verbreitung des Quellcodes des Programms bezweckt ist. Diese Verbreitung des Quellcodes kann dazu führen, daß das Programm als solches allgemein bekannt wird, so daß es aus diesem Grund keinen Urheberrechtsschutz genießen kann. Ob dies der Fall ist, muß im Einzelfall beurteilt werden. Als taugliche Kriterien bieten sich hierfür der Umfang des Quellcodes sowie dessen Komplexität und Verständlichkeit für einen durchschnittlichen Programmierer an. Nur wenn der Code tatsächlich für eine Vielzahl von Programmierern verständlich ist, kann davon ausgegangen werden, daß er allgemein bekannt ist.

Wird ein Programm ohne weitere Bedingungen als Public Domain freigegeben, so sind die eingeräumten Nutzungsrechte gem. § 31 Abs. 5 UrhG nach dem mit der Einräumung verfolgten Zweck zu bestimmen. Public Domain Programme sind Freeware-Programme mit erweiterten Nutzungsmöglichkeiten. Aus diesem Zweck ergibt sich zunächst, daß jedermann jedenfalls die für Freeware eingeräumten, einfachen Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen. Damit werden dem Anwender die Mindestrechte gem. §§ 69d, 69e UrhG sowie das Recht zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und das beschränkte Recht zur unentgeltlichen Verbreitung dieser Kopien auf Datenträgern und per Datenfernübertragung⁴²³ gem. § 69c Nr. 3 UrhG eingeräumt.

Darüber hinaus ist bei Public Domain Programmen bezweckt, dem Anwender auch den Quellcode des Programms offenzulegen, jedenfalls über Gestattung des Reverse-Engineerings bei lediglich im Objektcode verteilten Programmen⁴²⁴, so daß der Anwender den Quellcode in seinen eigenen Programmen nutzen kann. Zwar wohnt dem Urheberrecht die Tendenz inne, so weit wie möglich beim Urheber zu verbleiben⁴²⁵. Andererseits liegt den verbreiteten, bekannten Nutzungsbedingungen für Public Domain Programme aber der Zweck zugrunde, den »Mißbrauch« freien Quellcodes für kommerzielle Produkte einzuschränken und eine altruistische, auf Dauer frei verfügbare Nutzung des Codes zu gewährleisten⁴²⁶. Werden Programme somit ohne Verwendung weiterer Nutzungsbedingungen als Public Domain veröffent-

⁴²³ Nach der hier vertretenen Ansicht fallen auch unkörperliche Verbreitungen von Computerprogrammen unter den Verbreitungsbegriff der §§ 17 Abs. 1, 69c Nr. 3 S. 1 UrhG, vgl. B II 2 b (5).

⁴²⁴ So ausdrücklich die »Lizenzbestimmungen« zum PublicDomain-Zmodem v1.26 von Peter Mandrella.

⁴²⁵ Ulmer, § 84 IV.

⁴²⁶ So für die Open Source Definition Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 840 f.

licht, so ist davon auszugehen, daß mit der Verbreitung auch diejenigen weiten Nutzungsmöglichkeiten bezweckt sind, die durch die gängigen Nutzungsbedingungen in diesem Bereich ausgeschlossen werden sollen, insbesondere also die Preisgabe des Quellcodes und dessen Weiterverwendung in beliebigen Bereichen. Hiervon umfaßt ist die Einräumung von Nutzungsrechten zur Dekompilierung des Programms zu jedem beliebigen Zweck, die Umarbeitung des Quellcodes und die Verbreitung des umgearbeiteten Programms⁴²⁷, ausdrücklich auch als Bestandteil eines eigenen Programms, gem. § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG. Ebenso ist aus den Gründen einer möglichst weiten Nutzbarkeit von Public Domain Programmen ebenfalls deren entgeltliche Verbreitung als gestattet anzusehen, so daß das Verbreitungsrecht im Fall von Public Domain Programmen unbeschränkt eingeräumt wird⁴²⁸.

Die Freigabe eines Programms als Public Domain umfaßt damit regelmäßig die Einräumung der Mindestrechte gem. den §§ 69d, 69e UrhG, die Rechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung sowohl des Objekt- als auch des Quellcodes gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und zur Verbreitung dieser Kopien auf Datenträgern und per Datenfernübertragung gem. § 69c Nr. 3 UrhG sowie die Rechte zur Umarbeitung des Quellcodes und zur Verbreitung der umgearbeiteten Programme gem. § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG.

(b) Open Source Lizenzen

Ein abweichender Inhalt eingeräumter Nutzungsrechte kann für solche Public Domain Programme angenommen werden, die unter einer Lizenz verteilt werden, die der Open Source Definition⁴²⁹ entspricht. Die in dieser Definition vorgegebenen Beschränkungen sollen im folgenden auf Ihre Auswirkungen hinsichtlich der Einräumung von Nutzungsrechten untersucht werden⁴³⁰.

i. Freie Weiterverbreitung

Punkt 1 der Definition fordert die bereits für Public Domain festgestellte unbeschränkte Einräumung des Verbreitungsrechts. Insbesondere ist das durch Open Source Lizenzen eingeräumte Verbreitungsrecht insofern nicht inhaltlich beschränkt, als das Programm auch entgeltlich und gemeinsam mit anderen Programmen⁴³¹ verbreitet werden darf.

⁴²⁷ A.A. Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 3.

⁴²⁸ Übereinstimmend OLG Stuttgart, CR 1994, 743, 744; wohl auch Waldenberger, ZUM 1997, S. 176, Fn. 2, der eine Untersagung der kommerziellen Nutzung nur bei Freeware, nicht aber bei Public Domain sieht; anders LG Stuttgart, CR 1994, 162, 163.

⁴²⁹ Vgl. G I.

⁴³⁰ Zur Wirksamkeit der sonstigen Bestimmungen s.u., C XI.

⁴³¹ Zur Wirksamkeit einer derartigen inhaltlichen Beschränkung eines Nutzungsrechts vgl. C VIII.

ii. Quellcode

Punkt 2 der Definition stellt klar, daß bei Programmen, die unter einer Open Source Lizenz verbreitet werden, dem Anwender ebenfalls die Vervielfältigung, Verbreitung und Umarbeitung des Quellcodes gem. § 69c Nr. 1, Nr. 2 S. 1 1. Mod., Nr. 3 S. 1 UrhG gestattet sind. Zwar ist die Vervielfältigung nicht ausdrücklich aufgeführt, aus der Tatsache, daß es sich bei Open Source Programmen um Public Domain Programme handelt, kann jedoch geschlossen werden, daß mit »Verbreitung« im Sinn der Open Source Definition immer auch die Vervielfältigung gemeint ist.

Die darüber hinausgehenden Bestimmungen, die die Form des Quellcodes regeln sollen, können mangels technischer und wirtschaftlicher Eigenart nicht als Regelung eigener Nutzungsarten angesehen werden. Abhängig von der Ausgestaltung in der jeweiligen Lizenz kommt hier die auflösend bedingte Einräumung eines Nutzungsrechts gem. § 158 Abs. 2 BGB oder jedenfalls eine entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung in Betracht.

iii. Auf dem Programm basierende Werke

Punkt 3 der Definition gestattet zusätzlich die Umarbeitungen des Programms gem. § 69c Nr. 2 S. 1 1. Mod. UrhG.

Zudem regelt dieser Punkt, daß das bearbeitete Programm verbreitet werden darf, wobei auch hier wieder davon auszugehen ist, daß sowohl das Verbreiten als auch das Vervielfältigen zur Verbreitung gestattet werden sollen. Dieser Punkt ist somit als Einräumung von Nutzungsrechten zur Vervielfältigung des bearbeiteten Programms gem. § 69c Nr. 2 S. 1 2. Mod. UrhG und zur Verbreitung desselben gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG zu verstehen.

Schließlich wird dem Verwender entsprechender Nutzungsbedingungen noch ermöglicht⁴³², die Einräumung der Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte davon abhängig zu machen, daß der Autor des bearbeiteten Programms dieses ebenfalls unter der Lizenz des Originalprogramms verbreitet. Damit diese Regelung als Möglichkeit zur Einräumung inhaltlich beschränkter Nutzungsrechte verstanden werden kann, müßte sich die angesprochene Regelung als hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung des Programms darstellen. Die hier angesprochene Regelung soll jedoch nicht die Nutzung des vorliegenden Programms regeln, sondern die Bedingungen, zu denen das vom Anwender zu schaffende Programm weitergegeben werden soll, genauer die Nutzungsrechte, die der Verwerter jedermann an dem zu

⁴³² Auch wenn dies vielfach angenommen wird, vgl. z.B. Koch, CR 2000, S. 273, ist eine solche Verknüpfung nicht für zur Open Source Definition konforme Nutzungsbedingungen erforderlich.

schaffenden Programm einräumen soll. In der Vorgabe genauer Nutzungsbedingungen eine technisch eigene Nutzung zu sehen, würde die Schaffung zahlloser Nutzungsarten, abhängig von den jeweils gewählten Bedingungen verursachen, wobei sich diese Nutzungsarten teilweise auch überschneiden würden. Daher stellt diese Bestimmung keine inhaltliche Beschränkung eines Nutzungsrechts im Sinne des § 32 UrhG dar⁴³³.

Einigen Ansichten zufolge soll es jedoch möglich sein, die Einräumung der Nutzungsrechte unter die auflösende Bedingung zu stellen, daß das bearbeitete Programm wiederum unter der Ursprungslizenz verbreitet wird⁴³⁴. Hierzu wird ausgeführt, daß diese Beschränkung dazu diene, den herkömmlichen Vertriebsweg für Open Source Software auszuschließen⁴³⁵. Die Vertreter dieser Ansicht wählen damit eine auflösende Bedingung, um eine gegenständliche Beschränkung des Verbreitungsrechts zu erreichen, die in dieser Form als Nutzungsrechtsbeschränkung nicht möglich wäre. Unterstellt man jedoch einmal die Wirksamkeit der Einräumung eines entsprechend beschränkten Verbreitungsrechts⁴³⁶, dann würde sich dieses gem. §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG im Zuge einer Veräußerung in dem beschränkt eingeräumten Rahmen erschöpfen⁴³⁷, so daß weitere Anwender zur Verbreitung keiner Gestattung mehr bedürften. Da der Erschöpfungsgrundsatz nicht für auflösend bedingt eingeräumte Nutzungsrechte gilt, könnte auf diesem Wege eine Einschränkung des Verbreitungsrechts dauerhaft wirksam vereinbart werden. Letztendlich führt die vorgeschlagene Lösung über die Einräumung eines bedingten Nutzungsrechts zu einem Unterlaufen des Erschöpfungsgrundsatzes. Auch wenn Einschränkungen und Bedingungen bei unentgeltlichen Nutzungsrechtseinräumungen in weitergehendem Maß als zulässig angesehen werden können, als dies bei entgeltlichen Überlassungsverträgen der Fall ist⁴³⁸, so darf dies doch keinesfalls dazu führen, daß der Erschöpfungsgrundsatz unterlaufen wird. Aus diesem Grund kann dem Vorschlag nicht gefolgt

⁴³³ Wohl a.A. Dreier, CR 2000, S. 45; a.A. auch Koch, CR 2000, S. 333, der das Verbreiten unter einer Open Source konformen Lizenz als eigenständige Nutzungsart abgrenzt, dabei aber die Abgrenzbarkeit durch die Spezialisierung auf das Betriebssystem Linux gegeben sieht. Es erscheint schon bedenklich, ob dieser Nutzerkreis überhaupt feststellbar ist und ob bei einer von Koch angegebenen Zahl von 27 Millionen Nutzern noch von einer Abgegrenztheit geredet werden kann. Tatsächlich existieren Open Source Programme aber für alle Arten von Betriebssystemen, so daß der von Koch vorgenommene Abgrenzung nicht gefolgt werden kann.

⁴³⁴ Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 843; zustimmend Sester, CR 2000, S. 797.

⁴³⁵ Metzger/Jaeger, a.a.O.

⁴³⁶ Beispielsweise indem mit Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 2 von einem schuldrechtlichen Charakter des einfachen Nutzungsrechts ausgegangen wird, so daß beliebige Einschränkungen vereinbart werden können.

⁴³⁷ Zur Erschöpfung beschränkt eingeräumter Verbreitungsrechte Schrickner/Loewenheim, § 17, Rn. 49 m.w.N.

⁴³⁸ Haberstumpf, Rn. 157.

werden, die Einräumung der Nutzungsrechte unter die auflösende Bedingung zu stellen, daß das bearbeitete Programm wiederum unter der Ursprungslizenz verbreitet wird.

Sofern Gestalter von Open Source Lizenzen von der hier eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, können diese Klauseln keine gegenständliche Wirkung entfalten. Es kommt lediglich eine schuldrechtliche Bindung in Betracht⁴³⁹.

iv. Unversehrtheit des Quellcodes des Autors

Punkt 4 Satz 1, 2 schränken Punkt 3 insofern ein, als die Vervielfältigung des umgearbeiteten Quellcodes gem. § 69c Nr. 2 S. 1 2. Mod. UrhG sowie dessen Verbreitung gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG nicht gestattet werden müssen, wenn statt dessen die Verbreitung sog. Patchdateien⁴⁴⁰ zusammen mit dem Quellcode gestattet wird, so daß der Quellcode bei der Erstellung des Objektcodes modifiziert werden kann. Diese Verbreitung führt zwar letztlich ebenfalls zu einem umgearbeiteten Programm, die Vorgänge bei der Erstellung des Objektcodes unterscheiden sich jedoch technisch von der bloßen Übersetzung eines bereits umgearbeiteten Quellcodes. Zwar ist mit dieser Unterscheidung nicht die Erfassung neuer Nutzer verbunden. Jedoch ist bei der Verbreitung regelmäßig unentgeltlich erhältlicher Werke oder Werkstücke dem Verkehrsschutzinteresse der Allgemeinheit ein geringeres Gewicht zuzumessen, als dies bei der entgeltlichen Überlassung der Fall ist. Überdies dient diese technisch eigenständige Verbreitungsart der Erkennbarkeit der Schöpfungsanteile unterschiedlicher Programmierer, ist also von dem Gedanken des Urheberpersönlichkeitsrechts getragen, der in den §§ 11, 13, 14, 63 UrhG Ausdruck findet und die Beziehung des Schöpfers zu seinem Werk schützt. Angesichts dieses überwiegenden Interesses und aufgrund der technischen Eigenheit dieser Art der Verwendung kann davon ausgegangen werden, daß entsprechende Vereinbarungen das dem Anwender eingeräumte Nutzungsrecht der Verbreitung und Vervielfältigung gegenständlich beschränken.

Auch hier ist der Erschöpfungsgrundsatz des § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG zu beachten: Die Beschränkung des Verbreitungsrechts wirkt sich lediglich auf der Stufe der Erstverbreitung aus⁴⁴¹. Die Beschränkung des Vervielfältigungs-

⁴³⁹ Generell gegen eine rechtliche Wirksamkeit Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 97.

⁴⁴⁰ Unter Patchdateien sind Dateien zu verstehen, in denen Änderungen am Ursprungsquellcode niedergelegt sind. Patchdateien werden mit dem Quellcode beim Kompilieren geladen und dann verarbeitet. Der dann erstellte Objektcode entspricht dem Objektcode, der aus einem Ursprungsquellcode erstellt worden wäre, an dem zuvor die in den Patchdateien gespeicherten Änderungen vorgenommen worden sind.

⁴⁴¹ Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 30.

rechts ist hiervon unberührt, ohne daß darin ein Unterlaufen des Erschöpfungsgrundsatzes gesehen werden kann.

Punkt 4 Satz 3 der Open Source Definition regelt den inneren Titelschutz, also den Titelschutz im Verhältnis zum Inhaber des Nutzungsrechts. Dieser fällt für Computerprogramme unter den weiten Begriff der Umarbeitungen von § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG, geht somit als *lex specialis* dem allgemeinen § 39 Abs. 1 UrhG vor. Regelmäßig umfaßt die Freigabe eines Programms als Public Domain auch die Gestattung der Umarbeitung gem. § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG⁴⁴². Punkt 4 Satz 3 stellt klar, daß der Gestalter einer Open Source Lizenz die Änderung des Namens insofern von der Einräumung der Nutzungsrechte ausnehmen kann, das Recht zur Umarbeitung also beschränkt einräumen kann.

v. Keine Diskriminierung von Personen oder Gruppen

Punkt 5 stellt klar, daß die Einräumung von Nutzungsrechten jedermann angeboten wird.

vi. Keine Einschränkung der Einsatzgebiete

Punkt 6 zufolge dürfen Open Source Lizenzen keine sog. »field of use« Beschränkungen enthalten⁴⁴³. Solche Beschränkungsklauseln werden teilweise auch bei sonstiger Freeware und Shareware verwendet und sollen an anderer Stelle⁴⁴⁴ auf ihre Wirksamkeit hin untersucht werden.

vii. Sonstiges

Die Punkte 7 bis 9 sollen bewirken, daß die an einem Open Source Programm eingeräumten Rechte nicht durch zusätzliche Nutzungsbedingungen beschränkt werden⁴⁴⁵. Diese Regelungen sind alleine an den Gestalter von Open Source konformen Nutzungsbedingungen gerichtet und haben keinen unmittelbaren Einfluß auf die dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechte.

viii. Zwischenergebnis

Die speziellen Open Source Nutzungsbedingungen entfalten zum Teil gegenständliche Wirkung. Dabei sind die Nutzungsrechte, die gemäß der Open Source Definition mindestens einzuräumen sind, mit denjenigen Nutzungsrechten identisch, die sich auch aus dem Zweck der Freigabe eines Programms als Public Domain ergeben. Darüber hinaus als in Nutzungsbedingungen mög-

⁴⁴² Vgl. B II 2 c (3) (a).

⁴⁴³ Deren gegenständliche Wirksamkeit ist umstritten, vgl. Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6.

⁴⁴⁴ S.u., C IV.

⁴⁴⁵ Rationale for the Open Source Definition v1.7, <http://www.opensource.org/osd-rationale.html>.

lich angegebene Einschränkungen entfalten nur zum Teil⁴⁴⁶ gegenständliche Wirkung (Punkt 4 S. 1, 2 und S. 2)⁴⁴⁷.

(4) Verwertungshandlungen vor Einräumung der Nutzungsrechte

In manchen Fällen der angestrebten Verbreitung kann es vorkommen, daß Verwertungshandlungen erforderlich sind, um überhaupt von der Freigabe des Programms Kenntnis zu erlangen. Beispielsweise kann es erforderlich sein, ein Programm zunächst aus dem Internet herunterzuladen, bevor der Anwender die Möglichkeit hat, Kenntnis davon zu erlangen, daß und ggf. unter welchen Einschränkungen dieses Programm als Shareware, Freeware oder Public Domain freigegeben wurde. Erst wenn sich das Programm auf dem Rechner des Anwenders befindet, ist es mit den beigelegten Erklärungen über die Freigabe des Programms so in seinen Herrschaftsbereich gelangt, daß er von der Freigabe Kenntnis nehmen kann. Damit ist dem Anwender erst in diesem Moment das Angebot auf Einräumung von Nutzungsrechten zugegangen. Erst ab diesem Zeitpunkt können auf eine Annahme des Angebots hin dem Anwender die notwendigen Nutzungsrechte eingeräumt werden.

Zu überlegen ist, wie die zuvor erfolgenden Verwertungshandlungen zu beurteilen sind, sofern sie notwendig sind, damit das Angebot des Rechtsinhabers dem Anwender zugeht. Diese Verwertungshandlungen sind notwendiger Bestandteil der von dem Rechtsinhaber gewählten Vertriebsform. Insofern muß davon ausgegangen werden, daß der Rechtsinhaber die hier stattfindenden, notwendigen Verwertungshandlungen gestatten möchte. Andererseits ist es dem Rechtsinhaber nicht möglich, dem Anwender Nutzungsrechte an dem Programm einzuräumen, bevor dem Anwender ein entsprechendes Angebot zugegangen ist. Ein vollständiger, umfassender Verzicht auf Verwertungsrechte wiederum entspricht nicht dem Willen des Rechtsinhabers⁴⁴⁸ und kann dessen Erklärungen und tatsächlichen Handlungen regelmäßig nicht entnommen werden.

Damit der Rechtsinhaber sich nicht zu der von ihm gewählten Form des Programmvertriebs in Widerspruch setzt, ist somit davon auszugehen, daß er im voraus auf die Geltendmachung solcher Ansprüche verzichtet, die aus einer zum Zugang des Angebots möglicherweise erforderlichen Verletzung von Verwertungsrechten resultieren.

⁴⁴⁶ A.A. Siepmann, JurPC Web.-Dok. 163/1999, Abs. 121, der ohne Begründung die Wirksamkeit aller Vereinbarungen von Nutzungsbedingungen für Open Source Programme als gegenständig wirksam ansieht.

⁴⁴⁷ Zur Wirksamkeit der schuldrechtlichen Vereinbarungen s.u., Teil C XI.

⁴⁴⁸ Vgl. B II 2 c (1) (a); (2) (a) i; (3) (a).

d. Zusammenfassung

Freeware, Shareware und Public Domain Programme genießen in der Regel urheberrechtlichen Schutz gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a Abs. 1-3 UrhG. Um diese Programme ablaufen lassen zu können, müssen dem Anwender einfache Nutzungsrechte eingeräumt werden, regelmäßig die Mindestrechte gem. den §§ 69d, 69e UrhG, zusätzlich

- für Freeware die Rechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und ein auf unentgeltliche Verbreitung dieser Kopien auf Datenträgern und per Datenfernübertragung beschränktes Nutzungsrecht gem. § 69c Nr. 3 UrhG,
- für Shareware die Rechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und ein auf unentgeltliche Verbreitungen beschränktes, einfaches Nutzungsrecht der Verbreitung im Sinne des § 69c Nr. 3 UrhG, wobei das Recht zum Laden und Ablaufenlassen des Programms gem. § 69d Abs. 1 UrhG als beschränktes, einfaches Shareware-Vervielfältigungsrecht eingeräumt wird, das, wie auch die Rechte gem. den §§ 69d Abs. 2, 3, 69e UrhG, zeitlich auf einen Testzeitraum oder eine bestimmte Anzahl von Nutzungen sowie inhaltlich auf den Testbetrieb beschränkt ist, und
- für Public Domain Programme die unbeschränkten Rechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und zur Verbreitung dieser Kopien auf Datenträgern und per Datenfernübertragung gem. § 69c Nr. 3 UrhG sowie die Rechte zur Umarbeitung des Quellcodes und zur Verbreitung der umgearbeiteten Programme in Objekt- und Quellcode gem. § 69c Nr. 2 S. 1 UrhG.

Die Freigabe dieser Programme ist als Angebot auf Einräumung der Nutzungsrechte zu sehen, und zwar unter gleichzeitigem Verzicht auf Ansprüche, die aus einer zum Zugang des Angebots notwendigen Verletzung des Urheberrechts herrühren.

III. Meinungsstand hinsichtlich der Softwareüberlassung allgemein

Schon bei der Beurteilung der Überlassung herkömmlicher Standardsoftware besteht keine Einigkeit darüber, welchem Vertragstypus sie zuzuordnen sind⁴⁴⁹. Die zur allgemeinen Überlassung von Standardsoftware vertretenen Ansichten sollen im folgenden soweit aufgeführt werden, als eine Anwendbarkeit auf die Überlassung von Freeware oder Shareware denkbar ist.

⁴⁴⁹ Polley/Seelinger, CR 2001, S. 5; vgl. auch Marly, Rn. 62.

1. Direkte Anwendung gesetzlich normierter Vertragsarten

Vielfach wird für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware eine direkte Zuordnung zu den gesetzlich normierten Vertragsarten befürwortet.

a. Kaufvertragsrecht

Weit verbreitet⁴⁵⁰ ist eine Zuordnung dieser Überlassung zum Typus des Kaufvertrags. Voraussetzung hierfür ist regelmäßig⁴⁵¹, daß es sich bei Programmen um Sachen handelt, vgl. § 433 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Zum Beleg dafür, daß dieses Kriterium erfüllt sei, wird auf Entscheidungen des BGH seit 1988 verwiesen⁴⁵², wobei der BGH allerdings ausdrücklich offen lassen wollte, ob ein Programm eine Sache ist⁴⁵³ und dies nur für verkörperte Programme

⁴⁵⁰ Kindermann, GRUR 1983, S. 159; Engel, BB 1985, S. 1162, der hinsichtlich der Gewährleistung teilweise nur analoge Anwendung annimmt; Brandi-Dohrn, CR 1986, S. 66, 68 für Verträge ohne besondere Nutzungszwecke; Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Bartsch, CR 1987, S. 9; ders., CR 1992, S. 395; einschränkend ders., CR 2000, S. 9; Hauter, CR 1987, 580 f.; Knörzer, CR 1987, S. 25 f.; Köhler, CR 1987, S. 830 f.; Nauroth, CR 1987, S. 154; Bartl, BB 1988, S. 2124; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 144; Hoeren GRUR 1988, S. 342 ff.; ders., Rn. 143; ders./Schuhmacher, CR 2000, S. 138; Junker, Rn. 352; ders., NJW 1990, S. 1576; Rüesch, S. 54; Chrocziel, CR 1989, S. 678; v. Gravenreuth, BB 1989, S. 1925; Koch/Schnupp, CR 1989, S. 782; Scholz, MDR 1989, S. 107; Hager, AcP 190, S. 326 ff.; Heymann, CR 1990, S. 113; Rombach, CR 1990, S. 103; Tellis, BB 1990, S. 501 f.; König, Rn. 671; Malzer, S. 93; Michalski/Bösert, S. 15 ff.; Henssler, MDR 1993, S. 490; Köhler/Fritzsche, Rn. 33; Kappes, JuS 1994, S. 665; Schneider, CR 1994, S. 375; Fritzsche, JuS 1995, S. 499; MüKo/Westermann, § 433, Rn. 20; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 59; Busse, CR 1996, S. 390; Schneider/Günther, CR 1997, S. 390; Bydlinski, AcP 198, S. 308 f.; Fromm/Nordemann/Vinck, Vor § 69a, Rn. 3; Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 30, Rn. 52; Gaul, CR 2000, S. 570; Marly, Rn. 165; Schuhmacher, CR 2000, S. 644; Palandt/Putzo, § 433, Rn. 5; Zahrnt, BB 1996, S. 444; einschränkend Zahrnt, IuR 1986, S. 254; Moritz, CR 1994, S. 262; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3133; Volle, CR 1996, S. 140; auch in der Rspr. wird häufig zumindest entsprechend ein Kaufvertrag angenommen, vgl. BGH, CR 1987, 358, 360; BGH, CR 1988, 124, 127; BGH, CR 1990, 707, 708; BGH, CR 2000, 207, 208; bereits OLG Schleswig, ZIP 1982, 457; ebenso OLG Celle, NJW-RR 1993, 432; OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 124; OLG Frankfurt, NJW-RR 1995, 182 f.; OLG München, CR 1990, 646, 647; OLG Saarbrücken, CR 1990, 713, 713; OLG Stuttgart, CR 1989, 692, 693; auch BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429.

Einen Werklieferungsvertrag annehmend und deswegen Kaufrecht anwendend: OLG Hamm, IuR 1986, 396, 397; LG Konstanz, CR 1991, 93, 94; Soergel/Huber, vor § 433, Rn. 81a; differenzierend Kort, DB 1994, S. 1508; dagegen Bydlinski, S. 312.

⁴⁵¹ Anders z.B. Pres, S. 46 ff., der als Gegenstand des endgültigen Güterausstauschs bei urheberrechtlich geschützter Software unter Verneinung der Sacheigenschaft das einfache Nutzungsrecht ansieht; Junker, Rn. 342 f.; Hager, AcP 190, S. 327; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 60; Volle, CR 1996, S. 140.

⁴⁵² BGH NJW 1988, 406, 408; bestätigt in NJW 1990, 320, 321; NJW 1993, 2436, 2437; NJW 1995, 187, 188.

⁴⁵³ BGH, NJW 1988, 406, auf S. 407 offen lassend, auf S. 408 hauptsächlich auf den Datenträger abstellend; BGH, NJW 1990, 320, 321 ausdrücklich offen lassend, ob das Programm eine Sache ist; vgl. auch Bydlinski, AcP 198, S. 310. In nachfolgenden Entscheidungen, z.B. NJW

entschieden hat⁴⁵⁴. Teilweise werden die §§ 433 ff. BGB über eine teleologische Auslegung⁴⁵⁵ für anwendbar erklärt, da der Sachbegriff des Kaufrechts weiter als in § 90 BGB auszulegen sei, er umfasse alle als Gegenstand des wirtschaftlichen Tauschverkehrs anerkannten Objekte⁴⁵⁶, einschließlich solcher, die der historische Gesetzgeber nicht habe voraussehen können, wie etwa die häufig gehandelten Computerprogramme.

Es wird jedoch entscheidend darauf abgestellt, daß ein einmaliges Entgelt gezahlt wird und hierfür das Programm auf Dauer überlassen wird⁴⁵⁷. Allein diese Überlassung der Software habe zentrale, charakterisierende Bedeutung für den Überlassungsvertrag⁴⁵⁸. Dem Anwender solle die uneingeschränkte Herrschaft über das Programm verschafft werden, und er solle Dritte von der Einwirkung darauf ausschließen können⁴⁵⁹, so daß er eine eigentümerähnliche Stellung erlangen solle. Die Überlassung von Programmen unterscheide sich damit in der Regel nicht vom Kauf sonstiger Waren⁴⁶⁰, sei also als Kaufvertrag einzuordnen.

Zusätzliche Beschränkungen, die dem Erwerber der Software durch einschränkende Klauseln auferlegt werden sollen, müßten anhand des AGBG geprüft und ggf. verworfen werden, änderten jedoch nichts daran, daß der Vertrag als Kaufvertrag angesehen werden müsse, so daß die Überlassung nicht notwendig zur freien Verfügung erfolgen müsse⁴⁶¹.

Auch die möglicherweise erforderliche Einräumung urheberrechtlicher Nutzungs- und Vervielfältigungsrechte sei nicht typenprägend⁴⁶², da schon das

1993, 2436, 2437, hat der BGH den Datenträger zwar nicht mehr erwähnt, sich jedoch auf NJW 1988, 406 berufen, so daß davon ausgegangen werden muß, daß der Datenträger hier schlicht vergessen wurde, zumal er auf S. 2438 als entscheidendes Kriterium wieder aufgeführt wird; vgl. auch Moritz, CR 1994, S. 259.

⁴⁵⁴BGH, NJW 1993, 2436, 2438.

⁴⁵⁵Hinsichtlich unkörperlicher »Übergabe« des Programms König, NJW 1990, S. 1585; ähnlich Henssler, MDR 1993, S. 490 f.; Kort, DB 1994, S. 1506, der allerdings widersprüchlich aufgrund der teleologischen Auslegung nicht zu direkter, sondern nur zu entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Sachkauf kommen möchte.

⁴⁵⁶Kort, DB 1994, S. 1506 f.

⁴⁵⁷BGH, NJW 1988, 406, 407; BGH, NJW 1990, 320, 321; BGH, CR 1990, 707, 708; ebenso Hauter, CR 1987, S. 580 f.; Chroczel, CR 1989, S. 791; König, Rn. 666, 668; Schneider, CR 1994, S. 385; Fritzsche, JuS 1995, S. 499; Marly, Rn. 165.

⁴⁵⁸König, Rn. 619.

⁴⁵⁹Marly, Rn. 166; Sickinger, S. 47 ff. und ihm folgend Zahrnt, BB 1996, S. 445, halten auch die nicht uneingeschränkte Herrschaftsmacht für ausreichend.

⁴⁶⁰König, Rn. 664.

⁴⁶¹Köhler, CR 1987, S. 830; König, Rn. 669; Zahrnt, BB 1996, 444; Marly, Rn. 170 f.; so auch OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 124; a.A. Engel, BB 1985, S. 1162; Scholz, MDR 1989, S. 107; Moritz, CR 1994, S. 260; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3133; Volle, CR 1996, S. 140; wohl auch Michalski/Bösert, S. 24.

⁴⁶²Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718; Marly, Rn. 171.

Bestehen urheberrechtlichen Schutzes an sich für die Typisierung unerheblich sei⁴⁶³. Die Einräumung sei lediglich als vertragliche Nebenpflicht anzusehen⁴⁶⁴.

Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, daß auf die Überlassung von Standardprogrammen das Kaufrecht zwar nicht direkt angewendet werden könne; es sei jedoch aufgrund vergleichbarer Interessenlage analog⁴⁶⁵ anzuwenden. In der Praxis ergibt sich hierdurch aber kein Unterschied zur direkten Anwendung des Kaufrechts.

b. Werkvertragsrecht

Allgemeiner Ansicht nach ist für den Fall der Erstellung von Individualsoftware die Überlassung vertragstypologisch als Werkvertrag einzuordnen⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Bartl, BB 1988, S. 2124; Junker, Rn. 340; Hoeren, Rn. 44; Malzer, S. 77; Köhler/Fritzsche, Rn. 13 f.; Marly, Rn. 113.

⁴⁶⁴ Bartl, BB 1988, S. 2124; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 140; Köhler/Fritzsche, Rn. 14 f.; Sickinger, S. 74; Marly, Rn. 113; ähnlich OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627, 2627; LG Köln, CR 1996, 154, 154; für weniger wertvolle Programme so auch Kindermann, GRUR 1983, S. 161; a.A. Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718, der auf die konkret vereinbarte Pflicht abstellt; gegen die Erforderlichkeit der Einräumung von Nutzungsrechten, da zum Ablauf des Programms keine solchen erforderlich seien Schuhmacher, CR 2000, S. 646, wobei offen bleibt, auf welchem Weg der Anwender die zur Installation erforderlichen Nutzungsrechte erlangt.

⁴⁶⁵ Hinsichtlich direkten Überspielens Bartsch, CR 1989, S. 694; König, NJW 1989, S. 2605; Kort, DB 1994, S. 1505 f.; Marly, Rn. 104 ff.; ähnlich, für den Abruf durch den Kunden selbst Bydlinski, AcP 198, S. 314; da keine Überlassung zur freien Verfügung vorliege OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 124; da Software keine Sache sei OLG Köln, CR 1995, 218, 219; dies offen lassend aber BGH, CR 2000, 207, 208; ebenfalls offen lassend Kilian, CR 1986, S. 193; Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, S. 73; Volle, CR 1996, S. 140.

⁴⁶⁶ Engel, BB 1985, S. 1161; Brandi-Dohrn, CR 1986, S. 69; Gorny, CR 1986, S. 676; Kilian, CR 1986, S. 194; ders., S. 38; Link, GRUR 1986, S. 142; Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Unger, CR 1986, S. 85; Zahrt, IuR 1986, S. 252; Knörzer, CR 1987, S. 26; Heussen, GRUR 1987, S. 785; Köhler, CR 1987, S. 828; Bartl, BB 1988, S. 2124; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 138; Junker, Rn. 351; v. Westphalen/Seidel, S. 2 ff.; ders., NJW 1990, S. 1575; Koch, Rn. 589 ff.; Lesshafft/Ulmer, CR 1988, S. 817; v. Gravenreuth, BB 1989, S. 1925; Hoeren, Rn. 8; Malzer, CR 1989, S. 992; Rehmann, CR 1989, S. 961 ff.; Scholz, MDR 1989, S. 107; Hager, AcP 190, S. 325; Tellis, BB 1990, S. 501 f.; Bartsch, CR 1992, S. 397; Bömer, S. 128; Tempel/Abele, NJW 1992, S. 606; Henssler, MDR 1993, S. 489; Köhler/Fritzsche, Rn. 18, 136; Kort, DB 1994, S. 1508; Pres, S. 49; Fritzsche, JuS 1995, S. 501; Steckler, WiB 1995, S. 730; Bydlinski, AcP 198, S. 307 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 68; Ihde, CR 1999, S. 409; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 34; MüKo/Soergel, § 631, Rn. 80 f.; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 59; Palandt/Putzo, § 433, Rn. 5; Palandt/Sprau, Einführung § 631, Rn. 12; ebenso die Rspr., vgl. BGH WM 1971, 615, 616; BGH NJW 1983, 2439, 2439 f.; BGH, CR 1986, 799, 800; BGH, CR 1988, 124, 126; BGH CR 1990, 707, 708; BGH CR 1991, 86, 87; BGH, CR 1996, 667, 668; OLG Celle, CR 1996, 539, 539; OLG Düsseldorf, CR 1996, 214, 215; OLG Köln, CR 1996, 209, 209; etwas einschränkend Michalski/Bösert, S. 11; teilweise a.A. Brandi-Dohrn, CR 1998, S. 649 f.; einen Lizenzvertrag annehmend v. Westphalen, CR 1987, S. 487; differenzierend ders., CR 2000, S. 79 f.; einen Know-how Vertrag annehmend Maier, NJW

Für die hier allerdings allein zu betrachtende Überlassung von Standardsoftware auf Dauer wird diese Form der Einordnung nur sehr vereinzelt vertreten⁴⁶⁷. Meist wird Werkvertragsrecht in solchen Fällen für anwendbar angesehen, in denen eine zusätzliche Anpassungs-, Installations- oder Schulungspflicht übernommen wurde⁴⁶⁸, teilweise aber auch für die Überlassung von Standardsoftware generell mit der Begründung, daß der Werkvertrag hinsichtlich der geschuldeten Leistung offen für körperliche und unkörperliche Leistungen sei, so daß die Nutzbarmachung des Programms im Computer des Anwenders als geschuldeter Erfolg angesehen werden könne⁴⁶⁹ oder daß es dem Anwender primär nicht auf die Überlassung des Programms, sondern auf einen Veränderungserfolg am Computer, bestehend in erweiterter Nutzbarkeit, ankomme⁴⁷⁰.

c. Miet-/Pachtrechtliche Einordnung

Eine miet- oder pachtrechtliche Einordnung kommt nach herrschender Ansicht nur für die Überlassung auf Zeit in Betracht⁴⁷¹, wenn also Rückgabe oder Nichtweiterbenutzung des Programms vereinbart worden sind⁴⁷² oder jedenfalls aber, bei einer Überlassung auf unbestimmte Zeit, eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen ist⁴⁷³. Darüber hinaus wird die Anwendung des Miet- oder Pachtrechts bei Fernnutzung von Programmen⁴⁷⁴, aber auch bei einer dauerhaften Überlassung gegen Einmalvergütung vorgeschlagen, wenn die Nut-

1986, S. 1911.

⁴⁶⁷ Junker, Rn. 315; Mehrings, NJW 1988, S. 2439 f.; Mincke, JurPc 1991, S. 938 f.; Braun, BB 1992, S. 156 ff.; in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, CR 1989, 689, 689; jedenfalls hinsichtlich der Gewährleistungsregeln Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 815; Palandt/Sprau, § 633, Rn. 2d.

⁴⁶⁸ BGH NJW 1993, 824, 827 f.; OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 124 f.; OLG Hamm, CR 1992, 206, 206 f.; OLG Karlsruhe, NJW-CoR 1996, 56, 56; OLG Köln, NJW-RR 1993, 1529, 1529; ebenso Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 817 f.; Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142 f.; Brandi-Dohrn, CR 1992, S. 341; Henssler, CR 1993, S. 490; Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, S. 76 f.; Köhler/Fritzsche, Rn. 22 f.; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3132; Zahrnt, NJW 1996, S. 1800 f.; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 31; einschränkend Hoeren, CR 1992, S. 533; a.A. Köhler/Fritzsche, Rn. 18, differenzierend Bydlinski, AcP, S. 311 ff.

⁴⁶⁹ Mincke, JurPC 1991, S. 938.

⁴⁷⁰ Braun, BB 1992, S. 156 f.

⁴⁷¹ BGH, NJW 1981, 2684, 2684; ebenso Lutz, GRUR 1976, S. 331; Engel, BB 1985, S. 1163; Köhler, CR 1987, S. 830 f.; Bartl, BB 1988, S. 2123 f.; Junker, Rn. 353; Scholz, MDR 1989, S. 107; Malzer, S. 229 ff.; Michalski/Bösert, S. 17 ff.; Köhler/Fritzsche, Rn. 24 ff.; Steckler, WiB 1995, S. 730; Staudinger/Mayer-Maly, Einl. zu §§ 433 ff., Rn. 21; Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 30, Rn. 62; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 37; Hoeren/Schuhmacher, CR 2000, S. 139; a.A. Pres, S. 53.

⁴⁷² Köhler/Fritzsche, Rn. 24.

⁴⁷³ Staudinger/Sonnenschein, § 564, Rn. 11.

⁴⁷⁴ Alpert, CR 2000, S. 349.

zungsmöglichkeiten des Anwenders durch vertragliche Bestimmungen in beachtlichem Maß eingeschränkt werden, da in solchen Fällen nicht mehr von einer mit der Eigentumsübertragung vergleichbaren Überlassung zur freien Verfügung gesprochen werden könne⁴⁷⁵.

d. Nießbrauchsrechtliche Einordnung

Einer⁴⁷⁶ Ansicht zufolge ist die Softwareüberlassung als Einräumung eines Nießbrauchsrechts gem. den §§ 1032, 929 ff. BGB an einer einzelnen Programmfixierung anzusehen, da in den einzelnen Programmfixierungen Sachen zu sehen seien, die als unwesentlicher Bestandteil des jeweiligen Massenspeichers Gegenstand besonderer Rechte sein könnten.

e. Auf den urheberrechtlichen Schutz abstellende Ansichten

Aufgrund der niedrig anzusetzenden unteren Grenze des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen⁴⁷⁷ dürften solche Ansichten, die für die vertragstypologische Beurteilung nach dem Bestehen eines urheberrechtlichen Schutzes differenzieren⁴⁷⁸, nur noch historische Bedeutung haben. Bei urheberrechtlich nicht geschützten Programmen sollte auf die Überlassung Kaufrecht, anderenfalls Mietrecht Anwendung finden. Reines Kaufrecht sollte für urheberrechtlich geschützte Programme nicht ausreichend gewesen sein, da dem Erwerber nur Eigentum am Programmträger hätte verschafft werden können, nicht jedoch die zur Nutzung des Programms erforderlichen Nutzungsrechte⁴⁷⁹.

2. Anwendung gesetzlich nicht normierter Vertragsarten

Verbreitet sind auch Ansichten, denen zufolge die gesetzlich normierten Vertragsarten nicht in der Lage sind, den Besonderheiten der Softwareüberlassungen in vollem Umfang gerecht zu werden. Anzuwenden sein sollen vielmehr typengemischte Verträge oder Verträge *sui generis*.

⁴⁷⁵ Müller-Hengstenberg, NJW 1994, S. 3133, der ansonsten eine kaufrechtliche Einordnung bevorzugt; ähnlich Schneider, CR 1994, S. 385, für erhebliche Beschränkungen der Nutzungsrechte; so auch schon Koch^{1, 1987}, S. 285; Scholz, MDR 1989, S. 107.

⁴⁷⁶ Bösert, S. 152 ff.; auch Kilian, CR 1986, S. 193, stellt darauf ab, daß es um die Nutzung eines Rechts gehe, ordnet dies aber als Know-how Vertrag ein.

⁴⁷⁷ Vgl. B II 2 a.

⁴⁷⁸ Koch, Rn. 531 ff.

⁴⁷⁹ Koch, Rn. 543.

a. Know-how-Vertrag

Die Ansichten, die die Überlassung von Software als Know-how-Vertrag einordnen möchten⁴⁸⁰, divergieren, je nach dem Verständnis des Begriffes von Know-how. Eine allgemeingültige Definition für Know-how existiert nicht⁴⁸¹. Teilweise wird bei der dauerhaften Überlassung nur dann von einer Übertragung kommerziell verwertbaren Wissens ausgegangen, wenn neben der kompilierten Fassung des Programms auch der Quellcode übertragen wird⁴⁸².

Ausgangspunkt einiger Stellungnahmen ist, daß der Endanwender durch die Überlassung nicht Eigentümer, sondern nur Nutznießer der Software werde. Anzuwenden seien dennoch aufgrund der Mehrung des Vermögens des Anwenders um eine dauerhafte Nutzungsmöglichkeit entweder die Vorschriften über den Sachkauf oder diejenigen über den Rechtskauf⁴⁸³. Bei letzterer Alternative sei allerdings die Gewährleistung gem. § 437 BGB nur auf den Bestand des Rechts gerichtet und damit nicht ausreichend⁴⁸⁴. Die Rechtsverschaffung führe zu einer eigentümerähnlichen Nutzung, so daß auch hier die Gewährleistungsvorschriften des Sachkaufs gem. den §§ 459 ff. BGB⁴⁸⁵ anzuwenden seien⁴⁸⁶.

Anderer Ansicht zufolge sind die Nutzungsbeschränkungen des Anwenders nicht mit der unbeschränkten und ausschließlichen Rechtsmacht eines Käufers

⁴⁸⁰BGH, NJW 1981, 2684, 2684; Lauer, BB 1982, S. 1759 ff.; Kilian, CR 1986, S. 193; Bömer, S. 56 ff.; Moritz, CR 1989, S. 1053 f.; ders., CR 1994, S. 254 ff.; Habel, CR 1991, S. 260; Gorny/Kilian, S. 22 f.; Sickinger, S. 50 ff.; Wiebe, S. 240 ff.; Baumbach/Hefermehl, § 17 UWG, Rn. 9; nur für Individualprogramme einen Know-how Vertrag annehmend Maier, NJW 1986, S. 1911.

⁴⁸¹Vgl. die Nachweise bei B II 1 b (4); anders König, Rn. 326; Pres, S. 56.

⁴⁸²Sucker, CR 1989, S. 359; Mincke, JurPC 1991, S. 935; Michalski/Bösert, S. 8; Geissler/Pagenberg, Rn. 19; Köhler/Fritzsche, S. 524, Rn. 17; Pres, S. 56; Marly, Rn. 82; differenzierter König, Rn. 338-340, Know-how-Überlassung nur bei nicht maschinenlesbarem Quellcode; anders Pres, S. 59: auch bei dauerhafter, unbeschränkter Überlassung des Quellcodes nur Kaufrecht anzuwenden; wieder anders Pres, S. 91: Know-how-Vertrag nur bei Überlassung des Quellcodes urheberrechtlich nicht geschützter Software, das in dem Quellcode enthaltene kann dann aber, bei den niedrigen Anforderungen an den urheberrechtlichen Schutz von Software, gar kein Know-how i.S.v. Pres' Definition (schwer zu erlangenes Wissen) sein.

⁴⁸³Kilian, CR 1986, S. 193; Sickinger, S. 77, der je nach Art der Überlassung (auf Datenträger/Direkteinspielung) und nach der Art des Objektes des Sachkaufs unterscheidet; für eine nur analoge Anwendung Habel, CR 1991, S. 260, der darüber hinaus einzelfallbezogen auch Pachtrecht für anwendbar hält.

⁴⁸⁴Im ab 1. Januar 2002 geltenden BGB ist der § 437 in der bisherigen Form aufgehoben, da für ihn mit Wegfall des alten § 306 BGB kein Bedürfnis mehr besteht.

⁴⁸⁵Im ab 1. Januar 2002 geltenden BGB finden sich die Gewährleistungsvorschriften in den §§ 434 ff.

⁴⁸⁶Gorny/Kilian, S. 24; Kilian, a.a.O.; einschränkend Engel, BB 1985, S. 1162; a.A. Moritz, CR 1994, S. 261, der i.d.R. von einem Dauerschuldverhältnis ausgeht und Kaufrecht lediglich in Ausnahmefällen anwenden möchte.

vereinbar⁴⁸⁷. Die Softwareüberlassung stelle sich vielmehr als entgeltliche Überlassung eines unkörperlichen Vermögenswertes zur Nutzung dar⁴⁸⁸, so daß auf den Know-how-Vertrag Pachtrecht anzuwenden sei⁴⁸⁹.

Insgesamt stellen sich die Einordnungen als Know-how Vertrag sehr uneinheitlich dar. Dennoch wird in der Einordnung der Softwareüberlassung als Know-how Vertrag eine vorteilhafte Systematisierung⁴⁹⁰ gesehen, die den Besonderheiten von Computerprogrammen gerecht werde⁴⁹¹, da die Flexibilität in der Anwendung gesetzlicher Regelungen zur Erfassung von Überlassungsverträgen unterschiedlichster Gestaltung führe⁴⁹².

b. Lizenzvertrag

Die Einordnung der Überlassungen von Standardsoftware als sog.⁴⁹³ Lizenzvertrag findet sich häufig in mit beispielsweise als »Lizenzvereinbarungen« bezeichneten AGB von Softwareherstellern, aber auch in verschiedenen juristischen Stellungnahmen⁴⁹⁴. Ebenso wie die Einordnung der Überlassungsverträge als Know-how Verträge wird auch die Einordnung als Lizenzverträge häufig als wenig hilfreich bezeichnet, da der Begriff der Lizenz unpräzise und ein entsprechender Vertragstyp nicht geregelt sei⁴⁹⁵. Auch für den Lizenzver-

⁴⁸⁷ Moritz, CR 1989, S. 1054.

⁴⁸⁸ Moritz, CR 1989, S. 1054.

⁴⁸⁹ Pfaff, BB 1974, S. 568 f.; Lutz, GRUR 1976, S. 334; Moritz, CR 1989, S. 1054; ders. etwas einschränkend CR 1994, S. 262; Bömer, S. 52; ebenso Pres, S. 53, für den Lizenzvertrag i.e.S.; so auch BGH NJW 1981, 2684, 2684.

⁴⁹⁰ Steckler, WiB 1995, S. 733; a.A. Michalski/Bösert, S. 8; Köhler/Fritzsche, Rn. 16.

⁴⁹¹ Kilian, CR 1986, S. 195.

⁴⁹² Steckler, a.a.O.

⁴⁹³ Kritisch zur Verwendung dieses Begriffs für urheberrechtliche Nutzungsverträge Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 31; ausführlich zur Rechtsnatur eines Lizenzvertrags Stumpf/Groß, Rn. 19 ff.

⁴⁹⁴ Kolle, GRUR 1982, S. 455; Ulmer/ders., GRUR Int. 1982, S. 499; Kindermann, GRUR 1983, S. 156 ff.; Müller-Hengstenberg, CR 1986, S. 443; ders., ZUM 1999, S. 215 ff.; Heussen, GRUR 1987, S. 789; Bartsch, CR 1987, S. 8; ders., CR 1992, S. 396; Lehmann, CR 1987, S. 422 f.; ders., NJW 1993, S. 1824 f.; Sucker, CR 1989, S. 353 ff., 468 ff.; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 717 f.; Geissler/Pagenberg, Rn. 36 ff.; Michalski/Bösert, S. 8; Stumpf/Groß, Rn. 764; Nordemann, CR 1996, S. 6 f.; Volle, CR 1996, S. 140 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 68; Pres, S. 37, 48, der den Lizenzvertrag im weiteren Sinne allerdings als Kaufvertrag einordnen möchte; in diese Richtung auch Ulmer, CR 2000, S. 495 ff.; den Know-how Vertrag als Unterfall des Lizenzvertrages betrachtend Lutz, GRUR 1976, S. 331 ff.; Kilian, CR 1986, S. 188, 195; Moritz, CR 1994, S. 262; für Verträge auf Zeit Engel, BB 1985, S. 1163 f.; für einen zusätzlichen Vertrag unmittelbar zwischen Hersteller und Anwender Kappes, JuS 1994, S. 665;

den Überlassungsvertrag als Lizenzvertrag ordneten auch ein BGH, NJW 1981, 2684, 2684; BGH, GRUR 1994, 363, 365; LG Lüneburg, NJW 1988, 2476; LG Köln, CR 1986, 23, 23.

⁴⁹⁵ BGH, NJW 1988, 406, 407 f.; Bartsch, CR 1992, S. 394, Fn. 7; Lehmann, NJW 1993, S. 1823, Fn. 10; Michalski/Bösert, S. 8; Köhler/Fritzsche, Rn. 16; Fritzsche, JuS 1995, S. 499; kritisch

trag wird vertreten, daß dieser als Vertrag sui generis zu behandeln sei, der Elemente der gesetzlich geregelten Verträge enthalten könne und bei dem je nach Lage des Einzelfalles Regelungen dieser Verträge herangezogen werden könnten⁴⁹⁶. Anderer Ansicht nach soll der Lizenzvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellen, auf das Pachtrecht Anwendung finde⁴⁹⁷.

Als Begründung für die typologische Einordnung als Lizenzvertrag wird angeführt, daß die Nutzung von Programmen zwingend mit urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen verbunden sei⁴⁹⁸, es letztlich also lediglich um die Einräumung von Nutzungsrechten gehe⁴⁹⁹. Die genaue Ausgestaltung eines solchen Vertrags könne nur ein Lizenzvertrag gewährleisten⁵⁰⁰. Jedenfalls handele es sich aber bei einem Computerprogramm um ein anerkanntes Immaterialgut. An diesem würden dem Anwender bei der Überlassung Nutzungsrechte eingeräumt. Dabei sei es nicht zwingend erforderlich, daß für das Immaterialgut ein Schutzrecht oder Schutzgesetz bestehe, so daß das Programm nicht selbst urheberrechtlich geschützt sein müsse⁵⁰¹.

Andere führen an, daß aus den häufig vereinbarten Beschränkungen der Benutzungsfreiheit des Anwenders, was Dekompilierung, Handel, Kopieren, etc. anbelangt, geschlossen werden könne, daß der Rechtsinhaber seine Stellung am Computerprogramm regelmäßig nicht aufgeben wolle⁵⁰². Es komme als in-

hinsichtlich der Verwendung von »Lizenz« sowohl für das Benutzungsrecht am Programm als auch für das Programm selbst auch Zahrt, BB 1996, S. 443; zurückhaltender Pres, S. 54, der diese Flexibilität des Vertrags jedoch begrüßt, S. 55.

⁴⁹⁶Bartsch, CR 1992, S. 394; Gitter, S. 398 f. m.w.N.; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718; Kort, DB 1994, S. 1505; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rn. L 127; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 13; Schrickler/Schrickler, §§ 31/32, Rn. 13; Marly, Rn. 74; in diesem Sinne auch BGH GRUR 1970, 547, 548 f.; BGH GRUR 1979, 768, 769; BGH NJW 1989, 456, 457.

⁴⁹⁷Lutz, GRUR 1976, S. 334; Engel, BB 1985, S. 1164; Heussen, GRUR 1987, S. 789; Stumpf/Groß, Rn. 23; Volle, CR 1996, S. 141; Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rn. 163; Pres, S. 176, allerdings bei Kollision mit urheberrechtlichen Regelungen einen Vorrang für diese annehmend; einschränkend Palandt/Putzo, Einf. v. § 581, Rn. 7.

⁴⁹⁸Kindermann, GRUR 1983, S. 161; Sucker, CR 1989, S. 354 f.

⁴⁹⁹Kolle, GRUR 1982, S. 455; Kindermann, GRUR 1983, S. 156; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 717; Kappes, JuS 1994, S. 665; Nordemann, CR 1996, S. 6 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 68; bei Zuordnung wirtschaftlicher Verwertungsrechte einen Lizenzvertrag annehmend Bartsch, CR 1992, S. 396; ähnlich Geissler/Pagenberg, Rn. 36 ff; Michalski/Bösert, S. 13; Pres, S. 171, der nach dem nutzungsrechtlichen Schwerpunkt zwischen einem Lizenzvertrag i.e.S. und einem Lizenzvertrag i.w.S. unterscheidet, nur bei ersterem soll die Einräumung von Nutzungsrechten Einfluß auf die schuldrechtliche Beurteilung haben.

⁵⁰⁰Kindermann, GRUR 1983, S. 161; Volle, CR 1996, S. 141.

⁵⁰¹Geissler/Pagenberg, Rn. 39 f., 43; Lutz, GRUR 1976, S. 333; Marly, Rn. 73; a.A. Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 139; Körner, S. 527; Michalski/Bösert, S. 8; Stumpf/Groß, Rn. 13 ff.; im Fall eines nicht bestehenden Schutzrechts einen Know-how Lizenzvertrag annehmend Palandt/Putzo, vor § 581, Rn. 8.

⁵⁰²Kindermann, GRUR 1983, S. 156; Moritz, CR 1994, S. 262; aus der Vereinbarung von Nutzungsbeschränkungen auf einen Lizenzvertrag schließend Geissler/Pagenberg, Rn. 39; Pres,

teressengerechte Lösung damit nur ein Lizenzvertrag, gerichtet auf die Überlassung des immateriellen Gutes Software zum Gebrauch in Betracht. Neben dieser sei die Überlassung der Programmkopie ein zu vernachlässigender Realakt⁵⁰³.

Schließlich wird noch vertreten, daß Gegenstand der Softwareüberlassungsverträge eine Idee sei, die in der Software erstarrt sei und sich beim Ablauf »verflüssige«⁵⁰⁴. Diesem Vorgang könne nur ein Lizenzvertrag gerecht werden.

c. Vertrag sui generis

Die Vertreter der weitesten Auffassung sind der Ansicht, daß wegen der umfassenden Gestaltungsmöglichkeiten der Softwareverträge eine eindeutige Zuordnung zu einem gesetzlich geregelten Vertragstyp jedenfalls nicht immer möglich sei⁵⁰⁵. Das BGB enthalte keine sinnvollen Regelungen, um den Besonderheiten des Softwarevertriebs gerecht zu werden⁵⁰⁶. In diesen Fällen soll allgemeines Schuldrecht oder von den Parteien vereinbartes Recht zur Anwendung kommen.

IV. Überlassung von Freeware

Wie schon bei der urheberrechtlichen Einordnung der Freigabe, so soll auch bei der vertragsrechtlichen Einordnung der Überlassungen wiederum zunächst mit Freeware als Grundform der frei verbreitbaren Programmarten begonnen werden.

Bereits anfangs⁵⁰⁷ wurde erwähnt, daß sich Freeware von ihren Unterformen wie Public Domain Software und den unter Open Source konformen Nutzungsbedingungen verbreiteten Programmen lediglich dadurch unterscheidet, daß dem Anwender ein jeweils unterschiedlich großer Freiraum im Umgang mit dem Programm eingeräumt wird⁵⁰⁸. In der Art der Überlassung unterscheiden sich diese Programme jedoch nicht, so daß ihre Überlassung hier zusammengefaßt unter dem Oberbegriff »Freeware« vertragstypologisch eingeordnet werden kann.

S. 53; Lehmann, NJW 1993, S. 1825, Fn. 46.

⁵⁰³ Moritz, CR 1994, S. 263.

⁵⁰⁴ Heussen, GRUR 1987, S. 781 f.

⁵⁰⁵ Brandi-Dohrn, CR 1986, S. 69; Stumpf/Groß, Rn. 764; für Vereinbarungen mit Nutzungszweckabreden Lauer, BB 1982, S. 1758; für Open Source Programme Koch, CR 2000, S. 335.

⁵⁰⁶ Ellenberger/Müller, S. 20 f.; Koch, a.a.O.; Pres, S. 60, für den Fall, daß die zur Verfügung stehenden Vertragstypen nicht den gesamten Bereich der Überlassungen abdecken.

⁵⁰⁷ Vgl. A I 8 c.

⁵⁰⁸ Zum Umfang der dem Anwender von Freeware, Public Domain und sog. Open Source Programmen eingeräumten Nutzungsrechte vgl. B II 2 c (1) (d), (3).

1. Parteien

Auch wenn Freeware dem Anwender teilweise direkt vom Autor überlassen wird, beispielsweise über die Homepage des Autors im Internet, so sind dennoch häufig drei Parteien an der Überlassung von Freeware beteiligt. Wie beschrieben⁵⁰⁹, bezieht der Anwender seine Kopie des Programms in der Regel von einem Vermittler. Damit können zwischen den Beteiligten bis zu drei verschiedene Vertragsbeziehungen entstehen, die im folgenden zu untersuchen sind: Eine zwischen dem Freeware-Vermittler und dem Anwender, eine zwischen dem Autor und dem Anwender sowie eine zwischen dem Vermittler und dem Autor.

2. Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler

Zu den Vermittlern, die bei der Verbreitung von Freeware tätig werden, sind auch entgeltlich tätig werdende Händler im herkömmlichen Sinn zu zählen. Freeware wird zudem unentgeltlich weitergegeben, und zwar sowohl unter Freunden und Bekannten, als auch an dem Weitergebenden fremde Personen über Mailboxen sowie Homepages und FTP-Server.

a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten

Um eine vertragstypologische Einordnung vornehmen zu können, sind zunächst die von den Parteien vereinbarten Hauptleistungspflichten anhand der Parteiinteressen, der Besonderheiten des Leistungsgegenstandes und des von den Parteien angestrebten Zwecks zu ermitteln.

(1) Interessen der Parteien

In der Beziehung zwischen dem Freeware-Händler und dem Anwender sind nur die Interessen dieser beiden Parteien von Belang. Soweit ein Autor selbst die Verbreitung seines Programms betreibt, sind auch seine Interessen zu berücksichtigen, allerdings nur in dem Maß, in dem sie aus seiner Tätigkeit als Vermittler erwachsen. Aspekte, die sich aus seiner Eigenschaft als Autor ergeben, haben unberücksichtigt zu bleiben.

Die Tätigkeit eines Vermittlers besteht darin, einem Anwender das von ihm gewünschte Programm zukommen zu lassen, und zwar entweder durch die Überlassung des Programms auf einem Trägermedium oder dadurch, daß dem Anwender der Online-Zugriff auf das Programm ermöglicht wird, so daß sich der Anwender selbst eine Kopie des Programms anfertigen kann. Handelt der Vermittler entgeltlich, so besteht seine Motivation in der Erwartung, für seine Tätigkeit eine Entlohnung zu erhalten. Im privaten Umfeld tätige Vermittler

⁵⁰⁹ Vgl. A I 8.

haben die unterschiedlichsten Motive, wie Freundschaft und Kollegialität oder das eigene Hobby, da ein qualitativ oder quantitativ hochwertiges Angebot die Attraktivität der eigenen Homepage oder Mailbox steigert.

Das Interesse des Anwenders an Freeware hingegen besteht generell darin, für ein erheblich geringeres Entgelt, als er es für ein auf dem herkömmlichen Weg vertriebenes Programm zahlen müßte, ein für seine Zwecke geeignetes Programm in den Arbeitsspeicher eines Computers aufnehmen und dort ausführen zu können⁵¹⁰. Entscheidet sich der Anwender für den datenträgergebundenen Bezug des Programms, so richtet sich sein Interesse zudem darauf, mit dem Datenträger ein Medium zu erhalten, auf dem die das Programm beschreibenden Informationen gegen Datenverlust gesichert sind.

(2) Leistungsgegenstand

Als Leistungsgegenstand des Vertrags zwischen Anwender und Vermittler bietet sich das Computerprogramm als solches an. Die vorangegangene Analyse hat ergeben, daß der Anwender zum Betrieb zweierlei benötigt: Zum einen muß ihm an den ausführbaren, die Programmstruktur beschreibenden Informationen, dem Objektprogramm, eine physisch-reale Nutzungsmöglichkeit verschafft werden⁵¹¹. Des weiteren müssen dem Anwender die zum Ablauf dieses Programms erforderlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte eingeräumt werden⁵¹². Erst beides gemeinsam versetzt den Anwender faktisch und rechtlich in die Lage, das Programm einsetzen zu können. Zu fragen ist danach, ob tatsächlich hinsichtlich dieser beiden Elemente vertragliche Pflichten begründet werden sollen.

(a) Nutzungsrechtliche Erwägungen

Während dem dargestellten Interesse des Vermittlers bereits durch die Überlassung einer Kopie des Programms genügt wäre, benötigt der Anwender darüber hinaus die zur Benutzung des Programms erforderlichen Nutzungsrechte. Der Vermittler ist wie jeder sonstige Anwender Inhaber eines auch zur Verbreitung berechtigenden einfachen Freeware-Nutzungsrechts⁵¹³. Damit ist es ihm gestattet, das Programm zu vervielfältigen und dem Anwender eine Kopie zu überlassen. Um dem Anwender jedoch ein Nutzungsrecht einräumen zu können, müßte der Vermittler Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts sein, vgl. § 31 Abs. 2, Abs. 3 S. 1, § 35 Abs. 1 UrhG⁵¹⁴. Das dem Vermittler regelmäßig eingeräumte einfache Nutzungsrecht ermöglicht ihm dies

⁵¹⁰ So auch Marly, Rn. 36, 40; Pres, S. 20.

⁵¹¹ Vgl. B II 1.

⁵¹² Vgl. B II 2.

⁵¹³ Vgl. B II 2 c (2) (a) iii.

nicht. Das Einräumen ausschließlicher Nutzungsrechte an Vermittler liefe aber dem Freeware-Prinzip zuwider, das auf der Unabhängigkeit des Autors vom Vertrieb und auf dem Vertrieb durch eine möglichst große Anzahl von Personen basiert⁵¹⁵. Der Vermittler kann sich also mangels ausschließlichen Nutzungsrechts allenfalls dazu verpflichten wollen, dem Anwender ein Nutzungsrecht in der Form zu verschaffen, daß er den Autor dazu veranlaßt, dem Anwender ein solches einzuräumen, oder es dem Vermittler einzuräumen und diesem gleichzeitig gem. § 31 Abs. 1 UrhG die Weiterübertragung an den jeweiligen Anwender zu gestatten.

Abgesehen von der Komplexität dieser Konstruktionen⁵¹⁶ erscheint es allerdings zweifelhaft, ob den Äußerungen eines Vermittlers tatsächlich ein Inhalt entnommen werden kann, demzufolge er bei der Einräumung von Nutzungsrechten an den Anwender mitwirken möchte. Sofern sich Vermittler überhaupt zum Inhalt der Überlassung von Freeware an den Anwender äußern, stellen sie meist deutlich heraus, daß sie ihre Leistung nur darin sehen, das Programm zu kopieren und es samt Datenträger, der in das Eigentum des Anwenders übergehen soll, zu versenden, oder es zum Datentransfer bereitzustellen⁵¹⁷. Dies deutet darauf hin, daß ausschließlich die Verschaffung der physisch realen Nutzungsmöglichkeit Gegenstand der Leistung des Vermittlers sein soll.

(b) Betrachtung entgeltlicher Vermittlungen

Hinweise auf den Leistungsgegenstand können auch gewonnen werden, wenn man die entgeltlichen Vermittlungen von Freeware betrachtet. Sofern Leistungsgegenstand entgeltlicher Überlassungen durch Vermittler das Programm selbst wäre, stünden die Überlassungen im Widerspruch zu den Nutzungsbedingungen der meisten Freeware-Programme, die den »Verkauf« des Programms untersagen⁵¹⁸. Die Höhe des für diese Überlassungen zu zahlenden Entgelts wird jedoch unabhängig vom jeweiligen Programm lediglich nach der Anzahl der Datenträger bemessen, die für die zu speichernde Datenmenge benötigt werden. Auf diesen Umstand weisen die Vermittler häufig auch hin, wenn sie feststellen, daß die Gegenleistung lediglich als Entgelt für den Datenträger und die beim Vertrieb entstehenden Kosten zu zahlen sei⁵¹⁹. Die Hö-

⁵¹⁴Der hier vertretenen Ansicht zufolge, ist stets die Einräumung der benötigten Nutzungsrechte erforderlich, § 69d UrhG enthält keine gesetzliche Lizenz, vgl. B II 2 c (1) (c).

⁵¹⁵Ähnlich, für Shareware, Pres, S. 191; Schulz, CR 1990, S. 298.

⁵¹⁶Dies kritisiert – für Shareware – Pres, S. 191.

⁵¹⁷Vgl. die Nachweise bei Hoeren, CR 1989, S. 888.

⁵¹⁸Vgl. B II 2 c (d), so auch Marly, Rn. 300.

⁵¹⁹So auch Heymann, CR 1991, S. 7; unzutreffend insofern Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 135 f., der auf den durch die Anzahl der Programme dem Anwender zur Verfügung gestellten Funktionsumfang abstellt, ohne zu berücksichtigen, daß das zu zahlende Entgelt unab-

he des Entgelts ist also so bemessen, daß nur der Gegenwert für die überlassenen Datenträger und die sonstigen Kosten, die dem Händler bei der Überlassung entstehen, gezahlt werden soll. Nicht in die Bemessung der Höhe des Entgelts einbezogen sind der Funktionsumfang des Programms und dessen potentieller Nutzen für Anwender, also der Wert des Programms selbst⁵²⁰. Auch daß die das Freeware-Programm darstellenden Daten aufgrund ihrer grundsätzlich freien Verfügbarkeit für jedermann keinen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzen⁵²¹, spricht dafür, daß Leistungsgegenstand nicht das Programm selbst sein soll.

(c) Ergebnis für den Leistungsgegenstand

Gegenstand der Beziehungen zwischen Vermittlern und Anwendern ist damit lediglich die Verschaffung einer faktischen Nutzungsmöglichkeit an dem Programm. Der Vermittler übernimmt also lediglich die Übermittlung bzw. den Transport gewünschter Informationen. Sofern für diesen Vorgang körperliche Transportmedien verwendet werden, sollen sie ebenfalls Leistungsgegenstand sein.

(d) § 69d UrhG

Da jeder Anwender das erforderliche Nutzungsrecht an der Freeware-Version mit Nutzungsbeginn vom Autor eingeräumt bekommt⁵²², wird der Anwender nicht ungerechtfertigt benachteiligt, wenn er die erforderlichen Nutzungsrechte nicht vom Vermittler erhält. Ein Verstoß gegen den zwingenden Kern des § 69d Abs. 1 UrhG, der erfordert, daß der berechtigte Anwender immer in der Lage sein muß, das Programm ablaufen zu lassen⁵²³, kann in dieser Vorgehensweise mithin nicht gesehen werden. Zudem muß berücksichtigt werden, daß sich der niedrige Preis des Programms dadurch ergibt, daß der Vertrieb des Programms verselbständigt wurde und jedem offensteht, so daß hierdurch keine oder nur sehr geringe Kosten entstehen, während die eigentlichen Verträge über die Nutzung des Programms ausschließlich mit dem Autor geschlossen werden sollen. Diese geringen Kosten ermöglichen es einer großen Anzahl von Autoren, ohne beträchtlichen eigenen Kapitaleinsatz selbstgeschriebene Programme kostenlos weiterzugeben, wovon der Anwender letztendlich profitiert.

hängig vom jeweiligen Programm zu zahlen ist.

⁵²⁰ Marly, Rn. 304, allerdings nicht zwischen Programm und Datenträger differenzierend, sondern beides als einheitliche Ware ansehend.

⁵²¹ Zust. Pres, S. 189; a.A. wohl Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 135.

⁵²² Vgl. B II 2 c (1) (a); a.A. Pres, S. 189, davon ausgehend, daß kein Nutzungsrecht erforderlich ist.

⁵²³ Vgl. B II 2 c (1) (c).

(3) Vertragszweck

Der Vertragszweck ist zwar im Gesetz nicht explizit erwähnt. Die im siebten Abschnitt des zweiten Buches des BGB geregelten Vertragstypen sollen aber rechtliche Instrumentarien zur Erreichung von angestrebten Zwecken in verschiedenen Lebensvorgängen zur Verfügung stellen⁵²⁴. Den einzelnen Vertragstypen liegt damit der jeweilige Vertragszweck als typenbildender Leitgedanke zugrunde. Zur Ermittlung der Leistungspflichten kann mithin auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck abgestellt werden, mit dem die Parteien anstreben, ihre Interessen durchzusetzen⁵²⁵.

Die Interessen der Parteien decken sich dahingehend, dem Autor die kostenlose Verbreitung seines Programms an eine große Anzahl von Nutzern ohne beachtlichen Kapitaleinsatz dadurch zu ermöglichen, daß der Vertrieb der Programmexemplare durch eine Vielzahl von das Programm häufig selbst einsetzenden Vermittlern übernommen wird. Übermittlung bzw. Transport der Informationen sollen damit aus der eigentlichen Überlassung des Programms ausgegliedert und zum Inhalt separater Beziehungen gemacht werden. Die Informationen selbst, also das Programm, entziehen sich dem Einfluß der Vermittler. Es soll ebensowenig Leistungsgegenstand sein wie die Einräumung oder Übertragung urheberrechtlicher Nutzungsrechte⁵²⁶.

(4) Ergebnis für die Leistungspflichten

Der ermittelte Vertragszweck deckt sich mit dem den Interessen der Parteien entnommenen Leistungsgegenstand. Es ergeben sich somit die zuvor dargestellten Leistungspflichten:

Der Freeware-Händler soll verpflichtet werden, dem Anwender die das Objektprogramm beschreibenden Informationen auf einem Datenträger zu übermitteln oder ihm in unkörperlicher Form Zugriff auf das Programm zu gewähren⁵²⁷. Bei einer Überlassung auf einem Datenträger besteht zudem die Pflicht zur Übergabe und Übereignung des Datenträgers.

Nur im Fall einer entgeltlichen Überlassung der Freeware soll der Anwender im Gegenzug zur Zahlung eines vereinbarten Entgelts verpflichtet werden.

Da insofern die Vertragspflichten bei der entgeltlichen Überlassung von denen bei der unentgeltlichen Überlassung abweichen, sollen beide Überlassungsarten im folgenden getrennt untersucht werden.

⁵²⁴ Staudinger/Mayer-Maly, Einl. § 433 ff., Rn. 19.

⁵²⁵ Zum Abstellen auf den Vertragszweck speziell bei urheberrechtlichen Nutzungsverträgen v. Gamm, Einf., Rn. 68, 80; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 8.

⁵²⁶ Nur i.E. übereinstimmend Pres, S. 189.

⁵²⁷ A.A. Marly, Rn. 302, der lediglich eine Vermittlungstätigkeit des Vermittlers als Vertragszweck annimmt.

b. Einordnung der Überlassung gegen Entgelt

Die entgeltliche Übermittlung des Programms an den Anwender findet häufig im Wege des Versands bespielter Datenträger statt. Teilweise zahlt der Kunde aber auch für die Möglichkeit, das Programm im Wege der Datenfernübertragung abrufen zu können.

(1) Entgeltliche Überlassung auf einem Datenträger

Zunächst soll der verbreitetere Weg der entgeltlichen Überlassung von Kopien der Freeware-Programme auf Datenträgern betrachtet werden.

(a) Dienstvertrag

Die Einordnung dieser Verträge als Dienstvertrag kommt dem Selbstverständnis der entgeltlich handelnden Vermittler am nächsten. Von deren Seite wird häufig betont⁵²⁸, daß das Entgelt nicht für das Programm selbst zu zahlen sei, sondern lediglich als Gegenleistung für die Erstellung einer Kopie des Programms und deren Versand anzusehen sei⁵²⁹.

Zuzustimmen ist der Kritik⁵³⁰, die hiergegen vorbringt, daß das Kopieren und das Versenden des Programms nur interne Zwischenhandlungen auf dem Weg zur Erreichung des Vertragszwecks sind. Zweck des Vertrags ist für den hier betrachteten Fall nicht ein bloßes Tätigwerden des Vermittlers, das im Kopieren und Versenden besteht. Das Interesse des Anwenders bezieht sich bei der Überlassung auf einem Datenträger auf einen Erfolg, nämlich auf den Erhalt des Datenträgers mit einem darauf gespeicherten Objektprogramm⁵³¹.

(b) Kaufvertrag

Da der unmittelbare Vertragszweck auch nicht darin besteht, daß der Vermittler ein Werk, nämlich eine Kopie erstellt, scheidet trotz der Erfolgsbezogenheit ein Werkvertrag von vornherein aus⁵³².

Vielmehr wird vertreten⁵³³, daß sich die Überlassung des Freeware-Programms vom Vermittler an den Anwender als Kaufvertrag einordnen lasse. Entscheidend sei das äußere Erscheinungsbild, demzufolge der Erwerb eines

⁵²⁸ Vgl. die Nachweise bei Hoeren, CR 1989, S. 888; ders., Rn. 449; Marly, Rn. 293, 298 f.

⁵²⁹ Die Einordnung als Dienstvertrag nach § 611 BGB oder als Dienstvertrag mit einer Geschäftsbesorgung als Gegenstand nach § 675 BGB mit einem Element der Schenkung befürwortet auch Marly, Rn. 303.

⁵³⁰ Hoeren, CR 1989, a.a.O.; ders., Rn. 450; zust. Pres, S. 189.

⁵³¹ So auch Pres, S. 189; vgl. zum Interesse des Anwenders am Datenträger zu Sicherungszwecken B IV 2 a (1).

⁵³² So auch Hoeren, CR 1989, S. 889; ders., Rn. 451.

⁵³³ Hoeren, CR 1989, S. 888 f.; ders., Rn. 452; Steckler, WiB 1995, S. 730, sieht auch kaufrechtliche Elemente, hält den Vertrag aber für wesentlich von der Schenkung geprägt.

bespielten Datenträgers im Vordergrund stehe. Der Vertrag sei nicht personenbezogen wie ein Dienstvertrag, sondern sachbezogen. Die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung des Freeware-Programms auf dem Datenträger⁵³⁴ stehe wie bei herkömmlichen Softwareüberlassungsverträgen auch hier im Vordergrund. Die Überlassung von Freeware durch einen Händler an den Anwender stelle sich somit als Sachkauf dar. Zwar muß an dieser Stelle erneut darauf verwiesen werden, daß weder das Programm selbst noch Nutzungsrechte an dem Programm Gegenstand des betrachteten Vertrags sind. Dennoch kann dem jedenfalls insofern zugestimmt werden, als die Parteien hinsichtlich des bespielten Datenträgers ein punktuelltes Austauschgeschäft vereinbart haben, welches klassischerweise als Kaufvertrag einzuordnen ist⁵³⁵.

Gegen die Einordnung als Kaufvertrag wird eingewendet⁵³⁶, daß Freeware häufig nur unentgeltlich verbreitet werden dürfe⁵³⁷, weswegen ein Kauf nicht in Betracht gezogen werden könne. Da jedoch nicht das Programm selbst Leistungsgegenstand ist⁵³⁸, ergibt sich kein Widerspruch zu den Nutzungsbedingungen. Es soll lediglich ein Kaufvertrag über den Datenträger, nicht jedoch über das Programm selbst geschlossen werden.

Andererseits darf das Interesse des Anwenders nicht vernachlässigt werden. Dieses ist beim Freeware-Vertrag nicht auf ein mit irgendwelchen Daten bespieltes oder leeres, sondern auf ein Trägermedium gerichtet, das mit dem gewünschten Objektprogramm samt zugehöriger Daten bespielt ist. Vertraglich wird damit jedenfalls als Eigenschaft des Datenträgers vorausgesetzt, daß dieser verwendet werden kann, um die gewünschten Daten in den eigenen Computer einzuspielen. Vertretbar erscheint darüber hinaus in Abhängigkeit von den konkreten Parteivereinbarungen auch, die Vereinbarung über die Beschaffenheit des Datenträgers als Zusicherung einer Eigenschaft anzusehen, die sich zumindest als stillschweigende Zusicherung⁵³⁹ deutlich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt.

Vertragsobjekt ist mithin ein Datenträger, zweifelsohne eine Sache, mit der in der Regel zugesicherten Eigenschaft, daß auf ihm das vom Käufer gewünschte Programm gespeichert ist. Die Regelungen über den Sachkauf gem.

⁵³⁴Nach Hoeren, CR 1989, S. 889; ders., Rn. 70 ff., ist auch die Programmkopie selbst eine Sache. Dieser Ansicht kann hier nicht gefolgt werden, vgl. bereits B II 1.

⁵³⁵Vgl. die Nachweise bei III 1 a.

⁵³⁶Von Marly, Rn. 300.

⁵³⁷Der hier vertretenen Ansicht zufolge kann dies bereits zum Gegenstand des eingeräumten Nutzungsrechts gemacht werden, vgl. B II 2 c (d), ist also zweifelsohne zulässig.

⁵³⁸Dazu soeben, B I V 2 a (2).

⁵³⁹Zur Möglichkeit einer stillschweigenden Zusicherung vgl. BGHZ 87, 302, 305; Palandt/Putzo, § 459, Rn. 17.

den §§ 433 ff. BGB sind damit unmittelbar anwendbar⁵⁴⁰, ohne daß einem solchen Vertrag ein Verbot des Verkaufs des Freeware-Programms entgegenstehe.

Aufgrund der dargestellten Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sind in diesem Vertrag auch keine Elemente der Schenkung zu erkennen, weswegen einer Einordnung als gemischte Schenkung⁵⁴¹ nicht zugestimmt werden kann.

(c) Ergebnis

Die entgeltliche Überlassung von Freeware auf einem Datenträger durch den Vermittler ist mithin zu behandeln als Kaufvertrag im Sinne des § 433 Abs. 1 S. 1 BGB über einen Datenträger, als dessen Eigenschaft in der Regel das Vorhandensein bestimmter Informationen zugesichert wird.

(2) Entgeltliche, unkörperliche Überlassung

Bei der entgeltlichen, unkörperlichen Überlassung von Freeware-Programmen durch einen Vermittler stellt sich die Situation anders dar. Ein entgeltlich handelnder Vermittler läßt dem Anwender keine Kopie des Programms zukommen, sondern gewährt ihm lediglich Zugriff auf das Programm im Wege der Datenfernübertragung, so daß sich der Anwender selbst eine Kopie anfertigen kann.

Eine Einordnung als Kaufvertrag⁵⁴² scheidet in dieser Konstellation bereits daran, daß kein Austauschgeschäft vorliegt, da sich der Anwender die Kopie selbst anfertigt.

Einer Ansicht zufolge soll sich die Überlassung einer Kopie des Freeware-Programms durch den Vermittler unabhängig von der gewählten Form der Überlassung als Vermittlungsvertrag einordnen lassen, der als Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB oder als Dienstvertrag mit einer Geschäftsbesorgung als Gegenstand und damit nach § 675 BGB zu klassifizieren sei, und der ein Element der Schenkung in sich trage⁵⁴³. Ein Dienstvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag, bei dem der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Leistung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird⁵⁴⁴. Der Einordnung der Verpflichtung des Freeware-Händlers, dem Anwender gegen

⁵⁴⁰Hinsichtlich des Datenträgers ebenfalls einen Kaufvertrag annehmend Heymann, CR 1991, S. 8; für einen Kaufvertrag über ein immaterielles Gut Pres, S. 189.

⁵⁴¹Siepmann, a.a.O.; ähnlich Steckler, WiB 1995, S. 730.

⁵⁴²Für eine solche Einordnung unabhängig von der Überlassungsform Pres, S. 189.

⁵⁴³Marly, Rn. 303, 315.

⁵⁴⁴Palandt/Putzo, Einf. v. § 611, Rn. 1.

Zahlung eines Entgelts Zugriff auf das gewünschte Programm zu gewähren, als Dienstvertrag kann somit zugestimmt werden.

Kennzeichen einer Geschäftsbesorgung wären ersichtlich, wenn das Geschäft in fremdem Interesse ausgeübt würde⁵⁴⁵, d.h. wenn es sich um ein Geschäft handeln würde, für das ursprünglich der Geschäftsherr selbst in Wahrnehmung seiner Interessen zu sorgen gehabt hätte. Die Gewährung des Zugriffs auf das Programm durch den Vermittler fiel jedoch nicht ursprünglich in den Aufgabenkreis des Anwenders⁵⁴⁶. Der Vermittler nimmt diese Handlung vielmehr im eigenen Interesse zum Zweck des Entgelterwerbs vor. Der Einstufung als Geschäftsbesorgungsvertrag kann somit nicht zugestimmt werden⁵⁴⁷.

Elemente einer Schenkung wären erkennbar, wenn der Vertrag unentgeltliche Aspekte aufwies⁵⁴⁸. Bei der Beurteilung der Höhe des Entgelts muß jedoch auch hier berücksichtigt werden, daß das Freeware-Programm frei erhältlich ist, so daß der wirtschaftliche Wert des Programms selbst sehr niedrig liegt. Ein geringes, für die Gewährung des Zugriffs auf das Programm zu leistendes Entgelt kann damit voll umfänglich als Gegenleistung für die Dienstleistung angesehen werden, so daß Elemente einer Schenkung nicht zu erkennen sind.

Die entgeltliche, unkörperliche Überlassung eines Freeware-Programms stellt sich somit als reiner Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB dar.

c. Kostenfreie Überlassung

Schließlich soll noch die kostenfreie, uneigennützig Überlassung von Freeware an den Anwender untersucht werden, wie sie zwischen Freunden, Bekannten und Kollegen, aber auch beim kostenfreien Bezug aus Mailboxen oder von Servern im Internet stattfindet.

Zu fragen ist bei einem solchen unentgeltlichen Vorgang im gesellschaftlichen Verkehr zu allererst danach, ob dieser überhaupt im Rahmen eines Vertragsverhältnisses stattfindet, oder ob es den Parteien an einem hierfür erforderlichen Rechtsbindungswillen fehlt⁵⁴⁹. Ob ein Rechtsbindungswille vorliegt, ist im Wege einer Abwägung aller Umstände und der beiderseitigen Interes-

⁵⁴⁵ Palandt/Sprau, § 675, Rn. 4; a.A. die arbeitsgerichtliche Rspr., vgl. BAG, NJW 1967, 414.

⁵⁴⁶ So auch Pres, S. 193.

⁵⁴⁷ Da die Rechtsfolgen einer Einordnung als Geschäftsbesorgung hier ebensowenig angemessen wären, kommt man auch der Gegenansicht, BAG, a.a.O., zufolge zu keinem anderen Ergebnis.

⁵⁴⁸ Medicus, BürgR, Rn. 380.

⁵⁴⁹ Flume, § 7, hält den Rechtsbindungswillen für eine Fiktion, dagegen Schwerdtner, NJW 1971, S. 1674; zust. MüKo/Kramer, Einl. § 241, Rn. 29; differenzierend Staudinger/Schmidt, Einl. §§ 241 ff., Rn. 227, 229.

senlage festzustellen. Es kommt für diese Abwägung darauf an, wie sich das beiderseitige Verhalten für einen objektiven Beobachter darstellt⁵⁵⁰.

Teilweise wird zwischen der Überlassung über Mailboxen und der Überlassung unter Anwendern differenziert. Angesichts der betroffenen, nicht unerheblichen wirtschaftlichen Belange in Form meist teurer Hard- und Software sowie des beiderseitigen Interesses, keine Programme zu erhalten, die Schaden anrichten, sei das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens bei der Überlassung über Mailboxen zu bejahen⁵⁵¹. Der hierbei geschlossene, unentgeltliche Vertrag sei als Auftrag im Sinne des § 662 BGB anzusehen. Die Weitergabe durch private Anwender hingegen sei grundsätzlich zwar mit derjenigen über Mailboxen vergleichbar, sie beruhe jedoch auf einem personenbezogenen Element wie Freundschaft, Kollegialität, Mitgliedschaft im selben Computerclub, etc.⁵⁵², so daß es in diesem Fall am erforderlichen Rechtsbindungswillen fehle⁵⁵³. Eine Trennung der vorgeschlagenen unentgeltlichen Überlassungsarten in dieser Form kann nur schwerlich nachvollzogen werden. Das Bestehen enger persönlicher Beziehungen zwischen Freunden ist unzweifelhaft. Zwischen Kollegen oder gar den Mitgliedern eines Clubs aber von ähnlich engen persönlichen Bindungen auszugehen, berücksichtigt die Vielfalt sozialer Beziehungen nicht in ausreichender Weise. Zudem ist die vorgeschlagene Beurteilung des Vorhandenseins eines Rechtsbindungswillens allein anhand von Art und Inhalt der Sozialverhältnisse stark an den objektiven Ansatz zur Feststellung des Rechtsbindungswillens angelehnt⁵⁵⁴. Eine Klassifizierung von Beziehungen, die nicht Gegenstand rechtlicher Vereinbarungen sein können, allein anhand objektiver Kriterien trägt jedoch dem Willen der Parteien und dem großen Spektrum sozialer Verhältnisse nicht in ausreichendem Maße Rechnung. Abzustellen ist deswegen nach h.M. auf den subjektiven Ansatz⁵⁵⁵, bei dem aus der Sicht eines objektiven Betrachters das Vorliegen eines Verpflichtungswillens weitgehend nach den Umständen des Einzelfalles beurteilt wird⁵⁵⁶. Der vorgeschlagenen Unterscheidung anhand von Art und Inhalt der Sozialverhältnisse kann mithin nicht zugestimmt werden.

Als Kriterien für das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens aus einem subjektiven Blickwinkel können die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung des

⁵⁵⁰ BGHZ 21, 102, 107; Marly, Rn. 317; Palandt/Heinrichs, Einl. v. § 241, Rn. 9.

⁵⁵¹ Marly, Rn. 317.

⁵⁵² Marly, Rn. 323.

⁵⁵³ Marly, Rn. 322 bezeichnet die Weitergabe zwischen Privatpersonen als typischen Fall einer Gefälligkeitszusage, bei der ein Schuldverhältnis im Rechtssinn abzulehnen sei, ordnet die Weitergabe allerdings dennoch a.a.O. ein als Handschenkung i. S. d. § 516 BGB.

⁵⁵⁴ Vgl. Staudinger/Schmidt, Einl. §§ 241 ff., Rn. 227 m.w.N.

⁵⁵⁵ H.M., vgl. Staudinger/Schmidt, Einl. § 241 ff., Rn. 228 m.w.N.

⁵⁵⁶ BGH, VRS 20, 252.

Geschäfts, insbesondere für den Begünstigten⁵⁵⁷, und die Höhe der Aufwendungen des Handelnden für das Geschäft⁵⁵⁸ herangezogen werden. Das weitergegebene Programm selbst hat aufgrund seiner freien Verfügbarkeit keinen eigenen wirtschaftlichen Wert, so daß sich der wirtschaftliche Zugewinn für den Empfänger als äußerst gering darstellt und im Bereich der Portoersparnis anzusiedeln sein dürfte. Da der Weitergebende zudem meist für die Weitergabe eine neue Kopie anfertigt, er selbst das Programm also behält, falls er es noch benötigt oder einsetzen möchte, entsteht ihm durch das Weggeben des Programms keine wirtschaftliche Einbuße. Die Weitergabe unter Privatpersonen ist damit in der Regel mit keinem nennenswerten wirtschaftlichen Interesse verbunden. Dies kann anders sein, wenn die Weitergabe über einen unentgeltlich als Hobby betriebenen Server oder eine Mailbox stattfindet, deren Betrieb mitunter kostenintensiv ist. Die hierfür aufgewendeten Mittel sind allerdings dem Hobby des Betreibers zuzuordnen und werden hierfür unabhängig von den einzelnen stattfindenden Überlassungen aufgewendet. Aufwendungen speziell für den Empfänger des Programms finden auch hier in der Regel nicht statt. Eine vertragliche Bindung käme nach den dargestellten Grundsätzen daher lediglich dann in Betracht, wenn für den Begünstigten gerade durch das zu beurteilende Verhältnis erhebliche Werte auf dem Spiel stünden und diese Gefahr nicht ihm, wohl aber dem Leistenden erkennbar wäre⁵⁵⁹. Als betroffene wirtschaftliche Werte werden Schäden an der häufig kostspieligen Hardware und Software angeführt, die zur Bejahung eines Rechtsbindungswillens führen können⁵⁶⁰. Bestehende besondere Gefahren wirken sich jedoch lediglich auf die Annahme von Schutz- und Sorgfaltspflichten aus, können aber nicht zur Entstehung von vertraglichen Primäransprüchen führen⁵⁶¹. Zudem ist zu beachten, daß der Anwender sich nicht darauf verläßt, das Programm aus einer bestimmten Quelle zu erhalten. Die Quellen für frei erhältliche Programme sind beliebig austauschbar und können schnell gewechselt werden. Die Leistung liegt damit im Belieben des Leistenden, was ebenfalls gegen das Vorliegen einer verbindlichen Vereinbarung spricht⁵⁶².

Unabhängig von der persönlichen Nähe fehlt es beiden Beteiligten demnach bei der unentgeltlichen Weitergabe generell an einem Rechtsbindungswillen,

⁵⁵⁷ BGHZ, 56, 204, 210 f.; ähnlich, auf das eigene Interesse des Leistenden an der Leistung abstellend BGHZ 21, 102, 107.

⁵⁵⁸ Medicus, SR-BT, Rn. 419.

⁵⁵⁹ BGHZ 21, 102, 107.

⁵⁶⁰ Marly, Rn. 317, für die Weitergabe über kostenlose Mailbox-Systeme; a.A. Pres, S. 190.

⁵⁶¹ Vgl. Flume, § 7, 4; MüKo/Kramer, Einl. v. § 241, Rn. 37; Staudinger/Schmidt, Einl. §§ 241 ff., Rn. 214, 247 ff., 251.

⁵⁶² Vgl. Staudinger/Schmidt, Einl. §§ 241 ff., Rn. 218; anders Medicus, BürgR, Rn. 370, darauf hinweisend, daß auch der Beauftragte gem. § 671 BGB jederzeit kündigen kann.

so daß grundsätzlich nicht von einem Vertragsschluß ausgegangen werden kann⁵⁶³.

d. Ergebnis

Während die kostenfreie Überlassung von Freeware von dem Vermittler an den Anwender damit als Gefälligkeit einzustufen ist, findet die datenträgergebundene entgeltliche Überlassung im Rahmen eines Kaufvertrages über den Datenträger gem. § 433 BGB, die unkörperliche entgeltliche Überlassung im Rahmen eines Dienstvertrages gem. § 611 BGB statt.

3. Verhältnis Anwender – Autor

Nunmehr soll das Verhältnis zwischen dem Anwender und dem Autor betrachtet werden. Auch hier sollen zunächst die vereinbarten Hauptleistungspflichten bestimmt und anhand dieser der Vertrag typologisch eingeordnet werden.

a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten

(1) Interessen der Parteien

Zunächst ist danach zu fragen, welche Interessen die Parteien verfolgen.

i. Autor

Breibt der Autor ausnahmsweise durchgehend selbst die Verbreitung des Freeware-Programms, so tritt er nicht nur als Autor, sondern auch als Vermittler auf. Zur Untersuchung des Vertragsverhältnisses sind seine Interessen jedoch unabhängig von einer evtl. ausgeübten Verbreitungsfunktion, beschränkt auf seine Eigenschaft als Autor zu betrachten.

Der Autor von Freeware bezweckt aus unterschiedlichen Gründen eine möglichst weite Verbreitung seines Programms⁵⁶⁴. Die zur freien Weitergabe motivierenden Beweggründe wie die Steigerung des eigenen Bekanntheitsgrades oder die Hoffnung auf Erteilung kommerzieller Programmieraufträge fließen in das Verhältnis zum Anwender jedoch nicht unmittelbar ein⁵⁶⁵. Aufgrund der

⁵⁶³ So wohl auch Pres, S. 189 f. Er differenziert zwischen der Weitergabe gegen Entgelt und der Weitergabe unter Anwendern, die unentgeltlich stattfindet. Ob unter letztere auch sonstige unentgeltliche Weitergabe zu fassen sein soll, wird nicht ganz klar. Wegen der Gegenüberstellung von entgeltlicher und unentgeltlicher Weitergabe ist hiervon jedoch wohl auszugehen; für »Demo-Versionen« von Programmen i.E. ebenso OLG Koblenz, NJW-RR 1998, 125, 125 f.

⁵⁶⁴ Vgl. A II 8.

⁵⁶⁵ A.A. Sester, CR 2000, S. 799, der – allein Open Source Programme für Linux betrachtend – das dahinterstehende Motiv einer gemeinsamen Entwicklung und Verbreitung eines Konkur-

angestrebten, weiten Verbreitung des Programms ist im Gegensatz zu Programmen, die auf herkömmliche Weise entgeltlich vertrieben werden, eine Bedrohung durch Softwarepiraterie grundsätzlich nicht vorhanden. Die einzige Gefahr für den Freeware-Autor besteht darin, daß andere gegen seinen Willen aus seiner Programmierleistung einen Gewinn erzielen, sei es durch die entgeltliche Überlassung des Programms zu einem anhand der Funktionalität des Programms bemessenen Preis oder durch die Übernahme des Quellcodes des Freeware-Programms in andere Programme.

ii. Anwender

Das Interesse des Anwenders besteht, wie bei herkömmlichen Softwareüberlassungen, darin, in die Lage versetzt zu werden, ein Programm in den Arbeitsspeicher eines Computers kopieren und dort ausführen zu können⁵⁶⁶.

(2) Leistungsgegenstand

Als Leistungsgegenstand in Frage kommt das Freeware-Programm, dessen dauerhafter Einsatz dem Anwender ermöglicht werden soll. Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, daß der Anwender hierfür einerseits eine physisch reale Möglichkeit der Nutzung des Objektprogramms⁵⁶⁷ und andererseits die zum Ablauflassen des Programms erforderlichen Nutzungsrechte⁵⁶⁸ innehaben muß. Leistungsgegenstand im Verhältnis des Anwenders zum Vermittler ist lediglich die Übermittlung der das Programm beschreibenden Informationen⁵⁶⁹. Das Programm als solches, also die zur Übermittlung durch den Vermittler bereitgestellten Informationen, sowie die Rechte zur Nutzung verbleiben damit als Leistungsgegenstände im Verhältnis zum Autor.

(3) Ergebnis für die Leistungspflichten

Da die Übermittlung der das Programm beschreibenden Informationen bereits durch den Vermittler durchgeführt wurde, kommt als Pflicht in Bezug auf das Programm lediglich eine Pflicht zur Verschaffung einer berechtigenden Inhaberstellung in Betracht, vergleichbar mit der Eigentümer- oder Besitzer-

renzprodukts zu Windows als gemeinsamen, primären Zweck aller Programmierer ansieht und demzufolge zu einer Konzeption in der Nähe einer BGB-Gesellschaft gelangt. Diese Sichtweise vernachlässigt jedoch zum einen, daß es auch für andere Betriebssysteme, insbesondere auch für Microsofts Windows, Open Source Programme gibt, zum anderen, daß längst nicht jeder Anwender von Open Source Programmen auch gleichzeitig an der Weiterentwicklung des Programms aktiv teilnimmt.

⁵⁶⁶Pres, S. 20; Marly, Rn. 36, 40.

⁵⁶⁷Vgl. B II 1.

⁵⁶⁸Vgl. B II 2.

⁵⁶⁹Vgl. B IV 2 a (2).

stellung hinsichtlich körperlicher Gegenstände. Eine der Eigentümer- oder Besitzerposition vergleichbare Rechtsstellung des Inhabers von Informationen existiert nicht. Für eine häufig bei Urheberrechtsverträgen⁵⁷⁰ angenommene Pflicht zur Verschaffung einer berechtigten besitzenden oder besitzähnlichen Stellung bleibt somit konzeptbedingt meist kein Raum⁵⁷¹. Als vergleichbare berechtigende Pflicht in Bezug auf den Leistungsgegenstand verbleibt mithin die Pflicht zur Verschaffung der zum Einsatz des Programms erforderlichen Nutzungsrechte⁵⁷².

Den Schutzinteressen des Autors wird durch die entsprechende Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen genügt, deren einschränkende Regelungen größtenteils gegenständliche Wirkung entfalten⁵⁷³. Die Interessen der Parteien decken sich damit insofern, als der Freeware-Autor verpflichtet werden soll, dem Anwender die zur Nutzung des Programms erforderlichen, beschränkten Rechte einzuräumen. Da eine weite Verbreitung des Programms im Interesse des Autors liegt und derartige Rechte den Interessen des Anwenders nicht zuwiderlaufen, soll der Autor außerdem verpflichtet werden, dem Anwender die zur Verbreitung notwendigen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte einzuräumen⁵⁷⁴.

Den Anwender von Freeware trifft keine Hauptleistungspflicht.

⁵⁷⁰ Vgl. Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 18.

⁵⁷¹ Daß hinsichtlich des Programms selbst keine Pflichten begründet werden, spricht indes nicht dagegen, daß das Programm trotzdem Leistungsgegenstand ist. Die Rechtsverschaffung ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich ein Teil der vorgesehenen Überlassung; vgl. auch Asprogerakis-Grivas, S. 20, 89.

⁵⁷² A.A. Sickinger, S. 30 f., der die Verschaffung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit als notwendigen Bestandteil jedes Softwareüberlassungsvertrages ansieht.

⁵⁷³ Vgl. B II 2 c (1); zu sonstigen Vertragsbedingungen vgl. unten, C.

⁵⁷⁴ Vgl. im Detail hierzu bereits B II 2 c (1);

gegen einen typbestimmenden Charakter der Pflicht zur Nutzungsrechtseinräumung BFH, NJW-CoR 1997, 429, 429, davon ausgehend, daß die Befugnis zur Anwendung des Programms »allenfalls am Rande« im UrhG geregelt ist und in der Einräumung von Nutzungsrechten allenfalls eine unselbständige Nebenleistung zur kaufweisen Veräußerung sehend, nicht aber eine die Veräußerung prägende Rechtsübertragung; ähnlich Bartsch, CR 1992, S. 395; ähnlich auch Köhler/Fritzsche, Rn. 13, die wegen der Abhängigkeit des Umfangs der eingeräumten Nutzungsrechte von dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrag der Einräumung von Nutzungsrechten keine für die vertragsrechtliche Einordnung konstitutive Bedeutung zuerkennen wollen; so auch Zahrnt, NJW 1996, S. 1798. Da vorliegend die Pflicht zur Nutzungsrechtseinräumung die einzige verbleibende Hauptpflicht ist, kann dem jedoch nicht zugestimmt werden; jedenfalls als stärker bestimmend sieht Nordemann, CR 1996, S. 8, die urheberrechtlichen Teile der Verträge; auf die vereinbarten Pflichten abstellend Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718.

b. Vertragsrechtliche Einordnung

Die gefundenen Leistungspflichten zeigen, daß der zwischen Anwender und Autor geschlossene Vertrag das zum gegenständlichen Verfügungsgeschäft, der Einräumung der Nutzungsrechte an den Anwender, zugehörige schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft ist⁵⁷⁵. Wie häufig bei urheberrechtlichen Nutzungsverträgen⁵⁷⁶, so fällt auch hier der Zeitpunkt des Abschlusses des verpflichtenden Vertrags mit demjenigen des verfügenden Vertrags zusammen. Auf solche urheberrechtlichen Nutzungsverträge, teilweise auch Lizenzverträge genannt⁵⁷⁷, können die Dispositivbestimmungen der im BGB behandelten Vertragsarten von Fall zu Fall mit gebotener Vorsicht herangezogen werden, wobei die urheberrechtlichen Verträge in der Regel aus mehreren Vertragstypen gemischt sind⁵⁷⁸. Zur Bestimmung der auf den Vertrag anzuwendenden Regelungen ist, wie grundsätzlich bei Urheberrechtsverträgen⁵⁷⁹, danach zu fragen, welchem Vertragstyp die gefundene Hauptleistungspflicht, unentgeltliche Überlassung des Programms durch Einräumung von Nutzungsrechten, zugeordnet werden kann.

(1) Bestehen einer vertraglichen Verbindung

Einige Stimmen gehen davon aus, daß bei einem Freeware-Vertrag keine vertragliche Verbindung zwischen dem Autor und dem Anwender bestehe⁵⁸⁰. Begründet wird dies mit dem fehlenden Kontakt zwischen Autor und Anwender⁵⁸¹ sowie damit, daß der Anwender zur Nutzung des Freeware-Programms keines Nutzungsrechts bedürfe⁵⁸². Da jedoch der Anwender zwingend Nutzungsrechte eingeräumt oder übertragen bekommen muß und die Überlassung einer Programmkopie ohne die Mindestnutzungsrechte § 69d Abs. 1 UrhG widerspricht⁵⁸³, kann dem nicht gefolgt werden.

⁵⁷⁵Zum auch bei Geschäften über Urheberrechte anwendbaren Trennungsprinzip vgl. Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 58 ff.

⁵⁷⁶Vgl. Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 10; Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 58.

⁵⁷⁷Zur eigentlichen Bedeutung des Begriffs »Lizenz« vgl. Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 21.

⁵⁷⁸Bereits schon Asprogerakis-Grivas, S. 17; Götting, S. 55 f.; Haberstumpf, Rn. 152; Köhler/Fritzsche, Rn. 13; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 13, 62; Lehmann, S. 545; Nordemann, CR 1996, S. 6; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 13.

⁵⁷⁹Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 13.

⁵⁸⁰Pres, S. 189; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 81; zweifelnd Kilian/Heussen/Moritz, Kap. 42, Rn. 184.

⁵⁸¹Siepmann, a.a.O., der nur bei Shareware eine vertragliche Beziehung zwischen dem Autor und dem Anwender annimmt.

⁵⁸²Pres, a.a.O., von einem wirksamen Verzicht des Autors auf Verwertungsrechte ausgehend.

⁵⁸³Vgl. B II 2 c (1) (c).

(2) Schenkung

Die erforderliche Einräumung eines Nutzungsrechts ohne Gegenleistung des Anwenders könnte nach den Regeln einer Schenkung, §§ 516 ff. BGB, zu behandeln sein, sofern sie sich als Bereicherung des Empfängers durch Zuwendung aus dem Vermögen eines anderen⁵⁸⁴ darstellt. Im Gegensatz zur Leihe verbleibt bei der Schenkung die Zuwendung im Vermögen des Beschenkten⁵⁸⁵. Zwar erlischt das Urheberrecht gem. § 64 UrhG siebenzig Jahre nach dem Tode des Urhebers, so daß mit diesem auch die abgespaltenen Verwertungsrechte erlöschen⁵⁸⁶. Dennoch ist in der Einräumung von Nutzungsrechten kein Rechtsgeschäft auf Zeit zu sehen⁵⁸⁷, denn das eingeräumte Nutzungsrecht erlischt zwar, fällt jedoch nicht wieder in das Vermögen des Urhebers zurück. Ebenso wird der Anwender nicht dazu verpflichtet, nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder mit dem Erlöschen des Urheberrechts alle Kopien des Objektprogramms zu vernichten. Zudem erlischt der Marktwert eines Computerprogramms aufgrund der schnellen Entwicklungen auf diesem Sektor häufig schon nach einigen Jahren, weit vor dem Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist. Der wirtschaftliche Wert des Programms soll damit für die Dauer seiner Existenz dem Vermögen des Anwenders zugeordnet werden. Der Freeware-Vertrag stellt sich mithin dar als unentgeltliche Einräumung eines Rechts, nämlich als Belastung eines dem Vermögen des Autors zuzurechnenden, vom Urheberrecht abgespaltenen Verwertungsrechts mit einem in das Vermögen des Anwenders fallenden Nutzungsrecht⁵⁸⁸, sowie als, häufig durch einen Dritten ausgeführte, unentgeltliche Zuwendung der das Programm beschreibenden Informationen. Es werden somit Werte aus dem Vermögen des Autors auf Dauer dem Vermögen des Anwenders zugeordnet, so daß der Freeware-Vertrag nach den Regeln über die Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB zu behandeln ist⁵⁸⁹.

Zur Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wäre gem. § 518 Abs. 1 S. 1 BGB Schriftform im Sinne des § 128 BGB erforderlich. Jedoch fällt das Verpflichtungsgeschäft zeitlich mit dem Erfüllungsgeschäft der Rechtsein-

⁵⁸⁴Zu den Voraussetzungen der Schenkung vgl. Palandt/Putzo, § 516, Rn. 1 ff.

⁵⁸⁵Palandt/Putzo, Einf. v. § 598, Rn. 4.

⁵⁸⁶Ulmer, § 79 I.

⁵⁸⁷Koch/Schnupp, S. 262 ff., schlagen einen Leihvertrag vor.

⁵⁸⁸Eine endgültige Zuordnungsänderung eines Rechts nimmt auch Bartsch, CR 1992, S. 394, an, der allerdings dogmatisch ungenau von einer (dort kaufweisen) »Übertragung« von Nutzungsrechten ausgeht.

⁵⁸⁹I.E. wohl übereinstimmend Kilian/Heussen/Moritz, Kap. 42, Rn. 184; Marly, Rn. 292; Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 30, Rn. 65 sieht schenkungrechtliche Elemente in Verträgen über Freeware, ohne dies genauer auszuführen; a.A. Koch, bezweifelnd, das eine Entreichung des Schenkers vorliegt; Sester, CR 2000, S. 799 f., von einer sehr engen Sichtweise ausgehend, vgl. bereits Fn. 562.

räumung zusammen, so daß der Mangel in der Form gem. § 518 Abs. 2 BGB umgehend geheilt wird.

4. Verhältnis zwischen dem Autor und dem Vermittler

Zu klären bleibt noch die Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen Autor und Vermittler. Charakteristisch für Freeware ist, daß die Verbreitung unabhängig von Einflüssen des Autors in einem selbständigen, ungeordneten System geschieht⁵⁹⁰. Ebenso ist es für Freeware-Verträge kennzeichnend, daß die Vermittler nur an der Verbreitung physikalischer Kopien des Programms beteiligt sind, die Vergabe von Nutzungsrechten jedoch weiterhin dem Autor obliegt⁵⁹¹. Das Freeware-Vertriebssystem ist mithin auf eine strikte Trennung zwischen dem Vertrieb der physikalischen Kopien und der Nutzungsrechte ausgerichtet. Vertragliche Beziehungen zwischen dem Autor und Vermittlern, die Einfluß auf den Vertrieb des Freeware-Programms nehmen, widersprechen diesem Freeware-Prinzip. Im Rahmen des Freeware-Vertriebs liegen folglich in der Regel keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen zwischen dem Autor und dem Vermittler vor, sofern nicht ausnahmsweise mit dem Freeware-Prinzip vereinbarte Absprachen getroffen wurden⁵⁹².

V. Einordnung der Überlassung von Shareware

Die Überlassung von Shareware ist der Überlassung von Freeware partiell ähnlich, weicht in anderen Teilen jedoch von dieser ab. Auf Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse über die Überlassung von Freeware und über den Leistungsgegenstand, nämlich die Rechtsnatur und den urheberrechtlichen Schutz von Programmen sowie die dem Anwender notwendigerweise bei der Überlassung einzuräumenden Rechte, soll nun die Überlassung von Shareware vertragstypologisch eingeordnet werden. Hierzu ist als erstes festzustellen, welche Parteien an der Überlassung von Shareware beteiligt sind. Im Anschluß hieran sind die Beziehungen der einzelnen Parteien zueinander zu untersuchen und einem Vertragstypus zuzuordnen.

1. Parteien

Wie Freeware wird auch Shareware dem Anwender teilweise direkt durch den Autor überlassen. Dennoch sind auch hier in der Regel drei Parteien an der Überlassung beteiligt, nämlich neben dem Anwender und dem Autor ein

⁵⁹⁰ Vgl. A II 8 a, b.

⁵⁹¹ Vgl. B IV 2 a (2).

⁵⁹² I.E. übereinstimmend Siepmann, JurPC Web.-Dok. 163/1999, Abs. 81.

Vermittler⁵⁹³, von dem der Anwender die Kopie des Programms bezieht⁵⁹⁴. Es können damit auch bei Shareware zwischen den Beteiligten bis zu drei verschiedene Vertragsbeziehungen entstehen, die im folgenden zu untersuchen sind: Eine zwischen dem Shareware-Anwender und dem Vermittler, eine zwischen dem Shareware-Autor und dem Anwender sowie eine zwischen dem Autor und dem Vermittler.

2. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Anwender und Vermittler

Diese Vertragsbeziehung ist mit derjenigen zwischen dem Anwender und dem Vermittler bei der Überlassung von Freeware⁵⁹⁵ vergleichbar⁵⁹⁶. Die meisten Vermittler geben sowohl Freeware als auch Shareware weiter. Häufig wird dabei im Angebot der einzelnen Programme nicht deutlich gemacht, ob es sich jeweils um Freeware oder Shareware handelt⁵⁹⁷. Auch die Arten der Übermittlung der Programme an den Anwender sind bei Shareware dieselben wie bei Freeware, d.h. die Weitergabe erfolgt entgeltlich oder unentgeltlich auf Datenträgern oder unkörperlich im Wege der Datenfernübertragung. Ein Unterschied zwischen der Überlassung von Freeware und derjenigen von Shareware zeigt sich lediglich darin, daß der Anwender, nachdem ihm vom Vermittler das Shareware-Programm überlassen worden ist, Kontakt mit dem Autor aufnehmen soll, sofern er das Programm dauerhaft einzusetzen wünscht.

a. Behandlung als einheitlicher Vertrag

Teilweise wird vertreten, daß die Überlassung der Programmkopie und die Überlassung der zum Einsatz der Kopie erforderlichen Rechte zu einem einheitlichen, als Kauf⁵⁹⁸ oder Kauf auf Probe⁵⁹⁹ zu behandelnden Vertrag zusammenzufassen sind⁶⁰⁰.

⁵⁹³ Dieser Begriff soll hier nicht nur entgeltlich handelnde Vermittler umfassen, sondern jede Person, die bei der Weitergabe von Shareware tätig wird, also beispielsweise auch Betreiber von kostenlosen und entgeltpflichtigen Servern im Internet und Mailboxen sowie Privatpersonen.

⁵⁹⁴ Vgl. A I 9 a.

⁵⁹⁵ Vgl. B IV 2.

⁵⁹⁶ So auch Marly, Rn. 337, 343.

⁵⁹⁷ So auch Hoeren, CR 1989, S. 889.

⁵⁹⁸ Heymann, CR 1991, S. 7 ff.; Malzer, S. 92 f.

⁵⁹⁹ Hoeren, CR 1989, S. 889 ff.

⁶⁰⁰ Steckler, WiB 1995, S. 730 erwähnt nicht explizit, zwischen welchen Parteien welche Verträge geschlossen werden. Zum einen ist jedoch von einer Übertragung, nicht einer Einräumung von Nutzungsrechten die Rede, zum anderen wird der Lieferant als Schenker bezeichnet. Insofern wird wohl angenommen, daß der Anwender einen einheitlichen Vertrag mit dem hier als Vermittler bezeichneten Dritten schließt.

Es soll diesen Ansichten zufolge darauf ankommen, ob der Shareware-Vermittler, von dem der Anwender seine Kopie bezieht, den Anwender gleichzeitig sowohl auf die Erforderlichkeit einer Entgeltzahlung an den Programmierer⁶⁰¹, der Registrierung, als auch auf die Höhe des zu zahlenden Betrags⁶⁰² hinweise. Sofern dieser Hinweis erfolge, seien die Vertragsbeziehungen zwischen Autor und Anwender im Zusammenhang mit der Beziehung zwischen Vermittler und Anwender als einheitlicher echter Kauf bzw. Kauf auf Probe zugunsten Dritter gem. den §§ 433, 328 Abs. 1 BGB anzusehen⁶⁰³. Zweck des Vertrags zugunsten Dritter sei hierbei die Verkürzung des Leistungsweges⁶⁰⁴ zugunsten des Autors.

Einer solchen Einbeziehung des Autors in einen Vertrag des Anwenders mit dem Vermittler kann nur zugestimmt werden, wenn einerseits zwischen dem Vermittler und dem Anwender überhaupt ein Vertrag zustande kommt und andererseits der Autor in diesen Vertrag als Begünstigter einbezogen werden soll.

(1) Vertragsschluß bei unentgeltlicher Weitergabe

Zunächst ist für einen wirksamen Vertrag zugunsten Dritter mit dem Charakter eines Kaufvertrages überhaupt der Abschluß eines Vertrags Voraussetzung⁶⁰⁵. Ohne einen wirksamen Vertrag zwischen dem Anwender und einem Vermittler erwirbt letzterer keinen Anspruch gegen den Anwender, der von dem Programmautor geltend gemacht werden könnte. Bereits bei der Erörterung der Überlassung von Freeware wurde festgestellt, daß bei der unentgeltlichen Weitergabe durch einen Vermittler in der Regel kein Vertrag geschlossen wird⁶⁰⁶. Die Weitergabe von Shareware durch einen Vermittler an den Anwender erfolgt auf dieselbe Weise wie die Weitergabe von Freeware. Teilweise kann der Anwender erst beim Einsatz des Programms feststellen, ob ihm vom Vermittler Shareware oder Freeware überlassen worden ist. Aufgrund der Vergleichbarkeit beider Überlassungen erscheint es auch bei der unentgeltlichen Überlassung von Shareware fraglich, ob der das Programm weitergebende Vermittler, in der Regel ein Anwender, der dem Empfänger einen freund-

⁶⁰¹ Hoeren, CR 1989, S. 889 ff.; ders., Rn. 453 ff.

⁶⁰² Nach Heymann, CR 1991, S. 7, kommt ein Vertragsschluß von vornherein nicht zustande, wenn sich die Parteien nicht über den genauen Registrierungsbetrag geeinigt haben.

⁶⁰³ Heymann, CR 1991, S. 9; Hoeren, CR 1989, S. 891 f.

⁶⁰⁴ Vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 328, Rn. 2, der darauf hinweist, daß der ursprüngliche Zweck eines Vertrags zugunsten Dritter war, die Versorgung des Dritten sicherzustellen.

⁶⁰⁵ Medicus, SR-AT, Rn. 758 f.

⁶⁰⁶ Vgl. B IV 2 b (2); gegen einen Vertragsschluß auch Marly, Rn. 338, der allerdings auch bei der Überlassung von Shareware trotz fehlenden Rechtsbindungswillens ein Element der Hand-schenkung erkennt.

schaftlich oder kollegial motivierten Gefallen erweisen möchte, den Willen besitzt, im Interesse des Programmautors ein Angebot auf Abschluß eines Vertrags abzugeben⁶⁰⁷.

Unterstellt man jedoch einen Rechtsbindungswillen der Beteiligten, da bei dauerhafter Nutzung für den Anwender eine Pflicht zur Zahlung einer Vergütung entstehen soll, so kommt bei der unentgeltlichen Überlassung von Shareware ein Vertragsschluß zugunsten des Autors mangels ausdrücklicher Äußerungen nur über konkludente Willenserklärungen des Vermittlers und des Anwenders in Betracht⁶⁰⁸. Um dem Verhalten der Parteien keinen unangemessenen Erklärungsinhalt zu unterstellen, sind an konkludent abgegebene Willenserklärungen, die zu einem Vertragsschluß führen sollen, hohe Anforderungen zu stellen⁶⁰⁹: Der Handelnde muß die Umstände kennen, die seine Handlung als Ausdruck eines Rechtsfolgewillens erscheinen lassen⁶¹⁰, und er muß bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können, daß sein Verhalten als Willenserklärung gedeutet werden könnte⁶¹¹. Die Weitergabe einer Kopie eines Shareware-Programms bedeutet für den Gebenden meist keinen merkbaren wirtschaftlichen Verlust⁶¹². Dem Empfänger erschließt sich erst bei der Verwendung des Programms, z.B. durch Hinweise auf dem Bildschirm oder in der Dokumentation, daß ihm ein Shareware-Programm überlassen wurde. Erst in diesem Moment ist für ihn erkennbar, daß er, anders als bei Freeware, die kostenlos auf Dauer verwendet werden darf, zur dauerhaften Verwendung des Programms eine Leistung erbringen muß, so daß seine Handlungen möglicherweise als Annahme eines Vertragsangebots ausgelegt werden könnten, mit der er sich zu einer Gegenleistung verpflichtet. Da außerdem, jedenfalls in den beteiligten Kreisen, als bekannt gelten kann, daß Shareware frei kopiert und weitergegeben werden soll, führt erst recht die Erwähnung des Shareware-Status der Prüfversion bei der Überlassung dazu, daß die Beteiligten davon ausgehen dürfen, die Weitergabe des Programms würde unverbindlich ablaufen, ohne daß ein Vertrag geschlossen werden müsse⁶¹³. Grundsätzlich stellt sich die kostenfreie Überlassung von Shareware für beide Beteiligten damit nicht erkennbar als Vertragsschluß dar.

⁶⁰⁷ Näher dazu oben, a.a.O.

⁶⁰⁸ Hiervon geht wohl auch Malzer, S. 93, aus, ohne allerdings auf die Voraussetzungen und Probleme einer solchen Konstruktion einzugehen.

⁶⁰⁹ Vgl. B II 2 c (1) (b).

⁶¹⁰ Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 116, Rn. 6.

⁶¹¹ BGHZ 109, 171, 177.

⁶¹² Vgl. auch LG Kassel, CR 1996, 291, 291; dieser Entscheidung zufolge weist Shareware in ihrer Prüfversion einen ggü. PC-Programmen geringeren Wert auf.

⁶¹³ A.A. Hoeren, Rn. 463, 466, 469; wohl auch Marly, Rn. 331.

Die vorgeschlagene vertragliche Einordnung würde somit im Bereich der unentgeltlichen Weitergabe selbst bei unterstelltem Rechtsbindungswillen aufgrund fehlender ausdrücklicher Willenserklärungen nur selten zu einem Vertragsschluß führen. Ein Vertragsschluß kann nur dann angenommen werden, wenn besondere Umstände hinzugetreten sind, denen die Beteiligten hätten entnehmen können, daß ihr Verhalten als Willenserklärung gedeutet werden könnte, und wenn die Beteiligten diese Umstände erkannt haben oder ihnen ein Fahrlässigkeitsvorwurf hinsichtlich der Würdigung der Umstände gemacht werden kann. Damit würde die Entlohnung der Shareware-Autoren bei einer Weitergabe des Programms in dem ursprünglich allein hierfür vorgesehenen privaten Umfeld zu einem Teil darauf beruhen, daß bei der Weitergabe des Programms beide vertragschließenden Parteien Kriterien der Fahrlässigkeit erfüllen. Die Entlohnung des Autors soll aber auf einer bewußten Entscheidung des Anwenders für das Programm und für die Unterstützung des Autors beruhen. Zudem soll eine Zahlungspflicht des Anwenders bei dauerhafter Nutzung die Regel sein. Sie würde aber durch diese Einordnung im Bereich der unentgeltlichen Überlassung zur Ausnahme⁶¹⁴. Die vorgeschlagene Einordnung wird somit bei der unentgeltlichen Weitergabe den Interessen der Beteiligten und den Grundsätzen des Shareware-Prinzips nicht gerecht.

(2) Abschluß eines Vertrags zugunsten Dritter

Voraussetzung für eine einheitliche Betrachtung des Vertragsverhältnisses sowohl im unentgeltlichen als auch im entgeltlichen Bereich ist des weiteren, daß bei einem angenommenen Vertragsschluß ohne Einigungsmangel⁶¹⁵ tatsächlich ein echter Vertrag zugunsten Dritter zustande kommt. Es ist danach zu fragen, ob ein solches Vertragsverhältnis von den Parteien gewollt ist, ob also die bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter entstehenden Rechtsverhältnisse der Interessenlage der Parteien gerecht werden.

(a) Vorteile einer solchen Einordnung

Die Einordnung der Vorgänge bei der Weitergabe und Testnutzung von Shareware als einheitlicher Kauf auf Probe weist unbestreitbare Vorteile für den Programmautor auf⁶¹⁶: Bereits in dem Moment, in dem sich der Anwender

⁶¹⁴Weitergehend Marly, Rn. 338, der darauf hinweist, daß der Programmautor niemals einen Vergütungsanspruch erwerben würde.

⁶¹⁵Heymann, CR 1991, S. 7, weist darauf hin, daß es häufig an einer Einigung über die essentialia negotii fehlen dürfte.

⁶¹⁶A.A. Marly, Rn. 336, der durch die von Hoeren vorgeschlagene Einordnung die berechtigten Interessen der Sharewareautoren völlig vernachlässigt sieht. Die von Marly aufgeführten Nachteile bestehen zwar, jedoch dient die Einordnung als einheitlicher Kauf dennoch im aufgeführten Umfang auch den Interessen des Autors.

eine Programmkopie beschafft, entstehe für den Autor der aufschiebend bedingte⁶¹⁷ Anspruch auf Entgeltzahlung, also eine Anwartschaft⁶¹⁸, wodurch die Position des Autors im Fall von Streitigkeiten gestärkt würde, und zwar unabhängig davon, ob der Autor in diesem Moment bereits von dem Erwerb des Anspruches wüßte. Würde der Anwender dann auf die Beschaffung der Programmkopie hin nicht erneut tätig, so würde sein Schweigen gem. § 496 S. 2 BGB⁶¹⁹ als Billigung der Kaufsache⁶²⁰ gelten, womit die Anwartschaft des Autors zu einem Anspruch auf den Kaufpreis erstarken würde. Mit Billigung, spätestens aber mit Ablauf der Testphase entstünde demzufolge die Pflicht des Anwenders zur Zahlung des Entgelts, ohne daß der Anwender neben dem bloßen Einsatz des Programms in irgendeiner Form tätig werden müßte. Insoweit böte eine solche rechtliche Einordnung Shareware-Autoren einen wirkungsvollen Schutz: Denjenigen, der das Programm für einen längeren Zeitraum als die Testphase nutzt, würde automatisch eine Zahlungspflicht treffen.

(b) Interessenlage eines Vertrags zugunsten Dritter

Dennoch erscheint fraglich, ob die einzelnen Rechtsverhältnisse, die bei einem für die einheitliche Beurteilung anzunehmenden Vertrag zugunsten Dritter entstehen, den Interessen der Parteien und dem Shareware-Prinzip gerecht werden.

i. Deckungsverhältnis

Bei einem Vertrag zugunsten Dritter stellt das Deckungsverhältnis zwischen Versprechendem, vorliegend dem Anwender, und Versprechensempfänger, dem Vermittler, das Vertragsschuldverhältnis dar⁶²¹. Von diesem soll der vorgeschlagenen Einordnung zufolge auch das Bestehen eines Anspruchs des Autors auf Zahlung einer Vergütung abhängen. Sofern dieser nicht bestehe, seien Zuwendungen des Anwenders an den Autor als Schenkungen gem. § 516

⁶¹⁷ Vgl. § 495 Abs. 1 S. 2 BGB, im Zweifel ist eine aufschiebende, keine auflösende Bedingung gewählt. Eine auflösende Bedingung könnte angenommen werden, wenn das Entgelt bereits zu Beginn der Probe gezahlt würde, RGRK/Mezger, § 495, Rn. 1. Die evtl. Zahlung an den Shareware-Händler zur Erstattung seiner Kosten soll jedoch nicht als Zahlung des Entgelts für die Nutzung der Programmkopie selbst gewertet werden, vgl. Hoeren, CR 1989, S. 891; auch der nach der Ansicht von Heymann, CR 1991, S. 9, geschlossene Kaufvertrag soll ihm zufolge unter einer auflösenden Bedingung stehen, nämlich derjenigen des Abschlusses eines Lizenzvertrags mit dem Autor.

⁶¹⁸ Vgl. zur Wirkung der aufschiebenden Bedingung Palandt/Heinrichs, § 158, Rn. 1.

⁶¹⁹ Im ab 1. Januar 2002 geltenden BGB findet sich die entsprechende Vorschrift in § 455 S. 2.

⁶²⁰ Auch § 496 Abs. 2 BGB soll nach Heymann, a.a.O., auf den von ihm favorisierten, aufschiebend bedingten Kaufvertrag Anwendung finden.

⁶²¹ BGHZ, 54, 145, 147; Palandt/Heinrichs, Vor § 328, Rn. 3.

BGB zu behandeln⁶²². Ein Hauptziel der Verbreitung von Programmen als Shareware ist aber, daß dem Vermittler keine herausragende Bedeutung bei der Entlohnung des Autors zukommt. Zweck des Shareware-Prinzips ist es nämlich, die Registrierung unmittelbar im Verhältnis zwischen Anwender und Autor abzuwickeln und die Verbreitung unabhängig von den bei der Registrierung beschrittenen Wegen stattfinden zu lassen. Sonstige Personen sollen regelmäßig nicht an dem Prozeß der Entlohnung des Autors beteiligt sein⁶²³. Dritte nehmen zwar notwendigerweise an der Verbreitung des Programms teil, auf die Vertragsbeziehung zwischen Anwender und Autor sollen sie jedoch keinen Einfluß haben. Daß ein Dritter über das Zustandekommen des Shareware-Vertrags bestimmt, entspricht nicht den Interessen derjenigen, die nach dem Shareware-Prinzip Software vertreiben oder nutzen möchten. Eine derart herausragende Bewertung des Verhältnisses zwischen Anwender und Vermittler ist nicht durch die Interessen der Parteien gedeckt⁶²⁴.

Zudem liegt die Natur des Deckungsverhältnisses darin, daß aus ihm der Versprechende für die versprochene Leistung eine Deckung erhält⁶²⁵. Für die an den Autor als Dritten zu zahlende Registrierungsgebühr erhält der Anwender in dem angenommenen Deckungsverhältnis mit dem Vermittler jedoch keine unmittelbare Deckung. Die Deckung für die Registrierungsgebühr besteht in der Ermöglichung der Nutzung der Vollversion des Programms. Dies setzt jedenfalls die Einräumung entsprechender Nutzungsrechte voraus, wofür der Vermittler allerdings zwingend der Mitwirkung des Programmautors bedarf⁶²⁶. Er selbst ist zur Einräumung eines Nutzungsrechts nicht in der Lage. Damit stellt sich das Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler allenfalls als atypisches Deckungsverhältnis dar.

ii. Vollzugsverhältnis

Das Vollzugsverhältnis zwischen Versprechendem, dem Anwender, und dem begünstigtem Dritten, dem Autor, ist bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter kein vertragliches Rechtsverhältnis⁶²⁷. Bei einem Shareware-Vertrag hingegen sollen in dieser Beziehung nach dem Willen der Parteien die stärkste

⁶²²Hoeren, CR 1989, S. 892.

⁶²³Es gibt allerdings Unternehmen, die für die Programmautoren die Prozedur der Registrierung übernehmen und dem Kunden dabei größeren Service anbieten können, als der einzelne Autor dies könnte. Weder sind diese Unternehmen jedoch allein für die Registrierung zuständig, noch ist die Verbreitung des Programms von diesen Unternehmen abhängig. Der Weg der Verbreitung des Programms ist auch hierbei getrennt von dem bei der Registrierung der Shareware beschrittenen Weg; ähnlich Pres, S. 191.

⁶²⁴Gegen diese Bedeutung wendet sich auch Marly, Rn. 338 f.

⁶²⁵Medicus, SR-AT, Rn. 762.

⁶²⁶Der Vermittler ist selbst nicht in der Lage, Nutzungsrechte einzuräumen, vgl. B IV 2 a (2).

⁶²⁷BGHZ 54, 145, 147; Medicus, SR-AT, Rn. 764; Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 328, Rn. 3 ff.

Verbindung entstehen sowie Leistung und Gegenleistung im Falle einer Registrierung zu erbringen sein. Die Annahme eines echten Vertrags zugunsten Dritter führt damit zum Gegenteil der Vertragsgestaltung, die nach den Grundsätzen des Shareware-Prinzips entstehen soll.

iii. Valutaverhältnis

Im Valutaverhältnis schließlich liegt bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter zwischen Versprechensempfänger und Drittem der Rechtsgrund oder Zweck für die Zuwendung an den Dritten⁶²⁸. Herkömmlicherweise besteht der Kontakt zwischen dem Shareware-Autor und einem Vermittler aufgrund der Selbständigkeit des Vertriebs und der Trennung des Vertriebs von der Registrierung nur darin, daß dem Vermittler wie jedem sonstigen Anwender ein einfaches Shareware-Nutzungsrecht eingeräumt wird⁶²⁹. Der Programmator hat darüber hinaus das Shareware-Konzept zur Verbreitung seines Programms gewählt, weil er die eigene Vergütung nicht von dem Verhalten Dritter abhängig machen wollte, die das Programm verbreiten⁶³⁰. Eine für die Entstehung der Entgeltzahlungspflicht bedeutende Funktion eines Vermittlers ist hiermit nicht zu vereinbaren. Auch entspricht es nicht dem Willen des Vermittlers, weitergehend für den Autor oder einen Anwender tätig zu werden, als daß diese mittelbar von der Verbreitung des Programms profitieren: Der Autor dadurch, daß sein Programm bekannt wird, ohne daß er für die Vertriebskosten aufkommen muß, der Anwender dadurch, daß er ein gewünschtes Programm zu einem verhältnismäßig günstigen Preis erhält. Damit ergeben auch die Umstände des Shareware-Vertriebs keine Anhaltspunkte für die Existenz eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Shareware-Vermittler und dem Autor, aus dem sich ein Grund für die Zuwendung der Registrierungsgebühr durch eine von der Person des Vermittlers verschiedene Person an den Autor ergeben kann. Der Grund für die Zuwendung der Registrierungsgebühr des Anwenders an den Autor ergibt sich vielmehr daraus, daß derjenige Anwender, der sich registrieren läßt, vom Programmator in die Lage versetzt werden möchte, das Shareware-Programm unbefristet und uneingeschränkt nutzen zu können. Hierfür zahlt der Anwender, und hierfür erwartet er von dem Programmator eine Gegenleistung. In dieses Verhältnis ist der Vermittler nicht involviert. Mithin kann in dem Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem kein Valutaverhältnis gesehen werden.

⁶²⁸ Medicus, SR-AT, Rn. 763; Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 328, Rn. 4.

⁶²⁹ Die Interessenlage ist insofern vergleichbar mit derjenigen bei der Überlassung von Freeware, vgl. B IV 2 a (2).

⁶³⁰ Vgl. A II 9 b.

iv. Zwischenergebnis hinsichtlich eines Vertrags zugunsten Dritter

Auch wenn die Einordnung als einheitlicher Vertrag zugunsten Dritter zunächst interessengerecht scheint, so offenbart doch eine genauere Betrachtung der durch einen Vertrag zugunsten Dritter entstehenden Rechtsverhältnisse, daß eine solche Einordnung den Interessen aller Beteiligten und den Grundsätzen des Shareware-Prinzips zuwider läuft.

b. Ergebnis

Im Ergebnis ist damit auch das Verhältnis zwischen dem Vermittler und dem Anwender als selbständig gegenüber den Verhältnissen zwischen dem Autor und dem Anwender oder dem Vermittler zu sehen. Es ergeben sich somit im Verhältnis zwischen dem Vermittler und dem Anwender hinsichtlich der Interessenlage und der Hauptpflichten keine Unterschiede zur Überlassung von Freeware. Vereinbarte Leistungspflichten sind auch hier lediglich die Übermittlung oder der Transport der das Programm beschreibenden Informationen, teilweise zudem die Übereignung des für den Transport erforderlichen Datenträgers. Im Fall einer entgeltlichen Überlassung soll den Anwender im Gegenzug eine Zahlungspflicht treffen.

Wie bei Freeware⁶³¹, so ist auch hier die unentgeltliche Überlassung einer Kopie des Programms durch den Vermittler an den Anwender als Gefälligkeit einzustufen, während die entgeltliche Überlassung in einem Vertragsverhältnis stattfindet, und zwar datenträgergebunden im Rahmen eines Kaufvertrags über den Datenträger gem. § 433 BGB und unkörperlich im Rahmen eines Dienstvertrags gem. § 611 BGB.

3. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Autor und Anwender

Die Untersuchung der Vertragsbeziehung zwischen dem Shareware-Autor und dem Anwender soll mit einer Ermittlung des Vertragszwecks anhand der Interessen der Parteien und des Leistungsgegenstands beginnen. Sodann sind die sich aus dem Vertragszweck ergebenden Leistungspflichten zu bestimmen. Erst wenn feststeht, was die Parteien vereinbart haben, kann der Frage nachgegangen werden, wie anhand dessen der Vertrag rechtlich einzuordnen ist⁶³². Die von den Parteien gewählte Bezeichnung des Vertrags spielt allenfalls am Rande eine Rolle⁶³³.

⁶³¹ Vgl B IV 2 b.

⁶³² Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 119.

⁶³³ Chrocziel, CR 1989, S. 678; Hoeren, Rn. 63, 67; Hager, AcP 190, S. 325; König, Rn. 670; Mincke, JurPC 1991, S. 932; Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Sickinger, S. 22 ff.; Junker, NJW

a. Bestimmung der Hauptleistungspflichten

(1) Interessen der Parteien

In der Beziehung zwischen dem Shareware-Autor und dem Anwender sind nur die Interessen dieser beiden Parteien von Belang. Ein Vermittler, soweit an der Überlassung von Shareware beteiligt, verfolgt eigene, von der zu untersuchenden Beziehung unabhängige Interessen⁶³⁴. Die Interessen des Vermittlers können hier somit vernachlässigt werden.

i. Autor

Auch die Interessen des Autors sind nur insoweit von Belang, als sie durch seine Tätigkeit als Autor motiviert sind, unabhängig von der evtl. zusätzlich ausgeübten Verbreitungsfunktion.

Ein für alle Autoren von Software allgemein angeführtes Interesse an einem Schutz vor Piraterieakten⁶³⁵ wird auch von Shareware-Autoren geteilt. Während allerdings bei auf herkömmlichem Weg vertriebener Software die leichte Kopierbarkeit der Programme diese Bedrohung auslöst⁶³⁶, ist der Fall bei Shareware anders gelagert. Der Shareware-Autor nutzt die leichte Kopierbarkeit und hat ein großes Interesse daran, daß seine Software in der unregistrierten Form möglichst oft kopiert und verbreitet wird. Piraterie hat bei Shareware zwei andere Erscheinungsformen: Zum einen kann sie in der Nutzung von Shareware-Programmen über einen längeren Zeitraum als die vom Autor vorgesehene Testphase hinaus, zum anderen im Kopieren und Verbreiten der registrierten Version des Programms gesehen werden, die teilweise eine größere Funktionsvielfalt als die Prüfversion enthält. Das Interesse an einem Schutz gegen die als erstes aufgeführte Pirateriemöglichkeit deckt sich mit dem Interesse des Shareware-Autors, vom Anwender das Entgelt für die Nutzung des Programms zu erhalten. Der Autor versucht dies meist durch die Beigabe von Nutzungsbedingungen zu erreichen. Ferner ist es in diesem Interesse des Autors, daß zur Sicherung des Entgelts die Zahlungspflicht für den Anwender möglichst mit dem Beginn der Testphase oder jedenfalls beim Übergang zur dauerhaften Nutzung entsteht. Das Schutzinteresse gegen die zweite Art der Piraterie richtet sich auf eine wirkungsvolle Beschränkung der Weitergabe der Vollversion des Shareware-Programms.

1999, S. 1297; Marly, Rn. 169; Palandt/Putzo, Überbl. vor § 433, Rn. 3; in diesem Sinne auch OLG Nürnberg, CR 1993, 359, 360.

⁶³⁴ Vgl. zu den Interessen des Vermittlers bereits B IV 2 a (1).

⁶³⁵ Loewenheim, CR 1988, 799; ausführlich hierzu Marly, Urheberrechtsschutz, S. 5 ff. m.w.N.; dieser Punkt trifft auf Freeware-Autoren nur bedingt zu, vgl. B IV 3 a (1) i.

⁶³⁶ Pres, S. 12.

ii. Anwender

Das Interesse eines Anwenders bei jeder Überlassung besteht darin, ein für seine Zwecke geeignetes Programm in den Arbeitsspeicher eines Computers kopieren und dort ausführen zu können⁶³⁷. Dieses Interesse hat auch der Anwender von Shareware, allerdings in modifizierter Form. Aufgrund der geringen Hürden für Autoren, ihr Programm als Shareware zu vertreiben, gibt es im Shareware-Bereich teilweise Programme von sehr geringer Qualität. Ein durch das Shareware-Prinzip gestütztes Hauptinteresse des Shareware-Anwenders liegt deswegen darin, das Programm vor Zahlung einer Vergütung testen zu können, um dessen Qualität und Eignung für den angestrebten Einsatz zu prüfen. Ferner ist der Anwender daran interessiert, daß er nach der Registrierung das Programm unbegrenzt weiter nutzen darf und daß evtl. vorhandene Programmsperren entfernt werden.

(2) Leistungsgegenstand

Als Leistungsgegenstand des Vertrags zwischen Shareware-Anwender und Autor kommt das Shareware-Programm in Betracht. Wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat, sind in Bezug auf den Leistungsgegenstand mehrere Verpflichtungen notwendig, nämlich die Verschaffung einer physisch realen Nutzungsmöglichkeit an den das Objektprogramm beschreibenden Informationen⁶³⁸ und das Einräumen oder Übertragen der zum Ablaufenlassen des Programms erforderlichen Nutzungsrechte⁶³⁹.

Bei der Überlassung der Prüfversion des Shareware-Programms ist dem Anwender die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit meist bereits im Zuge des Vertrags mit dem Vermittler verschafft worden⁶⁴⁰. Damit verbleiben konzeptbedingt in Bezug auf den Leistungsgegenstand häufig alleine das Programm als solches, also die zur Übermittlung durch den Vermittler bereitgestellten Informationen, und die zum Einsatz des Programms erforderlichen Nutzungsrechte.

Die Registrierung von Shareware läuft in der Regel so ab, daß der Anwender das in der Aufforderung zur Registrierung liegende Angebot zur endgültigen Nutzung des Programms gegen Zahlung einer Vergütung annimmt. In der Gestattung der dauerhaften Nutzung des Programms durch den Autor ist die Einräumung eines Nutzungsrechts zum dauerhaften Einsatz zu sehen⁶⁴¹. Hinzu kommt häufig die Übermittlung einer »Schlüssel« genannten Zeichenfolge,

⁶³⁷ Marly, Rn. 36, 40; Pres, S. 20.

⁶³⁸ Vgl. B II 1.

⁶³⁹ Vgl. B II 2.

⁶⁴⁰ Vgl. B V 2 d.

⁶⁴¹ Vgl. B II 2 c (2) (b).

damit der Anwender die Shareware-Version von oft vorhandenen Beschränkungen in der Funktionalität oder der Laufzeit befreien kann. Teilweise wird dem Anwender statt eines Schlüssels zum Freischalten aber auch eine von der Prüfversion verschiedene Programmkopie ohne solche Beschränkungen zum endgültigen Einsatz überlassen. Um dem Interesse des Anwenders an einer von den Shareware-Beschränkungen befreiten Funktionalität des Programms gerecht zu werden, ist abhängig von der Ausgestaltung des Vorgangs der Registrierung im einzelnen also neben dem Programm und den Nutzungsrechten auch die Übermittlung eines Schlüssels oder einer neuen Programmversion Leistungsgegenstand.

(3) Vertragszweck

Häufig wird als Vertragszweck die Nutzbarmachung des Programms für den Anwender durch Einspeicherung auf ein Speichermedium gesehen⁶⁴². Die dargestellten Interessen und der Leistungsgegenstand zeigen jedoch, daß das Erstellen einer nutzbaren Kopie, von der aus das Programm in den Speicher geladen werden kann, für die Vertragsbeziehung zwischen dem Shareware-Autor und dem Anwender nur selten eine Rolle spielt. Die Interessen richten sich auf zwei andere Bereiche, abhängig davon, ob es um die Überlassung der Prüfversion zum Test oder der Vollversion zum dauerhaften Einsatz geht.

Vertragszweck einer Überlassung der Prüfversion von Shareware ist es, dem Anwender zunächst unentgeltlich für eine beschränkte Zeit die Nutzung zu Testzwecken zu ermöglichen, d.h. die Installation des Programms und die anschließende Aufnahme in den Arbeitsspeicher zur Ermittlung der Eignung für den geplanten Einsatz⁶⁴³.

Sollte der Anwender im Anschluß an diese Testphase das Programm weiterhin nutzen wollen, so ist ferner bezweckt, daß der Autor dem Anwender gegen ein Entgelt die dauerhafte Nutzung des Programms ermöglicht, ohne daß zur Förderung des Registrierungswillens eingebaute Funktionsbeschränkungen und Erinnerungen den Anwender behindern. Zur dauerhaften Nutzung wird nicht selten die bereits beim Anwender befindliche Kopie weitergenutzt, teilweise in durch einen Schlüssel modifizierter Form. Sofern die Vollversion jedoch physisch von der Shareware-Version verschieden ist, soll der Autor dem Anwender zusätzlich eine Kopie der Vollversion zur Einspeicherung auf seinem Computer überlassen.

⁶⁴² BGHZ 109, 97, 100; Sickinger, S. 21; ähnlich Bartsch, CR 1992, S. 395, der die dafür notwendigen Kopiervorgänge allerdings als für den Kunden hinderlich bezeichnet; kritisch Mincke, JurPC 1991, S. 936 f.

⁶⁴³ Ähnlich, aber nur auf die Aufnahme in den Arbeitsspeicher abstellend, Haberstumpf, Rn. 159; Pres, S. 20; Marly, Rn. 39.

Es wird im Gang der Untersuchung festzustellen sein, ob eine interessengerechte Behandlung beider Komplexe durch eine gemeinsame oder eine getrennte vertragliche Behandlung zu erreichen ist.

(4) Ergebnis für die Leistungspflichten

Aus den dargestellten Punkten ergeben sich mithin die folgenden Leistungspflichten:

Hinsichtlich der Prüfversion ist eine Pflicht zur Verschaffung einer besitzähnlichen Stellung an dem Objektprogramm meist nicht vereinbart, da dem Anwender zu Vertragsschluß das Programm regelmäßig bereits vorliegt. Als vergleichbare berechtigende Pflicht in Bezug auf den Leistungsgegenstand verbleibt die Verpflichtung des Autors, dem Anwender unentgeltlich für eine Testphase die zur testweisen Nutzung des Programms erforderlichen Nutzungsrechte⁶⁴⁴ einzuräumen. Den Interessen des Autors wird dabei durch die gegenständliche Beschränkung der Nutzungsrechte Rechnung getragen.

Im Hinblick auf die Vollversion des Shareware-Programms kommt ebenfalls eine Pflicht zur Verschaffung einer dauerhaften, der Eigentümer- oder Besitzerstellung entsprechenden Pflicht aufgrund der besonderen Beschaffenheit von Programmen nicht in Betracht. Um dem Anwender den dauerhaften Einsatz zu ermöglichen, trifft den Autor die Verpflichtung, dem Anwender die hierfür erforderlichen Nutzungsrechte⁶⁴⁵ einzuräumen.

Sofern die Prüfversion nicht unverändert auch als Vollversion genutzt wird, kann zudem abhängig von der Ausgestaltung des Registrierungs Vorgangs im Einzelfall eine Pflicht zur Übermittlung eines Schlüssels oder einer von Restriktionen befreiten Kopie des Programms bestehen.

Bei der Überlassung der Vollversion soll der Anwender im Gegenzug zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet sein.

b. Vertragsrechtliche Einordnung

Nun ist der Vertragstyp zu ermitteln, dessen Gesamtbild den gefundenen Hauptleistungspflichten gerecht wird. Hierbei können die kennzeichnenden Züge der geregelten Vertragstypen in unterschiedlicher Stärke auftreten und sich wechselseitig ersetzen. Es kommt insofern entscheidend auf die leitenden Punkte des Gesamtbildes an⁶⁴⁶. Sollte keiner der gesetzlich geregelten Vertragstypen den Bedürfnissen der Parteien gerecht werden, ist auf die Möglichkeit eines typenfremden Vertrags *sui generis* einzugehen⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ Vgl. B II 2 c (2) (a) iii.

⁶⁴⁵ Vgl. B II 2 c (2) (b).

⁶⁴⁶ Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 123.

Zu untersuchen sein wird auch, ob der Testnutzung und der sich möglicherweise anschließenden Registrierung ein einheitlicher oder zwei getrennte verpflichtende Verträge zugrunde liegen.

(1) Kauf auf Probe

Die Einordnung als Kauf auf Probe⁶⁴⁸ gem. den §§ 433 ff., 495 BGB⁶⁴⁹ wurde zuvor schon insoweit behandelt, als es um die einheitliche Behandlung der Beziehungen zwischen den drei beteiligten Parteien geht⁶⁵⁰. Wenn auch dieser vorgeschlagenen Einheit nicht gefolgt werden kann, so bleibt dennoch zu prüfen, ob die schuldrechtliche Seite des Vertrags zwischen Anwender und Autor nicht dennoch als einheitlicher Kauf auf Probe, jedoch ohne Verknüpfung mit einem echten Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 Abs. 1 BGB behandelt werden kann.

(a) Darstellung

Dieser Einordnung zufolge soll in der Ermöglichung des Testeinsatzes durch den Rechtsinhaber die Einräumung der freien Entscheidung über die Brauchbarkeit des Programms zu sehen sein, wobei der Autor, der die Testphase nicht zeitlich beschränke, auf den Schutz des § 496 BGB verzichte. Die bei Billigung entstehende Registrierungspflicht stelle die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises dar; die Rückgabepflicht bei Nichtgefallen sei abbedungen. Auch ein Benutzungsgeld könne bei einem Kauf auf Probe vereinbart werden⁶⁵¹, so daß ein an den Shareware-Händler zu zahlendes Entgelt für die diesem entstehenden Unkosten der Einordnung als Kauf auf Probe nicht widerspreche.

(b) Kritik

Im Rahmen einer Beurteilung der Angemessenheit dieser Einordnung ist zu untersuchen, ob zwischen den beteiligten Parteien tatsächlich ein Kaufvertrag

⁶⁴⁷Larenz/Canaris, SR II/2, § 63 IV 1 a; Medicus, SR-AT, Rn. 66; grundsätzlich kritisch zur typologischen Einordnung in das BGB System Bartsch, CR 2000, S. 5, der ein topisches System bevorzugt.

⁶⁴⁸Hoeren, CR 1989, S. 889 ff.; ders., Rn. 453 ff.; ähnlich Heymann, CR 1991, S. 8, der zwar den Kauf auf Probe an sich ablehnt, da sich die Billigung des Kaufgegenstandes nicht auf eine Essentialie des Kaufvertrags beziehe, aber dennoch einen einheitlichen, bedingten Kaufvertrag annehmen möchte, wobei, S. 9, die Berechtigung zur Nutzung als von § 905 BGB getrenntes und losgelöstes Recht in der Schwebe gehalten werden soll. Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 30, Rn. 65, sieht in Verträgen über Shareware neben schenkungsrechtlichen auch kaufrechtliche Elemente, ohne dies allerdings zu konkretisieren.

⁶⁴⁹Im ab 1. Januar 2002 geltenden BGB finden sich die entsprechenden Vorschriften in den §§ 433, 454.

⁶⁵⁰Vgl. B V 2 a.

⁶⁵¹Unter Hinweis auf OLG Celle, BB 1960, 306, 306 ff.; Staudinger/Maly, § 495, Rn. 1.

auf Probe als einheitlicher Überlassungsvertrag über die Prüfversion und die Vollversion des Shareware-Programms sowie über die ggf. zusätzlich erforderliche Übermittlung einer Programmkopie oder eines Schlüssels geschlossen werden soll.

i. Kaufvertrag auf Probe

Daß Programme keine Sachen sind⁶⁵², kann der Einordnung als Kaufvertrag nicht entgegengehalten werden, wenn mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen wird, daß neben Sachen und Rechten auch sonstige verkehrsfähige Güter Gegenstand eines Kaufs im Sinne der §§ 433 ff. BGB sein können⁶⁵³. Objekte des Kaufvertrags könnten damit die zum Ablauf erforderlichen Nutzungsrechte an dem Shareware-Programm⁶⁵⁴ nebst den möglicherweise zu überlassenden, das Objektprogramm beschreibenden Informationen sein⁶⁵⁵.

(i) Einigung

Erforderlich für das Entstehen eines solchen Vertrags wäre, wie stets, eine Einigung über die *essentialia negotii*⁶⁵⁶, d.h. Anwender und Autor müßten sich über das Entstehen einer Zahlungspflicht, die Höhe des Entgelts und das Bestehen einer Billigungsfrist geeinigt haben, nicht aber, wie § 496 S. 1 BGB zu entnehmen ist, notwendigerweise auch über die Dauer der Testphase. Bei einem einheitlichen Vertrag würde als Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Gesamtvertrags der zeitlich erste Punkt des Kontakts zwischen den Parteien anzunehmen sein. In den weit überwiegenden Fällen wäre dies der Moment der Einräumung des ersten, unentgeltlichen Nutzungsrechts, also der Zeitpunkt der ersten Verwertungshandlung des Anwenders in Kenntnis der Freigabe des ihm vorliegenden Programms als Shareware⁶⁵⁷. Zu diesem Zeitpunkt müßte auch eine Einigung über die konkrete Höhe der Registrierungsgebühr stattgefunden haben. Hieran fehlt es im Fall eines lediglich allgemein gegebenen Hinweises, daß Shareware bei Dauernutzung registriert werden muß⁶⁵⁸. Der zu zahlende Betrag wird dem Anwender in der Regel erst wesentlich später in

⁶⁵² Vgl. B II 1.

⁶⁵³ Köhler/Fritzsche, Rn. 29; Schneider, CR 1994, S. 385; MüKo/Westermann, § 433, Rn. 20; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 26, 52 ff.; Jauernig/Vollkommer, § 433, Rn. 26; Palandt/Putzo, § 433, Rn. 1, 3-5; vgl. auch schon Motive II, S. 317; a.A. Bydlinski, AcP 198, S. 300 f.; speziell für Programme Steckler, WiB 1995, S. 731.

⁶⁵⁴ Vgl. B II 2 c (2) (a) iii, (b).

⁶⁵⁵ A.A. Marly, Rn. 344, der die Einordnung als Kauf schon deswegen ablehnt, weil kein Eigentum an der Kopie des Shareware-Programms übereignet werden soll.

⁶⁵⁶ Palandt/Heinrichs, § 155, Rn. 1.

⁶⁵⁷ Vgl. B II 2 c (1) (b), (2) (a) i.

⁶⁵⁸ So auch Heymann, CR 1991, S. 7; a.A. Hoeren, Rn. 464.

Registrierungsaufforderungen mitgeteilt. Er ist meist auch nicht in den häufig bereits bei Installationsbeginn in einem Bildschirmfenster dargestellten sog. »Lizenzbedingungen« enthalten⁶⁵⁹. Wenn dem Anwender der konkrete Registrierungsbetrag schließlich bekannt gemacht wird, ist der für den Fall einer einheitlichen vertraglichen Lösung angenommene Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits verstrichen. Daher sind die häufig vorhandenen Hinweise nicht ausreichend für eine Einigung über den Abschluß eines einheitlichen, entgeltlichen Vertrags⁶⁶⁰.

Nur wenn der Autor ausnahmsweise selbst zur Übermittlung des Programms tätig wird und der Anwender aus diesem Grund mit dem Autor Kontakt aufnimmt, ist es möglich, daß bei diesem Vertragsschluß Einigkeit über die essentialia negotii erzielt wird. Dieser Fall stellt jedoch im Shareware-Vertrieb eine Ausnahme dar.

(ii) Konsequenzen der fehlenden Einigung

Folge einer fehlenden Einigung – und zwar nach dem bisher Festgestellten nahezu regelmäßige Folge der vorgeschlagenen vertraglichen Einordnung – soll nicht nur sein, daß kein Vertrag zustande kommt⁶⁶¹. Darüber hinaus sollen dem Anwender in diesem Fall bereits durch eine Übereignung des Programms⁶⁶² alle erforderlichen Rechte zur Nutzung des Programms verschafft werden⁶⁶³, so daß den Anwender keine Pflicht zur Registrierung treffe⁶⁶⁴. Dies erscheint jedoch zweifelhaft, da es dem Vermittler nicht möglich ist, dem Anwender ein Nutzungsrecht zum dauerhaften Betrieb einzuräumen⁶⁶⁵. Ein gutgläubiger Erwerb von Nutzungsrechten ist ebenso nicht möglich⁶⁶⁶. Weil auch in § 69d Abs. 1 UrhG keine gesetzliche Lizenz oder Freistellung zu sehen ist, sondern dieser lediglich die Privatautonomie bei der Einräumung von Nut-

⁶⁵⁹Zu deren Wirksamkeit und Einbeziehung in den Vertrag vgl. C I 2.

⁶⁶⁰A.A. Pres, S. 192.

⁶⁶¹Hoeren, CR 1989, S. 889; ders., Rn. 466.

⁶⁶²Hoeren geht von der Sacheigenschaft von Computerprogrammen aus und insofern auch davon, daß Programme übereignet werden können, vgl. ausführlich ders., Rn. 70 ff., 120 ff.

⁶⁶³Ders., Rn. 112, geht davon aus, daß der Anwender von Standardprogrammen kein einfaches Nutzungsrecht brauche, um das Programm nutzen zu können, obwohl er, Rn. 16, – bereits vor Schaffung der §§ 69a ff. UrhG – von der Urheberrechtsfähigkeit der meisten Computerprogramme ausgeht und jedenfalls für das Kopieren des Programms auf die Festplatte oder eine Diskette – wie es etwa für das Erstellen einer Sicherungskopie erforderlich ist – die Notwendigkeit der Einräumung eines Nutzungsrechts sieht, Rn. 104.

⁶⁶⁴Hoeren, CR 1989, S. 891 f.; ders., Rn. 469.

⁶⁶⁵Vgl. B IV 2 a (2); dies kritisiert auch Marly, Rn. 340.

⁶⁶⁶BGHZ 5, 116, 119; v. Gamm, § 34, Rn. 9; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 9; Rehbinder, Rn. 188, 305; Schricke/Schricke, vor §§ 28 ff., Rn. 44, 63, §§ 31/32, Rn. 2; § 34, Rn. 13, 22; ders., Verlagsrecht, § 28, Rn. 4.

zungsrechten beschränkt⁶⁶⁷, kann ohne Mitwirkung des Autors oder des sonstigen Rechtsinhabers dem Anwender kein unbeschränktes Nutzungsrecht zum dauerhaften Einsatz verschafft werden. Folge eines gescheiterten Vertragsschlusses wäre damit lediglich, daß kein Vertrag zustande kommt, nicht aber, daß der Anwender zusätzliche Rechte eingeräumt erhält. Der Anwender wäre damit in den meisten Fällen der Überlassung von Shareware im Besitz einer Kopie, die er nicht nutzen dürfte, was als Verstoß gegen den Schutzgedanken des § 69d Abs. 1 UrhG⁶⁶⁸ zu werten ist.

(iii) Inhalt eines Kaufvertrags auf Probe

Zu fragen ist zudem danach, ob sich der Inhalt eines Kaufvertrags auf Probe mit den Grundsätzen des Shareware-Vertriebs vereinbaren läßt. Kennzeichen des Vertriebs von Shareware ist es, daß sich der Anwender nach Nutzungsbeginn erneut an den Autor wenden soll, wenn er das Programm dauerhaft nutzen möchte. Dem Shareware-Konzept liegt die Überlegung zugrunde, der Anwender werde freiwillig für etwas bezahlen, das er für brauchbar befunden habe und nutze⁶⁶⁹. Die Einstufung als einheitlicher Kaufvertrag auf Probe hätte zur Folge, daß die Zahlungspflicht für den Anwender automatisch bereits mit Beginn des Testbetriebs entstünde, wenn auch in der Regel gem. § 495 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt. Element der gesetzlichen Regelung des Kaufs auf Probe ist zudem § 496 BGB, demzufolge für den Fall einer gesetzten Billigungsfrist gem. § 496 S. 2 BGB ein Schweigen des Käufers als Billigung gilt. Demnach würde Untätigkeit des Anwenders nach Beginn der Testnutzung also dazu führen, daß sein Schweigen als Billigung zu behandeln wäre⁶⁷⁰, und zwar auch in denjenigen Fällen, in denen der Anwender, wie es üblich und nach dem Shareware-Prinzip bezweckt ist, wegen Unbrauchbarkeit des Programms dieses bereits wieder von seinem Computer entfernt hätte, ohne mit dem Autor in Kontakt zu treten. Die Einordnung als Kaufvertrag auf Probe würde damit dazu führen, daß sich der Anwender nicht notwendigerweise dann an den Autor wenden müßte, wenn er das Programm weiterhin nutzen möchte. Er müßte sich vielmehr immer an den Autor wenden, wenn er das Programm nicht weiter zu nutzen und dafür auch kein Entgelt zu zahlen beabsichtigt, also einen wirksamen Überlassungsvertrag nicht abschließen will. Eine solche Konstruktion bietet ohne Frage dem Autor einen großen

⁶⁶⁷ B II 2 c (1) (c).

⁶⁶⁸ Sicherung der Mindestrechte für den Anwender, vgl. B II 2 c (1) c.

⁶⁶⁹ Kremer, S. 64.

⁶⁷⁰ Unklar Heymann, CR 1991, S. 9, der wohl in dieser Wirkung des § 496 S. 2 BGB auch bei gesetzter Billigungsfrist einen Verstoß gegen § 10 Nr. 5a AGBG sieht. Das AGBG kann jedoch nur herangezogen werden, um Klauseln in AGB auf ihre inhaltliche Wirksamkeit hin zu überprüfen, nicht jedoch Normen des BGB.

Schutz, sie wird jedoch nicht dem Prinzip des Shareware-Vertriebs gerecht, demzufolge der Testbetrieb unverbindlich sein soll⁶⁷¹.

In den meisten Fällen wird vom Autor ein Zeitraum für den Testbetrieb vorgegeben. Innerhalb dieser Frist soll der Anwender entscheiden, ob das Programm seine Erwartungen erfüllt, für ihn also brauchbar ist. Da es mit dem Shareware-Prinzip nicht vereinbar ist, wenn auch im Falle des Schweigens des Anwenders ein Vertrag über das Shareware-Programm zustande kommt, wird angenommen, daß der Autor trotz Fristsetzung auf den Schutz des § 496 BGB verzichten können soll⁶⁷². Folgt man dieser Ansicht, so ist danach zu fragen, welcher alternative Vertragsinhalt dem Setzen der Billigungsfrist zu entnehmen sein soll. Da die Rechtsfolge des § 496 BGB abbedungen werden soll, also nach Ablauf der Frist keine Bindung gewollt ist, ergibt eine teleologische Auslegung einer Fristsetzung im Rahmen des angenommenen Kaufs auf Probe, daß nach Ablauf der Frist von einem Ausfall der Bedingung ausgegangen werden soll, so daß ein Vertrag in diesem Fall nicht zustande kommt. Zu beachten ist aber, daß der Autor keinesfalls die Möglichkeit für den Anwender ausschließen möchte, das Programm auch nach Ablauf dieser Frist noch zu registrieren. Das zeigt, daß die Fristsetzung einen etwaigen Vertragsschluß nicht beeinflussen soll. Sie soll lediglich eine unbegrenzt lange Nutzung des Programms ohne Registrierung verhindern. Steht es dem Anwender aber völlig frei, ob und wann er das Programm registrieren läßt, und ist diese Registrierung auch nicht unmittelbar mit der Probenutzung des Programms verknüpft, so kann nicht davon ausgegangen werden, daß bereits mit Beginn der Probe-phase ein Vertrag geschlossen werden soll, dessen Wirksamkeit nur noch von der Billigung oder Mißbilligung des Programms durch den Anwender am Ende der Probenutzung abhängt. Damit ist der Setzung einer Frist bei gleichzeitigem Verzicht auf die Rechtsfolgen des § 496 BGB letztendlich aber nur zu entnehmen, daß der Anwender gerade keinen Vertrag schließen möchte, der den Charakter eines Kaufs auf Probe hat.

(iv) Zwischenergebnis

Eine Einordnung des Shareware-Vertriebs in den Typus des Kaufvertrags auf Probe führt somit häufig aufgrund fehlender Einigung über die essentialia negotii nicht zu einem Vertragsschluß, woraus ein Verstoß gegen den zwingenden Kern des § 69d Abs. 1 UrhG resultiert. Für den Fall eines wirksamen

⁶⁷¹ A.A. Heymann, CR 1991, S. 9, der die Notwendigkeit eines besseren Schutzes des Autors als Begründung dafür ausreichen lassen möchte, daß die daraus resultierenden Umstände nicht mit den – vom Autor durch die Wahl des Shareware-Vertriebs ausdrücklich gewählten – Grundsätzen des Shareware-Vertriebs übereinstimmen.

⁶⁷² Vorgeschlagen von Hoeren, CR 1989, S. 891.

Vertrags erweisen sich die Rechtsfolgen eines Kaufs auf Probe als nicht mit dem Shareware-Konzept vereinbar oder nicht interessengerecht.

ii. Einheitlicher Vertrag

Zu fragen ist zudem danach, ob die Einstufung als einheitlicher Vertrag überhaupt zutreffend ist. Es ist davon auszugehen, daß mehrere zwischen zwei Parteien getroffene Vereinbarungen voneinander unabhängig sind, und zwar auch dann, wenn zwischen ihnen ein tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht⁶⁷³. Alleine daß eine gemeinsame Behandlung den Vorteil hätte, daß tatsächlich mit Nutzungsbeginn durch den Anwender auch die Entgeltzahlungspflicht entstünde⁶⁷⁴, reicht somit zur Einordnung als gemeinsamer Vertrag nicht aus. Darüber hinaus ergeben sich jedoch noch weitere Bedenken hinsichtlich einer Einordnung als einheitlicher Vertrag.

(i) Zeitliche Aspekte der Überlassung

Zunächst ist zu berücksichtigen, daß dem Anwender zwei unterschiedliche Nutzungsrechte in zeitlicher Abfolge eingeräumt werden sollen, teilweise für unterschiedliche Programmversionen. An einer vertraglichen Einheit fehlt es aber nach allgemeinen Grundsätzen jedenfalls, wenn die Parteien in zeitlichem Abstand Vereinbarungen schließen, und zwar selbst dann, wenn die Geschäfte zum selben Typ gehören⁶⁷⁵. Eine Ausnahme hiervon kann nur angenommen werden, wenn die spätere Vereinbarung die frühere abändert oder konkretisiert⁶⁷⁶. Wie gerade erläutert⁶⁷⁷, ist der Shareware-Vertrieb darauf ausgerichtet, daß die Initiative zur Registrierung vom Shareware-Anwender ausgeht und unabhängig von der zuvor erfolgten Ermöglichung der Testnutzung erfolgt. Eine einheitliche Gestaltung des Vertrags, die bereits zu Beginn der Testnutzung eine Pflicht zur Entgeltzahlung konstatiert, ist hiermit nicht zu vereinbaren. Der Shareware-Vertrieb ist mithin auf zwei zeitlich voneinander getrennte Vereinbarungen ausgerichtet.

(ii) Verwendung eines Registrierungsformulars

Oft ist es zudem üblich, daß sich der Anwender über ein vom Autor vorgegebenes sog. Registrierungsformular mit dem Autor in Verbindung setzt, wenn er das Programm dauerhaft nutzen möchte. Das Vorliegen mehrerer

⁶⁷³RGZ 97, 439.

⁶⁷⁴Marly, Rn. 336, sieht trotz dieses Vorteils durch die von Hoeren vorgeschlagene Einordnung die berechtigten Interessen der Shareware-Autoren völlig vernachlässigt.

⁶⁷⁵Medicus, SR-BT, Rn. 586.

⁶⁷⁶Medicus, a.a.O.

⁶⁷⁷Vgl. B V 3 b (1) (b) i (iii).

Vertragsurkunden spricht im allgemeinen für das Vorliegen mehrerer Verträge⁶⁷⁸. Zwar erfolgt der erste Vertragsschluß ohne schriftliche Fixierung, wenn jedoch nur für die zweite Vereinbarung eine Vertragsurkunde verwendet wird, so muß auch dies für die Selbständigkeit der zweiten Vereinbarung gegenüber der ersten und damit für zwei unabhängige Verträge sprechen.

(iii) Interessen des Anwenders

Schließlich ist zu beachten, daß von einem einheitlichen Vertrag dann auszugehen ist, wenn der Gläubiger die mehreren Leistungen nur gemeinsam verwenden kann⁶⁷⁹. Bei einem nach dem Shareware-Prinzip verbreiteten Programm stellt sich die Interessenlage jedoch anders dar: Der Gläubiger, der Anwender, kann beide angebotenen Leistungen in der Regel nicht gemeinsam verwenden. Die Registrierung der Shareware-Version zur Vollversion kann entweder dadurch erfolgen, daß der Anwender eine Kopie der Vollversion des Programms erhält, oder dadurch, daß der Anwender dieselbe Kopie des Programms fortan als Vollversion nutzt⁶⁸⁰. Erhält und nutzt der Anwender die Vollversion als von der Shareware-Version verschiedenes Programm, so hat er an diesem nur ein Nutzungsrecht als Vollversion. Nutzt er hingegen das zuvor als Shareware eingesetzte Programmexemplar infolge der Registrierung als Vollversion weiter, so enden mit Einräumung des Nutzungsrechts als Vollversionen nicht nur die Beschränkungen der Shareware-Version, sondern auch die weitergehenden Rechte an der Shareware-Version, die für den Vertrieb als Shareware erforderlich sind⁶⁸¹. Nach Einräumung von Rechten zur vollumfänglichen Nutzung als Vollversion hat die beschränkte Nutzung der Shareware-Version für den Anwender keinen Sinn mehr. Würde der Anwender andererseits zusammen mit dem Shareware-Nutzungsrecht auch das – entgeltliche – Nutzungsrecht an der Vollversion erhalten, bestünde seinerseits kein Interesse an dem Shareware-Nutzungsrecht. In diesem Fall läge eine herkömmliche entgeltliche Software-Überlassung vor, nicht aber eine Überlassung von Shareware. Der Gläubiger hat bei einer Shareware-Überlassung ein Interesse daran, zunächst nur die Prüfversion unverbindlich und kostenlos zu testen, um die Eignung des Programms für den angestrebten Zweck ermitteln zu können. Erst bei Billigung des Programms ist der Gläubiger an der entgeltlichen Überlassung der Vollversion interessiert.

⁶⁷⁸ Medicus, a.a.O.

⁶⁷⁹ Medicus, a.a.O.

⁶⁸⁰ Vgl. B II 2 c (2) (b).

⁶⁸¹ A.a.O.

(iv) Zwischenergebnis: Zwei getrennte Verträge

Betrachtet man somit den von beiden Parteien gewollten zeitlichen Abstand zwischen dem Testbetrieb und der Registrierung und das häufige Verwenden einer eigenen Vertragsurkunde für die Registrierung, so ergibt sich als einzig interessengerechte Lösung die Behandlung beider Vereinbarungen in getrennten Verträgen.

(v) Kein Abschluß von Vorvertrag oder Option

Möglicherweise kann jedoch dem Schutzinteresse des Autors durch eine Verbindung dieser beiden Verträge zu einem Vor- und einem Hauptvertrag Rechnung getragen werden. Ein Vorvertrag begründet die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrags⁶⁸². In diesem Zusammenhang stellt sich das Problem, daß ein konkreter Vorvertrag zu Beginn der Nutzung mangels Kenntnis der Registrierungssumme nicht geschlossen werden kann⁶⁸³. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß sich ein Anwender durch eine lediglich konkludent abgegebene Willenserklärung zum Abschluß eines Vertrags und damit zum Eingehen einer Verbindlichkeit in unbekannter Höhe verpflichten will. Allenfalls erscheint es vertretbar, einen für den Fall der fehlenden Billigung der Höhe oder der sonstigen Umstände der Registrierung oder auch für den Fall der Billigung des Programms selbst auflösend bedingten Vorvertrag anzunehmen. Das Instrumentarium der konkludenten Willenserklärung⁶⁸⁴ erscheint jedoch überstrapaziert, wenn derart komplexe Inhalte lediglich als durch eine Handlung vereinbart angesehen werden sollen, zumal diese Konstruktion für den dadurch begünstigten Autor aufgrund der weit gefaßten Bedingung nur einen sehr geringen Zuwachs an Sicherheit mit sich bringen würde.

Schließlich könnte eine Verbindung beider Komplexe noch über eine Option erreicht werden. Durch eine Option wird für einen Vertragspartner das Recht begründet, durch einseitige Erklärung einen inhaltlich bestimmten Vertrag zu begründen⁶⁸⁵. Eine Option führt damit lediglich zu einem zusätzlichen Recht des Anwenders. Sie birgt jedoch keine Pflicht für den Anwender in sich, bei fortgesetzter, dauerhafter Nutzung das Programm zu registrieren, wird also dem Schutzinteresse des Autors nicht gerecht. Die Annahme einer Option, die

⁶⁸²Ritzinger, NJW 1990, S. 1201; Köhler, § 15, Rn. 50 ff.; Larenz, SAT, § 7 I; Medicus, SR-AT, Rn. 75; wegen der Auslegungsregel des § 154 BGB kann eine verbindliche Einigung über den Vorvertrag ohne Einigung über die essentiali negotii des Hauptvertrags, insbesondere die Höhe der Gegenleistung, nicht angenommen werden, vgl. auch RG, JW 1936, 2404, 2405; BGH NJW 1990, 1234, 1235.

⁶⁸³Hieran scheiterte bereits die Annahme eines einheitlichen Kaufvertrags, vgl. B V 3 b (1) (b) (i).

⁶⁸⁴Vgl. zu den Voraussetzungen B II c (1) (b).

⁶⁸⁵Köhler, § 15, Rn. 53 f.; Medicus, SR-AT, Rn. 76.

sich auch der Kritik ausgesetzt sehen muß, einen übermäßigen Erklärungsinhalt in eine konkludente Willenserklärung zu legen, brächte damit allenfalls dem Anwender größere Sicherheit dahingehend, daß der Autor bei Gefallen tatsächlich einen Vertrag über eine Vollversion des Shareware-Programms mit ihm schließen wird. Da ein Interesse des Autors an einem Vertragsschluß aber im allgemeinen ohnehin vorhanden sein dürfte, und da andererseits der Anwender kein Interesse haben dürfte, mit einem unwilligen Autor eine Geschäftsbeziehung einzugehen, in der ihm dann die Vorteile des kundennahen Shareware-Vertriebs entgehen würden, ist auch die Annahme des Abschlusses eines Options-Vertrags nicht von den Interessen der Parteien gedeckt.

iii. Fazit

Eine einheitliche Einordnung des Shareware-Vertriebs unter den Typus des Kaufvertrags auf Probe führt aufgrund fehlender Einigung über die essentialia negotii häufig zu keinem Vertragsschluß und erweist sich im übrigen als nicht interessengerecht. Eine genauere Untersuchung des gewollten Registrierungsvorgangs zeigt zudem, daß auch eine Verbindung der Vereinbarungen über die Prüfversion und derjenigen über die Vollversion zu einem einheitlichen Vertrag nicht gewollt ist, so daß auch aus diesem Grund der Vertrieb von Shareware nicht als einheitlicher Kauf auf Probe aufgefaßt werden kann.

(2) Kombination eines Lizenzvertrages und eines Kaufvertrages

Nach dem bisher Festgestellten zutreffend, ist einer anderen Ansicht zufolge⁶⁸⁶ von zwei getrennten Verträgen zwischen dem Anwender und dem Autor auszugehen. Zunächst solle dem Anwender ein Nutzungsrecht zum Normalgebrauch unter der schuldrechtlichen Beschränkung der Verwendung lediglich zum Test im Rahmen eines Lizenzvertrags im engeren Sinn eingeräumt werden. Im anschließenden vollen Einsatz zum endgültigen Betrieb sei die Annahme eines Angebotes des Autors zur Aufhebung der schuldrechtlichen Beschränkung zu sehen. Es soll sich hierbei um einen urheberrechtlich geprägten Kaufvertrag handeln⁶⁸⁷.

Diese Ansicht kann jedoch insoweit nicht geteilt werden, als sie davon ausgeht, daß die Beschränkung auf den Testbetrieb lediglich schuldrechtlich vereinbart werden kann⁶⁸⁸, obwohl die Abgrenzung einer Nutzungsart »Testbetrieb« möglich ist⁶⁸⁹ und ein dementsprechender weitergehender Schutz der In-

⁶⁸⁶ Pres, S. 190 ff.; für getrennte Verträge auch Siepmann, JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 84, ohne den Vertrag zwischen Autor und Anwender allerdings typologisch einzuordnen.

⁶⁸⁷ Pres, S. 193.

⁶⁸⁸ Pres, S. 191.

⁶⁸⁹ Vgl. B II 2 c (2) (1) ii (ii).

teressen des Autors von diesem bezweckt ist. Dem Anwender werden deswegen gegenständlich beschränkte Nutzungsrechte eingeräumt. Folglich kann auch Gegenstand des zweiten Vertrags nicht die Aufhebung einer schuldrechtlichen Beschränkung sein. Zudem vernachlässigt diese Einordnung, daß der Anwender nicht nur an Nutzungsrechten interessiert ist. Ebenso ist eine Kopie des Objektprogramms Leistungsgegenstand, wenn die auf diese bezogenen Leistungspflichten bei Verträgen über die Prüfversion auch meist abbedungen sind, da dem Anwender bei Vertragsschluß häufig bereits eine Kopie vorliegt. Gerade aber bei den Verträgen über die Vollversion erschöpft sich die Leistungspflicht des Autors oft nicht in der Einräumung eines Nutzungsrechts.

Entscheidend gegen diese Einordnung spricht aber, daß auch der entgeltliche Teil des Vertrags konkludent geschlossen werden soll. Hiergegen ist aus tatsächlicher Sicht einzuwenden, daß allgemein vorgesehen ist, daß sich der Anwender zum Zweck der Registrierung der Shareware-Version mit seiner Registrierungsabsicht aktiv an den Programmator wendet. Zudem erscheint es aus rechtlicher Sicht fraglich, ob dem Vorgang des »Übergehens zum vollen Einsatz«⁶⁹⁰ eine solche konkludente Willenserklärung entnommen werden darf. Für die wirksame Annahme einer schlüssig abgegebenen Willenserklärung muß der Handelnde die Umstände kennen, die seine Handlung als Ausdruck eines Rechtsfolgwillens erscheinen lassen⁶⁹¹, und er muß bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennen können, daß sein Verhalten als Willenserklärung gedeutet werden könnte⁶⁹². Ob dem Anwender erkennbar ist, daß sein Benutzen des Programms als Kaufabsicht gedeutet werden kann, erscheint fraglich. Zwar zeigt der Anwender durch seine Verwendung des Programms deutlich, daß er dieses nutzen möchte⁶⁹³, aber daraus darf nicht geschlossen werden, daß er auch bereit wäre, die geforderte oder überhaupt eine Gegenleistung zu erbringen. Gerade bei den ohne Entgeltzahlung zu erhaltenen und – jedenfalls vorerst – einsetzbaren Programmen braucht der Anwender nicht damit zu rechnen, sich bereits mit der ersten Nutzung des Programms zur Erbringung einer Gegenleistung zu verpflichten. Vielmehr würde der Anwender, wenn er tatsächlich einen entgeltlichen Vertrag schließen möchte, der ihm die urheberrechtlich relevanten Kopiervorgänge der Benutzung gestattet, dem Registrierungshinweis Folge leisten, der dem Shareware-Programm beiliegt, und mit dem Autor Kontakt aufnehmen.

⁶⁹⁰Pres, S. 193.

⁶⁹¹Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 116, Rn. 6.

⁶⁹²BGHZ 109, 171, 177.

⁶⁹³Vgl. B II 2 c (1) (b).

Und schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die Einordnung als Lizenzvertrag im engeren Sinn nicht das Endergebnis der Einordnung darstellen darf, da mit dieser Feststellung noch nicht festgelegt ist, welche Normen auf den Vertrag anzuwenden sind⁶⁹⁴.

(3) Lizenzvertrag

Auch die dritte zur Überlassung von Shareware vertretene Ansicht⁶⁹⁵ geht schließlich von einer getrennten Behandlung der geschlossenen Verträge aus. Indem sich der Anwender registrieren lasse, nehme er ein zuvor vom Programmautor an die Allgemeinheit gerichtetes Angebot auf Einräumung eines über reine Testläufe hinausgehenden Nutzungsrechts an. Die sich daraus ergebenden Vertragspflichten seien zum einen die Einräumung eines Nutzungsrechts durch den Autor und zum anderen die Zahlung einer Vergütung durch den Anwender. Der Shareware-Vertrag entspreche damit den typenprägenden Charakteristika eines Lizenzvertrags.

Hinsichtlich der Einordnung als Lizenzvertrag ist zunächst, wie soeben, anzumerken, daß durch die Einordnung als Lizenzvertrag im allgemeinen noch keine Aussage über die anzuwendenden Regelungen gemacht wird. Wie von dem Vertreter dieser Ansicht selbst festgestellt wird⁶⁹⁶, handelt es sich bei einem Lizenzvertrag um einen nicht geregelten Vertragstyp eigener Art, der kauf-, pacht-, miet-, dienst- oder gesellschaftsvertragliche Elemente enthalten könne und bei dem je nach Lage des Einzelfalls die entsprechenden Regelungen aus den gesetzlich geregelten Vertragstypen analog herangezogen werden können⁶⁹⁷. Im übrigen ist auch diese Einordnung insofern zu eng, als auf die einzelnen Möglichkeiten der Registrierung von Shareware nicht eingegangen wird, obwohl an anderer Stelle⁶⁹⁸ die Ansicht vertreten wird, daß die Einräumung von Nutzungsrechten neben der Überlassung einer Programmkopie lediglich eine nicht typenprägende Erweiterung darstelle. Da sich die Registrierung von Shareware teilweise auch derart vollzieht, daß der Autor dem Anwender auf dessen Zahlung einer Vergütung hin eine neue, von evtl. Beschränkungen befreite Programmkopie auf einem Datenträger überläßt, müßte

⁶⁹⁴ Vgl. nur die differenzierten Gestaltungsmöglichkeiten für Lizenzverträge im engeren Sinn, die Pres, S. 200 f., selbst aufführt: Möglich soll mit großer Vorsicht die analoge Anwendung von Pacht- oder Mietrechtsregelungen sein, dennoch liege regelmäßig ein atypischer Vertrag vor, bei dem es entscheidend auf die Ausgestaltung des Vertrags durch die Parteien ankomme.

⁶⁹⁵ Marly, Rn. 345.

⁶⁹⁶ Entgegen der von Stumpf/Groß, Rn. 23; Staudinger/Emmerich, Vorbem. zu §§ 535, 536, Rn. 163; Palandt/Putzo, Einf. v. § 581, Rn. 7 vertretenen Ansicht, daß auf einen Lizenzvertrag Pachtrecht Anwendung finden soll.

⁶⁹⁷ Marly, Rn. 74.

⁶⁹⁸ Marly, Rn. 113, zur Unbeachtlichkeit des Bestehens eines urheberrechtlichen Schutzes für die vertragstypologische Einordnung.

für diese Fälle konsequenterweise nicht die Einordnung als Lizenzvertrag, sondern als Kaufvertrag mit einer Nebenpflicht zur Einräumung von Nutzungsrechten vertreten werden. Ob dies tatsächlich der Fall ist, bleibt offen.

(4) Stellungnahme

Die Analyse der bestehenden Leistungspflichten⁶⁹⁹ und die Besprechung der zur vertragstypologischen Einordnung des Shareware-Handels vertretenen Ansichten haben ergeben, daß der Autor dem Anwender zwar sowohl bei der Freigabe des Shareware-Programms als auch bei der Registrierung Nutzungsrechte einräumt, daß die Pflichten für die Parteien sich bei beiden Vorgängen jedoch erheblich unterscheiden. Eine Beurteilung dieser Vorgänge als einheitlicher Vertrag ist schon aufgrund des zeitlichen Abstands zwischen beiden Vorgängen nicht möglich⁷⁰⁰, so daß sie im folgenden getrennt untersucht werden sollen.

(a) Schuldrechtliche Einordnung der Freigabe von Shareware

Chronologisch zunächst zu klären ist, welcher schuldrechtliche Vertrag der Freigabe von Shareware zugrunde liegt. Die Freigabe von Shareware unterscheidet sich von der Freigabe von Freeware allein dadurch, daß die dem Anwender von Shareware eingeräumten Nutzungsrechte lediglich für die Testnutzung gelten sollen, während die dem Anwender von Freeware eingeräumten Nutzungsrechte in dieser Hinsicht nicht beschränkt sind⁷⁰¹. Im übrigen laufen die Freigaben von Freeware und von Shareware aber gleich ab; da der Anwender jeweils bereits über die das Programm beschreibenden Informationen verfügt, ist zur Überlassung eine unentgeltliche Einräumung von Nutzungsrechten an den dem Autor zustehenden Verwertungsrechten auf eine konkludente Annahme eines Angebots hin ausreichend⁷⁰². Es werden zeitgleich ein gegenständlicher Vertrag und der zugehörige Verpflichtungsvertrag geschlossen⁷⁰³.

Lediglich ausnahmsweise ist zusätzlich die Übermittlung einer Kopie des Objektprogramms erforderlich.

Ebenso wie das der Freigabe von Freeware zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft ist auch der der Freigabe von Shareware zugrunde liegende Vertrag als urheberrechtlicher Nutzungsvertrag einzuordnen. Im folgenden ist

⁶⁹⁹ Vgl. B V 3 a (4).

⁷⁰⁰ Vgl. genauer zu den Gründen gegen einen einheitlichen Vertrag B V 3 b (1) (b) ii.

⁷⁰¹ Vgl. B II 2 c (1) (d), (2).

⁷⁰² Vgl. B II 2 c (1) (a).

⁷⁰³ Vgl. B IV 3 b.

zu untersuchen, welche schuldrechtlichen Normen auf diesen Vertrag Anwendung finden.

i. Schenkung

Wegen der Vergleichbarkeit der Freigabe von Shareware mit der Freigabe von Freeware erscheint es nicht ausgeschlossen, daß auch der der Freigabe von Shareware zugrunde liegende urheberrechtliche Nutzungsvertrag als Schenkungsvertrag gem. den §§ 516 ff. BGB zu behandeln ist⁷⁰⁴. Voraussetzung hierfür ist eine dauerhafte Zuwendung aus dem Vermögen des Autors in das Vermögen des Anwenders⁷⁰⁵. Gegen eine dauerhafte Zuwendung könnte sprechen, daß die übertragenen Nutzungsrechte nur für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist bestehen. Jedoch muß der Anwender die Kopie des Programms nicht am Ende der Schutzfrist vernichten. Überdies übersteigt die Dauer der Schutzfrist die Dauer der wirtschaftlichen Existenz des Programms. Auch erlöschen die abgeleiteten Nutzungsrechte mit dem Erlöschen des Programms und fallen nicht wieder an den Rechtsinhaber zurück⁷⁰⁶.

(i) Beschränktes Shareware-Nutzungsrecht

Zwar muß das Objektprogramm nach Ablauf der Testphase weder zurückgegeben noch gelöscht werden. Charakteristisch für das beschränkt eingeräumte Shareware-Nutzungsrecht ist jedoch, daß es, was die Nutzung des Programms betrifft, entweder unmittelbar zeitlich oder aber auf die Nutzung zu Testzwecken begrenzt ist⁷⁰⁷. Dabei schließt auch die letztere Einschränkung eine dauerhafte, regelmäßige Nutzung aus. Dem Anwender sollen damit nicht auf Dauer die wirtschaftlichen Vorteile zugute kommen, die aus der Nutzung des Programms fließen.

(ii) Zur Verbreitung erforderliche Rechte

Auch die Nutzungsrechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und diejenigen zur Verbreitung dieser Kopien gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG sind dem Anwender lediglich unter der auflösenden Bedingung der Umwandlung der Prüfversion des Programms durch die Registrierung in eine Vollversion eingeräumt worden⁷⁰⁸. Die Wirkung ei-

⁷⁰⁴Zur Einordnung des der Freigabe von Freeware zugrunde liegenden Kausalgeschäfts vgl. B IV 3 b.

⁷⁰⁵Zur Notwendigkeit der endgültigen Vermögensmehrung des Empfängers bei der Schenkung vgl. nur Palandt/Putzo, Einf. § 598, Rn. 4.

⁷⁰⁶So bereits B IV 3 b (2).

⁷⁰⁷Vgl. B II 2 c (2) (b).

⁷⁰⁸A.a.O.

ner auflösenden Bedingung besteht darin, daß der Vertrag zunächst einmal voll wirksam ist, für den Fall des Eintritts der Bedingung das Rechtsgeschäft aber beseitigt wird⁷⁰⁹. Der durch die Bedingung geschaffene Schwebezustand wird endgültig beseitigt, wenn die Bedingung eingetreten ist oder feststeht, daß sie ausbleibt. Durch den Eintritt der Bedingung, also die Umwandlung des Programms durch den Anwender in eine registrierte Vollversion, wird der Vertrag in jedem Fall beseitigt. Von einem Ausfall der Bedingung ist auszugehen, wenn feststeht, daß die Bedingung nicht mehr eintreten kann oder wenn der Zeitraum verstrichen ist, innerhalb dessen der Eintritt zu erwarten war⁷¹⁰. Ein Ausfall der Bedingung ist denkbar für all diejenigen Kopien, die der Anwender nicht in Vollversionen umwandeln möchte, um das Programm weitergeben zu können. Dies ist jedenfalls der Fall für alle von Vermittlern, wie z.B. Shareware-Händlern, erstellten Kopien, die nicht für den Eigengebrauch, sondern ausschließlich zum Weiterverbreiten gedacht sind.

In allen sonstigen Fällen sollen die umfassenden Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an der Prüfversion nicht endgültig in das Vermögen des Anwenders fallen. Häufig soll der Anwender auch die zuvor auf seinem Rechner in einsatzfertigem Zustand bereitgehaltene, installierte Programmversion löschen, wenn die Testphase vorüber ist und der Anwender das Programm nicht registrieren möchte. In diesen Fällen kann mangels einer dauerhaften Zuwendung der zur Nutzung des Programms erforderlichen beschränkten Nutzungsrechte aus dem Vermögen des Autors in das Vermögen des Anwenders nicht von einer Schenkung ausgegangen werden⁷¹¹.

(iii) Zwischenergebnis

Hinsichtlich der vom Anwender verwendeten und im Fall der Registrierung in eine Vollversion umgewandelten Prüfversion sollen die Nutzungsrechte nicht auf Dauer in das Vermögen des Anwenders fallen, so daß insofern eine Behandlung des Kausalverhältnisses nach den Regeln einer Schenkung nicht in Betracht kommt.

Für zum Weiterverteilen gedachte, nicht umgewandelte Kopien jedoch sollen die Nutzungsrechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und diejenigen zur Verbreitung dieser Kopien gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG endgültig⁷¹² beim Anwender verbleiben. In diesen

⁷⁰⁹ Palandt/Heinrichs, § 158, Rn. 1.

⁷¹⁰ Palandt/Heinrichs, a.a.O., Rn. 3, m.w.N.

⁷¹¹ Wohl a.A. Steckler, WiB 1995, S. 730, die hinsichtlich der Unentgeltlichkeit auch bei Shareware nur Schenkungsrecht anwenden möchte.

⁷¹² Vgl. zum Charakter der Überlassung auf Dauer trotz der begrenzten Schutzfrist des Urheberrechts bereits B IV 3 b (2).

Fällen können auf den Kausalvertrag die Regelungen der §§ 516 ff. BGB angewendet werden.

ii. Unentgeltliche Rechtspacht

Die übrigen Nutzungsrechte sollen dem Anwender nicht auf Dauer, sondern nur auf Zeit zukommen, nämlich die zur Verbreitung des Programms erforderlichen Nutzungsrechte bis zur Registrierung des Programms und die zum Ablaufenlassen des Programms erforderlichen Nutzungsrechte bis zum Ende einer angegebenen Testphase oder bis zur Registrierung des Programms. Sofern eine Länge der Testphase bestimmt ist oder sich dem Zweck des Vertrags entnehmen läßt, kann die Überlassung als befristete Überlassung auf Zeit charakterisiert werden. Sofern die Überlassung hingegen bis zur von den Parteien als ungewiß angesehenen Registrierung⁷¹³ Wirkung zeigen soll, handelt es sich um eine unbefristete Überlassung auf Zeit.

Für unentgeltliche Überlassungen auf Zeit bietet sich eine Behandlung nach den für die Leihe gem. §§ 598 ff. BGB getroffenen Regelungen an. Da die Leihe eines Rechts jedoch nicht möglich ist, ist in den Fällen der unentgeltlichen Überlassung eines Rechts Pachtrecht anzuwenden⁷¹⁴. Eine Pflicht zur Rückübertragung der Nutzungsrechte an den Autor ist entbehrlich, da Nutzungsrechte mit ihrem Erlöschen automatisch wieder an den Inhaber des Urheberrechts zurückfallen⁷¹⁵. Für das Kausalgeschäft sind allerdings die Regelungen der Rechtspacht insoweit durch diejenigen der Leihe zu ersetzen, als sich dies aus der Unentgeltlichkeit der Überlassung ergibt, also jedenfalls für die Frage der Haftung und Gewährleistung, §§ 599, 600 BGB⁷¹⁶.

⁷¹³Dazu bereits B II 2 c (2) (b).

⁷¹⁴Medicus, SRBT, Rn. 270; Palandt/Putzo, § 598, Rn. 3; die entgeltliche Überlassung von Programmen als Rechtspacht einzuordnen schlägt Alpert, CR 2000, S. 349, vor; dagegen für die Einordnung der unentgeltlichen Überlassung von Computerprogrammen als Leihe Röhrborn/Sinhart, CR 2001, S. 71.

⁷¹⁵Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 10; Rehbinder, Rn. 301.

⁷¹⁶Fikentscher, Rn. 841; Palandt/Putzo, a.a.O.; str., nach a.A. sind die §§ 589 ff. BGB auf den gesamten Vertrag analog anzuwenden, da dem Merkmal der Unentgeltlichkeit gegenüber dem Merkmal der Sachüberlassung eine höhere Bedeutung zuzumessen sei, vgl. MüKo/Kollhoser, § 598, Rn. 4; Soergel/Kummer, § 598, Rn. 4; Staudinger/Reuter, § 598, Rn. 8. Unterschiede ergeben sich allerdings nur bei der Behandlung nicht durch das Leihrecht geregelter Aspekte. Diese sollen nach der Gegenansicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen sein. Diese allerdings dürfte bei angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtsüberlassung regelmäßig zu der hier als Regel vorgeschlagenen Anwendung von Pachtrecht kommen.

iii. Ergebnis

Soweit die dem Anwender überlassenen Kopien der Prüfversion von diesem lediglich zur Verbreitung genutzt werden sollen, ist die Überlassung nach den Regeln des Schenkungsrechts zu behandeln.

Im übrigen werden die Prüfversionen lediglich auf Zeit überlassen. Da neben den das Programm beschreibenden Informationen die am Programm einzuräumenden Nutzungsrechte einen wesentlichen Bestandteil der Überlassung ausmachen, Rechte aber nicht verliehen werden können, entspricht diese Überlassung einer unentgeltlichen Rechtspacht, auf die die Regelungen der Pacht gem. den §§ 581 ff., 535 ff. BGB, allerdings modifiziert durch die Regeln der Leihe anzuwenden sind.

(b) Schuldrechtliche Einordnung der Registrierung von Shareware

Die Analyse des Leistungsgegenstandes hat ergeben, daß als Hauptpflicht sich aus dem bei der Registrierung von Shareware geschlossenen Vertrag für den Anwender stets eine Pflicht zur Gegenleistung, meist in Form einer Entgeltzahlung, ergeben soll⁷¹⁷.

Demgegenüber sollen für den Autor, abhängig von der Art der Registrierung, unterschiedliche Pflichten in Bezug auf den Leistungsgegenstand, die Vollversion des Shareware-Programms, begründet werden. Gemeinsam ist allen Überlassungsarten die Pflicht zur Einräumung von Nutzungsrechten an der Vollversion⁷¹⁸. Darüber hinausgehende Überlassungspflichten sind nur teilweise Bestandteil der Vereinbarungen zwischen Autor und Anwender und finden sich in den unterschiedlichsten Kombinationen von unkörperlicher und körperlicher Überlassung⁷¹⁹. Infolge dessen soll nunmehr zunächst die Grundform der Registrierung als bloße Einräumung von Nutzungsrechten betrachtet werden. Anschließend gilt es dann zu untersuchen, welche Auswirkungen die Vereinbarung zusätzlicher Leistungspflichten auf die typologische Einordnung des geschlossenen Vertrags hat.

i. Registrierung als bloße Einräumung von Nutzungsrechten

Sofern das bei der Registrierung geschlossene Kausalgeschäft lediglich die Pflicht zur Einräumung von Nutzungsrechten gegen eine Vergütung begrün-

⁷¹⁷ Vgl. B V 3 a (4).

⁷¹⁸ a.a.O.

⁷¹⁹ Neben der körperlichen oder unkörperlichen Übermittlung einer neuen Programmkopie oder des Schlüssels als Zeichenkombination in einem Schriftstück, einer E-Mail oder als Datei auf einem Datenträger finden sich auch Kombinationen wie z.B. die Übermittlung einer Bezugsmöglichkeit für das Programm zusammen mit einem Schlüssel, um das neue Programm freizuschalten, u.v.m.

det, handelt es sich auch bei diesem Vertrag um einen urheberrechtlichen Nutzungsvertrag. Zur Bestimmung der Behandlung des zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrags kann auf die Normen der im BGB geregelten Vertragstypen zurückgegriffen werden⁷²⁰. Meist werden die urheberrechtlichen Nutzungsverträge allgemein als gemischte Verträge eigener Art angesehen, wobei die Pflicht zur Verschaffung von Nutzungsrechten häufig Bestandteil einer kaufrechtlichen Verpflichtung ist⁷²¹, jedenfalls was die unbefristete Überlassung von Nutzungsrechten an einem Programm betrifft⁷²². Entscheidend für die anzuwendenden Regeln ist jedoch stets die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags⁷²³.

Die Einräumung der Nutzungsrechte an dem Shareware-Programm zur dauerhaften Nutzung ist als einmaliges Austauschgeschäft angelegt, aus dem der Anwender auf Dauer⁷²⁴ zur Nutzung des Programms und zur Inhaberschaft an dem Programm berechtigt sein soll, ohne weiterhin mit Beschränkungen der Prüfversion belastet zu sein. Es wird somit ein punktuelles Austauschgeschäft vereinbart, das eine endgültige Zuordnungsänderung ohne nennenswerte Einschränkungen für den Erwerber zum Gegenstand hat, was geradezu kennzeichnend für einen Kaufvertrag im Sinne der §§ 433 ff. BGB ist⁷²⁵. Bei der hier betrachteten Grundform der Registrierung sollen nur Pflichten hinsichtlich der Einräumung von Nutzungsrechten begründet werden. Daraus läßt sich jedoch nicht folgern, daß die Überlassung des Shareware-Programms als Rechtskauf einzuordnen sei. Gegenstand des zwischen Anwender und Autor geschlossenen Vertrags ist auch das Shareware-Programm. Computerprogramme bestehen aus Informationen⁷²⁶. Sie sind keine körperlichen Gegenstände, so daß für die rechtmäßige Inhaberschaft keine besitzähnliche, berechtigende Rechtsstellung, vergleichbar dem Besitzrecht der §§ 854 ff. BGB, erforderlich ist und infolgedessen auch kein Besitz übertragen werden kann. An anderer Stelle⁷²⁷ wurde bereits dargelegt, daß zwischen Anwender und Ver-

⁷²⁰ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 13 m.w.N. aus der Rspr.

⁷²¹ Ulmer, § 92 I 3; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 14; Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 24; §§ 31/32, Rn. 14; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 14 hält darüber hinaus § 493 BGB für auf die Einräumung von Nutzungsrechten anwendbar, a.A. Palandt/Putzo, § 493, Rn. 2; Vorbem. v. § 459, Rn. 14.

⁷²² Bartsch, CR 1992, S. 394; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 2; Rehbinder, Rn. 391.

⁷²³ BGH, GRUR 1989, 68, 70; ebenso Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 13; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 13.

⁷²⁴ Vgl. zum Charakter der Überlassung auf Dauer trotz der begrenzten Schutzfrist des Urheberrechts bereits B IV 3 b (2).

⁷²⁵ Zu den einzelnen, hier nicht relevanten Problemen der Charakterisierung einer Softwareüberlassung als Kauf vgl. näher Michalski/Bösert, S. 19 ff.; vgl. i.ü. zur Einordnung herkömmlicher Softwareüberlassungen als Kauf die Nachweise bei B III 1 a.

⁷²⁶ Vgl. B II 1.

⁷²⁷ Vgl. B IV 2 a (2).

mittler nicht Vereinbarungen über das Programm selbst, sondern lediglich über dessen Übermittlung getroffen werden. Das Programm selbst soll nach dem Parteiwillen Gegenstand des Vertrags zwischen Anwender und Autor sein⁷²⁸, der Vermittler übernimmt nur den Transport. Die Parteien schließen damit einen Vertrag über das Computerprogramm, zweifellos ein verkehrsfähiges Gut, und die zu seiner Nutzung berechtigenden urheberrechtlichen Rechte. Beides soll voll umfänglich und auf Dauer in das Vermögen des Anwenders übergehen. Der Vertrag entspricht damit einem Kaufvertrag gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB über eine Sache⁷²⁹, die sich im Zeitpunkt des Vertragschlusses bereits im Besitz des Erwerbers befindet, so daß eine Pflicht zur Übergabe entfällt⁷³⁰.

Da weitere Hauptpflichten für den Autor nicht vereinbart werden, ist insofern auch kein Raum für die Anwendung von Regelungen anderer Vertragstypen. Der zwischen den Parteien geschlossene schuldrechtliche Vertrag ist damit ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag, der nach den Regeln des Sachkaufs gem. den §§ 433 ff. BGB zu behandeln ist.

ii. Vereinbarung zusätzlicher Leistungspflichten

Zu untersuchen bleibt, ob die Vereinbarung zusätzlicher Leistungspflichten an dieser Einordnung etwas ändert. Ein Einfluß auf die Typisierung des Vertrags kommt nur dann in Betracht, wenn die zusätzlich vereinbarten Leistungspflichten synallagmatische Hauptleistungspflichten sind⁷³¹. Während synallagmatische Hauptleistungspflichten um der Gegenleistung willen versprochen werden⁷³², dienen Nebenleistungspflichten der Vorbereitung, Durchführung und Sicherung der Hauptleistung⁷³³. Maßgebend für den Charakter einer Leistungspflicht ist der Parteiwille⁷³⁴. Die Parteien verfolgen mit der Registrierung den Zweck, dem Anwender die dauerhafte und unbeschränkte Nutzung des Shareware-Programms zu ermöglichen. Sofern die zusätzlich vereinbarten Pflichten unmittelbar diesem Zweck dienen, sind sie mithin als Hauptpflichten anzusehen. Erfüllen sie hingegen eine bloß unterstützende Funktion,

⁷²⁸ Ähnlich wohl bereits Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 141, die feststellen, daß es ungerechtfertigt wäre, alleine das Nutzungsrecht als Vertragsgegenstand anzusehen und von einem reinen Rechtskauf auszugehen.

⁷²⁹ Der Sachbegriff des § 433 BGB ist weit auszulegen und auf alle verkehrsfähigen Güter zu beziehen, vgl. die Nachweise bei Fn. 79.

⁷³⁰ Vgl. auch § 854 Abs. 2 BGB; MüKo/Westermann, § 433, Rn. 52; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 88; Erman/Grunewald, § 433, Rn. 19.

⁷³¹ Medicus, BürgR, Rn. 206 f.; Palandt/Heinrichs, Einl. v. § 241, Rn. 6.

⁷³² BGHZ 15, 102, 105.

⁷³³ Gernhuber, § 2 III 4.

⁷³⁴ Palandt/Heinrichs, Einf. v. § 320, Rn. 10.

wird ihnen der Charakter einer nebenrangigen Primärpflicht zuzuerkennen sein.

(i) Beseitigung von Registrierungsaufforderungen

Manche Registrierungen laufen in der Form ab, daß der Autor dem Anwender einen Schlüssel in Form einer Zeichenfolge oder einer Datei übermittelt, mit dem der Anwender sporadisch erscheinende Registrierungsaufforderungen oder Zeitschleifen beseitigen kann. Infolge solch geringer Einschränkungen ist das Shareware-Programm nicht in seiner Funktion beschränkt⁷³⁵, sondern lediglich um die Funktion nicht beeinträchtigende, zusätzliche Erinnerungsfunktionen erweitert. Diese Registrierungsaufforderungen zielen zumeist darauf ab, beim Anwender ein Unrechtsbewußtsein für eine übermäßig lange oder intensive Nutzung zu wecken. Ist dem Anwender aber durch die Registrierung die erforderliche Rechtsmacht zur dauerhaften Nutzung verschafft worden, so sind sporadisch auftretende Hinweise zwar möglicherweise lästig, sie beschränken jedoch nicht den eigentlich angestrebten Einsatz des Programms. In diesen Fällen kommt der vereinbarten Pflicht zur Übersendung eines Schlüssels im Hinblick auf die Erreichung des angestrebten Zwecks, dem Anwender zeitlich unbegrenzt ein unbeschränkt nutzbares Programm zur Verfügung zu stellen, lediglich eine helfende oder unterstützende Funktion zu. Der Pflicht zur Übersendung des Schlüssels ist damit lediglich der Charakter einer nicht typbestimmenden Nebenpflicht zuzuerkennen. Sie hat somit keinen Einfluß auf den vereinbarten Vertragstyp.

(ii) Übersendung einer neuen Programmkopie

Ist hingegen die Übersendung einer Programmkopie der Vollversion des Shareware-Programms vereinbart, so hat dies meist den Hintergrund, daß die Prüfversion des Programms in ihren Funktionen beschränkt ist. In diesen Fällen ermöglicht erst das Nutzen der neuen Programmkopie den Gebrauch bestimmter Funktionen und damit den unbeschränkten Einsatz des Shareware-Programms. Zudem bezieht sich das dem Anwender eingeräumte Nutzungsrecht nur auf diese Vollversion⁷³⁶. Die körperliche oder unkörperliche Überlassung der Kopie stellt sich damit als wesentlicher Bestandteil der angestrebten voll umfänglichen Nutzung des Programms dar, ist also Bestandteil der synallagmatischen Hauptleistungspflicht des Autors.

Zu fragen ist danach, wie sich die zusätzliche Hauptleistungspflicht auf die typologische Einordnung des Überlassungsvertrags auswirkt.

⁷³⁵ Durch Einschränkungen in ihrer Funktion nur eingeschränkt einsetzbare Shareware-Programme werden auch als »Crippleware« bezeichnet.

⁷³⁶ Vgl. B II 2 c (2) (b).

Bei der Überlassung von frei erhältlichen Programmkopien von Freeware oder der Prüfversion von Shareware durch den Vermittler an den Anwender wurde zur Typisierung des Vertrags nach den Leistungspflichten unterschieden, die den Vermittler treffen sollen⁷³⁷. Das diesen Überlassungen zugrunde liegende Programm ist aus einer Vielzahl von Quellen erhältlich und besitzt aufgrund seiner freien Verfügbarkeit nahezu keinen eigenen wirtschaftlichen Wert, so daß die vom Anwender gewünschte Leistung des jeweiligen Vertragspartners gerade in der Eröffnung eines bestimmten Bezugswegs besteht⁷³⁸. Das Programm selbst ist dort nicht Vertragsgegenstand, lediglich die Übermittlung der das Programm beschreibenden Informationen auf einem bestimmten Bezugsweg.

Anders liegt das Interesse des Anwenders für den hier zu betrachtenden Fall, daß die Überlassung einer Programmkopie der Vollversion von Shareware als Teil der Registrierung vereinbart ist. In diesem Fall wird dem Anwender das Recht zur voll umfänglichen Nutzung nur an einer bestimmten Programmkopie eingeräumt, die nicht aus diversen Quellen bezogen werden kann, sondern unmittelbar vom Autor bezogen werden muß⁷³⁹. Das Interesse des Anwenders bezieht sich dabei nicht maßgeblich auf die Art der Überlassung, sondern vielmehr auf das Programm selbst. Für die Charakteristik der Leistung entscheidend sind damit in diesen Fällen keine leistungsvorbereitenden Zwischenschritte wie das möglicherweise erforderliche Erstellen einer Programmkopie oder die Tätigkeit des Versendens der Kopie auf dem Datenträger. Dem Anwender kommt es allein darauf an, für die von ihm gezahlte Vergütung neben den erforderlichen Nutzungsrechten an der Kopie der Vollversion auch diese Kopie selbst auf einem beliebigen Weg zu erhalten. Gegenstand des Vertrags ist damit neben den Nutzungsrechten eine tatsächliche Beschaffungspflicht des Autors zur Übermittlung der die Vollversion beschreibenden Informationen an den Anwender. Der geschlossene Vertrag unterscheidet sich von dem oben dargestellten Grundvertrag damit lediglich in der Hinsicht, daß eine Pflicht zur Verschaffung einer besitzenden Stellung an dem Vertragsgegenstand nicht entbehrlich, sondern sogar ausdrücklich vereinbart ist. Auch ein solcher Vertrag zur Registrierung des Shareware-Programms entspricht mithin dem Typus des Sachkaufs gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Übersendung auf einem Datenträger oder Gewährung des Zugriffs, vgl. B IV 2 b (1), (2).

⁷³⁸ Vgl. zum Bezug von Freeware vom Vermittler B IV 2; zum Bezug von Shareware vom Vermittler B V 2.

⁷³⁹ Vgl. zur Einräumung von Nutzungsrechten bei der Registrierung durch Überlassung einer neuen Programmkopie B II 2 c (2) (b).

⁷⁴⁰ Vgl. die Nachweise bei B III 1 a.

(iii) Beseitigung von Funktionsbeschränkungen

Teilweise kommt es schließlich vor, daß ein vom Autor an den Anwender zu übermittelnder Schlüssel das Programm nicht nur von sporadischen, lästigen Hinweisen befreit, sondern Funktionsbeschränkungen aufhebt. Die Aufhebung dieser Beschränkungen ist wesentliche Voraussetzung für die angestrebte voll umfängliche Nutzung des Programms und damit Bestandteil der synallagmatischen Hauptleistungspflicht des Autors.

Vordergründig besteht die Leistung des Autors hier in der Tätigkeit, den Schlüssel für den Anwender zu erstellen und ihn anschließend an den Anwender zu übermitteln. Von daher könnten auf die Pflicht zur Erstellung des Schlüssels Regelungen des Werkvertragsrechts, auf die Übermittlung des Schlüssels Regelungen des Dienstvertragsrechts Anwendung finden. Ebenso erscheint es denkbar, auf die durch den Schlüssel hervorgerufene Veränderung des Programmablaufs abzustellen und aus diesem Grund die Regelungen über den Werkvertrag für anwendbar zu erklären. Durch den Schlüssel wird aber nicht in den Quellcode des Programms eingegriffen, es wird lediglich die Ausgabe einiger Funktionen geändert, die aufgrund der Existenz des Schlüssels einen anderen Wert zurückgeben und damit den Programmablauf verändern, so daß der Anwender auf zusätzliche Funktionen zugreifen kann, auf die ihm der Zugriff zuvor verwehrt war. Eine Veränderung des Programms oder gar die Herstellung eines neuen Programms findet nicht statt. Entscheidend ist aber gegen die Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag einzuwenden, daß das Erstellen des Schlüssels, die anschließende Übermittlung und die schließende Verwendung des Schlüssels zur Modifikation des Programmablaufs nur als Zwischenschritte zur Erreichung des vom Anwender angestrebten Zwecks dienen, die Funktionsfähigkeit des Programms für den dauerhaften Einsatz herzustellen oder zu verbessern. Insofern dient die Überlassung eines Schlüssels dem gleichen Zweck wie die Überlassung eines Programms mit erweiterten Fähigkeiten, nämlich daß der Anwender ein Programm nutzen kann, das sich im Funktionsablauf von der Prüfversion des Shareware-Programms unterscheidet. Damit sind weder ein Tätigwerden des Autors noch die Herstellung eines Werkes durch den Autor geschuldet.

Zur Bestimmung der tatsächlichen Leistungspflicht, die sich hinter der Vereinbarung der Überlassung eines Schlüssels verbirgt, ist auch hier wieder zu beachten, daß der Anwender zum berechtigten Einsatz eines Programms sowohl eine Kopie des Programms als auch die zur Nutzung erforderlichen Nutzungsrechte benötigt⁷⁴¹. Da sich die in dem veränderten Programm ablaufenden Funktionen im Zeitpunkt der Registrierung bereits auf einem Daten-

⁷⁴¹ Vgl. B II 1, B II 2.

träger des Anwenders befinden, besteht keine Pflicht zur Überlassung einer Kopie eines Programms oder Programmtails. Der Anwender hat bereits die physisch reale Möglichkeit, das Programm zu nutzen. Die der registrierten Funktion vorbehaltenen Funktionen sind jedoch keine Funktionen, die vom Autor für den Testbetrieb vorgesehen sind. Ein zur Nutzung dieser Funktionen erforderliches Vervielfältigungsrecht war somit nicht Teil der dem Anwender zu Beginn des Testbetriebs eingeräumten Nutzungsrechte⁷⁴² zum Testbetrieb. Daß der Anwender die der Vollversion vorbehaltenen Funktionen ohne Schlüssel nicht ohne weiteres nutzen kann, dient somit lediglich dem Schutz des Autors vor einer unberechtigten Vervielfältigung dieser Funktionen. Im Kern steht hinter der Überlassung des Schlüssels jedoch die Einräumung von Nutzungsrechten an den der Vollversion vorbehaltenen Funktionen. Die Übermittlung des Schlüssels ist hierbei lediglich eine unterstützende Maßnahme, um die Schutzmaßnahmen zu beseitigen, die den Anwender nach Einräumung des umfassenden Nutzungsrechts behindern. Als erforderliche Mitwirkung des Verkäufers, um dem Käufer die Verwendung des Kaufobjektes zu ermöglichen, stellt sich die Überlassung des Schlüssels also als eine typische Nebenpflicht des Kaufvertrags dar⁷⁴³.

Die eigentliche synallagmatische Hauptleistungspflicht des Autors besteht damit in der Einräumung von Nutzungsrechten an den Funktionen, die dem Anwender zusätzlich zur Verfügung gestellt werden sollen. Auch die Registrierung eines Programms in Form der Übersendung eines Registrierungsschlüssels ist somit, wie auch der Ausgangsvertrag einer Registrierung, als Sachkauf gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB zu behandeln. In den hier betrachteten Fällen ist die Hauptleistungspflicht des Autors lediglich um die Verpflichtung zur Einräumung weiterer Rechte erweitert, ohne daß dies an der Typisierung etwas ändert.

(c) Nebenpflichten

Häufig werden für Softwareüberlassungen, auf die Kaufrecht anzuwenden ist, typische Nebenpflichten als vereinbart angesehen, wie z.B. die Beratung bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Programmen oder eine Einweisung in den Gebrauch der Software⁷⁴⁴. Zu den Besonderheiten des Shareware-Vertriebs zählt es jedoch, daß der Anwender sich selbständig die für seine Zwecke geeignete Software aussucht. Der Abschluß des ersten, unentgeltlichen Vertrags mit dem Autor dient dann gerade der Ermittlung der Tauglichkeit des Programms für den angestrebten Zweck. Wendet sich der Anwender

⁷⁴² Vgl. B II 2 c (2) (a) iii.

⁷⁴³ Vgl. zur Nebenpflicht der Mitwirkung Palandt/Putzo, § 433, Rn. 19.

⁷⁴⁴ Köhler/Fritzsche, Rn. 127 ff.; Palandt/Putzo, § 433, Rn. 25 m.w.N.

schließlich an den Autor, um mit diesem einen Vertrag über die Vollversion des Shareware-Programms abzuschließen, so ist aufgrund seines bis dato erworbenen Kenntnisstandes für den Regelfall davon auszugehen, daß beratende Nebenpflichten nicht bestehen.

(5) Ergebnis

Zwischen dem Programmautor und dem Anwender werden bis zu zwei verpflichtende Verträge über die Einräumung von Nutzungsrechten an dem Shareware-Programm geschlossen.

Die Verpflichtung zur Einräumung von Nutzungsrechten zum Prüfbetrieb ergibt sich aus einem urheberrechtlichen Nutzungsvertrag, der entweder als reine unentgeltliche Rechtspacht gem. den §§ 581 ff., 535 ff. BGB oder als gemischter Vertrag aus unentgeltlicher Rechtspacht und Schenkung gem. den §§ 516 ff. BGB zu behandeln ist.

Entschließt sich der Anwender im Anschluß an den Prüfbetrieb zur Registrierung des Shareware-Programms, so ergibt sich für den Autor die Pflicht zur Einräumung von Nutzungsrechten zum Betrieb des Shareware-Programms als Vollversion ebenfalls aus einem urheberrechtlichen Nutzungsvertrag, auf den die Vorschriften des Sachkaufs gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB anzuwenden sind.

4. Vertragsbeziehung zwischen Shareware-Vermittler und Autor

Schließlich stellt sich noch die Frage nach der Rechtsnatur des Verhältnisses zwischen einem Shareware-Autor und einem Vermittler. Die Aufgabe des Vermittlers beim Shareware-Vertrieb entspricht der Aufgabe des Vermittlers beim Freeware-Vertrieb. Häufig macht es für den Vermittler gar keinen Unterschied, ob es sich bei dem von ihm verbreiteten Programm um Freeware oder Shareware handelt. Auf das Verhältnis, in dem sich der Shareware-Vertrieb von dem Freeware-Vertrieb unterscheidet, nämlich das Verhältnis zwischen Autor und Anwender, hat der Vermittler keinen Einfluß. Das Verhältnis zwischen einem Shareware-Autor und einem Vermittler entspricht damit dem Verhältnis zwischen einem Freeware-Autor und einem Vermittler⁷⁴⁵. Der Shareware-Vermittler soll lediglich an der Verbreitung von Kopien in einem vom Autor nicht beeinflussten System mitwirken⁷⁴⁶. Der Shareware-Vertrieb ist auf die Trennung zwischen der Verbreitung von Kopien des Programms und der Einräumung von Nutzungsrechten angelegt. Absprachen zwischen

⁷⁴⁵ Vgl. hierzu B IV 4.

⁷⁴⁶ Zur Unabhängigkeit der Beziehung zwischen Anwender und Autor von derjenigen zwischen Anwender und Vermittler vgl. ausführlich B V 2.

dem Autor und dem Vermittler, insbesondere Exklusiv-Vertriebs-Lizenzen⁷⁴⁷, würden dieser Trennung widersprechen und sind deswegen in der Regel beim Shareware-Vertrieb nicht zu finden⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷Insofern hat dem Urteil des LG München I, CR 1993, S. 143 ff., trotz der Bezeichnung als »Shareware« nicht tatsächlich ein Shareware-Programm zugrunde gelegen.

⁷⁴⁸So auch Schulz, CR 1990, S. 298; Pres, S. 191; Siepmann, JurPC Web-Dok. 163/1999, Abs. 81.

C. GÜLTIGKEIT HÄUFIG VERWENDETER KLAUSELN

Selten werden Programme nur als Shareware, Freeware oder Public Domain bezeichnet und in Umlauf gebracht. Häufig werden dem Programm »Lizenzbedingungen« genannte Klauseln beigegeben, die teils rudimentär, teils detailliert regeln sollen, wie der Anwender das Programm benutzen können und was ihm ansonsten noch gestattet oder verboten sein soll. Bei Shareware ist zu beachten, daß die beigegebenen Lizenzbedingungen in der Regel nur für die Prüfversion der Shareware geltende Nutzungsbedingungen aufstellen sollen, während für die Vollversion geltende Bedingungen im sog. Registrierungsformular aufgeführt werden⁷⁴⁹.

Enthalten die beigegebenen Regelungen Lücken, so sind diese mit dispositivem Vertragsrecht oder, was die Einräumung von Nutzungsrechten angeht, anhand des mit der Freigabe des jeweiligen Programms verbundenen Zwecks⁷⁵⁰ entsprechend zu füllen.

Im folgenden sollen einige häufig in »Lizenzbedingungen« verwendete Klauseln auf ihren rechtlichen Gehalt und ihre rechtliche Wirksamkeit untersucht werden.

Das AGBG⁷⁵¹ ist dabei auch auf solche Bestimmungen anwendbar, mit denen die Einräumung und der Umfang von Nutzungsrechten an Programmen geregelt werden soll⁷⁵². Nach überwiegender, wenn auch bestrittener Ansicht ist § 31 Abs. 5 UrhG wegen seiner Leitbildfunktion als Maßstab einer Überprüfung nach § 9 AGBG heranzuziehen⁷⁵³. Jedenfalls greift bei Zweifeln über den Umfang der Nutzungsrechtseinräumung zunächst die Auslegungsregel des gegenüber § 5 AGBG spezielleren § 31 Abs. 5 UrhG. Darüber hinaus führt die Leitbildfunktion des § 31 Abs. 5 UrhG dazu, daß Nutzungsrechtbegrenzungen, die sich innerhalb der §§ 31, 32 UrhG bewegen, in aller Regel einer Inhaltskontrolle nach dem AGBG standhalten⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹Marly, Rn. 351, weist darauf hin, daß Bedingungen in den Lizenzbestimmungen der Autoren nicht für die registrierte Version der Shareware gelten, wenn im Registrierungsformular kein Hinweis auf diese vermerkt ist.

⁷⁵⁰Vgl. B II 2 c.

⁷⁵¹Zum 1. Januar 2002 wurde das AGBG als §§ 305 bis 310 in das BGB inkorporiert.

⁷⁵²Götting, S. 57; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 30; Fromm/Nordemann/Vinck, Vor § 69a, Rn. 3; Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 10; speziell für Softwarelizenzverträge BGH, NJW 1991, 976, 977 f.

⁷⁵³Götting, S. 57; Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 29; Schack, Rn. 958, 970; Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 14; ders., Verlagsrecht, Einl., Rn. 15; ähnlich v. Gamm, § 31, Rn. 18; in diesem Sinne auch OLG Frankfurt, GRUR 1984, 515, 516; a.A. aber BGH, GRUR 1984, 45, 49 mit der Begründung, daß es sich nur um eine Auslegungsregel handele; hiergegen überzeugend Schricker/Schricker, a.a.O.

⁷⁵⁴Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718 m.w.N. in Fn. 40.

I. Einbeziehung von AGB

Die in den »Lizenzbedingungen« in der Regel durch den Autor vorformulierten Klauseln sollen den Gebrauch des Programms durch alle Anwender regeln, stellen also AGB im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG dar. Damit sie gültiger Bestandteil des Vertrags werden, müssen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AGBG erfüllt sein, d.h. auf die Bedingungen muß bei Vertragsabschluß durch den Verwender hingewiesen worden sein und dem Vertragspartner muß eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft worden sein. Nur wenn der Anwender – was selten ist – ein Unternehmer, eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, finden die Voraussetzungen des § 2 AGBG gem. § 24 AGBG keine Anwendung.

1. Zugehöriges Vertragsverhältnis

Zu fragen ist zunächst danach, für welches Vertragsverhältnis die »Lizenzbedingungen« überhaupt Gültigkeit erfahren sollen.

Falls die Bedingungen in dem Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler verwendet werden sollten, müßten sie bei Abschluß dieses Vertrags bekannt gemacht werden. Das Anzeigen von AGB vor dem Herunterladen des Programms von einem beliebigen Server oder aus einer Mailbox ist nicht üblich und wäre in den meisten Fällen technisch nur unter unverhältnismäßig großem Aufwand möglich. Es ist bei Freeware und Public Domain Programmen sowie für die Prüfversionen von Shareware gängige Praxis, die häufig als einbezogen anerkannten⁷⁵⁵ Nutzungsbedingungen ausformuliert in einer beigelegten Datei⁷⁵⁶ oder durch Anzeige in einem Bildschirmfenster zu präsentieren. Letzteres ist häufig mit der Aufforderung verbunden, durch einen Klick mit der Maus auf eine Schaltfläche oder einen entsprechenden Tastendruck die Bedingungen anzunehmen, und stellt dann eine sog. »Enter-Vereinbarung«⁷⁵⁷ dar. Teilweise kommen beide Arten der Übermittlung von AGB auch kumulativ vor. Beides wäre jedoch für eine Einbeziehung in das Vertragsverhältnis zwischen Anwender und Vermittler verspätet.

Eine Betrachtung des Inhalts der »Lizenzbedingungen« ergibt, daß in ihnen die Art und Weise des Nutzung des Programms geregelt werden soll. Bei der

⁷⁵⁵ OLG Düsseldorf, CR 1995, 730, 730 m. zust. Anm. v. Vogt, WiB 1996, S. 501; OLG Köln, CR 1996, 723, 725; Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 14; Marly, Rn. 351; so wohl auch OLG Stuttgart, CR 1994, 743, 744 für vom Programm auf dem Bildschirm ausgegebene Bedingungen.

⁷⁵⁶ Häufig als LIESMICH, README, LIZENZ oder LICENSE bezeichnet, jeweils mit einer dem Dateiformat entsprechenden Extension, meistens TXT oder DOC.

⁷⁵⁷ Brehm, S. 590; Hoeren, Rn. 385 ff.; Köhler/Fritzsche, Rn. 41; Pres, S. 185; Sickinger, S. 84; Marly, Rn. 367.

Überlassung des Programms evtl. eingeschaltete Vermittler räumen lediglich die Möglichkeit ein, ein Programmexemplar zu beziehen. Sie sind jedoch nicht in der Lage, dem Anwender die erforderlichen Nutzungsrechte zu verschaffen. Dies geschieht durch einen unmittelbar zwischen dem Rechtsinhaber und dem Anwender geschlossenen Vertrag⁷⁵⁸. Auch der Inhalt der AGB bezieht sich somit nicht auf das Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler, sondern auf das Verhältnis zwischen Autor und Anwender. Mithin sind die verwendeten AGB in der Regel zur Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Anwender und dem Autor des Freeware-, Shareware- oder Public Domain Programms gedacht.

Möchte der Vermittler AGB in den Vertrag mit dem Anwender einbringen, so muß er eigene Bedingungen verfassen und für deren wirksame Einbeziehung in den Vertrag Sorge tragen.

2. AGB in einer beigelegten Datei

Damit ist zu klären, ob dem Programm in einer Datei beigelegte AGB in den Vertrag zwischen Anwender und Autor gem. § 2 Abs. 1 AGBG einbezogen werden können. Es erscheint möglich, in einem appellativen Dateinamen wie LIESMICH oder README bereits einen ausdrücklichen, schriftlichen Hinweis auf die AGB gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 1. Mod. AGBG zu sehen. Ob das Erfordernis eines ausdrücklichen Hinweises auch für Dateinamen ohne Aufforderungscharakter, aber mit einem aussagekräftigen Namen wie LIZENZ oder LICENSE erfüllt wäre, erscheint bereits bedenklich. Jedenfalls wenn sonstige Dateinamen für die Lizenzbestimmungen gewählt wurden, ist mangels Ausdrücklichkeit des Hinweises eine Einbeziehung der AGB auf diesem Wege nicht mehr anzunehmen.

Die beigelegten AGB könnten jedoch als Hinweis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 2. Mod. AGBG angesehen werden. Ein solcher Aushang ist nur dann ein ausreichender Hinweis auf die AGB, wenn der ausdrückliche Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich wäre⁷⁵⁹. Die vorliegend zu betrachtenden Vertragsschlüsse erfolgen allesamt durch konkludente Handlungen des Anwenders an einem beliebigen Ort⁷⁶⁰. Ein persönlicher Kontakt zwischen beiden Vertragsparteien findet zu diesem Zeitpunkt regelmäßig nicht statt. Die weite Verfügbarkeit der Programme ohne persönlichen Kontakt ist vergleichbar mit dem Bezug von Wa-

⁷⁵⁸ Vgl. zur Einräumung der Nutzungsrechte an Freeware B II 2 c (1), an Shareware B II 2 c (2), an Public Domain B II 2 c (3) und zu den zugehörigen Kausalgeschäften B IV, V.

⁷⁵⁹ Wolf/Horn/Lindacher, § 2, Rn. 19 f.; Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG, Rn. 7.

⁷⁶⁰ Vgl. B II 2 c (1) (b); (2) (a) i; (3). Der Abschluß der Verpflichtungsgeschäfte erfolgt zeitgleich, vgl. B IV 3 b

ren aus Warenautomaten, für die es anerkannt ist, daß das Aushängen der AGB ausreichend ist⁷⁶¹. Bei beiden Vertriebssystemen würde das Erfordernis eines persönlichen Kontakts eine unverhältnismäßige Erschwernis bedeuten. Es ist somit angebracht, das Beilegen von Dateien mit Nutzungsbedingungen entsprechend einem Aushang gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 2. Mod. AGBG zu behandeln und als ausreichend für die Einbeziehung anzusehen⁷⁶².

Beim Beilegen von AGB in einer Datei entsprechend zu beachten ist das Erfordernis, daß Aushänge so anzubringen sind, daß der Vertragspartner sie nicht übersehen kann⁷⁶³. Die Vertragsbedingungen dürfen damit nicht in einer Datei versteckt werden, in der der Anwender sie nicht vermutet. Um als deutlich sichtbarer Aushang bewertet werden zu können, müssen sich die AGB entweder deutlich erkennbar in der Bedienungsanleitung des Programms befinden⁷⁶⁴, oder aber in separaten Dateien, die durch einen aussagekräftigen Dateinamen gekennzeichnet sind⁷⁶⁵. Eine derartige Kennzeichnung ermöglicht dem Anwender in zumutbarer Weise, bei Vertragsschluß, also vor der ersten zum Einsatz des Programms führenden Verwertungshandlung von dem Inhalt Kenntnis zu nehmen, so daß den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG genügt ist. Nicht ausreichend ist demgegenüber ein Hinweis, daß die Bedingungen andernorts, beispielsweise auf einer Website im Internet eingesehen werden können.

3. AGB in einem Bildschirmfenster

Besser noch als die nur in einer beiliegenden Datei enthaltenen AGB, ist für den Anwender ein Hinweis auf solche Vertragsbedingungen erkennbar, die ihm auf dem Bildschirm präsentiert werden, meist verbunden mit der Aufforderung, durch Betätigen einer Taste oder einen Klick mit der Maus auf eine Schaltfläche die Zustimmung zu den Bedingungen zu erklären. Die Interessenlage entspricht der eben dargestellten, so daß sich diese Form der Ermöglichung der Kenntnisnahme nicht nur als ausreichend darstellt. Aufgrund der einfacheren Möglichkeit der Kenntnisnahme durch den Anwender kann diese Art der Präsentation darüber hinaus als die besser geeignete bezeichnet werden.

⁷⁶¹ Palandt/Heinrichs, a.a.O.

⁷⁶² Wohl gegen die Möglichkeit eines Aushanges in diesen Fällen Marly, Rn. 233.

⁷⁶³ Palandt/Heinrichs, § 2 AGBG, Rn. 7.

⁷⁶⁴ Köhler/Fritzsche, Rn. 43, halten dies in der Regel für unüblich und damit überraschend im Sinne des § 3 AGBG, bei den hier betrachteten Vertriebsformen ist dies jedoch durchaus üblich, so daß der Anwender damit rechnet.

⁷⁶⁵ A.A. wohl OLG Köln, CR 1996, 723, 725, das auch den Dateinamen T.DOC ausreichen ließ.

Dennoch werden für den herkömmlichen Vertrieb von Programmen begründete Zweifel⁷⁶⁶ an der Wirksamkeit der Einführung von Vertragsbedingungen in dieser Form geäußert. Zu prüfen ist, inwieweit diese Einwände auch für den Vertrieb von Programmen als Shareware oder Freeware zutreffend sind.

a. Einführung bei Vertragsschluß

Zum einen erfolgt der Hinweis in einem Bildschirmfenster beim herkömmlichen Vertrieb regelmäßig erst nach dem Vertragsschluß mit einem Händler, was gem. § 2 Abs. 1 AGBG für die Einbeziehung in den Vertrag verspätet und damit nicht ausreichend ist⁷⁶⁷. Bei Verträgen über Freeware-, Shareware- und Public Domain-Programme schließt der Anwender jedoch nicht mit einem Händler einen Vertrag, der ein Programm und an diesem einzuräumende Nutzungsrechte zum Gegenstand hat. Verträge mit Dritten beziehen sich hier lediglich darauf, dem Anwender eine faktische Nutzungsmöglichkeit an dem Programm zu verschaffen⁷⁶⁸. Den Vertrag über die Einräumung der Rechte an dem Programm schließt der Anwender erst später, nämlich mit Vornahme der ersten Verwertungshandlung in Kenntnis des Status des Programms als Freeware, Shareware oder Public Domain⁷⁶⁹. Solange die AGB dem Anwender präsentiert werden, bevor er aus sonstigen Äußerungen des Rechtsinhabers darauf schließen kann, daß ihm an der ihm vorliegenden Kopie bestimmte Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen, sind erst diese Bedingungen als Angebot auf die Einräumung von Nutzungsrechten anzusehen⁷⁷⁰, so daß die AGB in der Regel bei Vertragsschluß eingeführt werden. Hinsichtlich der Verwertungshandlungen, die zur Kenntnisnahme der AGB notwendig sind, liegt ein Verzicht des Anwenders auf diejenigen Ansprüche vor, die sich aus der Verletzung der Rechte des Rechtsinhabers ergeben⁷⁷¹.

b. Überraschende Regelung, § 3 AGBG

Des weiteren wird die Wirksamkeit solcher AGB, die dem Nutzer auf dem Bildschirm bei der Installation präsentiert werden, deswegen kritisiert, weil die Handlungen des Anwenders nicht ohne weiteres als konkludent geäußerte Willenserklärung anzusehen seien⁷⁷² bzw. weil die Notwendigkeit eines erneuten Vertragsschlusses für den Anwender überraschend im Sinne des § 3

⁷⁶⁶ Pres, S. 185; Marly, Rn. 379 ff.

⁷⁶⁷ Köhler/Fritzsche, Rn. 44; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2, Rn. 55 ff.; Marly, Rn. 383.

⁷⁶⁸ Vgl. B IV 2 a (2), B V 2.

⁷⁶⁹ Vgl. B II 2 c (1) (b).

⁷⁷⁰ Vgl. B II 2 c (1) (a), (b), (2) (a), (3) (a).

⁷⁷¹ Vgl. B II 2 c (4).

⁷⁷² Köhler/Fritzsche, Rn. 39, 41; Marly, Rn. 379 ff.

AGBG sei⁷⁷³. Der Vertrieb als Shareware, Freeware oder Public Domain unterscheidet sich jedoch grundlegend von dem herkömmlichen Vertrieb. Eine ausdrückliche Annahmeerklärung eines Vertrags liegt hier nicht vor. Meist fehlt es zudem an einem vorhergehenden Vertrag über den Erwerb des Programms⁷⁷⁴, so daß es hier nicht nur gerechtfertigt ist, die Handlungen des Anwenders als schlüssige Willenserklärung anzusehen⁷⁷⁵. Darüber hinaus kann auch der Anwender damit rechnen, daß vor der jedenfalls zunächst kostenfreien Benutzung des Programms der Autor möglicherweise die Art der Nutzung noch näher ausgestalten möchte.

c. Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG

Schließlich wird auch die Art der Präsentation kritisiert, die dem juristisch nicht geschulten Anwender suggeriere, daß die Klauseln unabhängig von einer möglichen Inhaltskontrolle Geltung besäßen⁷⁷⁶. Dies verstoße gegen § 10 Nr. 5 AGBG. § 10 Nr. 5 AGBG gilt jedoch lediglich für die Vertragsdurchführung, nicht für das Stadium des Vertragsschlusses, für das die allgemeinen Regeln Anwendung finden⁷⁷⁷. Bei den vorliegend zu untersuchenden Verträgen fällt die Zustimmung zu den AGB mit dem eigentlichen Vertragsschluß über die Einräumung von Nutzungsrechten zusammen. Zudem ist bei Verträgen über Freeware, Shareware und Public Domain die Auslegung einer Handlung des Anwenders als schlüssige Willenserklärung zulässig⁷⁷⁸, so daß auch insoweit kein Verstoß gegen § 10 Nr. 5 AGBG vorliegt. Und schließlich ist Kennzeichen von »Enter-Vereinbarungen«, daß der Anwender auf die Bedeutung seiner Bestätigung der Bedingungen ausdrücklich hingewiesen wird, so daß auch die von § 10 Nr. 5 AGBG aufgeführten Wirksamkeitsvoraussetzungen als erfüllt angesehen werden müssen.

d. Zwischenergebnis

Damit stellen sich anfänglich vom Programm auf dem Bildschirm angezeigte Vertragsbedingungen für den Freeware-, Shareware und Public Domain-Ver-

⁷⁷³ Pres, S. 185, 181; kritisch hierzu Sickinger, S. 87 ff.

⁷⁷⁴ Bei Verträgen über die entgeltliche Überlassung von Freeware oder Shareware mit Vermittlern wird von diesen ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Gegenstand des Vertrags lediglich Tätigkeiten des Vermittlers sind, nicht jedoch das Programm selbst. Vgl. näher B IV 2 a (2).

⁷⁷⁵ Vgl. näher B II 2 c (1) (b); dies generell für einen zusätzlichen Vertrag zwischen Hersteller und Anwender annehmend Sickinger, S. 85 ff.

⁷⁷⁶ Pres, S. 185, 182.

⁷⁷⁷ Löwe/v. Westphalen/Trinkner, § 10 Nr. 5, Rn. 8; Ulmer/Brandner/Hensen, § 10 Nr. 5, Rn. 8; Wolf/Horn/Lindacher, § 10 Nr. 5, Rn. 7; Palandt/Heinrichs, § 10 AGBG, Rn. 26.

⁷⁷⁸ Vgl. B II 2 c (1) (b).

trieb als gültig dar. Sie sind wegen der besseren Erkennbarkeit gegenüber den bloß in einer Datei beigelegten Bedingungen zu bevorzugen.

4. Sprache

Bei den aus dem anglo-amerikanischen Raum stammenden Vertriebskonzepten kommt es häufig vor, daß nicht nur die Benutzerführung und Ausgaben der Programme, sondern auch deren Anleitungen und AGB in englischer Sprache abgefaßt sind. Die Frage, ob die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme für AGB in englischer Sprache besteht, stellt sich auch beim Abschluß von Verträgen über das Internet. Für diese wird teilweise vertreten, daß aufgrund ständiger geschäftlicher Übung englische AGB und englisch gehaltene Hinweise auf AGB als zumutbar angesehen werden müssen⁷⁷⁹. Beim Vertrieb deutschsprachiger Programme ist allerdings nicht einzusehen, warum dem Programm nicht auch in deutscher Sprache abgefaßte Nutzungsbedingungen beigegeben werden können, zumal sich gerade solche Anwender für deutschsprachige Programme entscheiden, denen die englische Benutzerführung Probleme bereitet. Sofern sich der Anwender aber für ein Programm entscheidet, das in englischer Sprache gehalten ist, ist es dem Anwender auch zumutbar, ebenfalls Nutzungsbedingungen in englischer Sprache zur Kenntnis zu nehmen⁷⁸⁰.

5. Einverständnis

§ 2 Abs. 1 AGBG fordert zudem, daß der Vertragspartner mit der Geltung der Bedingungen einverstanden ist. Wenn der Anwender nach Kenntnisnahme von den AGB Verwertungshandlungen vornimmt, so kann diesem Verhalten der objektive Erklärungswert beigemessen werden, daß der Anwender mit den Bedingungen einverstanden ist. Sofern der Anwender hierbei einen entgegenstehenden Willen äußern würde, würde er sich damit zu seinem tatsächlichen Verhalten in Widerspruch setzen. Seine *protestatio facto contraria* wäre damit unbeachtlich⁷⁸¹. Nichts anderes kann gelten, wenn der Anwender seinen entgegenstehenden Willen nicht äußert, sondern für sich behält. Der Anwender muß es damit als Einverständnis mit den AGB gegen sich gelten lassen, wenn er Verwertungshandlungen vornimmt, die ihm durch den Vertrag gestattet werden sollen⁷⁸². Ein entgegenstehender Wille ist unerheblich.

⁷⁷⁹ Sester, CR 2000, S. 805; zurückhaltender Scherer/Butt, DB 2000, S. 1014.

⁷⁸⁰ Ähnlich Scherer/Butt, DB 2000, S. 1014, die jedenfalls für den Fall eines in englischer Sprache getätigten Vertragsabschlusses die Kenntnisnahme von englischen AGB für zumutbar halten; so auch Schwerdtfeger/Evertz/Kreuzer/Peschel-Mehner/Poeck, S. 35.

⁷⁸¹ Brox, Rn. 200.

⁷⁸² A.A. für Überlassungsverträge generell Köhler/Fritzsche, Rn. 39.

Der Anwender erklärt somit konkludent sein Einverständnis mit den ihm bekannt gemachten Bedingungen gemeinsam mit seiner Annahme des Angebots auf Einräumung der Nutzungsrechte im Zuge der ersten von ihm nach Kenntnisnahme von der »Freigabe« vorgenommenen Verwertungshandlung.

6. Bei der Vollversion von Shareware

Grundlegend verschieden ist der – äußerst seltene – Fall zu behandeln, in dem dem Anwender von Shareware im Anschluß an seine Registrierung, also im Anschluß an die Annahme des Angebotes auf Einräumung von Nutzungsrechten an der Vollversion⁷⁸³, zusammen mit einer Bestätigung, einer Vollversion oder einem Schlüssel zum Freischalten neue AGB übersendet werden, sei es in einer Datei, als Brief, als E-Mail, in einem Bildschirmfenster oder in sonstiger Form. In all diesen Fällen werden die AGB nach dem und nicht bei Vertragsschluß eingeführt, so daß sie gem. § 2 Abs. 1 AGBG nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden sind, sofern keine nachträgliche Änderung des Vertrags vereinbart wurde. Solche AGB sind mithin nicht zu berücksichtigen, es gilt der sich aus dem Vertragszweck ergebende Umfang eingeräumter Nutzungsrechte an der Vollversion⁷⁸⁴, hinsichtlich sonstiger Regelungen die dispositive Gesetzeslage.

Für AGB, die nach § 2 AGBG Vertragsbestandteil geworden sind, ist die Wirksamkeit anhand der §§ 9 bis 11 AGBG zu überprüfen. Da die Softwareüberlassung bei der Registrierung von Shareware nach Kaufvertragsrecht zu beurteilen ist⁷⁸⁵, ergeben sich hinsichtlich der Bewertung der Gültigkeit einzelner Regelungen keine Unterschiede zu auf herkömmlichem Weg überlassenen Programmen⁷⁸⁶.

II. Weitergabe nur ohne Änderungen

Häufig enthalten die dem Programm beigelegten Nutzungsbedingungen den Hinweis, daß das Programm und die zugehörigen Dateien nur ohne Änderung weitergegeben werden dürfen⁷⁸⁷ oder gar nicht geändert und/oder dekompiert werden dürfen⁷⁸⁸. Rechtlich muß eine solche Klausel dahingehend bewertet

⁷⁸³ Vgl. B V 3 a (2).

⁷⁸⁴ Vgl. B II 2 c (2) (b).

⁷⁸⁵ Vgl. B V 3 b (4) (b).

⁷⁸⁶ Vgl. z.B. die ausführliche Darstellung bei Marly, Rn. 328 ff.

⁷⁸⁷ Vgl. z.B. die »Trial-Version Lizenz« von ACD Systems Ltd. zu ACDSee v3.0: »Diese Trial-Version Software darf nur unter den folgenden Bedingungen weitergegeben werden: [...] Es ist Ihnen nicht gestattet, irgendwelche Dateien im Distributionsarchiv zu ändern [...].«

⁷⁸⁸ Vgl. z.B. die »Lizenzbestimmungen« von KFZ-Office v6.0.4 für Windows von Weltz EDV-Beratung: »Das Programm und die Dokumentation dürfen nicht verändert [...] werden.«; vgl. auch die Bedingungen des OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 555 zugrundeliegenden Pro-

werden, daß Umarbeitungsrechte im Sinne des § 69c Nr. 2 S. 1 1. Mod. UrhG sowie das Recht zur Verbreitung dieser Umarbeitungen gem. § 69c Nr. 2 S. 1 2. Mod. UrhG dem Anwender nicht eingeräumt werden sollen. Es stellt sich die Frage, inwieweit eine solche Beschränkung der Nutzungsrechte wirksam ist.

1. Verbot der Weitergabe geänderter Programme

Für Freeware und Shareware ergibt sich die Beschränkung auf die lediglich unmodifizierte Verbreitung des Programms bereits aus dem Zweck der jeweiligen Vertriebsform⁷⁸⁹, so daß eine solche Klausel keine über die Klarstellung hinausgehende Bedeutung hat.

Bei Public Domain-Programmen hingegen ist das Recht zur Verbreitung von modifizierten Programmen regelmäßig bezweckt⁷⁹⁰, so daß das Verbot hier auch eine rechtliche Wirkung entfalten würde, nämlich die dem Nutzer eingeräumten Rechte beschränken würde. Das Recht zur Verbreitung modifizierter Versionen ist nicht von den durch die §§ 69d, 69e UrhG garantierten Mindestrechten erfaßt. Eine derartige Beschränkung der dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechte ist somit gem. den §§ 69a ff. UrhG zulässig.

Da die §§ 69a ff. UrhG, jedenfalls was die Einräumung von Nutzungsrechten angeht, in ihrem dispositiven Teil als Leitbild für Verträge über Computerprogramme angesehen werden können, halten Nutzungsrechtseinschränkungen, die nach den §§ 69a ff. UrhG zulässig sind, auch einer Überprüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG stand.

Klauseln, die die Weitergabe geänderter Programme untersagen, besitzen somit Gültigkeit.

2. Verbot der Änderung von Programmen

Anders sieht es hinsichtlich derjenigen Klauseln aus, die schon die Änderung eines Programms ohne Einschränkungen untersagen. Solche Klauseln sollen das Umarbeitungsrecht gem. § 69c Nr. 2 1. Mod. UrhG komplett ausschließen. Das erscheint insoweit bedenklich, als § 69d Abs. 1 UrhG darauf hinweist, daß für die bestimmungsgemäße Benutzung des Programms einschließlich der Fehlerberichtigung notwendige Handlungen gem. § 69c Nr. 2 UrhG nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers bedürfen. Der Inhalt der bestimmungsgemäßen Benutzung ist im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung festzu-

gramms: »2.1 Das Programm und die dazugehörigen Dateien dürfen in keiner Weise verändert werden.«

⁷⁸⁹ Vgl. B II 2 c (1) (c), (2) (a) v.

⁷⁹⁰ Vgl. B II 2 c (3) (a).

stellen⁷⁹¹. Umarbeitungen zur notwendigen Fehlerbehebung, also keine nützlichen⁷⁹² oder der Programmierleistung des Urhebers entgegenwirkenden⁷⁹³ Änderungen, können dem Anwender nicht untersagt werden⁷⁹⁴, wenn ein entsprechendes Verbot nicht mit der Einräumung einer zumutbaren Möglichkeit der anderweitigen Fehlerbeseitigung durch den Hersteller oder einen Dritten gekoppelt ist⁷⁹⁵. Das Untersagen der Änderung des Programms widerspricht damit der zwingenden Vorschrift des § 69d Abs. 1 UrhG. Fraglich ist, welche Rechtsfolge dieser Verstoß für die einzelne Bedingung sowie den zugrunde liegenden gesamten Vertrag hat.

§ 69g Abs. 2 UrhG verweist nicht auf § 69d Abs. 1 UrhG, so daß auch Klauseln, die die Mindestrechte des Anwenders einschränken, nicht gem. § 69g Abs. 2 UrhG nichtig sind⁷⁹⁶.

Teilweise wird vertreten, daß § 69d Abs. 1 UrhG widersprechende Änderungsverbote als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Überlassungsvertrages gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG bzw. als Einschränkung wesentlicher Vertragspflichten gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam seien⁷⁹⁷. Zweck des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist es, Normen des dispositiven Rechts einer Änderung durch AGB zu entziehen⁷⁹⁸. Abweichungen vom zwingenden Recht hingegen sind durch § 134 BGB, allgemeine Grundsätze oder spezialrechtliche Vorschriften bereits unwirksam. Soweit der Kern der Mindestrechte eingeschränkt werden soll, stellt § 69d Abs. 1 UrhG zwingendes Recht dar, von dem nicht abgewichen werden darf⁷⁹⁹, so daß eine Unwirksamkeit gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG nicht in Betracht kommt. Möglich erscheint deswegen allenfalls ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, sofern man im völligen Ausschluß des Änderungsrechts eine Gefährdung des Vertragszwecks erblickt. Überzeugender erscheint es jedoch, den zwingenden Kern des § 69d

⁷⁹¹Günther, CR 1994, S. 327; Pres, S. 130 f.; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 3; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 7; ebenso OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 338.

⁷⁹²Fromm/Nordemann/Vinck, § 69d, Rn. 3; Schricker, § 69d, Rn. 9, 11.

⁷⁹³OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 338; OLG Karlsruhe, NJW 1996, 2583, 2584; so auch Raubenheimer, CR 1996, S. 72; a.A. König, NJW 1995, S. 3294; Marly, NJW-CoR 1993, S. 24; ebenfalls anders LG Mannheim, NJW 1995, 3322, 3322.

⁷⁹⁴Vgl. auch 17. Erwägungsgrund der Richtlinie, Abl. EG L 122/43 aus 1991; übereinstimmend Lehmann, NJW 1991, S. 2115; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 723; Junker, NJW 1993, S. 825; Pres, S. 131; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 9; einschränkend Raubenheimer, CR 1996, S. 72; ders., CR 1996, S. 343.

⁷⁹⁵OLG Düsseldorf, CR 1997, 337, 338; Schricker/Loewenheim, § 69d, Rn. 11

⁷⁹⁶Fromm/Nordemann/Vinck, § 69g, Rn. 7; Schricker/Loewenheim, § 69g, Rn. 3.

⁷⁹⁷Marly, Rn. 1087.

⁷⁹⁸Becker, Auslegung § 9 Abs. 2 AGBG, S. 103; zust. Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rn. 19; a.A. Hoeren, Rn. 153.

⁷⁹⁹BT-Drucks. 12/4022, S. 12; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 723; Lehmann, NJW 1993, S. 1823.

Abs. 1 UrhG als Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsbefugnis zu verstehen⁸⁰⁰, so daß entgegenstehende Klauseln bereits wegen des Fehlens einer solchen nichtig sind⁸⁰¹.

Klauseln, die den vollständigen Ausschluß der Änderungsbefugnis des Anwenders anordnen, entfalten somit keine Wirkung⁸⁰². Mangels sonstiger vertraglicher Regeln in diesem Bereich gilt somit die Gesetzeslage. Die Einräumung von Nutzungsrechten richtet sich mithin gem. § 31 Abs. 5 UrhG nach dem restriktiv zu ermittelnden Vertragszweck unter Berücksichtigung der durch die §§ 69d, 69e UrhG für Verträge über Computerprogramme gesicherten Mindestrechte. Dem Anwender ist damit jedenfalls die Umarbeitung zur Fehlerkorrektur gestattet⁸⁰³.

3. Verbot der Dekompilierung von Programmen

Auch das völlige Verbot von Dekompilierungen in Vertragsklauseln dient dem Ausschluß des Umarbeitungsrechts gem. § 69c Nr. 2 1. Mod. UrhG. Sofern solche Klauseln einschränkungslos formuliert sind, wird das dem Anwender durch § 69e UrhG garantierte Mindestrecht zu Dekompilierungen versagt, das es ihm ermöglichen soll, Interoperabilität mit anderen Programmen herstellen zu können. Dem entgegenstehende Klauseln sind gem. § 69g Abs. 2 UrhG nichtig. Es gilt dann auch hier mangels sonstiger Regelungen das dispositive Recht, aufgrund dessen dem Anwender die Mindestrechte der §§ 69d, 69e UrhG eingeräumt werden.

III. Beschränkung des Wiederverkaufs

Nicht unüblich ist es, daß der Autor dem Anwender den Verkauf oder Wiederverkauf des Programms durch Nutzungsbedingungen zu untersagen versucht⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰Hierzu bereits B II 2 c (1) (c).

⁸⁰¹Zu den Folgen des Fehlens rechtlicher Gestaltungsmacht vgl. BGHZ 13, 179, 184; BGHZ 40, 156, 160; vgl. auch Müko/Mayer-Maly, § 134, Rn. 5 f.; Palandt/Heinrichs, § 134, Rn. 1.

⁸⁰²A.A. Marly, Rn. 290, der solche Änderungsverbote als zulässige Einschränkung i.S.d. § 32, 3. Mod. UrhG ansieht.

⁸⁰³Zum konkreten Umfang der Nutzungsrechte der einzelnen Vertriebsarten s.o. B II 2 c (1) (c), (2) (a) v; (3) (a).

⁸⁰⁴Vgl. z.B. die »Nutzungslizenz« zu cFos v3.51 von Lueders/Winkler GbR, bezogen nicht auf die frei verteilbare Prüfversion, sondern auf die bezahlte Version: »Dem Lizenznehmer ist es insbesondere untersagt, das Softwarepaket oder einzelne Programmteile an Dritte weiterzugeben oder einem Dritten sonstwie zugänglich zu machen.«

1. Freeware, Public Domain und Prüfversionen der Shareware

a. Weitergabeverbot

Bei Freeware-Programmen und bei der Prüfversion von Shareware stellt sich die Beschränkung des Weiterverkaufs nicht als Problem dar, da hier in der Regel das Verbreitungsrecht beschränkt eingeräumt worden ist, so daß es nur für die unentgeltliche Verbreitung gilt⁸⁰⁵. Für zur Freeware zählende Public Domain Programme ist zwar von einer solchen Beschränkung in der Regel nicht auszugehen, wenn keine Nutzungsbedingungen beigelegt werden⁸⁰⁶. Hinsichtlich der urheberrechtlichen Wirksamkeit einer solchen Beschränkung auch für den Public Domain Bereich von Freeware bestehen jedoch keine Bedenken.

Umfassendere Weitergabe-Beschränkungen verhindern gerade das für den Vertrieb als Freeware oder Prüfversion von Shareware typische Verbreiten von Anwender zu Anwender. Soll gerade diese Art der Verbreitung ausgeschlossen werden, so handelt es sich bei dem Programm trotz gegenteiliger Bezeichnung – *falsa demonstratio non nocet* – nicht um Freeware oder Shareware. Eine Beurteilung der Zulässigkeit der Beschränkung der Weiterverbreitung muß dann anhand des konkreten Vertrags erfolgen.

b. Bedingte Weitergabeverbote

Bedenklich erscheint es auch, die Weitergabe von Freeware oder der Prüfversionen von Shareware von Bedingungen abhängig machen zu wollen, wie beispielsweise von der Übermittlung von Namen und Anschrift des neuen Anwenders. Eine eigene Nutzungsart läßt sich für diese Arten der Beschränkung nicht abgrenzen, so daß lediglich eine schuldrechtliche Einbeziehung in Betracht kommt. Als AGB ist für die Wirksamkeit dieser Bedingungen eine Vereinbarkeit mit § 9 Abs. 2 AGBG erforderlich, sofern die Regelungen wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind.

(1) Wirksame Einbeziehung in den Vertrag

Neben der regelmäßig erfüllten Voraussetzungen des § 2 AGBG⁸⁰⁷ darf eine Klausel nicht überraschend im Sinne des § 3 AGBG sein, um Vertragsbestandteil zu werden. Zweck der Verbreitung eines Programms als Freeware oder Prüfversion von Shareware ist die weite Verbreitung, so daß diese Programme von einem möglichst großen Anwenderkreis möglichst kostengünstig genutzt werden können. Der Autor gibt mit der Freigabe des Programms deut-

⁸⁰⁵ Vgl. B II 2 c. (1) (d).

⁸⁰⁶ Vgl. B II 2 c (3) (a).

⁸⁰⁷ Vgl. soeben, C I.

lich zu erkennen, daß er kein Interesse an einer Kontrolle darüber hat, wo sein Programm eingesetzt wird. Klauseln, die nunmehr dem Anwender auferlegen, bei einer Weitergabe zusätzliche Pflichten erfüllen zu müssen, wie z.B. dem Autor Name und Anschrift des neuen Anwenders mitzuteilen, müssen in der Regel als überraschend gem. § 3 AGBG bezeichnet werden, so daß sie nicht in den Vertrag einbezogen werden⁸⁰⁸.

Etwas anderes kann nur für solche Pflichten gelten, mit deren Vereinbarung der Anwender rechnen mußte. Da es allgemein bekannt ist, daß dem Programm Nutzungsbedingungen beigegeben werden, an die sich der Anwender halten soll, muß jeder Anwender mit der Existenz von Nutzungsbedingungen für ein Freeware- oder Shareware-Programm rechnen. Damit kann eine Beschränkung der Weitergabe nicht als überraschend bezeichnet werden, wenn sie zum Inhalt hat, daß der Anwender verpflichtet werden, die Nutzungsbedingungen bei der Weitergabe auf den neuen Nutzer zu übertragen.

(2) Inhaltliche Wirksamkeit

Sind die Regelungen, die die Weitergabe beschränken, nicht überraschend und damit in den Vertrag einbezogen worden, ist zur Beurteilung ihrer inhaltlichen Wirksamkeit eine Kontrolle anhand von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vorzunehmen. Zu fragen ist also nach einer Vereinbarkeit der Beschränkung der vertragsgemäßen Nutzung mit dem Grundgedanken der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung.

Der Überlassung der zum Ablauf von Freeware erforderlichen Nutzungsrechte liegt ein als Schenkungsvertrag zu behandelnder urheberrechtlicher Nutzungsvertrag zugrunde⁸⁰⁹. § 525 Abs. 1 BGB ist zu entnehmen, daß eine Schenkung mit einer Auflage versehen werden kann. Unter einer Auflage ist auch die Beschränkung in der freien Verfügung über das Schenkungsobjekt zu verstehen⁸¹⁰. Sollte die für den Fall der Weitergabe dem Anwender zusätzliche Pflichten auferlegende Klausel damit Vertragsbestandteil geworden sein, so kann für Freeware von einer wirksamen Vereinbarung ausgegangen werden.

Sofern das Kausalgeschäft der Überlassung der Nutzungsrechte zum Betrieb der Prüfversion von Shareware ebenfalls nach den Regeln des Schenkungsrechts zu beurteilen ist, gilt nichts anderes. Ist der urheberrechtliche Nutzungsvertrag hingegen als unentgeltliche Rechtspacht zu behandeln, so ist für die Bestimmung der vertragsgemäßen Nutzung der vereinbarte Vertragsinhalt

⁸⁰⁸ Ähnlich Marly, Rn. 952, für »Low-Cost-Programme« mit der Begründung, daß der Anwender aufgrund des niedrigen Preises nicht damit rechnet, daß solch ein Aufwand betrieben wird.

⁸⁰⁹ Vgl. B IV 3 b.

⁸¹⁰ Palandt/Putzo, § 525, Rn. 1.

maßgeblich⁸¹¹. Damit widerspricht es nicht den Grundgedanken der Rechtspacht, wenn der Autor durch Vertragsbedingungen den vertragsgemäßen Gebrauch zu definieren sucht.

Insbesondere der Untersagung der Weitergabe für den Fall, daß sich der Erwerber nicht mit den Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt, kann aufgrund der Tatsache, daß jeder Kopie des Shareware-Programms die Nutzungsbedingungen beiliegen, nicht entgegengehalten werden, daß eine solche Pflicht für den Anwender eine unzumutbare Aufbewahrungspflicht hinsichtlich der Vertragsbedingungen konstituiere⁸¹².

(3) Zwischenergebnis

Sowohl bei der Überlassung von Freeware als auch der Prüfversion von Shareware scheidet die wirksame Einbeziehung besonderer Vertragspflichten für den Fall der Weitergabe in der Regel an § 3 AGBG. Inhaltlich spricht jedoch nichts gegen die Vereinbarung solcher Pflichten.

2. Registrierte Vollversion der Shareware

Die Vollversion der Shareware wird nicht wie die Prüfversion über ein Schneeballsystem verteilt. Dementsprechend wird dem Anwender auch kein Recht eingeräumt, die Vollversion beliebig zu vervielfältigen und die Vervielfältigungsstücke zu verbreiten.

Fraglich ist, ob der Shareware-Autor in den für die Vollversion geltenden AGB eine Verbreitung des Vervielfältigungsstückes der Vollversion, das der Anwender rechtmäßig nutzt, untersagen kann. Einem solchen Verbreitungsverbot könnte der Erschöpfungsgrundsatz gem. § 69c Nr. 2 S. 2 UrhG entgegenstehen.

Die Beurteilung, ob der Erschöpfungsgrundsatz auf die registrierte Vollversion von Shareware Anwendung findet, muß abhängig davon erfolgen, ob bei der Registrierung eine vollkommen neue Version an den Anwender übermittelt wurde oder ob die bereits vorhandene Version, gegebenenfalls freigeschaltet, also von Funktionsbeschränkungen sowie Zahlungsaufforderungen und -erinnerungen befreit, weiterverwendet wurde, hier also lediglich ein neues Nutzungsrecht eingeräumt wurde, ohne dem Anwender in irgendeiner Form ein Programm zu übermitteln.

⁸¹¹ Palandt/Weidenkaff, § 535, Rn. 17; Palandt/Putzo, § 581, Rn. 9.

⁸¹² Haberstumpf, Rn. 133; Hoeren, Rn. 175; Köhler/Fritzsche, Rn. 61; Pres, S. 226; Schmidt, Rn. 71; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rn. 279; Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rn. S 143; a.A. OLG Nürnberg, CR 1990, 118, 121; Schuhmacher, CR 2000, S. 649; a.A. auch Marly, Rn. 954, der eine derartige Beschränkung wegen der damit verbundenen Pflicht zur Aufbewahrung der Vertragsbedingungen für Low-Cost-Programme in der Regel ablehnt.

a. Registrierung durch Übersenden einer neuen Programmkopie

Wenn die Registrierung in der Form erfolgt, daß der Autor dem Anwender eine neue Programmkopie ohne Erinnerungsaufforderungen und ohne möglicherweise in der Prüfversion vorhandene Funktionsbeschränkungen überläßt, ist nach der Art der Überlassung der registrierten Version an den Anwender zu differenzieren.

(1) Körperliche Überlassung

Möglich ist zunächst, daß dem Anwender die registrierte Version des Programms körperlich überlassen wird, beispielsweise indem ihm eine Diskette oder CD-ROM mit dem Programm übersandt wird.

(a) Urheberrechtliche Unwirksamkeit

Gegenständlich entfalteten Vertragsbedingungen, die die Weiterveräußerung des Programms ausschließen, wegen eines Verstoßes gegen § 137 S. 1 BGB und den spezielleren Erschöpfungsgrundsatz, § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG, bei den hier zu untersuchenden Überlassungen auf Dauer keine Wirkung⁸¹³, da dem wirtschaftlichen Partizipationsinteresse des Urhebers bereits dadurch genügt wurde, daß er für die Erstverbreitung ein Entgelt verlangen konnte⁸¹⁴.

(b) Schuldrechtliche Wirksamkeit

Der Erschöpfungsgrundsatz regelt jedoch nicht die schuldrechtliche Wirksamkeit von Vereinbarungen, so daß Weiterveräußerungsverbote auf dieser Ebene grundsätzlich möglich sind⁸¹⁵. Auch § 137 S. 2 BGB läßt schuldrechtliche Veräußerungsverbote zu⁸¹⁶. Allerdings unterliegen diese der Kontrolle gem. § 9 AGBG, §§ 14, 16 Nr. 3, 19, 20 GWB und Art. 81, 82 EGV⁸¹⁷.

⁸¹³ Allg. A., Bartsch, CR 1987, S. 8; Hoeren, Rn. 150; Haberstumpf, Rn. 133; Hager, AcP 190, S. 326; Junker, NJW 1991, S. 2121; Henssler, MDR 1993, S. 497; Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Brandi-Dohrn, BB 1994, S. 660; Mäger, CR 1996, S. 525 f.; Polley, CR 1999, S. 348; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; Schrickler/Loewenheim, § 69c, Rn. 32; Marly, Rn. 922; jeweils m.w.N.; so auch OLG Düsseldorf, MMR 1998, 417, 417; a.A. wohl Sucker, CR 1989, S. 469, ohne den Erschöpfungsgrundsatz zu erwähnen.

⁸¹⁴ Sog. first sale doctrine, vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1183; Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Rehbinder, Rn. 209; Schneider, CR 1990, S. 505; näher Omsels, GRUR 1994, S. 165.

⁸¹⁵ Vgl. Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 57.

⁸¹⁶ Palandt/Heinrichs, § 138, Rn. 3.

⁸¹⁷ Lehmann, NJW 1993, a.a.O.

i. Unwirksamkeit nach dem AGBG

Sofern das Programm, wie die Vollversion von Shareware⁸¹⁸, im Rahmen eines kaufrechtlich zu beurteilenden Veräußerungsvertrages überlassen wurde, ist ein Weiterveräußerungsverbot mit den Grundgedanken eines kaufrechtlichen, endgültigen Erwerbs urheberrechtlich geschützter Werke unvereinbar. Es verstößt damit gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG⁸¹⁹. Zudem wird teilweise davon ausgegangen, daß solche Vereinbarungen überraschend im Sinne des § 3 AGBG seien⁸²⁰.

Individualvertraglich bleibt hingegen eine schuldrechtliche Verpflichtung wirksam, das Programm nicht weiterzugeben⁸²¹.

ii. Unwirksamkeit nach dem GWB

Gegen § 16 Nr. 3 GWB kann ein Weitergabeverbot als Vertriebsbeschränkung nur bei Verträgen unter Unternehmen⁸²² verstoßen, sofern im Einzelfall eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt.

Ein Verstoß gegen die §§ 19, 20 GWB ist nur für marktbeherrschende Unternehmen und Kartelle im Sinne der §§ 2 bis 8 GWB möglich. Aufgrund der hobbyistischen Prägung des Shareware-Marktes ist es unwahrscheinlich, daß ein Shareware vertreibendes Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB ist. Sofern dies dennoch der Fall sein sollte, sind der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 19 Abs. 1, 4 GWB bzw. die Diskriminierung oder unbillige Behinderung gem. § 20 GWB immer im Zuge einer Interessenabwägung im Einzelfall festzustellen⁸²³, so daß hier keine abstrakte Beurteilung getroffen werden kann.

⁸¹⁸ Vgl. B V 3 b (4) (b).

⁸¹⁹ Bartsch, CR 1987, S. 9; Hoeren, Rn. 151 ff.; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 722; Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Köhler/Fritzsche, Rn. 59; Brandi-Dohrn, BB 1994, S. 660; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 30; Polley, CR 1999, S. 354; Weitz, S. 172; Marly, Rn. 928 ff.; und aus der Rspr. OLG Bremen, CR 1997, 609, 611; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 494, 494; OLG Nürnberg, NJW 1989, 2634, 2634 f.; a.A. wohl nur Nordemann, CR 1996, S. 9; im übrigen ist § 9 Abs. Nr. 1 AGBG hier anwendbar, da § 69c Nr. 3 S. 2 nur gegenständlich unmittelbar zwingendes Recht ist.

⁸²⁰ OLG Bremen, CR 1997, S. 609, 611.

⁸²¹ Marly, Rn. 926.

⁸²² Dem weiten Unternehmensbegriff des GWB unterfällt jeder, der aktiv und selbständig am Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen teilnimmt, vgl. Immenga/Mestmäcker/Emmerich, § 15, Rn. 12 f.; Langen/Bunte/Bunte, § 1, Rn. 9, 10. Also ist jedenfalls der Shareware-Autor als Unternehmer in diesem Sinn zu qualifizieren.

⁸²³ Polley, CR 1999, S. 351; vgl. auch zur alten Rechtslage Langen/Bunte/Ruppelt, § 22, Rn. 4 ff.

iii. Unwirksamkeit nach den Art. 81, 82 EGV

Möglich ist auch, daß Weitergabeverbote durch Unternehmen gegen die Art. 81, 82 EGV verstoßen⁸²⁴. Im Einzelfall ist für einen Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV insbesondere eine spürbare⁸²⁵ Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erforderlich, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Ein Verstoß gegen Art. 82 EGV setzt dagegen eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung voraus, die mißbräuchlich ausgenutzt wird, sich also im Einzelfall in einem unverhältnismäßigen oder unbilligen Verhalten äußert⁸²⁶. Auch in Bezug auf die Vorschriften des EGV ist eine abstrakte Beurteilung nicht möglich, wenn auch das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht als wahrscheinlich angesehen werden kann.

(c) Bedingte Weitergabe

Neben dem Verbot der Weitergabe kommen noch Klauseln vor, die die Weitergabe nicht völlig untersagen, sondern die Zulässigkeit der Weitergabe von dem Eintritt einer Bedingung oder der Erfüllung einer Pflicht abhängig machen.

i. Abhängigkeit von schriftlicher Zustimmung

Das gleiche wie für Weitergabeverbote gilt, wenn die Weiterveräußerung nicht untersagt, sondern von einer schriftlichen Zustimmung des Rechtsinhabers abhängig gemacht wird, da diese Bedingung einem Weitergabeverbot entspricht, das die Kontrolle des Urhebers über die Werkstücke ungerechtfertigt ausweitet⁸²⁷.

ii. Einverständnis des Erwerbers mit den AGB

Es ist allerdings möglich, die Zulässigkeit der Weiterveräußerung davon abhängig zu machen, daß sich der Erwerber mit den ursprünglichen Vertragsbedingungen einverstanden erklärt, zumal bei Shareware die jeweiligen Vertragsbedingungen immer dem Programmpaket beiliegen und zusätzlich mit jeder Prüfversion verteilt werden. Eine derartige Weitergabebeschränkung ist weder überraschend für den Shareware-Anwender⁸²⁸, noch bürdet sie ihm

⁸²⁴ Lehmann, NJW 1993, S. 1825; Polley, CR 1999, S. 352.

⁸²⁵ De minimis-Regel; Streinz, Rn. 817; zum Umfang vgl. Bagatellbekanntmachung der EG-Kommission, Abl. EG C 370/13 aus 1997.

⁸²⁶ Streinz, Rn. 831.

⁸²⁷ Hoeren, Rn. 166; Pres, S. 224 f.; Marly, Rn. 951; differenzierend Schmidt, Rn. 72.

⁸²⁸ Vgl. C III 1 b (1).

aufgrund der verbreiteten Verfügbarkeit der Nutzungsbedingungen belastende, unzumutbare Aufbewahrungspflichten auf⁸²⁹.

iii. Sonstige Pflichten für den Anwender

Sofern die Weitergabe unter der Bedingung gestattet wird, daß dem Rechtsinhaber Daten wie die Anschrift des neuen Anwenders übermittelt werden, läßt sich keine eigene Nutzungsart abgrenzen, so daß eine gegenständliche Beschränkung des Verbreitungsrechts ausscheidet. Aber für den Fall der Vereinbarung durch AGB stehen auch der schuldrechtlichen Wirksamkeit Bedenken gegenüber.

(i) Einbeziehung in den Vertrag, § 3 AGBG

Zum einen handelt es sich bei Shareware in der Regel um kostengünstige Programme. Bei derartigen Programmen rechnet der Anwender nicht mit Beschränkungen des Weiterverkaufs, da der hierfür erforderliche Verwaltungsaufwand schon wirtschaftlich unsinnig wäre. Grundsätzlich ist damit für die niedrigpreisigen Shareware-Programme bereits die wirksame Einbeziehung solcher Klauseln gem. § 3 AGBG fraglich⁸³⁰.

(ii) Inhaltliche Wirksamkeit, § 9 AGBG

Zum anderen widersprechen Beschränkungen der Weitergabe dem Charakter der Überlassung der Vollversion von Shareware als kaufweise erfolgende, endgültige Überlassung zur freien Verfügung⁸³¹. Die durch diesen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG hervorgerufene Vermutung der Unwirksamkeit ist jedoch widerlegbar⁸³². Überwiegende Interessen des Herstellers an der Wirksamkeit von Klauseln dieser Art werden häufig damit begründet, daß die Kenntnis der berechtigten Benutzer zur Vereinfachung der Verfolgung von Raubkopien führt. Aufgrund der hohen Verletzlichkeit von Programmen gegenüber Raubkopien sei das Interesse an dieser Kenntnis berechtigt⁸³³. Im Bereich der Shareware ist die Wirksamkeit solcher Klauseln aber zu bezweifeln. Häufig weisen schon die Prüfversionen von Shareware-Programmen einen Funktionsumfang auf, der dem der Vollversion entspricht, damit der Anwender dem Testbetrieb aussagekräftige Ergebnisse über die Eignung des Pro-

⁸²⁹ Vgl. C III 1 b (2) und die Nachweise dort.

⁸³⁰ Vgl. ausführlich unter C III 1 b (1).

⁸³¹ Vgl. B V 3 b (4) (b).

⁸³² Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rn. 17.

⁸³³ Köhler/Fritzsche, Rn. 61; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rn. 279; i.E. übereinstimmend Hoeren, Rn. 170 f.; einschränkend Marly, Rn. 952, für Programme unterhalb von 100 DM.

gramms entnehmen kann. Diese Prüfversionen sind ohne Kontrolle des Autors frei verteilbar. Weist die Vollversion von Shareware lediglich denselben Funktionsumfang wie die Prüfversion auf, so hat der Autor selbst den Funktionsumfang der Vollversion allen potentiellen Anwendern zur Verfügung gestellt. Der systembedingte Fall der Piraterie ist in diesen Fällen derjenige, daß die Prüfversion nicht nur zum Test und innerhalb der Testzeit, sondern auf Dauer im regulären Betrieb verwendet wird. Die Kenntnis über die Nutzer der Vollversion ermöglicht keine Vereinfachung der Verfolgung dieser »Raubkopien«. Es kann mithin kein überwiegendes Schutzinteresse des Autors an der Kenntnis der berechtigten Nutzer zur Wirksamkeit der beschränkten Weitergabe ins Feld geführt werden.

(iii) Zwischenergebnis

Vorausgesetzt, daß solche Klauseln überhaupt in den Vertrag einbezogen sind, rechtfertigen bei Vollversionen von Shareware keine Interessen des Autors Beschränkungen der Verbreitung, die für den Anwender mit einem recht hohen Aufwand verbunden sind. Eine Ausnahme ist hier nur denkbar für Vollversionen, die sich funktionell erheblich von der frei verbreitbaren Prüfversion unterscheiden und zu einem Preis registriert werden müssen, der dem hochpreisiger, auf herkömmlichem Weg überlassener Programme entspricht.

(2) Unkörperliche Überlassung

Häufig kommt es auch vor, daß dem Anwender die registrierte Version des Programms unkörperlich überlassen wird, beispielsweise durch Übersendung per E-Mail. Da der Rechtsinhaber kein Interesse daran hat, unbeschränkte Versionen ohne shareware-typische Zahlungsaufforderungen oder Funktionsbeschränkungen der Öffentlichkeit zu überlassen, dürfte es sich hierbei immer um eine direkte Übermittlung handeln, die nur dem jeweils registrierten Anwender zugänglich ist.

Fraglich ist, ob es sich auch bei dieser Überlassungsart um ein Verbreiten im Sinne des § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG handelt, so daß die gerade für die körperliche Überlassung dargestellten, auf der Erschöpfung beruhenden Überlegungen auch hier Anwendung finden.

Für die Definition des Begriffs des Verbreitens im Sinne des § 69c Nr. 3 S. 1 UrhG ist mangels spezieller Definition im Bereich der Computerprogramme die allgemeine Definition des § 17 Abs. 1 UrhG heranzuziehen⁸³⁴. Als Verbreiten ist es also anzusehen, wenn der Rechtsinhaber das Original oder Ver-

⁸³⁴ Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 21.

vielfältigungsstücke des Programms der Öffentlichkeit anbietet oder in Verkehr bringt.

Daß die Übertragung unkörperlich im Wege der Datenfernübertragung erfolgt, steht der Einordnung als Verbreitung nicht im Wege⁸³⁵. Zudem ist auch die Überlassung einzelner Werkstücke für eine Verbreitung ausreichend, sofern es an einer persönlichen Verbundenheit zwischen Absender und Empfänger fehlt⁸³⁶, so daß der Öffentlichkeitsaspekt auch bei einer Punkt-Zu-Punkt-Übertragung der registrierten Version an den Anwender gegeben ist. Mit der Übermittlung an den Anwender ist das Programm in Verkehr gebracht. Somit stellt sich auch die unkörperliche Überlassung als Verbreiten dar. Im Zuge der ersten Überlassung erschöpft sich also auch das Verbreitungsrecht an der unkörperlich überlassenen Vollversion der Shareware gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG.

Klauseln, die den Weiterverkauf untersagen, sind somit auch bei unkörperlich überlassenen Programmen urheberrechtlich wegen Verstoßes gegen den Erschöpfungsgrundsatz und in AGB wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Sie unterliegen in individualvertraglichen Vereinbarungen der Kontrolle durch die §§ 16 Nr. 3, 19, 20 GWB und Art. 81, 82 EGV.

b. Registrieren durch Freischalten der Prüfversion

Anderes könnte für Vollversionen gelten, die durch Freischaltung der Prüfversion mittels eines Schlüssels von den Beschränkungen der Prüfversion befreit wurden. Das vom Anwender genutzte Programmexemplar ist dabei mit demjenigen identisch, für das ihm vom Rechtsinhaber bereits mit der ersten Verwertungshandlung nach Kenntnisnahme von der Shareware-Eigenschaft ein Verbreitungsrecht eingeräumt worden ist. Sobald der Anwender den Schlüssel zum Freischalten der Prüfversion erhält, werden ihm gleichzeitig neue, zeitlich unbeschränkte Nutzungsrechte eingeräumt⁸³⁷. Der Anwender nutzt somit auch nach der Registrierung das ihm ursprünglich als Prüfversion überlassene Programm, jedoch werden ihm hierzu im Zuge der Registrierung neue Nutzungsrechte eingeräumt. Es ist zu klären, ob und wann sich das Verbreitungsrecht an der Kopie des Shareware-Programms im Zuge dieser Überlassungen erschöpft.

⁸³⁵ Vgl. B II b 2 (5).

⁸³⁶ BGHZ 113, 159, 162; Fromm/Nordemann, § 17, Rn. 3; Melichar, CR 1995, S. 758; Waldenberger, ZUM 1997, S. 181.

⁸³⁷ Vgl. B II 2 c (2) (b).

(1) Erschöpfung des Verbreitungsrechts

Voraussetzung für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts ist gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG, daß die Kopie des Programms im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wurde. Dies könnte bereits geschehen sein, als der Anwender die Kopie der noch nicht freigeschalteten Prüfversion erhalten hat. Der hierbei erfolgenden Einräumung von Nutzungsrechten liegt in der Regel ein Vertrag zugrunde, der nur selten Elemente der Schenkung als endgültiger Entäußerung enthält, meist und insbesondere im Hinblick auf hier interessierende Kopien, die in Vollversionen umgewandelt werden sollen, jedoch als unentgeltliche Rechtspacht anzusehen ist⁸³⁸. Entscheidend für das Vorliegen einer Veräußerung ist nicht die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 433 ff. BGB, sondern daß sich der Berechtigte endgültig der Verfügungsmöglichkeit über die Werkstücke begibt⁸³⁹. Es ist somit nicht auf die Einräumung der Nutzungsrechte abzustellen, sondern nur auf die Überlassung der Programmkopie. Eine Pflicht zum Löschen oder Vernichten der Programmkopien wird dem Anwender zu keiner Zeit auferlegt. Erlöschen soll lediglich das Recht zum Einsatz der Programmkopien nach Ablauf der Testphase. Auch dann soll der Anwender das Programm jedoch auf Datenträgern speichern und weitergeben dürfen. Insofern begibt sich der Autor vollends der Kontrolle über die Programme. Diese sind mithin im Wege der Veräußerung in den Verkehr gelangt. Im Zuge dieser Überlassung hat sich das Verbreitungsrecht an der Programmkopie erschöpft, § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG.

(2) Auflösend bedingt eingeräumtes Verbreitungsrecht

Zwar sind dem Anwender die Nutzungsrechte zur Erstellung von Kopien zur Verbreitung gem. § 69c Nr. 1 S. 1 UrhG und diejenigen zur Verbreitung dieser Kopien gem. § 69c Nr. 3 S. 1 2. Mod. UrhG unter der auflösenden Bedingung der Umwandlung der Prüfversion zu einer Vollversion eingeräumt worden. Bezöge man diese auflösende Bedingung allerdings auch auf die Einräumung des Verbreitungsrechts an der vom Anwender genutzten Kopie gem. § 69c Nr. 3 S. 1 1. Mod. UrhG, so würde dies dazu führen, daß der Urheber die Verbreitung des Programms über die Erstverbreitung hinaus in beliebigen Stufen kontrollieren könnte, letztlich also zu einer Umgehung der Erschöpfungsgrundsatzes. Eine solche Bedingung könnte damit nicht wirksam vereinbart werden. Mithin bleibt es bei der Erschöpfung des Verbreitungsrechts an der vom Anwender eingesetzten Kopie der Prüfversion auch, nachdem der Anwender diese zu einer Vollversion freigeschaltet hat.

⁸³⁸ Vgl. B V 3 b (4) (a).

⁸³⁹ Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 8; Schricker/Loewenheim, § 69c, Rn. 34.

(3) Ergebnis

Folglich kann auch in den Fällen, in denen die Registrierung des Shareware-Programms in der Form durchgeführt wird, daß die Testversion mittels eines Schlüssels freigeschaltet wird, nichts anderes gelten als bei den anderen Fällen der Registrierung von Shareware. Gegenständlich stellt die Beschränkung der Weiterveräußerung einen Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz dar, schuldrechtlich sind Klauseln, die den Weiterverkauf untersagen, wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Individualvertraglich unterliegen sie ferner der Kontrolle durch die §§ 16 Nr. 3, 19, 20 GWB und Art. 81, 82 EGV.

c. Verbot der Übertragung notwendiger Vervielfältigungsrechte

Denkbar ist jedoch, daß der Urheber, der die freie Verbreitung der Vollversionen wegen der eingetretenen Erschöpfung nicht verhindern kann, dem Anwender die Übertragung der zur Nutzung des Programms erforderlichen Vervielfältigungsrechte auf den neuen berechtigten Anwender untersagen möchte. Gem. § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG muß der Urheber einer Übertragung von Nutzungsrechten zustimmen.

Sofern durch die §§ 69d Abs. 2, 3, 69e UrhG gesicherte Mindestrechte betroffen sind, stellt sich das vom Urheber angestrebte Verbot als Widerspruch zu den genannten Normen dar, so daß die entsprechenden vertraglichen Regelungen unmittelbar gem. § 69g Abs. 2 UrhG nichtig sind.

Näher zu untersuchen ist, ob das Übertragen von Nutzungsrechten, die zum zwingenden Kern des § 69d Abs. 1 UrhG gehören, verboten werden kann. Es muß hierbei der Charakter von § 69d Abs. 1 UrhG als zwingende Inhaltsnorm berücksichtigt werden, die die privatautonome Rechtsmacht des einzelnen beschränkt⁸⁴⁰. Der Urheber kann dem neuen Anwender bei einem unmittelbar zwischen ihnen geschlossenen Vertrag die Einräumung der erforderlichen Mindestrechte nicht verweigern. Die Rechtsmacht des Urhebers muß insofern beschränkt sein, um dem Anwender die in den Erwägungsgründen zur Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen⁸⁴¹ geforderten Mindestrechte zu gewährleisten. Diese Beschränkung muß dann aber auch bei einer Übertragung von Nutzungsrechten im Rahmen einer zulässigen Verbreitung des Programms greifen. Könnte der Urheber zwar nicht die Verbreitung, aber dennoch die Weiterübertragung der zur Nutzung mindestens erforderlichen Vervielfältigungsrechte verbieten, so wäre es nicht gewährleistet, daß jeder Anwender in den Genuß der Mindestrechte käme. Des weiteren würde ein

⁸⁴⁰ Vgl. B II 2 c (1) (c).

⁸⁴¹ 17. Erwägungsgrund, Abl. EG L 122/1991, S. 43.

Verbot der Weiterübertragung der zur Nutzung notwendigen Vervielfältigungsrechte auch dem Gedanken des Erschöpfungsgrundsatzes zuwider laufen, tatsächlich also auf eine Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes hinauslaufen. Auch aus diesem Grund kann der Rechtsinhaber nicht berechtigt sein, die Weiterübertragung der Mindestrechte zu verbieten⁸⁴². Der Urheber darf somit seine Zustimmung zur Weiterübertragung der Nutzungsrechte nach Treu und Glauben nicht verweigern, § 34 Abs. 1 S. 2 UrhG⁸⁴³.

Dem entgegenstehende Klauseln in AGB sind wegen eines Verstoßes gegen den Erschöpfungsgrundsatz gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 ABGB unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken des Urheberrechts unvereinbar sind.

IV. Beschränkung auf privaten Gebrauch

Untersucht werden soll weiterhin die Wirksamkeit von Regelungen, die dem Anwender von Shareware, Freeware oder Public Domain die Nutzung nur in bestimmter Form gestatten, meist nur den privaten Gebrauch, nicht den kommerziellen⁸⁴⁴.

1. Urheberrechtliche Wirksamkeit

Für die urheberrechtliche Wirksamkeit solcher Beschränkungen von Nutzungsrechten ist ausschlaggebend, ob diese sog. »field-of-use« Beschränkungen des Nutzungsrechts zulässig sind. Dies ist dann der Fall, wenn sich der private Gebrauch gegenüber dem kommerziellen als eigenständige Nutzungsart darstellt, also als eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung⁸⁴⁵. Wirtschaftlich wird vom Urheber eine Differenzierung zwischen privatem und gewerblichem Einsatz dazu genutzt, um für die gewerbliche Nutzung eine höhere Vergütung zu erzielen, was aufgrund der höheren wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gewerblicher Nutzer für gerechtfertigt gehalten werden kann. Technisch gesehen stellt ein Programm unabhängig vom Einsatzgebiet allerdings jeweils dieselben Funktionen bereit. Unabhängig davon, ob es zu Erwerbszwecken eingesetzt wird oder nicht, müssen intern jeweils dieselben Befehlsabläufe stattfinden und vom Anwender dieselben Eingaben vorgenommen werden. Befindet

⁸⁴² Auf den Widerspruch zum Erschöpfungsgrundsatz weist auch Haberstumpf, Rn. 133, hin.

⁸⁴³ A.A. Köhler/Fritzsche, Rn. 61, die in § 69d Abs. 1 UrhG eine gesetzliche Lizenz sehen und eine Übertragung von Nutzungsrechten nicht für erforderlich halten.

⁸⁴⁴ Vgl. die Nutzungsbedingungen für DOS Command Center v5.0 von Daniel Pantke: »Jede gewerbliche Nutzung dieses Produkts [...] ist, ohne mein Einverständnis, nicht gestattet.«

⁸⁴⁵ Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 7. m.w.N.; für Computerprogramme ausdrücklich anders Zahrnt, CR 1994, S. 456 f.

sich ein Programm erst einmal im Umlauf, so kann die kommerzielle Version regelmäßig nicht von derjenigen unterschieden werden, die zum privaten Gebrauch gedacht ist. Auch wenn wirtschaftlich ein höheres Entgelt von gewerblichen Anwendern für den Urheber von Programmen wünschenswert ist, eine unterschiedliche Vermittlung des Werkgenusses an private und gewerbliche Anwender und damit eine eigenständige Nutzungsart der gewerblichen Nutzung läßt sich nicht abgrenzen. Damit entfaltet das Verbot gewerblicher Nutzung keine gegenständliche Wirkung⁸⁴⁶.

2. Schuldrechtliche Wirksamkeit nach dem AGBG

Da »field-of-use«-Klauseln keine gegenständliche Wirkung entfalten, kommt nur eine schuldrechtliche Vereinbarung in Betracht. Sofern die Beschränkung auf den privaten Einsatz als Klausel in AGB vereinbart werden soll, muß sie einer Prüfung nach dem AGBG standhalten. Da die Prüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG anhand des Grundgedankens der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelungen zu erfolgen hat, ist für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Klauseln nach der Art des Kausalgeschäfts zu differenzieren.

a. Schenkungsvertrag

Der Einräumung der Nutzungsrechte zum Betrieb des Programms liegt bei der Überlassung von Freeware ein Schenkungsvertrag zugrunde⁸⁴⁷. Der zu prüfenden Klausel zufolge soll der Beschenkte das Programm nicht zu Erwerbszwecken einsetzen, also die Nutzung zu Erwerbszwecken unterlassen. Eine Verpflichtung des Beschenkten zu einem Unterlassen ist als zur Schenkung hinzugefügte Auflage gem. § 525 Abs. 1 BGB zu verstehen⁸⁴⁸ und als solche zweifellos möglich und auch mit den Grundsätzen einer Schenkung zu vereinbaren⁸⁴⁹. Die Vereinbarung eines Verbots kommerzieller Nutzung in AGB hält somit einer Überprüfung nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG stand.

Für Freeware kann damit der kommerzielle Einsatz wirksam untersagt werden. Dieses Verbot wirkt lediglich schuldrechtlich, muß also wirksam mit dem jeweiligen Anwender vereinbart worden sein. Erhält dieser sein Nutzungsrecht unmittelbar vom Autor eingeräumt, bestehen an einer wirksamen Vereinbarung dieser Klausel durch die AGB des Autors keine Zweifel. Wird dem An-

⁸⁴⁶Eine Differenzierung im Hinblick auf das Partizipationsinteresse des Urhebers für nicht sachgerecht haltend Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; übereinstimmend Marly, Rn. 291; für Werkstücke im allgemeinen so auch BGH, GRUR 1986, 736, 737; Rehbinder, Rn. 310; für die Möglichkeit eines Ausschlusses der Nutzung zu kommerziellen Zwecken Herberger, IuR 1987, S. 87, allerdings ohne die Zulässigkeit einer solchen Beschränkung zu erörtern.

⁸⁴⁷Vgl. B IV 3 b.

⁸⁴⁸Palandt/Putzo, § 525, Rn. 1.

⁸⁴⁹So auch Marly, Rn. 292.

wender jedoch keine neue Kopie überlassen, sondern eine, an der bereits einem anderen Anwender Nutzungsrechte eingeräumt worden sind, die also zuvor von einem anderen Anwender eingesetzt wurde, so ist das Verbot kommerzieller Nutzung nur dann wirksam vereinbart, wenn der alte Anwender zusammen mit den Nutzungsrechten auch die schuldrechtlichen Beschränkungen des Nutzungsrechts auf den neuen Anwender übertragen hat.

b. Unentgeltliche Rechtspacht

Hinsichtlich der Prüfversion von Shareware liegt der Einräumung von Nutzungsrechten zum Einsatz des Programms als Kausalgeschäft ein urheberrechtlicher Nutzungsvertrag zugrunde, der als unentgeltliche Rechtspacht zu behandeln ist⁸⁵⁰, auf den also die Regeln der Pacht anzuwenden sind, sofern diese nicht der Unentgeltlichkeit des Vertrags widersprechen⁸⁵¹. Wer sich der Herrschaft über das Vertragsobjekt begibt, kann sowohl für die Rechtspacht als auch für die Leihe festlegen, in welcher Weise von dem Vertragsobjekt Gebrauch gemacht werden darf, wie sich aus den §§ 581 Abs. 2, 541 BGB bzw. § 603 S. 1 BGB ergibt. Eine vertragliche Festlegung der Art und Weise der Nutzung des Rechts ist insofern nach den Regeln der Rechtspacht möglich und widerspricht auch nicht dem unentgeltlichen Charakter des Rechtsgeschäfts. Eine schuldrechtliche Beschränkung des Gebrauchs der Nutzungsrechte zum privaten Einsatz des Programms ist mithin auch in AGB möglich. Voraussetzung ist lediglich, daß die AGB auch mit dem jeweiligen Nutzer vereinbart worden sind⁸⁵².

c. Kaufvertrag

Auf die der Überlassung der Vollversion von Shareware zugrunde liegenden Kausalgeschäfte schließlich ist durchgängig Kaufrecht anzuwenden⁸⁵³. Auch für diese Verträge ist danach zu fragen, ob die Vereinbarung einer Beschränkung auf nicht kommerzielle Nutzung in AGB zulässig ist. Nicht zurückgegriffen werden kann für diese Frage auf den in § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG normierten Erschöpfungsgrundsatz, der sich allein auf das Verbreitungsrecht bezieht⁸⁵⁴, das nicht zu den hier betrachteten Nutzungsrechten zum Ablaufenlassen des Programms zu zählen ist. Charakteristisch für die kaufweise Überlassung ist, daß diese gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zur freien Verfü-

⁸⁵⁰ Vgl. B V 3 b (4) (a).

⁸⁵¹ S.o., Fn. 716.

⁸⁵² Vgl. die Anm. soeben unter a.

⁸⁵³ Vgl. B V 3 b (4) (b) ii (i)-(iii).

⁸⁵⁴ Fromm/Nordemann, § 17, Rn. 8; Fromm/Nordemann/Vinck, § 69c, Rn. 6; Schricker/Loewenheim, § 17, Rn. 35; Schricker/v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn. 34; für CPU-Klauseln so auch Hoeren, Rn. 218.

gung erfolgt⁸⁵⁵. Möglicherweise in AGB vereinbarte Nutzungsbeschränkungen können zur Bestimmung des Vertragstyps nicht herangezogen werden⁸⁵⁶, vermögen also diesen Charakter des Vertrags nicht zu verändern. Versucht der überlassende Vertragspartner, die Freiheit des Gebrauchs des Programms derart zu beschränken, daß er den Einsatz zu Erwerbszwecken untersagt, so widerspricht eine solche Klausel dem Charakter der Überlassung als einer solchen zur freien Verfügung, verstößt also gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG⁸⁵⁷. Sofern sich der Verkäufer mit solchen Klauseln von der Pflicht zur Verschaffung einer eigentümerähnlichen Stellung befreien will, verstößt eine solche Klausel zudem gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG.

Demzufolge erscheint allein die individualvertragliche Vereinbarung einer solchen Klausel möglich. Diese entfaltet für spätere Anwender nur dann Wirkung, wenn die Nutzungsbeschränkungen vom früheren Anwender wirksam übertragen wurden.

d. Ergebnis

Eine Beschränkung auf den nichtkommerziellen Einsatz kann für Freeware und die Prüfversion von Shareware wirksam in AGB vereinbart werden. Hinsichtlich der Vollversion von Shareware entfalten solche Regelungen in AGB keine Wirkung, hier ist eine individualvertragliche Vereinbarung erforderlich.

V. Alleinvertriebsrecht

Teilweise finden sich in den Nutzungsbedingungen für Shareware-, Freeware- und Public Domain-Programme Bestimmungen, denen zufolge das Programm nur von bestimmten Personen verbreitet werden darf⁸⁵⁸. Diese Klauseln müssen so verstanden werden, daß der Autor nicht jedem Anwender die zur Verbreitung erforderlichen Nutzungsrechte einräumen möchte. Hinsichtlich der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung ist zunächst festzustellen, daß es zweifellos möglich ist, statt vielen Personen lediglich ausgewählten Personen ein Nutzungsrecht zur Verbreitung einzuräumen.

⁸⁵⁵ So die h.M., vgl. BGH, NJW 1988, 406, 406 f. und OLG Düsseldorf, CR 1990, 122, 124; Engel, BB 1985, S. 1162; Kilian/Heussen/Heussen, Kap. 21, Rn. 43; Köhler, CR 1987, S. 830; König, Rn. 669; Zahrt, BB 1996, S. 444; Marly, Rn. 170 f.; vgl. i.ü. die Nachweise unter B III 1 a.

⁸⁵⁶ König, Rn. 614; v. Westphalen, NJW 1982, S. 2470; jeweils m.w.N.; problematisch wird die gegenteilige Ansicht insbesondere in den Fällen, in denen man anhand der AGB und nicht anhand des Vertragsgegenstandes Grundgedanken des Vertragstyp bestimmt, um dann anschließend mit diesem Grundgedanken die Gültigkeit der AGB zu begründen.

⁸⁵⁷ In einer Beschneidung der Freiheit beliebiger Nutzung sieht auch Marly, Rn. 999, einen Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG; ebenso Wolf/Horn/Lindacher, § 9, S 145.

⁸⁵⁸ Ein solches Alleinvertriebsrecht lag LG München I, CR 1993, 143 zugrunde.

Zu beachten ist allerdings, daß ein solches Vorgehen nicht nur dem Sinn und Zweck eines Vertriebs nach dem Shareware- bzw. Freeware-Konzept widerspricht⁸⁵⁹. Die Beschränkung des Verbreitungsrechts macht gerade die für diesen speziellen Vertriebsweg typische Verbreitung in einem Schneeballprinzip durch die freie Weitergabe unmöglich. Der Autor setzt sich mit einer solchen Beschränkung also in Widerspruch zu seiner Erklärung, das Programm als Freeware, Shareware oder Public Domain verbreiten zu wollen. Nach den ebenfalls auf urheberrechtliche Verträge anwendbaren⁸⁶⁰ bürgerlich-rechtlichen Auslegungsregeln kann sich ein Vertragspartner, nachdem er aus seinem früheren Verhalten Vorteile gezogen hat, nicht auf ein neuerliches, widersprüchliches Verhalten berufen⁸⁶¹. Aus dem dargestellten grundsätzlichen Widerspruch läßt sich somit schon folgern, daß sich der Autor nach der Bezeichnung und dem Zurverfügungstellen eines Programms als Prüfversion von Shareware oder als Freeware nicht darauf berufen darf, die zur Verbreitung notwendigen Nutzungsrechte nicht erteilt zu haben. Jedenfalls aber wenn der Autor bereits von der freien Verbreitung insofern profitiert hat, als er für die Verbreitung seines Programms keine eigenen finanziellen Aufwendungen treffen mußte, ist es ihm nicht mehr möglich, sich darauf zu berufen, nie die Nutzungsrechte zur Verbreitung eingeräumt zu haben.

VI. Verbot des Weiterverbreitens auf CD-ROM

Häufig finden sich in den Nutzungsbedingungen Hinweise, denen zufolge die Weiterverbreitung des Programms auf einer CD verboten oder nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Rechtsinhabers gestattet sein soll⁸⁶². Bei der Betrachtung derartiger Bestimmungen ist zu differenzieren. Zum einen muß der Ausschluß der Weiterverbreitung auf dem Transportmedium CD-ROM betrachtet werden. Zum anderen hat diese Beschränkung häufig den Sinn, die kommerzielle Verbreitung⁸⁶³ oder das Verbreiten gemeinsam mit anderen Programmen oder Produkten zu untersagen⁸⁶⁴, so daß die Wirksamkeit solcher Kopplungsverbote⁸⁶⁵ ebenfalls zu untersuchen ist.

⁸⁵⁹ LG München I, CR 1993, 143, 144; Pres, S. 191; Schulz, CR 1990, S. 298; Marly, S. 145, Fn. 405; a.A. nur Heymann, CR 1991, S. 10.

⁸⁶⁰ Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 9 f.

⁸⁶¹ Venire contra factum proprium, vgl. Palandt, § 242, Rn. 57.

⁸⁶² Vgl. die »Shareware Distribution Notice« zu SuperClip 2.5 von Andromeda Software: »*For permission to distribute SCLIP250.ZIP on CD-ROM, please contact Andromeda Software [...].*«

⁸⁶³ Dazu bereits B II 2 c (1) (d).

⁸⁶⁴ Vgl. README.TXT zu Easy Icons 95 von Paul Traver: »*This software may not be copied to any CD-ROM shareware libraries without the expressed written consent of the author.*«

⁸⁶⁵ Deutlich, ohne Bezug zur Verbreitung auf CD-ROM, z.B. die »Lizenzbestimmungen« zu CrossPoint v3.12 von Peter Mandrella: »[...] *das Bündeln mit anderen Produkten ist nur mit aus-*

1. Ausschluß des Transportmediums CD-ROM

a. Urheberrechtliche Wirksamkeit

Gegenständlich ließe sich das Verbot der Verbreitung auf CD-ROM nur dann wirksam vereinbaren, wenn es sich bei der Verbreitung auf CD-ROM um eine eigene Nutzungsart handeln würde, also um eine nach der Verkehrsauffassung als solche hinreichend klar abgrenzbare, wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig sich abzeichnende konkrete Art und Weise der Nutzung⁸⁶⁶.

Soweit Verlage ihre Produkte zusätzlich zu den herkömmlichen Printmedien auf CD-ROM vertreiben, ist darin eine selbständige neue Nutzungsart zu sehen, da sich CD- und Printausgabe nicht nur technisch und äußerlich unterscheiden, sondern auch wirtschaftlich selbständige Funktionen erfüllen⁸⁶⁷.

Im Bereich der Datenverarbeitung unterscheidet sich der Vertrieb des Programms auf CD-ROM von demjenigen auf Diskette dagegen hauptsächlich dadurch, daß die CD-ROM eine größere Datenkapazität hat. Das führt dazu, daß möglicherweise noch weitere Programme auf dem Datenträger gespeichert werden können, was aber letztendlich auch bei Disketten nicht ausgeschlossen werden kann. Als technischer Unterschied verbleibt damit, daß verschiedene Bauteile im Computer zum Lesen und Schreiben der Datenträger Diskette bzw. CD-ROM verwendet werden müssen, wobei sich aufgrund der großen Verbreitung die Kosten mittlerweile angenähert haben⁸⁶⁸. Ohne die technische Hilfe des Computers sind jedoch beide Arten von Datenträgern nicht lesbar. Wirtschaftlich betrachtet besteht der einzige Unterschied in der größeren Kapazität der CD-ROM, die es ermöglicht, auch umfangreichere Programme auf einem einzigen Datenträger zu speichern und somit möglicherweise kostengünstiger zu arbeiten. Letztendlich handelt es sich somit eher um einen quantitativen Unterschied denn um einen qualitativen⁸⁶⁹. Die Gemeinsamkeiten beim Vertrieb von Programmen auf Diskette und CD-ROM überwiegen aus diesem Blickwinkel bei weitem, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß es sich bei den beiden Vertriebsarten nach der Verkehrsauffassung um unterschiedliche Nutzungsarten handelt⁸⁷⁰. Ein Verbot der

drücklicher, schriftlicher Erlaubnis des Programmierers zulässig.«

⁸⁶⁶Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 7. m.w.N.; für Computerprogramme ausdrücklich anders Zahrnt, CR 1994, S. 456 f.

⁸⁶⁷Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 18.

⁸⁶⁸Anders noch Heymann, CR 1994, S. 618.

⁸⁶⁹So auch OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

⁸⁷⁰Übereinstimmend Heymann, CR 1994, S. 618; OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

Verbreitung auf dem Transportmedium CD-ROM entfaltet somit keine gegenständliche Wirkung⁸⁷¹.

b. Schuldrechtliche Wirksamkeit

Hinsichtlich der Wirksamkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung in AGB ist gem. § 9 Abs. 2 AGBG danach zu fragen, ob eine solche Beschränkung mit den Grundgedanken der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung zu vereinbaren ist bzw. ob Kardinalpflichten in vertragszweckgefährdender Weise eingeschränkt werden.

(1) Kauf

Das Verbot der Verbreitung auf CD-ROM würde eine schuldrechtliche Beschränkung der dem Anwender eingeräumten Verbreitungsrechte darstellen. Die der Überlassung einer Vollversion eines Shareware-Programms zugrunde liegenden urheberrechtlichen Nutzungsverträge sind nach dem Kaufrecht zu beurteilen⁸⁷². Aus dem Kaufrecht resultiert die Pflicht, dem Käufer abhängig vom Kaufobjekt jedenfalls eine eigentümerähnliche Stellung zu verschaffen⁸⁷³. Mit dem Kaufrecht als Leitbild ist es damit grundsätzlich unvereinbar, daß der Anwender nicht die freie Dispositionsbefugnis über das ihm überlassene Programmexemplar erhält⁸⁷⁴. Da ein Verbot der Weiterübertragung auf CD-ROM insbesondere nicht die gleichzeitige Mehrfachnutzung des Programms verhindert, sind keine Gründe ersichtlich, warum diese Beschränkung für die kaufweise überlassene Vollversion Gültigkeit entfalten sollte. Klauseln, die die Weiterübertragung auf einer CD-ROM verbieten wollen, schränken somit Kardinalpflichten der gesetzlichen Regelung ein, von der abgewichen werden soll, sind also gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam. Die Überlassung einer Vollversion von Shareware auf einer CD-ROM kann dem Anwender mithin nicht in AGB untersagt werden.

⁸⁷¹ Unklar Reh binder, Rn. 392, der davon ausgeht, daß es unzulässig ist, entgegen einem vom Autor geäußerten Verbot ein Programm auf CD-ROM zu vervielfältigen und verbreiten, ohne darauf einzugehen, ob diese Unzulässigkeit aus einer schuldrechtlichen Vereinbarung oder aus einer gegenständlich wirkenden Nutzungsrechtsbeschränkung herrührt.

⁸⁷² Vgl. B V 3 b (4) (b).

⁸⁷³ Hoeren, Rn. 163; Staudinger/Köhler, § 433, Rn. 109 ff, 122; MüKo/Westermann, § 433, Rn. 59 f.

⁸⁷⁴ So für Programme auch Lehmann, BB 1985, S. 1210; Hoeren, Rn. 163; Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 722; Malzer, S. 130 ff.; Marly, Rn. 933 ff.

(2) Schenkung

Sowohl für Freeware als auch für Teile der Prüfversionen von Shareware gilt, daß die Kausalverhältnisse nach dem Schenkungsrecht zu beurteilen sind⁸⁷⁵. An der Zulässigkeit einer Auflage gem. § 525 BGB in der Form, das Zugewendete nicht auf CD-ROM an Dritte weiterzugeben, bestehen keine Zweifel, so daß ein Verstoß gegen die Grundsätze der Schenkung oder wesentliche Vertragspflichten nicht ersichtlich ist. Für Freeware und die zur Weiterverbreitung gedachten Teile der Prüfversionen von Shareware ist die Vereinbarung eines Verbots der Weiterverbreitung auf CD-ROM in AGB möglich.

(3) Unentgeltliche Rechtspacht

Zu betrachten verbleiben schließlich die der Überlassung von Shareware-Prüfversionen zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfte, die als unentgeltliche Rechtspacht anzusehen sind⁸⁷⁶. Das Verbot der Weitergabe auf CD-ROM ist hier als Ausgestaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. den §§ 581 Abs. 2, 541 BGB anzusehen und damit auch in AGB möglich und zulässig, ohne daß ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG festgestellt werden kann.

(4) Zwischenergebnis

Lediglich für die Vollversion von Shareware kann ein Verbot der Weitergabe von CD-ROM, sofern dieses allein den Ausschluß dieses Transportmediums bezweckt, in AGB nicht wirksam vereinbart werden. Hier bleibt die Möglichkeit der individualvertraglichen Regelung. Für Freeware und die Prüfversionen von Shareware hingegen ist ein solches Verbot in AGB wirksam.

2. Kein Verbreiten gemeinsam mit anderen Programmen

Einer näheren Betrachtung bedarf auch die Frage, ob ein Verbot der Verbreitung auf CD-ROM insoweit Wirksamkeit entfaltet, als es darauf abzielt, die Verbreitung des Programms gemeinsam mit anderen Programmen oder sonstigen Produkten zu untersagen.

a. Urheberrechtliche Wirksamkeit

In einem solchen Verbot läge dann eine zulässige, inhaltliche Beschränkung des Nutzungsrechts gem. § 32 UrhG, wenn sich der Einzelvertrieb gegenüber dem Vertrieb in Verbindung mit anderen Programmen oder Produkten als eigene Nutzungsart darstellen würde, also nach der Verkehrsanschauung klar

⁸⁷⁵ Vgl. B IV 3 b, B V 3 b (4) (a) i (iii).

⁸⁷⁶ Vgl. B V 3 b (4) (a) ii.

abgrenzbar sowie wirtschaftlich-technisch als einheitlich und selbständig erschiene⁸⁷⁷. Entscheidend ist hierfür ein wirtschaftlicher Blickwinkel⁸⁷⁸. Wie sich § 4 VerlagsG entnehmen läßt, ist im Verlagsrecht der Vertrieb in einem Sammelwerk eine von dem Vertrieb des einzelnen Werkes zu unterscheidende Nutzungsart. Der Unterschied zwischen dem Vertrieb eines einzelnen Programms und dem gemeinsamen Vertrieb unterschiedlicher Programme besteht nicht lediglich in der Quantität. Es wird nicht lediglich ein Programm auf einem unterschiedlichen Medium gespeichert, vielmehr wird es gemeinsam mit anderen Programmen dem Anwender zur Verfügung gestellt. Dies ermöglicht nicht nur gegebenenfalls den Vergleich zwischen Konkurrenzprogrammen⁸⁷⁹, auch können durch beigelegte Produkte, Daten oder Programme das Programm oder sein Autor in ein schlechtes Licht gerückt werden⁸⁸⁰. Diese Nachteile werden nicht durch einen möglicherweise erweiterten Kundenkreis ausgeglichen. Damit spricht eine Abwägung dieser Interessen mit dem Interesse der Allgemeinheit an der Klarheit des Rechtsverkehrs und der freien Zirkulation veräußerter Werke für die Zulässigkeit einer solchen Nutzungsart. Mithin stellt sich der Vertrieb als Einzelprogramm gegenüber dem Vertrieb in einer Programmsammlung als eigene Nutzungsart dar⁸⁸¹.

b. Sammelwerk, § 4 UrhG

Die Zusammenstellung mehrerer Programme auf einer CD-ROM kann zu einem Sammelwerk im Sinne des § 4 Abs. 1 UrhG führen, wenn in der Auswahl oder Anordnung eine persönliche geistige Schöpfung zu sehen ist. Die Anforderungen an die Schöpfungshöhe sind bei Sammelwerken nicht besonders hoch anzusiedeln⁸⁸², regelmäßig liegt sie bereits mit der Auswahl der zusammenzustellenden Programme vor⁸⁸³. Dies ist jedoch erst Folge einer Kopp-

⁸⁷⁷ S.o., Fn. 371.

⁸⁷⁸ Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 51.

⁸⁷⁹ OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

⁸⁸⁰ Deutlich die »Trial-Version Lizenz« von ACD Systems Ltd. zu ACDSee v3.0: »Die Weitergabe von ACD Systems Software zusammen mit pornografischem Material ist verboten.«; ähnlich OLG Köln, CR 1996, 723, 725.

⁸⁸¹ OLG Köln, CR 1996, 723, 725; a.A. Werner, CR 1996, S. 727; allgemein Schrickler/Schricker, vor §§ 28 ff.; Rn. 55.

⁸⁸² Reh binder, Rn. 155; a.A. wohl Heymann, CR 1994, S. 618, der grundsätzlich vom Fehlen einer persönlichen, geistigen Schöpfung ausgeht.

⁸⁸³ Fromm/Nordemann, § 4, Rn. 3; a.A. Schrickler/Loewenheim, § 4, Rn. 8, jeweils m.w.N.; Heymann, CR 1994, S. 618, nimmt dagegen für die hier betrachteten Programmsammlungen regelmäßig eine Werkverbindung an, die jedoch vertragliche Beziehungen der Urheber untereinander und nicht nur solche mit dem Herausgeber voraussetzt, vgl. Fromm/Nordemann, § 9, Rn. 4; Schrickler/Loewenheim, § 9, Rn. 7.

lung mehrerer Programme, kann also nicht zur Beurteilung der Wirksamkeit von Kopplungsverboten herangezogen werden.

c. Zwischenergebnis

Das Verbreitungsrecht ist damit auf die Verbreitung als Einzelprogramm beschränkbar. Zwar erschöpft sich das beschränkt eingeräumte Verbreitungsrecht im Zuge einer Verbreitung im Rahmen des eingeräumten Rechts gem. § 69c Nr. 3 S. 2 UrhG, jedoch nur an der verbreiteten Kopie. Hinsichtlich neu hergestellter Kopien erhält ein Distributor wie jeder sonstige Anwender lediglich das Verbreitungsrecht beschränkt eingeräumt.

d. Beschränkung auf private Verbreitung

Zu beachten ist ferner, daß die Kopplung mit anderen Produkten in der Regel der Steigerung der Attraktivität der anderen Produkte dient, also wenigstens mittelbar gewerblichen Zwecken. Jedenfalls wenn das Produkt, dem das Programm beigelegt wurde, gegen ein Entgelt abgegeben und nicht verschenkt wird, dürfte ein solches »Bundling« nicht mit der regelmäßigen Beschränkung von Freeware und der Prüfversion von Shareware auf unentgeltliche Verbreitung vereinbar sein.

VII. Weitergabe nur als Originalarchiv oder gesamte Diskette

Neben Kopplungsverboten finden sich auch Klauseln⁸⁸⁴, die dem Anwender vorschreiben, daß die Weitergabe des Programms nur zusammen mit zugehörigen anderen Dateien erfolgen darf, die der Urheber gemeinsam mit dem Programm in ein Archiv⁸⁸⁵ oder auf einer Diskette erhalten hat.

1. Urheberrechtliche Wirksamkeit

Ausgehend davon, daß die Einzelverbreitung gegenüber der Verbreitung gemeinsam mit anderen Programmen oder Produkten eine eigene Nutzungsart darstellt⁸⁸⁶, kann geschlossen werden, daß das Verbreiten eines Programms gemeinsam mit anderen Dateien die gegenläufige Nutzungsart darstellt. Das Verbreiten gemeinsam mit bestimmten Dateien ist jedoch zu speziell, als daß

⁸⁸⁴ Vgl. z.B. »Trial-Version Lizenz« von ACD Systems Ltd. zu ACDSee v3.0: »Eine solche Verteilung/Weiterleitung beinhaltet nur die Originalarchive, die von ACD Systems Ltd. zur Verfügung gestellt werden. Es ist Ihnen nicht gestattet, irgendwelche Dateien im Distributionsarchiv [...] zu entfernen oder hinzuzufügen.«;

Marly, Rn. 347, sieht solche Beschränkungen ohne nähere Begründung als wirksam an.

⁸⁸⁵ Unter einem Archiv versteht man eine Datei, die eine oder mehrere Dateien meist in komprimierter Form enthält. Die Zusammenfassung zusammengehöriger Dateien in Archiven erleichtert das gemeinsame Verbreiten zusammengehöriger Dateien.

⁸⁸⁶ Vgl. C VII 2.

hierin noch eine eigene Nutzungsart gesehen werden könnte. Andernfalls würde die Verbreitung jedes einzelnen Programms mit den zugehörigen Dateien jeweils eine eigene Nutzungsart darstellen, was dazu führen würde, daß es ebenso viele Nutzungsarten geben müßte, wie es Programmpakete gibt. Eine derartige Einschränkung dient auch nicht der Erfassung neuer Nutzerkreise, hat also keinen wirtschaftlichen Vorteil. In Klauseln, die die Verbreitung eines Programms nur gemeinsam mit bestimmten Dateien gestatten, kann mithin keine gegenständliche Einschränkung des Verbreitungsrechts gesehen werden⁸⁸⁷.

2. Sammelwerk, § 4 UrhG

Eine gegenständliche Beschränkung der einzelnen Verbreitung der überlassenen Dateien könnte sich jedoch möglicherweise ergeben, wenn das Programm samt der zugehörigen Anleitung und den sonstigen beigelegten Dateien ein Sammelwerk gem. § 4 Abs. 1 UrhG darstellen würde, so daß das Entfernen einzelner Dateien eine Verletzung des Urheberrechts am Sammelwerk wäre. Voraussetzung hierfür ist, daß die einzelnen, unabhängigen Beiträge zu dem Sammelwerk durch Auswahl und Anordnung zu einer persönlichen geistigen Schöpfung verbunden wurden⁸⁸⁸. Gerade wenn die einzelnen Beiträge zu der Sammlung von einem einzigen Urheber stammen, ist es für eine persönliche geistige Schöpfung nicht ausreichend, wenn die Zusammenstellung lediglich zweckmäßig ist⁸⁸⁹. Solange die dem Programm beigelegten Dateien – wie regelmäßig – nur dazu dienen, den Anwender bei der Benutzung des Programms anzuleiten und zu unterstützen oder vom Programm selbst zum Programmablauf benötigt werden, kann in solchen Verbindungen kein Sammelwerk gesehen werden.

3. Schuldrechtliche Wirksamkeit

Schuldrechtlich ist eine Beschränkung der Verfügung über das auf Dauer zur freien Verfügung überlassene Werkstück nicht mit dem Grundgedanken eines zugrunde liegenden Kaufvertrags vereinbar, so daß entsprechende Verfügungsbeschränkungen in AGB für die registrierte Vollversion von Shareware gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unwirksam sind. Bei der Überlassung von Freeware oder der Prüfversion von Shareware hingegen sind Beschränkungen des Verbreitungsrechts als Auflage zur Schenkung gem. § 525 BGB oder Ausgestaltung des vertragsgemäßen Gebrauchs gem. den §§ 581 Abs. 2, 541 BGB

⁸⁸⁷ A.A. Marly, Rn. 294, der begründungslos die Zulässigkeit eines solchen beschränkten Nutzungsrechts annimmt.

⁸⁸⁸ Reh binder, Rn. 155; Sch ricker/Loewenheim, § 4, Rn. 5; Fromm/Nordemann, Rn. 3.

⁸⁸⁹ Fromm/Nordemann, § 4, Rn. 3; Sch ricker/Loewenheim, § 4, Rn. 7, 9.

mit der Natur des zugrunde liegenden Vertrages vereinbar und damit grundsätzlich wirksam.

Hinsichtlich der individualvertraglichen Vereinbarung der Beschränkung auf die Verbreitung nur des gesamten Archivs bzw. der kompletten Originaldiskette bestehen keine Bedenken.

VIII. Verbot der Verwendung der Vollversion im Testbetrieb

Teilweise wird dem Anwender explizit untersagt, in der Testphase das Shareware-Programm in der registrierten Vollversion zu nutzen. Der Regelungsinhalt dieser Klausel ergibt sich bereits unmittelbar aus den dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechten:

Handelt es sich bei der Vollversion um eine von der Prüfversion verschiedene Programmkopie, so ist der Anwender nicht Inhaber der für die Installation und das Laden in den Hauptspeicher erforderlichen Nutzungsrechte, so daß ihm der Betrieb der Vollversion nicht gestattet ist.

Auch wenn es sich bei der Vollversion um dasselbe Programmexemplar wie bei der Prüfversion handelt, das lediglich mittels eines Schlüssels als Vollversion freigeschaltet wurde, muß berücksichtigt werden, daß das Shareware-Vervielfältigungsrecht nur für die Nutzungsart »Testbetrieb« eingeräumt worden ist⁸⁹⁰. Die Intention des Anwenders, das Programm lediglich zum Test einzusetzen, ist für die Bestimmung der Nutzungsart unerheblich, maßgeblich sind die unterschiedlichen technischen Abläufe. Der vom Testbetrieb verschiedene Einsatz der Vollversion stellt sich als andere, eigenständige Nutzungsart dar. Der Anwender ist nicht Inhaber der für das Laden des Programms als Vollversion in den Speicher erforderlichen Vervielfältigungsrechte und somit nicht berechtigt, das Programm als Vollversion ablaufen zu lassen.

Als inhaltlich mit gem. §§ 31, 32 UrhG zulässigen Nutzungsrechtsbeschränkungen übereinstimmende Klausel verstößt das Verbot damit auch nicht gegen das Leitbild des Urhebervertragsrechts, hält also einer Prüfung nach § 9 Abs. 2 AGBG stand.

IX. Bestimmungen in Open Source konformen Nutzungsbedingungen

Soweit die Bestimmungen in den zur Open Source Definition⁸⁹¹ konformen Nutzungsbedingungen bereits urheberrechtliche Wirksamkeit entfalten⁸⁹², ist

⁸⁹⁰ Vgl. hierzu wie auch im folgenden B II 2 c (2) (a) iv, (b).

⁸⁹¹ Vgl. Anhang.

⁸⁹² Hierzu bereits B II 2 c (3) (b).

ihre schuldrechtliche Wirksamkeit nicht in Frage zu stellen⁸⁹³. Die verbleibenden Punkte mit mehr als klarstellender oder an den Ersteller gerichteter Wirkung sollen im folgenden auf ihre schuldrechtliche Wirksamkeit hin untersucht werden.

1. Punkt 3, Auf dem Programm basierende Werke

Punkt 3 der Open Source Definition ermöglicht es dem Autor, die Einräumung der Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte davon abhängig zu machen, daß der Autor des bearbeiteten Programms dieses ebenfalls unter der Lizenz des Originalprogramms verbreitet. Von dieser Möglichkeit wird häufig Gebrauch gemacht, um sicherzustellen, daß auch Verbesserungen an dem freigegebenen Programm der Allgemeinheit zugute kommen. Es wird hierbei eine Verpflichtung zu einem bestimmten Umgang mit dem zugewendeten Programm angestrebt. Urheberrechtliche Wirkung entfaltet eine solche Verpflichtung nicht⁸⁹⁴. Sie kann jedoch schuldrechtlich als Auflage zur Schenkung gem. § 525 Abs. 1 BGB vereinbart werden. Es wird hier somit von den gesetzlich vorgesehenen Ausgestaltungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, so daß eine solche Vorschrift einer Überprüfung anhand § 9 Abs. 2 AGBG standhält.

Sofern davon Gebrauch gemacht wird, den Nutzungsrechtsnehmer schuldrechtlich dazu zu verpflichten, die Nutzungsrechte nur unter den Bedingungen des ursprünglichen Vertrags an Dritte zu übertragen, könnte dies eine unzulässige Konditionenbindung im Sinne des § 14 GWB darstellen⁸⁹⁵. Für die entsprechenden Nutzungsbedingungen bleibt dann im Einzelfall zu prüfen, ob diese als im Wettbewerb spürbar anzusehen sind, so daß eine Unwirksamkeit gem. § 134 BGB in Betracht kommt.

2. Punkt 2, Quellcode

Für den Fall, daß der Anwender verpflichtet werden soll, von ihm erstellte Bearbeitungen des Programms unter denselben Bedingungen zu verbreiten wie das Programm selbst⁸⁹⁶, soll Punkt 2 der Open Source Definition eine Verpflichtung zur Veröffentlichung des Quellcodes der Bearbeitung in einer bestimmten Form statuieren. Der an den Anwender gerichtete Regelungsgehalt von Punkt 2 erschöpft sich somit in einer genaueren Bestimmung des Umfangs der für den Anwender entstehenden Rechtspflicht, den Quellcode unter einer Open Source Lizenz freizugeben. Diese genauere Inhaltsbestimmung der Auf-

⁸⁹³ Haberstumpf, GRUR Int. 1992, S. 718 m.w.N. in Fn. 40; näher oben, C.

⁸⁹⁴ S.o., B II 2 c (3) (b) iii.

⁸⁹⁵ FKzK/Wolter, § 15 a.F., Rn. 31.

⁸⁹⁶ Soeben, C IX 1.

lage ist wünschenswert, es entstehen hierdurch jedoch keine neuen Verpflichtungen für den Anwender. Die schuldrechtliche Wirksamkeit der Vorschrift steht damit nicht in Frage.

D. AUFHEBEN DER FREEWARE-/SHAREWARE-EIGENSCHAFT

Es kommt immer wieder vor, daß sich die Interessenlage des Autors dergestalt verändert, daß er das als Freeware oder Shareware freigegebene Programm⁸⁹⁷ nicht länger frei und durch jedermann verteilt wissen möchte, sondern die Verbreitung einstellen oder nur bestimmten Personen überlassen möchte, die das Programm auf dem herkömmlichen Weg entgeltlich vertreiben sollen⁸⁹⁸.

I. Aufheben der Eigenschaft für Folgewerke

Teilweise verbindet der Autor die Aufhebung des Freeware- oder Shareware-Status des Programms mit der Herausgabe einer neuen Programmversion. Die erneute Einräumung von Nutzungsrechten für diese neue Version an alle Anwender und sonstigen Teilnehmer am Shareware-Prinzip ist dann erforderlich, wenn es sich bei der neuen Version um ein von der vorherigen Version verschiedenes Werk handelt. Damit die Folgeversion ein neues Werk darstellt, muß es sich bei ihr um eine schöpferische Bearbeitung oder Umgestaltung der Vorgängerversion gem. den §§ 3, 23 UrhG oder um eine Neugestaltung in Form einer freien Bearbeitung im Sinne des § 24 UrhG handeln. Allein die Änderung der Versionsnummer erfüllt diese Anforderungen nicht, allerdings sind in der Regel bereits nicht ganz unwesentliche Änderungen des Programmablaufs zur Annahme jedenfalls einer schöpferischen Bearbeitung ausreichend⁸⁹⁹. Sofern die Folgeversion ein solches neues Werk darstellt, wird sie nicht per se zu Freeware oder Shareware. Eine ausdrückliche Änderung des Programm-Status des Programms ist dann als Bestätigung dafür zu verstehen, daß die neue Version nicht freigegeben ist, daß an ihr also nicht jedermann Nutzungsrechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und für den Einsatz auf einem Computer⁹⁰⁰ eingeräumt werden sollen. Insofern bestehen an der Wirksamkeit einer Veränderung des Freeware- oder Shareware-Status des Programms für Folgeversionen keine Zweifel.

II. Aufheben der Eigenschaft derselben Programmversion

Problematischer gestaltet sich die Situation, wenn die Folgeversion keine ausreichenden Änderungen aufweist, um gegenüber der Vorgängerversion ein neues Werk darzustellen, oder wenn der Anwender verhindern möchte, daß ei-

⁸⁹⁷ Hinsichtlich der Vollversionen von Shareware ergibt sich das hier betrachtete Problem nicht, da Vollversionen von Shareware nicht freigegeben werden.

⁸⁹⁸ Vgl. den Sachverhalt, der LG München I, CR 1993, 143 ff. zugrunde lag.

⁸⁹⁹ Zu den Anforderungen an die Werkeigenschaft eines Programms im einzelnen vgl. B II 2 a.

⁹⁰⁰ Näher zu den zum Ablauf erforderlichen Nutzungsrechten unter B II 2 b, zu den zur Verbreitung als Freeware oder Shareware erforderlichen Nutzungsrechten unter B II 2 c.

ne ältere, bereits als Freeware oder Shareware freigegebene Version weiter verbreitet, vervielfältigt oder eingesetzt wird, beispielsweise weil die Folgeversion auf dem herkömmlichen Weg vertrieben werden soll. Von einer automatischen Unwirksamkeit aller vom Autor eingeräumten Nutzungsrechte oder der hierauf gerichteten Angebote kann nicht ausgegangen werden⁹⁰¹. Zur Beurteilung der rechtlichen Möglichkeiten des Autors, die Benutzung und Verteilung seines Programms als Freeware oder Shareware zu unterbinden, ist zu differenzieren zwischen den Anwendern, die das Programm in Zukunft nutzen möchten, denen also noch Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen, und den Anwendern, denen bereits Nutzungsrechte eingeräumt worden sind.

1. Zukünftig einzuräumende Nutzungsrechte

In die Kategorie der zukünftig einzuräumenden Nutzungsrechte fallen die Rechte zur Vervielfältigung, Verbreitung und zum Einsatz an noch nicht hergestellten Kopien sowie die Rechte zum Einsatz an solchen Kopien, die zwar bereits hergestellt wurden, für die das Angebot auf Einräumung von Nutzungsrechten zu Vervielfältigung, Verbreitung und Einsatz jedoch noch keinem Anwender zugegangen ist. Um die Wirksamkeit des in der Freigabe des Programms liegenden Angebots auf Einräumung von Nutzungsrechten⁹⁰² zu beseitigen, ist gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB erforderlich, daß dem jeweiligen Anwender vorher oder gleichzeitig mit dem Angebot ein Widerruf zugeht, wobei es, wie stets, nicht auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme ankommt⁹⁰³. Hilfreich ist insofern die vorgeschlagene Ankündigung der Änderung in allen maßgeblichen Presseorganen⁹⁰⁴ wie auch eine Verbreitung der Erklärung über die an der Verbreitung beteiligten Netzwerke. Eine Beseitigung des Angebots in allen Einzelfällen wird jedoch nicht möglich sein. Der Zeitablauf arbeitet aber für den Autor, da ältere Versionen gegenüber den Folgeversionen einen geringeren Funktionsumfang und häufig mehr Fehler aufweisen, so daß im Laufe der Zeit das Interesse an den alten Versionen kontinuierlich abnimmt.

2. Bereits eingeräumte Nutzungsrechte

Für eine Beurteilung der Möglichkeiten des Autors, die den Anwendern bereits eingeräumten Nutzungsrechte wieder an sich zurückfallen zu lassen, muß

⁹⁰¹ So auch LG München I, CR 1993, 143, 145; dem folgend OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

⁹⁰² Hierzu bereits B II 2 c (1) (a).

⁹⁰³ Palandt/Heinrichs, § 130, Rn. 11.

⁹⁰⁴ LG München I, a.a.O.

danach unterschieden werden, ob diese dem Anwender auf Dauer⁹⁰⁵ oder auf Zeit⁹⁰⁶ eingeräumt worden sind.

a. Auf Dauer eingeräumte Nutzungsrechte

Sofern dem Anwender die Nutzungsrechte bereits auf Dauer eingeräumt wurden, wäre ein bloßer Widerruf des mittlerweile angenommenen Angebots gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB verspätet und damit nicht ausreichend, um die Nutzungsrechte wieder an den Autor fallen zu lassen.

(1) Kündigung

Teilweise wird vertreten, daß Nutzungsrechtsverträge wegen der beschränkten Dauer der gesetzlichen Schutzfrist immer auf Zeit abgeschlossen würden. Sie seien darauf ausgerichtet, daß in einem Zeitraum wiederholt Nutzungen gestattet sein sollen. Nutzungsverträge wiesen deswegen den typischen Charakter eines Dauerschuldverhältnisses auf, so daß sie im Wege der Kündigung zu beenden seien⁹⁰⁷. An anderer Stelle wurde jedoch bereits dargelegt, daß eine Überlassung eines Computerprogramms nur für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist über die wirtschaftliche Lebenszeit eines Computerprogramms hinausgeht und zudem das erlöschende Nutzungsrecht nicht wieder in das Vermögen des Urhebers zurückfällt⁹⁰⁸, so daß sich die Überlassung eines Computerprogramms nicht als Vertrag auf Zeit darstellt, obwohl die eingeräumten Nutzungsrechte nur für die Dauer der gesetzlichen Schutzfrist Bestand haben. Eine Kündigung des auf Dauer abgeschlossenen Überlassungsvertrags ist damit nicht möglich.

(2) Auflösung des Vertrags

Ein Rückfall der Nutzungsrechte an den Autor wäre jedoch im Fall der Auflösung des bestehenden Vertrags möglich. Wegen der auch in § 40 Abs. 3 UrhG zum Ausdruck kommenden allgemeinen Abhängigkeit der eingeräumten Nutzungsrechte vom Kausalvertrag gilt im Urhebervertragsrecht nur das Trennungsprinzip, nicht jedoch das Abstraktionsprinzip⁹⁰⁹. Aufgrund dessen führt nicht nur eine Auflösung des gegenständlichen Vertrags über die Ein-

⁹⁰⁵ Dies ist der Fall bei allen dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechten an Freeware, vgl. B IV 3 b, und für einen Teil der Rechte zur Vervielfältigung zur Verbreitung und zur Verbreitung an Shareware, vgl. B V 3 b (4) (a) i.

⁹⁰⁶ So beim Großteil der Shareware, vgl. B V 3 b (4) (a) ii.

⁹⁰⁷ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 26 ff; Schrickler/Schrickler, §§ 31/32, Rn. 20; Nordemann, GRUR 1991, S. 4, 8, schlägt ein nicht abdingbares Kündigungsrecht nach einer Vertragslaufzeit von 30 Jahren für beide Vertragsparteien vor und verweist auf entsprechende Regelungen in Italien und den Vereinigten Staaten.

⁹⁰⁸ Vgl. B IV 3 b (2).

räumung der Nutzungsrechte zu deren Rückfall an den Autor. Auch die Auflösung des der Einräumung der Nutzungsrechte zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrags hat diese Folge. Damit bleibt es für die vom Autor angestrebte Folge ohne Bedeutung, welchen Vertrag er beseitigen kann.

(a) Anfechtung, §§ 119 ff. BGB

Möglich ist eine Nichtigkeit eines Vertragsverhältnisses gem. § 142 Abs. 1 BGB, wobei allerdings enttäuschte Erwartungen des Autors hinsichtlich der Anzahl der Registrierungen oder der sonstigen Auswirkungen der Freigabe seines Programms ebenso wie eine sich nachträglich ergebende Aussicht auf einen lukrativeren Vertrieb als unbeachtliche Motivirrtümer⁹¹⁰ den Anforderungen der §§ 119, 120, 123 BGB nicht genügen. Sofern nicht ausnahmsweise ein relevanter Irrtum auf Seiten des Autors vorliegt, ist eine Vernichtung geschlossener Verträge aufgrund einer Anfechtung nicht möglich.

(b) Widerruf, §§ 530 ff. BGB

Ein Widerruf der Schenkung gem. § 531 Abs. 1 BGB würde gem. § 531 Abs. 2 BGB den Rechtsgrund für die Nutzungsrechtseinräumung entfallen lassen⁹¹¹, wodurch der gegenständliche Vertrag wegen des nicht geltenden Abstraktionsprinzips aufgrund einer fehlenden ausgestaltenden Vereinbarung ebenfalls keinen Bestand hätte. Das Nutzungsrecht fiel damit an den Autor zurück⁹¹². Für den Fall der Aufhebung des Freeware- oder Shareware-Status kann der Widerruf jedoch nicht fruchtbar gemacht werden, da er gem. § 530 Abs. 1 BGB groben Undank eines jeden Beschenkten, also jedes Anwenders voraussetzt, was nicht denkbar ist.

(c) Rücktritt aufgrund positiver Vertragsverletzung

Ebenso wäre eine Auflösung des Vertragsverhältnisses als Rechtsfolge eines pflichtwidrigen Verhaltens nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung möglich⁹¹³, sofern einer Vertragspartei das Festhalten am Vertrag nicht weiter zugemutet werden kann. Dies dürfte allerdings in der Regel am Fehlen eines schuldhaften, schädigenden Verhaltens auf Seiten der beschenk-

⁹⁰⁹ Str., anders BGHZ 27, 90, 94 ff.; für die h.L. jedoch überzeugend Schrickler/Schrickler, Vor §§ 28 ff., Rn. 58 ff. m.w.N. zum Streitstand.

⁹¹⁰ Hierzu Palandt/Heinrichs, § 119, Rn. 29.

⁹¹¹ MüKo/Kollhosser, § 531, Rn. 3 ; Palandt/Putzo, § 531, Rn. 1.

⁹¹² Sog. Heimfall, BGH, GRUR 1966, 567, 569; vgl. ferner Ulmer, § 92 I 2; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 10; Nicolini/Ahlberg/Spautz, § 29, Rn. 7.

⁹¹³ Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 124 f.

ten Anwender scheitern und ist jedenfalls von der Änderung sonstiger, außerhalb des Vertragsverhältnisses liegender Umstände unabhängig.

(d) Wegfall der Geschäftsgrundlage

In den zur Aufhebung der Freeware- oder Shareware-Eigenschaft vorliegenden Entscheidungen und Stellungnahmen wird angenommen, daß der Autor das Recht habe, unter Einhaltung einer nicht näher bestimmten Übergangsfrist die Shareware-Eigenschaft eines Programms zu beseitigen und nur noch den Vertrieb einer neuen Programmversion zuzulassen⁹¹⁴. Ein solches Recht ließe sich nach dem bisher Gesagten nur aus dem Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 BGB herleiten. § 242 BGB enthält jedoch keine Ermächtigung zu einer Billigkeitsjustiz, aufgrund derer die sich aus einem Vertrag oder Gesetz ergebenden Rechtsfolgen durch im Einzelfall »billiger« erscheinende ersetzt werden können⁹¹⁵. Durch § 242 BGB kann der Rechtsausübung lediglich dort eine Schranke gesetzt werden, wo diese zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit offensichtlich unvereinbaren Ergebnissen führt. Dem Grundsatz von Treu und Glauben wohnt u.a. eine Korrekturfunktion inne, die es erlaubt, den Vertragsinhalt bei wesentlichen Änderungen der Verhältnisse anzupassen, sofern einem Teil das unveränderte Festhalten am bisherigen Vertrag nicht zugemutet werden kann⁹¹⁶, und zwar auch dann, wenn der Vertrag bereits abgewickelt wurde⁹¹⁷. Mit diesem Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ließe sich ein Rücktrittsrecht des Autors von Verträgen begründen, die zuvor über Nutzungsrechte an dem Programm geschlossen wurden, falls die Änderung der Einstellung des Autors zum Freeware- oder Shareware-Konzept, die Nichterfüllung seiner Erwartungen oder sich ergebende lukrativere Vertriebsmöglichkeiten eine derartige Änderung der Geschäftsgrundlage bewirken, daß ihm ein Festhalten an den geschlossenen Verträgen unzumutbar wäre.

i. Erwartungen des Autors als Geschäftsgrundlage

Geschäftsgrundlage sind die bei Abschluß des Vertrags zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei von dem Vorhandensein oder zukünftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien darauf be-

⁹¹⁴ LG München I, CR 1993, 143, 145; OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617; zurückhaltend Marly, Rn. 347.

⁹¹⁵ BGH, NJW 1985, 2579, 2580; RGZ 131, 158, 177; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 2.

⁹¹⁶ Soergel-Teichmann, § 242, Rn. 58; MüKo/Roth, § 242, Rn. 100; Jauernig/Vollkommer, § 242, Rn. 8; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 13.

⁹¹⁷ BGHZ 74, 370, 373; Soergel-Teichmann, § 242, Rn. 64.

ruht⁹¹⁸. Wie anfangs⁹¹⁹ dargestellt, beruht die Entscheidung eines Autors zur Freigabe seines Programms bei Freeware und Shareware teils auf kommerziellen, teils auf altruistischen Beweggründen, meist aber auch auf der Vorstellung, durch die Freigabe einen größeren Bekanntheitsgrad zu erlangen und dadurch Folgeaufträge oder einen Arbeitsvertrag abschließen zu können. Will ein Autor den Status seines Programms ändern, so gründet sich dies meist darauf, daß sich seine Erwartungen nicht erfüllt haben oder sich ihm unerwartete andere Verwendungsmöglichkeiten eröffnet haben.

Daß die Erwartungen des Autors Geschäftsgrundlage der Freeware- und Shareware-Verträge sind, ist schon deswegen zu bezweifeln, weil hierfür dem Anwender die Beweggründe des Autors erkennbar gewesen sein müßten, auf denen die Freigabe basierte. In der Regel ist dem Anwender nicht ersichtlich, warum der Autor das Programm über den gewählten Weg vertreibt. Die Autoren begnügen sich meist damit, unterschiedlich detailliert zu umschreiben, wie der Anwender das Programm einsetzen darf. Die Beweggründe für die Freigabe des Programms kommen gewöhnlich nicht zur Sprache. Sie sind also in der Regel für den Anwender auch nicht erkennbar, so daß sie nicht zur Geschäftsgrundlage werden können.

Sollten teilweise dennoch Erwartungen des Autors geäußert werden, so reicht deren bloße Nennung nicht aus, um sie zum Bestandteil der Geschäftsgrundlage werden zu lassen. Einseitige Erwartungen müssen nicht nur von dem anderen Teil zur Kenntnis genommen⁹²⁰, sondern sie müssen ausdrücklich in den gemeinschaftlichen Geschäftswillen aufgenommen worden sein⁹²¹. Im Zweifel ist die Aufnahme in die Geschäftsgrundlage zu verneinen⁹²². Der Einfluß des einzelnen Anwenders auf die Erreichung der vom Autor angestrebten, weitergehenden Ziele ist als äußerst gering zu bewerten. Solange der Anwender das Programm entsprechend den Vorgaben des Autors einsetzt, weiterverteilt und ggf. dem Autor die Benutzung nach der Testphase vergütet, erfüllt er die ihm nach dem Shareware- oder Freeware-Konzept zugeordneten Funktionen. Daß der Anwender darüber hinaus weitere, von ihm selbst nicht zu beeinflussende Umstände zur Grundlage des Vertrags machen möchte, kann billigerweise nicht angenommen werden.

Ob der Autor seine weitergehenden Ziele erreicht, etwa also sein Bekanntheitsgrad wächst oder er die Möglichkeit zum Abschluß neuer Verträge erhält, hängt maßgeblich von der Qualität des Programms und damit der eigenen Leistung des Autors, aber auch vom Zufall ab. Der Autor geht in dieser Hinsicht

⁹¹⁸ Str., st. Rspr. RGZ 103, 332; BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 121, 378, 391; ebenso Larenz, § 21.

⁹¹⁹ Vgl. A II 8 a, b, 9.

⁹²⁰ Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 117.

⁹²¹ BGH, NJW-RR 1989, 752, 753.

⁹²² Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 117.

bewußt ein Risiko ein. Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß sich die Hoffnungen des Autors nicht erfüllen. Eine vorhersehbare Änderung führt aber ebenso wenig zu einer Anpassung des Vertrags⁹²³ wie wesentliche Änderungen der Verhältnisse, durch die sich ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat⁹²⁴. Es ist unbillig, dem Anwender die Verantwortung für das vom Autor bewußt eingegangene Risiko aufzubürden, sei es, daß dieses darin besteht, daß sich die weitergehenden Erwartungen des Autors nicht erfüllen, sei es, daß der Autor die Anzahl der eingehenden Vergütungen für nicht der Verbreitung und Qualität des Programms angemessen hält und deswegen einen Wechsel des Vertriebssystems vornehmen möchte. Diesen Risiken, die dem vom Autor frei gewählten Vertriebssystem immanent sind, stehen Vorteile für den Autor in Form der Ersparnis von hohen Kosten für Vertrieb, Werbung und Druck von Handbüchern entgegen. Hat der Autor aber einen Vorteil von der Verbreitung seines Programms in diesem System, dann hat er billigerweise auch die sich daraus ergebenden Risiken zu tragen. Selbst wenn die weitergehenden Erwartungen des Autors Geschäftsgrundlage würden, so könnte folglich mit diesem Umstand billigerweise dennoch keine Anpassung des Vertrags begründet werden.

ii. Fehlen einer neueren Version als Geschäftsgrundlage

Die Notwendigkeit von Aufbrauchsfristen wird teilweise mit einem berechtigten Interesse des Händlers an einer zügigen Verbreitung der neuesten Programmversion begründet, das gegen das Interesse der Händler an einer zumutbaren Länge von Übergangsfristen abgewogen werden müßte⁹²⁵. In dem aufgrund des Schneeballsystems sehr verschachtelten Vertriebssystem kann es u.U. lange dauern, bis die jeweils aktuelle Version verbreitet worden ist. Der vom Autor gewählte Vertriebsweg impliziert damit eine Trägheit, gerade bei der Verbreitung über Privatpersonen⁹²⁶. Wer ein Programm auf diesem Weg vertreibt, nimmt diese Trägheit in Kauf. Aufgrund der Unverbindlichkeit des Vertriebs als Shareware oder Freeware besteht auch keine Pflicht, jeweils nur die neueste Version zu verbreiten. Der Verbreitende weiß in der Regel nicht einmal genau, welche Version die aktuellste ist. Nicht selten kommt es vor, daß die neueste Version fehlerbehaftet ist, so daß der durchschnittliche Anwender nur an älteren Versionen interessiert ist. In dem auf Empfehlungen privater Anwender basierenden Schneeballsystem werden diejenigen Versionen verbreitet, die für den Einsatz am besten geeignet ist. Aus der Trägheit

⁹²³ BGH, WM 1972, 656, 657; MüKo/Roth, § 242, Rn. 543; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 128.

⁹²⁴ BGHZ 74, 370, 373; BGHZ 101, 143, 152; BGH, NJW 1992, 2690, 2691.

⁹²⁵ OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

⁹²⁶ Ähnlich OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

dieses Systems kann jedoch nicht nur gefolgert werden, daß Aufbrauchsfristen bestehen müssen⁹²⁷. Vielmehr hat der Autor aufgrund der mit dem Vertrieb des Programms verfolgten weitergehenden Ziele in erster Linie daran Interesse, daß der Anwender zufrieden ist, so daß eine Verbreitung der jeweils einsatzfähigsten Version auch dem Interesse des Autors entspricht. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich der Einräumung von Nutzungsrechten an älteren Versionen allein aufgrund des Erscheinens einer neuen Version kann somit nicht angenommen werden.

iii. Zwischenergebnis

Von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage hinsichtlich bereits abgeschlossener urheberrechtlicher Nutzungsverträge ist damit nicht auszugehen, wenn der Autor aus wirtschaftlichen Erwägungen oder enttäuschten Erwartungen heraus das Vertriebssystem für das Programm umstellen möchte.

(3) Rückforderungsrechte

Ein Rückfall der Nutzungsrechte an den Autor wäre ferner auch im Fall eines weiterhin gültigen urheberrechtlichen Nutzungsvertrags möglich, wenn der Autor gesetzliche oder vertragliche Rückforderungsansprüche geltend machen könnte.

(a) Rückforderung des Geschenks, §§ 528 ff. BGB

§ 528 Abs. 1 BGB gibt dem Schenker die Möglichkeit, das Geschenkte herauszuverlangen, wenn er infolge der Schenkung seinen Unterhalt nicht mehr angemessen bestreiten oder seinen Unterhaltungspflichten nicht mehr nachkommen kann. In der Regel dürfte die Einräumung von Nutzungsrechten an einem Programm diese Folgen jedoch nicht nach sich ziehen, so daß ein Anspruch des Autors aus § 528 Abs. 1 BGB nicht besteht.

(b) Rückruf der Nutzungsrechte, §§ 41 f. UrhG

Da der Rückruf wegen Nichtausübung gem. § 41 UrhG nur auf ausschließliche Nutzungsrechte Anwendung findet, kommt für die im Rahmen des Vertriebs als Shareware oder Freeware eingeräumten einfachen Nutzungsrechte⁹²⁸ lediglich ein Rückruf wegen gewandelter Überzeugung in Betracht. Erforderlich ist hierfür gem. § 42 UrhG, daß das Werk nicht mehr der Überzeugung des Autors entspricht und diesem deswegen die weitere Verwertung nicht zugemutet werden kann. Computerprogramme dienen nur selten dem Zweck, ei-

⁹²⁷ So z.B. LG München I, a.a.O.; dem folgend OLG Hamburg, CR 1994, 616, 617.

⁹²⁸ Vgl. B II 2 c.

ne Überzeugung des Autors auszudrücken. Ebenso sind die Prinzipien des Shareware- oder Freeware-Vertriebs nicht mit herkömmlich unter der Überzeugung des Urhebers verstandenen weltanschaulichen oder politischen Grundanschauungen⁹²⁹ vergleichbar; sie besitzen kein ausreichendes Gewicht, als daß mit der Abkehr von ihnen eine gewandelte Überzeugung und damit ein Rückruf von Nutzungsrechten begründet werden könnte. § 42 UrhG dürfte deswegen allenfalls dann Anwendung finden, wenn die dem Programm zugrunde liegenden wissenschaftlichen Kenntnisse völlig veraltet sind⁹³⁰.

(4) Zwischenergebnis

Sofern der Wille zur Änderung des Programm-Status, wie meist, auf enttäuschten Erwartungen oder sich anderweitig ergebenden, lukrativeren Vertriebsmöglichkeiten beruht, besteht für den Autor weder eine Möglichkeit zur Beseitigung eines geschlossenen Vertrags noch zur Rückforderung der Nutzungsrechte, falls dem Programm keine vollkommen überholten wissenschaftlichen Kenntnisse zugrunde liegen.

b. Auf Zeit eingeräumte Nutzungsrechte

Auch wenn dem Anwender die Nutzungsrechte bereits auf Zeit eingeräumt wurden, kann die auf Abschluß des Vertrags gerichtete Willenserklärung des Autors nach deren Zugang nicht mehr gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen werden. Hinsichtlich der Beendigung von Verträgen auf Zeit ist zwischen befristeten und unbefristeten Verträgen zu unterscheiden⁹³¹.

(1) Befristet eingeräumte Nutzungsrechte

Bei auf die Dauer einer angegebenen oder dem Zweck entnommenen⁹³² Testphase befristet eingeräumten Nutzungsrechten ist die Beendigung des Vertragsverhältnisses vor Ablauf der Frist lediglich aufgrund einer außerordentlichen Kündigung möglich. Eine Ausnahme hierzu stellt die Möglichkeit zur Kündigung gem. den §§ 581 Abs. 2, 544 BGB nach Ablauf von 30 Jahren dar. Aufgrund der kurzen wirtschaftlichen Lebensdauer eines Programms von nur wenigen Jahren dürfte diese Möglichkeit ohne praktische Relevanz sein.

⁹²⁹Rehbinder, Rn. 317.

⁹³⁰Vgl. zur Wandlung der Überzeugung bei wissenschaftlichen Werken Fromm/Nordemann, § 42, Rn. 4; Rehbinder, Rn. 317; Schricker/Dietz, § 42, Rn. 26.

⁹³¹Medicus, SRBT, Rn. 212 ff.

⁹³²Auch wenn der Autor keinen Zeitraum für den Testbetrieb angibt, kann dem Zweck der Einräumung von Nutzungsrechten in der Regel eine Dauer von 30 Tagen entnommen werden, vgl. B II 2 c (2) (a) iii.

(a) Pachtrechtliche Kündigungsregeln

Während die Rechte zur befristeten außerordentlichen Kündigung für die Pacht durch § 584a BGB ausgeschlossen werden, bleiben die Rechte zur unbefristeten Kündigung gem. § 543 BGB dem Verpächter erhalten. Diese sind aber allesamt nicht einschlägig für den hier betrachteten Fall, daß der Verpächter aufgrund veränderter Interessenlage das Vertragsverhältnis vorzeitig beenden möchte.

(b) Kündigungsregeln der Leihe

Berücksichtigung finden muß jedoch der unentgeltliche Charakter der Rechtspacht. Hinsichtlich der Beendigung der Überlassung weist das Verleihrecht gegenüber dem Mietrecht Erleichterungen für den Verleiher auf, um der unentgeltlichen Überlassung Rechnung zu tragen und den Verleiher vor Nachteilen zu schützen⁹³³. Als auf der vergütungsfreien Überlassung beruhende Regelungen müssen diese erleichterten Kündigungsregeln der Leihe auch auf die unentgeltliche Rechtspacht Anwendung finden können⁹³⁴. Der Autor könnte demzufolge möglicherweise den Vertrag mit dem Anwender gem. § 605 Nr. 1 BGB kündigen, wenn er die Verbreitung seines Programms als Shareware durch einen herkömmlichen Vertrieb ersetzen möchte. § 605 Nr. 1 BGB erklärt die Kündigung für den Fall des nicht vorhergesehenen Eigenbedarfs für zulässig und ist als speziellere Billigkeitsregelung zur allgemeinen Regelung des § 242 BGB zu sehen⁹³⁵. Zur Beantwortung der sich bei der Anwendung von § 605 Nr. 1 BGB stellenden Frage, ob der eingetretene Umstand nicht vorhergesehen wurde⁹³⁶, daß sich für den Autor die Möglichkeit eines lukrativeren Vertriebs auf dem herkömmlichen Weg ergibt, können die Überlegungen herangezogen werden, die zum ebenfalls auf Billigkeitserwägungen beruhenden Wegfall der Geschäftsgrundlage angestellt wurden⁹³⁷. Der Vertrieb als Shareware dient demnach gerade dazu, den herkömmlichen Vertriebsweg auszuschließen und die kostengünstigen Rahmenbedingungen des Shareware-Vertriebs zu nutzen, dafür aber auch die Nachteile des Shareware-Vertriebs in Kauf zu nehmen. Der Shareware-Vertrieb beruht mithin auf einer bewußten Entscheidung gegen den herkömmlichen Vertrieb, so daß aus Billigkeitserwägungen weder die Möglichkeit, das Programm auf herkömmliche Weise zu

⁹³³ Medicus, SRBT, Rn. 281, 284.

⁹³⁴ Vgl. bereits B V 3 b (4) (a) ii, Fn. 716.

⁹³⁵ Palandt/Putzo, § 605, Rn. 3.

⁹³⁶ Gegen die Relevanz des Kriteriums der Vorhersehbarkeit Erman/Werner, § 605, Rn. 2; Jauernig/Vollkommer, § 605, Rn. 1; Palandt/Putzo, § 605, Rn. 3; ähnl. MüKo/Kollhasser, § 605, Rn.4.

⁹³⁷ Im Detail D II 2 a (1) (d).

vertreiben, noch die Nichterfüllung der in diese risikoreichere Vertriebsart gesetzten Erwartungen als unvorhergesehen betrachtet werden kann. Auch wenn man die Kündigungsregeln des § 605 BGB für auf die unentgeltliche Rechtspacht anwendbar hält, bieten damit diese in den hier angesprochenen Fällen dem Autor keine Möglichkeit, bereits abgeschlossene Verträge über Nutzungsrechte vorzeitig zu kündigen.

(2) Unbefristet eingeräumte Nutzungsrechte

Hinsichtlich der bedingt, aber unbefristet eingeräumten Nutzungsrechte ist nach den Regeln der Rechtspacht die Beendigung des Vertragsverhältnisses durch eine ordentliche Kündigung möglich, § 542 Abs. 1 BGB. Dem abdingbaren⁹³⁸ § 584 Abs. 1 BGB zufolge ist die Kündigung bei der Rechtspacht jeweils nur zum Ende eines Nutzungsjahres möglich. Es erscheint aufgrund der Unentgeltlichkeit der Überlassung zum Schutz des unentgeltlich leistenden Autors auch hier eine Anwendung der Kündigungserleichterungen des Leihrechts geboten. Das Leihrecht sieht keine Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung vor Beendigung des dem Vertrag zu entnehmenden Gebrauchs vor. Es bietet dem Verleiher jedoch in den Fällen des § 605 BGB die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung. Auf der Interessenlage basierende Billigkeitserwägungen müssen aber auch für unbefristet eingeräumte Nutzungsrechte zu dem Ergebnis führen, daß eine außerordentliche Kündigung nicht gerechtfertigt ist⁹³⁹. Nach dem auf die Leihe anwendbaren § 604 Abs. 2 BGB ist somit grundsätzlich nicht von einem Ablauf der Leihfrist auszugehen, bevor die dem Vertrag zu entnehmende Nutzung des Programms, nämlich seine Vervielfältigung und Verbreitung, noch nicht beendet wurde. Da der unentgeltlich überlassende und damit schützenswertere Verleiher jedoch nicht schlechter stehen darf als der entgeltlich überlassende Verpächter, muß es dem Verleiher möglich sein, jedenfalls zum Ende eines Nutzungsjahres oder einer sonstigen vereinbarten Kündigungsfrist das Vertragsverhältnis zu beenden.

(3) Kündigung aus wichtigem Grund

Schließlich fließt aus § 242 BGB das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen⁹⁴⁰, das in der Regel die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in der Rechtsfolge verdrängt⁹⁴¹, während die dahinterstehenden Billigkeitserwägungen vergleichbar sind. Ebenso wie es unangemessen wäre, hinsichtlich der auf Dauer überlassenen Nutzungsrechte

⁹³⁸ Palandt/Putzo, § 584, Rn. 2.

⁹³⁹ Näher zur Ablehnung der Voraussetzungen des § 605 BGB, soeben D II 2 b (1) (b).

⁹⁴⁰ Medicus, SRBT, Rn. 214; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 13, Einl. v. § 241, Rn. 18.

⁹⁴¹ MüKo/Roth, § 242, Rn. 583 ff.

von einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auszugehen, wenn der Autor dieselbe Version des Shareware-Programms aus ökonomischen Erwägungen über den herkömmlichen Vertriebsweg verteilen möchte⁹⁴², erscheint es auch unbillig, ihm für die auf Zeit überlassenen Nutzungsrechte ein Recht zur außerordentlichen Kündigung einzuräumen.

(4) Zwischenergebnis

Dem Anwender befristet eingeräumte Nutzungsrechte können, die praktisch irrelevante Möglichkeit einer Kündigung nach 30 Jahren außer Acht gelassen, nicht vorzeitig gekündigt werden. Da die Nutzung in der Regel auf lediglich 30 Tage befristet ist⁹⁴³, stellt dies keine unzumutbare Härte für den Autor dar. Im äußerst seltenen Fall, daß Nutzungsrechte zum Test unbefristet eingeräumt worden sind, kann der Vertrag zum Ende eines Nutzungsjahres oder einer sonstigen vereinbarten Kündigungsfrist gekündigt werden.

III. Ergebnis

Verträge über die Prüfversionen von Shareware bieten mit einer Kündigungsmöglichkeit frühestens nach Ablauf eines Jahres oder einer sonst vereinbarten Kündigungsfrist häufig keine Möglichkeit zur Beendigung des Vertragsverhältnisses. Auf Dauer angelegte Verträge über Freeware können in den hier betrachteten Fallgestaltungen nicht rückgängig gemacht werden.

Lediglich für die Zukunft hat der Autor die Möglichkeit, die freie Nutzung bereits freigegebener Programme zu unterbinden, sofern die Änderung des Programm-Status den potentiellen Anwender erreicht.

Mit jeder Folgeversion kann der Autor den Status des Programms frei erneut bestimmen.

⁹⁴² Vgl. D II 2 a (1) (d).

⁹⁴³ Vgl. B II 2 c (2) (a) iii.

E. LEISTUNGSSTÖRUNGEN

Schließlich soll noch die Frage beantwortet werden, welche Rechte dem Anwender bei Leistungsstörungen im Rahmen der hier besprochenen Vertragsverhältnisse zustehen können. Die Darstellung soll sich dabei auf spezielle Fragen beschränken, die sich aus den Besonderheiten der gewählten Vertriebsform ergeben.

I. Gewährleistungsrecht bei urheberrechtlich geprägten Verträgen

Bei der Erörterung des auf die einzelnen Vertragsarten anzuwendenden Gewährleistungsrechts wird von Bedeutung sein, daß sowohl bei der Überlassung von Freeware als auch bei der Überlassung von Shareware die Verträge des Anwenders mit dem Autor urheberrechtliche Nutzungsverträge sind⁹⁴⁴. Aus diesem Grund soll die Erörterung mit einer kurzen Übersicht zum Gewährleistungsrecht bei urheberrechtlich geprägten Verträgen begonnen werden.

1. Bestehende gesetzliche Regelung

Das Urhebergesetz enthält keine umfassende Regelung des Urhebervertragsrechts. Lediglich Teilbereiche wurden geregelt⁹⁴⁵, einiges sondergesetzlich⁹⁴⁶. Eine umfassende Regelung soll einem noch zu schaffenden Urhebervertragsgesetz vorbehalten sein⁹⁴⁷, in das die bestehenden Regelungen aus dem UrhG eingegliedert werden können⁹⁴⁸. Zwischen Urheber- und Verwerterverbänden vereinbarte Normverträge haben keine Wirkung erga omnes. Sie können aber als Hinweis auf Usancen herangezogen werden⁹⁴⁹. Normen über die Haftung bei mangelhafter Vertragserfüllung finden sich im Urhebergesetz nicht, so daß auf die allgemeinen Vorschriften insbesondere des BGB zurückzugreifen ist⁹⁵⁰.

⁹⁴⁴ Vgl. B IV 3, B V 3.

⁹⁴⁵ Vgl. etwa den 2. Unterabschnitt des 5. Abschnitts (§§ 31 bis 44 UrhG) und Sondervorschriften im zweiten Teil zu den sog. verwandten Schutzrechten.

⁹⁴⁶ Vgl. etwa das Gesetz über das Verlagsrecht.

⁹⁴⁷ Ein Vorschlag für ein Urhebervertragsgesetz findet sich bei Nordemann, GRUR 1991, S. 1.

⁹⁴⁸ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 1.

⁹⁴⁹ BGHZ 22, 347, 356 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 3; Schricker/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 7.

⁹⁵⁰ BGH GRUR 1979, 768, 769; ebenso Haberstumpf, Rn. 152; Götting, S. 55 f.; Köhler/Fritzsche, Rn. 13; Lehmann, S. 545; Nordemann, CR 1996, S. 6; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 20, 70; Schricker/Schricker, §§ 31/32, Rn. 13.

2. Haftung für Rechtsmängel

Liegt dem Vertrag kein bestehendes Urheberrecht zugrunde, ist regelmäßig gem. § 306 BGB nichtig⁹⁵¹, es sei denn, der Lizenznehmer erhält trotz der Leerübertragung eine wirtschaftliche Vorzugsstellung, da er als Rechtsinhaber respektiert wurde und den Vertragsgegenstand wirtschaftlich auswerten konnte⁹⁵².

Existiert dagegen das Urheberrecht, schlägt aber die rechtswirksame Übertragung der abgeleiteten Nutzungsrechte fehl, etwa weil der Einräumende oder Übertragende nicht Inhaber des behaupteten Rechts ist, so trifft diesen eine Garantiehafung, da die Rechtsverschaffung zu seinem Verantwortungsbereich gehört⁹⁵³. Für die Garantiehafung sind die kaufrechtlichen Regeln über die Rechtsmängelhaftung der §§ 445, 442, 437, 440, 320 ff. BGB entsprechend heranzuziehen⁹⁵⁴.

3. Haftung für Sachmängel

Demgegenüber kommt eine Haftung für Sachmängel des Werks wegen der künstlerischen oder wissenschaftlichen Qualität des Werks im allgemeinen nicht in Betracht⁹⁵⁵. Die im Verlagsrecht entwickelten Grundsätze können auf das allgemeine Urhebervertragsrecht angewandt werden⁹⁵⁶. Praktisch bedeutsam werden kann die Sachmängelhaftung in Bezug auf die einwandfreie Beschaffenheit des Werkstücks und sonstige Umstände, die die vertraglich vorausgesetzten Nutzungsmöglichkeiten beeinträchtigen⁹⁵⁷. Bei Sachmängeln

⁹⁵¹ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 21; zur Haftung eines Veräußerers, der durch das Weglassen von Nutzungsbedingungen den Eindruck erweckt, dem Erwerber mehr Rechte einzuräumen, als dies tatsächlich der Fall ist, vgl. Schrickler/Schricker, Vor §§ 28 ff., Rn. 63 mw.N.

Anders die seit 1. Januar 2002 geltende Fassung des BGB, der zufolge ein Vertrag auch bei anfänglicher Unmöglichkeit wirksam bleibt, § 311a Abs. 1 BGB. Rechtsfolge der anfänglichen Unmöglichkeit ist nunmehr ein Anspruch nach § 311a Abs. 2 BGB, wenn nicht dem Schuldner weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis vorgeworfen werden können.

⁹⁵² BGHZ 115, 69, 74; BGH, GRUR 1993, 40, 41 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 21; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 13.

⁹⁵³ Ulmer, § 92 II.

⁹⁵⁴ Ulmer, § 92 II; Pres, S. 175; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 21; Lehmann, S. 548; Nordemann, GRUR 1996, S. 7; Rehbinder, Rn. 323; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 14.

Nach der Rechtslage, die das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene BGB normiert, trifft den Verkäufer bei Rechtsmängeln keine Garantiehafung mehr. Sofern den Verkäufer eine Pflichtverletzung trifft, stehen dem Käufer dieselben Rechte wie beim Sachkauf zu, die in § 437 BGB aufgezählt sind.

⁹⁵⁵ Sog. innere oder Qualitätsmängel, vgl. Asprogerakas-Grivas, S. 84 f., 110 f.; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 22; Rehbinder, Rn. 323; Schrickler/Schricker, §§ 31/32, Rn. 14; ders., Verlagsrecht, § 31, Rn. 4 ff.; wie hier auch BGH, GRUR 1960, 642, 644.

⁹⁵⁶ Schrickler/Schricker, a.a.O.

können unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten die Gewährleistungsvorschriften der im BGB geregelten Vertragsarten angewendet werden⁹⁵⁸.

4. Gewährleistung für Computerprogramme

Das auf Softwareüberlassungsverträge anzuwendende Gewährleistungsrecht ist ähnlich umstritten wie die vertragstypologische Einordnung dieser Verträge. Die jeweils anzuwendenden Leistungsstörungsvorschriften ergeben sich bereits aus der vorgenommenen vertragstypologischen Einordnung⁹⁵⁹. Ein detailliertes Eingehen auf die zum anzuwendenden Gewährleistungsrecht vertretenen Meinungen erübrigt sich deswegen. Dargestellt werden sollen im Rahmen dieses Überblicks insofern lediglich Besonderheiten, die sich aus dem Urheberrecht oder den Eigenarten von Computerprogrammen ergeben können.

a. Urheberrechtliche Besonderheiten

Hinsichtlich der Gewährleistung für Rechtsmängel ergeben sich zu den allgemeinen Ausführungen keine Besonderheiten⁹⁶⁰. Für die Sachmängelgewährleistung ist zunächst einmal festzustellen, daß urheberrechtliche Regelungen und Grundsätze nur insoweit zu berücksichtigen sind, als urheberrechtliche Ausflüsse betroffen sind⁹⁶¹. Vom urheberrechtlichen Schutz umfaßt sind Sammlung, Einteilung und Anordnung des im Programm verarbeiteten Materials⁹⁶². In diesem Bereich findet die Individualität eines Programmierers

⁹⁵⁷ Asprogerakas-Grivas, S. 22, 83; vgl. auch die Anwendung von Sachmängelgewährleistungsrecht unter Verweis auf § 451 BGB, wenn das veräußerte Recht ein Recht zum Besitz gibt bei BGH, NJW 1986, 1605, 1605; BGH, NJW 1987, 2674, 2676; so auch Bömer, S. 166; Larenz, Schuldrecht II/1, § 45 I; Esser/Weyers, Schuldrecht II, § 4 IV 3 a; RGRK/Metzger, § 459 Rn. 2; Staudinger/Köhler, § 437, Rn. 32; MüKo/Westermann, vor § 459, Rn. 3; Palandt/Putzo, § 451, Rn. 1, vor § 459, Rn. 14.

⁹⁵⁸ Asprogerakas-Grivas, S. 90; Fromm/Hertin, a.a.O.; Nordemann, CR 1996, S. 7; Rehbinder, a.a.O.; Schricker/Schricker, a.a.O.; sowie die frühere Rspr., RGZ 161, 321, 324; BGHZ 2, 331, 331; dagegen für eine Anwendung der Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts über gegenseitige Verträge BGH GRUR 1979, 768, 769.

⁹⁵⁹ Anders Bartsch, CR 2000, S. 5, 7 ff., für ein topisches Verständnis und eine modulare Normanwendung; ähnlich schon Heussen, GRUR 1987, S. 790; für werkvertragliche Vorschriften trotz einer Einordnung als Kaufvertrag Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 816 ff.; Mehrings, JR 1988, S. 503 ff.; Palandt/Sprau, § 633, Rn. 2; für auslegungsweise zu ermittelndes, anzuwendendes Gewährleistungsrecht Köhler/Fritzsche, Rn. 76.

⁹⁶⁰ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 68; Fromm/Nordemann/Vinck, Vor § 69a, Rn. 3; i.E. so auch Lehmann, S. 548.

⁹⁶¹ Ähnlich Lehmann, a.a.O.; für die Anwendung von Sachmängelgewährleistungsrecht für nicht Nutzungsrechte betreffende Mängel auch Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 141 f.

⁹⁶² Vgl. B II 2 a (2).

ihren Ausdruck⁹⁶³. Deswegen sind bei Leistungsstörungen in diesem Bereich Besonderheiten des Urheberrechts zu berücksichtigen. Abweichungen von der erwarteten Qualitätshöhe sind damit unbeachtlich, sofern der Autor Gebrauch von seiner Gestaltungsfreiheit gemacht hat⁹⁶⁴. Zu beachten ist überdies, daß für urheberrechtliche Werke, deren Kennzeichen Individualität ist, mangels klar abgrenzbarer, objektiver Beschaffenheitsmaßstäbe die Mangelhaftigkeit nur unter großen Schwierigkeiten, in eindeutigen Fällen feststellbar ist⁹⁶⁵. Lediglich für schwerwiegende Mängel kommt somit ausnahmsweise dennoch die Anwendung von Gewährleistungsrecht in Betracht⁹⁶⁶.

Die auf Verwertungsverträge ausgerichteten Grundsätze des Urhebervertragsrechts gehen davon aus, daß sich der Verwerter bei Verträgen über vorbestehende Werke bereits vor Vertragsschluß über die wissenschaftliche oder künstlerische Qualität informieren könne⁹⁶⁷, so daß Voraussetzung für die Anwendung von Gewährleistungsrecht sei, daß das Werk bei Vertragsschluß noch nicht geschaffen worden sei⁹⁶⁸. Da Verträge über Computerprogramme zwar notwendigerweise Verwertungen gestatten, dies aber nicht Kern der abgeschlossenen Verträge ist, und da in der Regel eine Vorabprüfung der wissenschaftlichen Qualität der Programme durch den Endanwender nicht möglich ist, kann dieser Grundsatz auf Verträge mit Endanwendern keine Anwendung finden. Sofern allerdings ein Verwertungsvertrag geschlossen werden soll, muß über diesen Grundsatz hinaus berücksichtigt werden, daß der beanstandete Mangel nicht lediglich in fehlender Verwertbarkeit bestehen darf, da insofern grundsätzlich der Erwerber das Risiko trägt⁹⁶⁹.

Für Mängel, die im Zusammenhang zur sonstigen Beschaffenheit des Programms ohne Bezug zur geschützten Individualität stehen, kann Sachmän-

⁹⁶³ Vgl. B II 2 a (4).

⁹⁶⁴ Vgl. Asprogerakas-Grivas, S. 100; Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 22 unter Hinweis auf die geschützte Schaffensfreiheit des Urhebers; a.A. für Computerprogramme Pres, S. 169, ohne zwischen einem urheberrechtlich geschützten Bereich und einem frei von urheberrechtlichen Besonderheiten gehaltenen Bereich zu differenzieren.

⁹⁶⁵ Asprogerakas-Grivas, S. 89 ff., unter zusätzlichem Hinweis auf ein durch den Verwerter übernommenes Verwertungsrisiko.

⁹⁶⁶ So für Verlagsverträge Schrickler, Verlagsrecht, § 31, Rn. 4 ff.; ebenso BGH GRUR 1960, 447, 448; BGH GRUR 1960, 642, 644; BGH GRUR 1974, 50, 51; allgemein hierzu Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 39.

⁹⁶⁷ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 22.

⁹⁶⁸ Vgl. Asprogerakas-Grivas, S. 92; Fromm/Hertin, a.a.O.

⁹⁶⁹ Vgl. zur Funktion des Gewährleistungsrechts – Verteilung der sich bei Durchführung eines Vertrags ergebenden Risiken – schon RGZ 67, 86, 89; zur Risikoverteilung hinsichtlich urheberrechtlicher Aspekte Asprogerakas-Grivas, S. 92, mit dem Hinweis, daß die Risikoverteilung bei noch zu schaffenden Werken durch die Vereinbarung zugesicherter Eigenschaften des zu schaffenden Werkes beeinflusst werden kann.

gelhaftung ohne urheberrechtliche Besonderheiten angewendet werden⁹⁷⁰. In diesem Fall können die Institute des Leistungsstörungsrechts aus BGB und HGB je nach Art des zugrunde liegenden Vertrags uneingeschränkt zur Anwendung kommen⁹⁷¹.

In allen Fällen bleibt die deliktsrechtliche und produktrechtliche⁹⁷² Haftung des Autors möglich, sofern ihm ein Verschulden nachgewiesen werden kann⁹⁷³.

b. Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten von Computerprogrammen

Hinsichtlich der gewährleistungsrechtlichen Besonderheiten, die bei Computerprogrammen zu beachten sind, ist zunächst festzuhalten, daß trotz der vom Gesetzgeber bewußt unterschiedlich gehaltenen Fehlerbegriffe im BGB⁹⁷⁴ die dahinterstehende Definition eines Fehlers als kongruent angesehen wird⁹⁷⁵. Die folgenden Erörterungen besitzen somit unabhängig von der gewählten Vertragsform Gültigkeit. Weitgehend unbestritten ist zudem, daß von einem subjektiven Fehlerbegriff auszugehen ist, der nach einer Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit fragt⁹⁷⁶, wobei die Soll-Be-

⁹⁷⁰ Vgl. zu dieser Trennung Lehmann, S. 548; ähnlich Köhler/Fritzsche, Rn. 10; allgemein Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 22.

⁹⁷¹ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 68; Köhler/Fritzsche, Rn. 74 ff.; Lehmann, S. 548; Palandt/Putzo, § 459, Rn. 14; so wohl auch der seit BGHZ 102, 135, 144 bei Überlassungen von Standardsoftware kaufrechtliches Gewährleistungsrecht jedenfalls entsprechend anwendende BGH; dagegen für eine Anwendung der allgemeinen Leistungsstörungsregeln OLG Stuttgart, CR 1986, 639, 640.

⁹⁷² Bei europarechtskonformer Auslegung der dem ProdHaftG zugrunde liegenden Richtlinie 85/374/EWG muß von einem weiten Sachbegriff ausgegangen werden, so daß auch Programme unter den Produktbegriff fallen, vgl. Kort, CR 1990, S. 171 f.; Lehmann, NJW 1992, S. 1724; jedenfalls für Standardprogramme Henssler, MDR 1993, S. 493; i.E. zust. Morscher, CR 1999, S. 273; a.A. v. Westphalen, NJW 1990, S. 87.

Das ProdHaftG ist dennoch nur für Programme anwendbar, die zum privaten Gebrauch bestimmt sind, vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG, und grundsätzlich auch nur für Shareware, da Freeware i.d.R. unter den Haftungsausschluß des § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHaftG fallen dürfte.

Auch die Haftung eines entgeltlichen Vermittlers von Shareware als Quasi-Hersteller gem. § 4 Abs. 2 ProdHaftG ist möglich, falls dieser das Programm in den europäischen Wirtschaftsraum einführt, vgl. auch Henssler, MDR 1993, S. 494.

⁹⁷³ Fromm/Hertin, Vor § 31, Rn. 39.

⁹⁷⁴ Vgl. etwa zu § 537 BGB Mugdan II, S. 207 f.

⁹⁷⁵ Engel, BB 1985, S. 1164; Köhler/Fritzsche, Rn. 88; Pres, S. 169; MüKo/Voelskow, § 537, Rn. 2 f.; Marly, Rn. 703.

⁹⁷⁶ Bömer, S. 158 ff.; Engel, BB 1985, S. 1164; Mehrings, NJW 1986, S. 1905; Junker, Rn. 409, 411; Köhler/Fritzsche, Rn. 87; König, Rn. 677; Pres, S. 171 f.; Redeker, CR 1993, S. 195 f.; Fritzsche, JuS 1995, S. 499; Morscher, CR 1999, S. 268; MüKo/Westermann, § 459, Rn. 11; Marly, Rn. 706; Palandt/Weidenkaff, § 536, Rn. 16; vgl. auch KG, CR 1995, 151, 151; a.A., für die Anwendung des rigideren Fehlerbegriffs der Informatik Ruppelt, S. 49 ff.

schaffenheit anhand des vertragsgemäßen oder gewöhnlichen Gebrauchs zu bestimmen ist⁹⁷⁷. Die konkrete Feststellung der Mangelhaftigkeit eines Computerprogramms birgt vielfältige Probleme in sich. Eine abstrakte Darstellung möglicher Fehlerkategorien würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen⁹⁷⁸. Erwähnung finden soll hier deswegen nur die Problematik der Erstellung fehlerfreier Programme. Von Seiten der Autoren wird, auch im Bereich von Freeware und Shareware⁹⁷⁹, häufig darauf hingewiesen, daß es anerkanntermaßen nicht möglich sei, ein fehlerfreies Programm zu erstellen. Dieses Faktum wird weitgehend akzeptiert⁹⁸⁰, jedoch ist ihm keine rechtliche Bedeutung zuzumessen⁹⁸¹, da es auf ein Verschulden einer Vertragspartei⁹⁸², die Ursachen für den Fehler⁹⁸³ oder die Vermeidbarkeit des Fehlers⁹⁸⁴ nicht ankommt und sich das Problem der Unvermeidbarkeit von Fehlern auch in anderen Bereichen stellt⁹⁸⁵.

c. Zusammenfassung

Gewährleistungsrechtliche Besonderheiten sind beim Wirtschaftsgut Computerprogramm mithin nicht zu beachten. Lediglich falls ein Mangel in Struk-

⁹⁷⁷ Palandt/Putzo, § 459, Rn. 8; Soergel/Huber, Vor § 459, Rn. 20 ff.; zum für die hier interessierende Standardsoftware meist anzuwendenden Maßstab des gewöhnlichen Gebrauchs vgl. Köhler/Fritzsche, Rn. 89; Marly, Rn. 709 f., auf Probleme bei der Feststellung eines Mangels aufgrund der schnellen Entwicklung auf dem Gebiet der Computerprogramme weist hin Henssler, MDR 1993, S. 491.

⁹⁷⁸ Verwiesen sei insofern auf die umfangreiche Darstellung bei Marly, Rn. 733 ff.; Henssler, MDR 1993, S. 491, hält eine begriffliche Umschreibung der Fehler aufgrund der schnellen Entwicklungen im Bereich der EDV-Technik für nicht möglich.

⁹⁷⁹ Vgl. die »Endanwender-Lizenzvereinbarung« zu WebWasher v2.2 der webwasher.com AG: »Es wird darauf hingewiesen, daß nach dem Stand der Technik es nicht möglich ist, Computersoftware so zu erstellen, daß sie in allen Kombinationen und Anwendungen fehlerfrei arbeitet. Vertragsgegenstand ist daher nur eine im Sinne der Beschreibung und Benutzungsanleitung grundsätzlich brauchbare Software.«

⁹⁸⁰ Engel, BB 1985, S. 1165; Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 814; Müller-Hengstenberg, CR 1989, S. 901; Köhler/Fritzsche, Rn. 86; Bydlinski, AcP 198, S. 323; Steckler, WiB 1995, S. 733; ebenso OLG Düsseldorf, CR 1992, 724, 725; offen lassend jedoch BGH, CR 1988, 124, 127; König, Rn. 674; abweichend Kilian, CR 1986, S. 632.

⁹⁸¹ LG München I, NJW 1989, 2625, 2626, folgert aus einer Vertragsklausel, die die Fehlerfreiheit für unmöglich hält, sogar eine Pflicht zur Herausgabe des Quellcodes, um spätere Fehlerkorrekturen zu ermöglichen.

⁹⁸² Köhler/Fritzsche, Rn. 86; Steckler, WiB 1995, S. 733.

⁹⁸³ Bömer, CR 1989, S. 366; König, Rn. 674; Malzer, S. 156.

⁹⁸⁴ Bartl, BB 1988, S. 2125; Fritzsche, JuS 1995, S. 500; Marly, Rn. 717; vgl. auch OLG Düsseldorf, CR 1995, 269, 269.

⁹⁸⁵ Köhler/Fritzsche, Rn. 86; Bydlinski, AcP 198, S. 322, 324; Morscher, CR 1999, S. 268; Marly, Rn. 716.

tur oder Aufbau des Programms behauptet wird, sind urheberrechtliche Maßstäbe anzulegen.

II. Überlassung von Freeware

Für die Betrachtung des Rechts der Leistungsstörungen soll an der bisher verfolgten Systematik festgehalten werden und zunächst der Vertrag über die Überlassung der Grundform der hier betrachteten Programmarten, Freeware, betrachtet werden.

1. Im Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler

Zu beginnen ist bei einer chronologischen Abarbeitung der entstehenden Schuldverhältnisse mit dem Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler. Während sich die unentgeltliche Überlassung im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses abspielt⁹⁸⁶, ist die entgeltliche Überlassung in körperlicher Form vertragstypologisch als Kaufvertrag⁹⁸⁷, in unkörperlicher Form als Dienstvertrag⁹⁸⁸ einzuordnen. Gegenstand dieser Verhältnisse ist jeweils die Verschaffung einer Nutzungsmöglichkeit an den das Programm beschreibenden Strukturen durch Eröffnung des Zugriffs auf diese Strukturen im Wege der Datenfernübertragung oder durch Übersenden eines Datenträgers, auf dem die Strukturen gespeichert sind. Nutzungsrechte an einem Programm werden im Rahmen dieser Verträge nicht eingeräumt. Eine Beeinflussung des Leistungsstörungsrechts durch urheberrechtliche Besonderheiten kommt somit nicht in Betracht. Ebenso ist das Programm selbst nicht Gegenstand dieser Verträge⁹⁸⁹, so daß es auf Fehler im Programm nicht ankommt.

a. Entgeltliche Überlassung

Im folgenden sollen die bei Leistungsstörungen anwendbaren Regeln im Hinblick auf Besonderheiten betrachtet werden, die sich bei Verträgen über die Vermittlung von Shareware oder Freeware gegenüber sonstigen Kauf- oder Dienstverträgen ergeben können.

(1) Culpa in contrahendo

Vorvertragliche Pflichtverletzungen können zu einer Haftung nach den Grundsätzen der gewohnheitsrechtlich anerkannten⁹⁹⁰ culpa in contrahendo führen. Grundvoraussetzung ist stets, daß zwischen den Vertragsparteien in-

⁹⁸⁶ Vgl. B IV 2 c.

⁹⁸⁷ Vgl. B IV 2 b (1).

⁹⁸⁸ Vgl. B IV 2 b (2).

⁹⁸⁹ Vgl. B IV 2 a (2).

⁹⁹⁰ Staudinger/Löwisch, vor § 275, Rn. 52; Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 65; jeweils m.w.N.

folge gesteigerten sozialen Kontakts im Rahmen einer Geschäftsanbahnung ein Vertrauensverhältnis entstanden ist, aus dem sich weitergehende Verhaltenspflichten ergeben, als sie das Deliktsrecht gegenüber jedermann vorschreibt⁹⁹¹.

Bei Verträgen über Computerprogramme interessiert in diesem Kontext vor allem eine Aufklärungs- und Beratungspflicht des Überlassenden⁹⁹².

Bei Kaufverträgen wird die culpa in contrahendo hinsichtlich der Angaben über Beschaffenheit und Eigenschaften des Kaufgegenstandes durch das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. BGB verdrängt, das insoweit grundsätzlich eine abschließende Sonderregelung darstellt⁹⁹³. Beachtet werden muß, daß Kaufgegenstand des Vertrags des Anwenders mit dem Vermittler ein Datenträger, nicht aber das Programm selbst ist⁹⁹⁴.

Sowohl beim Dienstvertrag als auch – neben den Gewährleistungsansprüchen – beim Kaufvertrag können Ansprüche aus der Verletzung einer sich aus Treu und Glauben ergebenden Aufklärungspflicht bestehen, sofern sich die unterlassene oder falsche Aufklärung auf Informationen bezieht, die der Vertragspartner seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat⁹⁹⁵. Entscheidend zu beachten ist der Charakter der Haftung nach culpa in contrahendo als Vertrauenshaftung. Beim Gegenüber muß der Vertragspartner ein Vertrauen in die eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten geweckt haben, beispielsweise durch sein Auftreten im Geschäftsverkehr, oder ihm muß eine besondere Unerfahrenheit seines Gegenübers aufgefallen sein, aufgrund der dieser ihm ein Vertrauen entgegenbrachte⁹⁹⁶. Da der Bezug von Freeware von einem Vermittler in der Regel ohne Beratungsgespräch stattfindet und der Anwender den geplanten Einsatz des Programms dem Vermittler nicht eröffnet, kann ein relevantes Kenntnisgefälle allenfalls insoweit entstehen, als es um den Status des Programms als Freeware und die daran geknüpften Erwartungen eines Anwenders geht⁹⁹⁷. Unter Beachtung des Verschuldensfordernisses kann sich eine Haftung des Vermittlers aus culpa in contrahendo dann ergeben, wenn der Ver-

Seit dem 1. Januar 2002 ist der Gedanke der culpa in contrahendo in § 311 Abs. 2 BGB verankert. § 311 Abs. 2 BGB stellt fest, daß auch vorvertragliche Schuldverhältnisse Pflichten begründen, die verletzt werden können.

⁹⁹¹ Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 66 f.

⁹⁹² Für Kaufverträge Marly, Rn. 496; für Dienstverträge z.B. OLG Stuttgart, MDR 1971, 216, 216.

⁹⁹³ Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 80.

Nach der Rechtslage, die seit dem 1. Januar 2002 durch das BGB normiert ist, stellt sich die Frage nach der Konkurrenz der Ansprüche so nicht mehr, da auch das Gewährleistungsrecht auf die allgemeinen Ansprüche bei Pflichtverletzungen zurückgeführt wurde.

⁹⁹⁴ Vgl. B IV 2 a (2) und B IV 2 b (1) (b).

⁹⁹⁵ Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 37; MüKo/Emmerich, Vor § 275, Rn. 105 ff.

⁹⁹⁶ Marly, Rn. 500 ff.

⁹⁹⁷ Ähnlich Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 138.

mittler durch sein Verhalten falsche Vorstellungen über den Funktionsumfang oder die Einsatztauglichkeit der Daten geweckt hat, auf die er Zugriff anbietet bzw. mit denen er den Datenträger zu bespielen offeriert. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Vermittler wider besseres Wissen ein in seinen Funktionen beschränktes Programm als voll funktionsfähig anbietet. Ein solches Verhalten des Vermittlers stellt sich als pflichtwidrige Einwirkung auf die Willensbildung des Anwenders dar, die diesen zum Abschluß eines für ihn nachteiligen Vertrags veranlaßt. Der Vermittler haftet in diesem Fall nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo auf Ersatz des negativen Interesses, was auch die Rückgängigmachung des Vertrags umfaßt⁹⁹⁸.

(2) Unmöglichkeit

Die Behandlung der Unmöglichkeit bei Softwareüberlassungsverträgen folgt den allgemeinen Grundsätzen⁹⁹⁹. Im Zusammenhang mit dem hier betrachteten Vertrag zwischen Anwender und Vermittler über die Überlassung eines Datenträgers, auf dem das gewünschte Programm gespeichert ist, oder über die Gewährung des Zugriffs auf das Programm, ist nochmals auf die Besonderheit der aufgespaltenen Überlassung hinzuweisen: Da Gegenstand des Vertrags zwischen dem Anwender und dem Vermittler nicht die Verschaffung von erforderlichen Nutzungsrechten an dem Programm ist, wird dem Vermittler seine Leistungspflicht nicht unmöglich, wenn das Programm nicht als Share- oder Freeware vom Autor freigegeben wurde oder wenn das Programm ausnahmsweise¹⁰⁰⁰ kein urheberrechtliches Werk darstellt, so daß an diesem dem Anwender von niemandem Nutzungsrechte eingeräumt werden können.

Sofern der Vermittler nicht durch falsche Informationen über den Status des Programms schuldhaft seine Beratungspflicht verletzt hat und deswegen, wie eben dargestellt, aus culpa in contrahendo haftet, können im Fall der fehlenden Freigabe des Programms als Freeware oder Shareware die Pflichten des Vertrags zwischen Anwender und Vermittler noch erfüllt werden, sind also nicht unmöglich. Beide Parteien sind in diesem Fall vielmehr davon ausgegangen, daß das Programm verbreitet werden darf, haben sich also über eine für das angestrebte Geschäft essentielle Eigenschaft des Programms geirrt, § 119 Abs. 2 BGB¹⁰⁰¹. Ein beiderseitiger Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstands ist als Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage zu behandeln¹⁰⁰². Soll somit dem Anwender Zugriff auf ein

⁹⁹⁸St. Rspr., BGH NJW 1962, 1195, 1196; BGH NJW 1974, 849, 851; BGH NJW 1993, 2107, 2107; str., vgl. Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 78.

⁹⁹⁹Marly, Rn. 551.

¹⁰⁰⁰Zu den geringen Anforderungen an einen urheberrechtlichen Schutz vgl. B II 2 a.

¹⁰⁰¹MüKo/Kramer, § 119, Rn. 118.

¹⁰⁰²RGZ 122, 200, 203 f.; BGHZ 25, 390, 392 f.; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 149.

Programm gewährt werden, das nicht verbreitet werden darf, oder soll ein mit einem solchen Programm bespielter Datenträger verkauft werden, so muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der Vertrag nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage an die veränderten Umstände anzupassen ist. Interessengerecht dürfte hier in der Regel ausschließlich eine Umwandlung des Vertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis sein.

(3) Gewährleistung

Für den Dienstleistungsvertrag existiert kein gesetzliches Gewährleistungsrecht, Ansprüche wegen Schlechtleistung müssen auf die positive Forderungsverletzung gegründet werden, sind also verschuldensabhängig¹⁰⁰³.

Hinsichtlich der Kaufverträge, die über einen von dem Vermittler zu versendenden Datenträger geschlossen wurden, greift das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. BGB¹⁰⁰⁴. Das von dem Anwender gewünschte Programm ist dabei nur insofern Gegenstand dieses Vertrags, als daß der Datenträger mit den dieses Programm beschreibenden Informationen bespielt sein muß¹⁰⁰⁵. Sind die vereinbarten Daten nicht vorhanden oder nicht bzw. nicht vollständig lesbar, so ist dies regelmäßig als erheblicher Fehler des Datenträgers zu werten, da der Datenträger nicht zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Zweck verwendet werden kann, das Programm auf den Massenspeicher oder in den Hauptspeicher eines Computers kopieren zu können und fortan als Sicherungsmedium zu dienen. Unabhängig von der Beachtlichkeit des Fehlers bestehen kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche zudem, wenn, wie meist, das Vorhandensein der gewünschten Daten – stillschweigend – zugesichert wurde¹⁰⁰⁶.

(4) Positive Forderungsverletzung

Ansprüche wegen Schlechtleistung können zudem auf die gewohnheitsrechtlich anerkannte¹⁰⁰⁷ positive Forderungsverletzung gegründet werden, so-

¹⁰⁰³Ullrich, NJW 1984, S. 588; Medicus, SR BT, Rn. 326.

¹⁰⁰⁴Ebenso Köhler/Fritzsche, Rn. 92. Seit dem 1. Januar 2002 normiert in den §§ 434 ff. BGB.

¹⁰⁰⁵Vgl. B IV 2 b (1) (c); Heymann, CR 1991, S. 10, hält demgegenüber das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht wohl auch bei Programmfehlern im Verhältnis zum Vermittler für anwendbar; gegen die Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, weil der Schenkungscharakter überwiege, Steckler, WiB 1995, S. 730.

¹⁰⁰⁶Vgl. a.a.O.

¹⁰⁰⁷Die positive Forderungsverletzung ist als Rechtsgrundsatz anerkannt, vgl. Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 104; Streit besteht über die Rechtsgrundlage und auch über den Namen des Grundsatzes (verwendet werden auch positive Vertragsverletzung, Schutzpflichtverletzung und sonstige Forderungsverletzung, vgl. Palandt/Heinrichs, Rn. 104).

Seit dem 1. Januar 2002 ist auch die positive Forderungsverletzung gesetzlich normiert. Sie ist in die §§ 280, 281 BGB eingeflossen.

fern ein gesetzliches Gewährleistungsrecht nicht normiert ist. Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung können zudem neben Gewährleistungsansprüchen bestehen, wenn das Gewährleistungsrecht als grundsätzlich speziellere Regelung nicht abschließend ist¹⁰⁰⁸.

(a) Schlechtleistung

Im Rahmen eines Dienstvertrags finden, da kein gesetzliches Gewährleistungsrecht normiert ist, die Grundsätze über die positive Vertragsverletzung Anwendung auf den gesamten Bereich der Schlechtleistung der Hauptleistungspflicht. Im Kern gilt für den Gewährleistungsanspruch das bereits zum kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht Ausgeführte. Die Leistungspflicht des Vermittlers beschränkt sich auf die Verschaffung einer Zugriffsmöglichkeit auf das Programm. Für Fehler des Programms selbst haftet der Vermittler nicht.

Hinsichtlich des Kaufrechts kann die positive Forderungsverletzung neben dem gesetzlichen Gewährleistungsrecht Anwendung finden auf Mangelfolgeschäden¹⁰⁰⁹, also auf solche Schäden, die durch einen Mangel der Kaufsache an anderen Rechtsgütern des Käufers entstehen¹⁰¹⁰, so wenn etwa das defekte Programm den bereits vorhandenen Datenbestand beschädigt. In diesen Fällen ergeben sich für Verträge über Freeware und Shareware keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Kaufverträgen.

(b) Nebenpflichtverletzungen

Hauptanwendungsfall der positiven Forderungsverletzung ist, neben der Schlechtleistung, die vom Schuldner zu vertretende Verletzung von Nebenpflichten¹⁰¹¹. Es wird vertreten, daß den Vermittler von Freeware und Shareware eine als »gedrängte Prüfungspflicht« bezeichnete Nebenpflicht treffe. Sie gehe dahin, die vertriebenen Programme auf ihre grundsätzliche Lauffähigkeit und Vollständigkeit hin zu untersuchen, um den berechtigten Interessen des Anwenders Rechnung zu tragen, keine funktionsunfähige Software vermittelt zu bekommen. Erforderlich sei daher zumindest eine kurze Überprüfung der Ladbarkeit in den Arbeitsspeicher, das Funktionieren der wichtigsten Funktionen, das Fehlen offensichtlicher Funktions-, Kapazitäts- oder Kompatibili-

¹⁰⁰⁸Larenz, § 24 I a; Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 110; Palandt/Putzo, Vorbem. v. § 459, Rn. 6.

¹⁰⁰⁹BGHZ 101, 337, 339; Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 110.

Mangelfolgeschäden sind seit dem 1. Januar 2002 von § 280 Abs. 1 BGB umfaßt.

¹⁰¹⁰BGHZ 77, 215, 218.

¹⁰¹¹Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 113.

tätsmängel, das Vorhandensein der Programmbeschreibung sowie eine Überprüfung auf Virenbefall mit einem gängigen Virens Scanner¹⁰¹².

Nebenpflichten können sich grundsätzlich aus gesetzlichen Vorschriften oder gem. den §§ 133, 157 BGB aus der Parteivereinbarung ergeben, daneben aber auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben¹⁰¹³. Die angesprochenen Nebenpflichten, die wohl den Großteil der im Rahmen des Vertriebs von Shareware und Freeware auftretenden Probleme abdecken, ergeben sich weder aus dem Gesetz, noch sind solche Pflichten üblicher Weise zwischen dem Anwender und dem Vermittler vereinbart. Aus diesem Grund soll auf das Bestehen solcher Pflichten und auf ihren Umfang im folgenden genauer eingegangen werden.

i. Prüfungspflicht hinsichtlich Virenfreiheit

Ein häufiges Problem gerade bei Freeware und Shareware ist ein möglicher Virenbefall der verbreiteten Programme. Ohne weitreichende Verteilungssysteme, wie sie zur Verbreitung von Freeware und Shareware eingesetzt werden, wäre die Verbreitung von Viren nicht möglich. Aus diesem Grund ist gerade für Shareware und Freeware fraglich, inwieweit entgeltlich handelnde Vermittler für Schäden haftbar gemacht werden können, die durch von ihnen vermittelte, virenbehaftete Shareware- oder Freeware-Programme hervorgerufen wurden.

Der Schuldner hat sich so zu verhalten, daß das Eigentum des anderen Teils nicht geschädigt wird¹⁰¹⁴. Geschützt wird jedenfalls das Integritätsinteresse des Gläubigers¹⁰¹⁵. Da durch Viren u.a. wichtige Datenbestände gelöscht oder Geschäftsgeheimnisse Dritten zugänglich gemacht werden können, erscheinen Schäden am Eigentum des Geschädigten möglich, so daß eine Pflicht zur Überprüfung der Programme auf Virenbefall grundsätzlich gerechtfertigt erscheint.

Andererseits setzt § 242 BGB immer auch eine umfassende Interessenabwägung voraus¹⁰¹⁶. Es ist somit nicht nur das Schutzinteresse des Anwenders zu berücksichtigen. Auch die tatsächlichen und ökonomisch vertretbaren Möglichkeiten des Vermittlers müssen in die Erwägungen einfließen. Eine grundlegende Überprüfung der Programme, bevor sie in die Verbreitung aufgenommen werden, ist möglich und grundsätzlich bereits aus Gründen des Selbstschutzes des Vermittlers angezeigt. Schon durch eine solche, automati-

¹⁰¹²Marly, Rn. 307 f., 316.

¹⁰¹³Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 23.

¹⁰¹⁴BGH, NJW 1983, 2813, 2814; Palandt/Heinrichs, a.a.O.

¹⁰¹⁵Soergel/Teichmann, § 242, Rn. 178; auch eine Sicherung des Leistungsinteresses annehmend Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 35.

¹⁰¹⁶BGHZ 49, 148, 153; MüKo/Roth, § 242, Rn. 33; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 5.

sierbare Überprüfung wird der größte Teil der bekannten Viren sowie auch ein Teil neuer Viren erkannt und damit die Gefahr eines Schadens durch Viren beachtlich reduziert. Da sich der Aufwand des Vermittlers für einen solchen Schutz auf die einmalige Installation des Scanners und das regelmäßige, ebenfalls automatisierbare Einspielen aktualisierter Daten über zu erkennende Viren beschränkt, muß von dem Bestehen einer solch grundlegenden Überprüfungspflicht des Vermittlers ausgegangen werden, auch wenn von ihm regelmäßig nur äußerst niedrigpreisige Leistungen erbracht werden.

Weitergehende Schutzmaßnahmen als die hier vorgeschlagenen erfordern einen erheblich höheren Zeit- und Arbeitsaufwand für die Überprüfung, etwa zum Ausführen zum Programm gehörender Dateien auf einem gesicherten System unter Protokollierung aller stattfindenden Veränderungen mit anschließender Auswertung des Protokolls. Dieser Prozeß ist nicht vollständig automatisierbar. Weil zudem ein umfassender Schutz gegen Viren nicht möglich ist¹⁰¹⁷, muß der Aufwand, der für einen nur geringen zusätzlichen Schutz getrieben werden müßte, angesichts der äußerst niedrigpreisigen Leistung des Vermittlers als unverhältnismäßig bezeichnet werden. Jedenfalls im Freeware- und Shareware-Vertrieb kann der Anwender daher vom Vermittler nur eine grundlegende, aber keine detaillierte Überprüfung auf Virenfreiheit erwarten¹⁰¹⁸.

ii. Prüfungspflicht hinsichtlich Lauffähigkeit und Fehlerfreiheit

Zudem ist der Anwender auch daran interessiert, ein lauffähiges und fehlerfreies Programm zu erhalten. Ob der Vermittler für den Fall haftbar gemacht werden kann, daß das überlassene Programm überhaupt nicht einsetzbar ist oder eine Vielzahl an Fehlern aufweist, die den regulären Einsatz unmöglich machen¹⁰¹⁹, bedarf der genaueren Betrachtung.

¹⁰¹⁷So auch Kilian/Heussen/v. Gravenreuth, Kap. 106, Rn. 63; ebenso Marly, Rn. 309, mit Verweis auf Burger, Das große Computervirenbuch, 4. Auflage, S. 312.

¹⁰¹⁸Teilweise a.A. Marly, Rn. 309, der die Überprüfung, ob andere Dateien nach dem Programmstart verändert werden, als Bestandteil der Prüfungspflicht ansehen möchte; ähnlich Hoeren, S. 168, Fn.38. Aufgrund des angesprochenen Aufwands, der hierfür getrieben werden müßte, der dadurch noch gesteigert wird, daß bei heutigen komplexen Betriebssystemen die Veränderung einiger bestehender Dateien bezweckt und auch erforderlich ist, kann dem jedoch nicht zugestimmt werden.

¹⁰¹⁹So Marly, Rn. 307; nach Hoeren, CR 1989, S. 892 f., soll kaufrechtliches Gewährleistungsrecht eingreifen, wenn das Programm von vornherein nicht einsatzfähig ist und nicht funktioniert; auch Heymann, CR 1991, S. 6, ist grundsätzlich für die Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts, möchte dabei aber an die Fehlerfreiheit von Programmen nur geringe Anforderungen stellen.

(i) Aufgrund Parteivereinbarung

Aus der Parteivereinbarung läßt sich eine Pflicht zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit in der Regel nicht ableiten, da aus dieser meist hervorgeht, daß der Vermittler lediglich dazu verpflichtet sein soll, dem Anwender den Zugriff auf das von ihm gewünschte Programm in der gewünschten Form zu eröffnen. Das Programm selbst und dessen Funktionalität sind dabei nicht Gegenstand einer Hauptleistungspflicht¹⁰²⁰. Sofern die Kopie, auf die dem Anwender der Zugriff ermöglicht wurde, sei es im Wege der Datenfernübertragung, sei es durch Übersenden eines Datenträgers, nicht beschädigt oder gegenüber der vom Autor freigegebenen Kopie verändert wurde, trifft den Vermittler vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine weitergehende Pflicht.

(ii) Aus Treu und Glauben

Eine Nebenpflicht aufgrund von Treu und Glauben, gestützt auf das Integritätsinteresse, dürfte in der Regel nicht in Betracht kommen, da nicht lauffähige Programme nur selten zu Schäden an anderen Daten oder der Hardware führen. Sollte das fehlerhafte Programm dennoch ausnahmsweise das Integritätsinteresse des Anwenders beeinträchtigen, so ist danach zu fragen, ob aus Treu und Glauben eine Pflicht abgeleitet werden kann, die Funktionalität des weitergegebenen Programms soweit zu überprüfen, daß nicht unmittelbar durch den ersten Einsatz programmfremde Daten beschädigt oder vernichtet werden. Im Rahmen der erforderlichen, umfassenden Interessenabwägung ist hierbei einerseits zu berücksichtigen, daß es aufgrund der Masse neu erscheinender Programme¹⁰²¹ für den Vermittler unmöglich ist, jedes neu erscheinende Programm neben einer automatischen Überprüfung auch noch einer personal-, zeit- und kostenintensiven Einzelprüfung zu unterziehen¹⁰²². Das Entgelt für die Vermittlung von Shareware und Freeware würde durch die Annahme einer solchen Pflicht erheblich ansteigen, was wiederum dem eigentlichen Zweck der Vertriebsform widerspräche, für jeden möglichst frei verfügbar zu sein und zu zahlendes Entgelt nur an den Autor fließen zu lassen. Zudem führen unterschiedliche Systemkonfigurationen oft zu kaum vorhersehbaren wechselseitigen Beeinträchtigungen installierter Komponenten, so daß ein problemloser Probelauf auf einem Testsystem des Vermittlers nicht

¹⁰²⁰Vgl. B IV 2 a (2); B V 2 b.

¹⁰²¹Z.Zt. wächst alleine die Menge der veröffentlichten Shareware um ca. 1 Gigabyte pro Tag, vgl. Typemania-Newsletter Nr. 38 v. 1. März 2000. Incl. Freeware, insbesondere der unter Linux-Anhängern beliebten Open Source Software, dürfte die Menge mindestens doppelt so groß sein.

¹⁰²²Gegen die Möglichkeit einer Überprüfung auch Hoeren, CR 1989, S. 893.

gewährleistet, daß derselbe Probelauf auf dem System eines Anwenders zu keinen Störungen oder Schäden führt¹⁰²³.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß sich der Anwender für den Bezug eines Programms entschieden hat, das aus einem Vertrieb stammt, der jedem Autor die Verbreitung von Programmen ermöglicht, ohne zuvor in irgendeiner Form eine Qualitätskontrolle vor den Vertrieb zu schalten oder dem Autor das wirtschaftliche Risiko eines kostenintensiven Vertriebs aufzuerlegen. Dieser Vertrieb birgt für den Anwender neben einigen Vorteilen auch das Risiko, ein qualitativ niedrigeres oder ein auf seinem System unbrauchbares Programm zu erhalten. Dem sich für frei verbreitbare Programme entscheidenden Anwender muß bewußt sein, daß er beim Bezug des Programms über ein freies, offenes Vertriebssystem ein größeres Risiko eingeht, als dies beim Bezug von Programmen über den herkömmlichen Vertriebsweg der Fall ist. Will er von den Vorteilen profitieren, die ihm dieses Vertriebssystem bringt, so obliegt ihm andererseits, mit geeigneten Sicherungsmaßnahmen drohenden Schäden vorzubeugen. Es wäre jedoch unbillig, das dem gewählten Vertrieb innewohnende Risiko dem Vertragspartner des Anwenders aufzuerlegen, während die Vorteile dieses Systems beim Anwender verbleiben.

(iii) Zwischenergebnis

Für den Vermittler besteht in der Regel keine Nebenpflicht zur Prüfung der Funktionsfähigkeit des verbreiteten Programms.

iii. Prüfungspflicht hinsichtlich Vollständigkeit

Im Hinblick auf die Frage, ob eine Nebenpflicht des Vermittlers zur Überprüfung der weitergegebenen Programme auf Vollständigkeit besteht¹⁰²⁴, kann dagegen davon ausgegangen werden, daß es in der Regel Bestandteil der Hauptpflicht ist, den Zugriff auf sämtliche zu dem Programm gehörenden, vom Autor freigegebenen Dateien zu ermöglichen, bzw. daß als Eigenschaft des verkauften Datenträgers vereinbart wurde, daß er mit sämtlichen zugehörigen Dateien bespielt wurde.

Für eine zusätzliche Nebenpflicht zur Überprüfung auf Vollständigkeit wäre damit nur insofern Raum, als eine Nebenpflicht zur Überprüfung auf inhaltliche Vollständigkeit der verbreiteten Daten angenommen würde, daß also der Vermittler dazu verpflichtet würde, die vom Autor verbreiteten Daten ihrerseits auf Vollständigkeit zu überprüfen und nur vollständige Programmpakete zu verbreiten, bei denen der Autor seinerseits keine notwendigen Bestandteile

¹⁰²³Völlig unzumutbar erscheint somit die von Marly, Rn. 307, angenommene Nebenpflicht zur Überprüfung auf Kompatibilitätsmängel.

¹⁰²⁴So Marly, a.a.O.; differenzierend Siepmann, JurPC WebDok 163/1999, Abs. 140.

vergessen hat, beispielsweise also auch eine Dokumentation beigelegt hat. Die hierfür notwendige Überprüfung würde eine intensive Einzelprüfung jedes Programms verlangen, die nicht automatisch durchzuführen ist¹⁰²⁵. Bereits bei den Ausführungen zum Fehlen einer Prüfungspflicht hinsichtlich der Fehlerfreiheit des Programms¹⁰²⁶ wurde dargelegt, daß derart weite Nebenpflichten einer expliziten Vereinbarung bedürfen und nicht aus Treu und Glauben herzuleiten sind.

iv. Ergebnis für die Nebenpflichten

Den Vermittler trifft jedenfalls aus Treu und Glauben die Nebenpflicht, verbreitete Programme mit gängigen Suchprogrammen auf Virenbefall zu testen. Sofern nicht anders vereinbart, bestehen keine weitergehenden Nebenpflichten zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Programms und der Vollständigkeit der vom Autor verbreiteten Daten.

b. Unentgeltliche Überlassung

Mangels eines zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses können vertragsähnliche Ansprüche im Rahmen der unentgeltlichen Überlassung allenfalls auf culpa in contrahendo gestützt werden¹⁰²⁷. Voraussetzung für das Bestehen eines solchen Anspruchs bei Gefälligkeitsverhältnissen ist, daß aufgrund des hierbei stattfindenden gesteigerten sozialen Kontakts in Analogie zu den gesetzlich geregelten Fällen der Schuldverhältnisse das Bestehen von Schutz- und Sorgfaltspflichten angenommen werden kann¹⁰²⁸, deren Verletzung zu quasi-vertraglichen Sekundäransprüchen führt¹⁰²⁹. Mit der Begründung, daß durch drohende Schäden an der häufig kostspieligen Hardware und Software beachtliche wirtschaftliche Werte betroffenen seien, wird vertreten, daß Sorgfaltspflichten dieser Art auch bei der unentgeltlichen Überlassung von Freeware und Shareware bestünden¹⁰³⁰. Zur näheren Untersuchung dieser Frage

¹⁰²⁵Shareware und Freeware werden zunehmend als aus einer Datei bestehende, selbstextrahierende, ausführbare Programme verbreitet, die erst nach ihrer Installation den Umfang der mitgelieferten Daten offenbaren. Schon eine Überprüfung auf das Vorhandensein einer Programmbeschreibung erfordert somit mittlerweile meist eine vollständige Installation des Programms.

¹⁰²⁶Soeben, E II 1 a (4) (b) ii (ii).

¹⁰²⁷Junker, NJW 1999, S. 1297; allgemein Schwerdtner, NJW 1971, S. 1676; MüKo/Kramer, Einl. v. § 241, Rn. 33; Palandt/Heinrichs, Einl. v. § 241, Rn. 10.

¹⁰²⁸Vgl. Staudinger/Schmidt, Einl. §§ 241 ff., Rn. 247 ff., 252 f.

¹⁰²⁹Für die Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen auch ohne zugrundeliegendes Vertragsverhältnis auch Schwerdtner, NJW 1971, S. 1674 f.; Flume, § 7, 4; Fikentscher, Rn. 25; Medicus, BürgR, Rn. 371; MüKo/Kramer, Einl. § 241, Rn. 32 ff. m.w.N.

¹⁰³⁰Marly, Rn. 317, der aufgrund der drohenden Schäden einen Rechtsbindungswillen beim unentgeltlichen Bezug von Programmen über Mailboxen annimmt.

muß zwischen Schäden, die durch das Programm selbst hervorgerufen werden, und Schäden, die durch einen Virenbefall des Programms drohen können, differenziert werden.

(1) Schutz- und Aufklärungspflichten hinsichtlich Programmfehlern

Daß Schäden an der Hardware durch Programme im normalen Betrieb, auch beim Auftreten von Fehlern, verursacht werden, ist bei den gängigen Computerkonfigurationen höchst unwahrscheinlich. Denkbar sind allenfalls Schäden durch auf bestimmte Hardware spezialisierte Programme, die die Konfiguration der Hardware optimieren sollen¹⁰³¹. Der Zweck solcher Programme ist für den Anwender allerdings offenbar. Ebenso muß dem Anwender bewußt sein, daß Einstellungen an technischen Geräten ohne das notwendige Hintergrundwissen zur Beschädigung des Geräts führen können. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich gefährlicher Funktionen des Programms könnte möglicherweise den Autor treffen. Dem unentgeltlich handelnden Vermittler fehlen jedoch in der Regel die Möglichkeiten, weiterzugebende Programme auf ihre Funktionalität hin zu testen¹⁰³².

Durch nicht unmittelbar auf Hardwaremanipulationen abzielende Programme besteht lediglich die Gefahr einer Beschädigung oder Vernichtung des auf dem Computer befindlichen Datenbestandes. Diese Gefahr wiederum besteht bei der Installation jeglicher Software und kann sich auch beim regulären Betrieb eines Programms oder durch Verschleiß der Hardware verwirklichen. Durch die Weitergabe derartiger Programme wird die Gefahr für Datenbestand und Hardware des Anwenders somit nicht erhöht. Jeder Anwender kennt die durch die Entgegennahme eines Programms entstehenden Gefahren und kann sich vor dem Eintritt schwerwiegender Folgen durch das Anfertigen von Sicherungskopien wichtiger Daten schützen. Somit schafft die Weitergabe von Programmen keine signifikante Gefahr, und angesichts der Menge an Freeware- und Shareware-Programmen ist eine Überprüfungspflicht auch nur hinsichtlich der rudimentären Lauffähigkeit wegen des mit einer Testinstallation verbundenen hohen Aufwands unzumutbar¹⁰³³. Hinzu kommt, daß privat handelnden Vermittlern häufig die Mittel für separate Testsysteme fehlen. Der ohnehin hohe Aufwand einer Testinstallation würde damit nochmals dadurch gesteigert, daß im Anschluß an den Test sämtliche Änderungen teilweise ma-

¹⁰³¹So kann etwa ein Programm den Bustakt oder die Voltzahl für den Prozessor im BIOS auf schädliche Werte einstellen, wodurch sich der Prozessor überhitzen kann.

¹⁰³²Vgl. ausführlicher bereits zur entgeltlichen Weitergabe, E II 1 a (4) (b) ii.

¹⁰³³Dies fordert jedoch Marly, Rn. 320; zur Unzumutbarkeit der Überprüfung schon im Rahmen der entgeltlichen Weitergabe bereits oben, a.a.O.

nuell wieder rückgängig gemacht werden müssen, da auch die meisten Deinstallations-Programme nur unvollständig arbeiten. Darüber hinaus fehlen dem durchschnittlichen Anwender Kenntnisse, um auftretende Fehlfunktionen zweifelsfrei einem Programm zuzuordnen und Probleme bei der Interaktion mit anderen installierten Komponenten auszuschließen. Der Interessenlage kann damit billigerweise auch beim unentgeltlichen Verbreiten von Programmen keine Prüfungspflicht hinsichtlich der Lauffähigkeit von Programmen entnommen werden¹⁰³⁴.

(2) Schutz- und Aufklärungspflichten hinsichtlich Virenbefalls

Anders stellt sich die Situation hinsichtlich des Risikos dar, daß das Programm im Zuge der einzelnen Stationen der Weitergabe von einem Virus befallen worden sein könnte. Daß dieses Risiko gerade bei frei verbreitbaren Programmen besonders hoch ist, darf dabei als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, so daß diese Gefahr nicht nur dem Weitergebenden, sondern auch dem Empfänger bekannt ist. Dennoch trifft auch den einzelnen, privaten Anwender die ohne großen Aufwand erfüllbare Pflicht, ein Programm, das er weitergeben möchte, zuvor mit einem gängigen Virenschanner zu überprüfen¹⁰³⁵, wie es schon der Selbstschutz gebietet. Ebenso sind auch die Betreiber von Mailboxen und Servern im Internet in der Lage, Programme, die zum Download bereitgestellt werden sollen, zuvor automatisch mit einem oder mehreren gängigen Scannern auf Virenbefall zu testen. Eine gründlichere Prüfung sei es manueller Art oder durch die Installation aufwendiger Prüfsysteme kann von den unentgeltlich handelnden Personen nicht verlangt werden¹⁰³⁶. Werden die Programme unentgeltlich weitergegeben, so hat der Vermittler häufig nicht die Möglichkeit, auch diejenigen zur Weiterverbreitung bestimmten Programme auf Virenfreiheit zu testen, die auf einem von dem eigenen verschiedenen System lauffähig sind. Das Vorhalten diverser Testsysteme kann dem kostenlos handelnden Vermittler nicht zugemutet werden. Den Interessen des Anwenders muß in diesen Fällen jedoch Rechnung getragen werden. Sofern dem Vermittler die Überprüfung auf Virenfreiheit nicht möglich ist, muß er jedenfalls an geeigneter Stelle einen Warnhinweis anbringen, der den Anwender darüber informiert, daß für bestimmte Programmgruppen Vor-

¹⁰³⁴A.A. für kostenlose »Demo-Versionen« von Programmen Junker, NJW 1999, S. 1297, der sich dabei allerdings auf Entscheidungen beruft, denen Beratungsgespräche voraus gingen.

¹⁰³⁵Gegen eine Prüfungspflicht bei der Weitergabe unter Privatanwendern Marly, Rn. 323, der statt dessen eine Haftung nach § 524 Abs. 1 BGB im Fall des arglistigen Verschweigens eines Mangels annimmt.

¹⁰³⁶Vgl. ausführlicher bereits zur entgeltlichen Überlassung, E II 1 a (4) (b) (i).

sichtsmaßnahmen nicht ergriffen werden konnten und bei der Handhabung dieser Programme besondere Vorsicht walten gelassen werden muß¹⁰³⁷.

(3) Haftungsmaßstab

Als Haftungsmaßstab ist für Schutz- und Sorgfaltspflichten, die aus einer Gefälligkeit resultieren, grundsätzlich § 276 BGB anzuwenden¹⁰³⁸. Eine Haftungsmilderung kommt nur dann in Betracht, wenn diese auch im Falle des Bestehens einer Vertrags anzunehmen wäre, da ansonsten der ohne Verpflichtung Handelnde stärker haften würde als ein vertraglich Verpflichteter.

Auf die Weitergabe von Programmen auf Datenträgern unter Privatanwendern wäre im Falle eines Vertragsschlusses Schenkungsrecht anzuwenden¹⁰³⁹, so daß die Haftungsmilderung der §§ 521, 523 f. BGB auch im Gefälligkeitsverhältnis Anwendung finden muß. Auch in der unkörperlichen Übermittlung eines Programms von einem Privatanwender an den anderen kann eine unentgeltliche Zuwendung eines – geringwertigen – Vermögenswertes gesehen werden, nämlich des frei erhältlichen Objektprogramms. Die erforderliche Vermögensminderung auf Seiten des Zuwendenden muß nicht im Verlust des Zugewendeten bestehen¹⁰⁴⁰, kann hier also in den Kosten für die Übermittlung gesehen werden. Im Falle eines zustande gekommenen Vertrags wäre damit auch auf diese Fälle Schenkungsrecht anzuwenden, so daß auf ein entsprechendes Gefälligkeitsverhältnis ebenfalls die Haftungsmilderung des Schenkungsrechts Anwendung finden muß. Der Vermittler hat damit in diesen Fällen nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten und haftet für Rechts- und Sachmängel nur infolge arglistigen Verschweigens. Zu demselben Ergebnis kommt man, wenn man wegen eines drohenden hohen Haftungsrisikos, gegen das der Weitergebende nicht wirtschaftlich abgesichert ist, in Analogie zu den gesetzlich geregelten Gefälligkeitsverhältnissen von einer Haftungsreduktion auf grobe Fahrlässigkeit oder von einem stillschweigenden Haftungsausschluß ausgeht¹⁰⁴¹. Begründet wird diese Analogie damit, daß das Gefälligkeitsverhältnis einer Schenkung nahekäme¹⁰⁴².

Soweit jedoch keine Zuwendung stattfindet, sondern lediglich Zugriff auf Daten gewährt wird, besteht die Leistung des Weitergebenden lediglich in ei-

¹⁰³⁷So auch Marly, Rn. 321.

¹⁰³⁸MüKo/Kramer, Einl. § 241, Rn. 37.

¹⁰³⁹Auch Marly, Rn. 323, sieht Aspekte einer Schenkung in dem Verhältnis zwischen den Anwendern; ähnl. Steckler, WiB 1995, S. 730; Pres, S. 190 erwägt zudem noch einen stillschweigenden Haftungsausschluß wegen eines drohenden hohen, wirtschaftlichen Risikos für den Vermittler.

¹⁰⁴⁰Palandt/Putzo, § 516, Rn. 5.

¹⁰⁴¹Pres, S. 190; ähnl. Medicus, BürgR, Rn. 369.

¹⁰⁴²Pres, a.a.O.

ner Tätigkeit. Im Fall der Annahme eines unentgeltlichen Vertrags wäre somit von einem Auftrag gem. § 662 BGB auszugehen¹⁰⁴³, für den eine Haftungsmilderung im Gegensatz zu anderen unentgeltlichen Verträgen nicht vorgesehen ist¹⁰⁴⁴. Ein Grund dafür, daß derjenige, der unentgeltlich den Zugriff auf das Programm ermöglicht, stärker haften soll als derjenige, der das Programm übermittelt, ist nicht erkennbar. Im Gegenteil begibt sich der den Zugriff Ermöglichende weit weniger in die Sphäre des Anwenders, als dies bei einem Vermittler der Fall ist, der dem Anwender Daten auf dessen Computer übermittelt. Auch wenn grundsätzlich für Gefälligkeitsverhältnisse keine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit besteht¹⁰⁴⁵, ergibt damit vorliegend dennoch die dargestellte Interessenlage der Parteien, daß in der Regel von einem stillschweigenden Haftungsausschluß auszugehen ist¹⁰⁴⁶.

c. Ergebnis

Bei einer unentgeltlichen Weitergabe von Freeware bestehen Sekundäransprüche des Empfängers gegen den Vermittler mithin nur bei einer Verletzung der Pflicht zur Überprüfung auf Virenbefall. Die Haftung des Weitergebenden ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, was § 521 BGB und der Interessenlage der Parteien entnommen werden kann.

2. Im Verhältnis zwischen Anwender und Autor

Die bei der Überlassung von Freeware zwischen dem Anwender und dem Autor entstehenden Rechtsverhältnisse lassen sich als Schenkungsvertrag einordnen¹⁰⁴⁷. Leistungsgegenstand dieser Verträge sind Nutzungsrechte an dem Freeware-Programm und die das Programm beschreibenden Informationen selbst¹⁰⁴⁸. Da dieser Vertrag urheberrechtlich geprägt ist, sind im folgenden die anfangs¹⁰⁴⁹ dargestellten Besonderheiten im Bereich der Leistungsstörungen bei der Überlassung von Computerprogrammen zu beachten.

¹⁰⁴³Vgl. Marly, Rn. 318.

¹⁰⁴⁴Palandt/Sprau, § 662, Rn. 11.

¹⁰⁴⁵BGHZ 30, 40, 45 f.; BGH NJW 1992, 2474, 2474 f.; so auch Eimer, S. 115; Palandt/Heinrichs, § 254, Rn. 79; a.A. Hoffmann, AcP 167, S. 406 f.

¹⁰⁴⁶Ähnlich Pres, S. 190; wenn der Gefällige jedenfalls auch im Interesse des Geschädigten handelte, wird darüber hinaus ebenfalls von einem stillschweigenden Haftungsausschluß ausgegangen, vgl. Mersson, DAR 1993, 87; Palandt/Heinrichs, § 254, Rn. 80.

¹⁰⁴⁷Vgl. B IV 3 b (2).

¹⁰⁴⁸Vgl. B IV 3 a (2).

¹⁰⁴⁹Vgl. E I 4.

a. Culpa in contrahendo

Voraussetzung für eine Haftung des Autors nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo ist, daß sich aus vorhergehendem Kontakt zwischen den Vertragsparteien ein Vertrauensverhältnis ergeben hat, aus dem sich Verhaltenspflichten ableiten lassen¹⁰⁵⁰. Der Vertrieb von Freeware im Schneeballsystem läuft jedoch weitgehend anonym ab. Die Vertragspartner stehen vor dem Vertragsschluß in keinem sozialen Kontakt. Dem Autor geht die Annahme seines an die Allgemeinheit gerichteten Angebots in der Regel nicht zu¹⁰⁵¹, so daß auch im Rahmen des Vertragsschlusses sozialer Kontakt zwischen Anwender und Autor die Ausnahme ist. Ein Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien kann damit grundsätzlich nicht entstehen. Der Bezug des Programms ist für den Anwender kostenlos und ermöglicht eine beliebige Prüfung, ob das Programm für den angestrebten Einsatz geeignet ist, so daß sich auch aus der Interessenlage keine Aufklärungs- oder Beratungspflichten des Autors gegenüber dem Anwender ergeben. Eine Haftung des Autors aufgrund der Grundsätze der culpa in contrahendo kommt regelmäßig nicht in Betracht.

b. Unmöglichkeit

Hinsichtlich der Unmöglichkeit der dem Autor obliegenden Leistungspflichten kommt die anfängliche objektive Unmöglichkeit, wenn das Programm ausnahmsweise nicht urheberrechtlich geschützt ist, so daß keine Nutzungsrechte eingeräumt werden können, sowie die anfängliche subjektive Unmöglichkeit, wenn der Autor nicht Rechtsinhaber ist, in Betracht. Da die Erfüllung, Einräumung der Nutzungsrechte, zeitlich mit dem Verpflichtungsgeschäft zusammenfällt, ist ein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit nicht denkbar.

(1) Fehlende Individualität

Ist das Freeware Programm nicht urheberrechtlich geschützt, etwa weil es die Anforderungen an die Individualität¹⁰⁵² nicht erfüllt, so können keine urheberrechtlichen Rechte an dem Programm eingeräumt werden.

(a) Unmöglichkeit der Leistung

Der Vertrag zwischen Anwender und Autor ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet und damit gem. § 306 BGB nichtig¹⁰⁵³. Ausnahmsweise soll keine

¹⁰⁵⁰Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 66 f.

¹⁰⁵¹Vgl. B II 2 c (1) (b).

¹⁰⁵²Dazu ausführlich B II 2 a.

¹⁰⁵³Zur Rechtslage seit dem 1. Januar 2002 vgl. oben, Fn. 951.

Unmöglichkeit vorliegen, wenn dem Erwerber zwar kein Nutzungsrecht eingeräumt worden ist, er jedoch durch die Leereinräumung eine wirtschaftliche Vorteilsstellung erlangt hat¹⁰⁵⁴. Wirtschaftliche Vorteile aufgrund einer angenommenen Rechtsinhaberschaft bestehen im Bereich der nicht primär auf Verwertung der Programme angelegten Überlassungen von Freeware an Endanwender gerade bei den hier zu betrachtenden Banalprogrammen nicht, so daß diese Ausnahme keine praktische Bedeutung erlangen dürfte.

Handelt es sich bei dem Programm hingegen nicht um Freeware, dann hat der Autor nie ein Angebot auf Einräumung von Nutzungsrechten abgegeben, so daß zwischen Autor und Anwender überhaupt kein Vertrag zustande gekommen ist. Ein Fall der Unmöglichkeit liegt hier nicht vor.

(b) Rechtsfolge

Liegt Unmöglichkeit vor, so haftet der Autor gem. §§ 307 Abs. 1, 521 BGB¹⁰⁵⁵ auf den Vertrauensschaden, sofern er Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem fehlenden urheberrechtlichen Schutz seines Programms hatte. Ohne daß besondere Umstände vorliegen, spricht die Komplexität der Ermittlung einer unteren Grenze des urheberrechtlichen Schutzes¹⁰⁵⁶ dafür, daß bei juristischen Laien diese Anforderungen an das Verschulden nur in extremen Fällen erfüllt sein dürften. In diesen extremen Fällen wiederum dürfte das Fehlen urheberrechtlichen Schutzes auch dem Vertragspartner erkennbar gewesen sein, so daß ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB entfällt¹⁰⁵⁷.

In den meisten Fällen hat das Fehlen urheberrechtlichen Schutzes des Programms somit keinen Schadensersatzanspruch gegen den Autor zur Folge.

(2) Fehlendes ausschließliches Nutzungsrecht

Ist der Autor nicht Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte an dem Programm, so ist es ihm nicht möglich, einfache Nutzungsrechte an dem Programm einzuräumen, vgl. § 31 Abs. 3 S. 1 2. Mod. UrhG¹⁰⁵⁸. § 306 BGB findet auf diese Fälle der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit keine An-

¹⁰⁵⁴Vgl. die Nachweise bei E I 2.

¹⁰⁵⁵Nach dem am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen BGB ergeben sich Ansprüche bei anfänglicher Unmöglichkeit aus § 311a Abs. 2 BGB – ggf. i.V.m. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB –, sofern der Schuldner nicht beweisen kann, daß er keine Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von dem Leistungshindernis hatte.

¹⁰⁵⁶Vgl. hierzu B II 2 a.

¹⁰⁵⁷Nach der Rechtslage, die durch das am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen BGB normiert wurde, ergibt sich ein Unterschied nur im Hinblick auf die Verteilung der Beweislast, die nunmehr den Autor trifft, § 311a Abs. 2 S. 2 BGB.

¹⁰⁵⁸Fromm/Hertin, §§ 31/32, Rn. 3; Schricker/Schricker, §§ 28 ff., Rn. 23.

wendung¹⁰⁵⁹. Überwiegend wird angenommen, daß der Leistende durch sein Leistungsversprechen stillschweigend eine Garantie für seine Leistungsfähigkeit übernimmt¹⁰⁶⁰. Auf seine Garantiehaftung sind die kaufrechtlichen Regeln über die Rechtsmängelhaftung der §§ 445, 442, 437, 440, 320 ff. BGB entsprechend anzuwenden¹⁰⁶¹.

Teilweise ist diese verschuldensunabhängige Garantiehaftung dem Vorwurf ausgesetzt, den Schuldner unangemessen zu benachteiligen¹⁰⁶². Voraussetzung für die Haftung des unentgeltlich leistenden Schenkers ist aber ein wirksamer Vertragsschluß. Dieser kommt ohne gleichzeitige Bewirkung der Leistung nur im Fall einer notariellen Beurkundung des Schenkungsversprechens wirksam zustande, vgl. § 518 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB. Die Warnfunktion der vorgeschriebenen Schriftform¹⁰⁶³ schützt den Schenker so vor einer übereilten Verpflichtung zu einer ihm unmöglichen Leistung. Will sich der Schenker dennoch verpflichten, so ist das Eingreifen der Garantiehaftung gerechtfertigt.

Verträge über die Überlassung von Freeware werden nicht notariell beurkundet, so daß eine Garantiehaftung des Autors bei subjektiver Unmöglichkeit mangels wirksamen Vertrags nicht besteht.

(3) Programmfehler

Zwar wird teilweise vertreten, daß Programmfehler das Programm für den Anwender vollkommen wertlos machen¹⁰⁶⁴. Dem kann jedoch bereits aus tatsächlicher Sicht nicht zugestimmt werden, da nicht jeder Fehler in einem Programm dazu führt, daß gar keine Funktionen mehr ausgeführt werden können. In der Regel sind lediglich Teile eines Programms von dem Fehler betroffen, während das Programm ansonsten einsatzfähig ist. Aus rechtlicher Sicht kommt ein Eingreifen der die Unmöglichkeit regelnden Vorschriften bei Programmfehlern nicht in Betracht, da das Gewährleistungsrecht als speziellere Regelung diesen vorgeht¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁵⁹BGHZ 47, 266, 269; MüKo/Thode, § 306, Rn. 2; Palandt/Heinrichs, § 306, Rn. 9.

¹⁰⁶⁰Palandt/Heinrichs, a.a.O.

¹⁰⁶¹Vgl. E I 2; h.M.

Zur Rechtslage seit dem 1. Januar 2002 vgl. Fn. 954.

¹⁰⁶²Gudian, NJW 71, S. 1239 ff.; Evans-von Krbek, AcP 177, S. 35 ff.; Eichenhofer, JuS 1989, S. 780; Esser-Schmidt, § 22 III; Larenz, § 8 II.

¹⁰⁶³Vgl. Palandt/Heinrichs, § 125, Rn. 1.

¹⁰⁶⁴Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 816.

¹⁰⁶⁵Heussen, GRUR 1987, S. 790; König, Rn. 675; Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, S. 77; Köhler/Fritzsche, Rn. 84; Larenz, SR II/I, § 41 II c.

c. Gewährleistung

Im Fall von Programmfehlern ist damit auf die Gewährleistungsvorschriften der §§ 523 f. BGB zurückzugreifen. Den Besonderheiten des Freeware-Vertriebs gegenüber der herkömmlichen Softwareüberlassung, insbesondere der Tatsache, daß es sich um eine unentgeltliche Überlassung handelt, wird bereits durch das gegenüber dem Kauf eingeschränkte Gewährleistungsrecht der Schenkung Rechnung getragen¹⁰⁶⁶. Der Programmator haftet gem. den §§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 BGB nur dann für Sach- und Rechtsmängel, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Die Folgen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften sind gesetzlich nicht geregelt und den jeweiligen Vertragsbedingungen zu entnehmen¹⁰⁶⁷.

Die Haftung für Fehler kann in der Form des § 518 BGB beschränkt werden. Der häufig vorkommende, vollkommene Gewährleistungsausschluß¹⁰⁶⁸, der auch die Haftung für Vorsatz oder Arglist ausschließen würde, ist jedoch nicht möglich¹⁰⁶⁹. Er verstößt zudem in den meist als AGB anzusehenden Nutzungsbedingungen¹⁰⁷⁰ zudem gegen § 11 Nr. 7 AGBG.

d. Positive Forderungsverletzung

Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Schenker für positive Forderungsverletzung nur insoweit, als nicht das speziellere Gewährleistungsrecht einschlägig ist¹⁰⁷¹. Die Haftungsprivilegierung des § 521 BGB findet Anwendung¹⁰⁷². Hauptanwendungsfall für die positive Forderungsverletzung ist neben den Mangelfolgeschäden die Nebenpflichtverletzung. Aufgrund des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen Anwender und Autor ergeben sich allerdings im Regelfall keine nennenswerten Nebenpflichten wie etwa eine Installations- oder Einweisungspflicht oder eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Verpackung des Programms. Insbesondere ist der Vertrieb von Freeware darauf ausgerichtet, daß der Anwender selbst die für ihn passenden Programme auswählt. Auskunfts- und Beratungspflichten bestehen nicht. Prüfungspflich-

¹⁰⁶⁶Palandt/Putzo, § 524, Rn. 1.

¹⁰⁶⁷Palandt/Putzo, § 524, Rn. 3.

¹⁰⁶⁸Vgl. etwa die Nutzungsbedingungen zu BlindRead v2.0: »Ich werde unter keinen Umständen auch nur die geringste Verantwortung für den Gebrauch von BlindRead übernehmen [...]. Wenn BlindRead bei Ihnen funktioniert, gut. Wenn nicht, ist es nicht mein Problem.«

¹⁰⁶⁹Palandt/Putzo, § 524, Rn. 2; v. Westphalen, CR 2000, S. 79.

¹⁰⁷⁰Vgl. C I.

¹⁰⁷¹Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 110.

¹⁰⁷²Medicus, SR BT, Rn. 176; Palandt/Putzo, § 521, Rn. 4; für Begleitschäden teilweise bestritten, vgl. Larenz, § 47 II a; MüKo/Kollhosser, § 521, Rn. 6 f.

ten hinsichtlich der Virenfreiheit des Programms können den Autor grundsätzlich nur treffen, wenn er auch als Vermittler tätig wird¹⁰⁷³.

Besondere Prüfungspflichten hinsichtlich der Funktionsfähigkeit des Programms, die zu einer Haftung für positive Forderungsverletzung wegen der Verletzung von Schutzpflichten führen können, bestehen nicht. Das Gewährleistungsrecht stellt hier die spezielleren Regelungen zur Verfügung, die den Grundsätzen über die positive Forderungsverletzung vorgehen.

III. Überlassung von Shareware

Für die Behandlung der Leistungsstörungen bei Überlassungsverträgen über Shareware können aufgrund der Ähnlichkeit im Vertrieb die für Freeware angestellten Überlegungen fruchtbar gemacht werden. Im folgenden soll auf die Leistungsstörungen nur dann näher eingegangen werden, wenn sich Unterschiede zu dem bisher dargestellten ergeben.

1. Im Verhältnis zwischen Anwender und Vermittler

Die Verbreitung von Shareware erfolgt in der Regel über dieselben Vermittler, die auch bei der Verbreitung von Freeware tätig sind. Die Vermittlung von Shareware unterscheidet sich nicht von der Vermittlung von Freeware, die typologische Einordnung der Überlassungsverträge hat für beide Vertriebsarten zur selben Einordnung geführt¹⁰⁷⁴. Für die Behandlung der Leistungsstörungen bei der Überlassung von Shareware im Verhältnis zwischen dem Autor und dem Anwender kann somit auf die Ausführungen zur Freeware verwiesen werden¹⁰⁷⁵.

a. Insbesondere: Das Problem des funktionsbeschränkten Programms (Crippleware)

Sharewareautoren versuchen teilweise, die Anwender zusätzlich dadurch zur Zahlung der Vergütung bei dauerhafter Nutzung zu motivieren, daß sie in die unregistrierte Prüfversion Funktionsbeschränkungen einbauen. Dies hat zur Folge, daß das Programm nicht voll einsatzfähig ist, weil wichtige Funktionen nicht ausgeführt werden können. Zu fragen ist, ob hierdurch hervorgerufene Beschränkungen so weit gehen können, daß der Anwender das Programm gegen Rückerstattung eines evtl. gezahlten Entgelts an den jeweiligen Vermittler zurückgeben kann¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³Zu diesem Verhältnis vgl. bereits E II 1.

¹⁰⁷⁴Vgl. für Freeware B IV 2, für Shareware B V 2.

¹⁰⁷⁵Vgl. E II 1.

¹⁰⁷⁶So Hoeren, CR 1989, S. 892, Fn. 44.

b. Haftung des Vermittlers

Das Programm ist nur insofern Leistungsgegenstand des Vertrags mit dem Vermittler, als daß sein Vorhandensein als Eigenschaft eines überlassenen Datenträgers zugesichert worden ist oder der Zugriff auf dieses Programm im Rahmen eines Dienstvertrags vereinbart wurde¹⁰⁷⁷. Eine Leistungsstörung von Seiten des Vermittlers ist daher nur denkbar, wenn er selbst das Programm und damit seine eigene Leistung falsch beschrieben hat. Hierfür genügt es nicht, daß er das Programm als Shareware beschreibt, denn Funktionsbeschränkungen sind bei Shareware nicht ungewöhnlich. Es sind weitergehende Beschreibungen erforderlich, aus denen der Anwender schließen kann, das Programm bereits in der Testphase ohne wesentliche Funktionsbeschränkungen einsetzen zu können.

c. Rechtsfolge

Hat der Vermittler das Programm auf diese Art beschrieben, so ist für die Frage nach den anzuwendenden Gewährleistungsvorschriften nach dem zugrunde liegenden Verhältnis zu differenzieren.

Handelt es sich um eine entgeltliche Überlassung des Programms auf einem Datenträger, dann kann der Anwender Gewährleistungsansprüche nach § 459 Abs. 2 BGB geltend machen¹⁰⁷⁸, wenn nicht nur das Vorhandensein des Programms als Eigenschaft des Datenträgers zugesichert wurde¹⁰⁷⁹, sondern das Vorhandensein eines Programms mit bestimmten Funktionen¹⁰⁸⁰. Unabhängig davon, ob eine bestimmte Funktionalität des Programms zugesichert wurde, hat der Vermittler durch eine pflichtwidrige Einwirkung auf die Willensbildung des Anwenders diesen zum Abschluß eines inhaltlich nachteiligen Vertrags bewegt. Es kommt insofern eine Haftung des Vermittlers nach den Grundsätzen über die culpa in contrahendo in Betracht. Allerdings kann diese neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht nur dann Anwendung finden, wenn der Vermittler vorsätzlich falsche Angaben gemacht hat¹⁰⁸¹. In den

¹⁰⁷⁷Anders Heymann, CR 1991, S. 10, demzufolge der Sharewarehändler umfassend für das Programm Gewährleistung tragen muß, ggf. korrigiert über eine großzügige Auslegung des von § 459 BGB vorausgesetzten gewöhnlichen Gebrauchs.

¹⁰⁷⁸Seit dem 1. Januar 2002 ist die Frage nach der Haftung für das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft als verschärftes Verschulden im Fall der Übernahme einer Garantie nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Eine Zusicherung führt danach zu einer verschuldensunabhängigen Haftung.

¹⁰⁷⁹Vgl. B IV 2 b (1) (b).

¹⁰⁸⁰A.A. Hoeren, CR 1989, S. 892, Fn. 44, davon ausgehend, daß der Anwender Programme mit unterdrückten Funktionen oder unvollständigem Handbuch gegen Erstattung des gezahlten Entgelts an den Vermittler zurückgeben könne.

¹⁰⁸¹Vgl. zur Haftung nach culpa in contrahendo beim Kaufvertrag BGH, NJW 1992, 2564, 2565 m.w.N.; ebenso Palandt/Putzo, Vor § 459, Rn. 7; Staudinger/Honsell, Vor § 459, Rn. 62; a.A.

übrigen Fällen stellt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht eine abschließende Sonderregelung dar¹⁰⁸².

War der Vermittler aufgrund des Vertrags zum datenträgerlosen Zugriff auf das Programm verpflichtet, so kommen mangels gesetzlich geregelten Gewährleistungsrechts Ansprüche des Anwenders nach den Grundsätzen über die positive Forderungsverletzung in Betracht¹⁰⁸³.

Bestand zwischen den Parteien kein Vertrag, sondern ein Gefälligkeitsverhältnis, so kommt eine Haftung des Vermittlers nach Deliktsrecht in Betracht, wie sie regelmäßig auch neben den vertraglichen Ansprüchen besteht.

2. Im Verhältnis zwischen Anwender und Autor

Im Verhältnis zwischen Anwender und Autor muß bei der Überlassung von Shareware differenziert werden. Auf der einen Seite erfolgt eine kostenlose Überlassung einer Prüfversion zu Testzwecken, hieran schließt sich möglicherweise die Überlassung einer Vollversion zum endgültigen Einsatz an. Bei den Verhältnissen liegen unterschiedliche Verpflichtungsgeschäfte zugrunde¹⁰⁸⁴. Beide Verträge sind urheberrechtlich geprägt, so daß die zu Beginn dieses Abschnitts¹⁰⁸⁵ dargestellten urheberrechtlichen Besonderheiten zu beachten sind.

a. Leistungsstörungen bei der Überlassung der Prüfversion

Der Überlassung der Prüfversion von Shareware liegt ein teilweise nach Schenkungsrecht, meist jedoch nach Regelungen über die unentgeltliche Rechtspacht zu behandelnder Verpflichtungsvertrag zugrunde.

(1) Schenkung

Sofern die Überlassung vom Autor an den Anwender auf Dauer ausgerichtet ist, weil nur zur Verbreitung bestimmte Versionen betroffen sind, finden die Regelungen des Schenkungsrechts auf das Verhältnis zwischen Anwender und Autor Anwendung. Die zwischen Shareware und Freeware bestehenden Unterschiede, beziehen sich alleine auf Beschränkungen des Anwenders beim Einsatz von Shareware¹⁰⁸⁶. Ist auf Shareware-Verträge Schenkungsrecht anzuwenden, so ist nur eine Verbreitung des Programms Gegenstand des Ver-

Soergel/Huber, Vor § 459, Rn. 228.

¹⁰⁸²St. Rspr., vgl. BGHZ 114, 263, 266; s. a. Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 80 m.w.N.

¹⁰⁸³Zu den vertraglichen Schadensersatzansprüchen vgl. Erman/Hanau, § 611, Rn. 338; Medicus, SR BT, Rn. 326.

¹⁰⁸⁴Vgl. B V 3 b (4) (a), (b).

¹⁰⁸⁵Vgl. E I 4.

¹⁰⁸⁶Vgl. genauer zu Freeware und Shareware A II 8, 9.

trags, eine Nutzung des Programms durch den Anwender ist nicht bezweckt. Es ergeben sich insoweit von der tatsächlichen Seite gesehen keine Unterschiede zwischen der Überlassung von Freeware und Shareware. Für Freeware wurden die in einem nach Schenkungsrecht zu beurteilenden Verhältnis möglicherweise auftauchenden Leistungsstörungen bereits besprochen, worauf somit zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann¹⁰⁸⁷.

(2) Unentgeltliche Rechtspacht

Unterschiede ergeben sich jedoch für den Großteil der Fälle, in denen die Überlassung des Shareware-Programms nicht lediglich der Verbreitung dient, sondern der Anwender das Programm einzusetzen beabsichtigt, in denen die Überlassung als unentgeltliche Rechtspacht zu behandeln ist¹⁰⁸⁸.

(a) Culpa in contrahendo

Hinsichtlich möglicher vorvertraglicher Pflichtverletzungen des Autors ist wie schon bei Freeware¹⁰⁸⁹ die Anonymität des Vertriebs zu berücksichtigen. Ein sozialer Kontakt zwischen den Vertragspartnern findet regelmäßig weder im Vorfeld noch bei Vertragsschluß statt. In der Regel entstehen damit keine Vertrauensverhältnisse, die Aufklärungs- oder Beratungspflichten nach sich ziehen könnten. Der Autor haftet damit in der Regel nicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo.

(b) Unmöglichkeit

Für den Fall der Unmöglichkeit der versprochenen Leistung ist bei der als unentgeltliche Rechtspacht zu behandelnden Überlassung der Prüfversion von Shareware zunächst danach zu fragen, welche Regelungen im Fall von Unmöglichkeit anzuwenden sind. In einem zweiten Schritt sollen sodann shareware-spezifische Besonderheiten bei der Unmöglichkeit erörtert werden.

i. Anzuwendende Regelungen

Im auch auf das Pachtrecht anwendbaren mietvertraglichen Gewährleistungsrecht¹⁰⁹⁰ gehen die Regelungen der §§ 536 ff. BGB dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht vor, jedenfalls wenn das Recht überhaupt überlassen und Fruchtziehung gewährt wurde¹⁰⁹¹. Unabhängig davon, daß das mietrechtliche

¹⁰⁸⁷Vgl. E II 2.

¹⁰⁸⁸Vgl. B V 3 b (4) (a) iii.

¹⁰⁸⁹Vgl. E II 2 a.

¹⁰⁹⁰Palandt/Putzo, § 581, Rn. 16; speziell für Software Köhler, CR 1987, S. 827.

¹⁰⁹¹Ob die §§ 536 ff. BGB dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht auch vor Gebrauchsgewährung vorgehen, ist str.; vgl. genauer Palandt/Weidenkaff, § 536, Rn. 7 ff. m.w.N.

Gewährleistungsrecht selbst in der Kritik steht, weil es dem Vermieter eine Garantiehaftung auferlegt¹⁰⁹², stehen einer Anwendung des strengen mietrechtliche Gewährleistungsrechts auf die Überlassung der Prüfversion von Shareware schwerwiegende Bedenken gegenüber. Zwar soll der dem Anwender ermöglichte Testbetrieb zum Abschluß eines entgeltlichen Vertrags führen, jedoch ist, worauf bereits hingewiesen wurde¹⁰⁹³, der Testbetrieb charakteristischer Weise unverbindlich und von später abzuschließenden Verträgen zu trennen. Die Überlassung der Prüfversion von Shareware ist unentgeltlich, der Anwender muß für die erhaltene Leistung keine Gegenleistung erbringen und geht keine sonstigen Verpflichtungen ein. Aus diesem Grund ist es nicht vertretbar, den Autor, der leistet, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten, nach denselben Maßstäben haften zu lassen, wie einen entgeltlich leistenden Vermieter. Aus der für den Anwender unverbindlichen Vertragsgestaltung ohne Zahlungsverpflichtung kann nur folgen, daß das mietrechtliche Gewährleistungsrecht billigerweise durch das dem Verhältnis zwischen den Parteien gerecht werdende Gewährleistungsrecht der Leihe zu ersetzen ist¹⁰⁹⁴.

ii. Shareware-spezifische Besonderheiten

Im Fall der Unmöglichkeit greifen damit die allgemeinen Leistungsstörungenregelungen ein. Da eine der Haftungsbeschränkung des § 521 BGB bei der Schenkung entsprechende Haftungsbeschränkung in § 599 BGB auch für die Leihe geregelt ist, entsprechen die Besonderheiten der Unmöglichkeit einer Überlassung der Prüfversion von Shareware denjenigen, die bereits für die nach Schenkungsrecht zu beurteilende Überlassung von Freeware dargestellt wurden¹⁰⁹⁵.

Ein Unterschied ergibt sich lediglich insofern, als der Leihvertrag nicht formbedürftig ist. Den Autor trifft somit für den Fall des anfänglichen Unvermögens stets eine Garantiehaftung¹⁰⁹⁶. Das Handeln des Autors bei Shareware kann nicht als ausschließlich altruistisch bezeichnet werden. Es dient der Anbahnung entgeltlicher Verträge. Dies führt nicht zu einer mit einem entgeltlichen Vertrag vergleichbaren Interessenlage, doch plant der Autor bereits in diesem Stadium, eine weitere, jedoch entgeltliche Leistung derselben Art erbringen zu wollen. Jedenfalls die Versicherung der eigenen Leistungsfähigkeit kann deswegen von dem Autor gefordert werden. Zudem können aus

¹⁰⁹²Vgl. MüKo/Voelskow, § 538, Rn. 4 ff; speziell für Programme fordert Mehrings, NJW 1986, S. 1908 deswegen eine Abänderung des Gewährleistungsrechts.

¹⁰⁹³Vgl. B V 3 b (1) (b) i (iii).

¹⁰⁹⁴Vgl. oben, Fn. 716.

¹⁰⁹⁵Vgl. E II 2 b.

¹⁰⁹⁶Str., h.M., vgl. die Nachweise a.a.O.

den Umständen des jeweiligen Einzelfalls im Wege der Auslegung, §§ 133, 157 BGB, oder aufgrund von Treu und Glauben Beschränkungen der Einstandspflicht des Schuldners gewonnen werden¹⁰⁹⁷. Im Grundsatz kann somit an einer Garantiehaftung des Autors für die Möglichkeit der sich selbst auferlegten Leistung festgehalten werden.

(c) Gewährleistung

Bei der unentgeltlichen Pacht führen die Gewährleistungsregeln des Leihvertrags gegenüber denjenigen des Mietvertrags zu den interessengerechteren Ergebnissen¹⁰⁹⁸. Den Autor treffen damit im Falle eines Fehlers des Programms wesentlich geringere Pflichten, als dies bei der Anwendung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts der Fall wäre¹⁰⁹⁹. Der Autor haftet danach bei arglistigem Verschweigen eines Programmfehlers oder Rechtsmangels gem. § 600 BGB auf Schadensersatz. Im übrigen richtet sich seine Haftung für Fehler mangels gesetzlicher Regelungen nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung, wobei die Haftungsprivilegierung des § 599 BGB zu beachten ist. Der Autor haftet für Fehler des überlassenen Programms mithin nur, wenn ihm in dieser Hinsicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden können.

Die Haftung kann vertraglich beschränkt werden, ein vollständiger Ausschluß der Haftung auch für Vorsatz ist jedoch nicht möglich¹¹⁰⁰.

(d) Positive Forderungsverletzung

Die positive Forderungsverletzung regelt nicht nur die Haftung des Programmautors für Fehler des Programms hinsichtlich dadurch auftretender Schäden und Folgeschäden. Sie regelt zusätzlich – unter Berücksichtigung der Haftungsprivilegierung des § 599 BGB – die Folgen von Nebenpflichtverletzungen. Wie schon bei Freeware, so ergeben sich auch beim Vertrag über die Prüfversion von Shareware im Regelfall keine nennenswerten Nebenpflichten des Autors wie Beratungspflichten oder Pflichten zur Prüfung der Virenfreiheit, da es an dem hierfür erforderlichen unmittelbaren sozialen Kontakt fehlt¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁷Medicus, SR AT, Rn. 384; Palandt/Heinrichs, § 306, Rn. 10; im einzelnen str.

¹⁰⁹⁸Soeben, E III 2 a (2) (b) i.

¹⁰⁹⁹Zu den Pflichten eines Vermieters von Software vgl. Marly, Rn. 626 ff.

¹¹⁰⁰Palandt/Putzo, § 599, Rn. 4; vgl. auch die Nachweise bei E II 2 c.

¹¹⁰¹Vgl. genauer bereits E II 2 d.

(e) Crippleware

Die bereits angesprochene Besonderheit der Funktionsbeschränkung der Prüfversionen von Shareware wirkt sich auch auf das Verhältnis zwischen Autor und Anwender aus. Es stellt sich die Frage, ob Funktionsbeschränkungen zulässig sind und welche Art von Funktionsbeschränkungen der Anwender hinnehmen muß.

i. Urheberrechtliche Betrachtung

Urheberrechtlich sind die Funktionsbeschränkungen dahingehend einzuordnen, daß der Programmator dem Anwender nicht die Rechte zum Ablauf sämtlicher Programmfunktionen einräumen möchte. Die Sperrung der Funktionen mit programmtechnischen Mitteln dient lediglich der Sicherung gegen eine nicht von den Nutzungsrechten gedeckte Verwendung des Programms durch den Anwender¹¹⁰². Der Programmator kann in den Grenzen des § 69d UrhG die Reichweite seiner Nutzungsrechtseinräumung selbst bestimmen. Die von § 69d UrhG geschützten Mindestrechte werden jedoch nur tangiert, sofern dem Anwender das Ablaufenlassen des Programms untersagt ist, er also die ihm vorliegende Programmkopie gar nicht starten darf. Die Funktionsbeschränkungen bei Shareware zielen jedoch nicht darauf ab, den Ablauf des Programms generell zu verbieten. Der Anwender soll das Programm starten, um die verbliebenen Funktionen verwenden zu können. Funktionsbeschränkungen der Prüfversion sind damit urheberrechtlich nicht zu beanstanden¹¹⁰³.

ii. Gewährleistung

Auch vertragsrechtlich können keine anderen Erwägungen gelten. Der Programmator möchte dem Anwender nicht die Nutzung derjenigen Funktionen gestatten, für die er ihm kein Nutzungsrecht einräumt. Die Funktionsbeschränkungen sollen damit nur den vertragsgemäßen Gebrauch des Programms sichern, vgl. § 603 S. 1 BGB. Zur Bestimmung des vertragsgemäßen Gebrauchs ist u.a. die Verkehrssitte heranzuziehen¹¹⁰⁴. Die Verkehrssitte darf dabei nicht anhand der Überlassung herkömmlicher Programme bestimmt werden. Andere Shareware-Programme müssen als Vergleich herangezogen werden. Selbst wenn sich also aus dem Vertragsinhalt¹¹⁰⁵ unmittelbar keine Beschränkung oder nicht der genaue Umfang der Beschränkung ergibt, so

¹¹⁰²Vgl. bereits B V 3 b (4) (b) ii (iii).

¹¹⁰³So auch Marly, Rn. 349.

¹¹⁰⁴Palandt/Putzo, § 602, Rn. 1.

¹¹⁰⁵Der Vertrag kommt durch das vom Anwender durch die erste urheberrechtlich relevante Benutzungshandlung in Kenntnis der Freigabe des Programms als Shareware angenommene, in der Erklärung der Freigabe liegende Angebot zustande, vgl. B II 2 c (1) (a), (b).

sind jedenfalls gängige Funktionsbeschränkungen von der Verkehrssitte gedeckt. Unter gängigen Beschränkungen sind dabei neben einer programmtechnisch begrenzten Anzahl von Programmläufen, dem Einbau von Zeitschleifen und regelmäßig wiederkehrenden Erinnerungsfenstern¹¹⁰⁶ vor allem solche Einschränkungen zu verstehen, die dem Anwender das uneingeschränkte Arbeiten mit dem Programm ermöglichen und lediglich das Festlegen der Arbeitsergebnisse als Sicherung in einer Datei oder einem Ausdruck verweigern¹¹⁰⁷.

Funktionsbeschränkungen, die über diesen Bereich nicht deutlich hinausgehen, sind vertragsrechtlich nicht zu beanstanden¹¹⁰⁸.

Sollten im Einzelfall jedoch nicht im Vertragsangebot erwähnte, unüblich weitreichende Beschränkungen in einem Programm enthalten sein, die dem Vertragszweck widersprechen, jedenfalls Teile des Programms auf ihre grundsätzliche Tauglichkeit für den geplanten Einsatz testen zu können, so haftet der Programmautor, da regelmäßig Vorsatz vorliegen wird, nach den Grundsätzen über die positive Forderungsverletzung für die dem Anwender aus der außerordentlichen Beschränkung entstehenden Schäden sowie für Folgeschäden, die sich im Rahmen des Schutzzwecks der verletzten Pflicht halten¹¹⁰⁹. Falls die Einschränkung der Programmfunktionen zu Schäden an der Hardware führen sollte, die bei voller Funktionsfähigkeit nicht entstanden wären, so sind diese Hardwareschäden von der Haftung des Autors umfaßt¹¹¹⁰.

iii. Ergebnis

Der Autor ist frei bei der Bestimmung des Umfangs, in dem das von ihm geschriebene Programm von dem einzelnen Anwender in der Testphase genutzt werden kann. Nur in Fällen besonders schwerwiegender Beeinträchtigung der Testmöglichkeiten kann eine Haftung des Autors angenommen werden, sofern auf diese Einschränkungen nicht deutlich in den die Prüfversion begleitenden Bedingungen hingewiesen wird.

b. Leistungsstörungen bei der Überlassung der Vollversion

Schließlich sollen noch die Leistungsstörungen bei der Überlassung der Vollversion des Shareware-Programms untersucht werden. Durch ihre Ein-

¹¹⁰⁶ Schulz, CR 1990, S. 298; Marly, a.a.O..

¹¹⁰⁷ Die Verkehrssitte unterscheidet sich insofern deutlich von derjenigen bei der Überlassung herkömmlicher Programme, bei denen der Einbau von Programmsperren als schwerwiegende Vertragsverletzung angesehen wird, vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1993, 59, 59.

¹¹⁰⁸ Weitergehend Marly, a.a.O., der Funktionsbeschränkungen vertragsrechtlich ohne Einschränkung für zulässig hält.

¹¹⁰⁹ Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 123.

¹¹¹⁰ Auf diese Möglichkeit weist Hoeren, CR 1989, S. 892, Fn. 44, hin.

ordnung in den Vertragstyp des Kaufvertrags¹¹¹¹ ist diese Überlassung weitgehend vergleichbar mit der herkömmlichen Überlassung von Standardsoftware, die von der herrschenden Meinung ebenfalls als Kaufvertrag eingeordnet wird¹¹¹². Auf die sich bei einer als Kaufvertrag einzuordnenden Überlassung von Standardsoftware ergebenden Probleme und Besonderheiten im Vergleich zu sonstigen Kaufverträgen soll im folgenden nur insoweit eingegangen werden, als der spezielle Vertrieb von Shareware hierzu Anlaß bietet, weil sich Abweichungen von der Behandlung sonstiger Standardprogramme oder neue Gesichtspunkte ergeben.

(1) Vorvertragliche Pflichtverletzungen

Die Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzungen kann sich auf eine fehlerhafte oder unterbliebene Aufklärung oder Beratung gründen. Die gehobene Sachkunde des Verkäufers soll bei komplizierteren Kaufgegenständen wie Programmen oder EDV-Anlagen eine Beratung erforderlich machen¹¹¹³, da dem Anwender Testmöglichkeiten fehlen, um das für den angestrebten Einsatz taugliche Programm zu ermitteln. Daß diese Testmöglichkeiten bestehen, ist jedoch gerade ein Vorteil des Shareware-Prinzips¹¹¹⁴. Aus diesem Grund findet eine Beratung des Anwenders im Vorfeld des Vertrags in aller Regel nicht statt, ohne daß in der unterbliebenen Beratung eine Pflichtverletzung des Programmautors gesehen werden kann.

(2) Unmöglichkeit

Auf die besonderen Fälle der Unmöglichkeit bei der Überlassung wurde bereits eingegangen, worauf hier verwiesen sei¹¹¹⁵. Nochmals erwähnt werden soll lediglich, daß die Haftung des Autors wegen anfänglicher Unmöglichkeit für Kaufverträge in den §§ 440, 320 ff. BGB, insbesondere in § 325 BGB gesetzlich geregelt ist¹¹¹⁶. Diese Regelung ist auch interessengerecht, da es sich bei dem Kaufvertrag um einen entgeltlichen Vertrag handelt, vor dessen Abschluß sich der Verkäufer seiner eigenen Leistungsfähigkeit versichern muß.

¹¹¹¹Vgl. B V 3 b (4) (b).

¹¹¹²Vgl. die Nachweise bei B III 1 a.

¹¹¹³Palandt/Heinrichs, § 276, Rn. 80, m.w.N.; eine allgemeine Beratungspflicht des Verkäufers besteht jedoch nicht, vgl. MüKo/Roth, § 242, Rn. 215.

¹¹¹⁴Marly, Rn. 494, sieht in den durch das Konzept geschaffenen Testmöglichkeiten, die eine Beratung überflüssig machen, einen Entstehungsgrund für das Shareware-Prinzip.

¹¹¹⁵Vgl. E II 2 b, E III 2 a (2) (b) ii.

¹¹¹⁶Zur Rechtslage seit dem 1. Januar 2002 vgl. oben, Fn. 954.

(3) Verzug

Größere Bedeutung als bei den übrigen hier besprochenen Verträgen hat der Verzug bei der Überlassung der Vollversion von Shareware, da einige Shareware-Autoren eingehende Registrierungen nur schleppend bearbeiten. Für Softwareüberlassungen ergeben sich hinsichtlich des Verzugs keine spezifischen Besonderheiten¹¹¹⁷. Sofern Verzug vorliegt, insbesondere also die ausstehende Leistung angemahnt worden ist oder eine Mahnung entbehrlich war, § 284 BGB¹¹¹⁸, kann der Anwender neben der Erfüllung den Ersatz des Verzugsschadens aus § 286 Abs. 1 BGB fordern. Ebenso kann der Anwender neben dem Ersatz des Verzugsschadens nach einer erfolglos gesetzten Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gem. § 326 Abs. 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrag zurücktreten.

Voraussetzung für den Eintritt des Verzugs ist allerdings, daß eine erforderliche Mitwirkung des Gläubigers erbracht wurde¹¹¹⁹. Daran kann es bei Verträgen über die Vollversion eines Shareware-Programms insbesondere dann fehlen, wenn der Anwender das häufig erforderliche Registrierungsformular nicht mit solchen Angaben an den Autor übermittelt hat, die für die Erstellung und Übermittlung des Schlüssels oder der Vollversion erforderlich sind.

(4) Gewährleistung

Im Fall von Mängeln des Programms stehen dem Anwender die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche¹¹²⁰ auf Wandelung¹¹²¹ und Minderung gem. § 462 BGB sowie auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 463 BGB zu¹¹²².

¹¹¹⁷Marly, Rn. 562.

¹¹¹⁸Seit dem 1. Januar 2002 sind die Voraussetzungen des Verzugs in § 286 BGB geregelt. Verzugsschäden können nach § 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB verlangt werden. Rücktritt infolge Verzugs ist nunmehr ohne Ablehnungsandrohung nach § 323 BGB möglich.

¹¹¹⁹BGH, DB 1971, 2155, 2155.

¹¹²⁰Seit dem 1. Januar 2002 finden sich die Rechte des Käufers bei Mängeln in § 437 BGB: Nacherfüllung gem. § 439 BGB, Rücktritt gem. den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 BGB, der die Wandelung ersetzt, Minderung gem. § 441 BGB und Schadensersatz gem. den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB.

¹¹²¹Da das Abstraktionsprinzip im Urheberrecht nicht gilt (str., dagegen BGHZ 27, 90, 94 ff.; aber für die h.L. überzeugend Schrickler/Schrickler, Vor §§ 28 ff., Rn. 58 ff. m.w.N.) erlöschen die dem Anwender eingeräumten Nutzungsrechte mit der Umwandlung des Kaufvertrags in ein Rückgewährschuldverhältnis. Eine Rückübertragung ist nicht erforderlich.

¹¹²²A.A. Steckler, WiB 1995, S. 730, die eine starke Prägung des Vertrags durch das Schenkungsrecht annimmt und daraus den Wegfall oder jedenfalls eine starke Einschränkung der Haftung für Programmfehler folgert; ähnlich Kilian/Heussen/Moritz, Kap. 42, Rn. 185, der wegen der geringen Höhe der Gegenleistung jedenfalls Haftungsausschlüsse wie bei einem Schenkungsvertrag als zulässig anerkennen möchte.

(a) Fehler des Programms

Bei der ohnehin problematischen Ermittlung, ob ein Programmangel vorliegt¹¹²³, ist für die Überlassung der Vollversion von Shareware noch ein zusätzlicher Punkt zu beachten. Der Anwender hatte vor der Registrierung Gelegenheit, die Prüfversion des Shareware-Programms zu testen. Für Fehler der Vollversion, die bereits in der Prüfversion enthalten sind, ergeben sich damit zwei Konsequenzen:

Zum einen haftet der verkaufende Autor gem. den §§ 460, 464 BGB¹¹²⁴ nicht für solche Fehler, die dem Anwender bekannt waren oder aufgrund grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, falls sich der Käufer seine Rechte wegen des Mangels nicht vorbehalten hat. Sofern der Programmautor also nicht die Abwesenheit bestimmter Fehler in der Vollversion zugesichert hat, haftet er nicht für Fehler des Programms, die bereits im Testbetrieb aufgetreten sind oder die bei einem Testbetrieb auf jeden Fall aufgetreten wären.

Zum anderen spricht die Tatsache, daß bestimmte Fehler, die in der Prüfversion bereits enthalten waren, beim Testbetrieb des Anwenders nicht aufgetreten sind, dafür, daß diese die Gebrauchstauglichkeit des Programms nicht so erheblich mindern, wie es für das Vorliegen eines Fehlers im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB¹¹²⁵ erforderlich ist¹¹²⁶. Jedoch kommt es in diesem Punkt zusätzlich auf die Umstände des Einzelfalls und die tatsächlich durch den Fehler ausgelöste Beeinträchtigung des Programmbetriebs an¹¹²⁷.

Für den anglo-amerikanisch geprägten Bereich der Shareware ist zudem darauf hinzuweisen, daß es häufig üblich ist, nur eine Dokumentation in englischer Sprache beizulegen. Das Fehlen einer Softwaredokumentation in der Landessprache ist damit keine negative Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit, also solange kein Fehler, wie eine deutsche Dokumentation nicht ausdrücklich vereinbart wurde¹¹²⁸.

¹¹²³Dazu bereits oben, E I 3 m.w.N.

¹¹²⁴Seit dem 1. Januar 2002 in § 442 Abs. 1 BGB geregelt. Der alte § 464 BGB ist weggefallen.

¹¹²⁵Seit dem 1. Januar 2002 ist eine erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht mehr erforderlich. Der Käufer kann bei einer unerheblichen Einschränkung lediglich nicht zurücktreten, § 323 Abs. 5 BGB. Die Ansprüche auf Nacherfüllung, Schadensersatz und Minderung jedoch bleiben erhalten.

¹¹²⁶Auf den Umstand, daß insbesondere die Erheblichkeit des Fehlers für die Gewährleistung für Computerprogramme relevant ist, weisen außerdem hin Engel, BB 1985, S. 1164; Köhler/Fritzsche, Rn. 86, 94; König, Rn. 678; Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 815; Scholz, MDR 1989, S. 108; Morscher, CR 1999, S. 268.

¹¹²⁷Weiter Köhler/Fritzsche, Rn. 94, jeden Fehler als wesentlich ansehend, der dazu führt, daß auch nur eine von vielen Funktionen nicht ausgeführt werden kann.

¹¹²⁸Vgl. Köhler/Fritzsche, Rn. 93.

(b) Rechtsfolgen

Auch hinsichtlich der Rechtsfolgen, die das Vorliegen eines Mangels nach sich ziehen soll, herrscht Uneinigkeit. Teilweise wird die Minderung als interessenwidrig erachtet, da ein fehlerhaftes Programm nicht weniger wert sei, sondern gar nichts¹¹²⁹. Daß auch ein fehlerhaftes Programm nicht vollkommen wertlos ist, sondern einen von der Art des Fehlers abhängigen Restwert hat¹¹³⁰, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt¹¹³¹. Die Minderung ist das Instrument, um den Anspruch des Käufers an den verbliebenen Restwert im Einzelfall flexibel anzupassen¹¹³². Ebenso ergeben sich bezüglich eines Nachbesserungsrechts des Autors¹¹³³ keine Besonderheiten. Wie bei anderen Kaufverträgen besteht dieses nur, wenn es vertraglich vereinbart wurde oder ausnahmsweise aufgrund von Treu und Glauben anzunehmen ist¹¹³⁴. Besonderheiten für die Überlassung der Vollversion von Shareware ergeben sich in diesem Bereich nicht.

(c) Verjährung

Die Verjährung von Ansprüchen aus dem Kaufvertrag nach sechs Monaten gem. § 477 Abs. 1 BGB ist ebenfalls der Kritik einiger Autoren ausgesetzt¹¹³⁵. Innerhalb von sechs Monaten ab Übergabe sei bei komplizierten Programmen kaum eine qualifizierte Einarbeitung möglich, geschweige denn die Entdeckung seltener Fehlkonstellationen¹¹³⁶. Schon die Installation und der Testbetrieb eines Programms würden oft Monate dauern, und auch danach träten re-

¹¹²⁹Kilian, S. 36.

¹¹³⁰So bereits Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142.

¹¹³¹Vgl. E II 2 b (3).

¹¹³²Mehrings, NJW 1986, S. 1907, weist darauf hin, daß das Rückgewährverhältnis bei Programmen problematisch sein kann, insbesondere in Bezug auf die Ermittlung des Restwerts des fehlerhaften Programms und die Kostentragung bei Vorbereitung und Abwicklung des Vertrags. In diesem Punkt unterscheiden sich Programme aber nicht wesentlich von anderen Kaufgegenständen.

¹¹³³So gegen die mittlerweile h.M. Lauer, BB 1982, S. 1758 f.; Mehrings, NJW 1986, S. 1907; ders. einschränkend, NJW 1988, S. 2440; Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 816 ff.; ähnlich Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, S. 73 ff. über die Einordnung als gemischter Vertrag; vgl. aus der Rspr. OLG Düsseldorf, CR 1990, S. 122 ff.; LG Nürnberg-Fürth, CR 1992, 338 f.

¹¹³⁴Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142; Köhler/Fritzsche, Rn. 94; Pres, S. 174; Marly, Rn. 473; Palandt/Putzo, § 476a, Rn. 3.

¹¹³⁵Seit dem 1. Januar 2002 beträgt die Verjährung der Mängelansprüche grundsätzlich zwei Jahre, 438 BGB. Sie kann für den Verbrauchsgüterkauf, §§ 474 ff. BGB, nur für gebrauchte Sachen und nur auf wenigstens ein Jahr beschränkt werden, § 475 Abs. 2 BGB.

¹¹³⁶Jersch, Jura 1988, S. 583; Kilian, S. 54; Lesshaft/Ulmer, CR 1988, S. 815; Mehrings, NJW 1988, S. 2440; Ruppelt, CR 1990, S. 258; ähnlich OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2627, 2628, das damit – allerdings für einen Vertrag über Software und Hardware – auch die Angemessenheit eines Nachbesserungsrechts begründen möchte.

gelmäßig noch Mängel auf¹¹³⁷. Der Käufer von Standardprogrammen habe mindestens ebenso große Schwierigkeiten wie ein Besteller nach klassischem Werkrecht¹¹³⁸. Dadurch sei der Kunde dem Hersteller ausgeliefert, es entstände für ihn ein unkalkulierbares Risiko. Aus diesem Grund wird gefordert, daß die Verjährungsfrist erst nach einer Funktionsprüfung des Programms zu laufen beginnen solle¹¹³⁹.

Gem. § 477 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung mit der Ablieferung, wovon die vollständige Verbringung in den Machtbereich des Käufers zu verstehen ist¹¹⁴⁰. Es ergeben sich in diesem Punkt keine Unterschiede zum Kauf sonstiger Gegenstände mit einer komplexen Funktionsvielfalt. Auch bei solchen ergibt sich die Schwierigkeit, daß innerhalb der Verjährungsfrist nicht immer alle Funktionen getestet werden können¹¹⁴¹. Dadurch wird aber nicht die Anwendung typenfremder Vorschriften des Werkvertrags auf den Kaufvertrag gerechtfertigt¹¹⁴². Der Grundentscheidung des Gesetzgebers zufolge trägt der Käufer das Risiko der Erkennbarkeit eines Mangels¹¹⁴³. Beginn der Verjährung bei Shareware-Programmen ist damit der Zeitpunkt, in dem der Anwender die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die Funktionen der Vollversion hat¹¹⁴⁴, frühestens allerdings mit Abschluß des Vertrags über die Vollversion selbst.

Bei Shareware ergibt sich für den Anwender zudem der Vorteil, daß der oben von einigen geforderte Testbetrieb vor dem Beginn der Bewährungsfrist schon bei Abschluß des Vertrags durchgeführt wurde. Er ist nämlich in der Testphase zu sehen. Darüber hinaus erreicht Shareware selten die Komplexität von Individualsoftware, für die unter Umständen die angeführten Installati-

¹¹³⁷Kilian, CR 1986, S. 193 f.

¹¹³⁸Bartsch, CR 2000, S. 9.

¹¹³⁹Steckler, WiB 1995, S. 735; Saenger, NJW-CoR 1997, S. 356; ähnlich, auf den Abschluß der Installationstätigkeit und einen Probelauf abstellend Hager, AcP 190, S. 330 f.; Köhler/Fritzsche, Rn. 111 f.; ähnlich Eickmeyer/Eickmeyer, CR 1993, S. 79; Pres, S. 173; Zahrt, CR 1993, S. 136.

¹¹⁴⁰BGH, NJW 1993, 461, 462.

Seit dem 1. Januar 2002 ist der Verjährungsbeginn – inhaltlich übereinstimmend – in § 438 Abs. 2 BGB geregelt.

¹¹⁴¹Bydlinski, AcP 198, S. 322, mit Verweis auf die im Vorschlag der Schuldrechtsreformkommission generell auf drei Jahre verlängerten Gewährleistungsfristen; ähnlich Dörner/Jersch, IuR 1988, S. 142 mit Hinweis auf das allgemein bestehende Problem versteckter Mängel; Eickmeier/Eickmeier, CR 1993, S. 79; Fritzsche, JuS 1995, S. 501; vgl. auch BGH, NJW 1961, 730.

¹¹⁴²So einschränkend Bartsch, CR 2000, S. 9.

¹¹⁴³Saenger, NJW-CoR 1997, S. 357.

¹¹⁴⁴Dieser Zeitpunkt ist abhängig von dem Registrierungsmodell, das der Autor gewählt hat, vgl. B V 3 b (4) (b). Hat der Anwender schon vor Vertragsschluß Zugriff auf die gesamte Funktionsvielfalt, beginnt die Verjährungsfrist mit Vertragsschluß zu laufen.

ons- und Einarbeitungszeiten von mehreren Monaten in Betracht kommen können. Zudem ist bei Shareware die Länge des Testbetriebs häufig auf den Funktionsumfang des Programms abgestimmt.

Insgesamt ergibt sich damit, daß die Kritik an der Kürze der kaufrechtlichen Gewährleistungsfrist für Überlassungsverträge über die Vollversionen fehlt. § 477 BGB kann ohne Modifikationen Anwendung finden¹¹⁴⁵.

(5) Positive Vertragsverletzung

Neben dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht bleibt für die positive Vertragsverletzung Raum bei der Haftung für Mangelfolgeschäden und für die Verletzung von Nebenpflichten. Im Unterschied zu dem bisher zur Haftung des Autors für Virenbefall Gesagten¹¹⁴⁶, haftet der Programmautor bei der Überlassung der Vollversion von Shareware für Virenbefall all derjenigen Daten, die er in Erfüllung des Vertrags an den Anwender übermittelt. Da die Übermittlung der Daten zum Umfang der entgeltlich erbrachten Leistung des Autors gehört, entspricht der Umfang der Prüfungspflicht dem Umfang der einem entgeltlich handelnden Vermittler auferlegten Prüfungspflicht¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵Für Standardprogramme allgemein i.E. so auch BGH, NJW 1988, 406, 408.

¹¹⁴⁶Vgl. E II 2 d; E III 2 a (2) (d).

¹¹⁴⁷Vgl. E II 1 a (4) (b) i.

F. ERGEBNIS

Computerprogramme sind keine körperlichen Gegenstände, sondern sie bestehen aus Informationen, die auf körperlichen Trägern oder unkörperlich übermittelt werden können¹¹⁴⁸.

Computerprogramme, auch Shareware- und Freeware-Programme, sind grundsätzlich urheberrechtlich geschützt¹¹⁴⁹. Dementsprechend ist die Freigabe von Programmen als Freeware oder Shareware-Prüfversion als gegenständlicher Vertrag zwischen dem Anwender und dem Autor einzuordnen, durch den dem Anwender Nutzungsrechte eingeräumt werden. In AGB kann der Autor den Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte und weitergehende schuldrechtliche Verbote regeln¹¹⁵⁰. Die zugehörigen verpflichtenden Verträge zwischen Anwender und Autor sind einzuordnen

- bei der Überlassung von Freeware-Programmen als Schenkung¹¹⁵¹ und
- bei der Überlassung von Prüfversionen von Shareware-Programmen als grundsätzlich als unentgeltliche Rechtspacht, als Schenkung in Ausnahmefällen, wenn die Kopien ausschließlich zur Verbreitung gedacht sind¹¹⁵².

Die zwischen Anwender und Vermittler geschlossenen Verträge sind unabhängig von den Verträgen zwischen dem Anwender und dem Autor einzuordnen, und zwar

- im Falle der Unentgeltlichkeit als Gefälligkeiten¹¹⁵³,
- entgeltliche Verträge unterliegen bei der Überlassung des Programms auf einem körperlichen Träger dem Kaufrecht¹¹⁵⁴ und
- bei der entgeltlichen, unkörperlichen Überlassung den Vorschriften des Dienstvertrags¹¹⁵⁵.

Eine Aufhebung der Freeware- oder Shareware-Eigenschaft ist in der Regel nur für Folgeversionen möglich. Der Status bereits in Benutzung befindlicher Versionen kann grundsätzlich nicht geändert werden¹¹⁵⁶.

¹¹⁴⁸Vgl. B I 1.

¹¹⁴⁹Vgl. B I 2.

¹¹⁵⁰Vgl. C; für die Wirksamkeit schuldrechtlicher Beschränkungen von Bedeutung ist insbesondere, daß die Weitergabe des Programms an die Bedingung geknüpft werden kann, daß sich der neue Anwender mit den AGB einverstanden erklärt, daß also die schuldrechtlichen Nutzungsbeschränkungen auch für ihn gelten, vgl. C III 1 b und C III 2 a (1) (c) ii.

¹¹⁵¹Vgl. B IV 3 b.

¹¹⁵²Vgl. B V 3 b (4).

¹¹⁵³Vgl. B IV 2 c, B V 2 b.

¹¹⁵⁴Vgl. B IV 2 b (2), B V 2 b.

¹¹⁵⁵Vgl. B IV 2 b (1), B V 2 b.

¹¹⁵⁶Vgl. D.

Die Überlassung der Vollversion von Shareware stellt sich auf der gegenständlichen Seite teilweise als reine Einräumung von Urheberrechten dar, teilweise als Einräumung von Urheberrechten, die mit der Übereignung körperlicher Gegenstände verbunden ist. Der zugehörige verpflichtende Vertrag ist nach den Vorschriften des Kaufrechts zu behandeln¹¹⁵⁷. Ein Vermittler ist an diesem Vertrag in der Regel nicht beteiligt.

¹¹⁵⁷Vgl. B V 3 b (4) (b).

G. RESÜMEE

Shareware und Freeware sind in allen ihren Erscheinungsformen, die sich herausgebildet haben, mit dem Vertragssystem des BGB interessengerecht zu erfassen und lassen sich in das bestehende System eingliedern. Auch wenn die den Programmen beigegebenen Nutzungsbedingungen häufig eine große Freiheit für den Anwender vorsehen, so bedeutet dies dennoch nicht, daß mit Shareware und Freeware nach Belieben verfahren werden darf. Die in den Nutzungsbedingungen häufig verwendeten Klauseln sind in der Regel rechtswirksam. Verstöße gegen diese Bedingungen verletzen das Urheberrecht und können zivilrechtliche Ansprüche gem. den §§ 97 ff. UrhG sowie strafrechtliche Sanktionen gem. den §§ 106 ff. UrhG nach sich ziehen. Das Urheberrecht ermöglicht dem Urheber damit nicht nur, einen wirtschaftlichen Gegenwert für die Nutzungen zu erhalten, die andere aus seiner Leistung ziehen. Es stellt auch die Basis der gemeinnützigen Programmierung dar, indem es dem Programmator ermöglicht, auf eine wirtschaftliche Gegenleistung zu verzichten und dennoch zu regeln, in welchem Ausmaß das eigene Werk von anderen eingesetzt und gehandelt werden darf.

Die einzige entgeltlich erworbene Programmart, die Vollversion von Shareware, ist weitgehend solchen Programmen gleichgestellt, die auf dem herkömmlichen Weg vertrieben werden. Die erhobene Entgeltforderung bei fortgesetzter Nutzung findet eine rechtliche Grundlage, so daß die Zahlung der Vergütung nicht in das Ermessen des Anwenders gestellt ist, wie teilweise angenommen wird.

Die Einordnung der Überlassungsverträge dieser besonderen Arten von Programmen zeigt zudem, daß die enge Verbundenheit von Programm und Datenträger sich immer weiter auflöst. Nicht der Datenträger, auf dem das Programm verkörpert ist, steht im Mittelpunkt des Vertrags, sondern die Verschaffung einer rechtlichen und tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit. Ob die tatsächliche Komponente durch Aushändigung eines Datenträgers oder auf andere Weise erfüllt wird, ist nebensächlich. Auch der unkörperliche Bezug des Programms genügt dem Interesse des Anwenders. Dies gilt nicht nur für die hier betrachteten, speziellen Arten von Programmen, es gilt für Programme allgemein. Mit der Steigerung des Anteils der über das Internet überlassenen Programme wird die herkömmliche Überlassung auf einem Datenträger weiter zurückgedrängt werden. Hier, wie auch bei der Überlassung von Videos und Musikstücken muß gefragt werden, ob die vertragstypologische Einordnung als reiner Sachkauf, die hauptsächlich auf dem für den Empfänger nebensächlichen Träger der jeweiligen Informationen beruht, nicht den veränderten Gegebenheiten angepaßt werden müßte. Das Internet mit seinen Möglichkeiten zeigt immer deutlicher, daß der Erwerb eines immateriellen Werkexemplares

weitaus zentraler im Interesse des Kunden steht, als dies bislang bei vertragsrechtlichen Einordnungen berücksichtigt wurde. Die enge Verknüpfung des geistigen Inhalts mit einer konkreten körperlichen Fixierung löst sich zusehends auf. Der wirtschaftliche Zweck kann immer häufiger nicht mehr in der Überlassung einer Sache gesehen werden. Die Überlassung einer Sache ist vielmehr nur ein Mittel unter vielen zur Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks »Überlassung des Programms«.

H. ANHANG

I. Die Open Source Lizenz, deutsche Übersetzung der »Open Source Definition« v1.7

»Open Source« bedeutet nicht einfach nur, daß Zugriff auf den Quellcode gewährt wird. Die Bedingungen zur Verbreitung eines Open Source-Programms müssen mit den folgenden Kriterien übereinstimmen:

1. Freie Weiterverbreitung

Durch die Lizenz darf keine Partei im Verkauf oder der Weitergabe der Software als Teil einer aus mehreren verschiedenen Quellen zusammengesetzten Softwaredistribution eingeschränkt werden. Hierfür darf keine Lizenz- oder sonstige Gebühr verlangt werden.

2. Quellcode

Das Programm muß den Quellcode enthalten und sowohl die Verbreitung als Quellcode als auch in kompilierter Form gestatten. Wird ein Teil des Produkts nicht mit Quellcode verbreitet, so muß ausdrücklich auf eine Bezugsquelle hingewiesen werden, bei der der Quellcode für eine angemessene Gebühr zu erhalten ist – vorzugsweise per kostenlosem Download aus dem Internet. Der Quellcode ist in einer Form zu verbreiten, in der er von einem Programmierer geändert werden kann. Absichtlich verwirrend geschriebener Quellcode ist nicht erlaubt. Ebenso sind Zwischenformen wie die Ausgabe eines Präprozessors oder eines Übersetzers verboten.

3. Auf dem Programm basierende Werke

Durch die Lizenz muß die Veränderung des Programms und das Erstellen auf dem Programm basierender Werke gestattet werden. Durch die Lizenz muß weiterhin gestattet werden, daß diese so veränderten Programme unter den Lizenzbedingungen des Originalprogramms verbreitet werden.

4. Unversehrtheit des Quellcodes des Autors

Durch die Lizenz darf die Verbreitung von modifiziertem Quellcode *nur* dann eingeschränkt werden, wenn die Verbreitung von Patchdateien in Verbindung mit dem Originalcode gestattet wird, damit das Programm zur Erstellungszeit verändert werden kann. Durch die Lizenz muß ausdrücklich die Verbreitung von Software gestattet werden, die mit verändertem Quellcode erstellt wurde. In der Lizenz darf verlangt werden, daß auf dem Programm ba-

sierende Werke einen von der Originalsoftware unterschiedlichen Namen oder eine andere Versionsnummer tragen.

5. Keine Diskriminierung von Personen oder Gruppen

Durch die Lizenz darf keine Person oder Personengruppe diskriminiert werden.

6. Keine Einschränkung der Einsatzgebiete

Durch die Lizenz darf niemand in der Benutzung des Programms in einem bestimmten Einsatzgebiet eingeschränkt werden. Beispielsweise darf nicht die kommerzielle Nutzung oder die Verwendung in der Genforschung verboten werden.

7. Verbreitung der Lizenz

Die Rechte an dem Programm müssen jedem zustehen, an den das Programm verbreitet wird, ohne daß eine weitere Lizenz beachtet werden muß.

8. Lizenz darf nicht produktspezifisch sein

Die Rechte an dem Programm dürfen nicht davon abhängen, daß das Programm Teil einer bestimmten Softwaredistribution ist. Wenn das Programm aus der Softwaredistribution herausgenommen und innerhalb der Bestimmungen seiner Lizenz genutzt oder verbreitet wird, sollen alle Benutzer dieselben Rechte erhalten, die in der Originaldistribution gewährt werden.

9. Keine Einschränkung anderer Software

Durch die Lizenz darf keine andere Software eingeschränkt werden, die zusammen mit der lizenzierten Software verbreitet wird. Beispielsweise darf nicht verlangt werden, daß alle sonstige Software, die auf demselben Datenträger verbreitet wird, Open Source Software sein muß.

II. IBM License Agreement for OS/2 Tools

IF YOU DOWNLOAD OR USE THIS PROGRAM YOU AGREE TO THESE TERMS.

International Business Machines Corporation grants you a license to use the Program only in the country where you acquired it. The Program is copyrighted and licensed (not sold). We do not transfer title to the Program to you. You obtain no rights other than those granted you under this license.

Under this license, you may:

1. use the Program on one or more machines at a time;
2. make copies of the Program for use or backup purposes within your Enterprise;
3. modify the Program and merge it into another program; and
4. make copies of the original file you downloaded and distribute it, provided that you transfer a copy of this license to the other party. The other party agrees to these terms by its first use of the Program.

You must reproduce the copyright notice and any other legend of ownership on each copy or partial copy, of the Program.

You may NOT:

1. sublicense, rent, lease, or assign the Program; and
2. reverse assemble, reverse compile, or otherwise translate the Program.

We do not warrant that the Program is free from claims by a third party of copyright, patent, trademark, trade secret, or any other intellectual property infringement.

Under no circumstances are we liable for any of the following:

5. third-party claims against you for losses or damages;
6. loss of, or damage to, your records or data; or
7. economic consequential damages (including lost profits or savings) or incidental damages, even if we are informed of their possibility.

Some jurisdictions do not allow these limitations or exclusions, so they may not apply to you.

We do not warrant uninterrupted or error free operation of the Program. We have no obligation to provide service, defect correction, or any maintenance for the Program. We have no obligation to supply any Program updates or enhancements to you even if such are or later become available.

IF YOU DOWNLOAD OR USE THIS PROGRAM YOU AGREE TO THESE TERMS.

THERE ARE NO WARRANTIES, EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE.

Some jurisdictions do not allow the exclusion of implied warranties, so the above exclusion may not apply to you.

You may terminate this license at any time. We may terminate this license if you fail to comply with any of its terms. In either event, you must destroy all your copies of the Program.

You are responsible for the payment of any taxes resulting from this license.

You may not sell, transfer, assign, or subcontract any of your rights or obligations under this license. Any attempt to do so is void.

Neither of us may bring a legal action more than two years after the cause of action arose.

If you acquired the Program in the United States, this license is governed by the laws of the State of New York. If you acquired the Program in Canada, this license is governed by the laws of the Province of Ontario. Otherwise, this license is governed by the laws of the country in which you acquired the Program.