

Ausführungen zu Ziffer 9 GPL gezeigt hat, kann schon die Anwendung unterschiedlicher Versionen derselben Lizenz zu erheblichen Schwierigkeiten bei dem Umgang mit Lizenzmodellen führen. Da klar formulierte Rechte und Pflichten ein wesentlicher Erfolgsfaktor für Open Source-Systeme sind, sollten komplizierte Lizenzstrategien vermieden werden, solange es hierfür keine zwingenden Gründe gibt.

Ziffern 11 und 12 GPL

Axel Metzger

NO WARRANTY

§11. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM »AS IS« WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

§12. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

Deutsche Übersetzung von Katja Lachmann und PeterGerwinski

Keine Gewährleistung

§11. Da das Programm ohne jegliche Kosten lizenziert wird, besteht keinerlei Gewährleistung für das Programm, soweit dies gesetzlich zulässig ist. Sofern nicht anderweitig schriftlich bestätigt, stellen die Copyright-Inhaber und/oder Dritte das Programm so zur Verfügung, »wie es ist«, ohne irgendeine Gewährleistung, weder ausdrücklich noch implizit, einschließlich – aber nicht begrenzt auf – Marktreife oder Verwendbarkeit für einen bestimmten Zweck. Das volle Risiko bezüglich Qualität und Leistungsfähigkeit des Programms liegt bei Ihnen. Sollte sich das Programm als fehlerhaft herausstellen, liegen die Kosten für notwendigen Service, Reparatur oder Korrektur bei Ihnen.

§12. In keinem Fall, außer wenn durch geltendes Recht gefordert oder schriftlich zugesichert, ist irgendein Copyright-Inhaber oder irgendein Dritter, der das Programm wie oben erlaubt modifiziert oder verbreitet hat, Ihnen gegenüber für irgendwelche Schäden haftbar, einschließlich jeglicher allgemeiner oder spezieller Schäden, Schäden durch Seiteneffekte (Nebenwirkungen) oder Folgeschäden, die aus der Benutzung des Programms oder der Unbenutzbarkeit des Programms folgen (einschließlich – aber nicht beschränkt auf – Datenverluste, fehlerhafte Verarbeitung von Daten, Verluste, die von Ihnen oder anderen getragen werden müssen, oder dem Unvermögen

des Programms, mit irgendeinem anderen Programm zusammenzuarbeiten), selbst wenn ein Copyright-Inhaber oder Dritter über die Möglichkeit solcher Schäden unterrichtet worden war.

Literatur: Bartenbach, Britta/Bartenbach, Kurt, Schutzrechtsverkauf und Lizenzierung von Schutzrechten und Know-how nach der Schuldrechtsreform, MDR 2003, S. 1271 ff.; Haedicke, Maximilian, Rechtskauf und Rechtmängelhaftung, Tübingen 2003; Heussen, Benno, Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software, MMR 2004, S. 445 ff.; Hoeren, Thomas, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989; Hilty, Reto, Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft – Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software, MMR 2003, S. 9 ff.; Jaeger, Till/Metzger, Axel, Open Source Software, Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, München 2002; Marly, Jochen, Softwareüberlassungsverträge, 4. Auflage, München 2004; Spindler, Gerald (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004.

Übersicht

Die Ziffern 11 und 12 GPL enthalten Regelungen zur Haftung und Gewährleistung. 1
Ziffer 11 GPL betrifft die Gewährleistungspflichten des Lizenzgebers und – sofern der Lizenzgeber selbst auch die Software als Distributor verbreitet – seine Gewährleistungspflichten als Distributor. Unter Gewährleistung versteht man im deutschen Recht zwei Formen des Einstehenmüssens: 1) die Sachmängelgewährleistung, d.h. dafür, dass der Vertragsgegenstand keine tatsächlichen Fehler hat; 2) die Rechtmängelgewährleistung: d.h. dafür, dass der Wahrnehmung der Rechte aus der Lizenz keine Rechte Dritter entgegenstehen. Ziffer 12 GPL regelt die Haftung des Lizenzgebers für Schäden, die durch das Programm an anderen Gütern des Lizenznehmers eintreten, etwa an anderen Programmen, an Hardware oder Datenbeständen (Haftung).

In diesem Zusammenhang ist nochmals darauf hinzuweisen, dass unabhängig davon, ob 2
der Erwerber ein Open Source-Programm direkt vom Lizenzgeber oder von einem Distributor erhält, stets zwei unterschiedliche Vertragsgegenstände zu unterscheiden sind: Der erste besteht in der Überlassung der Software als solcher, sprich den Bits und Bytes, sei es auf einem Datenträger, sei es im Wege der Übertragung in einem Datennetz. Der zweite Gegenstand des Vertrags sind die Nutzungsrechte, welche jeder auf Grundlage der GPL erwerben kann. Im Folgenden wird für die einzelnen Vertragskonstellationen zwischen diesen beiden Gegenständen unterschieden.

Die Ziffern 11 und 12 GPL sind für den Softwarevertrieb in Deutschland meist ohne Bedeutung. 3
Dies gilt zunächst deswegen, weil der Benutzer die Software typischerweise nicht direkt vom Lizenzgeber erhält, sondern von einem Distributor oder sonstigen Dritten (siehe beispielsweise unten Vertragskonstellation 3 und 6). In diesem Fall hat sich der Benutzer für die Haftung und Gewährleistung in erster Linie an den Dritten zu halten. Im Verhältnis zu diesem wird die GPL aber gar nicht Vertragsbestandteil, so dass die Ziffern 11 und 12 GPL von vornherein ohne praktische Bedeutung sind. Die praktische Relevanz ist auch deswegen gering, weil die beiden Klauseln nach deutschem Recht unwirksam sind (hierzu sogleich). Dies gilt wohlgermerkt nur dann, wenn der Vertrag nach deutschem Recht zu beurteilen ist (siehe Anhang). Unterstehen die vertragsrechtlichen Aspekte der Lizenz dagegen dem eines US-Bundesstaates oder einem sonstigen Recht, so können die Klauseln bedeutsam sein (vergleiche das Beispiel des kalifornischen Entwicklers, Anhang Rz. 8).

- 4 Im Folgenden wird von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen. Danach sind die vertraglichen Bestimmungen der Ziffern 11 und 12 GPL unwirksam, stattdessen sind die gesetzlichen Vorschriften zur Haftung und Gewährleistung anwendbar. Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht unterschiedliche Regelungen zur Haftung und Gewährleistung vor, je nachdem, ob die Software gegen Entgelt verkauft, kostenlos verschenkt oder gegen Vergütung nach den Wünschen eines Auftraggebers individuell erstellt wurde. Dementsprechend ist für den Umfang der Haftung nach unterschiedlichen Vertragskonstellationen zu differenzieren. Daneben ist die allgemeine Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz von Bedeutung (Rz. 50 ff.).

Unwirksamkeit der Klauseln Ziffer 11 und 12 GPL nach deutschem Recht

- 5 Das allgemeine deutsche Vertragsrecht findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch aus dem Jahr 1900. Die gesetzlichen Regelungen zur Haftung und Gewährleistung wurden zuletzt im Jahr 2002 reformiert. Das deutsche Vertragsrecht ist in stärkerem Maße als das US-amerikanische von so genannten zwingenden Vorschriften geprägt. Hierunter versteht man gesetzliche Regelungen, von denen durch Vertrag nicht abgewichen werden darf. Für den Bereich der Haftung und Gewährleistung finden sich eine Reihe entsprechender Vorschriften. Zentral sind die Regelungen der §§ 305 ff. BGB sowie § 276 BGB.
- 6 Der vollständige Ausschluss der Gewährleistung in Ziffer 11 GPL («THERE IS NO WARRANTY») ist nach deutschem Recht unwirksam, und zwar unabhängig davon, ob die Software gegen Entgelt oder kostenlos weitergegeben wird oder ob es sich um die Herstellung einer Individualentwicklung handelt. Dies ergibt sich aus § 309 Nr. 8 b) aa) BGB. Danach ist in allgemeinen Geschäftsbedingungen, das heißt Standardverträgen wie der GPL, eine Bestimmung unwirksam, »durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen, die Ansprüche gegen den Verwender wegen eines Mangels insgesamt oder bezüglich einzelner Teile ausgeschlossen ... werden«. Diese Vorschrift ist nach Ansicht der meisten auf Computerrecht spezialisierten Juristen sowohl auf den Vertrieb von Software auf Datenträgern als auch auf den Vertrieb in Datennetzen anwendbar. Einige Stimmen in der juristischen Fachwelt gehen davon aus, dass § 309 Nr. 8 b) aa) BGB nicht auf die Verbreitung von Software in Datennetzen Anwendung finden kann, weil es sich hierbei nicht um eine »Sache« handle. Aber auch diese Autoren kommen letztlich zum gleichen Ergebnis, dies allerdings auf der Grundlage von § 307 Absatz 1 und 2 BGB («§ 307 BGB Inhaltskontrolle (1) Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. (2) Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.»). Nur der Weg zum Ziel ist also umstritten, nicht das Ergebnis.

Dies gilt ebenso für den Fall der kostenlosen Weitergabe. Man könnte hier nach dem Wortlaut der Vorschrift durchaus auf § 309 Nr. 8 b) aa) BGB abstellen. Da die Vorschrift nur auf die Lieferung als solche abstellt, ohne deren Entgeltlichkeit zu verlangen, muss man sie wohl auch auf die kostenlose Weitergabe anwenden. Ob dies zutreffend ist, kann aber letztlich dahingestellt bleiben: Der vollständige Gewährleistungsausschluss ist bei einer kostenlosen Weitergabe jedenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 BGB. Hier wird man auch für Freie Software keine Ausnahme machen dürfen. Ziffer 11 GPL ist deshalb nach deutschem Recht in allen denkbaren Konstellationen unwirksam.

Der vollständige Haftungsausschluss in Ziffer 12 GPL (»IN NO EVENT ... WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY ... BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES«) ist nach deutschem Recht ebenfalls unwirksam. Dies folgt aus § 309 Nr. 7 b) BGB. Danach ist ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden unwirksam, »die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen.« Da Ziffer 12 GPL keinerlei Vorbehalt für ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verschulden zu Gunsten des Erwerbers des Programms vorsieht, ist die Klausel als unwirksam einzustufen. Ein Ausschluss der Haftung für Vorsatz ist gemäß § 276 Absatz 3 BGB nicht einmal in individuell verhandelten Verträgen möglich. (§ 276 Absatz 3 BGB: »Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden.«) Dies gilt unabhängig davon, ob das Programm kostenlos oder entgeltlich weitergegeben wird.

Der Unwirksamkeit der beiden Klauseln steht auch nicht entgegen, dass der Ausschluss nur soweit gehen soll, wie es das anwendbare Recht gestattet (»TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW«; »UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW«). Entsprechende Bestimmungen werden als »salvatorische Klauseln« bezeichnet. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstoßen sie gegen das für allgemeine Geschäftsbedingungen geltende Transparenzgebot des § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB (siehe oben Rz. 6) und sind damit unwirksam. Salvatorische Klauseln gewährleisten nicht das geforderte Mindestmaß an Verständlichkeit, da für den Erwerber die jeweiligen gesetzlichen Vorschriften nicht ohne weiteres auffindbar und in ihrer Bedeutung für die Klausel kaum zu beurteilen sind.

Im Folgenden ist von der Unwirksamkeit der Klauseln auszugehen. Dementsprechend kommen die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung (vergleiche § 306 Absatz 2 BGB: »Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften.«). Das BGB sieht unterschiedliche Maßstäbe der Haftung und Gewährleistung für die typischen Vertragskonstellationen vor, die im Folgenden nicht abschließend, aber anhand der praktisch bedeutsamsten Fälle dargestellt werden. Es zeigt sich dabei, dass Haftung und Gewährleistung ganz wesentlich von der Vertriebsform abhängen.

Vertragskonstellation 1: Kostenloser Download direkt vom Lizenzgeber

- 9 Eine häufig anzutreffende Form der Verbreitung von Freier Software ist der kostenlose Vertrieb durch den Rechtsinhaber selbst. Man denke an den Austausch von entsprechenden Programmen zwischen Programmierern. Praktisch bedeutsam ist auch der Fall der öffentlichen Verwaltungsstellen, die Eigen- oder Auftragsentwicklungen als Freie Software verbreiten. Lizenzgeber und »Distributor« sind hier identisch, siehe Abbildung 2-10.

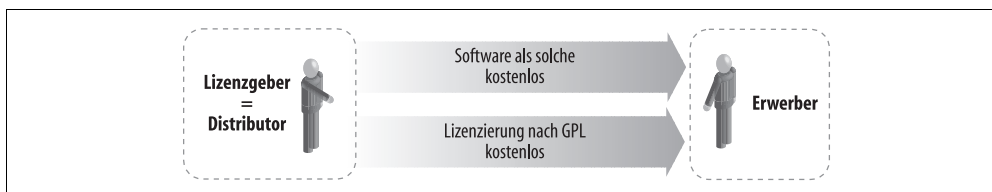


Abbildung 2-10: Kostenloser Download direkt vom Lizenzgeber

- 10 Der genaue Umfang der Ansprüche des Erwerbers hängt davon ab, welchem Vertragstypus man die Rechtseinräumung und die Softwareüberlassung zuordnet. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt unterschiedliche Vertragstypen mit unterschiedlichen Gewährleistungs- und Haftungsregeln. Ein Verkäufer muss in stärkerem Maße für die Fehlerfreiheit einer Sache einstehen als derjenige, der eine Sache verschenkt. Die besondere Schwierigkeit, Softwareüberlassungsverträge einem der Vertragstypen zuzuordnen, besteht darin, dass Softwareverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich geregelt sind. Die vorhandenen Vertragstypen, vor allem Kauf und Schenkung, sind auf die Überlassung körperlicher Gegenstände zugeschnitten und passen nicht richtig auf einen Vertrag über die Überlassung und Lizenzierung von Software. Vor diesem Hintergrund vertreten eine Reihe von Computerrechtsspezialisten die Ansicht, dass es sich in Wahrheit um einen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelten »Lizenzvertrag« handele. Andere plädieren für die Zuordnung der Softwareüberlassung zu den Verträgen Kauf oder Schenkung, je nach dem, ob es sich um kostenlose oder bezahlte Überlassung des Programms handelt. Der Bundesgerichtshof hat diese Frage bislang nicht abschließend entschieden. Er hat aber mehrfach darauf hingewiesen, dass die kaufrechtlichen Regelungen über die Mängelgewährleistung und Haftung »jedenfalls entsprechend« auf kostenpflichtige Softwareüberlassungsverträge anzuwenden sind, sofern der Erwerber eine einmalige Vergütung zu bezahlen hat und die Überlassung dauerhaft erfolgt. Für die kostenlose Überlassung bietet sich als parallele Lösung an, die schenkungsrechtlichen Regeln über die Haftung und Gewährleistung anzuwenden. Es kann letztlich also dahingestellt bleiben, ob man die Verträge als Lizenzverträge oder als »echte« Kauf- beziehungsweise Schenkungsverträge einordnet oder ob man sie als Lizenzverträge ansieht und die entsprechenden Vorschriften »jedenfalls entsprechend« anwendet.
- 11 Bei kostenloser Überlassung ist nach dem so eben Ausgeführten (vergleiche die vorherige Rz.) im Hinblick auf Fehler des Programms Schenkungsrecht anzuwenden. Nach Ziffer 11 GPL erfolgt die Lizenzierung ausdrücklich lizenzgebührenfrei. Damit handelt es sich um eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 516 BGB (§ 516 Absatz 1 BGB: »Eine

Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.«). Für die Sachmängelhaftung ist der Maßstab des § 524 Absatz 1 BGB maßgeblich (§ 524 Absatz 1 BGB: »Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.«). Erste Voraussetzung einer Gewährleistung ist, dass die Software einen »Fehler« im Sinne der Vorschrift hat. Der Begriff des Fehlers ist in § 524 BGB nicht näher definiert. In der Praxis hat sich die folgende, am Kaufrecht (siehe unten Rz. 16) orientierte Begriffsbestimmung durchgesetzt: Eine Sache ist danach als fehlerhaft einzustufen, wenn sie nachteilig von der vereinbarten Beschaffenheit, oder – falls keine entsprechende Absprache besteht – von der im Verkehr üblichen abweicht. Was als Fehler anzusehen ist, muss also unter Berücksichtigung der jeweiligen Absprachen sowie den Umständen der Softwareüberlassung bestimmt werden. So versteht es sich von selbst, dass Beta-Versionen von Programmen nur schwerlich Fehler angekreidet werden können. Gleiches gilt für instabile Programme, die während der Entwicklung als solche ausgetauscht werden. Nur wenn das Programm als funktionsfähig vertrieben wird, können etwaige Fehlfunktionen überhaupt als »Fehler« im Sinne des § 524 BGB bewertet werden.

Ein Einstehenmüssen für Fehler setzt zudem die Arglist des Schenkers voraus. Diese Vorschrift besagt nicht nur, dass den Schenker im Fall der Arglist eine Haftung trifft, vielmehr kann § 524 Absatz 1 BGB auch entnommen werden, dass den Schenker bei geringerem Verschulden (Fahrlässigkeit) keine Pflicht zum Schadensersatz trifft. Wer lediglich fahrlässig eine Überprüfung des Programms auf Mängel unterlässt und deswegen von diesen keine Kenntnis hat, haftet also nicht.

Wird das Programm kostenlos überlassen, so ist auch im Hinblick auf die Lizenzierung der Software auf Schenkungsrecht abzustellen, das heißt, es werden Nutzungsrechte verschenkt. Für entgegenstehende Rechte Dritter beschränkt § 523 BGB die Haftung des Schenkers ebenfalls auf ein arglistiges Verschweigen von Mängeln (§ 523 Absatz 1 BGB: »Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.«). Nur wer positiv weiß, dass an einem vom ihm unter der GPL lizenzierten Programm Rechte Dritter bestehen (vor allem Urheber- oder Patentrechte), ohne hierüber zu informieren, haftet gegenüber den Lizenznehmern. Wer dagegen nichts von Schutzrechten Dritter weiß, der haftet auch nicht für etwaige Rechtsmängel – und zwar auch dann nicht, wenn er Sorgfaltspflichten bei der Überprüfung etwaiger Patent- oder Urheberrechte verletzt. Der den §§ 523, 524 BGB zu Grunde liegende Rechtsgedanke entspricht dadurch im Wesentlichen den Formulierungen der Ziffer 11 GPL. Wer eine Softwarelizenz kostenlos erhält, darf nicht dieselben Garantien erwarten wie bei einer kostenpflichtigen Lizenz. Andererseits darf der Lizenzgeber auch nicht »ins Blaue hinein« Behauptungen aufstellen, die er nicht überprüft hat.

Für die Haftung im Hinblick auf die sonstigen Rechtsgüter des Erwerbers ist bei kostenloser Überlassung die schenkungsrechtliche Vorschrift des § 521 BGB maßgeblich (§ 521 BGB: »Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.«). Gegenüber dem allgemeinen Haftungsrecht ist der Schenker privilegiert. Falls es durch das Pro-

gramm zu einer Verletzung der sonstigen Rechtsgüter des Erwerbers kommt, haftet der Schenker nur, wenn er diese Rechtsverletzung wissentlich und willentlich herbeiführt oder seine Sorgfaltspflichten in besonders schwerem Maße verletzt. Die anderen Rechtsgüter des Erwerbers sind also stärker geschützt als die überlassene Software, da im Hinblick auf das Programm nur bei Arglist des Schenkers Ansprüche geltend gemacht werden können. Wer Freie Software kostenlos verbreitet, sollte sich also vor allem dagegen absichern, dass das Programm nicht zu Schäden an Sachen des Erwerbers, besonders dessen Hardware oder sonstiger Software führen kann. Bei einer Verletzung der elementaren Sorgfaltspflichten drohen andernfalls Schadensersatzforderungen.

Vertragskonstellation 2: Erwerb direkt vom Lizenzgeber gegen Entgelt

- 14 Die zweite wichtige Vertragskonstellation betrifft den Erwerb der Software direkt vom Lizenzgeber gegen ein Entgelt, siehe Abbildung 2-11. Wird das Programm auf einem Datenträger überlassen, handelt es sich bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild um den Erwerb eines körperlichen Gegenstands; es ist daher im Hinblick auf das Programm als solches von einem Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB auszugehen (§ 433 Absatz 1 BGB: »Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.«). Handelt es sich um eine unkörperliche Übertragung der Software in einem Datennetz, so können im Hinblick auf das Programm als solches ebenfalls die Gewährleistungsregelungen des Kaufvertragsrechts – zumindest analog – herangezogen werden (siehe oben Rz. 10). Im Hinblick auf die Einräumung der Nutzungsrechte nach der GPL ist die vertragsrechtliche Einordnung in dieser Vertragskonstellation dagegen schwierig (siehe unten Rz. 21).

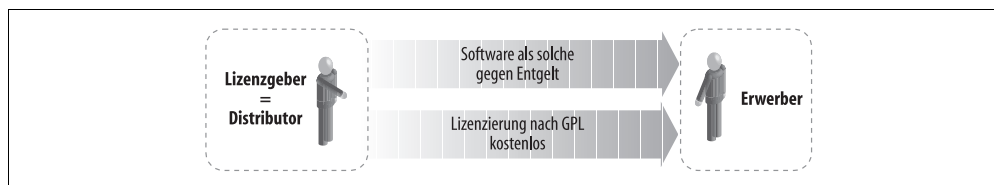


Abbildung 2-11: Erwerb direkt vom Lizenzgeber gegen Entgelt

- 15 Ist die Software als solche, also die Bits und Bytes, fehlerhaft (Programm lässt sich nicht booten; Funktionen sind fehlerhaft etc.), so gelten die Vorschriften über den Kaufvertrag. Im Mittelpunkt des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts steht die Grundregel des § 433 Absatz 1 Satz 2 BGB (§ 433 Absatz 1 Satz 2 BGB: »Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.«). Die Einstandspflicht des Verkäufers ist also grundsätzlich verschuldensunabhängig, das heißt, der Verkäufer haftet für jeden Fehler des Programms – und zwar unabhängig davon, ob er von dem Mangel wusste oder ob er seine Pflichten verletzt hat. Eine Ausnahme gilt hier nur für Schadensersatzansprüche (siehe Rz. 20).

Der Begriff des Sachmangels (Fehlers) ist für das Kaufvertragsrechts in § 434 Absatz 1 Satz 1 und 2 BGB zum Glück im Einzelnen definiert. Dort heißt es:

Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Sache frei von Sachmängeln,

- wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet, sonst
- wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Absatz 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

Bei der Bestimmung des Sachmangels ist also zunächst danach zu fragen, ob zwischen den Parteien Absprachen über die Beschaffenheit des Programms getroffen worden sind. Ist dies nicht der Fall, so ist auf die »vertraglich vorausgesetzte Verwendung« durch den Erwerber abzustellen. Ein Mangel in diesem Sinne wird eindeutig zu bejahen sein, wenn die Software überhaupt nicht lauffähig ist, zum Beispiel nicht gebootet werden kann. Gleiches gilt, wenn die für den Erwerber erkennbar maßgeblichen Kernfunktionen des Programms nicht ordnungsgemäß benutzt werden können. Oftmals wird jedoch der Sachverhalt nicht derart eindeutig sein, so dass die Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung völlig zu verneinen wäre. In diesen Fällen ist entsprechend § 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 auf die »übliche« Beschaffenheit abzustellen. Was von einem Programm »üblicherweise« erwartet werden kann, muss mit Blick auf den Kaufpreis bestimmt werden. Freie Programme kosten regelmäßig einen Bruchteil dessen, was proprietär vertriebene Konkurrenzprodukte kosten. Dementsprechend wäre es unbillig, für die »übliche« Beschaffenheit auf die Standards herkömmlich lizenzierter Software abzustellen. Dies sollte aber nicht als Freibrief verstanden werden. Qualitätsmängel können auch bei Freier Software zur Bejahung von Sachmängeln führen.

Abgesehen von dieser Absenkung der üblichen Beschaffenheit im Rahmen des § 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, haftet der Verkäufer eines freien Programms nach den gleichen Grundsätzen wie ein Verkäufer proprietär vertriebener Software. Wer ein Entgelt für Software verlangt, muss für deren Fehlerfreiheit im oben bestimmten Rahmen einstehen. Es ist also nicht zutreffend, wenn behauptet wird, GPL-Software biete ein Weniger an Gewährleistung.

Ist das Programm fehlerhaft, so hat der Erwerber zunächst gemäß § 439 BGB einen Anspruch auf ordnungsgemäße Nacherfüllung (§ 439 Absatz 1: »Der Käufer kann als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.«). Bei Standardprogrammen wird dem Verkäufer oftmals

nur eine erneute Lieferung zuzumuten sein. Gelingt es dem Verkäufer nicht, den Mangel durch eine Nachlieferung auszugleichen, hat der Erwerber die im Folgenden dargestellten Ansprüche, zwischen denen er wählen kann. Dies gilt gemäß § 440 BGB nur, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist oder dem Erwerber ein weiterer Erfüllungsversuch nicht zuzumuten ist. Die Nacherfüllung hat also Vorrang vor den anderen Ansprüchen.

- 18 Ist die Nacherfüllung fehlgeschlagen, steht dem Erwerber ein Rücktrittsrecht gemäß §§ 440, 323 BGB zu. Hierfür bedarf es keiner Fristsetzung, das heißt, der Erwerber kann nach einer fehlgeschlagenen Nacherfüllung ohne weitere Formalitäten zurücktreten und kann das gegebenenfalls bereits gezahlte Entgelt zurückverlangen. Hat er noch nicht bezahlt, so ist er nach einem Rücktritt hierzu auch nicht mehr verpflichtet.
- 19 Als weitere Alternative steht dem Erwerber das Recht zu, am Vertrag zwar festzuhalten, den Kaufpreis aber gemäß § 441 BGB zu mindern, das heißt, darauf zu bestehen, dass er weniger bezahlen muss (§ 441 Absatz 1 Satz 1 BGB: »Statt zurückzutreten, kann der Käufer den Kaufpreis durch Erklärung gegenüber dem Verkäufer mindern.«). Eine Minderung kommt aber ebenfalls nur in Frage, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder unzumutbar ist. Gemäß § 441 Absatz 3 BGB ist in diesem Fall »der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.«
- 20 Ist die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder unzumutbar, hat der Käufer schließlich einen Anspruch auf Schadensersatz auf Grundlage der §§ 280, 440 BGB (§ 280 Absatz 1 BGB: »Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.«). Dieser Anspruch kann auch im Falle eines Rücktritts geltend gemacht werden. Rücktritt und Schadensersatz schließen sich also nicht aus. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist allerdings, dass den Verkäufer ein Verschulden trifft, ihm also im Hinblick auf den Mangel der Software zumindest der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. Dieses Verschulden wird vermutet, das heißt, der Verkäufer muss beweisen, dass er den Fehler des Programms weder kannte noch hätte erkennen können. Dies dürfte ihm eher selten gelingen, denn es gehört zu den Pflichten des Verkäufers, die ordnungsgemäße Beschaffenheit seiner Ware zu überprüfen.

Als Schadensersatz kann die Differenz zwischen der tatsächlichen Vermögenslage des Käufers und derjenigen verlangt werden, die bestehen würde, wenn der Verkäufer ein ordnungsgemäßes Programm geliefert hätte. Dies schließt auch entgangenen Gewinn ein. Entsprechende Schadensersatzklagen sind aber selten. Dies mag daran liegen, dass der Erwerber beweisen muss, dass entsprechende Einbußen eingetreten und dass diese durch den Fehler des Programms verursacht worden sind.

- 21 Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der Gewährleistung des Lizenzgebers für Rechtsmängel, wenn er die Software gegen ein Entgelt überlassen hat. Hier gilt es zu differenzieren: Es kann zunächst dazu kommen, dass der Käufer das Programm wegen

entgegenstehender Rechte Dritter nicht einmal ablaufen lassen darf. Wenn die Software ohne Zustimmung des eigentlichen Rechtsinhabers in Verkehr gebracht worden ist, erhält der Käufer nicht einmal die gesetzlichen Mindestrechte aus § 69d Absatz 1 UrhG und darf das Programm nicht benutzen (vergleiche oben Ziffer 0 GPL Rz. 20). In diesem Fall haftet der Distributor/Lizenzgeber nach Kaufrecht – und zwar so, als hätte die Software einen Sachmangel (vergleiche § 433 Absatz 1 S. 2 BGB, oben Rz. 17 ff.). Der Kaufpreis wird mit der berechtigten Erwartung bezahlt, ein lauffähiges Programm zu erhalten. Der Käufer kann dementsprechend Nacherfüllung verlangen beziehungsweise die anderen oben genannten Ansprüche geltend machen (Rücktritt, Minderung, Schadensersatz), wenn die Benutzung des Programms aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist.

Für die Einräumung der Nutzungsrechte aus der GPL ist dagegen ein anderer Maßstab anzuwenden: Die GPL geht davon aus, dass die Lizenzierung stets kostenlos erfolgt (siehe Ziffer 11 GPL), und zwar auch dann, wenn für die Überlassung des Programms als solches ein Entgelt genommen wird. Es liegt deswegen nahe, für die »Lizenzierung« von einer kostenlosen Überlassung auszugehen und insofern Schenkungsrecht anzuwenden, auch wenn für die Software als solche Kaufvertragsrecht maßgeblich ist. Dies setzt allerdings voraus, dass die beiden Vertragsgegenstände teilbar sind. Denn würde es sich um einen einheitlichen Vertragsgegenstand handeln, der teilweise unentgeltlich überlassen wird (so genannte gemischte Schenkung), so wäre es nicht ohne weiteres möglich, teilweise – im Hinblick auf die Nutzungsrechte – Schenkungsrecht anzuwenden. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die beiden Vertragsgegenstände »Software als solche« und »Nutzungsrechte aus der GPL« deutlich zu unterscheiden (siehe oben Rz. 2). Deshalb kann auch bei einer Softwareüberlassung gegen Entgelt für die Lizenzierung auf Schenkungsrecht abgestellt werden. Bei Rechtsmängeln ist dadurch § 523 BGB maßgeblich. Der Lizenzgeber haftet im Hinblick auf entgegenstehende Rechte Dritter somit nur bei Arglist (siehe oben Rz. 12).

Schließlich trifft den Verkäufer bei der entgeltlichen Überlassung des Programms auch eine Haftung im Hinblick auf die sonstigen Rechtsgüter des Erwerbers. Man stelle sich etwa vor, eine fehlerhafte Software führt zu Schäden an der Hardware des Erwerbers oder an seinem sonstigen Eigentum. Beispielsweise kann eine Industriesoftware zu Fehlbläufen in der Produktion führen und dadurch wertvolle Rohstoffe zerstören. Auch für Schäden an sonstigen Rechtsgütern kann Schadensersatz auf Grundlage von § 280 Absatz 1 BGB (siehe Rz. 20) geltend gemacht werden. Entsprechende Ansprüche setzen – anders der Schadensersatz für das fehlerhafte Programm selbst (siehe Rz. 20) – nicht voraus, dass die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist oder eine Frist gesetzt wurde. Sie bestehen vielmehr neben dem Anspruch auf Nacherfüllung. Voraussetzung ist auch hier ein Verschulden des Verkäufers; dieses wird nach § 280 Absatz 1 Satz 2 BGB aber, wie oben bereits dargestellt, vermutet.

Vertragskonstellation 3: Erwerb bei Distributor oder im Einzelhandel gegen Entgelt

- 23 Die wirtschaftlich bedeutsamste Form des Vertriebs Freier Software ist die Weitergabe durch so genannte Distributoren, also Unternehmen, die sich auf die Distribution von Open Source Software spezialisiert haben, siehe Abbildung 2-12. Diese sind regelmäßig nicht selbst Rechtsinhaber an den maßgeblichen Bestandteilen des Programms, sondern verbreiten dieses lediglich gegen Entgelt. Der Nutzer erhält die von einem Distributor hergestellte Programmkopie allerdings zumeist nicht direkt von diesem, sondern er erwirbt sie im Einzelhandel von Dritten.

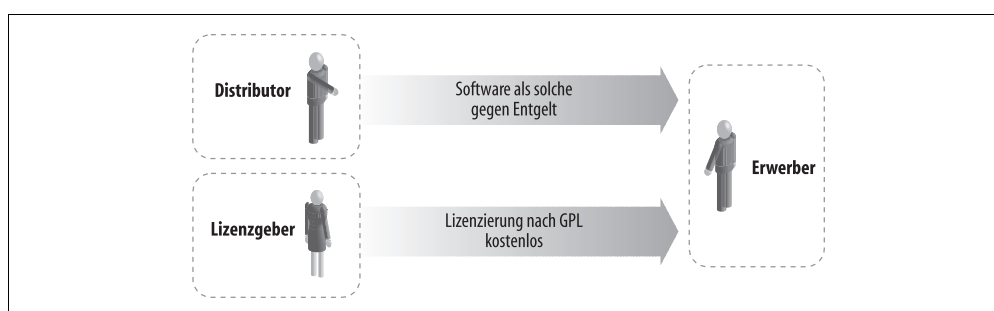


Abbildung 2-12: Erwerb beim Distributor oder im Einzelhandel gegen Entgelt

Rechtlich ergeben sich zwischen beiden Konstellationen keine Unterschiede; es handelt sich jeweils um den Erwerb der Software von einer anderen Person als dem Lizenzgeber. Deswegen werden die beiden Fallgestaltungen im Folgenden gemeinsam behandelt. Für die Haftung und Gewährleistung ist es auch ohne Bedeutung, ob die Software auf einem Datenträger oder in einem Datennetz überlassen wird.

- 24 Beim Erwerb Freier Software von Dritten ist die Unterscheidung der beiden Vertragsgegenstände »Software als solche« und »Rechte aus der GPL« besonders wichtig. Der Erwerb der Software findet hier ohne jede Beteiligung der Lizenzgeber statt. Das bedeutet vor allem, dass eine Gewährleistung oder Haftung der Lizenzgeber gegenüber dem Erwerber für Fehler des Programms – mit Ausnahme der Produkthaftung (siehe unten Rz. 50 ff.) – nicht in Frage kommt. Den Distributor treffen dagegen keine Pflichten im Hinblick auf die Rechtsinräumung nach der GPL. Hier können sich allerdings Ausnahmen ergeben (siehe unten Rz. 27).
- 25 Für die Veräußerung der Software als solche im Verhältnis Erwerber – Einzelhändler (oder sonstiger Dritter) sind die Vorschriften des Kaufrechts anwendbar. Ist die Software im Hinblick auf ihre Eignung für den Einsatz durch den Endanwender mangelhaft, so stehen dem Erwerber die oben beschriebenen Rechte zu: Nacherfüllung, sowie bei deren Fehlschlag Rücktritt oder Schadensersatz (siehe oben Rz. 17 ff.). Diese Ansprüche können nur gegenüber dem Vertragspartner geltend gemacht werden, der Erwerber muss sich also entweder an den Distributor, oder an den Einzelhändler halten, je nach dem, bei wem er die Programmkopie erworben hat.

Eine gewisse Besonderheit ergibt sich allerdings beim Verkauf durch den Einzelhändler. Dieser muss sich bei der Beurteilung der vertragsgemäßen Beschaffenheit gemäß § 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB (siehe oben Rz. 16) auch Aussagen des Distributors, als Hersteller der Programmkopien entgegenhalten lassen. Dies ergibt sich aus § 434 Absatz 1 Satz 3 BGB: »Zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2 gehören auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers (§ 4 Absatz 1 und 2 des Produkthaftungsgesetzes) oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.« Der Einzelhändler muss damit auch für Werbeaussagen des Distributors, über die Eigenschaften des Programms entstehen, es sein denn, einer der Ausschlussgründe am Ende der Vorschrift greift zu seinen Gunsten ein.

Die Lizenzierung nach Maßgabe der GPL erfolgt auch beim Vertrieb durch Distributoren stets direkt durch die Inhaber der Rechte an dem jeweiligen Programm, also die Urheber, ihre Arbeitgeber oder Rechtsnachfolger. Weder der Distributor noch der Einzelhändler sind in der rechtlichen Position, dem Erwerber die Nutzungsrechte an dem Programm nach Maßgabe der GPL einzuräumen. Dementsprechend handelt es sich um zwei rechtlich selbständige Vertragsverhältnisse mit unterschiedlichen Vertragspartnern. Da die Einräumung der Rechte unter der GPL stets lizenzgebührenfrei erfolgt, kann auf das Vertragsverhältnis zwischen Erwerber und Lizenzgeber Schenkungsrecht angewendet werden (siehe oben Rz. 12). Die Zuordnung der beiden Vertragsgegenstände Software und Rechte zu zwei unterschiedlichen Vertragstypen bereitet hier weniger Schwierigkeiten als beim Erwerb direkt vom Lizenzgeber (siehe oben Rz. 21), da es sich um Verträge mit unterschiedlichen Personen handelt und sich damit die Frage nach der Teilbarkeit eines einheitlichen Vertragsverhältnisses nicht stellt.

Der Lizenzgeber hat nach Maßgabe des § 523 BGB für etwaige Mängel der Rechte einzustehen. Sofern der Wahrnehmung der Rechte aus der GPL (Verbreitung, öffentliche Zugänglichmachung usw.) Rechte Dritter entgegenstehen, kann sich der Erwerber an den Lizenzgeber halten, wenn diesem vorzuwerfen ist, dass er entgegenstehende Rechte arglistig verschwiegen hat. Einige Computerrechtsspezialisten gehen davon aus, dass auch in reinen Lizenzverträgen, in denen der Lizenzgeber keine Bits und Bytes an den Lizenznehmer weitergibt, eine Haftung für Sachmängel der Software in Frage kommen kann. Dies ist aber stark umstritten. Selbst wenn man eine solche Sachmängelgewährleistung bejahen wollte, so wären doch eine Reihe von erheblichen Einschränkungen zu Gunsten des Lizenzgebers mit zu bedenken: (1) Weil die Lizenzierung unentgeltlich ist, käme ohnehin nur eine Haftung für arglistig verschwiegene Mängel gemäß § 524 BGB in Frage. (2) Da sich die Lizenz nicht auf die schlichte Benutzung durch den Endanwender bezieht, sondern nur auf die zusätzlichen Vertriebs- und Entwicklungsrechte, käme allenfalls ein Einstehenmüssen für diesbezügliche Schwächen des Programms in Frage. (3) Zu Gunsten der Lizenzgeber bliebe des Weiteren zu bedenken, dass der Entwickler einzelner Codebestandteile nur ausnahmsweise »fertige« Produkte weitergeben wird; oft handelt

es sich um Beiträge, die als Beta-Version weitergegeben und lizenziert werden und denen eine mangelnde Vertriebsstauglichkeit schon deshalb nicht als Fehler vorgeworfen werden kann. Eine entsprechende Sachmängelhaftung der Lizenzgeber, in dieser Vertragskonstellation ist damit eigentlich nur in der Theorie denkbar – in der Praxis sind entsprechende Ansprüche mehr als unwahrscheinlich.

- 27 Auch wenn die Lizenzierung der Software stets durch die Rechtsinhaber erfolgt, ergibt sich doch in bestimmten Fallgestaltungen eine Haftung des Distributors oder Einzelhändlers für Rechtsmängel. Eine Rechtsmängelhaftung kommt besonders dann in Frage, wenn der Veräußerer das Programm überhaupt nicht verbreiten durfte und der Erwerber es deswegen gemäß § 69d Absatz 1 UrhG nicht benutzen darf (vergleiche oben Rz. 21). Eine Rechtsmängelhaftung ist aber auch dann gegeben, wenn der Verkäufer im Hinblick auf diejenigen Nutzungsrechte Werbung betreibt, die der Nutzer an der Software erwerben kann. Eindeutig ist der Fall, in dem das Programm mit dem ausdrücklichen Hinweis angeboten wird, dass der Käufer das Programm vervielfältigen, verbreiten und verändern darf und sich später herausstellt, dass entsprechende Rechte nicht erworben werden können. Hier trifft den Verkäufer die normale kaufrechtliche Gewährleistung gemäß § 435 BGB (§ 435 BGB: »Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können.«). Dem Erwerber stehen dieselben Rechte zu wie bei einem Sachmangel (siehe oben Rz. 17 ff.). Eine Rechtsmängelhaftung wird dagegen abzulehnen sein, wenn der Verkäufer keine Angaben zu den Rechten an dem Programm macht, sondern lediglich seinen Verpflichtungen aus Ziffer 1 der GPL nachkommt, also eine Kopie der Lizenz mitliefert und die Hinweise auf die Lizenz unverändert mitverbreitet (siehe oben Ziffer 1 GPL Rz. 38 ff.). Bei einem solchen Vertrieb wird die Lizenzierung des Programms unter der GPL nicht als besondere Eigenschaft in den Vordergrund gestellt, so dass eine Rechtsmängelhaftung unbillig erschiene. Zwischen diesen klaren Fallgestaltungen sind zahlreiche Konstellationen denkbar, die nicht generell zugeordnet werden können, sondern eine Betrachtung der gesamten Umstände des Einzelfalls erfordern.
- 28 Für Schäden an sonstigen Rechtsgütern des Erwerbers haftet derjenige, der ihm die Software überlassen hat, also entweder der Einzelhändler oder der Distributor. Anspruchsgrundlage ist § 280 BGB. Das zu Vertragskonstellation 2 Ausgeführte kann entsprechend angewandt werden (siehe oben Rz. 22). Eine Haftung der Rechtsinhaber kommt dagegen nur nach Maßgabe des Produkthaftungsgesetzes in Frage (siehe unten Rz. 50 ff.). Da sie im Hinblick auf die Software als solche keinerlei Einfluss auf die Umstände des Vertriebs haben, scheidet eine Haftung aus.

Vertragskonstellation 4: Neuentwicklung von Individualsoftware gegen Entgelt

- 29 Die Neuentwicklung von maßgeschneiderten Programmen gegen Entgelt ist von großer praktischer Bedeutung – auch im Bereich der Freien Software. Schließlich sagt die GPL als Lizenzmodell nichts über die Form der Entwicklung aus. Hierbei sind unterschiedli-

che Fallgestaltungen denkbar. Der Besteller kann eine Neuentwicklung in Auftrag geben, die unter die GPL gestellt werden soll. Es kann hierbei vereinbart werden, dass der Besteller die ausschließlichen Rechte an dem Programm erwerben soll und seinerseits eine Lizenzierung nach der GPL vornimmt. Es kann aber auch verabredet werden, dass der Auftragnehmer das entwickelte Programm unter die GPL stellt und danach die ausschließlichen Rechte an den Besteller überträgt. Möglich ist auch, dass gar keine Lizenzierung an den Besteller jenseits der GPL stattfindet.

Die rechtliche Einordnung des Vertrags über die Erstellung von Individualsoftware ist in 30
der juristischen Fachwelt umstritten. Sofern die Software gegen eine Vergütung erstellt wird, kommen als Vertragstypen Kauf- und Werkvertrag in Frage. Die beiden Vertragstypen unterscheiden sich in zentralen Fragen und weisen auch im Hinblick auf die Ansprüche des Auftraggebers bei Mängeln des Programms einige Unterschiede auf, hierzu sogleich unter Rz. 33 f. Die Frage der Zuordnung ist deswegen von praktischer Bedeutung. Im Mittelpunkt des Streits steht die im Jahr 2002 neu gefasste Vorschrift des § 651 BGB: »§ 651 Anwendung des Kaufrechts: Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist.« Einige Fachautoren stellen die Verkörperung der Software auf einem Datenträger als »Sache« in den Vordergrund und kommen deswegen auf der Grundlage des § 651 BGB zur Anwendung von Kaufvertragsrecht. Möglich und im Ergebnis überzeugender ist die gegenteilige Auffassung. Es mag zwar in der Regel zutreffen, dass das Programm auch auf einem Datenträger an den Auftraggeber übergeben wird; der Datenträger stellt im Vergleich zu den anderen Pflichten des Auftragnehmers aber nicht mehr als eine Nebensächlichkeit dar. Die bewegliche Sache kann deswegen kaum als eigentlicher »Gegenstand des Vertrags« bezeichnet werden, dieser liegt vielmehr in der – unkörperlichen – Entwicklungsleistung. Die Entwicklung von Individualsoftware ist deswegen als Werkvertrag einzuordnen, so dass die §§ 631 ff. BGB maßgeblich sind.

Für den Begriff des Mangels im Werkvertrag ist § 633 BGB maßgeblich: »(1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. (2) Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, 1. wenn es sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst 2. für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach der Art des Werkes erwarten kann. Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer ein anderes als das bestellte Werk oder das Werk in zu geringer Menge herstellt. (3) Das Werk ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können.« Der Begriff des Sachmangels entspricht also im Wesentlichen dem des Kaufvertragsrechts (siehe oben Rz. 16). In gleicher Weise zu behandeln sind Rechtsmängel. Als entgegenstehende Rechte Dritter kommen auch in dieser Fallgestaltung vor allem Urheber- und Patentrechte in Frage. 31

- 32 Wie sind nun die oben genannten, unterschiedlichen Fallgestaltungen zu beurteilen? Als Ausgangspunkt soll der Fall der Neuentwicklung dienen, an der dem Besteller ausschließliche Rechte eingeräumt werden, und bei der der Besteller nach Erhalt die Software nach den Bestimmungen der GPL freigibt, siehe Abbildung 2-13. Im Hinblick auf die Software als solche ist hier Werkvertragsrecht anzuwenden, schließlich wird hierfür eine Vergütung bezahlt. Im Hinblick auf die Rechte an der Software kann nichts anderes gelten. Auch wenn von Anfang an feststeht, dass die Software nach der Übergabe freigegeben werden soll, so will der Besteller doch zunächst die ausschließlichen Rechte erwerben. Dies kann etwa von Bedeutung sein, wenn eine Lizenzierung nach unterschiedlichen Lizenzbestimmungen erfolgen soll (»dual licensing«, siehe oben Ziffer 10 Rz. 1). Auch kann er ein Interesse daran haben, eigene Fortentwicklungen nicht der GPL zu unterstellen. Dem ausschließlichen Recht kommt deshalb ein wirtschaftlicher Wert zu, der durch die Vergütung mit abgegolten wird. Deshalb muss auch bei Rechtsmängeln Werkvertragsrecht angewendet werden. Liegt ein Sach- oder Rechtsmangel vor, so stehen dem Besteller die folgenden Möglichkeiten offen:

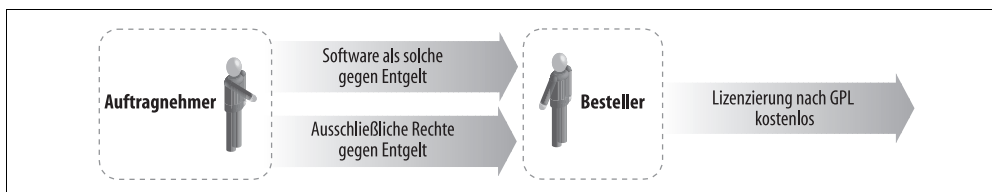


Abbildung 2-13: Neuentwicklung und ausschließende Freigabe durch Besteller

- 33 Ähnlich der Lage im Kaufvertragsrecht ist bei einem mangelhaften Werk zuerst an eine Nacherfüllung durch den Auftragnehmer zu denken, vergleiche § 634 Nr. 1 BGB: »Ist das Werk mangelhaft, so kann der Besteller... 1. nach § 635 BGB Nacherfüllung verlangen.« In § 635 BGB finden sich die genaueren Modalitäten der Nacherfüllung im Werkvertragsrecht. Anders als im Kaufrecht steht nach § 635 Absatz 1 BGB aber im Grundsatz dem Auftragnehmer das Recht zu, zwischen einer Nachbesserung des bereits geschriebenen Programms oder einer – regelmäßig wirtschaftlich unsinnigen – Neuherstellung zu wählen. Praktisch wichtig ist auch § 635 Absatz 2: »Der Unternehmer hat die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten zu tragen.« Diese Kosten können also nicht auf den Auftraggeber abgewälzt werden.
- 34 Eine weitere bedeutsame Abweichung vom Kaufvertrag findet sich in § 637 BGB. (§ 637 Absatz 1: »Der Besteller kann wegen eines Mangels des Werkes nach erfolglosem Ablauf einer von ihm gesetzten Frist den Mangel selbst beseitigen und den Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn nicht der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht verweigert.«) Nach § 637 Absatz 3 BGB kann der Besteller einen Vorschuss auf die für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten verlangen. Der Auftraggeber kann im Werkvertragsrecht also selbst tätig werden, wenn sich die Fehlerbeseitigung verzögert – und zwar auf Kosten des Auftragnehmers. Zu ersetzen sind dabei nicht nur die für eine

Mängelbeseitigung üblichen Kosten, sondern die tatsächlichen Kosten des Bestellers. Eine Selbstvornahme ist nach § 637 Absatz 2 BGB auch ohne Fristsetzung möglich, sofern die Nacherfüllung fehlgeschlagen oder unzumutbar ist.

Parallel zum Kaufvertragsrecht sind die Befugnisse des Bestellers zu Rücktritt und Minderung sowie zum Schadensersatzanspruch geregelt. Der Rücktritt ist gemäß § 636 BGB zulässig, wenn die Nacherfüllung verweigert wird, fehlschlägt oder unzumutbar ist. Die Minderung gemäß § 638 BGB ist unter den gleichen Voraussetzungen möglich; unter den gleichen Voraussetzungen kann gemäß § 636 BGB auch Schadensersatz gefordert werden. Hierfür müssen allerdings die zusätzlichen Voraussetzungen des § 280 BGB erfüllt sein, vor allem muss den Auftragnehmer ein Verschulden treffen. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Kaufvertrag verwiesen werden (siehe oben Rz. 20).

Die gleichen Grundsätze gelten, wenn der Auftragnehmer selbst seine Neuentwicklung nach den Bestimmungen der GPL freigibt und danach die ausschließlichen Rechte an dem Programm dem Besteller einräumt, siehe Abbildung 2-14. Die Lizenzierung nach der GPL führt lediglich zur Einräumung einfacher Nutzungsrechte, deshalb können die ausschließlichen Rechte nach wie vor übertragen werden. Der Besteller erwirbt in diesem Fall zwar die ausschließlichen Rechte, diese sind aber durch die einfachen Nutzungsrechte aus der GPL »belastet«. Das heißt, die einfachen Nutzungsrechte nach der GPL bestehen auch nach der Übertragung der ausschließlichen Nutzungsrechte an den Besteller unverändert weiter. Auch in dieser Konstellation ist das Werkvertragsrecht sowohl für die Erstellung der Software als auch für die Einräumung der Rechte maßgeblich. Der Besteller zahlt für die Software und die ausschließlichen Rechte.

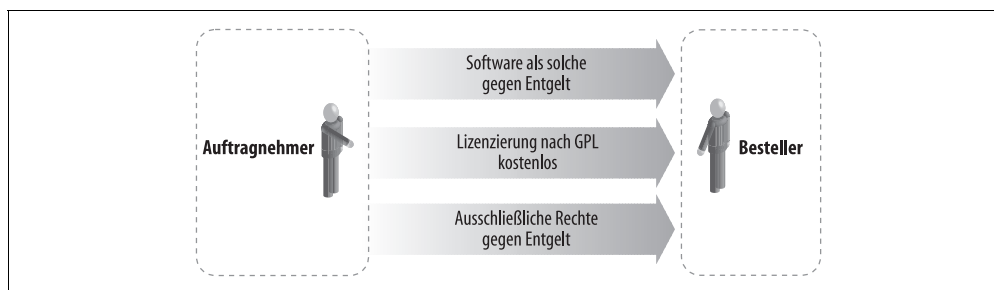


Abbildung 2-14: Neuentwicklung und Freigabe durch Auftragnehmer, dem Besteller werden ausschließliche Rechte eingeräumt

Etwas anderes gilt, wenn eine Neuentwicklung vom Auftragnehmer nach den Bedingungen der GPL lizenziert wird, ohne dass dem Besteller zusätzliche Rechte eingeräumt werden. Eine entsprechende Vertragsgestaltung ist etwa dann denkbar, wenn der Auftragnehmer einen günstigeren Preis anbietet, um den entwickelten Code auch in anderem Zusammenhang nutzen zu können. Die Vergütung wird in dieser Konstellation ausschließlich für die Entwicklung und Übergabe des Programms bezahlt. Die Lizenzierung erfolgt demgegenüber kostenlos, siehe Abbildung 2-15. Dementsprechend erscheint es als gerechtfertigt, zwi-

schen den beiden Vertragsgegenständen zu unterscheiden (vergleiche hierzu die ähnliche Trennung der Vertragsgegenstände bei der entgeltlichen Überlassung von Standardprogrammen durch den Lizenzgeber Rz. 21). Im Hinblick auf Sachmängel sind die Vorschriften des Werkvertrags anzuwenden (vergleiche Rz. 33 ff.). Werkvertragsrecht gilt auch dann, wenn entgegenstehende Rechte Dritter dazu führen, dass der Auftraggeber die Software nicht einmal auf Grundlage des § 69d UrhG ablaufen lassen darf. Für Rechtsmängel im Hinblick auf die Entwicklungs- und Vertriebsrechte aus der GPL kommt dagegen Schenkungsrecht zur Anwendung, das heißt, § 523 BGB ist maßgeblich (vergleiche Rz.12).

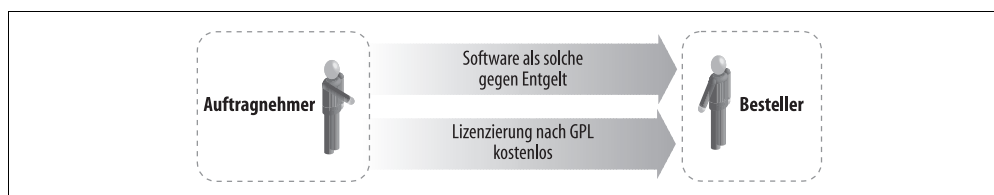


Abbildung 2-15: Neuentwicklung und Freigabe durch Auftragnehmer, keine weiteren Rechte für Besteller

- 38 Sofern der Auftragnehmer für die Entwicklung und Überlassung der Software als solcher ein Entgelt verlangt, hat er für Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Bestellers nach Maßgabe des § 280 BGB zu haften. Dies gilt unabhängig davon, ob er oder der Besteller das Programm nach der GPL freigibt. Es kann insofern auf die zu Vertragskonstellation 2 entwickelten Grundsätze verwiesen werden (siehe oben Rz. 22).

Vertragskonstellation 5: Fortentwicklung Freier Software gegen Entgelt

- 39 Von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind Aufträge über die Fortentwicklung Freier Software: Software muss oftmals erst an die besonderen Bedürfnisse des jeweiligen Nutzers angepasst werden; zusätzliche Funktionen und Features können gewünscht sein, siehe Abbildung 2-16. Wenn in diesen Fällen die »Copyleft«-Klausel aus Ziffer 2 b) GPL greift, wird der Auftragnehmer die Rechte an dem hinzugefügten Code nach der GPL freigeben müssen, da es sich bei der Weitergabe an den Besteller um eine Veröffentlichung der Bearbeitung handelt (vergleiche Ziffer 2 GPL Rz. 22 ff.). Die Mängelgewährleistung wird danach unterschieden, ob das vorbestehende freie Programm oder der hinzugefügte Code Mängel aufweist. Bedeutsam sind auch die Fälle, in denen der Auftragnehmer ein Programm zwar gänzlich neu entwickelt, es dann aber gemeinsam mit einem anderen Programm, das der GPL unterstellt ist, als Gesamtpaket an den Besteller ausliefert.
- 40 Insbesondere im Hinblick auf die Mängelgewährleistung ergeben sich in dieser Konstellation schwierige vertragsrechtliche Fragen. Auf den ersten Blick liegt eine Trennung der beiden Softwarebestandteile in zwei Verträge nahe: Die neu erstellte Software könnte dann nach Werkvertragsrecht behandelt werden – während die vorbestehenden Programmteile nach Schenkungs- oder Kaufrecht zu beurteilen wären –, je nachdem, ob der

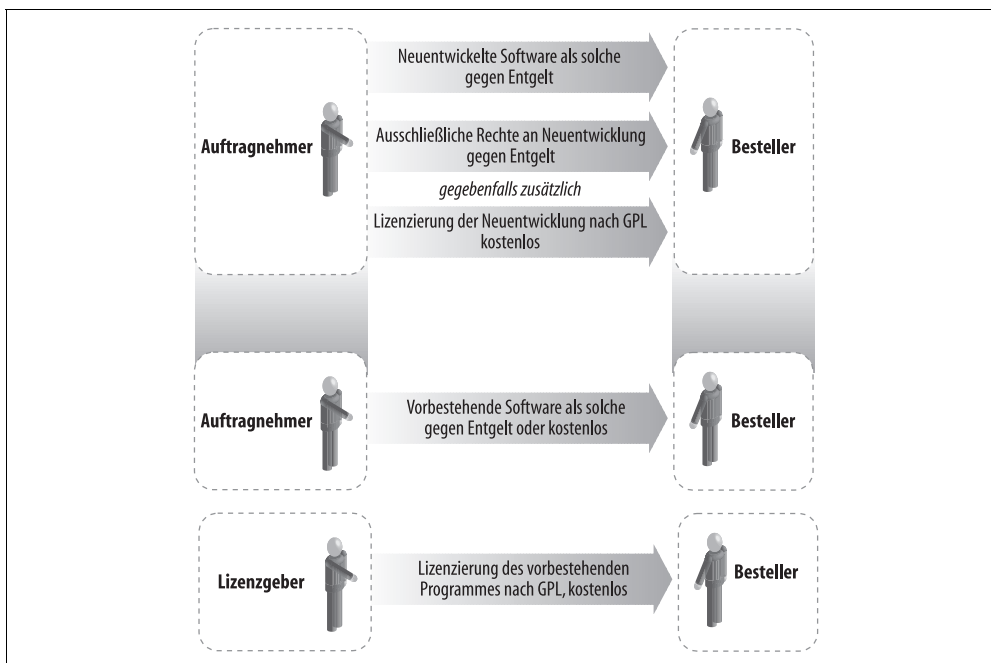


Abbildung 2-16: Fortentwicklung von GPL-Software durch Auftragnehmer

Auftragnehmer für die Lieferung des freien Programms ein Entgelt verlangt hat oder nicht. Geht man von zwei unabhängigen Verträgen aus, so dürfte der Besteller bei Mangelhaftigkeit des vorbestehenden Programms nur für dieses Programm Ansprüche geltend machen. Die Folge wäre, dass wegen eines Fehlers des vorbestehenden Programms zwar die Gesamtleistung für den Besteller unbrauchbar ist, er aber gleichwohl im Hinblick auf den fehlerfreien, neu geschriebenen Code nicht vom Vertrag zurücktreten dürfte – ein aus der Sicht des Bestellers wenig befriedigendes Ergebnis. Nimmt man den entgegengesetzten Standpunkt ein und geht von einem einheitlichen Vertrag mit zwei Gegenständen aus, treffen den Auftragnehmer unangenehme Konsequenzen: Auch wenn seine Entwicklungsleistung fehlerfrei ist, müsste er einen Rücktritt des Bestellers hinnehmen, wenn das vorbestehende Programm mangelhaft ist.

Der geschilderte Interessenkonflikt weist Ähnlichkeiten zur Lieferung einer Gesamtleistung aus Hard- und Software durch einen Lieferanten auf. Ist eine der beiden Leistungen mangelhaft, so wird der Besteller regelmäßig die Rückabwicklung des gesamten Vertrags wünschen, während der Lieferant eine teilweise Aufrechterhaltung im Hinblick auf den fehlerfreien Gegenstand bevorzugen wird. Die deutschen Gerichte stellen hierbei auf einen objektiven Maßstab ab, und zwar auf die Verkehrsanschauung: Sofern es sich nach der Verkehrsanschauung um einen einheitlichen Vertrag handelt, kann auch durch eine Trennung in zwei Vertragsurkunden oder ähnlichem keine Aufspaltung in zwei Verträge erreicht werden. Es kommt also nicht auf den Willen der Parteien an, sondern darauf, wie ein fiktiver Durchschnittsfachmann den Vertrag beurteilen würde. Die Gerichte sind

in der Vergangenheit oft zu Gunsten der Kunden von einheitlichen Verträgen ausgegangen. Überträgt man diesen Maßstab auf die hier interessierende Fallgestaltung, ergibt sich das folgende Bild: (Beispiel) Ein Softwarehaus bietet eine maßgeschneiderte Datenbanksoftware auf der Basis der GPL-Datenbanksoftware MySQL an, bei der die vorbestehende Software entsprechend den Kundenbedürfnissen modifiziert und erweitert wird. Das Ergebnis wird als einheitliche Leistung geliefert. Hier ist von einem einheitlichen Vertrag auszugehen.

Eindeutig ist auch der Fall, in dem sich der Kunde die vorbestehende Freie Software eigenständig besorgt, so dass es gar nicht zu einer diesbezüglichen Lieferung durch den Auftragnehmer kommt; in diesem Fall scheidet eine Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers für Fehler des freien Programms aus. Weniger eindeutig ist dagegen der Fall, in dem sich ein Besteller einerseits ein individuelles Programm erstellen lässt (etwa ein Anwendungsprogramm für die besonderen Bedürfnisse des eigenen Unternehmens), andererseits aber auch die Lieferung einer Standardsoftware wünscht, etwa GNU/Linux als Betriebssystem. Hier spricht zwar einiges dafür, nach der Verkehrsanschauung von zwei unterschiedlichen Verträgen auszugehen; denkbar ist aber auch, auf die Einheitlichkeit des Gesamtpakets abzustellen, so dass die Fehlerhaftigkeit des Standardprogramms auch Ansprüche im Hinblick auf das andere Programm auslöst. Für die Abgrenzung dürfte es ohne Bedeutung sein, auf wessen Anregung hin das freie Programm benutzt wird. Selbst wenn der Auftragnehmer die Nutzung eines vorbestehenden Open Source-Programms anregt, so bleibt es doch regelmäßig dem Besteller überlassen zu entscheiden, ob er eine günstigere Kombination oder kostenintensivere Neuentwicklung wünscht. Hier sind zahlreiche, wenig eindeutige Konstellationen denkbar, bei denen anhand der Umstände des Einzelfalls entschieden werden muss. Anbieter entsprechender Kombinationen sind also aufgerufen, sorgfältig zu prüfen, ob die vorbestehenden freien Programme im Hinblick auf die geplante Nutzung fehlerfrei funktionieren.

- 42 Kommt man zu dem Ergebnis, dass es sich um zwei getrennte Verträge handelt, so ergibt sich die rechtliche Behandlung aus der Kombination der bereits dargestellten Vertragstypen. Im Hinblick auf die neu hinzugefügten Bestandteile ist Werkvertragsrecht anzuwenden (siehe oben Rz. 33 ff.); im Hinblick auf das vorbestehende Programm Kauf- oder Schenkungsrecht, je nach dem, ob das Programm kostenlos oder gegen Entgelt geliefert wird. Das Schicksal des einen Vertragsgegenstands ist ohne Einfluss auf dasjenige des anderen.
- 43 Liegt bei Anwendung des oben dargestellten Maßstabs dagegen ein einheitlicher Vertragsgegenstand vor, löst die Fehlerhaftigkeit der individuell entwickelten Softwarebestandteile einen Anspruch des Bestellers auf Nacherfüllung im Hinblick auf diese Mängel aus. Dies gilt für Sach- und Rechtsmängel gleichermaßen. Schlägt die Nacherfüllung fehl, kann der Besteller vom Gesamtvertrag gemäß § 636 BGB zurücktreten, die Vergütung mindern gemäß § 638 BGB und Schadensersatz gemäß §§ 636, 280 BGB verlangen. Auch steht ihm das Selbstvornahmerecht des § 637 BGB zur Verfügung (vergleiche oben Rz. 34). Schließlich haftet der Auftragnehmer für Schäden an den sonstigen Rechtsgütern gemäß § 280 BGB (vergleiche oben Rz. 22).

Schwieriger zu beurteilen ist der Fall der mangelhaften, vorbestehenden Open Source-Software. Handelt es sich um einen einheitlichen Vertrag, so müssen die Vorschriften über den Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB mit denjenigen des Schenkungsvertrags gemäß §§ 516 ff. BGB kombiniert werden (ein so genannter Typenkombinationsvertrag). Für entsprechende Verträge bestehen keine Vorbilder aus dem Bereich des proprietären Softwarevertriebs, dementsprechend finden sich zu den im Folgenden dargestellten Überlegungen keine veröffentlichten Gerichtsurteile; es handelt sich insofern um die Ansicht des Autors.

Man wird dem Besteller bei Sach- und Rechtsmängeln zunächst einen Nacherfüllungsanspruch gemäß § 635 BGB sowie bei Fehlschlägen beziehungsweise Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ein Rücktrittsrecht gemäß § 636 BGB und einen Anspruch auf Minderung gemäß § 638 BGB im Hinblick auf den Gesamtvertrag einräumen müssen. Die Anwendung des Selbstvornahmerechts des Bestellers gemäß § 637 BGB erschiene dagegen als unangemessen; der Auftragnehmer hat für die vorbestehende Software kein Entgelt verlangt, er sollte deswegen auch nicht für die Aufwendungen für die Beseitigung von Mängeln an dieser Software einstehen müssen. Trifft den Auftragnehmer ein Verschulden im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit der Gesamtleistung, so wird man dem Besteller auch einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 636, 280 BGB zugestehen müssen. Ein Verschulden kann besonders in der fehlenden Prüfung der Software oder der unzureichenden Aufklärung und Beratung des Bestellers liegen. Allerdings wird man bei der Bemessung der Sorgfaltspflichten des Auftragnehmers berücksichtigen müssen, dass er nach Schenkungsrecht für das vorbestehende Programm an sich nur für arglistig verschwiegene Mängel haften müsste. Es erscheint deswegen naheliegend, den Auftragnehmer nur bei einer grob fahrlässigen Verletzung seiner Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Gesamtlieferung haften zu lassen. Diese Lösung bietet einen Mittelweg zwischen der Haftung für leichte Fahrlässigkeit nach Werkvertragsrecht und der Arglisthaftung des Schenkungsrechts. Dementsprechend sollte auch für die Haftung für Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Bestellers ein Haftungsmaßstab gelten, der zwischen der werkvertraglichen Haftung für leichte Fahrlässigkeit und der schenkungsrechtlichen für grobe Fahrlässigkeit gemäß § 521 BGB liegt. Ein »mittlerer Grad« von Fahrlässigkeit existiert als gefestigte Rechtsfigur nicht, der Auftragnehmer wird deswegen auch für einfache Fahrlässigkeit einzustehen haben. Dabei sollte bei der Bemessung der anzuwendenden Sorgfalt berücksichtigt werden, dass er für das vorbestehende Programm keine Vergütung verlangt und insofern geringere Kontroll- und Aufklärungspflichten hatte.

Liefert der Auftragnehmer die fehlerhafte Open Source-Software im Rahmen eines einheitlichen Vertrags gegen Entgelt, sind im Fall der Fehlerhaftigkeit des freien Programms Kauf- und Werkvertragsrecht zu kombinieren. Dies bedeutet zunächst, dass dem Besteller bei Sach- oder Rechtsmängeln all die Rechtsbehelfe zustehen, die sich in beiden Vertragstypen finden: Nacherfüllung gemäß §§ 439 beziehungsweise 635 BGB, Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz, falls die Nacherfüllung fehlschlägt, gemäß §§ 440, 441, 280 beziehungsweise 636, 638, 280 BGB. Darüber hinaus wird man dem Besteller aber auch die besonderen Rechtsbehelfe des Werkvertragsrechts zugestehen müssen, wenn

man bedenkt, dass der Auftragnehmer insgesamt einen Erfolg verspricht, auch wenn hierzu teilweise auf Standardelemente zurückgegriffen wird. Der Besteller kann die Mängel auch selbst beseitigen und seine Aufwendungen gemäß § 637 BGB vom Auftragnehmer ersetzt verlangen. Für Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Bestellers haftet der Auftragnehmer in dieser Konstellation gemäß § 280 BGB (vergleiche oben Rz. 22).

Vertragskonstellation 6: Vertrieb von Hardware mit vorinstallierter Freier Software

- 46 In der Praxis kommt der gemeinsame Vertrieb von Hardware und Freier Software häufig vor. Dabei wird es sich zumeist um den Verkauf von Standardhardware gemeinsam mit Open Source-Standardprogrammen handeln, etwa dem Verkauf von PCs mit vorinstalliertem GNU/Linux oder Embedded Systemen mit entsprechender Firmware. Die Software kann hierbei gegen Entgelt oder aber ausdrücklich »kostenlos« mitgeliefert werden, siehe Abbildung 2-17. Man stelle sich etwa den Hardwarehändler vor, der zum gleichen Preis einen PC ohne Office Paket oder mit »kostenlosem«, vorinstalliertem Open Office anbietet.

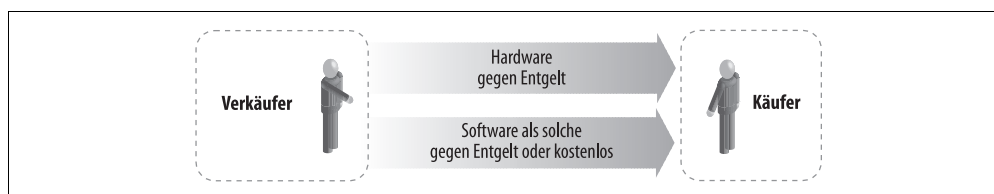


Abbildung 2-17: Vertrieb von Hardware mit vorinstallierter Freier Software

- 47 Wird die Software gegen Entgelt mitgeliefert, so handelt es sich im Hinblick auf die Hardware und die Software als solche oftmals um einen einheitlichen Vertrag, der nach Kaufvertragsrecht zu behandeln ist. Dies bedeutet, dass sowohl Mängel der Hardware als auch der Programme zu Ansprüchen des Käufers im Hinblick auf den ganzen Vertrag führen (vgl. oben Rz. 41). Der Käufer kann bei Sachmängeln in erster Linie Nacherfüllung gemäß § 439 BGB verlangen. Schlägt diese fehl, kommt ein Rücktritt gemäß §§ 440, 323 BGB sowie Schadensersatz und Minderung des Kaufpreises in Betracht (vergleiche oben Rz. 18 f.). Für Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Käufers trifft den Verkäufer eine Haftung nach Maßgabe des § 280 BGB (vergleiche oben Rz. 22). Wie beim isolierten Verkauf Freier Software kann es auch hier zu einer Rechtsmängelhaftung des Verkäufers kommen (vergleiche oben Rz. 27). In diesem Fall stehen dem Erwerber die gleichen Rechte zu wie bei Sachmängeln. Nimmt der Erwerber die Rechte aus der GPL wahr, so kommt es zum Abschluss eines eigenständigen Vertrags mit den Rechteinhabern. Stehen der Nutzung der Software dann Rechte Dritter entgegen, haften die Rechteinhaber lediglich nach Schenkungsrecht gemäß § 523 BGB (vergleiche oben Rz. 26).

48 Wird die Hardware verkauft, die Software kostenlos mitgeliefert, und es handelt sich um einen einheitlichen Vertrag (vergleiche oben Rz.41), sind Kauf- und Schenkungsrecht zu kombinieren. Für diese Frage kann nicht auf einschlägige Gerichtsurteile verwiesen werden, die folgenden Ausführungen geben lediglich die Auffassung des Autors wieder. Ist die Hardware mangelhaft, so wird man dem Erwerber alle kaufvertragsrechtlichen Rechtsbehelfe zugestehen müssen (Nacherfüllung, Rücktritt, Minderung, Schadensersatz, vergleiche oben Rz. 17 ff.). Verursacht die Hardware Schäden an den sonstigen Rechtsgütern des Erwerbers, so trifft den Verkäufer eine Haftung gemäß § 280 BGB (vergleiche oben Rz. 22), und zwar auch für leichte Fahrlässigkeit. Schwieriger zu beurteilen sind dagegen die Pflichten des Verkäufers im Hinblick auf Mängel der Software. Vergleichbar der oben dargestellten Kombination von Werkvertrags- und Schenkungsrecht (vergleiche oben Rz. 43) wird man auch hier einen Anspruch des Erwerbers auf Nacherfüllung gemäß § 439 BGB und ein Rücktrittsrecht im Fall des Scheiterns der Nacherfüllung für Hard- und Software gemäß §§ 440, 280 BGB annehmen dürfen. Zudem wird der Erwerber den Kaufpreis der Gesamtlieferung gemäß § 441 mindern können. Im Hinblick auf den Schadensersatzanspruch des Erwerbers wegen Mangelhaftigkeit der Software sollte aber auch in dieser Konstellation ein Mittelweg zwischen dem Maßstab des Schenkungsrechts (Arglist gemäß § 524 BGB) und demjenigen des Kaufrechts (auch leichte Fahrlässigkeit gemäß § 280 BGB) angenommen werden, so dass der Verkäufer nur bei grober Fahrlässigkeit einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt ist. Verursacht die Software Fehler an den sonstigen Rechtsgütern des Erwerbers, so wird man den Haftungsmaßstab des § 521 BGB (grobe Fahrlässigkeit) und denjenigen des § 280 BGB (leichte Fahrlässigkeit) kombinieren müssen. Bei der Bemessung der Sorgfaltspflichten wird also zu berücksichtigen sein, dass für die Software kein Entgelt verlangt worden ist (vergleiche oben Rz. 44).

49 Denkbar ist schließlich auch ein Gesamtangebot aus Hardware und individuell erstellter Software, etwa die Lieferung der durch einen Prozessor gesteuerten Industriemaschine. Hierbei wird in aller Regel sowohl für die Hardware als auch für die Software ein Entgelt genommen werden. Auch wenn der Auftragnehmer ganz oder teilweise auf Standard-Hardware zurückgreift, wird man den Vertrag doch insgesamt als Werkvertrag oder als Vertrag im Sinne des § 651 BGB (vergleiche oben Rz. 30) zu bewerten haben, so dass die Gesamtleistung entweder vollständig nach Werk- oder nach Kaufvertragsrecht zu beurteilen ist. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Vertragstypen ist auch in dieser Konstellation unter den Fachjuristen umstritten. Manche stellen bei entsprechenden Verträgen die unkörperliche Planungs- und Entwicklungsleistung in den Vordergrund und wollen Werkvertragsrecht anwenden. Für die Haftung und Gewährleistung gelten dann die §§ 631 ff. BGB (vergleiche oben Rz. 33 ff.). Andere stellen demgegenüber auf die Hardware als bewegliche Sache ab und kommen gemäß § 651 BGB zur Anwendung des Kaufrechts, so dass sich die Ansprüche des »Käufers« aus Gewährleistung und Haftung nach den §§ 433 ff. BGB richten (vergleiche oben Rz. 17 ff.). Unabhängig hiervon richtet sich der Vertrag über die Einräumung der Nutzungsrechte aus der GPL nach Schenkungsrecht, so dass die Rechtsinhaber auch in dieser Konstellation lediglich eine Arglisthaftung im Fall von Rechtsmängeln gemäß § 523 BGB trifft (vergleiche oben Rz. 26).

Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz

- 50 Unabhängig von der vertraglichen Haftung kann die Entwickler und Distributoren von Freier Software auch eine Haftung nach dem so genannten Produkthaftungsgesetz vom 15. Dezember 1989 (ProdHaftG) treffen. Eine Haftung nach diesem Gesetz setzt weder einen Vertrag noch ein Verschulden voraus. Sie ist deswegen grundsätzlich in allen oben geschilderten Fallgestaltungen denkbar.

Die meisten Computerrechtsspezialisten gehen davon aus, dass es sich bei Software um ein Produkt im Sinne des § 2 ProdHaftG handelt, so dass der (sachliche) Anwendungsbereich des Gesetzes eröffnet ist. Die Haftung nach dem ProdHaftG kann gemäß § 14 ProdHaftG nicht vertraglich ausgeschlossen werden: »Die Ersatzpflicht des Herstellers nach diesem Gesetz darf im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.« Der Haftungsausschluss in Ziffer 12 GPL hat demnach keine Auswirkungen auf eine Haftung nach dem ProdHaftG.

- 51 Die Haftung nach dem ProdHaftG trifft gemäß § 1 Absatz 1 Satz 1 den »Hersteller«. Der Begriff wird in § 4 ProdHaftG näher definiert: »(1) Hersteller im Sinne dieses Gesetzes ist, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt. (2) Als Hersteller gilt ferner, wer ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Mietkaufs oder einer anderen Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in den Geltungsbereich des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einführt oder verbringt.« Als Hersteller kommt also neben dem Programmierer auch der Distributor in Frage. Die Haftung ist gem. § 1 Absatz 2 Nr. 3 ProdHaftG allerdings ausgeschlossen, wenn der Hersteller die Software »weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat.« Ob dies beim Vertrieb freier Programme der Fall ist, kann nicht pauschal festgestellt werden; vielmehr bedarf es einer differenzierten Betrachtungsweise entsprechend der jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Wird eine Standarddistribution für den Einzelhandel hergestellt, handelt es sich um eine Herstellung mit wirtschaftlicher Zielsetzung. In diesem Fall bestehen somit grundsätzlich direkte Ansprüche nach dem ProdHaftG gegen den Hersteller, auch wenn man das Programm von einem Einzelhändler erwirbt. Handelt es sich dagegen um ein in der Freizeit hergestelltes Programm, welches kostenlos im Internet weitergegeben wird, scheidet eine Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz aus. Zwischen diesen eindeutigen Fällen sind eine Reihe nicht eindeutiger Konstellationen denkbar, bei denen im Einzelfall zu prüfen ist, ob es sich um ein zu wirtschaftlichen Zwecken hergestelltes Programm oder um das Ergebnis einer Leistung handelt, die einen engen inhaltlichen Bezug zur beruflichen Tätigkeit aufweist.
- 52 Liegen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Produkthaftungsgesetzes vor, so haftet der Hersteller für »Fehler« im Sinne des § 3 ProdHaftG: »(1) Ein Produkt hat einen Fehler, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände,

insbesondere a) seiner Darbietung, b) des Gebrauchs, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, c) des Zeitpunkts, in dem es in den Verkehr gebracht wurde, berechtigterweise erwartet werden kann.« Ausgeschlossen sind nach § 1 Absatz 2 Nr. 4 ProdHaftG dagegen solche Fehler, die nach dem Stand der Technik im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht erkannt werden konnten. Der Begriff des Fehlers nach dem ProdHaftG unterscheidet sich erheblich vom Begriff des Sachmangels im Kaufrecht (siehe oben Rz. 16). Der Hersteller der Software haftet hierbei nur für Personenschäden und solche Sachschäden, die an einer anderen Sache als dem fehlerhaften Produkt eintreten. Dies ist der Fall, wenn der Computer des Nutzers beschädigt wird oder die Software für den Einsatz in einem Krankenhaus gedacht ist und ein Patient wegen einer Fehlfunktion der Software einen körperlichen Schaden erleidet. Für Schäden an der Software selbst wird dagegen nicht gehaftet. Auch können Vermögensschäden, zum Beispiel Verdienstausschlag oder Ähnliches, nicht nach dem ProdHaftG geltend gemacht werden.

Im Hinblick auf Schäden an anderen Sachen ist eine weitere Einschränkung gemäß § 1 Absatz 1 Satz 2 ProdHaftG zu beachten: »Im Falle der Sachbeschädigung gilt dies (Anmerkung: die Haftung) nur, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird und diese andere Sache ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden ist.« An dieser Vorschrift zeigt sich die primär verbraucherschützende Tendenz des Gesetzes. Durch das Programm verursachte Schäden an gewerblich genutzter Hardware können nach dem Produkthaftungsgesetz also nicht geltend gemacht werden. Darüber hinaus trifft den Geschädigten im Fall der Sachbeschädigung gemäß § 11 ProdHaftG eine Eigenbeteiligung: »Im Falle der Sachbeschädigung hat der Geschädigte einen Schaden bis zu einer Höhe von 500 Euro selbst zu tragen.«

Appendix: How to Apply These Terms to Your New Programs

Carsten Schulz

If you develop a new program, and you want it to be of the greatest possible use to the public, the best way to achieve this is to make it free software which everyone can redistribute and change under these terms.

To do so, attach the following notices to the program. It is safest to attach them to the start of each source file to most effectively convey the exclusion of warranty; and each file should have at least the »copyright« line and a pointer to where the full notice is found.

<one line to give the program's name and a brief idea of what it does.>

Copyright (C) <year> <name of author>

This program is free software; you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation; either version 2 of the License, or (at your option) any later version.