

muß auch der verfassungsrechtliche Datenschutz an dieser Stelle enden. Das bedeutet freilich noch nicht, daß nunmehr der Zugangsberechtigung des historischen Forschers verfassungsrechtlich nichts mehr entgegengehalten werden dürfte. Denn an die Stelle des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen können andere verfassungsrechtlich erhebliche oder mindestens verfassungsrechtlich zulässige Gesichtspunkte treten. Zu nennen sind: die Schutzpflicht des Staates für ein unverfälschtes Andenken Verstorbener<sup>28</sup>, die Schutzpflicht des Staates für den sozialen Geltungsanspruch der Verwandten des Verstorbenen<sup>29</sup>, berechnete Geheimhaltungsinteressen des Staates an bestimmten Verwaltungsvorgängen und nicht zuletzt die Erhaltung des Archivgutes. Alle diese Erwägungen bestimmen durch ihre und im Rahmen ihrer Erheblichkeit den Abwägungsprozeß. Sie haben allerdings durchwegs geringeres Gewicht als das mit hohem verfassungsrechtlichen Rang ausgestattete informationelle Selbstbestimmungsrecht der Lebenden.

Die praktischen Konsequenzen dieser Überlegung sind offenkundig. Man muß sich unter diesem verfassungsrechtlichen Aspekt, also eines mit dem Tod des Betroffenen schwindenden Gewichts des verfassungsrechtlichen Datenschutzes und eines Anwachsens des Gewichts der verfassungsrechtlich im Prinzip verbürgten Zugangsberechtigung, vor allem die Schutzfristen und deren Ausnahmen näher ansehen. Für eine Anonymisierung der Unterlagen, als Voraussetzung für die Durchbrechung der dreißigjährigen Schutzfrist<sup>30</sup>, oder für eine Ausweitung der Schutzfrist auf fünfzig oder noch mehr Jahre nach dem Tode des Betroffenen<sup>31</sup>, gibt es — von Sonderlagen abgesehen — verfassungsrechtlich keinen zureichenden Grund. Vielleicht muß man auch auf viel breiterer Basis, als dies bisher geschehen ist, bedenken, ob sich die dem Zugangsrecht entgegenstehenden schutzwürdigen Belange der Verwaltung, der Archive sowie Dritter nicht durch flankierende Maßnahmen zureichend und angemessen schützen lassen<sup>32</sup>, ohne daß das durch die Forschungsfreiheit mitgeschützte Zugangsinteresse des histori-

schen Forschers so lange blockiert oder doch mindestens verhürdet wird<sup>33</sup>.

Datenschutz ist für die Erhaltung des freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens lebensnotwendig. Aber ein zu weitgreifender Datenschutz zugunsten der nicht mehr Lebenden würde mindestens auf Zeit das „Gedächtnis der Nation“ trüben und damit letztlich der Selbsterkenntnis des Gemeinwesens entgegenwirken.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG Bd. 30, 170 (193 ff., 214 ff.).

<sup>29</sup> Zur Schutzwürdigkeit des Pietätsgefühls der Angehörigen vgl. Lackner, Strafrecht, 15. Aufl., § 189 Anm. 1; damit verbindet sich aber schwerlich ein schutzwürdiges Interesse der Angehörigen auf Fortbestand des einmal entstandenen Bildes des Verstorbenen.

<sup>30</sup> Problematisch insoweit das Wahlrecht zwischen Anonymisierung oder anderen Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 Satz 2 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072.

<sup>31</sup> Auch in dieser Hinsicht ist die Entscheidung des BayVG, BayVBl. 1985, 1663, problematisch; desgleichen die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072; mindestens ist hier die Differenzierung zwischen den verschiedenen Geheimhaltungsvorschriften nicht einleuchtend.

<sup>32</sup> Die Verkürzung der Schutzfrist auf zehn Jahre nach dem Tod des Betroffenen im Referenten-Entwurf für ein Berliner Archivgesetz ist ein Beispiel für solche Sicht und solche Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers; in dieser Hinsicht das prinzipielle Selbstbestimmungsrecht des Forschers verkennend Oldenhege, Der Archivar 1981, S. 470 (474).

<sup>33</sup> Gewiß ist nur unter dem Aspekt der Forschungsfreiheit ein Unterschied zwischen Hochschulforschung und freier Forschung nicht gerechtfertigt, wohl aber unter dem Aspekt des Schutzes für das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Die an einer Hochschule oder anderen staatlichen Einrichtungen Forschenden kann man bei Rechtsverstößen intensiver zur Verantwortung ziehen als den „freien Forscher“. Dieser Bezug wird von Albrecht, CuR 1986, 92 (96 f.) nicht hinreichend beachtet. Eine andere und vom Gesetzgeber zu entscheidende Frage ist, ob man den Unterschied in der rechtlichen Einbindung des Forschers als zureichenden Grund für eine Differenzierung ansieht. Nicht jede verfassungsrechtlich zulässige Differenzierung ist auch verfassungsrechtlich geboten. Vielmehr läßt die Verfassung hier Raum für gesetzgeberische Entscheidungen.

## Rechtsfragen zur Pflege von Standardprogrammen

**Rechtsanwalt Dr. Christoph Zahrnt, Neckargemünd**

(1) *Begriff:* Unter Pflege von Programmen kann aus rechtlicher Sicht von der Leistung des Lieferanten her verstanden werden (1):

- Die Fehlerbeseitigung (nach Ablauf der Gewährleistungsfrist)
- Aufklärung von Bedienungsfehlern/Leistungen auf Grund unberechtigter Fehlermeldungen
- Beseitigung von Auswirkungen von Bedienungsfehlern
- Telefonische Kurzberatung
- Sonstige Beratung

- Die Weiterentwicklung der Programme. Diese wird manchmal aufgeteilt in
  - Aktualisierung
  - sonstige Weiterentwicklung (DIN 66 230).

Die Aktualisierung soll also ein gewisses Minimum an Weiterentwicklung beinhalten, also das, was zur weiteren Nutzung der Programme unerlässlich ist.

Bei der Weiterentwicklung kann man aus vertraglicher Sicht folgende Ursachen unterscheiden:

- Geänderte Rechtsvorschriften

- Änderungen der Betriebsmittel, die das Programm benötigt: „Nachführen“ des Programms wegen geänderter Betriebsmittel. Die Lieferanten von Standardprogrammen werden häufig damit konfrontiert, daß der Lieferant der Betriebsmittel (DV-Anlage), die Voraussetzung für den Einsatz des Programms sind, ändert. Diese Änderungen werden typischerweise aus zwei Gründen auf die beim Anwender installierte DV-Anlage(n) übertragen:

a) Der Lieferant der Betriebsmittel droht dem Anwender an, daß er die normale Wartung/Pflege der DV-Anlage nach einer bestimmten Zeit einstellen würde, weil der Anwender die Änderungen (Einsatz neuer Versionen) nicht übernehmen würde (siehe unter 1.2).

b) Der Lieferant lockt den Anwender dazu, die Änderungen zu übernehmen, weil sie Voraussetzung für den Einsatz neuer (billigerer und/oder besserer) Geräte oder Programme sind.

- Sonstige Verbesserungen

Wegen der beträchtlichen Unterschiede der Maßnahmen bei Hardware (auch vorbeugende Wartung) und bei Software werden in der Praxis zunehmend auch unterschiedliche Begriffe, nämlich Wartung bzw. Pflege, verwendet (z. B. „BVB-Pflege“).

(2) *Einflußfaktoren:* Das Spektrum variiert sehr stark. Hauptsächliche Faktoren seitens der Lieferanten dürften dafür sein:

- Das Interesse, neue Versionen des Programms beim Anwender zu installieren, um einen einheitlichen Programmstand pflegen zu können. Dem wirken kundenspezifische Modifikationen entgegen.
- Das Interesse, überhaupt Fehler zu beseitigen.
- Das Interesse, eine — legitime — Einnahmequelle zu erreichen, insb. wenn die Leistungen ohnehin erbracht werden.

Gerade der letzte Punkt hat dazu geführt, daß der Kundschaft nebeneinander Betreuungs-, Wartungs- und Pflegeverträge angeboten werden. Manche Verträge haben nicht mehr zum Inhalt, als daß der Anwender Leistungen gegen Vergütung nach Aufwand mit Priorität in Anspruch nehmen kann.

(3) *Wichtige Typen in der Praxis sind (2):*

- Kein Vertrag: Der Lieferant verzichtet auf die Einrede der Verjährung, sofern er den Fehler für beseitigungswürdig hält, insb. im Hinblick auf das Geschäft mit neuen Kunden. U.U. verweist er den Anwender darauf, sich eine neue Version — gegen Vorzugspreis — zu kaufen.
- Lieferung neuer Versionen (gegen Vergütung) jeweils mit Gewährleistung. Treten Fehler nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, aber vor Verfügbarkeit einer neuen Version auf: wie beim ersten Typ.
- Fehlerbeseitigung nach Aufwand, neue Versionen gesondert.
- Fehlerbeseitigung gegen Pauschale, neue Versionen gesondert.
- Fehlerbeseitigung und neue Versionen gegen Pauschale (Vollpflege).

Je eher Standardprogramme für den einzelnen Kunden ohne Modifikationen eingesetzt werden, desto stärker wird mit einer Grundpauschale für ein Grundpaket an Leistungen gearbeitet.

## 1. Pflegepflicht

### 1.1 Umfang

(1) *Fehlerbeseitigung bei Überlassung auf Zeit (Miete):* Hier wird die Fehlerbeseitigung für die Dauer der Vertragszeit geschuldet.

(2) *Fehlerbeseitigung bei Überlassung auf Dauer (Kauf):* Hier besteht die Fehlerbeseitigungspflicht zu angemessenen Bedingungen ggf. für die normale Nutzungsdauer, wenn die Quellformate nicht überlassen worden sind.

(2.1) *Grundsatz:* Die Pflicht ist abzuleiten aus der technischen Monopolstellung (§ 26 GWB oder Treu und Glauben), weil praktisch nur der Lieferant diese Leistung erbringen kann (3). Wahrscheinlich kann der Lieferant sich dieser Pflicht für die normale Einsatzdauer nicht dadurch entledigen, daß er nachträglich die für die Pflege erforderlichen Unterlagen dem Anwender zur Verfügung stellt. Denn die Vereinbarung, daß nur Objektcode ausgeliefert wird, schafft für den Anwender einen Vertrauenstatbestand hinsichtlich der Pflege.

Hat der Lieferant die entsprechenden Unterlagen vertragsgemäß geliefert, dürfte er rechtlich kaum zur Fehlerbeseitigung verpflichtet sein, auch wenn zentrale Fehlerbeseitigung sehr sinnvoll (wirtschaftlich) ist.

(2.2) *Grenzen:* Die Pflicht zur Fehlerbeseitigung besteht auch für den Lieferant, der selber keine Quellformate zur Verfügung hat, wenn er im Liefervertrag für die Dauer der Gewährleistungsfrist die Fehlerbeseiti-

<sup>1</sup> Zum Begriff aus DV-technischer Sicht siehe Sneed, Die Wartung bleibt weiter das Stiefkind, Online 5/85, S. 22 ff, der nach Swanson vier Funktionen unterscheidet:

- *Korrigieren* = Fehlerbeseitigung (24% des gesamten Pflegeaufwandes);
- *Anpassen*: (22%)
  - Änderung wegen Änderungen der Betriebsmittel,
  - Änderungen wegen Änderungen der Benutzerschnittstelle,
  - Änderungen in den Funktionen, die das System ausführt, also Gesetzesänderungen und andere betriebliche Regelungen.
- *Erweiterung*: Funktionale Ergänzung des Systems: Es werden zusätzliche Funktionen eingebaut (40%);
- *Optimieren*: Verbesserung der Performance oder der Konstruktion des Programms (14%)

Ein Bericht über die Aussagen Sneed's findet sich bei NN, Industrie erstickt in schwer änderbarem Code, Computerwoche vom 8. Februar 1985.

<sup>2</sup> Zur Absicherung des Anwenders siehe Zahrnt, DV-Verträge Rechtsprobleme — Einführung in die Vertragsgestaltung, München 1985, S. 141ff.

<sup>3</sup> Lehman (Literaturverzeichnis) benennt neben der Lieferpflicht von Software auch das Problem der Pflegepflicht. Er geht aber nicht weiter darauf ein, ob der Lieferant zur Pflege verpflichtet ist, sondern erörtert nur die Frage der Gleichbehandlung.

gung übernommen hat. (Er sollte vertraglich nur eine Bemühensklausel vorsehen.)

Wenn der Lieferant aber von vornherein keine Pflicht zur Fehlerbeseitigung übernommen hat (Mikrocomputerprogramm „as is“), dürfte er auch nicht zur Fehlerbeseitigung aus Pflege (gegen Vergütung) verpflichtet sein. Das Monopolargument dürfte entfallen, weil diese Leistung schlechthin nicht geschuldet sein soll. Das Argument Treu und Glauben dürfte entfallen, weil der Lieferant sich an das BGB hält und seine Ablehnung deutlich zu erkennen gegeben hat. Bedenken gegen dieses Ergebnis bestehen dann, wenn der Lieferant eigentlich eine Organisation zur Weiterentwicklung aufgebaut hat und sich nur nicht zur Fehlerbeseitigung verpflichten will.

(3) *Anpassung aufgrund gesetzlicher Änderungen:* Die Pflicht dazu besteht mit großer Wahrscheinlichkeit als Verkehrssitte während der Mietdauer.

Unsicher ist, ob die Pflegepflicht auch für die Pflege im Falle des Kaufs gilt. Zu bejahen ist das, wenn von vornherein mit erheblichen gesetzlichen Änderungen gerechnet werden muß, so bei einem Lohn- und Gehaltsprogramm. Denn der Lieferant erweckt mit dem Verkauf den Eindruck, daß das Programm langfristig genutzt werden kann, insb. wenn es zusammen mit Hardware verkauft wird. Bei diesem Programm kommt noch die Eilbedürftigkeit der Anpassung hinzu, der praktisch nur der Lieferant begegnen kann.

(4) *Nachführen bei Änderungen der Betriebsmittel:* Der Anwender hat bei Kauf grundsätzlich keinen Anspruch, daß der Lieferant das von ihm gelieferte Programm bei einer Änderung des nicht von ihm gelieferten Systems nachführt, so daß der Anwender es noch einmal einige Jahren nutzen könnte. Denn die Ursache dafür liegt im Risikobereich des Anwenders (siehe einleitend unter (4)).

Bei Miete hat der Anwender den Anspruch nur, wenn der Lieferant eine entsprechende Version zur Verfügung hat.

(5) *Funktionelle Weiterentwicklung:* Hier besteht grundsätzlich keine Pflicht des Lieferanten. Der Anwender zahlt insoweit die Pflegepauschale für eine Chance.

## 1.2 Maßgebliche Version/Kompatibilität

(1) *Problemstellung:* Die großen Hersteller verfolgen weitgehend die Geschäftspolitik, die alte Version nach der Freigabe einer neuen Version oder eines neuen stark konkurrierenden Produkts und nach Ablauf einer gewissen Schonfrist für die Anwender „herabzustufen“: Sie sind dann nicht mehr zur Fehlerbeseitigung gegen eine Pauschale bereit, sondern nur noch zur *Unterstützung* des Kunden bei der Beseitigung gegen Vergütung nach Aufwand. Diese Leistungen werden dann typischerweise nicht mehr vom eigentlichen Entwicklungsteam vorgenommen, sondern von irgendwelchen Programmierern. Oft zahlt der Anwender dann erst einmal deren Einarbeitung in die Programmlogik. (Es gibt aber auch Fälle, in denen die deutsche Tochter,

der eine neue Version zum Vertrieb von ihrer amerikanischen Mutter aufgezwungen wird, sich um die Pflege der alten Versionen eine Zeitlang erfolgreich bemüht.) Diese Politik kann sich auch auf die zwei letzten Versionen beziehen.

Nicht geklärt ist, ob sich der gesetzliche Anspruch auf Fehlerbeseitigung und ggf. auf Anpassung aufgrund gesetzlicher Änderungen) auf die ursprünglich gelieferte Version bezieht oder ob der Lieferant diese Leistungen auf die jeweils neueste von ihm bereitgestellte Version beschränken darf:

- überhaupt
- nur diese wird durch das Entwicklungsteam gepflegt. Diese Variante wird im folgenden nicht weiter behandelt.
- nur diese gegen pauschale Vergütung.

Kritisch wird das, wenn die neue Version zur bisher eingesetzten für den Anwender nachteilig inkompatibel ist:

- Benutzeroberfläche: Die Funktionen sind geändert. Bei Systemsoftware bedeutet das, daß die Schnittstelle zu den Anwendungsprogrammen geändert worden ist, so daß letztere nachgeführt werden müssen.
- Dateistruktur: Das Programm erwartet eine andere Dateistruktur.
- Die neue Version erfordert mehr Betriebsmittel.

Die Durchbrechung der Kompatibilität ist in einem gewissen Umfang für den Lieferanten unerlässlich, um die Programme weiterentwickeln zu können. Bei der Weiterentwicklung von Betriebssystemen geht es auch wesentlich darum, neue und dank des Preisverfalls in der Regel deutlich preisgünstigere Geräte unter dem dafür entwickelten Betriebssystem einsetzen zu können. Die Weiterentwicklung dient den Interessen der Anwenderschaft insgesamt. Dementsprechend können die Lieferanten sich grundsätzlich nicht durch einen einzelnen Anwender auf eine strikt kompatible Weiterentwicklung einschränken lassen.

Die Anwender drängen die Lieferanten seit Jahren zu möglichst kompatibler Weiterentwicklung. Der Grad an Inkompatibilität hat erheblich abgenommen. Im Bereich der Bürocomputer sind inkompatible Weiterentwicklungen organisatorisch z.T. kaum durchführbar.

Grundsatz ist, daß der Einsatz der neuen Version für den Anwender zumutbar sein muß. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, inwieweit die Lieferung neuer Versionen aus anderen Gründen mit vereinbart ist. Denn das Nachführen und die Weiterentwicklung aus sonstigen Gründen beeinträchtigen die Wahrung der Kompatibilität weitaus stärker als die reine Fehlerbeseitigung.

(2) *Nur Fehlerbeseitigung:* Lehnt der Lieferant die Fehlerbeseitigung in älteren Versionen überhaupt ab,

<sup>4</sup> LG Köln, Urteil vom 24. April 1984 (9002/84), für nicht näher beschriebenes Leistungsbündel gegen Pauschale.  
 LG Köln, Urteil vom 11. Mai 1984 (90014/84), für Pflicht zur Fehlerbeseitigung gegen Pauschale.  
 Beide Entscheidungen sind in diesem Heft abgedruckt.

darf er inkompatible Versionen nur insoweit liefern, wie dies für die Fehlerbeseitigung erforderlich ist.

Ist eine pauschale Vergütung vereinbart, so ist sie ein Entgegenkommen des Lieferanten. Dementsprechend darf er sie davon abhängig machen, daß der Anwender inkompatible Versionen akzeptiert. Der Lieferant muß dann aber die letzte Version gegen Vergütung nach Aufwand weiter betreuen, wenn der Anwender die Übernahme wegen nicht durch Fehlerbeseitigung verursachter Inkompatibilität ablehnt.

(3) *Fehlerbeseitigung und gesetzliche Änderungen:* Wegen der erheblichen Kosten der Weiterentwicklung kommt praktisch nur der Fall einer pauschalen Vergütung oder einer Umlage auf alle Anwender in Betracht. Dann scheidet auch ein Zurückgehen auf Vergütung nach Aufwand — anders als bei (2) — praktisch aus. Dementsprechend wird der Lieferant in der Entwicklung des Programms stark eingeschränkt. Die wegen der gesetzlichen Änderungen unvermeidlichen Inkompatibilitäten sind zulässig (Abbildung „Kompatibilität neuer Versionen“). Damit der Lieferant sein Produkt aber überhaupt weiterentwickeln kann, dürfte auch eine gewisse Inkompatibilität aus anderen Gründen zulässig sein.

(4) *Fehlerbeseitigung und Weiterentwicklung insgesamt:* Am Nachführen und an der funktionellen Weiterentwicklung hat der Anwender möglicherweise kein Interesse. Die Frage lautet, ob der Lieferant ausschließlich einen Pflegevertrag anbieten darf, der alle Leistungen enthält. Das ist nur dann anzunehmen, wenn der Lieferant sich verpflichtet, dem Anwender nicht mehr an Inkompatibilität zuzumuten als bei (3).

Das gilt nicht, wenn vereinbart ist, daß der Anwender die neue Version nicht zu übernehmen braucht, sondern Fehlerbeseitigung gegen Vergütung nach Aufwand verlangen kann — das Spezialproblem der gesetzlichen Änderungen ausgeklammert. Dann kann der Lieferant unter Hinweis auf die Bereitschaft zur Pflege nach Aufwand eine erhebliche Inkompatibilität erzwingen.

Läßt sich der Anwender hingegen erst einmal auf einen solchen Vertrag ohne Regelung über die hilfswise Pflege der alten Version nach Aufwand ein, muß er Inkompatibilität in erheblichem Umfang hinnehmen: Er schließt einen Vertrag über eine Chance, daß die Weiterentwicklung seinen Interessen entspricht. In diesem Fall begibt er sich freiwillig in ein Risiko: Weiterentwicklung ist oftmals nur unter Verzicht auf Inkompatibilität möglich. Dementsprechend ist ihm mehr an Inkompatibilität als im Ausgangsfall zuzumuten. Dann kann er sich grundsätzlich nicht mehr auf die gesetzliche Pflegepflicht berufen. Eine Ausnahme kommt in Betracht, wenn die Grenze der Zumutbarkeit überschritten ist oder die Übernahme sogar unmöglich ist (neue Version paßt nicht in Hauptspeicher, der auch nicht mehr aufrüstbar ist.)

(5) *Umstellung:* Technische Inkompatibilitäten lassen sich oft wesentlich dadurch entschärfen, daß der Lieferant Maßnahmen zur Verfügung stellt, die es dem Anwender erleichtern, auf die neue Version überzuge-

hen. Insofern ist der Lieferant weitgehend dazu verpflichtet, solche Maßnahmen zu treffen.

## 2. Rechtliche Einordnung

(1) *Ausgangspunkt:* Der Pflegevertrag ist grundsätzlich ein Werkvertrag (4). Soweit er auf Fehlerbeseitigung gerichtet ist, ist die Beseitigung von Fehlern primäre Leistungspflicht. Der Lieferant schuldet sie nicht aus Gewährleistung. Insbesondere der Aufwand des Anwenders für die Fehlersuche selber ist noch kein Schaden, sondern vertragsmäßige Mitwirkungsleistung des Anwenders.

Gewährleistung greift erst bei fehlerhaften Korrekturmaßnahmen ein. Die Existenz von Fehlern selber führt also noch nicht zu Schadensersatzansprüchen.

Der Lieferant ist nicht verpflichtet, von sich aus Fehler zu suchen.

Soweit der Vertrag auf die Lieferung neuer Versionen gerichtet ist, gilt hinsichtlich der rechtlichen Einordnung im Ansatz dasselbe wie für den Beschaffungsvertrag (5). Hier dürfte aber danach zu differenzieren sein, wie die Fehlerbeseitigung mit der Lieferung neuer Versionen verknüpft ist. Es liegt nahe, einheitlich Werkvertragsrecht anzunehmen, wenn die Fehlerbeseitigung und die Lieferung neuer Versionen miteinander verbunden werden. Dafür spricht insbesondere, daß die Lieferung neuer Versionen in der Regel auch der Fehlerbeseitigung dient. Das gilt insbesondere dann, wenn beide Leistungen durch eine einheitliche Pauschale vergütet werden.

Konsequenz ist, daß der Lieferant die Beseitigung von Fehlern, die erst in einer neuen Version enthalten sind, aus Gewährleistung schuldet. Konsequenz ist weiterhin, daß die Lieferung einer neuen Version mit neuen Fehlern eine Verletzung der Fehlerbeseitigungspflicht beinhaltet und somit zu Gewährleistungsansprüchen führt (was nicht recht befriedigt. Man kann auch die Auffassung vertreten, daß die Pflicht zur Fehlerbeseitigung nur dann verletzt wird, wenn der Lieferant aufgrund von Fehlermeldungen eines Anwenders eine neue Version liefert, die den Fehler beseitigen soll, aber selber neue Fehler enthält).

Anders ist die rechtliche Einordnung in solchen Fällen, in denen der Lieferant den Erwerb einer neuen Version gesondert anbietet, für die es dann wieder eine Gewährleistungsfrist gibt (update service).

Bei fehlerhaften Korrekturmaßnahmen bestehen werkvertragliche Schadensersatzansprüche gemäß § 635 BGB nur dann, wenn der Lieferant die fehlerhafte Korrektur auch verschuldet hat. § 635 BGB verlangt Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinsichtlich der Fehlerbeseitigung. Es ist also der vor der Nachfristsetzung entstandene Schaden nur insoweit zu ersetzen, wie er trotz unverzüglicher Nachfristsetzung unvermeidbar war.

<sup>5</sup> Zur Einordnung eines Vertrages über die Überlassung von Standardprogrammen siehe Engel, Mängelansprüche bei Software-Verträgen, BB 1985, 1159 ff und Zahrt (Fn 2) S. 60 ff.

*(2) Einzelheiten zur Leistungspflicht*

(2.1) Der Lieferant ist verpflichtet, neue Versionen gründlich auszutesten. In der Regel gehört dazu mindestens eine Pilotinstallation bei einem Anwender. Anderenfalls macht er sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig.

(2.2) Offen ist, inwieweit der Lieferant verpflichtet ist, einen bei einem Anwender aufgetretenen Fehler den anderen Anwendern mitzuteilen, um sie vor Schaden zu bewahren.

(2.3) Offen ist, wie schnell der Lieferant jede einzelne Korrekturmaßnahme den anderen Anwendern mitzuteilen hat, sobald sie abgeschlossen ist. Wenn Korrekturmaßnahmen über Datenträger eingespielt werden sollen, spricht vieles organisatorisch dafür, daß Korrekturmaßnahmen jeweils für eine bestimmte Periode gebündelt mitgeteilt werden dürfen. Bei schwerwiegenden Fehlern dürfte aber die Pflicht zur Mitteilung des einzelnen Fehlers bestehen bleiben.

(2.4) Der Lieferant ist verpflichtet, diejenigen Maßnahmen schriftlich (Bedienungsanweisung!) aufzuführen, die der Anwender als Einsatzvorbereitung für die neue Version zu treffen hat, sowie diejenigen Punkte, in denen sich die neue Version für den Benutzer von der alten unterscheidet. Die Fortschreibung der Benutzerdokumentation alleine ist zwar erforderlich, reicht aber nicht aus.

(3) *Verzug* setzt voraus, daß ein Termin für eine bestimmte Verpflichtung des Lieferanten besteht. Dieser

läßt sich bei der Lieferung der neuen Version eines Programms, z. B. eines Lohnprogramms wegen gesetzlicher Änderungen, im wesentlichen mit dem Datum bestimmen, zu dem die Anwender die neue Fassung spätestens brauchen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, daß die Anpassung der Programme an geänderte Rechtsvorschriften so kompliziert sein kann, daß den Anwendern erst einmal im ersten Monat zugemutet werden kann, bestimmte behelfsmäßige Maßnahmen zu ergreifen, z. B. Abschlagszahlungen zu leisten.

Hinsichtlich der Beseitigung von Fehlern schuldet der Lieferant diese im ordentlichen Geschäftsgang. Das ist wesentlich abhängig von den Auswirkungen des Fehlers beim Anwender.

(4) *Minderung der Pflegepaktschale* kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Bei Verzug gibt es grundsätzlich keine Minderung. Bei der Lieferung fehlerhafter Korrekturmaßnahmen gibt es Minderung erst nach Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung, und dann auch nur hinsichtlich des Minderwertes der Fehlerbeseitigungsmaßnahme.

(5) *Selbstvornahme* seitens des Anwender und Aufwendungsersatz kommt nur dann in Betracht, wenn der Lieferant mit der Korrektur einer fehlerhaften Korrektur in Verzug ist. Ist der Lieferant hingegen mit der Beseitigung eines Fehlers in Verzug, kann der Aufwand nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen des Verzuges als Schadensersatz geltend gemacht werden (Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung).

## Der Informationsfluß über die Grenzen und das europäische Recht

von Michel Vivant \*

Der Informationsfluß über die Grenzen hinweg ist Gegenstand einer eminent politischen Debatte, handelt es sich doch um einen Gegenstand, bei dem in ökonomischer und politischer Hinsicht außerordentlich Bedeutsames auf dem Spiel steht. „Information“ ist zu einem wesentlichen Element des Reichtums und der Strategie von Unternehmen wie des Staates geworden: „Information ist Macht“ (J.-P. Chamoux). Der Mythos hat sich dazugesellt. Die Frage ist als Problem der Gesellschaft, der kulturellen Identität oder der wissenschaftlichen Vormachtstellung angegangen und ausführlich debattiert worden. Der normative Diskurs blickt weitgehend in die Zukunft und gebraucht und mißbraucht gleichermaßen das Konditional: Er kon-

zentriert sich im wesentlichen auf die Frage, was der Informationsfluß über die Grenzen in der Zukunft sein wird, und darauf, was er im Idealfall sein sollte.

Der mit dem öffentlichen Recht befaßte Jurist, dem die internationalen Foren vertraut sind, wird bei einem solchen Ansatz zweifellos kein Mißbehagen spüren. Aber der Zivilrechtler, der sich darum bemüht, in konkreten Fällen mit „operativen“ Instrumenten zu antworten, weiß nicht, was er denken soll, wenn er beispielsweise eine Entschließung wie die folgende liest. (Sie steht in den „Richtlinien zur Regelung des Schutzes des Privatlebens und des grenzüberschreitenden Austausches von personenbezogenen Daten“ der OECD von 1980, einer Arbeit von bleibend hoher Qualität.) Die Entschließung lautet: „Es ist angezeigt, mit Hilfe vernünftiger Sicherheitsgarantien die personenbezogenen Daten zu schützen ...“ (Punkt 11). Sicher ist es angezeigt, daß es so sein soll. Aber wie steht es damit?

Die Untersuchung der positiven Rechtslage, die unbestreitbar von geringerem Umfang, aber doch zu-

\* Michel Vivant ist Professor an der juristischen Fakultät der Universität Montpellier, Direktor des Instituts für Rechtsinformatik und Koordinator von CELIM. - Der vorliegende Text ist (abgesehen von geringfügigen Ergänzungen) die Übersetzung eines bei der internationalen Tagung der IDATE von 1985 auf französisch gehaltenen Vortrags, der im November 1985 im Bulletin der IDATE erschienen ist.