

# Vertragliche Haftung für OSS

Daniel Winteler

Doktorand und Stipendiat  
am Graduiertenkolleg TRUSTSOFT  
der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg  
26111 Oldenburg  
Daniel.Winteler@uni-oldenburg.de

**Abstract:** Der Verfasser legt den juristischen Streit um die vertragstypologische Einordnung des Downloads von OSS dar und schließt sich der Meinung an, die die Regeln der Schenkung analog anwendet. Darauf folgt eine kurze Darstellung der einschlägigen Haftungsregelungen sowie der Möglichkeiten, diese durch Vertragsgestaltungen zu modifizieren. Dem Beitrag wird dabei als Grundkonstellation der isolierte, unentgeltliche Download von OSS direkt vom Urheber unter Geltung der GNU GPL<sup>1</sup> zu Grunde gelegt.

## 1 Einleitung

Noch immer besteht unter vielen Entwicklern und Distributoren von OSS der Irrglaube, dass man für eine Software, die man quasi verschenkt, auch kaum zur Rechenschaft gezogen werden kann, wenn dieser Software Fehler anhaften sollten. Einigkeit besteht hingegen unter Juristen, dass eine komplette Haftungsfreistellung, wie sie auch in der GNU GPL vorgesehen ist,<sup>2</sup> nicht im Einklang mit den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches steht. Welche Voraussetzungen jedoch im Einzelnen erfüllt sein müssen, um zu einer Haftung des Anbieters von OSS zu gelangen und wie diese gesetzlichen Haftungsregelungen vertraglich modifiziert werden können, soll im Folgenden untersucht werden.

## 2 Vertragstypologische Einordnung des Erwerbs von OSS

Ausgangspunkt ist dabei die vertragstypologische Einordnung des Vertriebes von OSS. Mag man auf den ersten Blick, gerade als juristischer Laie, annehmen, dass eine Schenkung vorliegt – schließlich erhält der User die Möglichkeit Software zu nutzen, ohne dafür etwas zahlen zu müssen -, zeigt eine tiefere Betrachtung, dass diese Annahme zwar nicht unproblematisch ist, im Ergebnis jedoch zutreffend sein muss.

---

<sup>1</sup> GNU General Public License, deutsche Übersetzung etwa unter <http://www.gnu.de/gpl-ger.html> abrufbar. Eine ganze Fülle anderer gebräuchlicher Lizenzen ist auf der Seite des Instituts für Rechtsfragen der freien und Open Source Software (ifross) unter <http://www.ifross.de/> abrufbar.

<sup>2</sup> Vgl. §11 und § 12 der GNU GPL.

Die Zuordnung des Erwerbs von OSS in die vom BGB vorgegebenen Vertragstypen ist essentiell, da an unterschiedliche Vertragsarten auch unterschiedliche Haftungsregelungen geknüpft sind. Die Meinungen in der Literatur gehen hier weit auseinander, sie reichen von der Annahme einer Schenkung [etwa JM01; Sp02] oder eines Auftrages [Ma04], über gesellschaftsrechtliche Ansätze [Se00] bis hin zur Annahme eines freien Vertragstyps i. S. v. § 305 BGB [Ko00]. Teilweise werden Vertragsbeziehungen unter den Handelnden auch weitgehend verneint und eine Lösung über die gesetzlichen Haftungsregelungen gesucht [He04]. Die Rechtsprechung hat sich diesbezüglich zu OSS noch nicht geäußert.<sup>3</sup> Dieser Zustand bedingt eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit.

## **2.1 Überlassung von OSS als Schenkung**

Klassischerweise erfolgt die Subsumtion unter den Schenkungsbegriff des § 516 Abs. 1 BGB in drei Schritten: Es muss eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers vorliegen, der Beschenkte muss bereichert sein und die Parteien müssen sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein. Eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers liegt dabei grundsätzlich nur dann vor, wenn er auch „entreichert“ ist, d. h. seine gegenwärtige Vermögenssubstanz vermindert, er „ärmer“ geworden ist [Ko04].<sup>4</sup>

### **2.1.1 Die Entreicherung des Schenkers**

In dieser an sich notwendigen Minderung der Vermögenssubstanz des Schenkers liegt nun ein problematisches Tatbestandsmerkmal. Bei der Zurverfügungstellung von OSS via Internet erscheint es als fraglich, worin denn die Entreicherung desjenigen, der die Software zur Verfügung stellt, bestehen soll, wenn nun ein Dritter sich diese OSS aus dem Netz kopiert. Schließlich können Dritte die angebotene Software beliebig oft herunterladen, ohne dass das „Original“ dabei Einbußen erleidet.

---

<sup>3</sup> Bisher liegt nur ein Urteil des LG München I vom 19. 5. 2004, Az. 21 O 6123/04 vor, dass sich mit der GNU General Public License und ihrer AGB-rechtlichen Zulässigkeit beschäftigt, nicht jedoch mit der vertragstypologischen Einordnung der Überlassung von OSS.

<sup>4</sup> Der ältere Gegenauffassung, die für eine Entreicherung des Schenkers auch ausreichen lässt, dass dieser einen möglichen Verdienst unterlässt, wird heute kaum mehr vertreten, eine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung soll daher hier unterbleiben. Nachweise bei [Ko04].

In der Tat wird man hier eine Entreicherung im obigen Sinne ablehnen müssen. Dies hindert jedoch nicht, die Schenkungsregeln – bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen – zumindest analog anzuwenden [De03]. Allgemeine Voraussetzungen einer Analogie sind bekanntermaßen eine (planwidrige) Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage der Parteien. Es ist also danach zu fragen, ob der Gesetzgeber, hätte er vorliegende Konstellation bei der Schaffung der Schenkungsnormen gesehen, auch den Fall des unentgeltlichen Downloads von OSS darunter gefasst hätte. Nach Meinung des Verfassers ist dies der Fall: Dass der Gesetzgeber bei Schaffung der Schenkungsregeln vorliegende Konstellation nicht sehen konnte, liegt auf der Hand. Aber auch die Interessenkonstellation gebietet eine analoge Anwendung der Schenkungsregeln. Es ist eben eine Besonderheit von Software, dass sich diese ohne Einbuße am eigenen Vermögen vervielfältigen lässt. Der (noch darzulegende) Haftungsmaßstab ermöglicht eine angemessene Risikoverteilung. Daneben dient das Tatbestandsmerkmal der Entreicherung des Schenkers in erster Linie der Abgrenzung zu anderen unentgeltlichen Vertragstypen, etwa der Leihe als Gebrauchsüberlassung auf Zeit. Passen solche Vertragstypen aber von vornherein nicht, sollte man das Tatbestandsmerkmal der „Entreicherung“ auch nicht überbewerten [Sp04].

### **2.1.2 Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung**

Auch die Unentgeltlichkeit der Zuwendung von OSS wird bezweifelt.<sup>5</sup> Auf den ersten Blick mag dies unverständlich sein, da es schließlich Wesenselement der Weitergabe von OSS unter Geltung der GNU GPL ist, dass diese unentgeltlich zu erfolgen hat.<sup>6</sup> In der Rechtswissenschaft wird der Begriff der Unentgeltlichkeit i. R. d. § 516 BGB jedoch nicht mit „ohne finanzielle Gegenleistung“ gleichgestellt. Ausreichend ist, wenn die Leistung mit irgendeiner Gegenleistung final – nicht nur kausal – verknüpft ist [Ko04].

Eine solche Gegenleistung könnte man nun in den verschiedenen nach der GNU GPL vorgesehenen Verpflichtungen des Erwerbers erblicken. Richtigerweise stellt die GNU GPL allerdings eine inhaltliche Beschränkung der gewährten Rechte dar, sei es nun mit dinglicher Wirkung oder als eine Art Eigentumsvorbehalt [SW03]. Die in der GPL niedergelegten Beschränkungen sind daher nicht als Gegenleistung anzusehen, sie definieren nur den Gegenstand der Schenkung [Sp04]. Aus dem gleichen Grund sind die Beschränkungen der GPL auch keine Auflage und bedürfen daher nicht der notariellen Beurkundung [JM01], zumindest wird dieser Formmangel durch den Sofortvollzug geheilt.

---

<sup>5</sup> Ablehnend etwa [Se00; Ko00].

<sup>6</sup> Siehe § 2 lit. b der GNU GPL: „You must cause any work (...) to be licensed as a whole at no charge (...)“

## **2.2 Kritik an den anderen Auffassungen**

Die Konstruktion eines Auftrages erscheint zumindest in der hier zu Grunde gelegten Konstellation als abwegig. Insbesondere die vom Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen, wie etwa der Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB gehen vollkommen an der Realität vorbei. Gleiches gilt für die Konstruktion einer BGB-Gesellschaft. Jedenfalls der Endnutzer will seinerseits gar nicht die Software weiterentwickeln, geschweige denn dazu verpflichtet sein [JM01]. Warum man auf ein schuldrechtliches Grundgeschäft gänzlich verzichten sollte, ist nicht einzusehen. Überzeugender erscheint es, in dem Bereitstellen der Software ein rechtsverbindliches Angebot zu erblicken, in dem Download eine konkludente Annahmeerklärung [JM01].

## **3 Gewährleistung und vertragliche Haftung**

Ist der Download von OSS als Schenkung zu werten, ist der Vertreiber nach der gesetzlichen Grundkonzeption weitgehend privilegiert. Vertragliche Ansprüche gegen diesen können nur nach Maßgabe der §§ 521 ff BGB geltend gemacht werden.

### **3.1 Gewährleistung**

§§ 523 Abs. 1, 524 Abs. 1 BGB sehen einen Schadensersatzanspruch des Erwerbers von OSS nur vor, wenn die Software mangelhaft ist und der Schenker diesen Mangel arglistig verschwiegen hat. Dies bedeutet zunächst, dass der Vertreiber von OSS den Erwerber auf ihm bekannte Mängel, seien es Fehler im Programm oder entgegenstehende Urheberrechte Dritter, aufmerksam machen muss. Auch muss er auf Mängel hinweisen, die er zwar nicht positiv kennt, aber immerhin zumindest für möglich hält.

Die Haftungsfreistellung der GNU GPL ist hingegen unwirksam.<sup>7</sup> Wegen des Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion kann die Gewährleistung auch nicht auf das gesetzlich mögliche Mindestmaß gesenkt werden, wie es § 11 GPL vorsieht. Vielmehr sind die Haftungsausschlüsse der GPL im Ganzen unwirksam und damit als nicht existent anzusehen.

### **3.2 Vertragliche Haftung**

Soweit eine Pflichtverletzung des Schenkers im Raum steht, die sich nicht auf einen Mangel der OSS bezieht, ist die Privilegierung des § 521 BGB zu beachten; der Schenker haftet also nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Der Anwendungsbereich des § 521 BGB ist im Rahmen der vertraglichen Haftung neben den §§ 523, 524 BGB freilich gering [Se04].

---

<sup>7</sup> LG München I vom 19. 5. 2004, Az. 21 O 6123/04. Siehe noch unten 4.

## 4 Vertragliche Gewährleistungs- und Haftungsmodifikationen

Der Bezieher von OSS mittels Download kann aufgrund der gegebenen Situation kaum eine Änderung der Schenkungsregeln zu seinen Gunsten erreichen. Es stellt sich also alleine die Frage, wie der Vertreiber die ihm an sich schon günstigen Regeln der §§ 521 ff BGB noch weiter zu seinen Gunsten modifizieren kann. Dies ist aber weder im Rahmen von §§ 523, 524 BGB noch im Rahmen von § 521 BGB möglich, da das Gesetz einen Ausschluss der Haftung für Vorsatz weder durch AGB (§ 309 Nr. 7 BGB) noch durch Individualvereinbarung (§ 276 Abs. 3 BGB) zulässt und auch eine Gewährleistungsbeschränkung an § 444 BGB (analog) scheitert.<sup>8</sup>

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass die gemachten Ausführungen ebenso gültig sind, wenn durch einen Entwickler der Quellcode einer bereits im Netz vorhandenen Open Source Software verändert und diese veränderte Version (unter Geltung der GPL) weitervertrieben wird. In dem oben genannten Umfang haftet dieser Entwickler auch für Fehler, die sich bereits in dem ursprünglichen Programm befanden, also an sich von ihm nicht zu verantworten sind.

## Literaturverzeichnis

- [De03] Deike, T.: Open Source Software: IPR-Fragen und Einordnung ins deutsche Rechtssystem. In Computer und Recht, Otto-Schmidt Verlag, Köln, Jahrgang 2003, S. 9-18.
- [He04] Heussen, B.: Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software. In Multimedia und Recht, Beck Verlag, München, Jahrgang 2004, S. 445-450.
- [JM01] Jaeger, T.; Metzger, A.: Open Source Software. Beck Verlag, München, 2002.
- [Ko00] Koch, F.: Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source-Software (Teil I und II). In Computer und Recht, Otto-Schmidt Verlag, Köln, Jahrgang 2000, S. 273 – 281 und S. 333-344.
- [Ko04] Kollhossler, H.: Kommentierung zu § 516 BGB Rz. 1ff. In Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 4. Aufl., Beck Verlag, München, 2004.
- [Ma04] Marly, J.: Softwareüberlassungsverträge, 4. Auflage, Beck Verlag, München, 2004.
- [Se04] Sefrin, B.: Kommentierung zu § 521 BGB Rz. 1ff. In Juris Praxiskommentar BGB, 2. Aufl., Saarbrücken, 2004.
- [Se00] Sester, P.: Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftungsrisiken und IPR-Fragen. In Computer und Recht, Otto-Schmidt Verlag, Köln, Jahrgang 2000, S. 797-870.
- [Sp04] Spindler, G.: Rechtsfragen bei Open Source. Otto-Schmidt Verlag, Köln, 2004.
- [SW03] Spindler, G.; Wiebe, A.: Open Source-Vertrieb. In Computer und Recht, Otto-Schmidt Verlag, Köln, Jahrgang 2003, S. 873-879.

---

<sup>8</sup> Zwar schreibt etwa [Ko04]: „Die Haftung des Schenkers kann also bis zur Grenze der zwingenden §§ 276 Abs. 3, 444 (analog) noch weiter gemildert werden.“ Worin aber der maßgebliche Unterschied zum vorgegebenen Haftungssystem sein soll, ist nicht erkennbar.