

## Open Source und das Schenkungsrecht – eine durchdachte Liaison?

Von Prof. Dr. Thomas Hoeren

Seit Jahren beschäftigt sich der Jubilar mit Fragen des Schenkungsrechts, u. a. an prominenter Stelle im Münchener Kommentar. Der Autor selbst beschäftigt sich seit langem mit Fragen des EDV-Vertragsrechts. Was liegt also näher, als Schenkungsrecht und EDV-Vertragsrecht für die Zwecke dieser Festschrift zu verbinden? Was auch geht – denn Open Source verbindet Schenkungsrecht und EDV-Vertragsrecht.

### A. Ansatzpunkt

Dieser Beitrag soll überprüfen, ob das Schenkungsrecht als bekannter Vertragstypus auch anwendbar ist auf eine relativ neue Erscheinungsform des Softwaremarktes, der Open Source Software. Eine vertragsrechtliche Einstufung wird dabei besonders relevant bei der Frage nach der Haftungsgestaltung. Nach § 521 BGB haftet der Schenker nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Sofern die Open Source Software daher tatsächlich als Schenkung einzuordnen wäre, könnte der Ersteller der Software auch nur in diesen Fällen von dem Empfänger zur Verantwortung gezogen werden.

Im Gang der Untersuchung sollen die Voraussetzungen, die für eine solche Einordnung der Open Source Software als Schenkung vorliegen müssen, unter Zuhilfenahme der schenkungsrechtlichen Kommentierung von Professor Dr. Kollhoser kritisch beleuchtet werden.

Ansatzpunkt der Diskussion um die Einordnung der Open Source Software ist diesbezüglich das Gutachten „Rechtsfragen der Open Source Software“ von Gerald Spindler der Universität Göttingen, welches der Verband der Softwareindustrie Deutschlands (VSI) in Auftrag gegeben hatte und das Ende Juni 2003 veröffentlicht wurde.

Mit seinen in der Arbeit dargestellten Ansichten ist Spindler in der Fachwelt auf große Kritik gestoßen.<sup>1</sup> Unabhängig davon, ob die einzelnen Stellungnahmen des Gutachtens einer umfassenden Auseinandersetzung standhal-

1 FAZ 13. 8. 2003 „Ein Juraprofessor schreckt die Linux-Welt auf“, einsehbar unter: <http://www.faz.net/s/RubE1ACFE1EE274C81BCD3621EF555C83C/Doc-EBE257B98B3E04068BBA249C6F4790C84-ATpl-Ecommon-Content.html>.

ten, soll im Folgenden lediglich die Teilfrage erörtert werden, ob die Open Source Software mit der Argumentation von Spindler und weiterer Meinungen in der Fachwelt als Schenkungsvertrag eingeordnet werden kann.

Dazu wird zunächst – nach einer einführenden Darstellung der Entwicklung, Bedeutung und Wirkungsweise der Open Source Software – auf die einzelnen Voraussetzungen eines Schenkungsvertrages, so wie sie auch Köllhoser in seiner Kommentierung aufzeichnet, eingegangen. Hier gibt es zu den unterschiedlichen Voraussetzungen differenzierte Ansätze in der Literatur, durch Kunstgriffe die Open Source Software dem Schenkungsrecht zu unterwerfen. Sodann soll dargestellt werden, welche Beurteilung aus Sicht des Verfassers für die Open Source Software erfolgen muss.

Einführend stellt sich zunächst die Frage, durch welche Kriterien sich Open Source Software auszeichnet und von anderen Programmen in ihrer vertragstypologischen Einordnung unterscheidet.

Mit der Entwicklung von Open Source Software soll grundsätzlich jedermann die Vervielfältigung, Verbreitung und Bearbeitung der Software lizenzgebührenfrei gestattet werden. Open Source ist also die Software, die von jedermann zu jedem Zweck genutzt und in beliebiger Weise geändert werden kann, sowie deren Kopien an jeden und überall weiterverbreitet werden können.<sup>2</sup>

Damit dies auch praktisch umgesetzt werden kann, muss der Quelltext einer Software (Sourcecode) der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden. Durch diesen Umstand erklärt sich auch begrifflich die Formulierung „Open Source“.

Dem Bedürfnis der Offenlegung des Quellcodes entsprach als erster Richard Stallman. Er gründete im Jahr 1984 die „Free Software Foundation“ mit dem Ziel, ein UNIX-kompatibles Betriebssystem zu erschaffen, welches nicht den Restriktionen der Telefongesellschaft AT&T unterlag. Diese Vertrieb war bereits seit 1975 Unix kommerziell, wurde dann aber 1984 in mehrere konkurrierende Unternehmen zerschlagen und konnte so durch den Wegfall der kartellrechtlichen Beschränkungen die Lizenzgebühren erheblich anheben.

Dieser drastischen Erhöhung der Lizenzgebühren wollte Richard Stallman durch sein Konzept der freien Software entgegenreten.<sup>3</sup> Er entwickelte in Zusammenarbeit mit Eben Moglen 1989 die GNU<sup>4</sup> General Public Licence (GPL), welche als Grundlage für eine Vielzahl der entwickelten Programme dient.

<sup>2</sup> So die „Definition freier Software“, abrufbar unter <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>.

<sup>3</sup> Grundlegend hierzu das GNU-Manifest von Stallman, abrufbar unter <http://www.gnu.org/gnu/manifesto>.

<sup>4</sup> „GNU“ als Abkürzung von „GNU's Not Unix“.

Herzstück in dem von der Free Software Foundation initiierten GNU-System ist das Betriebssystem Linux.<sup>5</sup> Dessen Entwicklung wurde 1991 von dem finnischen Informatikstudenten Linus Torvalds begonnen. Er stellte Linux unter die GPL von GNU und bat im Internet um Mitarbeit an dem neuen System. Interessierte aus aller Welt begannen sodann, Linux mit gewaltiger Dynamik weiterzuentwickeln. Die Kombination von Linux mit dem noch nicht ganz fertigen GNU-System führte so 1992 zu einem komplett freien Betriebssystem.

Mittlerweile fand Linux Eingang in zahlreiche professionelle Systeme. Zu dieser Verbreitung trugen auch die „Distributoren“ bei, kommerziell arbeitende Firmen, die Datenträger mit Linux-Programmen und dazugehörigen Handbüchern verkaufen und zudem einen Kundenservice anbieten. Auch große Computerfirmen wie IBM konnten zu einer Zusammenarbeit bewegt werden. Andere Unternehmen, wie der schwedische Datenbankanbieter MySQL AB, Uppsala, der von Marten Mikos geführt wird, stellen den Quellcode ihres Datenbankservers im Rahmen der Open Source Lizenz zur Verfügung.

Als weiteres Beispiel hat nun auch Lufthansa Systems mit Deutschlands führendem Linux-Anbieter, der Nürnberger SuSE Linux AG, den Einsatz von Linux zur Realisierung ihrer Kundenprojekte vereinbart.<sup>6</sup> Selbst in die Verwaltung hat das offene Betriebssystem nunmehr Einzug gehalten, als Vorreiter stellt die Stadt München als erste deutsche Großstadt ihre Rechner auf Linux um.<sup>7</sup>

Obwohl die Einnahme von Lizenzgebühren weitgehend ausgeschlossen ist, ist die Open Source Software durch ihre stetig wachsende Verbreitung zu einem wichtigen Geschäftsfeld in der Softwarewirtschaft avanciert. Die bereits erwähnten Distributoren stellen dabei nur eine der etablierten Formen kommerzieller Tätigkeit auf dem Gebiet der freien Software dar.<sup>8</sup>

Daneben verzeichnet auch der Dienstleistungsmarkt auf Grund des verstärkten Einsatzes von Open Source in Unternehmen und dem daraus resultierenden Bedürfnis nach Support, Consulting und Schulungen zur Open Source Software, großen Wachstumszuwachs.<sup>9</sup> Auch die Beratung bei der Migration auf freie Systeme spielt auf Grund der jahrelang beste-

<sup>5</sup> Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839.

<sup>6</sup> [http://www.suse.de/de/company/press/press\\_releases/archive03/lhsystems.html](http://www.suse.de/de/company/press/press_releases/archive03/lhsystems.html).

<sup>7</sup> Süddeutsche Zeitung online vom 27. 5. 2003, „Münchens Software heißt Linux“, s. auch die Internetseite der Stadt München, [http://www.muenchen.de/aktuell/ms\\_linux.html](http://www.muenchen.de/aktuell/ms_linux.html) u. a. mit ausführlichen Darstellungen zu den Grundlagen der Entscheidung.

<sup>8</sup> Hierzu zählen Unternehmen wie SuSE, die nach eigenen Angaben 380 Mitarbeiter haben, und RedHat mit 600 Mitarbeitern weltweit.

<sup>9</sup> Hierzu zählen auch diverse Zeitschriften, wie in Deutschland „LinuxEnterprise“ oder das „Linux Magazin“ und Fachbücher z. B. des Verlages O'Reilly, <http://www.ora.de/linux/>.

henden Führungsposition von Microsoft und damit einhergehender Abwicklungsroutine oftmals eine Rolle.

Auch in dem Bereich der so genannten Embedded Systeme, bei denen freie Software zusammen mit Hardware vertrieben wird, sind unterschiedliche elektronische Geräte und damit ein weiter Wirtschaftsmarkt betroffen.<sup>10</sup>

Open Source Software ist damit trotz ihrer Freiheit von Lizenzgebühren aus dem deutschen Wirtschaftsmarkt nicht mehr wegzudenken. Ihre vertragstypologische Einordnung kann daher weit reichende Konsequenzen in verschiedenen Wirtschaftszweigen haben.

#### B. Ist rechtliche Kontrolle über die Open Source Software möglich?

Welcher Vertragstyp ist aber nun einschlägig, wenn Open Source Software auf einem der verschiedenen möglichen Wege erworben wird?

Die Erscheinungsform der Open Source und die „Übernahme“ großer Geschäftsbereiche in vielen Firmen stellen die Rechtstheoretiker vor dogmatische Probleme. Die Open Source Software soll nach vielen Stimmen aus der Rechtslehre „greifbar und kontrollierbar“ gemacht werden. Hierzu wäre es von großer Hilfe, wenn sich die Open Source Software rechtlich unter einen bereits existenten Vertragstypus fassen ließe, da sich auf diesem Weg die Rechte und Pflichten der Beteiligten aus den entsprechenden gesetzlichen Regelungen ergeben würden.

In die Überlegungen zum Auffinden der „richtigen“ Vertragsart muss einbezogen werden, auf welche Weise die Open Source Software erlangt wird. Hier gibt es verschiedene Möglichkeiten, es seien nur der Download der Software von einer Website, der Erwerb der Software auf einem Datenträger und der kombinierte Erwerb zusammen mit Hardwarekomponenten genannt. Hier soll auf die Grundkonstellation, dem Erwerb der freien Software von der Website des Programmierers oder des Unternehmens, welches den Programmierer beschäftigt, eingegangen werden.

#### I. Vertragsgegenstand

Als Grundlage der weiteren Betrachtung ist es unerlässlich, zunächst den Gegenstand des Vertrages beim Erwerb von Open Source Software konkret zu bestimmen.

Einerseits wird bei einem Download die Software selbst erworben. Für den Übertragungsvorgang vielfach diskutiert wird dabei die Frage, ob Software

Sacheigenschaft nach § 90 BGB zukommt. Für die Einordnung als möglicher Vertragsgegenstand ist dieser Aspekt jedoch nebensächlich, da das Programm unabhängig von seiner Einordnung als Sache, Recht oder Altud einen Verkehrswert hat.<sup>11</sup> Wie auch *Spindler* in seinem Gutachten feststellt, steht bei der Open Source Software die endgültige Überlassung des Vermögensgegenstandes „Software“ einschließlich der Nutzungsrechte im Vordergrund, was eine Einordnung als Rechtskauf auf Grund der unterschiedlichen Interessenlage ausschließt.

Weiterhin werden durch die Open Source Lizenzen – wie bereits angedeutet – einfache Nutzungsrechte an dieser Software gewährt. Auch sie stellen einen eigenständigen Vermögenswert dar, welchen der Anwender durch den Download erwirbt. Die Rechteerlangung kann möglicherweise erst zu einem späteren Zeitpunkt als der Erwerb der Software erfolgen. Dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass für die bloße Benutzung der Software noch keine besondere Einräumung von Nutzungsrechten erforderlich ist.

Nach § 69 d) Abs. 1 UrhG bedarf derjenige, der zur Verwendung des Programms berechtigt ist, keiner Zustimmung des Rechteinhabers. Erst wenn eine solche Zustimmung erforderlich wird, etwa wenn der Anwender die Software ändern oder weiterverbreiten will, findet auch die Einräumung dieses Nutzungsrechts statt. Diesen Zeitpunkt der Rechteinräumung verdeutlicht auch § 5 S. 4 GPL. Das Einverständnis mit der Lizenz wird erst erklärt, wenn das Programm verändert oder verbreitet wird, zuvor ist es noch nicht erforderlich.

Die Einräumungen dieser jeweiligen Vermögenswerte sind gedanklich als zwei verschiedene Vertragsgegenstände voneinander zu trennen. Die Kenntnisnahme von der Open Source Lizenz erfolgt zumeist später als der Download der Software selbst. Die genauen Lizenzbestimmungen befinden sich meist auf einer der Software beigefügten Datei und können demnach noch gar nicht vor Fertigstellung des Downloads gelesen werden.

#### II. Vertragstypus

Unter welchem Vertragstyp ist aber nun – wenn dies überhaupt möglich ist – der Download von Open Source Software mit den beiden, voneinander zu trennenden, Vertragsgegenständen Programm und Nutzungsrecht einzuordnen?

Das Rechtsinstitut des Auftrags nach § 662 BGB, wie ihn *Marly* für die Freeware vorschlägt,<sup>12</sup> ist als Grundlage für die Open Source Software

<sup>10</sup> Bedeutende Embedded-Firmen sind VA Linux, Monta Vista und Lineo.

<sup>11</sup> So auch Jaeger/Metzger, *Open Source Software* (2002), S. 138.

<sup>12</sup> *Marly*, *Softwareüberlassungsverträge*, 3. Aufl. 2000, Rn. 318.

schlecht geeignet. Erforderlich wäre für eine solche Klassifizierung, dass sich der Anbieter von Software im Internet verpflichtet, ein von einem Anwender übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Dies entspricht aber nicht dem tatsächlichen Geschehen beim Download von Open Source Software. Der Anbieter wird hier regelmäßig nicht in fremdem Interesse tätig, sondern für sich selbst, indem er seine Produkte anbietet. Auch wird dem Empfänger konkret etwas zugewendet und nicht nur eine Tätigkeit ihm gegenüber erbracht.

In gleicher Weise kann es abgelehnt werden, die Erstellung freier Software als Gesellschaftsbeitrag anzusehen.<sup>13</sup> Gemeinsamer Zweck dieser BGB-Gesellschaft nach § 705 BGB sollen dabei die Lösung von einem Monopolisten und damit einhergehende Erwerbschancen durch die Entwicklung, Verbreitung und ständige Verbesserung eines Betriebssystems sein.

Abgesehen davon, dass diese Sichtweise die Beweggründe für die Entwicklung von GNU/Linux auf rein wirtschaftliche Ziele reduziert, ist eine Nähe zur BGB-Gesellschaft abwegig. Ein entscheidendes Element der Gesellschaft ist die vertragliche Pflicht zur Förderung des Gesellschaftszwecks. Derjenige, der Freie Software nutzt, ist aber keinesfalls zur Weiterentwicklung verpflichtet. Erst bei der Weiterverbreitung müssen die Bedingungen der GPL erfüllt werden. Eine Förderungspflicht, auf die andere einen Anspruch haben, kann hieraus daher nicht abgeleitet werden.

Als weiterer Vertragstypus kommt, wie es unter anderem *Spindler* in seinem Gutachten konstatiert,<sup>14</sup> eine Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB in Betracht. Die Unentgeltlichkeit und die beabsichtigte Entäußerung eines Vermögensgegenstandes legen nach Ansicht *Spindlers* die Anwendung dieses Vertragstypus nahe.<sup>15</sup> Es stellt sich allerdings die Frage, ob sich die Open Source Software tatsächlich ohne weiteres unter den Tatbestand der Schenkung subsumieren lässt. Dazu sollen im weiteren Verlauf dieses Beitrags die einzelnen Merkmale des § 516 Abs. 1 BGB in Bezug auf die Open Source Software untersucht werden.

Um das Kriterium der Zuwendung zu erfüllen, muss zunächst ein Vermögensbestandteil hingegeben werden. Dies ist hinsichtlich der Nutzungsrechte unzweifelhaft der Fall.

Für die Software selbst allerdings ist seit langem umstritten, ob diese als Sache i. S. v. § 90 BGB qualifiziert werden kann.

Das Besondere an Software allgemein und dementsprechend auch an Open Source Software, was eine eindeutige Einordnung schwierig macht, liegt

darin, dass es in der Hauptsache nicht auf den verkörperten Gegenstand ankommt, sondern auf das in dem Programm enthaltene Fachwissen des Erstellers.

Ideelle Güter stellen jedoch als solche keine geeigneten Schenkungsgegenstände dar. Schenkungsgegenstand kann hier nur der Erlass einer geschuldeten Vergütung für die erbrachte ideelle Leistung sein.<sup>16</sup>

Der BGH wendet für Software allerdings die Vorschriften über Sachen zumindest analog an, da eine Verkörperung des Programms in jedem Fall stattfinden muss, um dieses zu nutzen.<sup>17</sup>

Wenn Software jedoch mit dem BGH als Sache behandelt wird, so kann sie zunächst durchaus auch Gegenstand einer Zuwendung nach § 516 BGB sein.

Das zweite Merkmal einer Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB ist für die Open Source Software allerdings zweifelhaft. Durch die soeben erläuterte Zuwendung muss eine Entreicherung auf Seiten des Schenkers eintreten, seine gegenwärtige Vermögenssubstanz muss sich also auf Dauer vermindern.<sup>18</sup>

Wie es *Kollhossner* kurz und prägnant formuliert: Der Schenker muss ärmer werden.<sup>19</sup>

Die besondere Eigenschaft von Software liegt aber darin, dass sie beliebig vervielfältigt werden kann. Bei der Bereitstellung zum Download werden nur Kopien verfügbar gemacht. Der Verteiler selbst kann die Software ohne jede Einschränkung nebenbei weiter nutzen.

Nach der Ansicht von *Spindler* kommt es jedoch weder bei Software noch bei sonstigen immateriellen Wirtschaftsgütern auf den physischen Abgang von Vermögen an, sondern vielmehr auf die Befugnis des Erwerbers, wie er mit ihnen verfahren kann. Der Erhalt von Sachsubstanz sei für den Erwerber nachrangig, wichtig sei für ihn im Wesentlichen die Übertragung der unkörperlichen Daten mit den entsprechenden Rechten auf ihn selbst.

Mit dieser Aussage wendet sich *Spindler* nicht nur gegen die Behandlung von Software als Sache, sondern behauptet darüber hinaus, dass der die Software Verschaffende ein Recht an der Software aufgabe, was den eigentlichen Vermögensgegenstand der Schenkung darstelle. Der Erhalt von Sachsubstanz sei daneben für den Erwerber nachrangig.

<sup>13</sup> So aber Sester, CR 2000, 797, 801.

<sup>14</sup> *Spindler*, Gutachten „Rechtsfragen der Open Source Software“, abrufbar unter [http://www.vsi.de/inhalte/aktuell/studie\\_final.pdf](http://www.vsi.de/inhalte/aktuell/studie_final.pdf).

<sup>15</sup> *Spindler*, a. a. O., S. 73.

<sup>16</sup> MünchKomm/Kollhossner, BGB, § 516 Rn. 3; Staudinger/Cremer, BGB, § 516 Rn. 15; BGHZ 101, 229.

<sup>17</sup> Beispielfall seien genannt: BGHZ 109, 97, 100, 102, 135, 144.

<sup>18</sup> BGHZ 101, 229, 232.

<sup>19</sup> MünchKomm/Kollhossner, a. a. O., § 516 Rn. 3.

Dem kann so nicht gefolgt werden. Die These, der Erwerb von Sachsubstanz sei für den Erwerber nur von nachrangiger Bedeutung, lässt das zwingende Erfordernis der Verkörperung eines Computerprogramms außer Betracht. Ohne die Verkörperung auf einen Datenträger, sei es die Festplatte des Nutzers, der Arbeitsspeicher oder eine Diskette, kann der Erwerber das Programm nicht auf seinem Rechner laufen lassen, mithin die Sache nicht nutzen. Unter diesem Gesichtspunkt spielt die Verkörperung – und als Konsequenz im Hinblick auf das Schenkungsrecht auch die Entreicherung – sehr wohl eine nicht zu vernachlässigende Rolle für den Erwerber, da er die Software ansonsten nicht abspielen kann.

Das Argument, der Erwerb von Sachsubstanz sei lediglich nachrangig, vermag daher nicht das für die Bejahung einer Schenkung nach § 516 BGB erforderliche Kriterium der Entreicherung auszuhebeln.

Stimmen in der Literatur argumentieren aus der Not, das Merkmal der Entreicherung irgendwie bejahen zu müssen, dass eben diese für eine Schenkung erforderliche Entreicherung darin zu sehen sei, dass die Software unter Verzicht auf einen möglichen Verdienst zum unentgeltlichen Gebrauch überlassen werde.

Mit der Ansicht von *Kollhoser* muss jedoch festgestellt werden, dass es nicht ausreicht, wenn der Schenker einen möglichen Verdienst unterlässt, denn hierdurch wird dieser nicht ärmer.<sup>20</sup>

Angesichts des bestehenden Verbreitungsgrades von Open Source Software kann zudem bei einer einzelnen Bereitstellung faktisch kein Entgelt erzielt werden, hinsichtlich dessen ein Verzicht möglich wäre („wirtschaftliche Unmöglichkeit“ des Verdienstes). Darüber hinaus ist es ja gerade durch die GPL verboten, ein Entgelt für die Weitergabe der Open Source Software zu veranschlagen. („rechtliche Unmöglichkeit“ des Verdienstes).<sup>21</sup>

Auch die Konstruktion, die Entreicherung durch den Verlust eines urheberrechtlichen Vermögensbestandteils zu bejahen,<sup>22</sup> vermag nicht zu überzeugen, denn dies setzt voraus, dass ein urheberrechtlicher Vermögensbestandteil zunächst überhaupt entstanden ist. Das kann zumindest dann zweifelhaft sein, wenn die Software, die zum Download bereitgestellt wird, eine Bearbeitung darstellt, die die Schwelle der persönlichen geistigen Schöpfung nicht überschreitet. Der BGH gewährt urheberrechtlichen Schutz für Computerprogramme zwar nach den Grundsätzen der kleinen Münze, ein zumindest geringes Maß an gestalterischer Tätigkeit ist jedoch erforderlich. Das wird immer dann abzulehnen sein, wenn es sich um ganz

einfache Programmabläufe oder nur geringfügige Änderungen einer bereits existenten Software handelt.

Wendet man sich dem Kriterium der Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu, stellt man fest, dass auch dieses bei der Open Source Software nicht gewahrt ist.

„Unentgeltlich“ heißt im Rahmen eines Schenkungsvertrages nicht „kostenlos“ – so gilt eine Zuwendung dann nicht als unentgeltlich, wenn sie unter einer kausalen oder konditionalen Verknüpfung erfolgt, ohne dass etwa dazu ein Synallagma bestehen müsste.<sup>23</sup> Bei der Open Source Software stellt der Programmierer jedoch als Bedingung ein, dass jegliche Veränderung oder Bearbeitung seiner Software jedermann zur Verfügung gestellt wird. Hiervon profitiert dann wiederum der ursprüngliche Ersteller der Software, weil er an den Verbesserungen und Änderungen seines eigenen Programms teilhaben kann. Die Verpflichtung zum Beifügen eines Quellcodes bei jeder Weitergabe und zum Verfügbarhalten selbst erstellter Codeänderungen gegenüber allen Dritten und den Berechtigten ohne Vergütung ist durchaus als eine Gegenleistung zu sehen.

Diese Verpflichtung zur Vergütungsfreiheit bei Weitergabe und das Verfügbarmachen könnte allenfalls als mit einer Schenkung verbundenen Auflage angesehen werden, würde als solche jedoch grundsätzlich dem Zwang zur notariellen Beurkundung (§ 518 Abs. 1 BGB) unterliegen. Eine notarielle Beurkundung erfolgt in der Praxis regelmäßig offenkundig aber nicht, wodurch die Schenkung in vollem Umfang nichtig wäre.

*Metzger/Jaeger* erwidern dazu zwar, dass diese Verpflichtungen nur „nachhängend“ seien, sie also keinen unmittelbaren Zusammenhang zu der Zuwendung selbst hätten. Es sei durchaus möglich, dass der Anwender die Software lediglich benutze oder kopiere, aber nicht verändere. Daher werde mit der Open Source Software lediglich ein bedingtes Recht verschenkt.<sup>24</sup>

Auch dieses Konstrukt deckt sich aber nicht mit dem tatsächlichen Ziel der Open Source Software. Durch die Open Source soll dem Nutzer die Möglichkeit gegeben werden, Software kostenlos zu beziehen, in erster Linie jedoch aus eben dem Grund, dass durch eine solche Vorgehensweise ein Netzwerk verschiedenster Programme aufgebaut und neues Know-how akquiriert werden kann. Unter diesem Blickwinkel die Verpflichtung zur unentgeltlichen Weitergabe als „nachhängend“ zu bezeichnen, erscheint doch sehr konstruiert.

20 MGrchKomm/Kollhoser, a. a. O., § 516 Rn. 3, so auch Erman/Seiler, BGB, § 516 Rn. 4 und 10; Jauernig/Vollkommer, BGB, § 516 Anm. 2 b und 4 b.

21 So Sester, CR 2000, 797, 800.

22 Vertreten von Jaeger/Metzger, a. a. O., S. 141.

23 Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, 839, 847.

24 Jaeger/Metzger, a. a. O., S. 142 ff.

Bei der Auflagenschenkung muss zudem beachtet werden, dass die Leistung erst auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung erbracht werden soll, als deren Einschränkung sie sich darstellt.<sup>25</sup> Die neue Software, die der Nutzer auf Grundlage der Open Source Software entwickelt hat, entsteht unter Einsatz seines persönlichen Know-hows, seiner Zeit und seines Kapitals. Von einem Wertzuwachs zu sprechen, der aus dem Wert der ursprünglichen Open Source Software bewirkt wurde, kann in diesem Zusammenhang zuweilen abwegig sein.

Der Unterschied zu der Schenkung mit Auflage zeigt sich auch darin, dass die entwickelte Software nicht nur an den „Schenker“ weitergegeben werden muss, sondern an beliebig viele Dritte, die sich den Bedingungen der GPL unterwerfen. Zwar stellt dies keine Voraussetzung für eine Schenkungsaufgabe nach § 525 Abs. 1 BGB dar, jedoch wird in der Praxis zu meist der Schenker durch Setzen der Auflage auch einen unmittelbaren Vorteil erlangen.

Ebenso wenig passen die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die „Auflagen“ der GPL in das Schenkungsrecht. Nach § 527 Abs. 1 BGB entsteht bei Nichtvollziehung der Auflage ein schuldrechtlicher Rückforderungsanspruch.<sup>26</sup> Nach der GPL führt ein Verstoß hingegen zu einem dinglichen Rückfall des zur Verfügung gestellten Gegenstandes.

Insgesamt kann somit festgestellt werden, dass jedes einzelne Merkmal einer Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB für die Open Source Software zweifelhaft ist. Die Befürworter dieser Einordnung kommen nur mit teilweise gewagten Konstruktionen zu einer Übereinstimmung mit den Voraussetzungen eines Schenkungsvertrages. Mit kritischem Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten bei der Freien Software muss dementsprechend das Schenkungsrecht abgelehnt werden.

### C. Fazit

Die Bemühungen, das Open Source-Konzept unter die Schenkung i. S. d. §§ 516 ff. BGB zu subsumieren, sind wohl im Grundsatz vom Ergebnis her gedacht. Ziel dieser Bestrebungen ist es, einen Haftungsmaßstab zu erlangen, der trotz des im Prinzip unzulässigen Gewährleistungsausschlusses in der GPL zu einer weit gehenden Haftungsfreistellung führt. Über die Einstufung als Schenkung würde genau dieser eingeschränkte Haftungsmaßstab durch die §§ 521, 523, 524 BGB erreicht.

25 MünchKomm/Kollhoser, a. a. O., § 525 Rn. 2; Palandt/Weidkaff, BGB, § 525 Rn. 7; Erman/Seiler, a. a. O., § 525 Rn. 3; BGH NJW 1982, 818, 819.

26 MünchKomm/Kollhoser, a. a. O., § 525 Rn. 2.

Eine Einordnung als Schenkungsvertrag würde demnach zwar durchaus einen zufrieden stellenden und einheitlichen Haftungsmaßstab mit sich bringen, kann jedoch auf Grund der genannten Argumente nicht erfolgen.

Der Grund dafür, dass sich die Open Source Software nicht unter die Merkmale der Schenkung zusammenfassen lässt, ist darin zu sehen, dass sie schlichtweg nicht als Schenkungsvertrag konstruiert und ausgelegt ist.

Open Source Software ist als massenhafte Verbreitung eines Produktes über das Internet zu verstehen, es soll ein umfassendes Netzwerk zur Verwirklichung eines gemeinsamen Projektes, der Verbesserung und dem Aufbau von Linux, entstehen. Beim Schenkungsrecht hingegen steht die einseitige Übertragung eines individuellen Vermögensgegenstandes im Vordergrund. Hier soll der Leistungsaustausch kurzfristig abgewickelt werden.

Die Open Source Software geht ihre eigenen Wege. Sie lässt sich weder dem Vertragstypus des Schenkungsrechts unterwerfen noch irgendeinem anderen Rechtsgebiet.

Insofern ist die Open Source unter den Softwareprodukten innovativ. Und genau dies wollten die Konstrukteure auch erreichen, eine Software, die den Kampf gegen das Microsoft-Imperium aufnimmt und dabei so anders und innovativ ist, dass sie sich von vorgefertigten rechtlichen Strukturen nicht aufhalten lässt. So ist die GPL grundsätzlich nicht als eine Problematik aus dem juristischen Fachbereich anzusehen. Es geht im Kern nicht um juristische Verpflichtungen und Einordnungen, sondern um eine Neuerung im Softwarebereich.

Dies wird auch durch die Tatsache belegt, dass der Lizenzvertrag als solcher einer AGB-Prüfung, die zwingend durchzuführen ist, da es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB handelt, nicht gewachsen ist. So halten der Gewährleistungsausschluss in Paragraph 11 der GPL sowie der Haftungsausschluss in Paragraph 12 GPL einer Überprüfung nach § 309 Nr. 7 BGB bzw. § 309 Nr. 8 b) BGB oder zumindest nach der Generalklausel in § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand. Unerheblich für eine Anwendbarkeit des § 309 Nr. 7 BGB ist, ob der betroffene Vertrag unentgeltlich ist. Die Einschränkung des Gewährleistungsausschlusses durch die salvatorische Klausel „so weit gesetzlich zulässig“ in Paragraph 11 GPL ist wegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam und die Freistellung von vorsätzlicher Haftung kann schon wegen § 276 Abs. 3 BGB nicht abbedungen werden.

Diese gänzliche Vernichtungsmöglichkeit der GPL durch Regelungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen legt dar, dass die GPL von vornherein nicht darauf ausgelegt ist, sich gesetzlichen Normen zu fügen. Ziel ist es nicht, ein vertragliches System zu schaffen, welches juristischen Überprüfungen zugänglich ist, sondern die Zwecksetzung der Open Source Software zu vermitteln.

Gegen eine juristische Betrachtung von Open Source Software spricht auch, dass eine einzelne Person als Anspruchsgegner für ein zur Durchsetzung haftungsrechtlicher oder gewährleistungsrechtlicher Ansprüche möglicherweise notwendiges Verfahren nicht gefunden werden kann. Soll sich der Nutzer gegen den letzten Bearbeiter eines Programms wenden können, oder womöglich gegen alle Bearbeiter gemeinsam? Die Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger die Namen der anderen an der Software „Beteiligten“ herausfinden kann ist jedoch auf Grund der Wirkungsweise der Open Source sehr gering.

Der Hintergrund für das Scheitern einer Einordnung der Open Source Software in das deutsche Rechtssystem findet sich in der Tatsache, dass die Open Source Software in den USA entstanden ist und sich dort auch im Wesentlichen entwickelt hat. Die Rechtsordnung des amerikanischen Rechtskreises ist jedoch nach einem anderen Prinzip aufgebaut; hier stehen, genauso wie im englischen Recht, der Richter und das in seinen Entscheidungen entwickelte Fallrecht im Mittelpunkt, nicht der Gesetzgeber oder die Rechtsgelehrten.<sup>27</sup>

Die Vorstellung eines rechtsfreien Raumes ist für den kontinentaleuropäischen Juristen meist völlig unverständlich, weil es in seiner Vorstellung für jeden erdenklichen Fall eine angemessene juristische Lösung geben muss. Im angloamerikanischen Recht jedoch ist die Vorstellung eines Freiheitsraums, der vom Recht nicht erfasst ist, vorgegeben. Das Parlament kann durch den Erlass von Gesetzen diesen Freiheitsraum beschneiden und ihn insoweit einer rechtlichen Kontrolle unterwerfen. Auch die Entscheidungen der Richter ohne Grundlage eines Gesetzes vermögen diese Wirkung der Verkürzung des Freiheitsbereiches zu erreichen, denn zeitlich nachfolgende Fälle sind gleich zu entscheiden.

Bei diesem Freiheitsraum, für den es neben einem fehlenden deutschen Begriff auch keinen englischen Ausdruck gibt, handelt es sich um ein Gebiet, welches jederzeit zum Gegenstand von Rechtsfragen gemacht werden kann, sobald ein konkreter Fall dies erfordert. Bis dies aber geschieht, besteht „kein Recht“ zu dieser Frage. Wie *Fikentscher* es beschreibt, herrscht eine Art Urzustand freier menschlicher Betätigung, natürlichen Lebens und nach allen Richtungen entfaltbarer Kräfte.<sup>28</sup> Dieser fallrechtsfreie Raum ist Bestandteil der Freiheitsgarantie an den Bürger.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Open Source Software in unserer Rechtsordnung so schwer zu „bändigen“ anmutet. Sie ist grundsätzlich nicht darauf ausgelegt, sich in irgendwelche „vorgefertigten“ Systeme zu fügen.

27 Blumenwitz, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 7. Aufl. 2003, S. 5.

28 Fikentscher, Methoden des Rechts (1975), S. 65.

## Das Betreuungsrecht vor geschichtlichem Hintergrund

Von Prof. Dr. Heinz Holzhauser

Das mit dem Jahr 1992 in Kraft getretene Betreuungsrecht kann mit seinen umfangreichen Kommentierungen im Rahmen des BGB,<sup>1</sup> den speziellen Kommentaren,<sup>2</sup> teilweise mehrbändig und in Lose-Blatt-Form,<sup>3</sup> der erdrückenden Zahl veröffentlichter Entscheidungen und einer eigenen Zeitschrift<sup>4</sup> als ein neues Rechtsgebiet erscheinen. Andererseits steht das materielle Betreuungsrecht im BGB an der Stelle, wo bis dahin die „Vormundschaft über Volljährige“ geregelt war, die demselben Personenkreis gegolten hatte.<sup>5</sup>

Der Charakter des Betreuungsrechts als ein neues Rechtsgebiet kann nicht schon mit dem veränderten Inhalt der in den §§ 1896 ff. BGB an die Stelle getretenen Vorschriften begründet werden, weil das bei jeder Reform so ist, eher schon mit der umgestellten Systematik, die den neuen Vorschriften zu Grunde liegt. Vor 1992 fanden sich die entsprechenden Bestimmungen außer in den §§ 1896 ff. an zwei weiteren Stellen der Kodifikation: Die Voraussetzungen der für eine Vormundschaft über Volljährige vorausgesetzten Entmündigung standen im Allgemeinen Teil in dem seit 1992 weggefallenen § 6 BGB. Daneben gab es die im letzten Titel des Buchs Familienrecht in dem weggefallenen § 1910 BGB geregelte Gebrechlichkeitspflegschaft, die in der Praxis der Vormundschaft über Volljährige den Rang abgelaufen hatte.

Diese systematische Zersplitterung war einer der Gründe, aus denen dieses Rechtsgebiet vor 1992 nur geringe wissenschaftliche Beachtung gefunden hatte. Nennenswert sind überhaupt nur eine Monografie aus den 30er Jahren<sup>6</sup> und einige wenige Aufsätze seit den 60er Jahren, die sich größtenteils bereits in das Vorfeld der Reform einordnen. Heute ist das bürgerlichrechtliche materielle Betreuungsrecht in den 22 Vorschriften der §§ 1896 bis 1908 h BGB zusammengefasst. Was aber das Betreuungsrecht als ein eigenes Rechtsgebiet erscheinen lässt, ist sein enger Zusammenhang über die Grenzen der Kodifikation hinaus mit anderen Gesetzen. Seit 1992 gibt es im FGG den Unterabschnitt Betreuungssachen (§§ 65 bis 69 o). An ihn

1 Z. B. im „Staudinger“ ein eigener Band von 931 Seiten (Bienwald).

2 Jürgens, 4. Aufl. 2003; Daurau/Zimmermann (3. Aufl. 2002); Schmidt/Böcker, 2. Aufl. 1993.

3 Knittel; Bauer/Birk/Rinck.

4 Betreuungsrechtliche Praxis, seit 1992.

5 Buch Familienrecht, 3. Abschnitt, 2. Titel §§ 1896–1908 k.

6 Diamand, Vorläufige Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft als Ersatzformen der Entmündigung (1931).