

# Public Domain-Software: Rechtliche, insbesondere vertragsrechtliche Probleme Teil: 2

Jochen P. Marby

## Teil 1: im letzten Heft

1. Terminologie und Beschreibung der Public Domain-Software
2. Gründe des Public Domain-Softwareherstellers für den Verzicht auf ein Nutzungsentgelt
3. Public Domain-Software und Urheberrecht

## Teil 2:

4. Der Vertrag zwischen Public Domain-Softwarehändler und Anwender
  - a) Die Rechtsnatur der hier untersuchten Verträge
  - b) Nebenpflichten dieses Vertragstyps
  - c) Das Sonderproblem der Virenverseuchung
  - d) Transportschäden
5. Der Bezug von Public Domain-Software aus einer Mailbox
6. Die Weitergabe der Public Domain-Software durch Private

## 4. Der Vertrag zwischen Public Domain-Softwarehändler und Anwender

Obwohl bereits eingangs betont wurde, daß allein aus der Tatsache, daß ein Computerprogramm als Public Domain-Software vertrieben wird, nicht generell auf eine mindere Qualität geschlossen werden kann, darf auch nicht geleugnet werden, daß der Anteil qualitativ minderwertiger, in Ausnahmefällen sogar funktionsunfähiger Software weit höher ist als bei kommerzieller Software. Darüberhinaus steht Public Domain-Software in dem Ruf, besonders häufig virenverseucht<sup>24</sup> zu sein<sup>25</sup>. Ob dies wirklich der Fall ist, vermag der Autor nicht zu beurteilen, jedoch ist dies angesichts des viele Einzelstationen durchlaufenden Verbreitungswegs der Programme nicht nur denkbar, sondern sogar ziemlich wahrscheinlich. Da die von Computerviren verursachten Schäden sehr groß sein können und darüberhinaus eine sehr große Anzahl von Anwendern betroffen sein kann, erscheint eine Klärung des zwischen Public Domain-Softwarehändler und Anwender bestehenden Rechtsverhältnisses dringend vonnöten. Dabei muß zunächst zwischen den beiden Hauptvertriebswegen unterschieden werden, dem Versand von Public Domain-Software und der Bereitstellung der Software zum sogenannten „Download“ in einer Mailbox<sup>26</sup>.

### a) Die Rechtsnatur der hier untersuchten Verträge

Soweit die Public Domain-Software von entsprechenden Händlern versendet wird, findet sich in der Literatur eine Einordnung dieser Verträge als Kaufverträge gem. § 433 BGB<sup>27</sup>. Rechtsprechung zu dieser Fragestellung liegt zur Zeit noch nicht vor. Begründet wird die in der Literatur vertretene Auffassung mit dem Argument, der Public Domain-Softwarehändler verpflichte sich zur Übergabe und Übereignung der Programmkopien und dies stehe nach dem Willen der Vertragsparteien derart im Vordergrund des Rechtsgeschäfts, daß alle Voraussetzungen eines Sachkaufs als erfüllt einzustufen seien. Eingeräumt wird zwar, daß die betreffende Programmkopie oft erst nach der Bestellung und damit nach Abschluß des zugrundeliegenden Vertrags her-

*Zu unterscheiden:  
Versand und „Download“*

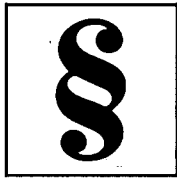
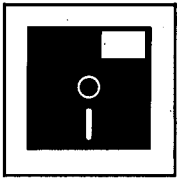
*Literatur:  
Kaufvertrag*

24 Vgl. zur Beschreibung der Computerviren, deren Funktionsweisen und Wirkungen Burger, Das große Computer-Viren Buch, Düsseldorf 1987; Brunstein, Computer-Viren-Report, Planegg 1989.

25 Vgl. etwa Ackermann in Burger, Computerviren S. 121; unter Berufung auf diesen auch Hoeren, a.a.O., Rdn. 470 Fußn. 38.

26 Vgl. zur Beschreibung von „Upload“ und „Download“ jur-pc-Newsletter 6/1989 S. 68 ff.

27 Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 451 f.; ders. CR 1989, 887, 889.



gestellt würde. Die Vervielfältigung durch den Händler sei jedoch eine bloße Vorbereitungshandlung für die spätere Lieferung der Programmkopie, weshalb sich der Public Domain-Softwarevertrag nicht auf die Neuherstellung einer Sache beziehe, sondern auf den Handel mit einer bereits fertigen Sache gerichtet sei. Aus diesem Grund scheidet eine anderweitige vertragstypologische Einordnung, etwa als Werkvertrag, aus. Anders als die eben dargelegte Literaturmeinung möchten die Public Domain-Softwarehändler die von ihnen abgeschlossenen Verträge nicht als Kaufverträge angesehen wissen. Vielmehr weisen sie, soweit ersichtlich, fast ausnahmslos<sup>28</sup> darauf hin, daß die Programme selbst unentgeltlich zu erhalten sind und lediglich für das verwendete Material, den Arbeitsaufwand und die Versandkosten eine bestimmte Gebühr verlangt wird. Üblicherweise wird in den jeweiligen Angebotslisten der Händler auch nicht vom Preis oder gar Kaufpreis der Public Domain-Software gesprochen, sondern finden die Begriffe „Kopiergebühr“ oder „Vermittlungsgebühr“ Verwendung, wodurch ebenfalls deutlich gemacht wird, daß sich der Public Domain-Softwarehändler nicht als Verkäufer versteht. Ferner wird gelegentlich<sup>29</sup> darauf hingewiesen, daß die Rücknahme von Programmen bzw. Disketten nicht möglich ist, „weil die Bearbeitungsgebühr ein Entgelt für eine bereits erfolgte Dienstleistung darstellt“.

Dieses Selbstverständnis und auch die Formulierung der jeweiligen Geschäftsbedingungen sind jedoch nicht ausschlaggebend für die typologische Einordnung, denn ein derartiges einseitiges Bemühen ist nicht entscheidend. Für die Qualifizierung des Rechtsgeschäfts kommt es vielmehr in erster Linie auf den zu ermittelnden beidseitigen Parteiwillen an<sup>30</sup>. Die Bestimmung dessen, was die Parteien mit dem Vertrag bezwecken, ist dementsprechend unter Berücksichtigung der von ihnen verfolgten Zwecke und Vorstellungen, der wirtschaftlichen Bedeutung und auch der erkennbaren Interessenlage zu bestimmen. Allenfalls eine Indizwirkung kommt dabei den verwendeten Begriffen „Kopiergebühr“ und „Vermittlungsgebühr“ zu, denn nach ganz herrschender Meinung ist auch in der Regel ohne Belang, mit welchem vertragsgesetzlichen Namen sie ihr Rechtsgeschäft belegen<sup>31</sup>.

Ausgangspunkt der Bestimmung der Natur des Vertrages soll zunächst der Hinweis auf das bereits erwähnte und häufig anzutreffende eingeschränkte Weiterverbreitungsrecht sein, demzufolge das Programm nicht zu kommerziellen Zwecken vertrieben werden darf, sondern allenfalls ein Betrag verlangt werden soll, der die Kosten für Material und Vervielfältigung deckt. Die von den Public Domain-Softwarehändlern betonte grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Programme und die Einforderung von „Kopier-“ oder „Vervielfältigungsgebühren“ deckt sich damit mit den ihnen auferlegten Einschränkungen der Weiterverbreitung, weshalb auch die Abstandnahme vom Typus des Kaufvertrages insoweit als interessengerecht, zumindest aber nicht als willkürlich bezeichnet werden kann.

Gleichzeitig muß indes auch der Kunde die auf einen Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung des Händlers so verstehen, daß dieser mit ihm keinen Kaufvertrag abschließen möchte, weil er dies nach den bereits mehrfach angesprochenen Weiterverbreitungsregelungen des Programmautoren gar nicht darf. Diese Erwartungshaltung des Anwenders wird entgegen der oben dargelegten Literaturmeinung auch nicht dadurch entkräftet oder überlagert, daß er als Endziel seiner Handlungen eine Diskette samt Computerprogramm übereignet haben möchte und ihn die hierfür zunächst erforderlichen Zwischenschritte des Kopierens und des Versendens nicht interessieren. Dem steht zunächst bereits entgegen, daß die als Endziel des Anwenders bezeichneten Interessen den berechtigten Interessen des Händlers übergeordnet würden, ohne daß hierfür ein einleuchtender Grund oder auch nur ein hinreichendes Bedürfnis erkennbar wäre. Nicht beantwortet wäre bei einer solchen Vorgehensweise ferner die Frage, weshalb die Interes-

*Entscheidend:*

*Der beidseitige Parteiwille*

*Abstandnahme vom „Typus“*

*Kaufvertrag:*

*Interessengerecht*

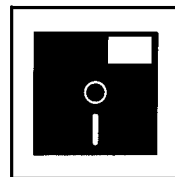
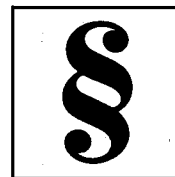
*Der Händler darf einen Kaufvertragsgar nicht schließen*

28 Die einzige dem Verfasser bekannte Ausnahme macht die BTX-Agentur Ackermann (\*3199916002ende Umrahmung. linien mit beginn verbinden. . . 463 20,00), auf deren Bestellseite es heißt: „Ich bestelle folgende Disketten zum Preis von DM 4,95 plus DM 5,00 Bearbeitungsgebühr. Hinweis: Wir berechnen pro Lieferung nur 1x die Bearbeitungsgebühr.“ Auf diesen Ausnahmefall wird nachfolgend nicht weiter eingegangen, da er nicht repräsentativ ist und auch der Philosophie der Public Domain-Programmautoren widerspricht.

29 Vgl. die im Katalog der Soft Mail AG abgedruckten Geschäftsbedingungen.

30 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1985, 2035; Münchener Kommentar/Soergel, Bd. 3 1. Halbband, München 1988, § 631 Rdn. 10.

31 Vgl. BGHZ 68, 372 ff; OLG Karlsruhe, NJW 1985, 2035; OLG Frankfurt, NJW 1983, 397.



sen des Anwenders nicht auch im Rahmen eines zwischen ihm und dem Public Domain-Softwarehändler bestehenden Vermittlungsvertrages in hinreichendem Maße berücksichtigt würden.

Entscheidend gegen eine Einordnung als Kaufvertrag spricht jedoch, daß die Behauptung, dem Anwender komme es allein auf die Übertragung des Eigentums an der Computersoftware an und dies sei typenprägende Hauptleistungspflicht, als nicht überzeugend bezeichnet werden muß. Richtig ist zwar, daß der Anwender das Computerprogramm übereignet erhalten will und sein Handeln von dieser Zielsetzung getragen wird. Insoweit besteht jedoch kein Unterschied zu anderen Vermittlungsgeschäften, bei denen es dem Kunden ebenfalls nicht vornehmlich auf die Vermittlung, sondern auf das vermittelte Rechtsgeschäft ankommt. Dies mag an dem Beispiel eines in einem Reisebüro vermittelten Reisevertrags verdeutlicht werden, bei dem es dem Kunden als Endziel allein darum geht, die Reise antreten zu können, und ihn die vom Reisebüro auszuführenden Tätigkeiten wie etwa das Beschaffen und die Übereignung der Reisedokumente eigentlich nicht interessieren. Damit zeigt sich, daß das behauptete Endziel des Anwenders beim Abschluß eines Public Domain-Softwarevertrages nicht als ausschlaggebendes Kriterium für die Bestimmung der Rechtsnatur dieses Vertrages herangezogen werden kann, sondern daß der beidseitige Parteiwille anders charakterisiert ist. Bei der somit erforderlichen, anders geprägten Charakterisierung des Parteiwillens ergibt eine objektive Würdigung der Gesamtumstände, daß auch aus der Sicht des Anwenders die vertraglich vorgesehene Leistung aus einer Kopier- und Versendetätigkeit des Public Domain-Softwarehändlers besteht, weil auch für den Anwender erkennbar ist, daß der Händler nach den Bestimmungen des Programmherstellers keinen Kaufvertrag abschließen darf und die Vervielfältigung und anschließende Zusendung der Software durch den Händler dem Interesse des Anwenders an der Erlangung des betreffenden Programms genügt. Dementsprechend handelt es sich bei den hier dargestellten Verträgen nicht um Kauf, sondern um Vermittlungsverträge, die als Dienstverträge im Sinne des § 611 BGB zu klassifizieren sind und ein Element der Schenkung gem. § 516 BGB in sich tragen.

Die somit vorgenommene Klassifizierung soll anhand von zwei weiteren Beispielen noch eingehender erläutert werden. Zunächst scheint sich beim Versand der Public Domain-Software eine Parallele zum gewöhnlichen Versandhandel aufzudrängen, weil auch dort Waren nicht im Geschäftslokal des Verkäufers, sondern meist auf Grund von Katalogen bestellt und in einem besonderen Vertriebssystem vertrieben werden. In der Regel handelt es sich bei diesen Versandhandelsverträgen um Kaufverträge, die lediglich einige Sonderregelungen umfassen und damit der besonderen Interessenlage derartiger Rechtsgeschäfte Rechnung tragen<sup>32</sup>. Bei den Versandhandelsverträgen stehen die Übergabe und Übereignung der bestellten Ware in der Tat im Mittelpunkt des Interesses und können die Zusatzleistungen des Verkäufers nicht als charakterisierende Elemente des Vertragsverhältnisses bezeichnet werden. Ein wesentlicher Unterschied zum Versand von Public Domain-Software besteht jedoch darin, daß der Versandhändler üblicherweise seinen Gewinn über die Marge zwischen An- und Verkaufspreis erzielt und die berechneten Versandkosten lediglich kostendeckend für den erforderlichen Material- und Arbeitsaufwand sein sollen. Aus diesem Grunde verzichten viele Versandhändler auf die Berechnung von Versandkosten ab einem bestimmten Warenbestellwert. Anders als beim Versandhandel richten Public Domain-Softwarehändler ihre Preise aber nicht nach dem Wert des jeweiligen Programms als Verkaufsgegenstand aus, sondern allein nach den im Rahmen ihres Betriebs entstehenden Kosten für Material, Werbung, Versand etc.. Damit zeigt sich jedoch, daß die vom Kunden zu entrichtende Zahlung nicht dem Begriff des Kaufpreises als vereinbartes Entgelt für den Kaufgegenstand<sup>33</sup> untergeordnet werden kann, weil die durch den Aufwand bestimmten Kosten das ausschlaggebende Element für die Preisgestaltung durch den Public Domain-Softwarehändler darstellen. Abschließend soll das gefundene Ergebnis durch ein weiteres Beispiel untermauert werden, das eine wirkliche Parallele zu Public Domain-Softwareverträgen darstellt. Häufig wird Informationsmaterial zu bestimmten Produkten oder Dienstleistungen nicht wahllos an jedermann verteilt, sondern muß dieses beim Anbieter angefordert werden. Dabei

*Ergebnis: Dienstvertrag mit Schenkungselement*

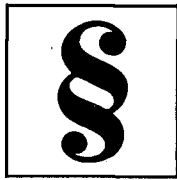
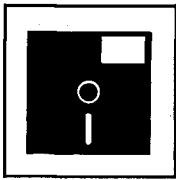
*Parallele zum Versandhandel?*

*Aber: Andere Preisgestaltung der PD-Händler*

*Ein weiteres Beispiel Informationsmaterial auf Anforderung*

<sup>32</sup> Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl. München 1989, § 9 Rdn. V 11.

<sup>33</sup> Vgl. Palandt/Putzo, BGB 49. Aufl. München 1990, § 433 Anm. 5a) aa).



*Auszuschließen:  
Auftragsverhältnis*

*Nebenzpflicht:  
„gedrängte Prüfungspflicht“*

*Unterlassen der Prüfung:  
Haftung aus pVV*

*Prüfpflicht für die erkennbaren  
Viren*

wird die Zusendung des betreffenden Materials immer wieder davon abhängig gemacht, daß der Interessent einen meist geringen Betrag zahlt, obwohl die Materialien selbst „kostenfrei“ sind. Dieses Entgelt dient neben anderen Zielen dem Zweck, den beim Versender anfallenden Aufwand zu entlohnen und zur Kostendeckung beizutragen. Auch bei einem derartigen kostenpflichtigen Versand kostenfreier Ware besteht das Endziel des Interessenten wie bei Public Domain-Software in der Erlangung der Ware, jedoch wird in diesen Fällen wohl niemand auf die Idee kommen, das Vorliegen eines Kaufvertrags zu behaupten und das Entgelt als Preis für den Kaufgegenstand zu bezeichnen.

Abschließend zur vertragstypologischen Klassifizierung soll noch darauf hingewiesen werden, daß auch eine Einordnung als Auftragsverhältnis im Sinne des § 662 BGB ausscheidet, weil die verlangte Vermittlungsgebühr nicht nur auf den Ersatz von Aufwendungen im Sinne des § 670 BGB abzielt, sondern auch der Arbeitsaufwand im Sinne einer Tätigkeitsvergütung erfaßt wird. Die Zahlung einer Vergütung für eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnet jedoch gerade die Entgeltlichkeit des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses, weshalb das für ein Auftragsverhältnis unabdingbare Merkmal der Unentgeltlichkeit hier nicht erfüllt ist.

#### b) Nebenpflichten dieses Vertragstyps

Die Hauptleistungspflicht des Public Domain-Softwarehändlers wurde bereits oben mit dem Verweis auf die von ihm zu erbringende Kopier- und Versendetätigkeit umschrieben. Neben die so definierte Hauptleistungspflicht tritt jedoch eine wichtige Nebenpflicht, die als gedrängte Prüfungspflicht bezeichnet werden kann. Diese gedrängte Prüfungspflicht geht dahin, die vertriebenen Computerprogramme auf ihre grundsätzliche Lauffähigkeit und Vollständigkeit hin zu untersuchen, denn nur unter Anerkennung einer derartigen Prüfungspflicht wird den berechtigten Interessen des Anwenders Rechnung getragen, keine funktionsunfähige Software vermittelt zu bekommen. Erforderlich ist daher, daß der Public Domain-Softwarehändler die grundsätzliche Funktionsfähigkeit der von ihm vertriebenen Software einer zumindest kurzen Überprüfung unterzieht. Hierbei ist es nicht notwendig und dem Händler auch nicht zumutbar, daß sämtliche Einzelfunktionen einer Computersoftware getestet werden, jedoch wird man auf bestimmte Minimalprüfungen wie etwa die grundsätzliche Ladbarkeit in den Arbeitsspeicher, das Funktionieren der wichtigsten Funktionen, das Fehlen offensichtlicher Funktions-, Kapazitäts- und Kompatibilitätsmängel sowie das Vorhandensein der vom Softwarehersteller beigefügten Programmbeschreibung nicht verzichten können. Soweit der Public Domain-Softwarehändler diese gedrängte Prüfung nicht vornimmt, setzt er sich bei später auftretenden Schäden den Ansprüchen des Anwenders wegen positiver Forderungsverletzung aus. Demgegenüber greifen die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften des BGB nicht ein<sup>34</sup>, weil es hierfür an einem Kaufvertrag zwischen Händler und Anwender fehlt. Aus diesem Grund ist es auch nicht notwendig, den kaufrechtlichen Fehlerbegriff des § 459 Abs. 1 BGB unter Hinweis auf die „bekanntermaßen starke Fehlerbehaftung“ von Public Domain-Software über Gebühr aufzuweichen. Wenn das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht erst in den Fällen eingreifen soll, in denen das Programm von vornherein nicht einsatzfähig ist und nicht funktioniert<sup>35</sup>, so läuft dies letztendlich auf eine Haftung wegen Verletzung einer Prüfungspflicht hinaus, wie sie hier vertreten wird, und nicht auf eine kaufvertragliche Gewährleistung.

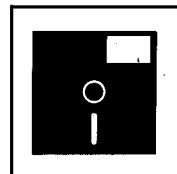
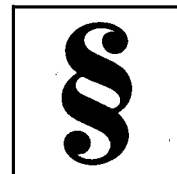
#### c) Das Sonderproblem der Virenverseuchung

Ein besonderes Problem besteht bei der Beurteilung der Frage, ob und inwieweit ein Public Domain-Softwarehändler zur Haftung herangezogen werden kann, wenn die von ihm vertriebene Software virenverseucht ist. Trotz der enormen Aufmerksamkeit, die den Computerviren allgemein zuteil wird, bestehen nach wie vor große Informationsdefizite, die im Rahmen dieses Beitrags auch nicht ausgeräumt werden können<sup>36</sup>. Ausreichend ist an dieser Stelle die Feststellung, daß es zwar zur Zeit keine Möglichkeit gibt, sämtliche Computerviren etwa durch allgemein funktionsfähige Suchprogramme aufzu-

34 a.A. Hoeren CR 1989, 887, 892 f.

35 Vgl. Hoeren CR 1989, 887, 893.

36 Vgl. hierzu die Literaturangaben in Fußn. 24:



spüren<sup>37</sup>, jedoch ist es möglich, zumindest einige der bereits bekannten und besonders weit verbreiteten Viren mit Hilfe verschiedener Virenschutzprogramme zu erkennen. Den Einsatz eines derartigen Virencheckers und ein mehrmaliges Laden des Programms zur Kontrolle, ob sofort Dateien anderer Programme infiziert, d.h. verändert werden, müssen zu der den Händler treffenden Prüfungspflicht gezählt werden<sup>38</sup>.

Der gedrängten Prüfungspflicht kann sich der Public Domain-Softwarehändler auch nicht durch eine in seinen Geschäftsbedingungen aufgenommene Klausel vollständig entziehen, die ihn von jedweder Haftung freistellen soll. Wenngleich zahlreiche Public Domain-Softwarehändler verschiedene Klauseln in ihre Geschäftsbedingungen aufgenommen haben, die dies zu erreichen suchen, liegt hierin ein Verstoß nicht nur gegen § 11 Nr. 7 AGBG, sondern auch gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG. Sinngemäß lauten die verwendeten Klauseln üblicherweise: „Für die Lauffähigkeit der Programme und deren Vollständigkeit übernehmen wir keine Garantie.“ oder „Für die Lauffähigkeit der gelieferten Programme können wir keine Gewährleistung übernehmen. Fehler oder Schäden, die durch die Benutzung der Programme an der Hardware entstehen, sind von jeglicher Gewährleistung ausgeschlossen.“ Wenngleich im zweiten Beispielsfall der Begriff der Gewährleistung verwendet wird, greifen die für Gewährleistungsansprüche und Schadensersatzansprüche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften anzuwendenden Sonderregelungen der §§ 11 Nr. 10 und 11 AGBG hier nicht ein, da es sich nicht um einen Kauf oder Werkvertrag handelt. Vielmehr ist § 11 Nr. 7 AGBG einschlägig, da diese Vorschrift allgemein von Vertragsverletzungen spricht und dieser Begriff nach allgemeinem Verständnis auch die positiven Forderungsverletzungen umfaßt<sup>39</sup>. Dementsprechend sind die genannten Klauseln unwirksam, weil sie den gänzlichen Ausschluß jeglicher Haftung bezwecken und ein derartiger gänzlicher Haftungsausschluß nach allgemeiner Auffassung gegen § 11 Nr. 7 AGBG verstößt<sup>40</sup>. Gleiches muß auch dann gelten, wenn der Public Domain-Softwarehändler zwar nicht *expressis verbis* die eigene Haftung ausschließt, sondern etwa durch die Formulierung „Der Anwender muß für alle Schäden, die durch die Benutzung der Programme entstehen, selbst aufkommen“ die alleinige Haftung des Kunden zu erreichen sucht. Dies folgt daraus, daß über den Umweg der vollständigen Kundenhaftung im Ergebnis eine gänzliche Haftungsfreistellung des Händlers erfolgen soll, die § 11 Nr. 7 AGBG gerade verhindern will<sup>41</sup>.

*Unwirksam:  
Ausschluß jeglicher Haftung*

*Ein Fall von § 11 Nr. 7 AGBG*

#### d) Transportschäden

Eine besondere Erwähnung muß im Rahmen der über den Versandweg gezogenen Public Domain-Software noch das Problem der Transportschäden finden. Neben den mechanischen Beschädigungen, denen jede im Versand vertriebene Ware ausgesetzt ist und die hier nicht näher beschrieben werden müssen, können magnetische Speichermedien zusätzlich durch externe Magnetfelder beeinträchtigt werden, die die magnetische Aufzeichnung eines Datenspeichermediums unter Umständen vollständig löschen können. Wenngleich ein Datenverlust erst bei verhältnismäßig großen Feldstärken eintritt<sup>42</sup> und etwa eine Einwirkung von Metalldetektoren in Flughäfen, Radarsystemen, Hochspannungen und Röntgenstrahlen keine Datenverluste hervorruft, ist eine Beeinträchtigung durch strombetriebene Anlagen, die Magnetfelder erzeugen, nicht auszuschließen. Denkbar ist beispielsweise etwa ein ausreichend starkes Magnetfeld bei der maschinellen Postsortierung.

*Gefahren durch maschinelle  
Postsortierung?*

37 Nach Burger, Computerviren S. 312, sind allgemeingültige Virensuchprogramme auch zukünftig nicht realisierbar.

38 ähnlich Ackermann, in Burger, Computerviren, a.a.O., S. 123.

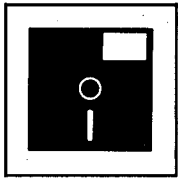
39 Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdn. 5; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz 6. Aufl. 1990, § 11 Nr. 7 Rdn. 9;

Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 11 AGBG Anm. 7 b).

40 Vgl. BGH NJW 1983, 1322; Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdn. 22.

41 Vgl. BGH NJW 1985, 914, 915, wo dies für den kaufmännischen Verkehr anhand § 9 I AGBG begründet wird, weil § 11 Nr. 7 AGBG dort nicht anwendbar ist; für den nichtkaufmännischen Verkehr Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 11 Nr. 7 Rdn. 22.

42 Vgl. Ritter, Einführung in Speichermedien und Datentechnik, Ludwigshafen 1988, S. 140; eine Löschung tritt nur ein, wenn die Feldstärke größer ist als die Koerzitivstärke des Speichermediums. Diese liegt bei einer Standard-Diskette bei etwa 22.000 A/m (= Maß für die magnetische Feldstärke), während als Vergleich hierzu die Metalldetektoren in Flughäfen nur Werte bis 400 A/m aufweisen.



*Nebenpflichten des Anwenders*

Wie beim gewöhnlichen Versandhandelskauf liegt auch bei den hier dargestellten Public Domain-Softwareverträgen regelmäßig eine Bringschuld vor<sup>43</sup>, so daß der Wohnort des Anwenders als Erfüllungsort im Sinne des § 269 Abs. 1 BGB anzusehen ist. Transportschäden gehen dementsprechend zu Lasten des Softwarehändlers<sup>44</sup>, weil der Gefahrübergang erst bei Aushändigung an den Anwender eintritt. Dem tragen zahlreiche Händler auch ausdrücklich durch Klauseln wie „Sollten Sie auf den gelieferten Disketten Datenfehler entdecken (z.B. durch Magnetfelder im Postbetrieb), erhalten Sie selbstverständlich bei Rücksendung der fehlerhaften Diskette Ersatz“ zumindest teilweise Rechnung. Schäden durch mechanische Einwirkungen müssen jedoch gleichfalls vom Händler getragen werden. Zu den vertraglichen Nebenpflichten des Anwenders zählt es jedoch, den Tatbestand aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen, die Beschädigung beim Transportunternehmen zu reklamieren und den Händler zu informieren. Aus diesem Grund verstößt eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die diese Pflichten ausdrücklich fixiert, weder gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG noch gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG<sup>45</sup>.

## 5. Der Bezug von Public Domain-Software aus einer Mailbox

Soweit die Public Domain-Software nicht im Wege des Versands vertrieben wird, sondern zum sogenannten „Download“ in einer Mailbox angeboten wird, entstehen nahezu deckungsgleiche Probleme wie die oben dargestellten des Versands durch einen Public Domain-Softwarehändler. Drängendste der verschiedenen Fragestellungen ist auch hier die Haftung des Mailbox-Betreibers für mangelhafte Computersoftware, insbesondere für solche, die infolge von Fehlfunktionen oder Virenverseuchung Schäden beim Anwender verursacht.

*Bei kommerziellen Mailboxen:  
Dienstvertrag*

Falls die Public Domain-Software in einer kommerziell betriebenen Mailbox angeboten wird, liegt ausnahmslos ein zwischen Mailbox-Betreiber und Anwender geschlossener Vertrag vor, der vereinzelt als Systemvertrag<sup>46</sup> bezeichnet wird. Angesichts der begrifflichen Inhaltsleere dieser Bezeichnung sollte jedoch vornehmlich auf die auch von Mailbox-Betreibern verwendete Bezeichnung als Mailbox-Vertrag<sup>47</sup> zurückgegriffen werden, denn nur so ist erkennbar, daß mit System ein Mailbox-System bezeichnet wird. Unabhängig von der terminologischen Eingrenzung dieses Vertragstyps können die entsprechenden Verträge jedoch als Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB nebst dem bereits bei den zuvor behandelten Public Domain-Softwarehändlerverträgen enthaltenen schenkungsvertraglichen Element klassifiziert werden, so daß hinsichtlich der Haftung für solche Schäden, die bei einem Anwender durch die in der Mailbox bereitgestellte Public Domain-Software hervorgerufen werden, auf die oben gemachten Ausführungen zum Vertrieb dieser Software durch einen Händler verwiesen werden kann.

*Prüfpflicht des kommerziellen  
Mailbox-Anbieters*

Dem kommerziellen Mailbox-Betreiber obliegt somit ebenfalls eine gedrängte Prüfungspflicht. Die Haftung bei einer Verletzung dieser Prüfungspflicht richtet sich nach den Regeln der positiven Forderungsverletzung, so daß entsprechend den Ausführungen zum Vertrieb durch Public Domain-Softwarehändler eine Geschäftsbedingung des Mailbox-Betreibers, mit der jegliche Haftung ausgeschlossen werden soll, an § 11 Nr. 7 AGBG gemessen werden muß und unzulässig ist. Klauseln in Mailbox-Verträgen wie „Der Betreiber haftet nicht für Schäden aller Art, die sich aus der Verwendung der Mailbox ergeben können“ sind folglich unwirksam, weil auch der Download eines Computerprogramms zur Nutzung einer Mailbox zählt, sofern der Betreiber entsprechende Programme bereitstellt.

*Rechtsbindungswille bei nicht-  
kommerziellen Mailboxen?*

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage in den Fällen, in denen der Mailbox-Betreiber jedem Anrufer unentgeltlich den Zugang zu seinem System eröffnet, wie dies bei einigen nichtkommerziell betriebenen Mailbox-Systemen, den sogenannten Hobby- oder auch Freak-Mailboxen der Fall ist. Hier, aber auch in den Fällen, in denen zwar eine schriftliche Anmeldung zwecks Ermöglichung einer eindeutigen Personenidentifikation erforderlich ist, die Bereitstellung des Mailbox-Systems sodann aber ebenfalls unentgelt-

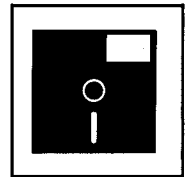
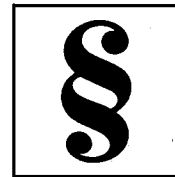
43 Vgl. für den Versandhandelsvertrag OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 957; Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 9 Rdn. V 12; Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., Anh. §§ 9-11 Rdn. 341 sowie Rdn. 800; in dieser Richtung, aber ohne endgültige Festlegung auch BGH BB 1987, 2258.

44 Ersatzansprüche gegenüber dem Transportunternehmen bleiben hier ausdrücklich unberücksichtigt.

45 Vgl. BGH BB 1987, 2258, 2259; Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 9 Rdn. V 12.

46 Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 352 unter Hinweis auf eine unveröffentlichte Quelle.

47 So etwa der EUROMAIL Mailbox-Vertrag der NOMOS Verlagsgesellschaft.



lich gewährt wird, ist es fraglich, ob ein hinreichender Rechtsbindungswille<sup>48</sup> des Mailbox-Betreibers zur Begründung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses vorliegt. Wenngleich die Abgrenzung der ohne Rechtsbindungswillens zustande kommenden reinen Gefälligkeitsverhältnisse von den Gefälligkeitsschuldverhältnissen höchst streitig ist<sup>49</sup> und hier nicht im Detail wiedergegeben werden kann, kann doch ohne weiteres Eingehen auf diesen Streit davon ausgegangen werden, daß eine Abwägung sämtlicher Umstände sowie der beidseitigen Interessenlage erforderlich ist. Entscheidend ist daher nicht der innere Wille eines Beteiligten, der hier im Hinblick auf den Mailbox-Betreiber häufig keinen Rechtsbindungswillens umfassen wird. Vielmehr kommt es ausschlaggebend darauf an, wie sich das Verhalten beider Beteiligten bei Würdigung aller Umstände einem objektiven Beobachter darstellt<sup>50</sup>. Dies führt 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, zur Bejahung eines Rechtsbindungswillens<sup>51</sup>. Dementsprechend wird zwischen Mailbox-Betreiber und Benutzer ein rechtsgeschäftliches Schuldverhältnis begründet, ohne daß es diesbezüglich auf eine Einordnung der Mailbox als kommerziell oder nichtkommerziell betriebenes System ankommt.

Ein Unterschied muß jedoch zunächst im Hinblick auf die vertragstypologische Klassifizierung eines Mailbox-Vertrags gemacht werden. Soweit die Bereitstellung des Mailbox-Systems und die sonstigen Dienstleistungen des Betreibers unentgeltlich erfolgen, scheidet eine Einordnung als Dienstvertrag gem. § 611 BGB aus, denn zu den unabdingbaren Merkmalen dieses Vertragstypus zählt die Entgeltlichkeit der Tätigkeit. Die Verpflichtung zu einer fremdnützigen Tätigkeit ohne Entgelt ist nach der gesetzlichen Typisierung als Auftrag im Sinne des § 662 BGB zu werten, so daß auch die unentgeltliche Bereitstellung des Mailbox-Systems ein Auftragsverhältnis zwischen Mailbox-Betreiber und Anwender begründet. Dies gilt auch in den Fällen, in denen sich der Benutzer unter Angabe eines Phantasienamens in das Mailbox-System einloggt, wie dies weit verbreitet ist, denn der Name und die Identität des Benutzers spielen für den Betreiber im Hinblick auf den Abschluß und die Durchführung des Rechtsgeschäfts keine Rolle, wenn er derartiges Einloggen in sein System zuläßt und auf eine nachprüfbar Identifizierung verzichtet<sup>52</sup>.

Auch im Rahmen dieses Auftragsverhältnisses zwischen Mailbox-Betreiber und Anwender treffen den Betreiber bestimmte Nebenpflichten, bei deren Verletzung er unter Umständen Schadensersatzansprüche des Benutzers begründet. Im Hinblick auf die hier besonders interessierende gedrängte Prüfungspflicht eines Mailbox-Betreibers muß jedoch berücksichtigt werden, daß der nichtkommerzielle Betreiber häufig nicht die gleiche Sachkenntnis und insbesondere auch nicht die gleichen technischen Möglichkeiten besitzen wird, sämtliche Programme auf ihre Funktionsfähigkeit, Vollständigkeit und in erster Linie auch Virenfreiheit hin zu prüfen, wie dies etwa von einem kommerziellen Betreiber erwartet werden kann. So findet sich in der Literatur etwa der Hinweis darauf, nichtkommerziellen Mailbox-Betreibern stünden unter Umständen gar nicht sämtliche Rechnerarten zur Verfügung, für die sie Programme zum Download bereithalten<sup>53</sup>.

In der Tat wäre es unangemessen, bei den häufig aus Idealismus handelnden nichtkommerziellen Mailbox-Betreibern den gleichen Maßstab anzulegen, der oben für Public Domain-Softwarehändler und kommerzielle Mailbox-Betreiber entwickelt wurde. Dies würde die nichtkommerziellen Anbieter einem für sie kaum kalkulierbaren Risiko aussetzen, ohne daß sie Aussicht auf eine finanzielle Entschädigung für diese Risikoübernahme erhielten. Aus diesem Grund ist es erforderlich, die oben eingeführte gedrängte Prüfungspflicht auf ein absolutes Mindestmaß zu begrenzen, das etwa nur die grundsätzliche Lauffähigkeit des jeweiligen Programms umfaßt. Ein völliger Verzicht auf jegliche Prüfungsverpflichtung erscheint jedoch nicht gerechtfertigt, denn sonst liefe

*Unentgeltliche Mailbox:  
Auftragsverhältnis (selbst bei  
Phantasienamen)*

*Nebenpflichten des nicht-  
kommerziellen Mailbox-Anbieters*

*Begrenzung der Prüfungspflicht  
auf ein absolutes Mindestmaß*

48 Vgl. zum Erfordernis des Rechtsbindungswillens BGH NJW 1968, 1874 f.; 1971, 1404, 1405; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einl. vor § 241 Anm. 2.

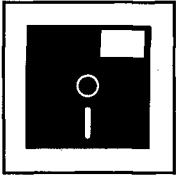
49 Vgl. hierzu BGHZ 21, 102 ff.; BGH NJW 1984, 1533, 1536; Münch.Komm./Kramer, Bd. 2 1985, vor § 241 Rdn. 29 ff.; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einl. vor § 241 Anm. 2).

50 Vgl. BGHZ 21, 102, 107; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einl. vor § 241 Anm. 2).

51 a.A. Ackermann, in: Burger, Computerviren, a.a.O., S. 124.

52 Vgl. generell zum Handeln unter Phantasienamen Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 164 Anm. 1 d) bb).

53 Vgl. hierzu Ackermann, in: Burger, Computerviren, a.a.O., S. 125.



*Software für „Fremdrechner“:  
Warnpflicht*

jeder Mailbox-Benutzer Gefahr, Software zu übernehmen, die sofort größten Schaden anrichtet, ohne vertragliche Ansprüche gegenüber der Person geltend machen zu können, von der er die Software erhalten hat, und die bei auch nur oberflächlichster Prüfung die mit dieser Software verbundene Gefahr hätte erkennen können. Soweit der nichtkommerzielle Betreiber Computersoftware zum Download bereithält, die nur auf einem Rechner betrieben werden kann, der ihm selbst nicht zur Verfügung steht, und die er deshalb nicht testen kann, erscheint indes auch eine noch so gedrängte Prüfungspflicht nicht zumutbar. Um jedoch den Benutzer nicht ohne Vorwarnung der oben genannten Gefahr auszusetzen, muß dem Mailbox-Betreiber in diesen Fällen eine Warnpflicht auferlegt werden, den Benutzern vor jedem Download der betreffenden Programme einen Hinweis auf das Fehlen jeglicher Prüfung zu übermitteln. Unterläßt der Mailbox-Betreiber diesen Warnhinweis, setzt er sich Schadensersatzansprüchen der geschädigten Anwender wegen positiver Forderungsverletzung aus, sofern die Computersoftware Schäden hervorruft.

## 6. Die Weitergabe der Public Domain-Software durch Private

Neben dem Public Domain-Softwarehandel und den verschiedenen Mailboxen stellt die Weitergabe von einem privaten Anwender an einen anderen den dritten großen Verbreitungsweg der Public Domain-Software dar. Auch hier stellt sich die Frage, ob jeden weitergebenden Anwender eine aus einem Dienstvertrag oder einem Auftragsverhältnis herzuleitende Pflicht zur Prüfung der betreffenden Software trifft. Dies wird man indes mangels rechtsgeschäftlichem Schuldverhältnis für den Regelfall verneinen müssen, denn bei dieser Form der Softwareweitergabe fehlt es insoweit am erforderlichen Rechtsbindungswillen. Wenngleich die Weitergabe von Anwender zu Anwender durchaus mit der Weitergabe bei nichtkommerziellen Mailbox-Systemen vergleichbar ist, beruhen die hier angesprochenen Fälle meist auf einem gänzlich außerrechtlichen Grund wie Freundschaft, Kollegenschaft oder Mitgliedschaft im selben Computerclub. Derartige Fallkonstellationen stellen die typische Situation der Gefälligkeitszusage dar<sup>54</sup>, bei denen ein Schuldverhältnis im Rechtssinn nicht vorliegt. Sie unterscheiden sich von den bei nichtkommerziellen Mailbox-Systemen festgestellten Auftragsverhältnissen durch dieses personenbezogene Element, das den bei der Berücksichtigung der Gesamtumstände heranzuziehenden Grund der Weitergabe entscheidend mitprägt und für den Regelfall eine abweichende Beurteilung gegenüber dem gewöhnlichen Download aus einer Mailbox rechtfertigt. Ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Forderungsverletzung seitens eines geschädigten Anwenders gegenüber dem Anwender, von dem er die schadensverursachende Computersoftware erhielt, besteht daher nicht. Vielmehr bleibt die Weitergabe von Public Domain-Software unter rechtlichen Gesichtspunkten eine bloße Schenkung im Sinne des § 516 BGB, so daß eine Haftung wegen eines Sachmangels gem. § 524 Abs. 1 BGB nur eintritt, sofern der Schenker den Fehler arglistig verschweigt. Nach herrschender Meinung umfaßt die Haftung aus § 524 Abs. 1 BGB aber auch die Folgeschäden<sup>55</sup>. Verschweigt der Schenker daher etwa arglistig eine Virenverseuchung des weitergegebenen Programms, trifft ihn eine Haftung für sämtliche der durch die Verseuchung verursachten Schäden.

*Entscheidendes Motiv:  
Außerrechtliche Gründe*

*Ergebnis: Schenkung  
(aber nicht ganz ohne Haftung)*

<sup>54</sup> Vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einl. vor § 241 Anm. 2).

<sup>55</sup> Vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 524 Anm. 2 b).