



## Computerrecht

Thomas Hoeren

## Softwareauditierung

## Zur Zulässigkeit von Audit-Klauseln in IT-Verträgen

Alle Jahre wieder gehen die großen Softwareunternehmen ihre Kunden an und verlangen Zugriff auf deren EDV im Rahmen eines „Software licensing audit“. Sie berufen sich dazu auf vertragliche Audit-Klauseln, die ihnen eine Überprüfung der vor Ort genutzten „Lizenzen“ ermöglichen. Die AGB-rechtliche Wirksamkeit solcher Klauseln wird in diesem Beitrag überprüft. Dabei zeigt sich, dass Audit-Klauseln regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.

## I. Einführung

Große IT-Unternehmen wie IBM oder Novell prüfen alljährlich bei ihren Kunden vor Ort, wie es um deren Lizenzen bestellt ist. Gefürchtet ist auch die Auditierungspolitik der Business Software Alliance (BSA).<sup>1</sup> Mit Hilfe größerer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften rücken sie vor Ort an, um mit ihren Tools entsprechende Nutzungstests vorzunehmen. Sie berufen sich wegen der Zulässigkeit u.a. auf ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese enthalten in der Tat häufig Auditierungsklauseln, wonach das IT-Unternehmen berechtigt sei, vor Ort beim Kunden entsprechende Untersuchungen und Prüfungen vornehmen zu können. Die Frage ist nur, ob solche Klauseln AGB-rechtlich zulässig sind.

## II. Erste Überlegung: Auskunftsansprüche nach dem Urheberrecht

Die genannten Auditierungsmaßnahmen<sup>2</sup> dienen dazu, die Einhaltung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse zu überprüfen. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das Urheberrecht ein sehr enges System der Auskunfts-pflichten vorsieht. Wie das OLG Köln in seinem Grundsatzurteil vom 17.3.1995 bereits festgestellt hat,<sup>3</sup> steht einem Rechteinhaber nach bewusster gesetzgeberischer Entscheidung kein Anspruch auf Bucheinsicht zu. Das Urheberrecht beschränkt die Rechte in der Überprüfung urheberrechtlicher Nutzungsbefugnisse auf einen Auskunftsanspruch nach § 101 UrhG, der allenfalls und in wenigen Ausnahmen die Vorlage von Geschäftsunterlagen rechtfertigen kann.<sup>4</sup> Ein Anspruch auf Einsicht in Unterlagen insbesondere vor Ort gewährt das Urheberrecht nicht.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber hat diesen eng gezogenen Rahmen bewusst aufgestellt, um eine unvertretbare Bevorzugung der Interessen des Schutzrechtinhabers ggü. den Interessen des Verletzers an der Wahrung seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu vermeiden.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber hielt einen solchen Eingriff in die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als mit dem geltenden Rechtsschutzsystem unvereinbar. Stattdessen sollte es ausreichen, den Verletzer zur Auskunft und eidesstattlichen Versicherung nach § 259 Abs. 2 BGB veranlassen zu können. Das OLG Köln hat in der oben erwähnten Entscheidung auch abgelehnt, entsprechende Vorschriften aus dem HGB (§ 97c) oder dem BGB (§§ 242, 259) analog anzuwenden.<sup>7</sup> Die genannten rechtsstaatlichen Bedenken, insbesondere im Hinblick auf die weiten Möglichkeiten der Einsichtnahme in Betriebsinterna, müssen erst recht zum Tragen kommen, wenn noch gar nicht klar ist, dass der Nutzer rechtsverletzende Benutzungshandlungen vorgenommen hat. In diesem Sinne würde sich aus dem Urheberrechtsgesetz niemals ein allgemeiner Anspruch auf Auditierung ableiten lassen.

▷ Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

1 Siehe dazu [www.scottandscottllp.com/media-library.asp](http://www.scottandscottllp.com/media-library.asp) und [www.bsadefense.com/resources.asp](http://www.bsadefense.com/resources.asp).

2 Die Details einer solchen Auditierung sind geregelt in der Norm ISO/IEC 27001:2005.

3 OLG Köln, Urt. v. 17.3.1995 – 6 U 228/94, GRUR 1995, 676.

4 BGH, Urt. v. 17.5.2001 – I ZR 291/98, GRUR 2001, 841 (845) – Entfernung von Herstellnummern II; Urt. v. 21.2.2002 – I ZR 140/99, GRUR 2002, 709 (712) – Entfernung der Herstellungsnummer III.

5 Ähnliches gilt auch im Patentrecht; auch dort wird das Recht der Bucheinsicht mit Hinweis auf Begr. Entwurf PMZ 1990, 173 (183) etwa von Mes, PatG/GebrMG, 1997, § 140b Rz. 12 verneint.

6 BT-Drucks. 11/4792, 32 f.

7 OLG Köln, Urt. v. 17.3.1995 – 6 U 228/94, GRUR 1995, 676 (678).

## Softwareauditierung

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 809 BGB. Der BGH hat in der Entscheidung *Faxkarte*<sup>8</sup> daraus abgeleitet, dass bei einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer Urheberrechtsverletzung ein Besichtigungsanspruch desjenigen bestehen kann, der meint, seine urheberrechtlichen Befugnisse seien verletzt. Dabei solle es nicht entscheidend auf einen erheblichen Grad der Wahrscheinlichkeit einer Urheberrechtsverletzung ankommen. Denn der Grad der Wahrscheinlichkeit der Schutzrechtsverletzung stelle nur einen im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Punkt dar. Daneben sei darauf abzustellen, ob für den Gläubiger noch andere zumutbare Möglichkeiten bestünden, die Rechtsverletzung zu beweisen. Weiter sei zu berücksichtigen, ob bei Gewährung des Besichtigungsrechts notwendig berechnete Geheimhaltungsinteressen des Schuldners beeinträchtigt werden oder ob diese Beeinträchtigungen durch die Einschaltung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten weitgehend ausgeräumt werden können. § 809 BGB gibt folglich keinen allgemeinen Besichtigungsanspruch „auf Zuruf“. Der Anspruch besteht nur nach Maßgabe einer umfassenden Einzelfallprüfung und einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung aller Interessen. Und: der Anspruch besteht nur, wenn wenigstens ein Anfangsverdacht für eine Urheberrechtsverletzung dargelegt und ggf. bewiesen werden kann. Der Besichtigungsanspruch umfasst ferner nicht das Einsichtsrecht in fremde Geschäftsunterlagen und auch kein Durchsuchungsrecht.<sup>9</sup>

### III. Urheberrecht und AGB-Recht

Nun dürften gerade letztere Überlegungen der Hintergrund dafür sein, dass große IT-Unternehmen die Auditierungspflicht vertraglich verankern. Auch diese Verträge sind typischerweise Standardverträge. Selbst wenn sie im B2B-Bereich abgeschlossen werden, gelten für sie die Grenzen des § 307 BGB.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei nicht die Verständnismöglichkeiten des konkreten, sondern die des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind.<sup>10</sup> Ansatzpunkt für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Wortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist.

Hier ist nun § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu bedenken, der Klauseln verbietet, die mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar sind. Nun ist es in der Rechtsprechung üblich, die Wertung des Urheberrechtsgesetzes genau über diese Vorschrift in die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle einfließen zu lassen.<sup>11</sup> Das Urheberrecht geht vom Leitbild aus, dass für die Geltendmachung urheberrechtlicher Ansprüche eine Bucheinsicht nicht vorgesehen ist. Wie oben unter II. dargestellt, ist das Recht auf Bucheinsicht gesetzgeberisch bewusst nicht ins UrhG aufgenommen worden, um dem vorrangigen Interesse des betroffenen Unternehmens am Schutz seiner Betriebsgeheimnisse Rechnung zu tragen. Diese Überlegung muss erst recht gelten, wenn es sich bei dem in Anspruch genommenen gar nicht um einen Rechtsverletzer handelt, sondern erst einmal eine abstrakte Prüfung des Nutzungsverhaltens vorgenommen

wird. Auch ein Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB ist bewusst von der Rechtsprechung an das Erfordernis einer gewissen Wahrscheinlichkeit einer Urheberrechtsverletzung geknüpft worden. Ein allgemeiner Besichtigungs- und Bucheinsichtsanspruch existiert im Urheberrecht nicht. Dieses Leitbild des Urheberrechts fließt in die Inhaltskontrolle ein. Es kann nicht sein, dass man klare Schutzabsichten des urheberrechtlichen Gesetzgebers dadurch unterläuft, dass man eine Auditierung vertraglich absichert. Auditierungsklauseln, die einen externen Zugriff auf die IT des Unternehmens geben sollen, sind folglich nicht mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vereinbar. Dies gilt umso mehr, wenn die Auditierungsklausel noch nicht einmal urheberrechtlich gesicherte Verwendungsbeschränkungen, sondern rein vertragliche „Lizenz“-Vorgaben umfassen soll.<sup>12</sup>

Demgegenüber hat Moos eine vertragliche Auditierungspflicht für AGB-rechtlich unbedenklich angesehen.<sup>13</sup> Zur Rechtfertigung verweist Moos auf ein angelegliches *obiter dictum* des BGH. Doch dieses gibt es nicht. Der BGH hat in der von Moos erwähnten Entscheidung zur CPU-Erhöhungsklausel Stellung zu Klauseln bei der mietähnlichen Überlassung von „komplexer, hochpreisiger“ Software auf Zeit bezogen.<sup>14</sup> Bei solcher Software bestehe ein berechtigtes Interesse der Hersteller, „dass sie die Nutzung ihrer Software im Einzelnen nachvollziehen und kontrollieren können.“<sup>15</sup> Es geht dem BGH also nicht darum, zu den Details einer Kontrolle Ausführungen zu machen. Er spricht nur allgemein von „kontrollieren“, ohne zu klären, ob dies auch die aktive Kontrolle durch den Hersteller beim Kunden umfasst.<sup>16</sup> „Kontrollieren“ kann auch die Auditierung durch den Kunden umfassen. Im Übrigen bezieht sich der BGH ausdrücklich nur auf mietähnliche Konstellationen<sup>17</sup> und grenzt diese von kaufähnlichen Vertriebskanälen deutlich ab.

### IV. Zusätzliche Überlegungen: Der Daten- und Geheimnisschutz

Eine derartige Regelung ist auch im unternehmerischen Verkehr bei einem Softwarevertrag so ungewöhnlich,

8 BGH, Urt. v. 2.5.2002 – I ZR 45/01, CR 2002, 791 (794) = GRUR 2002, 1046; dazu *Bohne* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 2. Aufl. 2006, § 97 Rz. 12; *Czychowski/Nordemann*, NJW 2004, 1222 (1228); *Tilmann/Schreibauer*, GRUR 2002, 1015; *Rauschhofer*, GRUR-RR 2006, 249.

9 Schrieker/Wild, Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, § 97 Rz. 90a.

10 Vgl. BGH, Urt. v. 14.7.2004 – VIII ZR 339/03, NJW 2004, 2961 = FPR 2004, 259; BAG, Urt. v. 31.8.2005 – 5 AZR 545/04, BAGE 115, 372 = NZA 2006, 324; *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 307 Rz. 344.

11 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.10.2001 – 20 U 19/01, MMR 2002, 238 (241); OLG Nürnberg, Urt. v. 20.6.1989 – 3 U 1342/88, CR 1990, 118 = NJW 1989, 2634; BGH, Urt. v. 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 (52) – Honorarbedingungen – Sendervertrag.

12 Anderer Ansicht Moos, CR 2006, 797 (802).

13 Moos, CR 2006, 797 (801); ähnlich *Ulmer*, ITRB 2004, 213 (215); *Geissler/Pagenberg* in Lehmann, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, S. 692 f.

14 BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, CR 2003, 323 = NJW 2003, 2014. Moos vernachlässigt die Beschränkung des BGH-Urteils auf mietähnlich überlassene Hochpreisprodukte; s. Moos, CR 2006, 797 (802).

15 BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 3/00, CR 2003, 323 = NJW 2003, 2014 (2016).

16 So liest auch *Marly* die Entscheidung: „Zum Inhalt solcher Vereinbarungen enthält die Entscheidung aber keine Ausführungen.“; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, S. 542 Fn. 671.

17 Im Mietrecht ist ein Kontrollrecht des Vermieters nach Vorankündigung auch gängig; s. *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 759. Dazu allgemein auch *Schlüter*, NZM 2006, 681 ff. Aber selbst im Mietrecht sind Klauseln, die ein allgemeines Besichtigungsrecht des Vermieters vorsehen, nach § 307 BGB unwirksam; s. *Lützenkirchen*, NJW 2007, 2152 (2155) m.w.N.

## Computerrecht

dass der Kunde mit ihr nicht zu rechnen braucht. Insofern geht also eine auch bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB notwendige Güterabwägung zugunsten des Kunden aus. Denn zu beachten sind insbesondere die denkbaren Folgen einer weit gefassten Auditierung. Das auditierende Unternehmen kann auf diese Weise – wie schon der Gesetzgeber bei der Begründung des Urheberrechts gesehen hat – in das betriebliche Know-how des Nutzers eingreifen. Das Prüfunternehmen erfährt von zahlreichen Details des Innenlebens eines Unternehmens und bekommt auch eine Vorstellung davon, wann, wo, wie, an welchen Projekten innerhalb eines Unternehmens gearbeitet wird. Insofern berührt die Auditierung den Schutz von Know-how im Rahmen von § 17 UWG. Zu beachten ist im Übrigen auch die neuere Tendenz der Rechtsprechung zur Bejahung eines Persönlichkeitsrechts für juristische Personen.<sup>18</sup>

Ferner ist eine Auditierung in Fällen des § 203 StGB problematisch, etwa wenn es sich bei dem zu überprüfenden Unternehmen um ein Unternehmen aus dem medizinischen oder anwaltlichen Bereich handelt. Sollte das prüfende Unternehmen von medizinischen Daten Kenntnis erlangen, wäre vorab eine Einwilligung der Betroffenen einzuholen. Insofern ähnelt die Sach- und Rechtslage eher der der Drittwartung von IT-Diensten im medizinischen Bereich.<sup>19</sup> Selbst wenn man keinen Fall des § 203 StGB hat, müssen die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Ein Audit-Unternehmen erfährt einiges, was in den Bereich der personenbezogenen Daten fällt, etwa über den Datenzugriff einzelner Mitarbeiter und deren IT-Nutzungsverhalten. Typischerweise ist das auditierende Unternehmen kein Beauftragter i.S.v. § 11 BDSG; insofern fehlt es an einem Weisungsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Prüfer. Insofern könnte eine Kenntnisaufgabe von Daten mit Personenbezug nur im Rahmen von § 28 Abs. 1 BDSG legitimiert werden. Zur Anwendung käme dann allerdings nur der Tatbestand des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG, der zu einer umfassenden Güterabwägung zwischen dem Übermittlungsinteresse des Kunden und den Schutzinteressen der Betroffenen führt. Der Kunde könnte zwar als Übermittlungsinteresse darauf verweisen, dass er sich vertraglich

ggü. dem IT-Unternehmen zur Auditierung verpflichtet hat. Er müsste dann aber noch abwägen, ob dieses vertragliche Interesse den Vorrang haben kann vor den Schutzinteressen der Betroffenen. Dies dürfte ihm insofern schwer fallen, als er gar keinen Einfluss auf den von einem Externen vorgenommenen Auditierungsprozess hat. Er weiß also gar nicht, welche personenbezogenen Daten unter Umständen bei der Auditierung mit offenbart werden. Damit gerät er in eine gefährliche Zwickmühle: Er soll auf der einen Seite seine vertraglichen Auditierungspflichten erfüllen, steht aber auch gleichzeitig den Betroffenen in Bezug auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben in obliquo. Die unkonturierte Auditierungsverpflichtung kann den IT-Kunden zu einem permanenten Rechtsbruch verleiten und ist auch schon aus diesen Gründen nicht als angemessen anzusehen.<sup>20</sup>

Moos schlägt zur Lösung<sup>21</sup> des Problems den Ansatz vor, die Auditierung durch externe Wirtschaftsprüfer in den Vordergrund zu stellen. Aber auch ein Wirtschaftsprüfer ist an den Auftrag seines Kunden gebunden. Er muss die für die Prüfung des Nutzungsumfangs erhaltenen Informationen an den Softwarehersteller weiterleiten; dieser hat vertraglich ein Recht, vom Wirtschaftsprüfer alle Daten zu erhalten, die die „Lizenz“-Kontrolle ermöglichen. In diesem Datenpool befinden sich regelmäßig eine Vielzahl von Hintergrundinformationen über die IT-Struktur des Unternehmens, einschließlich dessen Personal-/Nutzerkonzeptes und verwendeter IT-Applikationen. Insofern löst die Einbindung des Wirtschaftsprüfers das Problem des Geheimnisschutzes nicht.

## V. Zusammenfassung

Auditierungsklauseln sind regelmäßig nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie von jeglichen Grundgedanken des Urheberrechts, insbesondere dem Gedanken der Beschränkung von Prüfungsrechten auf die Auskunftserteilung, erheblich abweichen. Dieser Makel der Rechtswidrigkeit wird noch durch die Überlegung verstärkt, dass durch die vertragliche Verpflichtung auch noch zusätzliche Probleme auf den Kunden im Hinblick auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben hinzukommen. Die Alternative ist einfach: Der Kunde wird zum Selbstaudit verpflichtet; bei Zweifeln an der Richtigkeit der Selbstauskunft gibt der Kunde eine eidesstattliche Versicherung ab. Sollten dann noch Zweifel bleiben, bleibt der Weg über die Staatsanwaltschaft bzw. die allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Beschlagnahme in Unterlagen.

18 BVerfG, Beschl. v. 18.11.2004 – 1 BvR 2252/04, NJW 2005, 883; v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, BVerfGE 106, 28 (42 f.) = NJW 2002, 3619.

19 Ehmann, CR 1991, 294; Otto, wistra 99, 203.

20 So im Ergebnis auch Moos, CR 2006, 797 (801). Ähnlich Marly, Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl. 2004, Rz. 1252 („entweder unzweckmäßig oder aber unzulässig“); Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, Rz. 172.

21 Moos, CR 2006, 797 (801).

## Rechtsprechung zum Computerrecht

OLG München: Computerbetrug durch Missbrauch eines Mietkartentelefon

StGB § 263a Abs. 1 Alt. 4; StPO § 172

Leitsatz der Redaktion

Die Manipulation eines Mietkartentelefon dergestalt, dass durch vorzeitigen Verbindungsabbruch zwar keine Abbuchung eines Verbindungsentgelts

von der Karte, jedoch eine Gutschrift des Gebührenaufkommens an den Aufsteller ausgelöst wird, ist als versuchter Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 Alt. 4 StGB strafbar, ein auf Ermittlung des Sachverhalts gerichteter Klageerzwingungsantrag begründet.

OLG München, Beschl. v. 27.6.2007 – 2 Ws 494/06 Kl, 2 Ws 495/06 Kl, 2 Ws 496/06 Kl, 2 Ws 501/06 Kl

Aus den Gründen:

I. Als Rechtsnachfolgerin ihrer früheren Tochtergesellschaft hat die D. AG mit im Kern gleichlautenden Schreiben vom 26.7.2005 bei der Staatsanwaltschaft München I gegen die 4 Beschuldigten jeweils Strafanzeige wegen Verdachts des versuchten Betrugs, versuchten Com-