

Softwaremiete und Allgemeine Geschäftsbedingungen¹

Alexander Eichler

In letzter Zeit verbreitet sich das Vermieten von Software immer stärker. Der Bereich reicht von Spielen bis zu komplexen Anwendungen. Unter diese rechtliche Begriffsfassung fällt auch Software, die im Wege des Leasings überlassen wird².

Bei der Regelung von Softwaremiete in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gibt es einige spezielle Probleme:

- *Wie händigt man die Software richtig aus?*
- *Welche Rechtsfolgen ergeben sich aus Virenbefall?*
- *Wie sichert man seine Rechtspositionen gegen Beschädigungen und Verlust?*
- *Wie versucht man, Kopieren rechtlich zu verhindern?*
- *Wie erhält man die Software rechtzeitig wieder zurück?*
- *Welche Änderungen ergeben sich aus der Urheberrechtsnovelle und dem EG-Richtlinienentwurf zum Vermieten?*

Speziell sind diese Probleme bei der Miete deshalb, weil im Gegensatz zum Kauf die Ware wieder zurück an den Lieferanten (= Vermieter) geht und es sich bei Informationen um eine andere Art der Ware handelt, als es z. B. bei einem vermieteten Auto der Fall ist.

A. Vertragsgegenstand und Erlaubnisse des Vermieters gegenüber dem Mieter³

I. Privatgebrauch, öffentliche Wiedergabe und Dritte

Die Vermietung von Software erfolgt ausschließlich zu privatem, d. h. persönlichem Gebrauch und nicht zur öffentlichen Wiedergabe. Der Mieter darf die vermietete Software nicht Dritten überlassen oder vervielfältigen.

Klausel zum privaten Gebrauch

II. Aus der Änderung des Urheberrechtsgesetzes resultierende Einschränkungen des vertragsgemäßen Gebrauchs

1. Vorbemerkung

Die Änderungen des Urheberrechtsgesetzes sind am 10.06.1993 in Kraft getreten⁴. Die Änderungen⁵ gegenüber dem Diskussionsentwurf⁶ zur Umsetzung der EG-Richtlinie zum

Alexander Eichler ist EDV-Berater für juristische Systeme in Wiesbaden.

¹ Ich danke Herrn Rechtsanwalt Rauch (Mainz) für die freundliche Unterstützung; die von ihm stammenden Gedanken sind als solche gekennzeichnet.

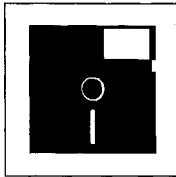
² Vgl. BGH 20.6.1984 – VIII ZR 131/83 = NJW 1985, 129 f.; BGH 30.9.1987 – VIII ZR 226/86 = NJW 1988, 198 ff.; BGH 1.7.1987 – VIII ZR 117/86 = NJW 1988, 204 ff.; Martin Henssler, Die zivil- und urheberrechtliche Behandlung von Software, MDR 1993, 489 ff, 491, m. w. N. v. Westphalen DB 1989, Beil. 3.

³ Musterklauseln sind im folgenden kursiv gedruckt.

⁴ Vgl. BGBl I 1993, 910 f. – abgedruckt in jur-pc 1993, 2126 f.; vgl. Hinweis zur entsprechenden Regelung in den USA bezüglich der Ausnahme vom Erschöpfungsgrundsatz bei der Vermietung: Hans-Werner Moritz, Softwarelizenzverträge (I – Rechtslage nach der Harmonisierung durch die EG-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, CR 1993, 257 ff, 258 Im m. w. N. in Fn. 8: „Ebenso der neue Copyright Amendments Act of 1990 der USA (Sect. 102).“

⁵ abgedruckt in Deutscher Bundestag, Drucksache 12/4597 vom 23.03.1993; vgl. Maximilian Herberger, Die Umsetzung der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen: Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993 (BGBl. I, S. 910 – Änderungen gegenüber dem Referentenentwurf, jur-pc 1993, 2124 f.

⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/4022 vom 18.12.92 – abgedruckt in jur-pc aktuell 4/1992, i-iii und in CR 1992, 383 f und bei Jochen Marly, Der neue Urheberrechtsschutz für Computersoftware, NJW-CoR 4/93, S. 21 ff.; Änderungen durch den Referentenentwurf: CR 1992, 576; Begründung abgedruckt in jur-pc aktuell 5/1992, i-xii; vgl. Jochen Marly, Gegen den Rest der Welt, NJW-CoR 3/93, 2; Jochen Marly, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, jur-pc 1992, Teil 1: 1620 ff, Teil 2: 1652 ff.



Schutze von Computersoftware (91/250/EWG) sind, für die hier anstehenden Fragen, gering. Sie betreffen die Frage des § 137 d UrhG, wonach die vor dem 1.1.1993 zum Zwecke des Vermietens gekaufte Software auch weiterhin ohne Genehmigung zum Vermieten genutzt werden darf.

2. Konsequenzen für die Vermietung von Software bezüglich der Erlaubnisse

a. Vervielfältigung

Vervielfältigung

Vervielfältigung ist nach wie vor verboten, der Schutz wurde sogar ausgeweitet. Sie ist aber erlaubt für den bestimmungsgemäßen Gebrauch (vgl. § 69 e I UrhG)⁷. Das betrifft z. B. auch das Laden in den Hauptspeicher⁸ oder das notwendige Installieren auf der Festplatte. Diese Rechte können aber gemäß § 69 d I UrhG durch Vertrag geändert werden⁹. In diesem Fall ist die Aufnahme in die AGBs notwendig, wie sich aus § 69 c Nr. 1 S. 2 iVm § 69 d I UrhG ergibt.

Dem Mieter ist es gestattet, im Wege des bestimmungsgemäßen Gebrauchs die Software in den Hauptspeicher zu laden und, falls dies erforderlich sein sollte, sie auf einer Festplatte zu installieren. Sicherungskopien darf er nur anfertigen, wenn dies zum bestimmungsgemäßen Gebrauch notwendig ist.

Ist eine solche Klausel nicht vorgesehen, darf er auch Sicherheitskopien anfertigen¹⁰ (vgl. § 69 d II UrhG). Nach § 69 g II UrhG darf das Erstellen einer Sicherungskopie nach § 69 d II UrhG nicht untersagt werden. § 69 d II UrhG läßt eine Sicherungskopie aber nur für die Fälle zu, in denen sie zur Benutzung erforderlich ist, was bei Spielprogrammen regelmäßig nicht der Fall ist. Das kann bei anderen Programmen anders sein, siehe dazu die Musterklausel unten mit 'Arbeitskopie'¹¹.

b. Bearbeitung

Eine Bearbeitung iSd § 69 c UrhG kommt für die Vermietung idR nicht in Betracht. Diese Rechte können ausgeschlossen werden:

Klausel zur Bearbeitung

Dem Mieter wird die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen einer Kopie der gemieteten Software sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse untersagt.

Dies verstößt auch nicht gegen die gesetzliche Regelung, weil § 69 d I UrhG von „bestimmungsgemäßer Benutzung“ spricht und derartiges bei z. B. Spiel oder Textverarbeitungssoftware nicht zum bestimmungsgemäßen Gebrauch gehört. Ausnahme könnten Programmiersprachen, Datenbanksoftware etc. mit Runtimemodulen sein. Dafür kann eine Klausel wie folgt lauten:

Ist das Mietobjekt eine Programmiersprache, eine Datenbankssoftware [...] werden dem Mieter die Übersetzung, die Bearbeitung, das Arrangement und andere Umarbeitungen einer Kopie der gemieteten Software sowie die Vervielfältigung der erzielten Ergebnisse gestattet. Das vom Vermieter überlassene Original hat dabei im Urzustand zu verbleiben, dem Mieter wird die Anfertigung einer Sicherungskopie als Arbeitskopie für diesen Zweck gestattet.

Rechtlich notwendig ist sie aber wegen § 69 d I UrhG nicht. Sie kann wegen der Festlegung, daß nur eine Kopie verändert werden darf, aufgenommen werden. Andererseits ver-

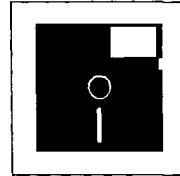
⁷ Vgl. Michael Lehmann, Das neue Software-Vertragsrecht – Verkauf und Lizenzierung von Computerprogrammen, NJW 1993, 1822 ff, 1824 lu; Lehmann möchte dem rechtmäßigen Benutzer eine „Mindestausstattung an Nutzungsbefugnissen“ zusichern. Er verkennt dabei, daß § 69 d I ausdrücklich von „soweit keine besonderen vertraglichen Bestimmungen...“ spricht. In der Praxis kann es durchaus relevant sein, einem Käufer oder Mieter die Benutzung zu untersagen: z. B. wenn es sich um eine komplexe Anwendung handelt, die der Erwerber lediglich zur Weiterveräußerung/-vermietung erhält, das Software-Know How aber gerade nicht durch ihn genutzt werden soll. Derartige Fälle kommen z. B. beim Softwarehandel vor: Ein Softwarehaus vergibt Vertriebsrechte und möchte verhindern, daß die Vertriebsfirma die Software analysiert und selber ein ähnliches Produkt auf den Markt bringt.

⁸ Horst Franzheim, Überkriminalisierung durch Urheberrechtsnovelle, CR 1993, 101 ff hält den Diskussionsentwurf insoweit für verfassungswidrig, als einem Softwarebenutzer nicht untersagt werden dürfe, das Programm auf zwei oder mehr Rechnern gleichzeitig zu benutzen. § 106 UrhG sei entsprechend zu ergänzen um einen Absatz, in dem „der Begriff der Vervielfältigung im strafrechtlichen Sinn definiert wird und dabei verdeutlicht wird, daß das Einladen des Computerprogramms in den Arbeitsspeicher nicht von dem strafrechtlichen Tatbestandmerkmal *vervielfältigen* erfaßt wird“ S. 103. Der strafrechtliche Vervielfältigungsbegriff könne enger sein, als der zivilrechtliche (Fn. 10).

⁹ Vgl. Thomas Dreier, Rechtsschutz von Computerprogrammen – die Richtlinie des Rates der EG vom 14. Mai 1991, CR 1991, 577 ff, 579 ru, 580 ro m. w. N. in Fn. 37, 581 lo; Moritz (Fn. 264 lu).

¹⁰ Vgl. Jochen Marly, Softwareüberlassungsverträge, München 1991 Rn. 490; Lehmann (Fn. 1823 lu).

¹¹ siehe A. II. 2. b.



steht sich dies nicht nur von selbst, sondern ergibt sich auch aus der Klausel, in der die Veränderung der vermieteten Daten untersagt wird¹².

c. Dekompilierung

Wenn es für den Mieter notwendig ist, sollte eine Dekompilierungsklausel in die Absprache aufgenommen werden. Dies sollte nicht im Wege der ständig verwendeten AGBs geschehen, sondern der Individualabsprache zwischen dem Vermieter und dem Mieter vorbehalten sein. Eine solche Klausel könnte folgendermaßen lauten:

(1) Für das Mietobjekt [genaue Beschreibung incl Seriennummer etc.] wird dem Mieter die Dekompilierung unter Berücksichtigung des § 69 e UrhG gestattet.

Klausel zur Dekompilierung

Ausführlicher könnte man (im wesentlichen entsprechend dem Wortlaut von § 69 e UrhG) formulieren:

(1) Für das Mietobjekt [genaue Beschreibung incl Seriennummer etc.] wird dem Mieter oder einer in seinem Namen handelnden Person die Dekompilierung gestattet.

Vorausgesetzt:

1. Die Dekompilierung ist unerlässlich zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit der gemieteten Software,
2. Die für die Herstellung der Interoperabilität notwendigen Informationen sind für die genannten Personen noch nicht ohne weiteres zugänglich gemacht,
3. Die Handlungen beschränken sich auf die Teile der vermieteten Software, die zur Herstellung der Interoperabilität notwendig sind.

(2) Bei Handlungen nach Absatz 1 gewonnene Informationen dürfen nicht

1. zu anderen Zwecken als zur Herstellung der Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms verwendet werden,
2. an Dritte weitergegeben werden, es sei denn, daß dies für die Interoperabilität des unabhängig geschaffenen Programms notwendig ist,
3. für die Entwicklung, Herstellung oder Vermarktung eines Programms mit im wesentlichen ähnlicher Ausdrucksform oder für irgendwelche anderen das Urheberrecht verletzenden Handlungen verwendet werden.

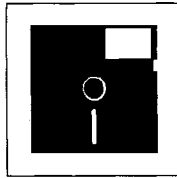
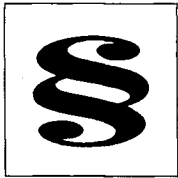
B. Ausschlußklausel und Haftungsfreistellung

Es gibt in diesem Zusammenhang zwei Probleme:

1. Inwieweit kann der Vermieter Ansprüche ausschließen, die auftreten, wenn die vermietete Software nicht auf dem Rechner des Mieters läuft?
2. Welche Ansprüche treffen den Vermieter, wenn die Software virenbefallen¹³ ist? Kann er ggfls. derartige Ansprüche ausschließen?

¹² siehe C. II. 1.

¹³ Die Relevanz dieser Frage ist gerade wieder an zwei Fällen praktisch demonstriert worden: – „Viren halfen Escobar: Ein Computervirus hat die Ergebnisse des Escobar-Untersuchungsausschusses im amerikanischen Senat gelöscht, wenige Stunden, bevor sie der Öffentlichkeit präsentiert werden sollten. Das meldet der britische Informationsdienst *Virus News*. Pablo Escobar war am 22. Juli 1992 aus dem Gefängnis *La Catedral* in Kolumbien geflüchtet“, FOCUS Nr. 20, 17. Mai 1993, S. 15. – Der SPIEGEL berichtet in seiner Ausgabe Nr. 21, 24. Mai 1993, S. 202 ff von einem Virus „Tremor“ der über das Videodat System am 14.5.1993 um 14:04 Uhr verbreitet wurde. Das Videodat System erlaubt es Dateninformationen in einem Nebensignal des Fernsehsignals zu übertragen, und diese auf einem PC zu empfangen. Dies wird von Pro 7 dazu genutzt, Software zu übertragen. Dabei schlich sich ein Virus ein und wurde übertragen. Als es entdeckt wurde, wurde das Programm noch einmal übertragen, diesmal virenfrei, mit dem Ziel, das vorher ausgestrahlte Programm zu überschreiben. Dies funktionierte auch in den meisten Fällen. Übrig blieben jedoch die Kunden, die zwischenzeitlich das vorher übertragene Programm an eine andere Stelle kopiert hatten.



Virus und Mängelgewährleistung

Der sich später zeigende Mangel (auf Grund eines Virus)

I. Mangel

Das Vorhandensein eines Computervirus¹⁴ stellt einen Fehler¹⁵ und damit einen Mangel¹⁶ dar. Es entstehen Gewährleistungsrechte des Mieters¹⁷. Daneben können Ansprüche aus pVV und Delikt (§§ 823 I/II, 826 BGB) gegeben sein¹⁸, die aber i.d.R. an der Unbeweisbarkeit einer gezielt vorgenommenen Virenverseuchung scheitern¹⁹.

Für das Kaufrecht wird angenommen, daß ein Verschweigen bei positiver Kenntnis einer Virenverseuchung (oder beim damit „rechnen müssen“) ein arglistiges Verschweigen i.S.d. § 463 S. 2 BGB darstellt und somit einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Käufers auslöst²⁰. Für die Miete muß dann ein entsprechender Anspruch über § 538 I BGB²¹ entstehen. Dieser umfaßt nicht nur den Minderwert, entgangenen Gewinn etc sondern auch Mangelfolgeschäden wie Schäden an Sachen²².

II. Mangel-/Mangelfolgeschäden und „vertreten müssen“

„Eine Haftung besteht außer in den Fällen der anfänglichen Mängel noch dann, wenn ein Mangel später infolge eines Umstandes entsteht, den der Vermieter zu vertreten hat, oder dann, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug gerät“²³. Daraus folgt für den Fall, daß sich ein Virus erst später auswirkt: Der Verleiher haftet auch für die dann entstehenden Schäden, vorausgesetzt, er hätte das Vorhandensein des Virus 'zu vertreten'. 'Zu vertreten' hat er das Vorhandensein des Virus, wenn die Überlassung eines virenbefallenen Programms – so dies nicht von beiden Parteien gewollt ist – einen Mangel i.S.d. §§ 536²⁴, 537²⁵, 538, 276 BGB darstellen würde. Streitig ist die Anwendung des § 538 I S. 1 BGB auf Softwareverträge. Sie wird u. a. mit folgenden Begründungen abgelehnt:

1. Software sei nicht fehlerfrei zu erstellen²⁶.
2. Die konkrete Hardware könne den Programmlauf negativ beeinflussen²⁷.
3. Würde die Software verkauft statt vermietet, so würde der Verkäufer nur beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften oder bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers (§ 463 BGB) in Anspruch genommen werden können. Er wird daher im Falle der Vermietung schlechtergestellt²⁸.

¹⁴ Der Begriff wird hier für verschiedene Programmtypen verwendet, die in der Informatik unterschiedliche Namen haben. Prof. Brunnstein, Universität Hamburg, Fachbereich Informatik, ist ein Verfechter dieser Terminologien, vgl. z. B. ders., Computer-Unfälle, Login – Informatik und Computer in der Schule, 3/1992, 17 ff, 20 ff; vgl. auch Marly (Fn. 10, Rn. 610) mit weiteren Beispielen und Definitionen; ebenfalls Definitionen und außerdem zur Historie von Viren aus Sicht der Informatik vgl. Gravenreuth (Fn. 18); zur Historie bezüglich bekanntgewordener Viren vgl. Jürgen Welp, Datenveränderung (§ 303a StGB) – Teil 2, IuR 1/89, 434 ff, 437; außerdem: Rüdiger Dierstein, Von Viren, trojanischen Pferden und logischen Bomben, NJW-CoR, Teil 1: 4/90, 8 ff, Teil 2: 5/90, 26 ff, Teil 3; 1/91, 26 ff; Thomas Hofer, Computer-Viren – Herkunft, Begriff, Eigenschaften, Deliktsformen, jur-pc 1991, 1367 ff; ders., Computerviren – Technik, Vorbeugung, Bekämpfung, jur-pc 1992, 1633 ff; Robert Niedermeier, Leserbrief zu Thomas Hofer, jur-pc 1992, 1566; Werner Paul, Programmsabotage, Polizeiliche Ermittlungspraxis und Virusprogramme, CR 1985, 52 ff; Karl-Heinz Volesky/Hansjörg Scholten, Computersabotage – Sabotageprogramme – Computerviren – Rechtliche Probleme von § 303b StGB, IuR 1987, 280 ff.

¹⁵ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 615); Helmut Redeker, Der Rechtsbegriff des Mangels beim Erwerb von Software, CR 1993, 193 ff, 196 ru.

¹⁶ Redeker (Fn. 15) weist nach, daß der juristische Fehlerbegriff bei Softwarevertragstypen (außer bei denen *suu generis*) gleich ist und daß der Fehlerbegriff der Informatik davon abweicht, aber nicht anwendbar ist.

¹⁷ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 615).

¹⁸ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 615); v. Gravenreuth, Computerviren, Hacker, Datenspione, Crasher und Cracker – Überblick und rechtliche Einordnung, NStZ 1989, 201 ff, 203 der außerdem § 1004 BGB für anwendbar hält.

¹⁹ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 615).

²⁰ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 616).

²¹ Vgl. zur Anwendbarkeit des § 538 I BGB B. II.

²² Vgl. Palandt-Putzo, Bürgerliches Gesetzbuch, 52. Aufl., München 1993, § 538 Rn 14.

²³ Redeker (Fn. 43, Rn 310).

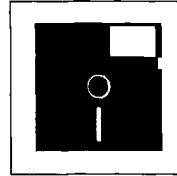
²⁴ Hensler (Fn. 2) geht davon aus, daß der § 536 BGB abdingbar ist, weil dies auch bezüglich Schönheitsreparaturen bei Wohnraummiete der Fall sei, m. w. N.BGHZ 92, 363; OLG Karlsruhe 1.7.1981 – 9 REMiet 1/81 = NJW 1981, 2823; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh §§ 9–11, Rn 505 ff; Münchner Kommentar-Voelskow §§ 535, 536 Rn 115 [Hensler zitiert den Münchner Kommentar falsch].

²⁵ für die Anwendbarkeit des § 537 I S. 1 BGB: Redeker (Fn. 15) 194 lu.

²⁶ Barbara Tybusseck, Vertragsgestaltung für Computersoftware – Zivilrechtliche insbesondere AGB-rechtliche Aspekte der Vertragsgestaltung für Überlassung, Pflege und Erstellung von Computersoftware unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsgegenstandes, des Fehlerbegriffs und der Gewährleistung, Diss Konstanz 1986, 69; Hans-Werner Moritz/Barbara Tybusseck, Computersoftware – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung – Eine systematische Darstellung nach deutschem und EG-Recht, München 1986, Rn. 411.

²⁷ a. a. O.

²⁸ Vgl. Josef Mehrings, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904 ff, 1908, der stattdessen §§ 463, 635 BGB analog anwenden will.



4. Es sei wenig interessengerecht, „dem Anwender einen Anspruch nach § 538 I S. 1 BGB zu geben, unabhängig davon, ob der Softwarefehler vermeidbar oder überhaupt beherrschbar“²⁹ sei.

Gegen diese Argumente spricht:

ad 1. Dieses Argument würde, ließe man es gelten, jegliche Gewährleistung bei Software ausschließen. Denn konsequenterweise muß man dann davon ausgehen, daß keine Software fehlerfrei erstellbar ist. Und daß dann aus objektiver Unmöglichkeit, ein mangelfreies Werk abzuliefern, eine Gewährleistung immer ausgeschlossen ist. Formulierungen wie 'nach Stand der Technik' etc. helfen da auch nicht weiter, weil sie keine klare Abgrenzung liefern und weil Stand der Technik (diesem Argument nach) ja gerade ist, daß Software nicht fehlerfrei erzeugt werden kann. Das führt dann aber zu einer vollständigen Schutzlosigkeit des Abnehmers. Dies wiederum widerspricht den Grundgedanken der Regelungen der §§ 536, 537, 538 BGB und ist deshalb wegen § 9 II Nr. 1 AGBG nicht in AGB-Klauseln durchführbar. Konsequenz: Daß Software nicht fehlerfrei geschrieben werden kann, schließt die Anwendung des § 538 I S. 1 BGB nicht aus, da andernfalls gegen die gesetzlichen Grundgedanken verstoßen würde³⁰.

ad 2. Dies dürfte bei dem Verleih von Software wohl fast nie eine Rolle spielen, da die Programme idR auf dem jeweiligen Rechnertyp, für den sie geschrieben sind, immer laufen. Um Ausnahmefällen vorzubeugen, kann folgende Klausel aufgenommen werden:

Der Vermieter garantiert nicht, daß die Software auf einem Rechner läuft, der abweichend von den herstellergemäßen Vorgaben modifiziert wurde. Besondere Hardware muß nicht mit den vermieteten Programmen funktionieren.

Oder:

Hardware, die nicht der jeweiligen vom Hersteller ausgelieferten Standardkonfiguration entspricht, kann dazu führen, daß die vermietete Software nicht funktioniert. Der Kunde hat sich vor der Anmietung anhand des Softwarehandbuchs und den Verpackungsangaben davon zu überzeugen, daß die Software auf der von ihm dafür vorgesehenen Hardwarekonfiguration lauffähig ist. Sollte dies nicht der Fall sein, übernimmt der Vermieter keine Haftung und erstattet keine Mietzinsen etc zurück.

Oder:

Sollte die vermietete Software nicht auf der dafür laut Handbuch vorgesehenen Hardware lauffähig sein, verzichtet der Vermieter auf seinen Mietzinsanspruch.

Darauf kann sich der Vermieter unproblematisch einlassen, da

- a. es äußerst unwahrscheinlich ist, daß dieser Fall eintritt,
- b. er dann einen Anspruch gegen den Hersteller hat.

ad 3. Auch bei anderen Sachen tritt die gleiche Problematik auf und führt dort keineswegs dazu, daß § 538 I S. 1 BGB für unanwendbar gehalten wird³¹.

Die in diesem Zusammenhang vorgetragene Argumentation, daß der Vermieter das Wahlrecht habe, die Software auch zu verkaufen³², geht an der Praxis vorbei. Manche Geschäfte basieren gerade darauf, daß die Software nicht gekauft sondern gemietet (oder geleast) wird. In anderen Fällen leben Unternehmen gerade vom Vermieten und nicht vom Verkauf.

ad 4. Es handelt sich um keine Argumentation, sondern um eine Meinungsäußerung, die als solche kein Sachargument darstellen kann.

Die Argumente, die gegen eine Anwendung des § 538 I S. 1 BGB bei Softwareverträgen sprechen sollen, sind nicht überzeugend. Der Paragraph ist anwendbar³³. Der Verleiher haftet daher. Es wird diskutiert, ob Mangelfolgeschäden nicht vom § 538 I BGB erfaßt werden sollen³⁴. Dies soll aber erst dann der Fall sein, wenn der Fehler „auch bei der Anwendung äußerster (überdurchschnittlicher) Sorgfalt für niemanden erkennbar war“³⁵. Dieser Maßstab ist aber nicht erreicht, wenn der Vermieter nicht selber die Überprüfung auf Vi-

Klauseln zur Lauffähigkeit

²⁹ Martin Ruppelt, Die Überlassung von Computerprogrammen – Vertragstypenordnung und besondere Formen der Gewährleistung, Diss Mainz 1990, 79 mit Bezug zu Kilian, CR 1986, 187, 194.

³⁰ Vgl. zur Problematik der praktischen Unmöglichkeit, Software fehlerfrei zu erstellen: OLG Düsseldorf 18.10.1990 – 6 U 71/87 = CR 1992, 724 f, 725 ro; vgl. zum einzelnen Druckfehler im medizinischen Buch und Haftung daraus: BGH 7.7.1970 – VI ZR 223/68 = GRUR 1971, 328 ff, 329 Im.

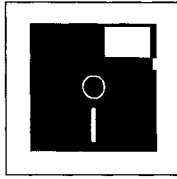
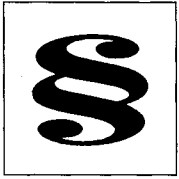
³¹ Vgl. Helmut Köhler, Die Herstellung und Überlassung von Software im bürgerlichen Recht, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1988, S. 340 ff, Rn 59.

³² So Ruppelt (Fn. 29) 79.

³³ Vgl. Köhler (Fn. 31) Rn. 59 m. w. N. in Fn. 114; LG Freiburg 29.1.1987 – 12 O 46/85.

³⁴ Vgl. Köhler (Fn. 31) Rn. 60 m. w. N. in Fn. 116.

³⁵ Köhler (Fn. 31) m. w. N. in Fn. 116.



Die allgemeine Sorgfalts- und Schutzpflicht

renbefall durchführt, denn bei schon normaler Sorgfalt kann er idR den Virenbefall mit einem Virenschannprogramm erkennen³⁶.

III. Mangel-/Mangelfolgeschäden und Schutzpflicht

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch, wenn man den Weg über die vertragliche Nebenpflicht der allgemeinen Sorgfalts- und Schutzpflicht beschreitet. Darunter wird die „Verpflichtung beider Vertragsparteien verstanden, sich bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, daß die Person, das Eigentum sowie sonstige Rechtsgüter des Vertragspartners nicht verletzt werden“³⁷. Daraus folgt zB, daß ein Lieferant, der Software auf dem PC eines Kunden installiert, dafür Sorge zu tragen hat, daß weder die Hardware noch die bereits gespeicherten Daten beschädigt werden³⁸. Dem entspringt aber auch die Pflicht des Vermieters, den Mieter vor Gefahren zu warnen; was den Vermieter verpflichtet, den Mieter darüber zu informieren, daß möglicherweise die ihm vermietete Programmkopie virenverseucht ist, wenn der Vermieter feststellt, daß seine Programme verseucht sind, und er nicht ausschließen kann, daß auch die an den Mieter gegebenen Software betroffen ist³⁹. Die Annahme einer derartigen Verpflichtung ist aber nur dann sinnvoll, wenn den Vermieter eine Haftung trifft⁴⁰, von der er sich durch die Warnung befreit bzw. die er durch die Warnung verringert.

Parallele: Kunstauktionator

IV. Mangel und Treu und Glauben

Für den Kunstauktionator nimmt die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur⁴¹ an, daß er aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) dem Käufer dafür hafte, daß dieser keine Fälschung erlange. Ihm obliege eine Sorgfaltspflicht bei der Annahme der Werke, die sich aus seiner Stellung als Sachkenner ergebe⁴². Außerdem wähle der die Werke, die er annehme, aus und könne somit zumindestens deren Vertrauenswürdigkeit prüfen. Insoweit sei keine Freizeichnung in AGB möglich. Diese Grundsätze können auch auf die Vermietung von Software übertragen werden, weil

- a. der Vermieter die Software einkauft und damit auswählt, sie zum erstenmal öffnet und sie daher auch als erster kontrollieren kann. Ebenso nimmt er die Software zurück und hat wieder die Möglichkeit der Überprüfung. Seine Stellung ist also bezüglich des Eingangs der Ware dem der Annahmestelle des Auktionators gleichzustellen.
- b. sich der Vermieter gegenüber dem Mieter idR in der Stellung des Sachkenners befindet. Es ist sein Geschäft, mit Software zu handeln, somit ist ihm auch zuzumuten, sich auf diesem Gebiet kundig zu machen und kundig zu halten. Außerdem werden ihm von den Herstellern noch vor dem Endverbraucher neue Virenschannprogramme angeboten.

V. Ergebnis für die Haftung für Mängel und Mangelfolgeschäden

Aus allen Gesichtspunkten ergibt sich, daß der Vermieter haftet.

VI. Kann sich der Softwarelieferant von der Haftung für Mangel und Mangelfolgeschäden wegen Viren befreien?

1. § 11 Nr. 7 AGBG

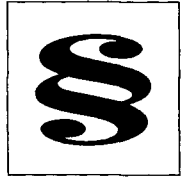
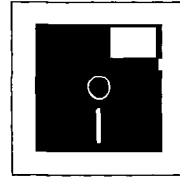
Haftungsausschluß und AGBG

Grundsätzlich verstößt ein Haftungsausschluß für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gegen § 11 Nr. 7 AGBG⁴³.

2. § 11 Nr. 10 AGBG

Eine derartige Klausel könnte außerdem gegen § 11 Nr. 10 AGBG verstoßen.

³⁶ siehe für nicht erkennbare Viren B. VI. 3. a.
³⁷ Marly (Fn. 10) Rn. 442 m. w. N.: BGH NJW 1983, 2814; KG NJW 1985, 2137; Palandt-Heinrichs (Fn. 22) § 242 Rn. 35, § 276 Rn. 116.
³⁸ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 442).
³⁹ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 481).
⁴⁰ Vgl. Marly (Fn. 10, Rn. 499).
⁴¹ Vgl. BGH 13.2.1980 – VIII ZR 26/79 = NJW 1980, 1619 ff, 1621 m. w. N.; Soergel (Fn. 44) § 459 Rn. 124.
⁴² BGH a. a. O. m. w. N.
⁴³ Vgl. Thomas Schwamb, Haftungsausschlüsse bei EDV-Miete – Gleichzeitig eine Anmerkung zum Urteil des LG Essen, CR 1987, 428 ff, in CR 1987, 500 ff; Redeker, Helmut, Der EDV-Prozeß, München 1992, Rn. 309.



a. Welche Gewährleistungsansprüche iSd § 11 Nr. 10 AGBG kommen in Frage?

Bei der Vermietung wie beim Verkauf sind u. a. folgende Mängel des Programms möglich:

1. Programmierungsfehler
 - a. Das Programm läuft überhaupt nicht,
 - b. Teile des Programms laufen nicht,
 - c. das Programm stürzt ab.
2. Virehbefall
3. mechanische Beschädigung der Disketten
4. fehlende Dokumentation/Schablone
5. inhaltlich falsche Dokumentation/Schablone

Dazu bestimmt § 11 Nr. 10 AGBG:

- a) Kein Ausschluß der Gewährleistung, keine Verweisung auf Dritte;
- b) Keine Beschränkung auf Nachbesserung;
- c) Keine Zahlung von Aufwendungen für die Nachbesserung;
- d) Keine Zahlung des Entgeltes vor mangelfreier Lieferung;
- e) Keine Ausschlussfrist kürzer als die gesetzliche Gewährleistungsfrist;
- f) Keine Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist.

b. Streit über die Anwendbarkeit von § 11 Nr. 10 AGBG

Streitig ist, ob dieser Paragraph bei der Überlassung von gebrauchter Software anwendbar ist⁴⁴. Nach Hoeren⁴⁵ soll dabei wie folgt unterschieden werden:

(1) Technische Komponente und Konsequenzen

Ein Programm selber könne keinem Verschleiß unterliegen, weil es nur in der Magnetisierung existiere, die keiner Alterung ausgesetzt sei. Die Software selber sei daher immer als 'neu' einzuordnen⁴⁶. Eine Beschädigung sei nur in mechanischer Art an dem Datenträger denkbar.

(2) Auffassung der „nicht einheitlichen Sache“

Verfolge man mit der herrschenden Meinung die Auffassung, daß Datenträger und Programm keine einheitliche Sache iSd §§ 90, 93 BGB seien, so rechtfertige „sich ein Gewährleistungsausschluß nur im Hinblick auf den abnutzungsanfälligen Datenträger, nicht aber bezüglich des gebrauchten Programms.“⁴⁷ Dieses sei daher immer 'neu' iSd § 11 Nr. 10 AGBG.

(3) Auffassung der „wirtschaftlichen Einheit“

Gehe man davon aus, daß Software und Datenträger eine wirtschaftliche Einheit seien, müsse man wegen der Abnutzungserscheinungen am Datenträger die Gewährleistung auch für das Programm entgegen § 11 Nr. 10 AGBG ausschließen können⁴⁸.

c. Gegenargumente

Dagegen spricht:

(1) Alterungsprozeß

Magnetische Datenträger unterliegen einem Alterungsprozeß. Normalerweise garantieren z. B. Diskettenhersteller lediglich für 20 Jahre den Erhalt der Daten. Das mag einem bei dem schnellen Verfall der Bedeutung der Daten als sehr lang vorkommen, spielt aber bei der Archivierung von Daten eine große Rolle. Man kann diesen Alterungsprozeß durch erneutes Abspeichern und damit 'Auffrischen' der Magnetisierung verhindern. Physikalisch defekte Teile des Datenträgers werden automatisch ausgelassen, so daß ein 'neuer' Datenträger entsteht. § 11 Nr. 10 AGBG wäre anwendbar.

Problematisch wird es, wenn sich bereits vor dem 'Auffrischen' ein Defekt auf dem Datenträger nachteilig auf die Dateien ausgewirkt hat. Dann schleppt sich dieser Fehler weiter, läßt man die Daten von dem aufzufrischenden Datenträger. Es entstehen keine 'neuen' Daten, sondern Daten mit 'Gebrauchsspuren'. § 11 Nr. 10 AGBG wäre nicht anwendbar.

Denkbare Mängel

Der Streit um die
Gebrauchtsoftware

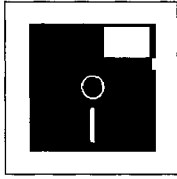
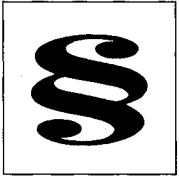
⁴⁴ Vgl. BGHZ 63, 369, 373 ff; BGH 13.2.1980 – VIII ZR 26/79 = NJW 1980, 1619, 1621; Soergel/Siebert-Huber, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Stuttgart 1990 – § 459 Rn 124; kritisch Frank Peters, Der Gewährleistungsausschluß beim Kauf gebrauchter Sachen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, JZ 1991, 385; Thomas Hoeren, Ausschluß der Gewährleistung bei Gebrauchtsoftware, CR 1992, 257f.

⁴⁵ Hoeren, Gebrauchtsoftware (Fn. 44).

⁴⁶ Hoeren, Gebrauchtsoftware (Fn. 44) 258 l.

⁴⁷ Hoeren, Gebrauchtsoftware (Fn. 44) 258 r.

⁴⁸ Hoeren, Gebrauchtsoftware (Fn. 44) 258 ru.



Nimmt man die Daten aus einer anderen Quelle, so kann sich der Fehler nicht weiter-schleppen. Dazu muß man allerdings ein doppeltes Archiv führen. Es entstehen aber – wenn nicht auch der zweite Datenträger an der gleichen Stelle defekt ist – 'neue' Daten. § 11 Nr. 10 AGBG wäre anwendbar.

Konsequenzen: Man kann die Auffassung, Programme unterlägen keinem Verschleiß, nicht auf eine „ewig haltende“ magnetische Schicht stützen.

(2) Koppelung an den Datenträger

Die 'gebrauchte' Software kann jederzeit auf einen anderen Datenträger überspielt werden und wäre dann auch nach der Auffassung der wirtschaftlichen Einheit eine 'neue' Sache, weil die Eigenschaft 'neu' lediglich am Datenträger fest gemacht wird. § 11 Nr. 10 AGBG wäre wieder anwendbar.

(3) Optische Speichermedien

Bei optischen Speichermedien erübrigt sich die Diskussion nicht. Auch diese unterliegen einem Alterungsprozeß.

(4) Speicherung für immer

Technisch ist es jedoch möglich, Vorkehrungen so zu treffen, daß der Bestand der Daten auf 'ewige Zeiten' garantiert ist, etwa durch regelmäßiges Auffrischen.

(5) Datenträgerwechsel

Die Auffassung der wirtschaftlichen Einheit verkennt, daß es für Daten nicht darauf ankommt, in welcher Form sie auf welchem Datenträger gespeichert sind, solange diese Speicherungsform es nur auf irgendeine Art ermöglicht, mit den Daten auf einem Rechner zu arbeiten. Das heißt: Ein Wechsel von einem zum anderen Datenträger ändert an der Informationsqualität nichts, sondern allerhöchstens an der Verfügbarkeit für eine Maschine. Verknüpft man Daten mit einem bestimmten Datenträger, verkennt man daher nicht nur technische Realitäten, sondern auch die grundlegende Eigenschaft von Information. Diese liegt gerade darin, neutral vom Trägermaterial zu sein.

Ein Beispiel

Beispiel: Ob die Tatsache, daß John F. Kennedy ermordet wurde, auf einem Papier, einer Diskette, im Gehirn, in deutsch, russisch oder englisch festgehalten ist, ändert an der Information als solcher nichts. Lediglich die Konsequenz für die Informationsverarbeitung variiert.

Solange die Speicherungsform maschinenlesbar ist, macht es für einen Computer aber keinen Unterschied, in welcher Form die Information festgehalten ist: Ob das Programm auf einer Diskette im Format 5 1/4" oder 3 1/2", auf einer CD-ROM oder im Barcode vorliegt, spielt für die Verarbeitung im Computer selber keine Rolle, sondern setzt nur voraus, daß die entsprechenden Lesegeräte angeschlossen sind. Das Vorhandensein von Geräten kann aber nicht die prinzipielle Betrachtung beeinflussen, da diese für alle technischen Gegebenheiten gelten muß.

Daraus ergibt sich als Konsequenz für § 11 Nr. 10 AGBG: Die Auffassung der wirtschaftlichen Einheit verkennt die technische Lage.

(6) Widerspruch in sich selbst

Außerdem widerlegt sich diese Auffassung selbst, denn sie behauptet einerseits, Daten seien immer 'neu', weil die Magnetisierung ewig halte und sagt im nächsten Satz, Beschädigungen seien nur in mechanischer Art denkbar. Es treten aber oft Beschädigungen an dem Datenträgermaterial selber (sprich der Magnetisierung) auf (z. B. durch Headcrash). Das beeinträchtigt die Daten, sie wären dann 'gebraucht', weil Teile nicht mehr maschinell lesbar sind.

(7) Doppelnatur der Information

Hier zeigt sich nun die eigentliche Natur der Information. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Information liegt nur ein einziges Mal auf einem bestimmten Träger vor.

2. Die Information liegt mehrere Male auf verschiedenen Trägern vor.

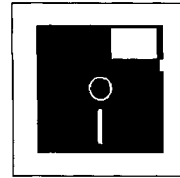
ad 1. Wenn es die Information nur einmal auf einem Träger gibt, dann geht sie mit der Vernichtung dieses Trägers unter.

ad 2. Existiert sie mehrfach auf verschiedenen Trägern, ist die Zerstörung eines Trägers irrelevant, sie besteht in gleicher Qualität auf den anderen Trägern weiter.

Dieses Unterscheidungsmodell wird auch durch die obige Darstellung bezüglich des Alterungsprozesses gestützt. Dort wurde dargelegt, daß in einem Fall sich ein Fehler weiter-schleppt (hier 1) oder nicht weiterschleppt (hier 2). Die hier getroffene Differenzierung findet sich also auch dort.

Konsequenz für den Streit: Beide Auffassungen sind generell richtig. Welche im Einzelfall anzuwenden ist, hängt von obigen Kriterien ab.

*Information unabhängig von
Speicherungsform*



(8) Doppelnatur und Kopierschutz

Existiert die Information kopiergeschützt auf einem Träger und ebenso auf anderen Trägern, so fällt die Zerstörung eines dieser Träger in die Kategorie 1, vorausgesetzt der dadurch Geschädigte verfügt nicht über eine weitere Kopie, mit der er ein identisches Stück erzeugen kann.

Die Rolle des Kopierschutzes

Begründung und Beispiel:

A vermietet dem B ein kopiergeschütztes Programm. B beschädigt die Diskette. Konsequenz der zweiten Auffassung wäre, daß B lediglich die Disketten ohne das Programm ersetzen müßte, weil A bezüglich des Programms kein Schaden entstanden ist (mechanische Beschädigungen können nur an Datenträgern auftreten, nie an Programmen), weil A jederzeit eine andere Kopie des gleichen Programms verwenden und mit der von B als Schadensausgleich geleisteten Diskette eine neue, identische Programmdiskette erzeugen kann.

Ein Beispielfall

Das benachteiligt den A in den Fällen, in denen er

1. entweder über keine weitere Kopie dieses Programms verfügt
2. oder in denen er nicht über die Möglichkeit verfügt, den Kopierschutz auszuschalten, und dadurch der Möglichkeit beraubt ist, eine neue, identische Programmdiskette zu erzeugen.

Diese Benachteiligung verstößt gegen die Regeln des Schadensausgleichs.

Nimmt man in derartigen Fällen stattdessen die erste Auffassung an, treten diese Probleme nicht auf, weil dann die Zerstörung der Information als Schadensereignis gesehen wird. Ein Schadensausgleich ist möglich.

d. Konsequenz für die Diskussion über § 11 Nr. 10 AGBG

Es ist bezüglich der Anwendbarkeit von § 11 Nr. 10 AGBG im Einzelfall zu unterscheiden: Die Daten sind als 'neu' anzusehen,

„Neue“ Daten

(1) wenn sie seit dem Vorgang des Kopierens auf den gelieferten Datenträger (= Bespielen) weder durch den AGB-Verwender (= Lieferant) noch durch Dritte gelesen wurden.

(2) wenn der AGB-Verwender (= Lieferant) in der Lage ist, sie von identischen Daten zu kopieren.

(3) wenn der AGB-Verwender (= Lieferant) es unterlassen hat, sie nach der letzten Rücknahme auf Identität mit den vorher ausgelieferten Daten zu überprüfen. Bei Computerdaten setzt dies nicht zwingend voraus, daß er über eine Kopie der Daten verfügt. Eine derartige Überprüfung ist z. B. auch anhand von Prüfsummen möglich. Virenschutzprogramme arbeiten teilweise auf dieser Basis⁴⁹

Die Daten sind als 'gebraucht' anzusehen,

„Gebrauchte“ Daten

(4) wenn er die dazu notwendigen Urdaten nicht hat und die Datenträger seit dem Bespielen durch den AGB-Verwender oder Dritte gelesen wurden.

(5) wenn der AGB-Verwender sie nach der letzten Rücknahme auf Identität mit den vorher ausgelieferten Daten überprüft hat und dabei festgestellt hat, daß die Daten nicht verändert wurden.

⁴⁹ Es gibt unterschiedliche Methoden, Rechnersysteme auf Virenbefall zu untersuchen, sie basieren entweder auf Hard- oder Software:

1. Hardware

Man kann zwischen Harddiskcontroller und Systembus eine Art Filter schalten, der analysiert, was passiert und bei kritischen Schreibzugriffen auf die Harddisk Alarm schlägt (so z. B. ThunderScan PC von Electronic Systems and Special Services (ESSS, Holland). Western Digital (Kalifornien, USA) hat in seinem neuesten Produkt, einem Harddiskcontroller, den System Management Interrupt von '386/486'-Prozessoren ausgenutzt, um die Systemaktivitäten auf verdächtige Operationen hin zu beobachten („Immunizer“, arbeitet nur mit den neuesten Prozessorversionen).

2. Software

Es gibt drei prinzipielle Methoden, per Software einen Virenbefall zu erkennen: Scanner, Monitors und integrity checker.

a. Scanner

Virens Scanner sind die älteste Methode. Sie haben eine Datenbank mit bekannten Viren und untersuchen den Datenbestand auf ihr Vorkommen. Da Viren sich selber verändern können, ist diese Art nicht sehr effektiv und wird heute meist in Kombination mit statistischen und KI-Methoden verwandt.

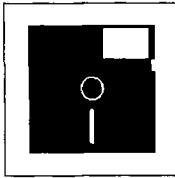
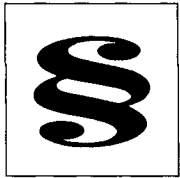
b. Monitors

Beobachten das Geschehen im Rechner und analysieren es anhand bestimmter Vorgaben. Meist in Kombination mit Scannern.

c. integrity checker

Bilden für jede Datei eine Prüfsumme und speichern diese in einer Datenbank. Das Übereinstimmen mit dieser Prüfsumme wird regelmäßig kontrolliert. Neueste Methode.

Darstellung nach: Rick Cook, *How To Kill A Mutant Virus – Old products don't necessarily work against the new stealth and polymorphic viruses, but a software/hardware mix is proving effective*, *Datamation*, May 1, 1993 S. 53ff.



3. Ergebnis für die Frage des Haftungsausschlusses

a. Erkennbare Viren

Prüfpflichten bei Viren

Über AGBs ist kein Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz möglich (vgl. § 11 Nr. 7 AGBG)⁵⁰. Grob fahrlässig würde bereits handeln, wer vor dem Vermieten die Software nicht selbst mit aktuellen Virenschannern auf Virenbefall prüft⁵¹. Er kann sich daher nur befreien, wenn er dies tut und es sich vom Kunden bestätigen läßt. Damit bestätigt der Kunde, daß er eine mangelfreie Lieferung bekommen hat.

Das Unternehmen sollte für jedes Softwarepaket, das es vermietet, einen Mietschein mit folgendem Inhalt haben:

Inhalt des Mietscheins

Name der Software, Hersteller, Disketten, Dateilisting und Prüfsumme⁵², Liste der verwendeten Virenerkennungsprogramme⁵³, Liste der Dokumentationen, Liste der Schablonen, Kopierschutzvorrichtungen, Verpackungen.

Der Verleiher sollte die Software vor dem Vermieten im Beisein des Kunden auf Virenbefall mit dem aktuellsten Virenschanner, der erhältlich ist, überprüfen und sich dies vom Kunden auf dem Mietschein bestätigen lassen. (Im Fall von Minderjährigen: Hier ist ausdrücklich in den AGBs – die die Eltern unterschreiben – zu regeln, daß diesbezüglich die Unterschrift der Kinder rechtsverbindlich ist).

b. Nicht erkennbare Viren

Fraglich ist, wie die Situation behandelt werden kann, wenn auch der neueste Virenschanner ein Virus nicht erkannt hat und der Kunde nachweisen kann, daß der Virenbefall nur durch die vom Vermieter gemietete Software entstehen konnte. Geht man von der restriktiven Auslegung des § 538 I BGB aus, die Mangelfolgeschäden bei äußerster Sorgfalt nicht erfaßt wissen will, haftet der Vermieter nach dieser Norm nicht bei nicht erkennbaren Viren.

c. Zusammenfassung für den Haftungsausschluß bezüglich von Viren

Wendet man das hier vertretene juristische und praktische Modell an, kann es zu keinem Haftungsfall für Mängel oder Mangelfolgeschäden wegen Viren kommen. Ein Haftungsausschluß ist daher juristisch nicht erforderlich. Eine 'Angstklausel' kann z. B. lauten:

Eine „Angstklausel“

Der Vermieter haftet bei Mängeln oder Mangelfolgeschäden, insbesondere durch Viren, durch den Mietgegenstand, nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

d. Lauffähigkeit

Man muß sich lediglich bezüglich der Lauffähigkeit freistellen⁵⁴.

C. Beschädigungen

I. Sprachgebrauch: Parallele zum Strafrecht

Die strafrechtliche Terminologie für Datenbeeinflussung

Im Strafrecht⁵⁵ wird die Terminologie 'Löschen', 'Unterdrücken', 'Unbrauchbarmachen' und 'Verändern' (vgl. § 303a StGB) für Beschädigungen von Daten verwendet. Dabei bedeutet:

1. Löschen:

Vollständige und unwiederbringliche Unkenntlichmachung der Daten⁵⁶, so daß diese nicht mehr rekonstruiert werden können⁵⁷: „Hierbei kommt es allein auf die konkrete Speicherung

⁵⁰ Vgl. Köhler (Fn. 31), Rn. 61 m. w. N.: OLG Stuttgart 11.4.1984 = 8 REMier 1/84 = NJW 1984, 226; außerdem: Palandt-Putzo (Fn. 22) § 538 Rn 7; m. w. N.: BGHZ 29, 295.

⁵¹ siehe B. II.

⁵² Idee: RA Rauch.

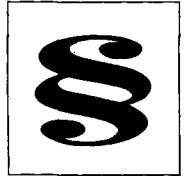
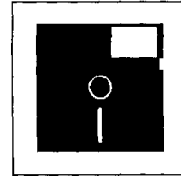
⁵³ Idee: RA Rauch.

⁵⁴ Musterklausel siehe B. II.

⁵⁵ zum strafrechtlichen Vervielfältigungsbegriff vgl. Franzheim, ausführlich zitiert in Fn. 8.

⁵⁶ Vgl. Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., München 1991, § 303a Rn. 4 mit Verweis auf BT-Drucksache 10/5058, 34.

⁵⁷ Vgl. Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4 mit Verweis auf Gravenreuth NStZ 89, 206 (Fn. 18).



an; das Vorhandensein entsprechender Daten auf einem anderen Datenträger schließt die Tatbestandsmäßigkeit nicht aus⁵⁸.

Das gilt auch für die folgenden Tatbestandsalternativen⁵⁹.

2. Unterdrücken:

Entzug der Daten aus dem Zugriff des Verfügungsberechtigten, wodurch dieser sie nicht verwenden kann⁶⁰.

3. Unbrauchbarmachen:

Beeinträchtigung von Daten in ihrer Gebrauchsfähigkeit, so daß sie nicht mehr ordnungsgemäß verwendet werden können⁶¹, z. B. durch Teillöschung, inhaltliche Umgestaltung oder Hinzufügen.

4. Veränderung:

Umwandlung der Daten, so daß sie einen anderen „Informationsgehalt erhalten und dadurch der ursprüngliche Verwendungszweck beeinträchtigt wird“⁶². Das kann durch die gleichen Handlungen wie bei der Unbrauchbarmachung geschehen.

Es bietet sich an, diese Terminologie auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden, weil dann juristische Mißverständnisse ausgeschlossen werden und alle Alternativen erfaßt sind.

II. Doppelnatur der Information und Beschädigung

Aus der Doppelnatur der Information ergibt sich, daß anhand der tatsächlichen Gegebenheiten zu formulieren ist:

1. Wenn kopiergeschützte und nur einmalig vorhandene Software vermietet wird, und der Vermieter keine identischen Stücke fertigen kann:

Der Mieter leistet dem Vermieter Ersatz für Löschungen, Unterdrückungen, Unbrauchbarmachungen und Veränderungen an Datenträgern oder Programmen bei kopiergeschützten oder nur einmalig beim Vermieter vorhandenen Programmen in Höhe des Verkaufspreises der Software, bei allen anderen Programmen in Höhe der Wiederherstellungskosten.

Eventuell sollte man an dieser Stelle mit Beispielen konkretisieren (... insbesondere ..., ... beispielsweise ...)⁶³.

2. Wenn Originale immer beim Vermieter verbleiben und er davon neue Vermietobjekte fertigen kann:

Der Mieter leistet dem Vermieter Ersatz für Veränderungen an Datenträgern oder Programmen in Höhe der Wiederherstellungskosten.

3. Außerdem ist es erforderlich auf die Dinge einzugehen, die nicht Information sind:

Der Mieter leistet dem Vermieter Ersatz für Beschädigungen oder Verlust an vermieteten Gegenständen, die nicht Programm oder Datenträger sind, in Höhe des Verkaufspreises.

Datenbeeinträchtigungen:
Ersatzklauseln

D. Löschungsklausel

Da das Vertrauen in den Schutz durch einen 'Dongel' oder andere Kopierschutzvorrichtungen eher trügerisch ist (findige Programmierer finden immer wieder die entsprechenden Routinen in den Programmen und bauen sie um) hier ein entsprechender Vorschlag:

Der Mieter ist verpflichtet, bevor er die gemietete Software an den Vermieter zurückgibt, alle von ihm oder in seinem Namen handelnden Dritten von dieser Software angefertigten Kopien zu löschen.

Klausel zur Löschung von
Kopien

In Verbindung mit den oben genannten Klauseln für Erlaubnisse des Vermieters gegenüber dem Mieter ergibt sich ein umfassender Schutz gegen Kopien.

⁵⁸ Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4 mit Verweis auf Lenckner/Winkelbauer CR 86, 829; ebenso Eduard Dreher/Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46. Aufl., München 1993, § 303a Rn. 5.

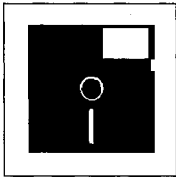
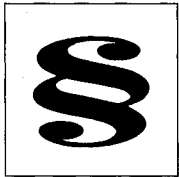
⁵⁹ Vgl. Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4 letzter Satz.

⁶⁰ Vgl. Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4.

⁶¹ Vgl. Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4 mit Verweis auf BT-Drucksache 10/5058, 35.

⁶² Schönke/Schröder (Fn. 56) § 303a Rn. 4 mit Verweis auf Möhrenschröder, wistra 86, 141.

⁶³ Idee: RA Rauch.



E. Rückgabe

Klausel: Rechtsfolgen bei
Versäumung des
Rückgabetermins

Sollten die Mietgegenstände bis zu dem auf dem Mietschein angegebenen Tag nicht unaufgefordert zurückgegeben werden, und sollte zu diesem Zeitpunkt auch keine Nachricht vorliegen, wird dem Mieter eine Nachfrist mit Androhung der Ablehnung der Rücknahme gestellt. Nach deren Ablauf werden die Mietobjekte – zusätzlich zu den Mietpreisen – dem Mieter in Rechnung gestellt. Die Mietobjekte gehen dann in das Eigentum des Mieters über. Hier erscheint wieder der Mietschein⁶⁴. Er sorgt mit einer exakten Datumsangabe dafür, daß der Mieter bei Ablauf dieser Frist in Verzug gerät.

F. Hinweisklausel

Eine pädagogische Warnklausel

Der Mieter wird darauf hingewiesen, daß die unerlaubte Vervielfältigung von Software, Druckwerken und Schablonen etc einen Verstoß gegen das Urheberrecht darstellt und sowohl straf- als auch zivilrechtlich verfolgt wird.

Eine derartige Klausel ist juristisch nicht erforderlich. Bei den überwiegend jugendlichen Mietern von Spielsoftware kann sie aber nicht schaden, sondern aufklärerisch wirken. Das gilt leider auch für manchen erwachsenen Mieter.

G. Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle auf das Verhältnis Vermieter zu Rechtsinhaber

I. Erlaubnis des Rechtsinhabers

Aus § 69 c Nr. 3 S. 1 3. Alt und S. 2 UrhG ergibt sich, daß auch die Vermietung nach Veräußerung an den Vermieter der Gestattung des Rechtsinhabers⁶⁵ bedarf, § 17 II UrhG ist insoweit eingeschränkt⁶⁶. Eine Ausnahme nach § 69 d oder 69 e UrhG greift nicht ein.

II. Dekompilierung

Die in § 69 e UrhG getroffenen Regelungen bezüglich der Dekompilierung sind detailliert. In der Praxis ist es durchaus denkbar, daß sich ein Softwarehaus eine Software mit dem Ziel ausleiht, einen Teil zu analysieren, um eigene Software mit entsprechenden Schnittstellen ausstatten zu können. Gemäß § 69 e I Nr. 1 UrhG sind nur der Lizenznehmer – sprich der Vermieter – oder eine andere zur Verwendung einer Programmkopie berechnigte Person entsprechend befugt. In einen Vertrag sollte – falls notwendig – eine entsprechende Regelung aufgenommen werden.

H. Auswirkungen des EG-Richtlinienentwurfs zum Vermieten⁶⁷

Nach dem Entwurf hat nicht nur der Rechtsinhaber, sondern auch der/die Urheber ein Verbotsrecht (vgl. Art 2 I). Art 2 III bestimmt jedoch, daß die EG-Richtlinie zum Schutz von Software unberührt bleibt. Es ist daher nur auf diese abzustellen. Die Richtlinie zum Vermieten hat keine Auswirkung auf das Vermieten von Software.

⁶⁴ siehe B. VI. 3. a.

⁶⁵ Rechtslage bisher: OLG Frankfurt 5.6.1990 – 6 U 60/89 = jur-pc 1991, 1181 ff, 1183: „... so daß eine Weiterverbreitung des Vervielfältigungsstückes durch Vermieten (oder Verleihen) zulässig ist, sobald das Vervielfältigungsstück unter den Voraussetzungen des § 12 II UrhG in den Verkehr gelangt ist“.

⁶⁶ Vgl. Michael Lehmann, Das neue deutsche Softwarerecht – Novellierungsvorschlag zum Urheberrecht, CR 1992, 324, 326 ro, 326 Im m. w. N. in Fn. 26.

⁶⁷ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Vermietrecht, Verleihrecht und zu bestimmten verwandten Schutzrechten, KOM (90 586 – endg. – Syn 319) v. 24. Jan 1991; Friedrich Kretschmer, EG-Urheberrecht: Vermiet- und Verleih-Richtlinie, GRUR 1991, 368 f; Christof Krüger, Europäisierung des Urheberrechts: Vermieten und Verleihen von Büchern, Ton- und Bildträgern – Vortrag, gehalten auf der Jahresversammlung der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in Wiesbaden am 14.6.1990 (Urheberrechtliches Kolloquium), GRUR 1990, 974 ff; v. Lewinski, Vermieten, Verleihen und verwandte Schutzrechte – Der zweite Richtlinienentwurf der EG-Kommission, GRUR Int 1991, 104 ff.