

# Shareware – Ein neues Vertriebskonzept für Computersoftware und seine juristische Bewältigung<sup>1</sup>

Jochen P. Marly

*Shareware:  
Ein Vermarktungskonzept aus den  
USA*

*Gemeinsamkeiten mit  
Public Domain-Software*

*Individuelle Geeignetheit der  
Software ausloten*

Wie bei der Public Domain-Software läßt sich auch bei der Shareware keine Umschreibung nach typischen Einsatzgebieten<sup>2</sup>, einem bestimmten Gütegrad<sup>3</sup> oder einem gegebenen Kennzeichen der Shareware, die verbreitet auch als User Supported-Software bezeichnet wird<sup>5</sup>, ist vielmehr ein in den USA entwickeltes Vermarktungskonzept. Zur Zeit belaufen sich die gesamten durch Shareware erzielten Umsätze auf etwa 25-30 Millionen DM. Bis 1992 wird jedoch eine Steigerung der Marktanteile auf das vier- bis fünffache des augenblicklichen Standes erwartet<sup>6</sup>.

## 1. Zielsetzung des Shareware-Konzepts

Das Konzept beruht unter anderem auf den Überlegungen, ein Softwareanwender könne erst nach einer gewissen Anwendungszeit des Programms wirklich entscheiden, ob das Programm seinen Anforderungen genügt. Ferner wird davon ausgegangen, ein nach dem Test vom jeweiligen Produkt überzeugter Anwender werde den Programmautoren eine angemessene Vergütung nicht verweigern, insbesondere wenn die Software sehr preiswert angeboten wird. Aus diesem Grund erhält der Anwender die Software zunächst kostenlos zur Erprobung. Sofern der Anwender die Software von einem Händler bezieht, muß er wie bei der Public Domain-Software eine auch hier als „Vermittlungsgebühr“ bezeichnete Zahlung in Höhe von etwa 5 bis 15 DM leisten. Ebenso weit verbreitet wie der Vertrieb über Softwarehändler ist jedoch der Bezug über eine Mailbox oder die Weitergabe von privaten Anwendern. Insofern bestehen keine Unterschiede zur Public Domain-Software.

Zunächst soll hier das Vermarktungskonzept und die dahinter stehende Idee eingehender beschrieben werden, denn nur bei voller Kenntnis des Konzepts lassen sich interessengerechte rechtliche Würdigungen finden. Hierfür kann auf die Ausführungen eines Sharewareherstellers zurückgegriffen werden, die nachfolgend in freier Übersetzung wiedergegeben werden<sup>7</sup> und die die verschiedenen Wesenszüge sowie die das Konzept tragenden Ideen in umfassender Weise skizzieren.

### „User Supported-Software

User Supported-Software ist ein Mittel für die computerbenutzende Gemeinschaft, Qualitätssoftware zu erhalten und die Software-Hersteller direkt zu unterstützen. Das Konzept beruht auf folgenden Überlegungen:

- Der Wert und die Nützlichkeit von Software kann am besten vom Anwender auf seinem eigenen System beurteilt werden. Nur wenn man ein Programm benutzt hat, kann man wirklich entscheiden, ob es den persönlichen Anwendungen, Notwendigkeiten und Vorlieben entspricht.

<sup>1</sup> Bei vorliegendem Beitrag handelt es sich um eine auszugsweise Vorabveröffentlichung aus einer geplanten umfassenden Darstellung zu Softwareüberlassungsverträgen. Er rundet den vorangegangenen Beitrag über Public Domain-Software ab; vgl. jur-pc 1990, S. 612ff., 671ff.

<sup>2</sup> Typische Anwenderprogramme für gewerbliche Unternehmen, Freiberufler oder den Privatbereich wie etwa Textverarbeitung, Buchhaltungsprogramme, CAD-Software, Fakturierungsprogramme und ähnliches belegen nach Aussage des Gründers der Interessengemeinschaft deutschsprachiger Shareware (I.D.S.) einen Marktanteil von etwa 40%. Dem Bereich Spiel- und Freizeitsoftware kommt ein Marktanteil von etwa 30%, dem Bereich Lernen und Wissenschaft ein Anteil von ca. 25% zu. Die verbleibenden 5% sind nicht eindeutig zuzuordnen; vgl. Schulz, Shareware, CR 1990, 296, 297.

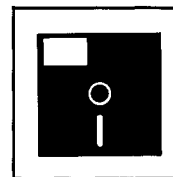
<sup>3</sup> „Kenner“ des Sharewaremarkts sprechen von lediglich 10-20% guter Programme; vgl. Rönau, Personal Computer 2/1990, S.121.

<sup>4</sup> 50% der Kunden sind Hobby-Nutzer, 25% Klein- und Mittelbetriebe der gewerblichen Wirtschaft. Die restlichen 25% verteilen sich auf Kleindistributoren, Schüler und Studenten; vgl. Schulz CR 1990, 296, 297.

<sup>5</sup> Vgl. aus dem juristischen Schrifttum etwa Herberger, Zwischen „Public Domain“- und „User Supported“-Software, IuR 1987, 87 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Schulz CR 1990, 296, 297.

<sup>7</sup> Vgl. die englischsprachige Originalfassung im Handbuch der Firma Datastorm Technologies Inc. zum ProComm-Kommunikationsprogramm, Appendix E, S.1301 ff.



- Die Entwicklung von Software für Personal Computer, die unabhängig von den Marketingüberlegungen der großen Softwarehäuser ist, kann und sollte von der computerbenutzenden Gemeinschaft unterstützt werden.
- Zum Kopieren der Programme sollte ermutigt werden, anstatt es zu verbieten. Die Leichtigkeit, mit der Software außerhalb traditioneller kommerzieller Kanäle verbreitet werden kann, zeigt eher die Stärke als die Schwäche elektronischer Information.

*Kopieren und probieren*

Im Rahmen des User Supported-Konzepts kann jeder eine Kopie eines User Supported-Programms beim Hersteller anfordern, indem er diesem eine leere, formatierte Diskette zusammen mit einem adressierten und frankierten Rückumschlag zuschickt. Eine Programmkopie zusammen mit einer auf der Diskette enthaltenen Dokumentation wird ihm sodann auf der eingesandten Diskette zurückgeschickt.

Das Programm beinhaltet einen Hinweis, der die Registrierung für das Programm vorschlägt. Sie sollten sich registrieren lassen, wenn Sie das Programm regelmäßig benutzen wollen. Unabhängig von der Registrierung und Benutzung des Programms werden Sie dazu angehalten, das Programm zu kopieren und zum Zwecke der privaten, nichtkommerziellen Testbenutzung an andere Personen weiterzugeben.

User Supported-Software ist grundsätzlich kein Public Domain (öffentliches Eigentum)-Produkt; die meisten Programme tragen einen Copyright-Vermerk<sup>8</sup>. Wengleich der Programmautor Ihnen erlaubt, das Programm zu kopieren und unter bestimmten Bedingungen zu benutzen, ist User Supported-Software seiner Zielsetzung nach keine freie Software; sie ist ein ökonomisches und kein altruistisches Experiment. Es wird angestrebt, Qualitätssoftware zu niedrigen Preisen anzubieten und den Urheber unmittelbar zu unterstützen, ohne den Überbau von Verteilern, Händlern und der Werbung zu unterstützen, der die Preise eines Softwarepakets auf \$ 500 treiben kann.

*Ökonomisches, nicht altruistisches Experiment: Qualitätssoftware zu Niedrigpreisen*

User Supported-Software hat einen schweren Stand. Mehr und mehr Pakete werden vom Markt genommen und als traditionelle und teure Produkte angeboten. Der Grund hierfür ist einfach: Viele Menschen benutzen die Pakete, aber sehr wenige bezahlen für sie. Und ohne die Unterstützung der Anwender gibt es absolut keinen Anreiz für die Softwarehersteller, ihre Programme auf diese Weise anzubieten.

Es gibt viele gute Gründe für die Registrierung. Außer der Unterstützung des Urhebers (das bedeutet für die Software zu bezahlen, die man benutzt) bekommen Sie grundsätzlich bessere Hilfestellung und erhalten Benachrichtigungen über neue Versionen und andere Produkte.

Abschließend möchten wir Sie bitten, sich beim Urheber registrieren zu lassen, wenn Sie ein User Supported-Programm regelmäßig benutzen. Nur durch die finanzielle Unterstützung seitens der Anwender wird diese Art der preisgünstigen Software weiterhin erhältlich bleiben.“

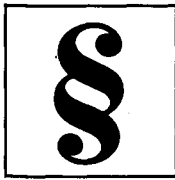
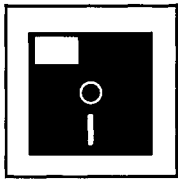
Neben den oben aufgeführten Gründen, die für die Vermarktung eines Computerprogramms als Shareware angeführt wurden, bleibt zur Abrundung der Beschreibung dieses Marketing-Konzepts noch auf einen weiteren wichtigen Beweggrund des Softwareherstellers hinzuweisen. Im Gegensatz zu kommerziell arbeitenden Softwarehäusern und Softwareverteilern steht den meisten Programmierern der notwendige Vertriebsapparat zum Verkauf der von ihnen entwickelten Software nicht zur Verfügung. Hier bietet das Shareware-Konzept den Programmierern eine Möglichkeit, das Programm selbstständig auf den Markt zu bringen, ohne einen kommerziell arbeitenden Distributor einschalten zu müssen und vom eingeschalteten Softwarehaus möglicherweise übervorteilt zu werden. Durch die Freigabe der Weiterverbreitung verbreitet sich die Software wie von selbst, ohne daß der Hersteller über eigene Kopierautomaten verfügen müßte. Auch der Druck eines Handbuchs entfällt, da Shareware meist mit einer Dokumentation auf der Programmdiskette in Umlauf gebracht wird. Schließlich muß sich der Programmhersteller auch nicht um Werbemaßnahmen bemühen, da das Programm für sich selbst wirbt, wenn es den Anforderungen des Anwenders während der Probezeit gerecht wird<sup>9</sup>. Entscheidend für eine weite Verbreitung des Programms ist daher allein die Qualität des Produkts, so daß talentierte Programmierer durch diese Vertriebsart die Möglichkeit haben, ohne großen Kapitaleinsatz Geld zu verdienen. So setzt die Firma Expressware mit der von ihr entwickelten Shareware jährlich rund zwei Millionen Dollar

*Beweggrund:  
Programmverbreitung ohne  
kommerzielle Distributoren*

*Rentabilität: Möglichkeiten und  
Realitäten*

<sup>8</sup> Bereits im Beitrag zur Public Domain-Software wurde darauf hingewiesen, daß der Copyright-Vermerk nach US-amerikanischem Urheberrecht erforderlich ist, um dem Werk vollen Urheberrechtsschutz zu verleihen; vgl. hierzu Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Aufl. München 1987, § 3 IV 2.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesen wirtschaftlichen Aspekten Schulz CR 1990, 296, 297.



um<sup>10</sup>, jedoch sollte nicht verkannt werden, daß die meisten Programmierer an der von ihnen entwickelten Software kaum etwas verdienen.

## 2. Vertragstypologische Einordnung

Das oben dargelegte neuartige Vertriebskonzept der Shareware wirft zahlreiche rechtliche Probleme auf, die von der vertragstypologischen Einordnung der abgeschlossenen Verträge bis zur Frage nach der urheberrechtlichen Wirksamkeit der einzelnen von den Programmautoren erklärten Regelungen reichen und die allesamt als bislang juristisch noch nicht umfassend aufgearbeitet bezeichnet werden müssen. Soweit ersichtlich liegen gerichtliche Entscheidungen noch nicht vor, so daß auf Rechtsprechung nicht oder nur in Analogieschlüssen zurückgegriffen werden kann. Die bislang einzige umfassende Stellungnahme in der Literatur<sup>11</sup> zur Frage der Rechtsnatur der Shareware-Verträge vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen<sup>12</sup>, jedoch soll sie zunächst ausführlich dargestellt werden, um sodann anhand der vorgefundenen Schwächen als Ausgangspunkt für einen neuen Typisierungsversuch zu dienen.

*Bisher: Keine gerichtlichen Entscheidungen*

a) Die Einordnung als Kauf auf Probe zugunsten Dritter  
gem. §§ 495 Abs. 1 S.1 i.V.m. 328 Abs. 1 BGB

*Hoeren: Shareware-Vertrag = Kauf auf Probe*

Hoeren vertritt die Ansicht<sup>13</sup>, Shareware-Verträge zwischen einem Shareware-Händler und einem Anwender stellen einen Kauf auf Probe gem. § 495 Abs. 1 BGB dar. Da der Anwender sich erst beim Hersteller registrieren lasse und ein Entgelt zahle, wenn ihm das Programm nach entsprechendem Ausprobieren und Testen gefalle, sei ihm die Möglichkeit einer ungebundenen Entscheidung über die Billigung des Vertragsobjekts eingeräumt. Dies entspreche, da es nach Ansicht Hoerens jedem Anwender entscheidend auf die Übergabe und Übereignung der Programmkopie ankommt<sup>14</sup> und deshalb ein Kaufvertrag vorliege, bei den hier gegebenen Besonderheiten dem Typus eines Kaufs auf Probe. Die Zahlungspflicht des Anwenders im Falle der Billigung des gekauften Gegenstandes folge entgegen der verschiedentlich von Sharewareherstellern benutzten Formulierung der „Bitte um Zahlung“<sup>15</sup> daraus, daß die Programmautoren trotz der vorsichtigen Formulierung von der Entgeltspflichtigkeit ihrer Software ausgingen und dies dem Anwender auch deutlich machten<sup>16</sup>. Auch der Verzicht auf die Rückgabepflicht stelle zwar eine Abweichung vom grundsätzlichen Erscheinungsbild eines Probekaufs dar, ändere jedoch nichts an der vertraglichen Einordnung. Gleiches gelte hinsichtlich der Tatsache, daß in Shareware-Verträgen entgegen § 496 BGB keine Billigungsfrist vereinbart wird, denn diese Billigungsfrist diene lediglich dem Schutz des Verkäufers vor der Willkür des Käufers, weshalb auf die Vereinbarung einer solchen Frist ausdrücklich oder konkludent verzichtet werden könne<sup>17</sup>. Schließlich spreche auch die an den Shareware-Händler entrichtete Gebühr nicht gegen die Annahme eines Kaufs auf Probe, weil mit dieser Gebühr lediglich die den Händler treffenden Kosten abgedeckt würden und die Vereinbarung eines vorab zu zahlenden Nutzungsentgelts mit §§ 495 f. BGB in Einklang stünde.

*Vertrag zugunsten Dritter:  
Autor = Begünstigter Dritter*

Eine nennenswerte Abweichung der Shareware-Verträge vom typischen Erscheinungsbild eines Probekaufs sieht Hoeren lediglich darin, daß der Anwender zwar mit dem Händler ein Vertragsverhältnis begründe, die Zahlungspflicht später aber gegenüber dem Programmautor bestünde<sup>18</sup>. Hierin erblickt Hoeren einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB. Den Vertragsparteien gehe es darum, die Werbungs-, Vertriebs- und Fixkosten von Groß-, Zwischen- und Einzelhändlern zu vermeiden und den Zahlungsweg zugunsten des Programmautors zu verkürzen, weshalb diesem der für den

<sup>10</sup> Vgl. Rönnau, Personal Computer 2/1990, S.121.

<sup>11</sup> Vgl. Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, München 1989 Rdn. 453 ff.; ders., Der Public Domain-Vertrag, CR 1989, 887 ff.

<sup>12</sup> Die in der Rezension (vgl. Marly jur-pc 1990, 419, 421 dieses Buchs ausgesprochene Würdigung der Ausführungen Hoerens als „im wesentlichen überzeugend“ kann nicht weiter aufrechterhalten werden.

<sup>13</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 454.

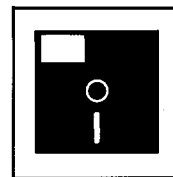
<sup>14</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 143.

<sup>15</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 456 f.

<sup>16</sup> Bemerkenswert ist diesbezüglich der gelegentlich geäußerte Appell an das Gewissen des Anwenders: „If you fail to abide by the terms of this license, then your conscience will haunt you for the rest of your life.“

<sup>17</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 460.

<sup>18</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 462 ff.



Fall der Billigung festgelegte Zahlungsanspruch eingeräumt werde, was nach der Auslegungsregel des § 328 Abs. 2 BGB als Vertrag zugunsten Dritter zu werten sei. Eine andere Einordnung glaubt Hoeren jedoch in den Fällen vornehmen zu müssen, in denen der Händler den Anwender nicht auf die Sharewareeigenschaft der Software hinweist und dieser deshalb meint, ein Public Domain-Programm zu erwerben<sup>19</sup>. Auch hier liegt nach Ansicht Hoerens ein Kaufvertrag zwischen Händler und Anwender vor, der jedoch mangels des Hinweises auf die Softwareeigenschaft seitens des Händlers kein Kauf auf Probe gem. § 495 BGB und auch kein Vertrag zugunsten Dritter gem. § 328 BGB, sondern ein einfacher Kaufvertrag sei. Hieraus folgert Hoeren, daß der Anwender „schon aufgrund des Kaufvertrages mit dem Händler Eigentümer der Programmkopie geworden und damit zu deren Nutzung berechtigt“ ist<sup>20</sup>. Dennoch bliebe es ihm unbenommen, sich freiwillig mit dem Programmautor in Verbindung zu setzen und ihm eine unentgeltliche Zuwendung aus „Dankbarkeit“ für die Funktionstüchtigkeit seines Programms zukommen zu lassen. Eine solche Zuwendung erfülle die Merkmale einer Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB<sup>21</sup>.

#### b) Schwächen der dargestellten Einordnung

Die vertragsrechtliche Einordnung des Shareware-Konzepts durch Hoeren führt nicht nur zu Ungereimtheiten im Detail, sondern stellt für diese neue und durchaus begrüßenswerte Vertriebsart von Computersoftware juristische Hürden auf, indem sie die berechtigten Interessen der Sharewareautoren völlig vernachlässigt und ihnen in letzter Konsequenz den Status von Almosenempfängern zuweist. Wären Hoerens Ausführungen zutreffend und erhielten die Programmautoren wirklich nur dann einen Vergütungsanspruch, wenn der Händler auf die Sharewareeigenschaft der Software hingewiesen hat, was auch nach Hoerens Auffassung bei weitem nicht immer der Fall ist<sup>22</sup>, sondern häufig unterlassen wird, so gäbe es keinen hinreichenden Grund für die Sharewareautoren, ihr Programm in dieser Vertriebsform anzubieten. Bereits bei der Beschreibung des Shareware-Konzepts wurde darauf hingewiesen, daß die Programmierer von Shareware nicht aus Altruismus handeln. Ihre berechtigten finanziellen Interessen dennoch der Willkür der Händler auszuliefern, erscheint aber nicht angemessen und ist auch nicht notwendig, wie nachfolgend dargelegt wird.

Bereits Hoerens Ausgangsposition, der Vertrag zwischen Händler und Anwender sei zweifelsfrei als Sachkauf zu verstehen, weil die Überlassung einer Programmkopie gegen Entgelt im Vordergrund stünde, vermag nicht zu überzeugen. Wie bei der Public Domain-Software kann auch hier der vermeintlich völlig belanglose „interne Zwischenschritt“ der Anfertigung einer Programmkopie und des Versands an den Anwender nicht einfach übergangen und allein auf das Endziel des Anwenders abgestellt werden. Völlig parallel zu den bei der Darlegung der Vertragsverhältnisse bei Public Domain-Software gemachten Überlegungen<sup>23</sup>, auf die hier zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, kann auch hier einer Einordnung des zwischen Händler und Anwender bestehenden Schuldverhältnisses als Kaufvertrag nicht zugestimmt werden. Vielmehr handelt es sich erneut um Vermittlungsverträge, die als Dienstverträge im Sinne des § 611 BGB zu klassifizieren sind und keinerlei Einfluß auf die Zahlungspflicht des Anwenders gegenüber dem Programmautor haben. Über die im Rahmen der Public Domain-Softwareverträge angestellten Überlegungen hinaus kann dies hier auch daran verdeutlicht werden, daß das an den Händler gezahlte Geld als vorab geleistetes Benutzungsentgelt behandelt werden müßte. Die Rechtfertigung einer solchen Zahlungspflicht könnte dann nur durch einen Hinweis auf die beim Händler anfallenden Kosten für Disketten, Versand und allgemeine Verwaltung erfolgen<sup>24</sup>, obwohl zur Begründung der Einordnung als Kaufvertrag ausdrücklich darauf abgestellt wurde, die internen Zwischenschritte interessierten den Kunden nicht, weil er allein für die Überlassung der Programmkopie, nicht aber für eine Dienstleistung zahle<sup>25</sup>.

Auch die im Shareware-Konzept vorgesehenen verschiedenen Arten erlaubter und sogar erwünschter Weiterverbreitung des Programms verbieten es, allein das zwischen Händler und Anwender bestehende Vertragsverhältnis zur Begründung eines Zahlungsanspruchs

*Ohne Hinweis auf Sharewareeigenschaft: „Einfacher“ Kaufvertrag*

*Zuwendung an Autor: Schenkung*

*Der Shareware-Autor: Ein Almosenempfänger?*

*Kritik an der Sachkauflösung Hoerens*

*Schuldverhältnis Händler – Anwender: Dienstvertrag*

*Vergütungsanspruch des Autors bei Programmweitergabe ohne Händler*

<sup>19</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 466.

<sup>20</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 469.

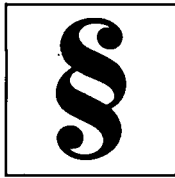
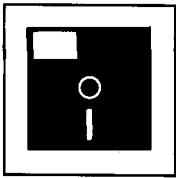
<sup>21</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 469.

<sup>22</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 463.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu den Beitrag zur Public Domain-Software (jur-pc 1990, S. 612ff., 671ff.).

<sup>24</sup> So in der Tat Hoeren, a.a.O., Rdn. 461.

<sup>25</sup> Vgl. Hoeren, a.a.O., Rdn. 451.



des Programmators heranzuziehen. Sämtliche Shareware-Dokumentationen weisen darauf hin, daß es jedem Anwender erlaubt ist, die Software zu kopieren und, soweit gewisse andere, hier nicht interessierende Voraussetzungen erfüllt sind<sup>26</sup>, an andere Anwender unentgeltlich weiterzugeben. Da diese Weitergabe meist im Bekannten-, Freundes- oder Kollegenkreis erfolgt und dort mangels Rechtsbindungswillen nicht den Charakter eines vertraglichen Schuldverhältnisses, sondern lediglich eines Gefälligkeitsverhältnisses aufweist<sup>27</sup>, würde die Hoeren'sche Einordnung dazu führen, daß der Programmator in diesen Fällen mangels vertraglichem Anknüpfungspunkt niemals einen Vergütungsanspruch gegenüber dem Anwender erwerben würde. Diesem Ergebnis steht jedoch die Zielsetzung der Sharewareautoren entgegen, die von ihnen entwickelte Software nicht als vergütungsfreie Public Domain-Software in Umlauf zu bringen, sondern durch das Shareware-Konzept lediglich den Zahlungsweg zugunsten des Programmators zu verkürzen.

Gelegentlich findet sich in den Shareware-Handbüchern sogar der Hinweis, daß der Vertrieb durch Public Domain- oder Sharewarehändler nur nach einer schriftlichen Erlaubnis durch den Softwareautor erfolgen darf<sup>28</sup>. Hier wird deutlich, daß die Sharewareautoren die Verbreitung des Programms ohne Händler zumindest als gleichermaßen erwünscht einstufen. Dann ist es jedoch nicht einsichtig, weshalb die so erreichten Anwender keine Vergütung zahlen sollen, während die Anwender, die durch einen „ehrlichen“ Händler erreicht werden, der die Shareware als solche kennzeichnet, im Falle der Billigung ein Entgelt schulden. Darüberhinaus erscheint es auch nicht einsichtig, die Zahlungspflicht des Anwenders nicht mit dem Kriterium rechtmäßiger Benutzung zu verknüpfen, wie dies von den Sharewareautoren intendiert ist, sondern von dem mehr oder weniger zufälligen Weg der Softwareerlangung, also einem Merkmal, das mit dem eigentlichen Produkt nichts zu tun hat.

*Urheberrechtsrelevante  
Vervielfältigung: Laden in  
Arbeitsspeicher*

Neben dieser auf das Vertriebskonzept abstellenden Überlegung scheidet die Auffassung Hoerens für den Teil der Shareware, die Urheberrechtsschutz genießt, aber auch daran, daß der Anwender, der die Shareware in dem Glauben erwirbt, es handele sich um Public Domain-Software, entgegen Hoerens Ansicht nicht dazu befugt ist, diese ohne Zahlung einer Vergütung an den Softwareautor auf Dauer zu benutzen<sup>29</sup>. Dem steht entgegen, daß das mit der Benutzung der Software einhergehende Laden in den Arbeitsspeicher eines Computers eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG darstellt<sup>30</sup> und der Anwender ohne Registrierung kein Vervielfältigungsrecht besitzt, soweit er die Software nicht nur zu Testzwecken, sondern zum regelmäßigen Gebrauch nutzt.

*Zulässigkeit der Beschränkung von  
Nutzungsrechten*

Bereits bei der Beurteilung der urheberrechtlichen Wirksamkeit der verschiedenen im Rahmen der Public Domain-Software von den Programmatoren ausgesprochenen Einschränkungen wurde geprüft, ob einschränkende Regelungen zulässig sind<sup>31</sup>, wie etwa das Verbot kommerzieller Nutzung. Hierbei wurde bereits darauf hingewiesen, daß einer inhaltlichen Begrenzung des Nutzungsrechts gem. § 32 3. Alt. UrhG grundsätzlich nichts entgegensteht, eine inhaltliche Beschränkung jedoch nur so weit gehen dürfe, daß sie noch vom Zweck des Urheberrechts getragen wird, dem Urheber eine Vergütung für den durch seine Leistung verschafften Werkgenuß sicherzustellen<sup>32</sup>. Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, wenn der Programmator die von ihm erteilten Nutzungsrechte dahingehend beschränkt, daß eine für den Lauf des Programms erforderliche Vervielfältigung nach Ablauf der Probefrist nur noch gegen Zahlung eines Entgelts zulässig ist. Diese Beschränkung des zunächst unentgeltlich gewährten Vervielfältigungsrechts dient gerade der Erfassung aller Verbraucher, wenn die in deren Interesse gewährte Probezeit abgelaufen ist. Damit wird deutlich, daß auch ein Händler, der nicht auf die Sharewareeigenschaft der von ihm vermittelten Software hinweist, dem Anwender kein zeitlich unbefristetes Nutzungsrecht verschaffen kann, denn der Urheber hat keine der-

*Zeitlich befristetes Nutzungsrecht*

*Gutgläubiger Erwerb von  
Nutzungsrechten?*

<sup>26</sup> Vgl. hierzu unten unter 4.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu ausführlich bereits im Beitrag zur Public Domain-Software (jur-pc 1990, S. 612ff., 671ff).

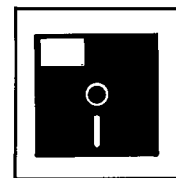
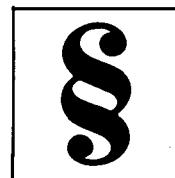
<sup>28</sup> Vgl. das PROCOMM-Handbuch der Firma Datastorm Technologies S.III: „Distributors of public domain or user supported software may distribute copies of ProComm subject to the above conditions only after obtaining written permission from Datastorm Technologies Inc.“

<sup>29</sup> So aber Hoeren, a.a.O., Rdn. 469.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu bereits ausführlich Marly, Das Recht des Anwenders zur Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Computersoftware, jur-pc 1989, 18, 19 ff. m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu den Beitrag zur Public Domain-Software (jur-pc 1990, S. 612ff., 671ff.).

<sup>32</sup> Vgl. Hubmann, a.a.O., § 41 IV 1.b).



artigen unbeschränkten Nutzungsrechte erteilt, der Händler kann deshalb kein eigenes volles Nutzungsrecht nach § 34 UrhG übertragen und ein gutgläubiger Erwerb eines Nutzungsrechts durch den Anwender ist dem deutschen Urheberrecht fremd<sup>33</sup>. Auf einen gutgläubigen Erwerb eines Nutzungsrechts liefe es jedoch hinaus, folgte man der Ansicht Hoerens und behandelte man den Anwender als nutzungsberechtigt, wenn er vom Händler nicht auf die Sharewareeigenschaft und damit auf die Vergütungspflicht nach Beendigung des Testens hingewiesen wurde.

### c) Getrennte Verträge zwischen Anwender, Händler und Programmator

Bereits bei den Ausführungen zur Schwäche der vertraglichen Einordnung der Shareware-Verträge als Probekauf zugunsten Dritter gem. §§ 495 Abs. 1 S.1 i.V.m. 328 Abs. 1 BGB wurde dargelegt, daß das vertragliche Schuldverhältnis zwischen Shareware-Händler und Anwender als Dienstvertrag gem. § 611 BGB zu klassifizieren ist. Hierauf muß an dieser Stelle indes nicht näher eingegangen werden, weil sich die Ausführungen zu den Verträgen über Public Domain-Software auf die Shareware-Verträge ohne weiteres übertragen lassen, worauf jedoch ebenfalls bereits hingewiesen wurde.

Einer ausführlichen Darlegung bedarf demgegenüber das zwischen Anwender und Programmator der Shareware bestehende Rechtsverhältnis. Diesbezüglich scheint sich die Klassifizierung anzubieten, von einem Kauf auf Probe gem. § 495 BGB auszugehen, der durch die Vermittlung des Shareware-Händlers zustande kommt. Dieser Beurteilung stehen indes mehrere Gründe entgegen, die hier nur kurz angerissen zu werden brauchen. Zunächst wäre die Einordnung als Probekauf bereits deshalb dogmatisch zweifelhaft, weil der Verkäufer in der Person des Programmators gem. §§ 495, 433 Abs. 1 BGB verpflichtet wäre, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, obwohl er an der dem Käufer übergebenen Programmkopie gar kein Eigentum besitzt und dieses wohl auch nicht übertragen möchte. Darüber hinaus ginge eine derartige vertragsrechtliche Qualifizierung auch insofern an den Tatsachen vorbei, als bereits der Shareware-Händler neben anderen Leistungen die Übergabe einer Programmkopie schuldet. Aus diesem Grund wird der Anwender bereits infolge der zum Zwecke des Eigentümergehalts vorgenommenen Übergabe der Programmkopie Eigentümer derselben und bedarf hierfür nicht der Eigentumsübertragung durch den Programmator. Ferner stieße diese vertragsrechtliche Behandlung der Sharewareweitergabe dann an ihre Grenzen, wenn das betreffende Programm durch einen privaten Anwender etwa im Freundeskreis weitergegeben würde, was nach dem Shareware-Konzept ausdrücklich erwünscht ist. Da bei einer derartigen Weitergabe ein über eine bloße Handschenkung hinausgehender Rechtsbindungswille nicht vorliegt<sup>34</sup>, würde es auch an einem durch den weitergebenden Anwender stellvertretend für den Programmator abgeschlossenen Vertrag fehlen, so daß ein Kaufvertrag allenfalls durch eine Auslegung der Benutzungshandlung des Anwenders als Annahmeerklärung zustande kommen könnte. Dem stünde indes erneut entgegen, daß der Anwender zu diesem Zeitpunkt bereits im Besitz der Software ist und diese auch in seinem Eigentum steht, weshalb für die kaufrechtliche Hauptleistungspflicht des Verkäufers im Sinne des § 433 Abs. 1 BGB nichts übrigbliebe.

Entscheidender Gesichtspunkt für die vertragstypologische Einordnung des zwischen Programmator und Anwender bestehenden Rechtsverhältnisses ist entsprechend den voranstehenden Überlegungen nicht die Übergabe und Übereignung der Software an den Anwender, weil dieser bereits Besitzer und Eigentümer der Software ist. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß der Anwender zur rechtmäßigen Benutzung noch der Einräumung eines Nutzungsrechts in Form eines Vervielfältigungsrechts gem. § 16 Abs. 1 UrhG bedarf, weil jeder Programmablauf nach der hier vertretenen und an anderer Stelle ausführlich begründeten Auffassung<sup>35</sup> eine urheberrechtsrelevante Vervielfältigung darstellt. Indem der Anwender sich beim Programmator registrieren läßt, nimmt er das zuvor vom Programmator an die Allgemeinheit gerichtete Angebot an, ein über reine Testläufe hinausgehendes Nutzungsrecht einzuräumen. Der Inhalt eines derartigen Vertrags besteht somit in der Verpflichtung des Programmators zur Einräumung eines Nutzungsrechts und in der Verpflichtung des Anwenders zur Zahlung einer Vergütung. Damit entsprechen die typenprägenden Charakteristika den Voraussetzungen eines Lizenzvertrags, weshalb im hier behandelten Sonderfall der Registrierung des Sharewareanwenders in der Tat ein derartiger Vertragstyp vorliegt, wie dies von einzelnen

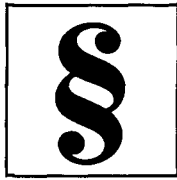
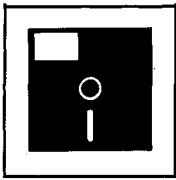
*Das Rechtsverhältnis  
Programmatoren – Anwender*

*Lizenzvertrag: Nutzungsrecht  
i.F.d. Vervielfältigungsrechts gegen  
Vergütung*

<sup>33</sup> Vgl. BGHZ 5, 116, 119; Hubmann, a.a.O., § 41 II; Fromm/Nordemann/Hertin, Urheberrecht, 6. Aufl. Stuttgart etc. 1986, vor § 31 Rdn. 6.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu bereits die Darlegungen oben unter 2 b).

<sup>35</sup> Vgl. hierzu Marly, jur-pc 1989, 18, 19 ff.



Gerichten und einigen Vertretern im Schrifttum für alle Softwareüberlassungsverträge behauptet wird<sup>36</sup>.

### 3. Auswirkungen der vertragstypologischen Einordnung auf den Bezug von Shareware aus einer Mailbox und von privaten Anwendern

Die oben dargelegte vertragsrechtliche Behandlung der Rechtsverhältnisse zwischen Programmator und Anwender sowie zwischen Sharewarehändler und Anwender erlaubt eine knappe Darstellung der nunmehr angesprochenen Rechtsbeziehungen. Wie bereits bei den Ausführungen zur Public Domain-Software erläutert<sup>37</sup>, besteht zwischen Anwender und Mailbox-Betreiber entweder ein dienstvertraglich geprägtes Schuldverhältnis oder ein Auftragsverhältnis, je nachdem ob es sich um eine kommerzielle oder eine nichtkommerzielle Mailbox handelt. Diese Beurteilung ist davon unabhängig, ob Public Domain-Software oder Shareware zum Download bereitgestellt wird. Gleiches gilt für die Übertragung eines bestimmten Programms, denn sowohl bei Public Domain-Software als auch bei Shareware liegt eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB vor. Um eine Schenkung handelt es sich darüberhinaus auch bei der Weitergabe von Shareware zwischen privaten Anwendern. Auch insoweit besteht kein Unterschied zur Public Domain-Software. Schließlich liegt sowohl bei der über eine Mailbox als auch bei der über einen privaten Anwender gezogenen Shareware ein Lizenzvertrag zwischen Anwender und Programmator vor, wenn sich der Anwender registrieren läßt, damit ihm ein Nutzungsrecht eingeräumt wird.

*Mailbox-Betreiber – Anwender:  
Dienstvertrag oder Auftrag*

### 4. Shareware und Urheberrecht

Wie bei der Public Domain-Software erteilt auch der Sharewareautor durch eine an die Allgemeinheit gerichtete Erklärung jedem Besitzer einer Programmkopie das Recht zur Weiterverbreitung im Sinne der §§ 15 Abs. 1 Nr. 2 und 17 UrhG. Die entsprechenden Einschränkungen, wie etwa die der Weitergabe nur in vollständiger Form<sup>38</sup>, sind grundsätzlich wirksam.

Gegenüber den Darlegungen zur Public Domain-Software muß lediglich im Hinblick auf die an die Allgemeinheit gerichtete Einräumung eines Vervielfältigungsrechts eine abweichende rechtliche Würdigung erfolgen. Zunächst unterscheidet sich die auch bei Shareware vorzufindende Einräumung eines Vervielfältigungsrechts gegenüber der bei der Public Domain-Software dadurch, daß die Vervielfältigungen, die beim gewöhnlichen Programmlauf anfallen, grundsätzlich nur während der Testphase erlaubt werden. Wenngleich es im wesentlichen dem jeweiligen Anwender überbleiben muß, wie intensiv und insbesondere wie lange er die betreffende Software testet, bestehen doch gewisse Grenzen, die sich zwar nicht abstrakt benennen lassen, etwa durch Angabe einer bestimmten Frist, jedoch spätestens bei einer mißbräuchlich langen „Testphase“ überschritten sind. Hier wird eine Abwägung im Einzelfall unumgänglich sein.

Soweit sich der Sharewareautor diesbezüglich nicht der reinen Willkür eines jeden Anwenders aussetzen möchte, bleibt ihm allein die Möglichkeit, gewisse softwaretechnische Einschränkungen vorzunehmen. Als sinnvolle Einschränkungen werden von der Interessengemeinschaft deutschsprachiger Sharewareautoren (I.d.S.)<sup>39</sup> sogenannte Zeitschleifen genannt, die beim Programmstart Wartezeiten von wenigen Minuten bewirken, währenddessen auf dem Bildschirm eine Bitte um Zahlung der Registrierungsgebühr ausgegeben wird. Als vertretbar werden daneben von der I.d.S. solche Einschränkungen bezeichnet, die nur eine begrenzte Zahl von Programmaufrufen zulassen, so daß beispielsweise nach dem fünfzigsten Programmstart nur noch Registrierungshinweise auf dem Bildschirm erscheinen und das Programm selbst nicht mehr abläuft. Derartige Einschränkungen sind weder urheberrechtlich noch vertragsrechtlich zu beanstanden,

*Allgemeines  
Vervielfältigungsrecht ...*

*... auf „Testphase“ beschränkt*

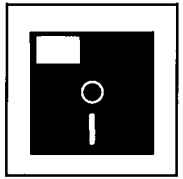
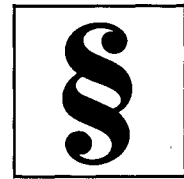
*Softwaretechnische  
Einschränkungen des  
Nutzungsrechts*

<sup>36</sup> Vgl. LG Lüneburg NJW 1988, 2476; LG Köln CR 1986, 23; Kindermann, Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150, 156; Ulmer/Kolle, Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen, GRUR Int. 1982, 489, 499; Kolle, Der Rechtsschutz der Computersoftware in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1982, 443, 455.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu den Beitrag zur Public Domain-Software (jur-pc 1990, S. 612ff., 671ff.).

<sup>38</sup> Die bei Public Domain-Software vorzufindenden Regelungen wie „Es darf stets nur die gesamte Originaldiskette kopiert und weitergegeben werden“ findet sich gleichlautend auch in vielen Shareware-Programmdokumentationen.

<sup>39</sup> Vgl. Schulz CR 1990, 296, 298.



denn es obliegt dem Programmator, die Reichweite seiner gegenüber der Allgemeinheit erklärten Einräumung eines Nutzungsrechts zu bestimmen, und vor der Registrierung schuldet der Programmator diese Nutzungsrechtseinräumung mangels Vertrags auch noch nicht schuldrechtlich.

## 5. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Sharewareautoren

Üblicherweise liegen dem Anwender die in der Programmdokumentation enthaltenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Programmators vor, wenn er sich registrieren läßt und einen Lizenzvertrag abschließt. Insoweit ist das Erfordernis der zumutbaren Kenntnisnahme zur Einbeziehung in den Vertrag gem. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG unproblematisch. Weitere Voraussetzung für die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag ist jedoch gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGBG, daß der Verwender auf seine Geschäftsbedingungen hinweist. Diese Voraussetzung ist in der Regel nicht erfüllt, denn häufig fügen die Sharewareautoren ihren Programmdokumentationen vorgefertigte Vertragsformulare bei, auf denen jedoch ein Hinweis auf die ebenfalls in der Dokumentation enthaltenen Geschäftsbedingungen fehlt<sup>40</sup>. Eine derartige Beilage der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Hinweis auf sie im Vertragsformular reicht für einen Einbezug in den Vertrag nicht aus<sup>41</sup>. Erforderlich wäre etwa ein Hinweis unmittelbar über der Orts-, Datums- und Unterschriftszeile<sup>42</sup>.

Sofern ein wirksamer Einbezug der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegt, findet eine Überprüfung der jeweiligen Regelungen anhand des AGBG statt. Mangels sharewarespezifischer Besonderheiten kann diesbezüglich aber auf die Ausführungen zur Public Domain-Software verwiesen werden.

*Selten: Hinweis des  
Sharewareautors auf seine AGB*

<sup>40</sup> Vgl. etwa das Formular der P&M Software Co. beim Programm GT-POWER oder das der Forbin Project Inc. beim Programm Qmodem. Der Grund für das Fehlen liegt in der Regel darin, daß es sich um US-amerikanische Produkte handelt, die vornehmlich für den dortigen Markt konzipiert sind. Deutschsprachige Sharewaredokumentationen enthalten aber ebenfalls keinen Hinweis.

<sup>41</sup> Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2. Aufl. München 1989, § 2 Rdn. 12.

<sup>42</sup> Vgl. BGH BB 1986, 1608; zustimmend Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 2 Rdn. 12.