

Jochen Schneider
Rechtliche Konzepte für den Softwarevertrieb

Vorbemerkung

Auf den ersten Blick haben Vertriebskonzepte für Software und das Hauptthema des zu Ehrenden, der Datenschutz, nicht viel gemein. Sie gehören beide zum IT-Recht. Wird der Datenschutz etwas weiter gesehen – wie dies auch stets das Anliegen von Alfred Büllesbach war –, mündet er im Informationsrecht bzw. gehört zu diesem, das erst in jüngerer Zeit Konturen erhält. Über dieses Informationsrecht gibt es eine direkte Querverbindung zum E-Commerce, augenfällig über die Informationspflichten der Anbieter, wie sie nunmehr in § 312 ff., insbes. § 312e BGB kodifiziert sind.

Ein Bezugspunkt des Datenschutzes zum Softwarevertrieb liegt darin, dass der Trend der Vertriebskonzepte auch bei Software zur Kundenbindung und -transparenz geht, was mit zentralen Institutionen des Datenschutzes – informationelle Selbstbestimmung, Schutz vor Transparenz und v. a. Profilbildung, Zweckbindung – zu konfliktieren. Eines der typischen Beispiele ist die Registrierung der Nutzer als Voraussetzung für die Aktivierung der Software (OLG München, CR 2001, 11). Durch die Schuldrechtsmodernisierung hat sich sowohl das Mangelrecht (u. a. durch Einbeziehung der Werbeaussagen) als auch das AGB-Recht zugunsten des Käufers/Kunden geändert. Manche Vertriebskonzepte basieren auf den Maßnahmen, die Nichterfüllung bzw. Mängel darstellen, sind intransparent und verletzen die Lieferantenpflichten sowie Datenschutzprinzipien.

Das Thema des Softwarevertriebs ist nicht nur von nationaler, sondern auch von internationaler Bedeutung. Berührungspunkte mit der EU-Rechtspolitik bestehen etwa im Bereich der Harmonisierungsrichtlinie, dort bei den Schutzmechanismen (mit der deutschen Besonderheit, dass die §§ 95a bis c UrhG-E nicht auf Software anwendbar sein sollen), sowie bei der Gruppenfreistellungs-Verordnung für Technologie-Transfer.

1. Formen derzeitigen Softwarevertriebs

Da das BGB gerade einer Modernisierung unterzogen wurde, liegt es nahe, dort nach der Form des Vertriebs zu suchen, die der Gesetzgeber als typisch angesehen hat. Die Schuldrechtsmodernisierung hat aber die Technologien, auf deren Beherrschung Fortschritt und Wohlstand der westlichen Welt basiert, mit keinem Wort gewürdigt, wenn man berücksichtigt, dass die Erwähnung der Software in § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB nur dem Umstand zu verdanken ist, dass eine entsprechende Regelung bereits für das Fernabsatzgesetz längst bestand (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 Fernabsatzgesetz). Wesentlich umfangreicher sind die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr in

§ 312e BGB geregelt, die auch für den Softwarevertrieb über Electronic Commerce gelten.

In § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB wird ausgerechnet eine Variante des Softwarevertriebs angedeutet, deren rechtliche Wirksamkeit problematisch ist. Vom Widerrufsrecht ausgenommen werden, wenn nichts anderes bestimmt ist, Software-Lieferungen, »sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind«. Damit werden die sogenannten Shrink-Verträge in eine sehr schöne juristische Falle gestellt: Einerseits sind die üblichen sogenannten Shrink-Wrap-AGB, die erst nachträglich durch das Aufreißen der Schutzhülle erkennbar werden, nicht in den Vertrag einbezogen (ganz abgesehen davon, dass sie von einer dritten Partei, nicht dem Händler, sondern dem Hersteller stammen). Andererseits wird nun gerade die Vertriebsform, bei der der Benutzer erst erkennen kann, was sachlich und vertraglich (eingeschweißte AGB) Inhalt ist, wenn er die Schutzhülle aufgerissen, evtl. erst, wenn er den Rechner gestartet hat, vom Widerrufsrecht ausgenommen. Hinsichtlich wirksamer Einbeziehung und genügender Transparenz der AGB (abgesehen davon, dass plötzlich ein Vertrag mit einem Dritten bestehen oder entstehen soll) bestehen bei solchen Shrink-Wrap-Verträgen zumindest in Deutschland größte Bedenken (zu USA s. Kochinke/Günther, CR 1997, 129; zu UCITA s. Lejeune, CR 2000, 201; für Deutschland s. Lejeune, ITRB 2001, 263).

Deren Berechtigung zeigt sich bei den folgenden beiden Beispielen:

- »Sie müssen den Bestimmungen des beiliegenden Lizenzvertrags zustimmen, bevor Sie dieses Produkt benutzen können. Das Produkt wird als einzelnes Produkt lizenziert. Sie sind nicht berechtigt, dessen Komponenten für die Verwendung auf mehr als einem Computer zu trennen. Falls Sie den Bestimmungen des beiliegenden Lizenzvertrages nicht zustimmen, geben Sie bitte das unbenutzte Produkt unverzüglich gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurück.«

Es handelt sich um Bestimmungen des Herstellers (der nicht Verkäufer ist), die man erst sehen kann, wenn der Verkäufer/Händler die Software mit Hardware angeliefert hat. Die Hardware selbst enthält bei OEM-Lieferanten bereits die Serialisierung in der Weise, dass in die Software eingegeben ist, für wen die Software lizenziert ist. Dementsprechend erscheint der Bildschirm mit dem Namen des Lizenznehmers, alles erst nach Kauf und nach Lieferung erkennbar. Zusätzlich ist eine ID-Nummer angegeben.

- Eingeschweißt bzw. mitgeliefert wird häufig, sinngemäß auch von anderen Herstellern, folgende Klausel:

»Dieser Microsoft-Endbenutzer-Lizenzvertrag (»EULA«) ist ein rechtsgültiger Vertrag zwischen Ihnen (entweder als natürliche oder juristische Person) und Microsoft-Cooperation für das oben bezeichnete Microsoft-Softwareprodukt, das Computersoftware sowie möglicherweise dazu gehörige Medien, gedruckte Materialien und Dokumentation im »Online«- oder elektronischen Format umfasst (»SOFTWAREPRODUKT«). Das SOFTWAREPRODUKT umfasst auch sämtliche Updates und Ergänzungen zum ursprünglich

von Microsoft gelieferten SOFTWAREPRODUKT. Jede zusammen mit dem SOFTWAREPRODUKT gelieferte Software, zu der ein separater Endbenutzer-Lizenzvertrag gehört, wird gemäß den Bestimmungen dieses Lizenzvertrages lizenziert. Indem Sie das SOFTWAREPRODUKT installieren, kopieren, downloaden, anderweitig verwenden oder darauf zugreifen, erklären Sie sich damit einverstanden, durch die Bestimmungen dieses EULAs gebunden zu sein. Falls Sie den Bestimmungen dieses EULAs nicht zustimmen, sind Sie nicht berechtigt, das SOFTWAREPRODUKT zu installieren oder zu verwenden; Sie können es jedoch gegen volle Rückerstattung des Kaufpreises der Stelle zurückgeben, von der Sie es erhalten haben.«

Da ein Vertrag konstruiert wird, der nicht besteht, sind auch die übrigen Regelungen der Klausel notleidend.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass es weitere Software-Märkte gibt, auf denen solche Verfahren real, also mit Verschweißen, nicht angewandt wurden und werden. Virtuell aber taucht der Shrink-Wrap-Vertrag wieder auf im sogenannten Click-On-Vertrag bzw. analog genannt »Click-Wrap«-Vertrag (s. z. B. Lejeune, ITRB 2001, 263). Für den deutschen Benutzer völlig überraschend und unsinnig erscheint, wenn ihn ein Computer, den er vorinstallieren ließ, beim ersten Start auffordert, nun entweder die Lizenzbedingungen, die er vorher gar nicht gesehen hat, zu akzeptieren, oder diese abzulehnen. Im zweiten Falle soll dann die Nutzung abgebrochen werden. Ähnliche Aufforderungen gibt es auch schriftlich in manchen Verträgen. Weiter wird der Kunde dann aufgefordert, dem Lieferanten (also nicht dem Lizenzgeber der Software) die Software wieder zurückzugeben. Dies wäre ein hübscher Vertrag zu Lasten Dritter, wenn zwischen Kunde und dem Lizenzgeber ein Vertrag bestünde. Dies ist bei Ablehnung der AGB des Lizenzgebers, weshalb wiederum die Rückgabe erfolgen soll, nicht der Fall. Muss man Software an den Händler zurückgeben, wenn man mit solchen AGB nicht einverstanden ist, die gar nicht Vertragsbestandteil sind? Kann man den Rechner mit der aufgespielten Software gleich mit zurückgeben?

Diese und ähnliche Besonderheiten im Vertrieb von PC-Software, auch und vor allem von Betriebssystemen, aber auch allgemeinen Anwendungen wie Textprogramm und ähnlichem, sollten nicht darüber hinweg täuschen, dass es auch einen großen Markt für Software gibt, bei dem die Software auf einem Datenträger zusammen mit einer Dokumentation dem Kunden geliefert wird, von dem Kunden selbst mit Unterstützung des Auftragnehmers installiert oder direkt vom Auftragnehmer beim Kunden installiert und eventuell sogar noch modifiziert wird. Im kommerziellen Bereich ist dies durchaus üblich. Zumindest muss in vielen Fällen die Software im IT-System des Kunden implementiert und konfiguriert werden. Für diese Fälle hatten manche Anbieter früher vorgesehen, dass der Kunde eine »Abnahme« (i. S. v. § 640 BGB) vornimmt. Damit haben sie sich keinen großen Gefallen getan, was die implizite Wahl des Vertragstyps betrifft, weil die entsprechende Institution dem Werkvertragsrecht entlehnt ist, während der Vertrag selbst dem Kaufrecht zuzurechnen wäre. Jedoch konnte man mit dem Ergebnis so lange

leben, als nicht ein Kunde auf die Idee verfiel, mit der Klausel Ernst zu machen. Dies würde dazu führen, dass evtl. die Gewährleistungsfrist noch nicht lief, der Pflegevertrag eigentlich noch gar nicht vergütungspflichtig sein konnte. Der Anwender wäre im Genuss der Position, wie sie einige OLG dem Anwender hinsichtlich der Ablieferung (erst nach Anlaufphase bzw. Überwindung der Anlaufschwierigkeiten und/oder nach erfolgreichem Probebetrieb), zugesprochen hatten. Diese Ausdehnung des Begriffs der Ablieferung hatte der BGH allerdings als nicht vertretbar qualifiziert (BGH v. 22.12.1999, CR 2000, 207). Die AGB des Anbieters sind insoweit für den Kunden günstig und deshalb wirksam.

Neuerdings stellt sich das Problem noch krasser, weil die Herstellung von Software gemäß § 651 BGB nach Kaufvertrag zu beurteilen ist. Fraglich kann dies werden, wenn man den Erfolg, etwa die Problemlösung, im Vordergrund sieht. Dann soll nach wie vor Werkvertragsrecht gelten (Palandt/Sprau, 61. Aufl. Erg-Bd. Rz. 4 zu § 651 BGB). Auch die Bearbeitung vom Kunden gestellter Software wird als Werkvertrag – nach wie vor – zu beurteilen sein (BGH v. 9.10.2001, CR 2002, 93; Palandt/Sprau, 61. Aufl. Erg-Bd. Rz. 4 zu § 651 BGB). Allerdings stellen sich die Anbieter eher vor, dass es sich um einen Dienstvertrag handele. Die Herstellung von Standardsoftware dürfte wahrscheinlich über § 651 BGB Werkvertrag sein. Hier ist noch weitere Klärung erforderlich (s. a. Redeker, ITRB 2002, 119; Thewalt, CR 2002, 1). Festzuhalten ist allerdings, dass dadurch die Thematisierung, wann genau abgeliefert ist, um so mehr Bedeutung erlangt, insbesondere i. V. m. § 377 HGB, was viele Kunden übersehen (also ihre Pflicht, die Lieferung zum Anlass zu nehmen, die Software zu untersuchen und ggf. bekannt werdende Mängel unverzüglich zu rügen).

Nicht so sehr hinsichtlich der Vertragsgestaltung selbst, als vielmehr nur hinsichtlich der Art der Ablieferung bahnt sich nun eine Verfahrensweise an, die nicht mehr auf einem Datenträger basiert. Der Kunde kann sich die Software selbst »downloaden«. Dazu braucht er eventuell noch nicht mal eine Kennung. Vielmehr erhält er diese später, wenn er den Download vollzogen hat. Allerdings ist dadurch ungewiss, wann genau diese Ablieferung erfolgt.

Die Tatsache, dass hier die Software als unkörperlich übertragen wird, tut weder der Sachqualität noch der vertragstypologischen Einordnung als Kauf Abbruch (siehe schon BGH v. 18.10.1989, CR 1990, 24).

Der Grund, warum diese Vertriebsart besonders aufmerksam behandelt werden sollte, ist, dass sie zum Vergleich dienen könnte, eine andere Vertriebsart auf ihre Rechtmäßigkeit hin genauer zu überprüfen, bei der genau umgekehrt verfahren wird: Der Kunde erhält datenträgerbasiert, eventuell fertig installiert auf einem ihm gelieferten Rechner zusammen mit einem Sicherungsexemplar die Software, kann aber nach einigen Malen des Startens die Software nicht mehr weiter produktiv nutzen (eventuell nur noch leasen), wenn er sie nicht frei geschaltet bekommt. Microsoft nennt dies »Aktivierung«.

Beim Download erhält evtl. der Kunde die Software auf einem Wege, für den er eine Art Berechtigung benötigt, die ihn legitimiert, den Zugangsweg zu nutzen und der ihn die Software in seinem Verfügungsbereich erst überneh-

men lässt. Damit wird erreicht, dass der Vertragspartner und nur dieser die Software erhalten kann, evtl. auch, dass nachgewiesen werden kann, dass der Kunde die Software auch tatsächlich erhalten hat, zumindest sie in seinen Verfügungsbereich nehmen konnte.

Im anderen Falle hat der Kunde bereits die Software, voll funktionsfähig auf einem Datenträger, kann aber dann mit dieser nichts mehr anfangen, wenn er nicht eine zusätzliche Handlung leistet. Auf dieses Erfordernis wird, je nach Händler, oft nur unzureichend hingewiesen. Da sowohl der Vertragsschluss als auch der Gefahr- und der Eigentumsübergang bereits vollzogen sind, stellt die nachträgliche Notwendigkeit, die Software »zu aktivieren« ein merkwürdiges retardierendes Moment dar, dessen Qualität näher untersucht werden muss. Seine Besonderheit im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Kontext ist, dass dabei die erhebliche Gefahr besteht, dass personenbeziehbare Daten anfallen und ein völlig unnötiger Kontakt mit jemand hergestellt werden muss, mit dem überhaupt kein Vertrag besteht, jedenfalls nicht so, wie sich dies der Hersteller womöglich vorstellt.

2. Zur Aufspaltung des Vertriebswegs: »OEM«, Update, Schulversionen u.ä.

Unter OEM wird, vor allem im Hardwarebereich, »Original Equipment Manufacturer« verstanden. Ursprünglich wurde diese Bezeichnung vor allem für solche Hersteller verwendet, die etwa für mehrere Partner das gleiche Gerät in unterschiedlicher Aufmachung fertigten. Bei Software wird der OEM-Vertriebsweg so verstanden, dass die Hersteller von PC-Komponenten oder PC die Software, beispielsweise von Microsoft, nur gemäß Vertrag mit den eigenen Produkten gebündelt auf dem Markt anbieten dürfen.

Eine typische OEM-Klausel für Software lautet etwa: »Die Software darf nur in Verbindung mit einem neuen Computer veräußert werden«. Die Updateklausel lautet etwa: »Dieses Programm prüft auf der Festplatte und/oder dem Diskettenlaufwerk /der CD, ob Sie zur Installation der Update-Version berechtigt sind. Die Software lässt sich nur installieren, wenn Sie ein lizenziertes Benutzer einer der folgenden Anwendungen sind:«.

Die Fronten in der Rechtsprechung zu Aufspaltbarkeit und Erschöpfung verließen bis zur BGH-OEM-Entscheidung wie folgt:

- a) Für die Möglichkeit der Aufspaltung des Vertriebsweges mit dinglicher Wirkung: KG Berlin und OLG Frankfurt. Vor allem in dem Verfahren Berlin, das schließlich zur BGH-Entscheidung führte, wurde das Vertriebssystem »OEM« ausführlich dargestellt.
- b) Gegen die Wirksamkeit einer solchen Aufspaltung: OLG Frankfurt in der älteren Entscheidung und OLG München.

Die folgende Aufstellung listet die Entscheidungen in zeitlicher Folge auf.

2.1 KG Berlin Verfügungsverfahren (v. 27.2.1996, CR 1996, 531):

»Es ist einem Händler untersagt, käuflich erworbene OEM-Software gegen den Willen des Herstellers auch ohne Hardware weiter zu verbreiten.«

»Der Erschöpfungsgrundsatz schließt vertragliche Beschränkungen der Verbreitung mit dinglicher Wirkung nicht aus.«

»Die Bindung des Softwareverkaufs an den gleichzeitigen Verkauf von Hardware verstößt weder gegen das GWG noch gegen Art. 85 EGV.« (LSe, Art. 85 EGV = alte Fassung)

2.2 Hauptsacheverfahren Berlin:

2.2.1 LG Berlin (v. 27.8.1996, CR 1996, 730) – Unzulässiger Verkauf von OEM-Software

»1. Der Händler darf käuflich erworbene OEM-Software nicht losgelöst vom Verkauf eines neuen PCs anbieten und vertreiben, wenn dies dem Willen des Herstellers zuwiderläuft.« (LS 1)

»2. Auch ist das Verbreitungsrecht des Herstellers nach § 69 c Nr. 2 Satz 2 UrhG an der OEM-Software nicht durch den Verkauf an den Händler insoweit verbraucht, als der Händler sich an die vertragliche Beschränkung durch den Hersteller nicht halten muss.« (LS 2)

»3. Die Bindung des Softwareverkaufs an den gleichzeitigen Verkauf von Hardware verstößt weder gegen das GWB noch gegen Art. 85 EGV.« (LS 3, Art. 85 EGV = a.F.)

Zum Vertriebssystem: »Der Vertrieb der OB-Produkte/Versionen erfolgt dergestalt, dass die Klägerin mit größeren Hardware-Herstellern (= OEM) unmittelbar Lizenzverträge abschließt, die diese zum direkten Bezug von OEM-Produkten/Versionen von sogenannten Authorized replicators berechtigt. Kleinere Hardware-Hersteller können OEM-Produkte/Versionen von – von der Klägerin eingeschalteten – Zwischenhändlern, sogenannten Delivery-Service-Partnern (= DSP) beziehen, welche die OEM-Produkte/Versionen ihrerseits von den sogenannten Authorized replicators erwerben.« (LG Berlin v. 27.8.1996, CR 1996, 730, 731)

2.2.2 KG Berlin (v. 17.6.1997, CR 1998, 137):

»Die Vertriebsbeschränkung stellt keine willkürliche Diskriminierung im Sinne des Art. 36 Satz 2 EWG-Vertrag dar.« (LS 2)

Das Gericht machte sich seine Ausführungen im Urteil v. 27.2.1996 aus dem vorangegangenen Verfügungsverfahren, CR 1996, 531, ausdrücklich zu eigen (Ziff. 2.1).

Die OEM-Version, die nicht als sogenannte Fachhandelsversion angeboten

werden soll, erhält als Produktbezeichnung im Aufdruck »Darf nur mit einem neuen PC vertrieben werden«.

2.3 OLG Frankfurt (v. 3.11.1998, CR 1999, 7), anders noch als in der späteren OEM-Entscheidung:

»Ein Hersteller kann die Update-Version eines Computerprogramms nicht unter dem Vorbehalt veräußern, dass ein Verkauf nur an solche Nutzer zulässig ist, die bereits die ursprüngliche Vollversion des Programms erworben haben. Vielmehr kann sich eine urheberrechtlich relevante Beschränkung nur auf Verbreitungsarten oder auf Absatz- oder Vertriebswege, nicht aber auf bestimmte Personenkreise und deren Besitz von Vollversionen beziehen.« (LS)

2.4 OLG München (v. 12.2.1998, CR 1998, 265)

Es ging um Update-Vertrieb als Vollversion. Die Versionen wurden auch teilweise als »Upgrade« bezeichnet. Die Antragsgegnerin hat auf Bestellung Updates als Vollversionen »verkauft«. »In der Bundesrepublik Deutschland wird das Programm von A-GmbH vertrieben, der die Antragstellerin ein ausschließliches Vertriebsrecht eingeräumt hat. Von dieser werden Vervielfältigungsstücke des Programms auf Datenträgern – Compacts Discs, Disketten – mit begleitenden Handbüchern an Händler verkauft, die die Programme weiter veräußern.«

»Im Fall der Veräußerung von Vervielfältigungsstücken eines Computerprogramms tritt eine umfassende Erschöpfung des Verbreitungsrechts ein, sofern nicht die Ausnahme des Vermietrechts vorliegt.« (LS)

2.5 OLG Frankfurt (v. 18.5.2000, CR 2000, 651)

Wenige Wochen vor der BGH-OEM-Entscheidung wurde vom OLG Frankfurt bei etwas anderer Fallkonstellation (die Bündelung von Software und Hardware erfolgt im Ausland, das Vervielfältigungsstück kommt als Bundle auf den Markt in der EU):

»Der isolierte Vertrieb, der mit den Hinweisen »Bundle-Version« bzw. »For Bundles Only – not to be sold separately« versehenen OEM-Version eines Softwareprogramms für Scanner ohne den gleichzeitigen Vertrieb eines neuen Scanners verletzt das Verbreitungsrecht des urheberrechtlichen Nutzungsberechtigten.

§ 69 c Nr. 3 Satz 2 UrhG steht nicht der dinglichen Beschränkung des Verbreitungsrechts in Bezug auf OEM-Software entgegen.«

2.6 BGH (v. 6. 7. 2000, I ZR 244/97, CR 2000, 651 – OEM –)

Im Rechtszug des Hauptsacheverfahrens Berlin, Ziff. 2.2, erging die Entscheidung des BGH mit Aufhebung des Urteils des KG:

Mittels schuldrechtlicher, evtl. zwischen Hersteller und Händler wirkender Beschränkung der Ausübung des eingeräumten dinglichen Rechts zum Vertrieb kann der Urheber wegen Erschöpfung den Weitervertrieb auf dinglicher Ebene nicht begrenzen.

Die Aktivierungsprozedur ist eine unmittelbare Antwort auf die Unwirksamkeit der Maschinenbindungsklausel im OEM-Geschäft. Statt rechtlicher Regeln erfolgt nun eine faktische, technische Sperre. Zu der neuen Technik der Aktivierung gibt es nur wenig Entscheidungen. Allgemein zu Programmsperren existiert eine Reihe von Entscheidungen, die nahe legen, dass es sich um einen Mangel handelt.

3. Programmsperren

Das Problem im Verhältnis zum Endkunden ist vor allem, ob ein Sachmangel vorliegt, evtl. ein Rechtsmangel, Nichterfüllung und/oder Nichterfüllung, im Verhältnis zum Händler, ob eine wirksame Beschränkung im Vertrieb vorliegt. Es ist zu berücksichtigen, dass der Vertrag zwischen Lizenzgeber und Händler wirksame Beschränkungen zur Absicherung des Lizenzgebers enthalten kann, die für den Vertrag zwischen Händler und Kunde unwirksam sind und als faktische Sperren eine Vertragsverletzung darstellen können. Dabei ist zu bedenken, dass der Regress-Anspruch (§ 478 BGB) in der Lieferkette nur bei Verbrauchsgüterkauf im Verhältnis zum Endkunden und nur innerhalb der EU wirkt, also nicht im Verhältnis zum Lizenzgeber in USA.

Sperren können ihre Legitimation nur bedingt aus der Harmonisierungsrichtlinie ableiten, nicht zuletzt, weil nach deutschem Recht die Regeln zu Schutzmechanismen nach § 95a – c UrhGE nicht für Software gelten sollen. So gibt es in der Rechtsprechung Entscheidungen, die einen Sachmangel bejahen und andere, die diese Frage offen lassen.

3.1 Offen gelassen, ob Sachmangel:

3.1.1 BGH (v. 3.6.1981, NJW 1981, 2684 – Programmsperre I):

»Das Vorhandensein einer vom Hersteller vorprogrammierten periodischen Sperre eines Computerprogramms (expiration date), welche dem Schutz vor unbefugter Nutzung dient, ergibt den Nutzungsberechtigten kein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Nutzungsvertrages wegen Beeinträchtigung der Gebrauchsüberlassung.« (LS)

Es erfolgt die Anwendung von Mietrecht über Pacht, von Pachtrecht über »Vertrag eigener Art« im Bereich der Know-how-Überlassung.

3.1.2 BGH (v. 25.3.1987, CR 1987, 358 = NJW 1987, 2004 – Programmsperre II):

»Der Anbieter hat die Vertrauensbasis zum Kunden dadurch verletzt, dass er seine für den Kunden nachteiligen Bedingungen eines abzuschließenden Vertrages mit dem Druckmittel einer dem Kunden bis dahin verheimlichten, kurzfristig wirksam werdenden Programmsperre durchzusetzen versuchte. Ob allein der Einbau einer Programmsperre als solches bereits eine Vertragsverletzung wäre, blieb offen.«

3.1.3 BGH (v. 15.9.1999, CR 2000, 94 – Programmsperre III; gegen OLG Bremen), Zweiterwerber gegen Erstverkäufer bei Weiterveräußerung von Software mit Programmsperre:

»Der Hersteller eines Computerprogramms, der in die von ihm entwickelte Software eine periodisch wirksam werdende Programmsperre (expiration date) einbaut, die ohne die Eingabe eines dem eigenen Vertragspartner jeweils mitgeteilten Codewortes den Zugriff auf das Programm hindert, kann von einem Zweiterwerber, der das Programm in Unkenntnis der Sperre gebraucht erwirbt, wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) auf Schadensersatz mangels Schädigungsvorsatzes nicht in Anspruch genommen werden.« (LS)

Es bleibt also auch hier offen, ob die Software durch die Programmsperre mangelhaft ist bzw. ob es sich hier um eine Vertragsverletzung im Innenverhältnis handelt.

3.2 Programmsperre als Sachmangel:

3.2.1 LG Wiesbaden (v. 4.4.1989, CR 1990):

»Der Einbau einer Programmsperre, um einen säumigen Kunden zur Zahlung zu zwingen, stellt den Einbau eines Mangels dar.« (LS 1)

3.2.2 LG Ulm (v. 1.12.1988, CR 1989, 825):

- »1. Ein Softwareproduzent, der seine Zugriffsmöglichkeit auf die Software seines Abnehmers dazu ausnutzt, dort eine Programmsperre zu installieren, um den Kunden damit unter Druck setzen zu können, erfüllt den Tatbestand der Datenveränderung (§ 303 a StGB).
2. Droht dadurch dem Kunden ein nicht unerheblicher Schaden, liegt Computersabotage (§§ 303 b Abs. 1 Nr. 1 StGB) vor.«

3.2.3 OLG Celle (v. 3.3.1992, CR 1994, 217):

»Ein ungenügendes Handbuch, dem Händler vorenthaltenes Passwort und Kryptoschutz berechtigen den Händler zur Wandlung.«

3.2.4 OLG Köln (v. 9.8.1995, CR 1996, 285; s.a. Wuermeling, CR 1994, 585):

»Der Einbau eines expiration date in ein Softwareprogramm durch den Lieferanten, von dem der Benutzer nicht informiert war, rechtfertigt jedenfalls dann keine fristlose Kündigung, wenn der Benutzer durch sie nicht behindert wird und bei vertragsgerechter Nutzung auch nicht Gefahr läuft, behindert zu werden.« (LS)

3.2.5 AG Hanau (v. 26.6.1998, CI 1999, 23):

»Wird bei einem Softwarepflegevertrag dem Anwender eine regelmäßige Aktualisierungspflicht auferlegt und diese mittels einer wiederkehrenden Dateisperre abgesichert, so ist der Pflegevertrag sittenwidrig und damit nichtig.« (LS)

3.2.6 OLG Köln (v. 29.10.1999, CR 2000, 354):

»Eine in eine Standardsoftware eingebaute, dem Käufer verschwiegene Programmsperre stellt jedenfalls dann einen Mangel dar, wenn zu ihrer Beseitigung Systemdisketten erforderlich sind, die sich nur im Besitz der Verkäufer befinden.« (LS 2)

3.2.7 OLG Frankfurt (v. 14.12.1999, CR 2000, 146; so a. LG Frankfurt v. 17.12.1998, CR 1999, 147):

»Aktiviert der Lizenzgeber eine Programmsperre, die die Nutzung der Software auf leistungsfähigerer Hardware unmöglich macht und erklärt, die Sperre nur aufzuheben, wenn der Lizenznehmer der Änderung des Systemverzeichnisses unter Anfall einer neuen Lizenzgebühr zustimmt, handelt es sich um eine Drohung.«

3.2.8 LG München I (v. 4.4.2000, CR 2000, 506 (s.a. OLG Köln v. 9.8.1995, CR 1996, 152, Ziff. 3.2.4)):

Eine Programmsperre zu Registrierungszwecken ist »unzulässig«. Und weiter: »Sperrt ein Softwarehersteller nach 25-maligem Start die weitere Programm-

nutzung, wenn der User nicht bestimmte persönliche Daten in Form der Registrierung offen legt und wurde der Benutzer weder auf der Verpackung noch im Lizenzvertrag auf diese Nutzungsbeschränkung hingewiesen, handelt der Softwarehersteller sittenwidrig.«

Um diesen Anforderungen zu genügen, müsste der Anbieter auch die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen schaffen, z. B. seine Unterrichtungspflichten nach § 4 Abs. 3 BDSG und die Pflicht zur Festlegung der Zwecke nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG erfüllen.

3.2.9 OLG München (v. 12.10.2000, CR 2001, 11, zu LG München I v. 4.4. 2000, CR 2000, 506):

Zumindest ohne ausdrücklichen Hinweis für den Kunden ist eine Programmsperre zu Registrierungszwecken wettbewerbswidrig.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass Sperren nach altem Recht überwiegend als Mangel qualifiziert wurden. Den »Tausch«, Daten gegen Freigabe, hat das LG München (Ziff. 3.2.8) besonders klar gesehen und als rechtswidrig auch deshalb charakterisiert, weil Datenschutzbelange des Betroffenen tangiert sind. Insofern sah das Gericht die Registrierung als »Form einer besonders verwerflichen Nötigung durch Ausübung eines psychischen Zwangs« an. Allerdings ist im Vergleich mit Aktivierungsverfahren in Verbindung mit einer Sperre festzuhalten, dass die Registrierung der Aktivierungsdaten anonym erfolgen kann (aber wohl nicht erfolgt).

4. CPU-Klauseln

Es gibt Klauseln, die Marly Systemklauseln nennt, wo der Hersteller dem Kunden es nur erlaubt, die Software auf einer bestimmten Anlage zu verwenden. Diese wird dann durch die Betriebssystemnummer, evtl. eine Geräte-Nummer, möglicherweise auch durch Raum (Site-Klauseln) näher beschrieben. Eine Notfallklausel gilt für den Fall, dass die erlaubte Maschine einmal nicht zur Verfügung steht. Die Maschinenbindung ist mit der bei Aktivierung vergleichbar, dient allerdings vor allem dazu, bei Übernutzung zusätzliche Vergütung zu erhalten: Will der Anwender die Software auf eine größere Maschine verbringen, soll er dafür zahlen (Upgrade).

Die wohl herrschende Meinung ist, dass eine solche CPU-Klausel allenfalls bei einem Mietvertrag wirksam ist, wobei auch dann noch besondere Anforderungen gelten (OLG Frankfurt v. 14.12.1999, CR 2000, 146, Ziff. 4.2).

4.1 OLG Frankfurt v. (10. 3. 1994, CR 1994, 398):

Das Gericht rügte vor allem, dass zwar offensichtlich unterschiedliche

Lizenzgebühren je nach CPU-Ausbaustufe als ausschlaggebender Faktor zu entrichten seien, was dem Gericht aber nicht hinreichend deutlich genug dargelegt erschien (I. Instanz: LG Frankfurt v. 17.12.1998, CR 1999, 147 – CPU-Klausel und Programmsperre).

4.2 OLG Frankfurt/Main (v. 14.12.1999, CR 2000, 146):

»Eine CPU-Klausel in AGB, nach der dem Verwender und Lizenzgeber eine erhöhte Lizenzgebühr trotz fehlender und nicht gewollter Ausschöpfung einer erhöhten Rechnerkapazität durch den Lizenznehmer zustehen soll, ist unwirksam.« Die Klausel wäre ansonsten nach Ansicht des OLG, anders als bei Kauf (Ziff. 4.1), wirksam gewesen, weil es sich um einen Mietvertrag handelte. Die Klausel scheiterte hier an mangelnder Transparenz, dazu noch unter Ziff. 8.

5. Dongle

Die meisten Entscheidungen zu Dongles waren solche, die im Wettbewerbsverhältnis das Programm zur Aufhebung des Schutzes durch den Dongle zum Gegenstand hatten. Inwieweit der Dongle selbst vertragsgemäß ist, kann daraus nicht unmittelbar abgeleitet werden. Allerdings war das OLG Karlsruhe (Ziff. 5.4) der Ansicht, dass die Änderungen des Computerprogramms, die den Kopierschutz ausschalten, nicht unter den bestimmungsgemäßen Gebrauch fallen. Daraus kann man rückschließen, dass der Dongle wohl zum bestimmungsgemäßen Gebrauch gehöre, was allerdings nicht zwingend ist.

Es ist unklar, ob der Dongle zur Software gehört oder nicht. Ist er Teil der Software, muss sich auch das Fehlerberichtigungsrecht des Anwenders darauf im Falle von Störungen erstrecken. Ist er nicht Teil der Software, evtl. nicht vertraglich vereinbart, ist seine Umgehung urheberrechtlich nicht relevant, solange nicht die vertraglichen Befugnisse des Anwenders überschritten werden. Die Gerichte sahen dies anders:

5.1 LG Mannheim (v. 20.1.1995, CR 1995, 542):

»Die Beseitigung oder Umgehung einer Dongle-Abfrage ist durch §69 d UrhG gerechtfertigt, wenn das Programm infolge der Abfrage nicht störungsfrei läuft.« (LS 1). Anderer Meinung ist das OLG Karlsruhe, s. unten, Ziff. 5.4.

5.2 OLG München (v. 22.6.1995, CR 1996, 11):

»Es verstößt gegen die guten Sitten im Wettbewerb, wenn ein Wettbewerber ein Programm (hier ein Dongle-Umgehungsprogramm) anbietet und/oder ver-

treibt, das auch dazu geeignet ist, eine unberechtigte Nutzung fremder Software zu ermöglichen.« (LS 2)

Vorinstanz LG München I v. 1.12.1994, CR 1995, 669 mit dem Zusatz, dass die Wettbewerbswidrigkeit auch dann besteht, »wenn das Programm eine Vielzahl weiterer selbstständiger Teilprogramme enthält, bei deren Vertrieb kein Verstoß gegen § 1 UWG ersichtlich ist.«

5.3 BGH (v. 9. 11. 1995, CR 1996, 79; s.a. Raubenheimer, CR 1996, 69):

»Zum überwiegenden Interesse an der Vollstreckung eines Urteils, das gegen einen Schuldner auf Unterlassung und Auskunftserteilung erkennt, der ein Computerprogramm zur Umgehung der Sicherung eines anderen Computerprogramms vertrieben hat.«

5.4 OLG Karlsruhe (v. 10.1.1996, CR 1996, 341 (anders als LG Mannheim, Ziff. 5.1)):

- » 1. Nachträgliche Veränderungen eines Computerprogramms, die bewirken, dass ein anderer, wesentlicher Teil des Programms ausgeschaltet wird, fallen nicht unter den bestimmungsgemäßen Gebrauch (§ 69 d Abs. 1 UrhG).
2. Die Entfernung der Dongle-Abfrage in einem Computerprogramm ist nach §§ 69 c Nr. 2, 97 Abs. 1 UrhG unzulässig.« (LS 1 + 2)

5.5 LG Düsseldorf (v. 20.3.1996, CR 1996, 737):

- » 1. Die Beseitigung der Dongle-Abfrage stellt eine zustimmungspflichtige Bearbeitung im Sinne von § 69 c Satz 1 Nr. 2 UrhG dar.
2. Die Ausschaltung der Dongle-Abfrage ist nicht als bestimmungsgemäßer Gebrauch (§ 69 d Abs. 1 UrhG) zu qualifizieren, auch § 69 f. Abs. 1 UrhG legitimiert eine solche Handlung nicht.« (LS 1 + 2)

5.6 BGH (v. 24. 2. 2000, CR 2000, 656 – Programmfehlerbeseitigung):

Nicht unmittelbar zu Dongle und dessen Problemen, wenn dieser stört bzw. mangelhaft ist, jedoch zu deren Lösung verwertbar, ist eine wenig beachtete BGH-Entscheidung zu den (urheberrechtlichen) Mindestrechten des Nutzers. Danach kann dem Nutzer nicht einmal in einer Individualvereinbarung das Recht auf Fehlerbeseitigung genommen werden. Allenfalls kommt in Betracht, dass der Anwender zunächst dem Anbieter Gelegenheit zur Abhilfe bietet.

6. Neue Vertriebswege und Leitlinien in der EU

Die Europäische Kommission hat »Leitlinien für vertikale Beschränkungen« mitgeteilt (ABl. v. 13.10.2000, C 291/1). Für Software relevant sind darin die Ziffern (40) und (41).

(40) »Vereinbarungen über die Lieferung von Kopien einer Software auf einem materiellen Träger (»Hard Copy«) zum Zwecke des Weiterverkaufs, mit denen der Wiederverkäufer keine Lizenz für irgendwelche Rechte an der Software selbst erwirbt, sondern lediglich das Recht, die Kopien weiter zu verkaufen, sind im Hinblick auf die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung als Vereinbarungen über die Lieferung von Waren zum Weiterverkauf anzusehen. Bei dieser Form des Vertriebs besteht das Lizenzverhältnis nur zwischen dem Inhaber der Urheberrechte und dem Nutzer der Software, der gegebenenfalls mit Öffnen der Verpackung des Softwareprodukts gezwungen wird, eine Reihe von Bedingungen zu akzeptieren.«

(41) »Käufer von Hardware, die mit urheberrechtlich geschützter Software geliefert wird, können vom Rechtsinhaber dazu verpflichtet werden, nicht gegen das Urheberrecht zu verstoßen, indem sie z. B. die Software kopieren und weiter verkaufen bzw. i.V.m. einer anderen Hardware verwenden. Derartige Beschränkungen sind, soweit sie unter Art. 81 Abs. 1 fallen, nach der Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt.«

Rz. (40) betrifft wohl die sogenannten Shrink-Wrap- bzw. Click-Wrap-Verträge, ohne dass darüber entschieden wäre, ob diese Verträge nach deutschem Recht richtig »einbezogen« sind. Die Rz. (40) zielt wohl v.a. auf den Vertrieb, den man bei Hardware analog »Kisten schieben« nennen würde. Tatsächlich trifft aber keine der beiden Rz. in reiner Form auf die bisherigen OEM- und Autorisierungsverfahren zu.

Rz. (40) erfordert, dass eine Vereinbarung über die Lieferung von Kopien einer Software auf einem materiellen Träger (»hard copy«) zum Zwecke des Weiterverkaufs erworben wird und dabei der Wiederverkäufer keine Lizenz für irgendwelche Rechte an der Software selbst erwirbt. Dieses Erfordernis ist beim OEM z.B. nicht erfüllt, da er die Software auf dem Rechner aufspielen und insofern sein Vervielfältigungsrecht haben muss, gegebenenfalls auch für die Konfiguration, das Herstellen der Sicherungskopie, auch wenn diese keine echte Sicherungskopie sein sollte (weil sie wieder mit einer Sperre versehen ist).

Die Alternative bietet die Rz. (41). Diese scheint auf OEM gemünzt zu sein, weil sie von »Käufer von Hardware, die mit urheberrechtlich geschützter Software geliefert wird«, spricht. Die Regel besagt jedoch nur, dass diese Käufer verpflichtet werden können, nicht gegen das Urheberrecht zu verstoßen, indem sie z.B. die Software kopieren und weiter verkaufen bzw. in Verbindung mit einer anderen Hardware verwenden. Letzteres wird man wohl nicht so verstehen können, dass das Loslösen von dem Rechner verboten wäre, sondern die Software kopiert wird und sie anschließend auf einer anderen Hardware verwendet wird, also eine verbotene Vervielfältigung vorgenommen wird (a.M. zu Vorstehendem: Moritz, MMR 2001, 94).

Z.B. lautet ein Teilstück aus einem XP-Händlervertrag sinngemäß:

Gegenstand im Rahmen der Begrenzungen dieses Lizenzabkommens sind folgende Rechte des Händlers begrenzt auf:

- Vorinstallieren des Softwareprodukts auf einem Kundensystem
- Verbreitung direkt oder indirekt und sublizenzierend gegenüber einem Endkunden entsprechend der EULA für jedes Produkt wie folgt:
 - 1) das vorinstallierte Produkt
 - 2) eine Kopie des Softwareprodukts auf einem externen Datenträger wie von Authorized Replicator erworben und
 - 3) eine COA und eine APM.

In anderem Zusammenhang wird dann darauf hingewiesen, dass beim Kunden eine Sperre nach 50-maligem Laden einsetzt (entsprechend dem Sachverhalt LG/OLG München Ziff. 3.2.8, 3.2.9):

»Gemäß den Bedingungen dieses EULA wird der Gebrauch des Produkts auf 50-malige ›Launches‹ des Produkts beim Enduser begrenzt, wenn nicht der Enduser das Produkt mit ... in der Weise aktiviert, die im Produkt selbst während des Starts (Launch) beschrieben wird.«

Der Händler wird dem Kunden mit in gleichen oder im wesentlichen ähnlichem Hinweis in klarer Weise versorgen, bevor dieser das Produkt erwirbt, z.B. in Anzeigen, Verpackung oder Material am Punkt des Kaufs. Die entsprechende Klausel, zu deren Vereinbarung man verpflichtet wird, lautet:

»Bestimmte Softwareprodukte des Herstellers einschließlich dieses Computers können technologische Maßnahmen zum Kopierschutz enthalten. In einem solchen Fall werden Sie nicht in der Lage sein, das Produkt zu nutzen, wenn Sie nicht vollständig entsprechend dem Produktaktivierungsverfahren vorgehen. Das Produktaktivierungsverfahren und die Privacy Policy des Herstellers wird detailliert während des Startvorgangs des Produkts dargelegt oder auch bei bestimmten Vorgängen der erneuten Installation oder Rekonfiguration und sie wird vervollständigt auf dem Wege des Internets oder Telefon, wobei Gebühren anfallen können.«

Relevant ist in diesem Zusammenhang wohl v.a. der Beitrag von Moritz, MMR 2001, 94. Unklar bleibt, auf welcher Rechtsbasis Händler, die auch aufspielen, vorkonfigurieren usw., dies tun, wenn sie, wie Moritz meint, keine Rechte außer dem Recht der Weitergabe haben. Völlig unklar ist, wie der Händler sich vom Anspruch auf Erfüllung des Kunden diesem gegenüber befreien kann, wenn er nicht selbst über die Aktivierungstechnologie und das -verfahren verfügt. Vor Freischaltung ist Erfüllung nicht denkbar. Auf die Unterscheidung Mangel/ Erfüllung kommt es angesichts des Nacherfüllungsanspruchs des Kunden nicht an. Da unklar ist, wann genau die Aktivierung – nach Änderungen an der Hardware – wieder erforderlich ist, dürfte ohnehin eine Aktivierungserfordernis nicht wirksam vereinbart sein. Ohne wirksame Vereinbarung ist das Aktivierungserfordernis mit sonst drohender Sperre eine vorsätzliche Pflichtverletzung, die schon parallel zum Mangelananspruch zum Schadensersatz gegenüber dem Kunden, etwa wegen Betriebsstillstand, verpflichtet (§ 280 BGB).

7. Ablieferung von Software per Download

Auch ein Vertrag über Software, die per Download »geliefert« wird, ist (bei Rechtseinräumung auf Dauer gegen Einmalentgelt) nach den Bestimmungen des Kaufvertragsrechts zu beurteilen (BGH v. 18.10.1989, CR 1990, 24). Dabei kommt es nicht auf eine Vermögensverschiebung, insbesondere auf eine Vermögenseinbuße des Verkäufers an, sondern vielmehr auf die Vermögensmehrung des Käufers (s. Busse, CR 1996, 389). In seiner Entscheidung vom 18.10.1989 stellte der BGH fest, dass unabhängig davon, ob ein Datenträger übergeben worden ist oder ob Software durch Überspielung auf die Festplatte des Käufers übertragen wird, der eigentliche Zweck des Kaufvertrages über Software der ist, die Software für den Käufer auf dessen Computer nutzbar zu machen. Der Datenträger wird deshalb als »Mittel zum Transport« bezeichnet.

Anders als bei Sperre und Aktivierung dienen Keys und ähnliche Einrichtungen beim Download nur dazu, dass der konkrete Vertragspartner die Software sicher auf anderem Wege als dem der körperlichen Übergabe mit Datenträger erhält. Allerdings stellen sich eine Reihe von Fragen bzw. sind im Vertrag wichtige Maßgaben zu vereinbaren, damit Erfüllung nachweislich erfolgt ist und Vergütung erfolgreich verlangt werden kann. Die wesentlichen Aspekte sind orientiert an der konventionellen Art der Leistungserbringung (BGH v. 4.11.1987, NJW 1988, 406; BGH v. 22.12.1999, CR 2000, 207):

- Übergabe, Zeitpunkt und Nachweis,
- Gefahrübergang, Zeitpunkt,
- Verfügbarkeit im Machtbereich des Kunden i.V.m.
- Erfüllungsort (Rechner des Kunden, von dem aus der Download erfolgt; s. a. Holzbach/Süßenberger in: Moritz/Dreier (Hrsg.), Rechtshandbuch zum E-Commerce, Köln 2002, C, Rn. 352).

Wenn anders als bei Übergabe eines Datenträgers der Download gleichzeitig zur Installation führt, ist auch die Ablieferung erst mit der Installation auf dem empfangenden Rechner abgeschlossen. Dies ist wichtig auch für

- Untersuchungs- und Rügepflicht des Kunden,
- Beginn der Verjährungsfrist für Mängel,
- Fälligkeit der Vergütung bzw. kein Zurückbehaltungsrecht des Kunden mehr.

Wichtig ist, dass wohl kein Versandkauf vorliegt (s. a. Holzbach/Süßenberger, in: Moritz/Dreier (Hrsg.), Rechtshandbuch zum E-Commerce, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002, C, Rn. 352). Unklar ist, ob eine Holschuld vereinbart werden kann, wobei wohl die Übermittlung des für den Download erforderlichen Keys nicht schon die eigentliche Erfüllungshandlung ist.

Vorsorglich könnte der Anbieter vorsehen, auf Anforderung die Software auch auf Datenträger zu übermitteln. Dies kann sich insbesondere im Hinblick auf die Dokumentation empfehlen.

8. Transparenzgebot

Für die IT-Branche bewirkt die Schuldrechtsmodernisierung eine Fülle von Neuerungen und Problemen der Vertragsgestaltung und -handhabung (Bartsch, CR 2001, 649; Goldmann/Redecke, MMR 2002, 3; Koch, CR 2001, 569; Schneider, ITRB 2001, 242 (RegE); Thewalt, CR 2002, 1; von Westphalen, NJW 2002, 12; Ziegler/Rieder, ZIP 2001, 1789):

Die Schuldrechtsmodernisierung bietet der IT-Branche mit der Kodifizierung des Transparenzgebots eine besondere rechtliche Herausforderung. Die Kodifizierung des Transparenzgebotes umfasst auch Leistungsbestimmungen und Vergütungsregeln. Beide knüpfen bei Software häufig an technische Gegebenheiten, die nur zum Teil in AGB und/oder Leistungsbestimmungen adäquat bzw. überhaupt geregelt sind.

Das Transparenzgebot erfordert klare (und deshalb kurze) und deutliche (und deshalb einfache) Formulierungen.

Dies erzeugt ein Spannungsverhältnis zum neuen Begriff des Sachmangels bei Kauf, der detaillierte Regelungen zur Beschaffenheit zur Absicherung des Lieferanten gebietet.

8.1 Eine Aktivierungsklausel lautet in aktuellen Anzeigen etwa wie folgt:

»Produktaktivierung bei Wechsel von Systemkomponenten oder Neuinstallation erforderlich.« Evtl. steht dies noch im Kontext bzw. in der gleichen Zeitung, wo für das Produkt, hinsichtlich dessen die Produktaktivierung in der Annonce des Händlers angegeben ist, in der Annonce des Herstellers: »Alles wird leichter« (relevant im Hinblick auf § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB).

Da es sich insoweit um Angaben des Herstellers und des Händlers handelt, die zusammen gesehen werden müssen, dürfte die Aktivierungsklausel allein als nicht transparent erscheinen, weil sie die Tatbestände nicht genau beschreibt, sind aber die beiden Aussagen zusammen so zu verstehen, dass eine der beiden Aussagen falsch ist. Ist die Klausel unwirksam, ist die Aktivierung ein Mangel (nicht vereinbarte Beschränkung). Die Unwirksamkeit kann sich daraus ergeben, dass die beiden Aussagen nicht zusammenpassen, sich vielmehr widersprechen (§ 305c BGB 2002). Allerdings kann sich für den Kunden als günstig erweisen, dass alles leichter wird und insofern eine gewährleistungsrechtlich relevante Aussage zur Beschaffenheit vorliegt. Ansonsten kommt es zur weiteren Prüfung, ob die Klauseln auch transparent sind.

8.2 § 307 BGB 2002 behandelt das Thema Transparenz mehrfach:

8.2.1 Transparenz von ABG (§ 307 Abs.1 Satz 2 BGB 2002)

Im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung war vorgesehen, dass in § 307 BGB die »Inhaltskontrolle« gegenüber § 9 AGBG um eine weitere Fallgruppe erweitert wird. Danach wäre eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen gewesen, wenn eine Bestimmung »nicht klar und verständlich ist« (§ 307 Abs. 2 Nr. 3 BGB-RegE, Stand 9.5.2001).

Durch Übernahme der Beschlüsse des sechsten Ausschusses erfolgte eine systematische und redaktionelle Änderung, die im Ergebnis die gleiche Wirkung haben kann.

Zunächst erfolgt die entsprechende Regelung in Abs. 1 des § 307 BGB 2002:

»Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist« (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB 2002).

Danach würde es zwei grundsätzliche, abstrakte Arten der unangemessenen Benachteiligung geben, nämlich die

- »entgegen den Geboten von Treu und Glauben« (Abs. 1 Satz 1) und dass
- eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

Gemäß der endgültigen Gesetzesfassung kann sich aus Intransparenz Unwirksamkeit ergeben, muss aber nicht. Vorzugsweise ist zu prüfen, ob im Rahmen der Unklarheitenregelung ein für den Kunden günstiges Ergebnis erzielt wird, das ihm nicht über Unwirksamkeit wegen Intransparenz genommen werden soll (sinng. Begründung des sechsten Ausschusses).

8.2.2 Weitere Ausprägung des Transparenzgebots

Die zweite Ausprägung des Transparenzgebotes betrifft Leistungsbeschreibungen und Vergütungsregeln, die ebenfalls unwirksam sein können, wenn sie nicht klar und verständlich formuliert sind.

Die Tragweite der Regelung gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 2 BGB 2002 ist nicht klar abzuschätzen. Die Schuldrechtsmodernisierung ist vom Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt, nicht zuletzt durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Weiter wurde an vielen Stellen versucht, den Stand der bisherigen Rechtsprechung aufzugreifen und einzubauen, so etwa bei culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung. Es darf deshalb angenommen werden, dass zumindest keine geringeren Anforderungen an die Transparenz zu stellen sind, als nach den bisherigen Kriterien der Rechtsprechung.

Ein Satz wie: Dies ist eine Lizenz, kein Kaufvertrag, wird sowohl als unklar als auch als undeutlich anzusehen sein. Er darf auf keinen Fall bei der vertragstypologischen Einordnung herangezogen werden, obwohl genau dies wohl intendiert wäre.

8.3 Leistungsbeschreibung und Transparenzgebot

Grundsätzlich sind Leistungsbeschreibungen AGB-fest, bislang § 8 AGBG. Für sie gilt aber auch das Transparenzgebot.

8.3.1 Änderung im AGB-Recht

Eine entsprechende Regelung fehlte im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf vom 9.5.2001. Laut Synopse sollte § 8 AGBG funktionell durch § 307 Abs. 3 RegE ersetzt werden, und zwar ohne inhaltliche Änderungen. Der ursprüngliche Text sollte lauten:

Abs. 1 und Abs. 2 mit Ausnahme der Regelung des Abs. 2 Nr. 3 – Transparenzgebot – i.V.m. Abs. 1 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelung vereinbart werden.

Die endgültige Fassung lautet:

»Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 unwirksam sein.«

Die Änderung gegenüber dem RegE mit der oben zitierten Ergänzung bei § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB-Entwurf bewirkt, dass Leistungsbestimmungen und Vergütungsregelungen, die an sich nicht unter die Inhaltskontrolle fallen würden, dies insoweit tun, als sie nicht klar und verständlich sind, obwohl bzw. auch wenn sie nicht von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen enthalten.

Im Zusammenhang mit Leistungsbeschreibungen und deren Einschränkungen sind im Onlinebereich v.a. die beiden Entscheidungen des OLG Köln und des BGH zum Online-Service einer Bank von besonderem Interesse.

8.3.2 OLG Köln (v. 14. 4. 2000, CR 2000, 537):

Das OLG Köln hatte sich mit zwei Klauseln aus dem Online-Vertrag zu befassen. Die eine (Klausel Nr. 7) betraf die Sperrung aus wichtigem Grund, die nach diesen AGB jederzeit erfolgen konnte. Dazu waren einige Beispiele aufgeführt. Das OLG Köln befasste sich ausdrücklich auch mit dem Transparenzgebot, zitierte dies kurz gemäß Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Auflage, Rz. 87 und 89 zu § 9 AGBG, um dann gemäß dieser Fundstelle auszuführen:

»Um den Anforderungen des solcher Art zu definierenden Transparenzgebots zu genügen, muss jede Rechte oder Pflichten des Vertragspartners regelnde Bestimmung so gestaltet und formuliert sein, dass jener über seine Rechte und Pflichten nicht in die Irre geführt werden kann.«

Vor diesem Hintergrund wurde die fragliche Klausel Nr. 7 als unwirksam erachtet. Hingegen wurde die weitere Klausel, Nr. 9, v. OLG Köln als AGB-rechtlich nicht zu beanstanden angesehen. Diese lautete: »Aus technischen und betrieblichen Gründen sind zeitweilige Beschränkungen und Unterbrechungen des Zugangs zum Bank-Online-Service möglich.« (OLG Köln v. 14. 4. 2000, CR 2000, 537).

Die inhaltliche Nähe zu Software-Klauseln wie »Die Software kann mit einem Kopierschutz versehen sein«, »Nach Auswechseln von Komponenten kann erneute Aktivierung erforderlich sein«, »Produktaktivierung bei Wechsel von Systemkomponenten oder Neuinstallation erforderlich« o.ä., ist unverkennbar. Sie dürfte allein deshalb unwirksam sein, weil nicht darauf hingewiesen wird, was ansonsten die Folge wäre.

8.3.3 BGH (v. 12.12.2000, CR 2001, 181):

Der BGH erachtete die klauselmäßige Zugangsbeschränkung der Klausel Nr. 9 als unwirksam und zwar wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 ABGB. Dabei spielte also v.a. eine Rolle, dass die fragliche Klausel auch den Fall groben Verschuldens umfasst. Der BGH bestätigte ausdrücklich die Auffassung des OLG Köln, dass die fragliche Klausel nicht lediglich der Beschreibung tatsächlicher Zustände dient, sondern den Umfang der vertraglichen Leistungspflicht einschränkt. Zur Abgrenzung gegenüber Regeln, die unter § 8 ABGB fallen, führt in diesem Zusammenhang der BGH weiter aus:

»Gemäß § 8 ABGB gelten die §§ 9 bis 11 ABGB zwar nur für Klauseln, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen, so dass bloße Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung der gesetzlichen Inhaltskontrolle ebenso wenig unterliegen wie Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt (ständige Rechtsprechung,). Derartige Leistungsbeschreibungen enthalten aber nur Klauseln, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Hingegen unterliegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, ausgestalten oder modifizieren, der Inhaltskontrolle (.....).«

Die fraglichen Klauseln enthielten keine kontrollfreie Beschreibung der von der Beklagten im Online-Service geschuldeten Hauptleistung. »Vielmehr wird die versprochene Hauptleistung, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rund um die Uhr eröffnete Zugang der Kunden zum Online-Service, zeitweise eingeschränkt« (BGH v. 12.12.2000, CR 2001, 182).

8.3.4 OLG Frankfurt (v. 14.12.1999, CR 2000, 146):

Das OLG Frankfurt hatte in der älteren Entscheidung (s. oben Ziff. 4.2) im Zusammenhang mit einer CPU-Klausel den fraglichen Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert und in der Folge die nicht mit Kaufrecht vereinbarenden Regeln

gen als unwirksam erklärt, wonach die dem Anwender aus Eigentum zustehende Freiheit beliebiger Nutzung durch eine Bindung der Programmnutzung an eine Zentraleinheit eingeschränkt wird (OLG Frankfurt v. 10.3.1994, CR 1994, 398 aus LS 1).

In der Entscheidung vom 14.12.1999 hatte das OLG Frankfurt den Vertrag als Mietvertrag qualifiziert und grundsätzlich die CPU-Klausel, wonach bei Umstieg auf höhere Rechnerkapazität eine höhere Vergütung zu zahlen ist, als wirksam gestaltbar angesehen, nicht jedoch für den konkreten Fall. Diese Unwirksamkeit begründete sich damit, dass die Vergütung auch dann anfallen sollte, wenn der Kunde die erhöhte Rechnerkapazität nicht ausschöpfen kann oder nicht ausschöpfen will (in diesem Fall durch die Partitionen; OLG Frankfurt v. 14.12.1999, CR 2000, 146).

Also stellt die Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar, nach der dem Verwender und Lizenzgeber eine erhöhte Lizenzgebühr trotz fehlender und nicht gewollter Ausschöpfung einer erhöhten Rechnerkapazität durch den Lizenznehmer zustehen soll (OLG Frankfurt v. 14.12.1999, CR 2000, 146 (LS 3)).

8.3.5 Upgradeklausel

In vielen Softwareverträgen wird die Software nicht zwingend an ein bestimmtes System gekoppelt, dem Nutzer also nicht verboten, überhaupt die Software auf eine andere Maschine zu verbringen. Teilweise wird immerhin deutlich gemacht, dass es »nur« um eine Zusatzvergütung geht, wenn die Software auf einen anderen, aber größeren Rechner mit größerer Kapazität zu verbringen ist. Richtigerweise würde diese Vergütungsregelung als Upgrade bezeichnet. Hierbei handelt es sich, wenn die Klausel richtig ausformuliert ist, nicht um eine nutzungsintensitätsabhängige, weitere Vergütung, sondern um eine Art Vergünstigung gegenüber dem Neuerwerb der »passenden«, evtl. wesentlich teureren weiteren Software für die große Maschine.

Insofern sollten CPU- gegenüber Upgradeklauseln genau abgegrenzt werden. Sie werden aber bei den AGB oft vermischt. Dann heißt es sinngemäß ähnlich wie auch in der Entscheidung des OLG Frankfurt:

»Der Kunde ist ausschließlich berechtigt, die Software am im Softwarechein angegebenen Installationsort auf der im Softwarechein festgehaltenen Hardware (Systemverzeichnis) zu benutzen.

Die zusätzliche Nutzung auf weiteren Rechner erfordert jeweils den Abschluss eines separaten Systemverzeichnisses. Das selbe gilt bei Verwendung anderer Rechner mit größerer Kapazität (sog. Upgrade).« (Etwas verändert zitiert aus OLG Frankfurt v. 14.12.1999, CR 2000, 146).

Hierbei besteht ein Widerspruch auch zwischen der ausschließlichen Berechtigung, die Software am Installationsort und der angegebenen Hardware zu benutzen und der Variante, dass ein Rechner größerer Kapazität eingesetzt wird. Wenn damit zugleich die Nutzung auf dem alten Rechner aufgegeben wird, wäre auch nach dem dritten Satz kein Neuerwerb erforderlich.

8.4 Weitere Beispiele

Weitere Beispiele der AGB- und Transparenzkontrolle zeigen, dass die Vertriebskonzepte auf sehr unsicherer Grundlage stehen.

Besondere Aufmerksamkeit verlangt die nun gesetzlich verankerte Transparenzregelung bei Klauseln, die wie Leistungsbeschreibungen oder Leistungsbestimmungen aussehen, die aber bei genauerem Hinsehen Leistungsbeschränkungen enthalten oder eine entsprechende Wirkung entfalten können. Im Hinblick auf das Transparenzgebot ist aber v.a. das Zusammenwirken dieser Klauseln, die für sich gesehen evtl. nicht problematisch erscheinen, im Rahmen des Gesamtvertrages bzw. mit den anderen Klauseln zu prüfen. Dies betrifft v.a. Verträge mit einer eigenen, für sie geschaffenen Terminologie.

8.4.1 »Lizenz« als Vertragstyp

Die Klausel »Das Softwareprodukt wird lizenziert, nicht verkauft.« ist aus verschiedenen Gründen – vorsichtig ausgedrückt – problematisch. Hier soll nur der Aspekt der Transparenz beleuchtet werden. Die Hardware, auf der solche Software mit aufgespielt ist, wird verkauft. Die Software wird mitverkauft und mitgeliefert. Der Kunde liest nach Vertragsschluss und Lieferung, dass er zur Software (nur) eine »Lizenz« erhalten hat. In diesem Zusammenhang heißt es z.B. im Rahmen einer – ohnehin unwirksamen – Fiktion wie oben schon erwähnt: »Sie erklären sich damit einverstanden, durch die Bestimmungen dieses EULAs gebunden zu sein, indem Sie das Softwareprodukt installieren, kopieren, downloaden, darauf zugreifen oder es anderweitig verwenden. Falls Sie sich damit nicht einverstanden erklären, sind der Hersteller und (Lizenzgeber) nicht bereit, das Softwareprodukt an Sie zu lizenzieren.«

8.4.2 Fiktion

Abgesehen davon, dass eine solche Klausel ohnehin keine Wirkung entfalten kann, wenn sie nicht wirksam einbezogen ist, woran erhebliche Zweifel bestehen, stellt sich folgendes praktische Problem:

Die Einverständniserklärung erfolgt durch Installieren, Kopieren, Downloaden, Zugriff oder anderweitige Verwendung. Wie die Nicht-Einverständniserklärung erfolgen soll, bleibt unklar. Dies könnte im Umkehrschluss dadurch erfolgen, dass man das Softwareprodukt nicht installiert, nicht kopiert usw. Andererseits wird hier der Eindruck erweckt, dass erst durch die Handlungen, die dort beschrieben sind, die Lizenzierung, also der Akt der Rechtseinräumung erfolgen würde.

8.4.3 Miete?

Dem entspricht dann unter der Überschrift »Softwareproduktlizenz« der zitierte Satz, das Softwareprodukt wird lizenziert, nicht verkauft.

Was eine Lizenz ist, ist unklar. Klar ist aber, dass durch die Ablehnung gegenüber dem Begriff »Kauf« (Ziff. 8.4.1) offensichtlich etwas anderes gemeint sein muss. Es darf also nicht, so jedenfalls nach den AGB, das gleiche Ergebnis durch Auslegung des Begriffs »Lizenz« erzeugt werden, das mit Kauf bezeichnet würde. Dies läßt sich kaum anders interpretieren, als dass die Software nicht dauerhaft überlassen wird. Tatsächlich enthalten die AGB keine Angabe zur Dauerhaftigkeit der Rechtseinräumung.

Das vom BGH entwickelte zweite Kriterium, das kumulativ mit der dauerhaften Rechtseinräumung verbunden sein muss, nämlich die Einmalvergütung, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Infolge dessen kann es sich bei dem Differenzierungsmerkmal nur um die Dauer der Rechtseinräumung handeln. Die fragliche Klausel lässt unklar, was mit »Lizenz« gemeint sein könnte. Infolge dessen sind auch die Regeln, die oben zitiert wurden, wonach das Einverständnis mit dem Lizenzvertrag durch bestimmte Handlungen erklärt wird, entsprechend unklar. Der größere nächste Abschnitt ist überschrieben »Lizenzgewährung«. Es besteht die Gefahr, dass aufgrund der oben erwähnten Eigenarten, dass nämlich mit Lizenz etwas anderes als Kauf gemeint sein muss, der gesamte unter Lizenzgewährung stehende Text deshalb unwirksam ist, weil er in keiner Weise klar und deutlich ist.

8.4.4 Programmsperre und Leistungsbeschreibung

Es kann sich bei einer Programmsperre wie erwähnt außer um Nichterfüllung oder Mangel auch um positive Vertragsverletzung handeln – wobei die Entscheidung des BGH vom 25.3.1987, NJW 1987, 358 – Programmsperre II – nur mit Vorsicht heranzuziehen ist, weil dort die Programmsperre dazu diente, einen für den Kunden nachteiligen Vertrag zum Abschluss zu bringen. Um dem Verdikt zu entgehen, dass die mit einer nicht vereinbarten Programmsperre versehene Software Nichterfüllung bzw. positive Vertragsverletzung darstellt bzw. über Gewährleistungsrecht, v.a. in Zukunft (weil vorsätzlich eingebaut) schadensersatzpflichtig macht, könnte die Lösung ergriffen werden, auf die Programmsperren im Vertrag hinzuweisen.

Nach den obenstehenden Ausführungen würde es sich dabei nicht um reine Leistungsbeschreibungen, sondern Beschränkungen handeln. Jedoch käme es darauf im Rahmen von § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB 2002 nicht an, wenn die Klauseln ohnehin nicht klar und deutlich sind. Wenn eine AGB-Klausel das Vorhandensein von Sperren vertraglich absichern soll, dann muss diese Klausel (klar formuliert sein und) deutlich machen,

- worin die Sperre und ihre Wirkung besteht,
- wann bzw. unter welchen Voraussetzungen die Wirkung eintritt und
- wie die Wirkung zumindest im Notfall zu beseitigen ist.

8.4.5 Aktivierung

Fehlen solche Regeln, hat der Kunde laut AGB nicht die Möglichkeit dauerhafter Herrschaft über die Software, womit Kaufrecht (auch nicht Werkvertragsrecht) nicht vereinbar wäre. Aber auch bei Mietvertrag bzw. einem nach Miete zu beurteilenden Vertrag müsste ein entsprechender Hinweis klar erfolgen.

Folgende Klausel erscheint vor diesem Hintergrund z.B. höchst problematisch, um nicht gleich zu sagen, unwirksam zumindest wegen fehlender Klarheit:

»Bestimmte Softwareprodukte des Herstellers können technische Maßnahmen zum Softwareschutz enthalten. In einem solchen Falle können Sie das Softwareprodukt nicht nutzen, wenn Sie sich nicht vollständig an die vorgeschriebenen Prozeduren halten.« (Verpflichtung in AGB des Lizenzgebers als Vorgabe in OEM-Vertrag, entsprechende Klauseln im Vertrag mit dem Endkunden und dem Händler zu verwenden.)

Eine solche Prozedur kann z.B. die »Aktivierungsprozedur« sein. Diese ist nicht in den AGB beschrieben, auch nicht in einem beigefügten Schreiben. Allenfalls wird beim Start des Programms bzw. dessen erneuter Installation oder Rekonfiguration des Computers vor dem Einsetzen der Sperre gewarnt und zur Aktivierung aufgefordert, wobei noch dazu Berater- und Telefongebühren (bei Problemen benutzen die installierenden Firmen beim Kunden andere als die toll-free-Telefonleitungen) anfallen können, auch wenn die AGB das Gegenteil besagen.

Abgesehen von dem oben schon erwähnten Befund, dass ohnehin diese AGB nicht einbezogen sein dürften, sind sie nicht klar und deutlich (s.a. oben Ziffer 3.1). Sie sagen nicht, welche Voraussetzungen die Sperre hat, also was genau die Aktivierungen erfordert.

8.4.6 Einbeziehung

Die vorzitierte (leicht veränderte) Klausel steht evtl. nur oder auch im Vertrag zwischen Hersteller und Händler. In diesem Fall kann sie durch einen Hauptvertrag einbezogen sein. Dann stellt sich das angedeutete Problem erst recht, wenn die Aktivierungsprozedur eine technische Leistung ist, deren Ausgestaltung nicht näher beschrieben ist und die auch v.a. nicht garantiert ist. Die Produktaktivierungs-Prozedur kann z.B. aus telekommunikativen Gründen zu bestimmten Zeiten Schwierigkeiten bereiten oder scheitern. Das Problem stellt sich dann ganz ähnlich wie beim »24-Stunden-rund-um-die-Uhr-Service« der Bank. Infolge dessen kommt es evtl. nicht auf die Klarheit und Deutlichkeit an, weil es sich nämlich insoweit um eine Leistungsbeschränkung handelt.

In die entsprechende Richtung gehen die Entscheidungen gem. 3.2.8 und 3.2.9 (LG München I v. 4. 4. 2000, CR 2000, 506, wobei noch die Besonderheit

war, dass das Gericht darauf abstellte, dass der Benutzer weder auf der Verpackung noch im Lizenzvertrag auf diese Nutzungsbeschränkungen hingewiesen wurde; OLG München v. 12. 10. 2000, CR 2001, 11).

8.5 Nutzungsintensitätsabhängige Vergütung

Software-Vergütungssysteme können wirksam nur dann die Vergütung von der Nutzungsintensität und eventuellen Kapazität des zugrunde liegenden Rechners abhängig machen, wenn der zugrunde liegende Vertrag als Mietvertrag bzw. als Vertrag eigener Art und somit als Lizenzvertrag qualifiziert werden kann (BGH v. 3.6.1981, NJW 1981, 2684 – Programmsperre I).

Als Vorgabe für Software-Vergütungssysteme in Abhängigkeit von Nutzungsintensität und Kapazität gilt aber:

Bei der vertragstypologischen Einordnung dürfen die Vergütungsklauseln, deren Transparenz später zu prüfen ist, nicht mit herangezogen werden (BGH v. 4.3.1997, CR 1997, CR 1997, 430). Die Folge ist, dass möglicherweise ein Mietvertrag nicht als solcher qualifiziert werden kann, weil die Klauseln, die diese Einordnung rechtfertigen, nicht herangezogen werden dürfen. Kommt es dann zur Einordnung als Kaufvertrag, sind nutzungsabhängige Vergütungssysteme unwirksam.

Vergütungsregelungen sind grundsätzlich AGB-fest, müssen aber transparent sein. Nebenbestimmungen hinsichtlich der Vergütung sind voll der AGB-rechtlichen Überprüfung unterworfen.

9. Spezialfall: Vergütung für Pflege während Gewährleistung der Softwareüberlassung

Soweit die Vergütung an Tatbestände anknüpft bzw. Wirkungen enthält, die zu Lasten des Verwenders vom gesetzlichen Leitbild abweichen bzw. entsprechende Beeinträchtigungen enthalten, können sie unwirksam sein, und zwar alleine schon aufgrund des Mangels an Transparenz, gegebenenfalls aber auch wegen der unangemessenen Benachteiligung.

Ein typischer Fall können die Vergütungsregelungen für Pflegeleistungen werden. Schon bisher bestand dieses Problem. Es verstärkt sich durch die Regelung im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung hinsichtlich des Transparenzgebotes.

Zunächst einmal trennen viele AGB für Pflegeverträge nicht zwischen den verschiedenen Leistungsbereichen genau und klar, so dass nicht erkennbar ist, welche Handlungen und Leistungen des Auftragnehmers genau auf welchen Leistungsbereich bezogen sind. Typisch ist z.B., dass die Aktualisierung bzw. die Update-Regelung und auch die Regelung zur Hotline/Beratung als eine Leistung beschrieben wird, die auch der Mängelbeseitigung dienen kann. Infolge dessen sind allein schon die Leistungsbereiche verschwommen. Dies

unterfällt dem Transparenzgebot, auch wenn die Leistungsbeschreibung als solche AGB-fest wäre.

Des Weiteren ist nicht erkennbar, welcher Vergütungsanteil auf welche Leistung entfällt. Dies macht allein schon Pflegeverträge AGB-rechtlich für sich gesehen problematisch. Die besondere Komplikation entsteht durch die Querverbindung zum Softwareüberlassungsvertrag. Viele AGB im Softwareüberlassungsvertrag beziehen sich bereits direkt oder indirekt auf die Pflege. Im Angebot ist die Pflege-Vergütung ausgeworfen. Angesichts der nunmehr mindestens ein Jahr betragenden Gewährleistungsfrist wird die Frage der Vergütungspflicht für die Mängelbeseitigung um so virulent bzw. wirtschaftlich interessanter. Infolge dessen wird die Gefahr der Intransparenz in doppelter Hinsicht akut:

- Wird dem Kunden genügend klar und deutlich gemacht, dass die Vergütung für die Pflege zwar bereits während der Gewährleistungsfrist bestehen soll,
- jedoch ein angemessener und wiederum auch transparenter Anteil dieser Vergütung solange nicht zu zahlen ist, als die Gewährleistungsfrist läuft.

Da sich die Gewährleistungsfrist erheblich verlängern kann, indem Mängel beseitigt bzw. Software neu im Rahmen der Gewährleistung geliefert wird, sollte weiter deutlich werden,

- dass nicht etwa nur für das eine Jahr die Pflegepauschale abgesenkt wird und dann einfach nach Ablauf der volle Betrag zu zahlen ist (eine häufig benutzte Variante), und
- dass die Aktualisierung und die entsprechenden Updates im Rahmen des entsprechenden Leistungsbereichs bei der Pflege gerade nicht der Fehlerbeseitigung/Mängelbeseitigung dienen.

10. Faktische Beschränkungen

Faktische Beschränkungen (s. a. Baus, MMR 2002, 14; Runte, CR 2001, 657) fallen nicht unter das AGBG bzw. die entsprechenden Regelungen nach §§ 305 ff. BGB. Solche faktischen Beschränkungen können ausgeprägt sein z.B. als die erwähnten Dongles, Serialisierungen, Programmsperren, Produktaktivierungs-Erfordernisse und deren Kombination. Wenn sie nicht vereinbart sind, stellen sie Mängel bzw. Nichterfüllung dar. Evtl. liegt auch Arglist vor, was für die Verjährungsfrist und den Schadensersatzanspruch wichtig ist.

Indirekt werden die Beschränkungen auch durch AGB-Regeln erfasst und zwar vor allem die Folgen. Wenn aufgrund der praktischen/faktischen Beschränkung die Software nicht mehr läuft (z.B. Aktivierungsmodus führt zum Abbruch/Absturz nach 50 Log ins), sucht der Nutzer nach einer Klausel, die ihm sagt, welche Ansprüche er gegebenenfalls bei Nichterfüllung oder Mangelhaftigkeit der Software hat.

Teilweise besagen AGB andeutungsweise, dass die Software mit Sperren

versehen sein kann, aber nicht genau, mit welchen. Solche Klauseln gehören schon bisher nicht zu Leistungsbeschreibung, sondern unterliegen voll der AGB-rechtlichen Kontrolle (s. a. oben ...).

Nicht vereinbarte oder unklare Klauseln zu Nutzungsbeschränkungen sind unwirksam. Die Beschränkung stellt dann Nichterfüllung, Mangel und Vertragsverletzung dar. Eine evtl. Registrierung der Nutzerdaten basiert auf unwirksamen AGB. Die bei Nichtangabe der Daten drohende Sperre ist widerrechtlicher Entzug der Verfügungsmacht, evtl. sogar strafrechtlich relevant. Dies gilt erst recht, wenn die Daten personenbeziehbar sind, nachdem für die Datenerhebung keine Rechtsgrundlage gegeben ist, insbesondere nicht die für eine Einwilligung erforderliche »Freiwilligkeit« und Transparenz.

Literatur

- Bartsch, Michael (CR 2001), Das neue Schuldrecht – Auswirkungen auf das EDV-Vertragsrecht, CR 2001, 649
- Baus, Christopf A. (CR 2002), Umgehung der Erschöpfungswirkung durch Zurückhaltung von Nutzungsrechten?, MMR 2002, 14
- Busse, Aliko (CR 1996), Softwarevertrieb in Netzen, CR 1996, 389
- Goldmann, Bettina/Redecke, Rebecca (MMR 2002), Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2002, 3
- Hoeren, Thomas/Schuhmacher, Dirk (CR 2002), Verwendungsbeschränkungen im Softwarevertrag, CR 2000, 137
- Holzbach, Christoph/Süßenberger, Christoph (2002), In: Moritz/Dreier (Hrsg.), Rechtshandbuch zum E-Commerce, Köln 2002
- Koch, Frank A. (CR 2001), Schuldrechtsmodernisierung – Auswirkungen auf das Gewährleistungsrecht bei IT-Verträgen, CR 2001, 569
- Kochinke, Clemens/Günther, Andreas (CR 1997), Shrinkwrap-Lizenzen und Datenbankschutz in den USA. Aktuelle Rechtsentwicklungen und UCC Ergänzung, CR 1997, 129
- Lejeune, Mathias (CR 2000), UCITA – Vertragsrecht für »geistiges Eigentum« im E-Commerce-Zeitalter, CR 2000, 201
- Lejeune, Mathias (ITRB 2001), Shrinkwrap- und Clickwrap-Verträge in der Praxis, ITRB 2001, 263
- Marly, Jochen (2000), Softwareüberlassungsverträge, München 2000
- Moritz, Hans-W. (MMR 2001), Vervielfältigungsstück eines Programms und seine berechtigte Verwendung, § 69 d UrhG und die neueste BGH-Rechtsprechung, MMR 2001, 94
- Nordemann, Wilhem (CR 1996), CPU-Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 1996, 5
- Niedermeier, Robert/Damm, Wilhelm (CR 1999), Rechtliche Folgen des Cloning eines Betriebssystems, CR 1999, 737
- Polley, Romina (CR 1999), Verwendungsbeschränkungen in Softwareüberlassungsverträgen, CR 1999, 345

- Redeker, Helmut (ITRB 2002), Softwareerstellung im neuen Schuldrecht, ITRB 2002, 119
- Raubenheimer, Andreas (CR 1996), Beseitigung/Umgehung eines technischen Programmschutzes nach UrhG und UWG, CR 1996, 69
- Runte, Christian (CR 2001), Produktaktivierung, CR 2001, 657
- Schneider, Jochen (ITRB 2001), Schuldrechtsmodernisierung und Vergütung bei Pflegeverträgen, ITRB 2001, 242
- Thewalt, Stephan (CR 2002), Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag, CR 2002, 1
- Westphalen, Friedrich von (NJW 2002), AGB-Recht ins BGB – Eine erste Bestandsaufnahme, NJW 2002, 12
- Witte, Andreas (CR 1999), Urheberrechtliche Gestaltung des Vertriebs von Standardsoftware, CR 1999, 65
- Wuermeling, Ulrich (CR 1994), Einsatz von Programmsperren, Zivil- und strafrechtliche Aspekte, CR 1994, 585
- Ziegler/Rieder (ZIP 2001), Vertragsgestaltung, Vertragsanpassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, ZIP 2001, 1789