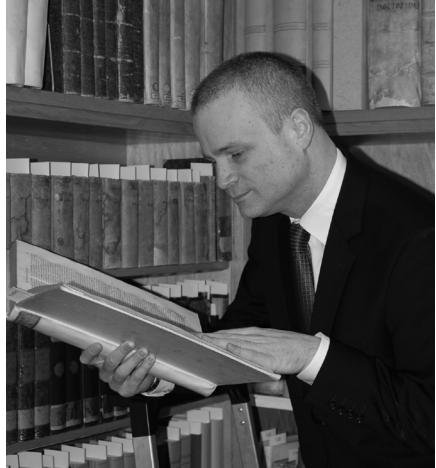


## Schöner Tinkern mit Sheldon & Co.



ARNOLD F. RUSCH\*

*Dass man an gekauften Sachen herumtüfteln – «tinkern» eben – und auch selbst Reparaturen vornehmen kann, sollte doch eigentlich selbstverständlich sein, oder? Einschränkungen und Verbote drohen jedoch von allen möglichen Seiten, nicht zuletzt von missbräuchlichen AGB, über die auch die Big-Bang-Serienhelden schon philosophiert haben.*

Der Konsum einer Folge meiner Lieblingsserie *The Big Bang Theory* hat mich sogar juristisch angeregt. Sheldon und seine Freunde haben festgestellt, dass die Festplatte des Fernsehers zu wenig Kapazität für die Aufnahme einer erwarteten Mammut-Serie aufwies. Die vier Nerds machten sich also daran, die Festplatte des Recorders zu öffnen und zu erweitern, da geschah es:

Sheldon: «Stop. We can't do this, it's not right.»

Raj: «Sheldon, you have two choices. Either you let him put a bigger hard drive in the TiVo, or you delete stuff before we go out of town.»

Sheldon: «But once you open the box, you've voided the warranty. The warranty is a sacred covenant we've entered

*into with the manufacturer. He offers to stand by his equipment, and we in return agree not to violate the integrity of the internal hardware. This little orange sticker is all that stands between us and anarchy.»*

Leonard: «Okay, then we won't touch the hard drive. We'll just erase the first season of Battlestar.»

Sheldon (ripping off sticker): «There. We're outlaws.»<sup>1</sup>

Tatsächlich sehen die AGB vieler Hersteller vor, dass die Garantie augenblicklich und vollumfänglich dahinfalle, wenn man das Gerät nur schon selbst öffne, geschweige denn daran etwas ändere. *Ist das gut oder schlecht?* Einzuräumen ist, dass Sheldons Vorstellung eines *sacred covenant with the manufacturer* in einer idealen Welt durchaus etwas für sich hätte. Die Hersteller gewähren eine Haltbarkeitsgarantie. Dabei wollen sie selbstverständlich nur für ihre eigene Technik einstehen, nicht auch für den Pfusch der Bastler. Deren Werk steht unter dem berechtigten *Verdacht der Fehlerhaftigkeit*. Die Realität sieht jedoch weniger romantisch aus. Es geht vielmehr um missbräuchliche AGB und kartellrechtswidriges Verhalten. *Worin liegt das Problem genau?*

Die Missbräuchlichkeit der relevanten AGB-Klauseln im Sinne des Art. 8 UWG liegt auf der Hand. Die Hinfälligkeit der Garantie ist deshalb besonders nachteilig, weil sie die *Ursächlichkeit* der Fremd- oder Selbstreparatur oder der Öffnung des Gehäuses für den eingetretenen Mangel nicht berücksichtigt.<sup>2</sup> So verliert man beispielsweise bei Apple-

<sup>1</sup> Internet: <https://bigbangtrans.wordpress.com/series-2-episode-17-the-terminator-decoupling/> (Abruf 19.5.2017).

<sup>2</sup> Vgl. BGH, VIII ZR 180/90, 24.4.1991, E. III, in: NJW-RR 1991, 1013. Dies gilt allerdings nur für Garantien bei Gebrauchtfahrzeugen, was die Lehre kritisiert, vgl. dazu VOLKER STEIMLE/GUIDO DORNIEDEN, Der Kfz-Hersteller als privilegierter Garantiegeber?, NJW 2009, 1039 ff., 1040 f., m.w.H. Die Unzulässigkeit der Garantieeinschränkung muss in der Schweiz umso deutlicher auch für neue Produkte gelten, wenn die Garantie an Stelle der Sachgewähr angeboten wird, was in

Produkten die Garantie für «*Apple-Produkte, an denen ohne schriftliche Zustimmung von Apple Änderungen vorgenommen wurden*»<sup>3</sup> – und zwar unabhängig davon, ob der Eingriff wirklich zum Mangel geführt hat. Die deutsche Rechtsprechung lässt einzige die mildere Form dieser Klausel zu, die den Beweis der fehlenden Ursächlichkeit des eigenen Handelns für den Mangel dem Konsumenten aufbürdet.<sup>4</sup>

*Und die Kartellrechtswidrigkeit?* Bekannt ist das vergleichbare Phänomen im Bereich von Fahrzeugreparaturen durch unabhängige Werkstätten. Die Kraftfahrzeug-Bekanntmachung der WEKO in der Schweiz verbietet Abreden, die Leistungen aus einer Herstellergarantie von der Vornahme aller Wartungen bei einer Vertragswerkstatt abhängig machen.<sup>5</sup> Diese Bekanntmachung konkretisiert die Auslegung des Art. 5 KG durch die Wettbewerbskommission und zeigt auf, wo auch bei Selbstreparaturen der Schuh drückt. Es geht um unzulässige Abreden, die den Wettbewerb beseitigen. Die Abreden zwischen den Herstellern und den Vertriebspartnern vermeiden nicht nur die Existenz der unabhängigen Werkstätten. Sie bildeten auch einen wesentlichen Grundstein der Hochpreisinsel Schweiz im Automobilsektor: ein billiger Direktimport eines Fahrzeugs aus dem Ausland blieb so lange undenkbar, als die Schweizer Vertragswerkstätten nicht gewillt waren, diese zu reparieren und die Herstellergarantie zu honorieren. Da

Deutschland gar nicht zulässig ist (§ 309 Nr. 8 lit. b aa BGB).

<sup>3</sup> Internet: <https://www.apple.com/legal/warranty/products/switzerland-universal-warranty-german.html> (Abruf 19.5.2017).

<sup>4</sup> BGH, VIII ZR 251/06, 17.10.2007, N 15, in: NJW 2008, 214.

<sup>5</sup> WEKO, Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor, Beschluss vom 29. Juni 2015, BBI 2015 6048 ff., 6052, Art. 15; vgl. auch Ziff. 10 Abs. 2 VertBek (BBI 2010 5078 ff., 5083); dazu ANGELO SCHWIZER, Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen, Diss. St. Gallen 2016, N 182 f.



Abb.: Howard, Sheldon, Raj und Leonard beim Game-Vergnügen (Bild: CBS)

die Selbstreparatur oder die Reparatur durch unabhängige Anbieter bei elektronischen Geräten – beispielsweise einem eingebauten Akku, der nicht unter die Garantie fällt – häufig die einzige wirtschaftlich vertretbare Massnahme darstellt, lassen sich diese Überlegungen vollumfänglich auf den Bereich der Selbstreparatur und des Tinkerns übertragen.

Die Möglichkeit, einmal erworbene Geräte zu öffnen und zu studieren, muss aber auch unter dem weiter gefassten Aspekt der *Innovationsförderung* ohne Gefahr des Gewährleistungsverlusts bestehen. Nur so können sich Weiterentwicklungen ergeben und nur so ist das Konzept des Eigentums an den Geräten sinnvoll.<sup>6</sup> Die Interessen der Hersteller erfahren durch das Immaterialgüterrecht einen genügenden Schutz. Entdeckt jemand beispielsweise beim Studium eines Produkts eine geheim gehaltene,

aber nicht immaterialgüterrechtlich geschützte Innovation, soll ihm diese zur freien Verwendung offenstehen.<sup>7</sup> Die Tinkerer von Automobilsoftware hätten vielleicht auch den VW-Abgasskandal schon früher aufgedeckt, wenn man Ihnen erlaubt hätte, die Software zu analysieren.<sup>8</sup> Die im Softwarebereich bestehenden Verbote (Art. 39a, 69a URG), die technischen Schutzmassnahmen zu überwinden, stehen diesen Zielen diametral entgegen.<sup>9</sup> Besonders häufig schliessen auch die Lizenzbedingungen bei Software jede Analyse und Änderung aus. Meist steht die Änderung der Software aber schon aufgrund der Verletzung der Werkintegrität nicht offen

(Art. 11 Abs. 1 lit. a URG). Der *Librarian of Congress* gestattet neu im Anwendungsbereich des amerikanischen DMCA den Zugang zu Software zwecks Analyse in guten Treuen.<sup>10</sup> Dies könnte in der Zukunft einen wesentlichen Mosaikstein zur Aufdeckung und Bekämpfung der *geplanten Obsoleszenz* bei elektronischen Geräten bilden.

Den Ausschluss des Tinkers muss man also, wie es die Helden in *The Big Bang Theory* getan haben, stets ganzheitlich ansehen. Die Rolle des Juristen-Nerds fehlt allerdings in dieser Serie. Liegt es daran, dass Jus nicht wirklich als Wissenschaft gilt? Oder taugen Juristen als Nerds nicht, weil Jus angeblich zu langweilig ist? Ich jedenfalls würde mich, wäre ich zwei Jahrzehnte jünger, sofort für diese Rolle bewerben. Als Ostschweizer könnte ich die Rolle des Exoten *Raj* mit neuen Inhalten füllen. Nicht zuletzt würde ich aber – *horribile dictu*, ganz unwissenschaftlich – wegen der schönen *Penny* in die WG einziehen wollen!

<sup>7</sup> BGE 93 II 272 E. 3.

<sup>8</sup> KIT WALSH, Researchers Could Have Uncovered Volkswagen's Emissions Cheat If Not Hindered by the DMCA, Internet: <https://www.eff.org/deeplinks/2015/09/researchers-could-have-uncovered-volkswagen-s-emissions-cheat-if-not-hindered-dmca> (Abruf 19.5.2017).

<sup>9</sup> Vgl. dazu ISABELLE WILDHABER/MELINDA LOHmann, Right to Tinker – Recht auf Tüfteln, AJP 2017, 281 f.; PAMELA SAMUELSON, Freedom to Tinker, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2605195, 10.

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch die Einschränkungen des Weiterverkaufs gebrauchter Software, die der EuGH verbietet (EuGH, Used-Soft GmbH v. Oracle International Corp., ECLI:EU:C:2012:407, 3.7.2012, N 72; vgl. auch BGH, I ZR 25/15, 6.10.2016, N 61–64, in: BeckRS 2016, 111686).

<sup>10</sup> Library of Congress, Internet: <http://federalregister.gov/a/2015-27212> (Abruf 19.5.2017).