

Beck'sches Formularbuch IT-Recht

Bearbeitet von

Dr. Wolfgang Weitnauer, Tilman Mueller-Stöfen, Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, Dr. Caroline Cichon, Timo Ehmann, Dr. Uwe A. Henkenborg, Dr. Christiane Hoffbauer, Dr. Joachim Huber, Prof. Dr. Ralf Imhof, Dr. Ulla Kelp, Dr. Patrick J. Missling, Dr. Flemming Moos, Dr. Christina Oelke, Dr. Alexander Raif, Prof. Dr. Hans-Eric Rasmussen-Bonne, Dr. Einar Recknagel, Haike Ritter, Dr. Sven Schilf, Dr. Barbara Sommer, Prof. Dr. Fabian Stancke, Ferdinand Stumm, Dr. Felix Wittern, Dr. Antje Zimmerlich

4. Auflage 2017. Buch. XXVII, 935 S. Mit Formularen zum Download. In Leinen

ISBN 978 3 406 69303 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Telekommunikationsrecht, Postrecht, IT-Recht > IT-Recht, Internetrecht, Informationsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Preisnachlässe für händlertypische Leistungen, die von einem Handelsvertreter üblicherweise nicht erbracht werden, bleiben bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers unberücksichtigt (Baumbach/Hopt/Hopt § 84 Rn. 12). Je nach Gestaltung der Preisnachlässe kann es daher sinnvoll sein, im Vertragshändlervertrag derartige händlerspezifische Preisnachlässe separat zu nennen.

28. Sicherung der Kaufpreiszahlung. Eigentumsvorbehalte und andere Sicherungsklauseln ergeben bei Einräumung einfacher Nutzungsrechte an Softwareprogrammen wenig Sinn (vgl. *Redeker* ITRB 2005, 70). Dagegen begründet eine Klausel, die es dem Hersteller erlaubt, den zur Installation der Software erforderlichen Lizenzschlüssel bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zurückzuhalten, ein effektives Sicherungsmittel. Deren AGB-rechtliche Wirksamkeit ist allerdings fraglich, soweit sie – wie vorliegend – auch im Fall des Verzugs mit nur geringen Beträgen gelten soll (vgl. zur Sperre im Telekommunikationsbereich § 45k TKG, der eine Schwelle von 75 EUR vorsieht).

29. Wartungsvertrag. Den Anwendern von Softwareprogrammen werden regelmäßig Wartungsverträge angeboten. Die in diesen Verträgen bestimmte Hauptleistung des Herstellers bzw. Vertriebsmittlers wird in der Praxis unterschiedlich bezeichnet, so wahlweise als Softwarewartung, Softwarepflege, Maintenance, Support oder Subscription.

Für die Softwarewartung haben sich unterschiedliche Vertragskonstellationen herausgebildet:

- Teilweise bestehen Wartungsverträge zwischen den Vertragspartnern in der Lieferkette. In einem einstufigen Vertriebsmodell würde danach der Hersteller mit dem Vertragshändler und dieser mit dem Endkunden jeweils einen Wartungsvertrag abschließen. Dabei sollten die Wartungsverträge inhaltlich kongruent sein. Andernfalls kann dem Vertragshändler bei Leistungsstörungen ein Rückgriff in der Lieferkette abgeschnitten sein. Die Gefahr von Deckungslücken zu Lasten des Vertragshändlers ergibt sich besonders im internationalen Rechtsverkehr, wenn der Wartungsvertrag zwischen Hersteller und Vertragshändler einer anderen Rechtsordnung unterliegt als derjenige zwischen Vertragshändler und Endkunden.
- Ein weiteres, in der Praxis verbreitetes und hier zugrunde gelegtes Modell sieht einen selbständigen Wartungsvertrag zwischen Hersteller und Endkunden vor, der von den Vertriebspartnern des Herstellers entlang der Vertriebskette vermittelt wird. Mit dieser Gestaltung vermeidet der Vertragshändler das Risiko einer Deckungslücke. Für den Hersteller ergibt sich der Vorteil einer engeren Kundenbindung. Zudem kann der Hersteller nach Beendigung des Vertragshändlervertrags die Fortführung der Softwarewartung sicherstellen, ohne dass der Wartungsvertrag des Kunden übertragen werden müsste.

Der Hersteller muss bei dieser Gestaltung allerdings in Kauf nehmen, dass § 89b HGB für die vom Vertragshändler vermittelten Wartungsverträge unmittelbar anwendbar ist. Bestehen dagegen direkte Wartungsverträge in der Lieferkette, kommt lediglich ein Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers infolge des Vertriebs der Vertragsprodukte nach § 89b HGB analog in Betracht (→ Anm. 45). Inwieweit jedoch der Hersteller damit besser stehen würde, ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH, wonach – mit Wartungsverträgen vergleichbar – zu erwartende Reparaturaufträge ausgleichspflichtige Folgeaufträge darstellen (BGH Urt. v. 17.11.2010 – VIII ZR 322/09 Rn. 14, NJW 2011, 1143 [1144] mAnm *Möller*), fraglich.

30. First und Second Level Support. Die vorgeschlagene Regelung sieht vor, dass der Vertragshändler First Level Support als Beauftragter (Subunternehmer) des Herstellers übernimmt. Soweit die Wartung die Beseitigung von Mängeln zum Gegenstand hat, erfüllt der Vertragshändler bis Ablauf der Verjährung der Mängelansprüche seines Kunden neben seinen Pflichten als Beauftragter des Herstellers in der Regel auch seine

Pflicht zur Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB (zur Kollision von Wartung und Mängelhaftung s. *Marly* Rn. 1078 ff. → Form B. 5. Anm. 2)

First-Level-Support dient insbesondere als Anlaufstelle für alle eingehenden Anfragen auf Grund des Wartungsvertrags. Der Vertragshändler erfasst und bearbeitet die Anfragen möglichst selbstständig. Dabei wird er durch Second Level Support des Herstellers unterstützt.

31. Wartungsgebühren und Vergütung. Das Vertragsformular regelt die Einziehung der Wartungsgebühren durch den Vertragshändler. Das Delkredererisiko trägt der Hersteller. Der Vertragshändler erhält für die Vermittlung des Vertrags eine Provision und für die Leistung von First Level Support eine Vergütung. Provision und Vergütung berechnen sich jeweils als bestimmter Prozentsatz der in der Preisliste festgelegten Wartungsgebühren. Der Vertragshändler leitet die eingegangenen Wartungsgebühren nach Kürzung um die vereinbarten Prozentsätze an den Hersteller weiter.

Der Vertragshändler unterliegt keiner Preisbindung. Er kann dem Endkunden einen eigenen Preisnachlass gewähren, der jedoch seine Provision entsprechend mindert (s. § 9 (4) S. 3 Formularvertrag). Eine Preisbindung wäre in Bezug auf die vom Vertragshändler zu vermittelnden Wartungsverträge dem Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEU-Vertrag entzogen, wenn der Vertragshändler insoweit die Kriterien eines sog. echten Handelsvertreters erfüllt (s. hierzu EuGH 16.12.1975 – 40/73, Slg. 1975, 1663 Rn. 478 ff., 538 ff. – Suiker Unie; Leitlinien V-GVO Tz. 12 ff.; *Bechtold/Bosch/Brinker* AEUV Art. 101 Rn. 60 ff.; *Schultze/Pautke/Wagener* Rn. 273 ff.). Vorliegend dürfte eine Bindung des Vertragshändlers an vom Hersteller vorgegebene Wartungsgebühren von Art. 101 Abs. 1 AEU-Vertrag erfasst sein und demnach eine Kernbeschränkung nach Art. 4 a) V-GVO begründen (vgl. die Kriterien der Vertikalleitlinien in Tz. 12 ff. insbesondere Beispiele 16 e), f) und g). Für die Anwendbarkeit des § 1 GWB gelten die gleichen Grundsätze (zum Verhältnis zwischen Art. 101 AEU-Vertrag und § 1 GWB s. *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 4).

32. Mängelrüge. Beim beiderseitigen Handelsgeschäft über den Verkauf von Standardsoftware gelten die in § 377 HGB geregelten Untersuchungs- und Rügepflichten. Standardsoftware ist im Sinne von § 377 Abs. 1 HGB abgeliefert, wenn sie in einer ihre Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufers gelangt ist. Dagegen beginnt die Ablieferung nicht erst mit Installation oder Einweisung des Personals, es sei denn, der Verkäufer hat derartige Zusatzleistungen vertraglich übernommen (BGH Urt. v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, BGHZ 143, 307 [310 ff.] = NJW 2000, 1415 [1416 f.]).

Die Untersuchungsfrist des § 377 Abs. 1 HGB ist je nach Umfang und Komplexität der Untersuchung zu bemessen (Baumbach/Hopt/Hopt § 377 Rn. 23). Von einer angemessenen Untersuchungsfrist kann in AGB allenfalls geringfügig abgewichen werden (vgl. BGH Urt. v. 10.10.1991 – III ZR 141/90, BGHZ 115, 324 [326 f.] = NJW 1992, 575 [576 f.]; MüKoHGB/*Grunewald* § 377 Rn. 123, 130; *Marly* Rn. 1939). Die hier vorgeschlagene Frist von 14 Tagen dürfte für zahlreiche Standardsoftwareprogramme ausreichen, kann jedoch im Einzelfall auch unzulässig kurz sein.

Die Vereinbarung der Schriftform ist dagegen unproblematisch (vgl. MüKoHGB/*Grunewald* § 377 Rn. 120).

33. Nacherfüllung. Das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachlieferung und Nachbesserung (§ 439 Abs. 1 BGB) kann abbedungen werden (Palandt/*Grüneberg* BGB § 309 Rn. 68).

Ein Patch ist eine Softwarekomponente, die im ablauffähigen Softwareprogramm zur Korrektur einer oder mehrerer fehlerhafter Funktionen des Programms installiert wird. Der Begriff wird jedoch – wie auch die Begriffe Updates und Upgrades (→ Anm. 3) – nicht stets einheitlich verwandt. Die AGB-rechtliche Zulässigkeit einer Bestimmung,

wonach Upgrades, Updates oder Patches in jedem Fall eine Nacherfüllung darstellen, ist daher fraglich (vgl. Schneider/*Schneider* Kap. D Rn. 572; *Redeker* Rn. 552 ff.).

34. Fehlschlagen der Nacherfüllung. In AGB lässt sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§§ 440, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB) abbedingen und eine Fristsetzung zur Nacherfüllung als Voraussetzung für Rücktritt und Schadensersatz wirksam vereinbaren (Palandt/*Weidenkaff* BGB § 440 Rn. 4).

Ein Workaround kann Nacherfüllung sein, wenn er die vertragsgemäße Nutzung der Software nicht einschränkt. In der Regel bietet der Workaround jedoch nur die Umgehung eines Fehlers durch zusätzliche Befehle. Damit ist der Mangel nicht vollständig beseitigt. Dem Käufer steht jedoch eine Übergangslösung zur Verfügung, die eine Verlängerung der Nachbesserungsfrist rechtfertigt (vgl. Schneider/*Schneider* Kap. D. Rn. 645).

35. Ausschluss der Mängelhaftung. In AGB lässt sich die Haftung für einen bestimmten Mängelbereich (zB unerhebliche Mängel) nicht ausschließen. Wirksam ist dagegen ein Ausschluss der Haftung für Beeinträchtigungen aufgrund falscher Anwendung des Produkts (BGH Ur. v. 20.10.1992 – X ZR 74/91, NJW 1993, 657 [658]).

36. Verjährungsfrist. In Verträgen zwischen Unternehmen kann die Verjährungsfrist aus § 437 Abs. 1 Nr. 3 BGB auf 1 Jahr verkürzt werden (Palandt/*Grüneberg* BGB § 309 Rn. 84).

Von der Verkürzung der Verjährungsfrist auszunehmen sind Schadensersatzansprüche (BGH Ur. v. 29.5.2013 – VIII ZR 174/12, NJW 2013, 2584; BGH Ur. v. 19.6.2013 – VIII ZR 183/12, NJW 2014, 211). Aus § 202 BGB folgt, dass auch die Verjährung für Ansprüche aufgrund arglistig verschwiegener Mängel nicht verkürzt werden kann (BGH Ur. v. 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, NJW 2010, 858 [859]).

37. Lieferantenregress. Sind die Vertragsprodukte zum Weiterverkauf an Verbraucher iSd § 13 BGB vorgesehen, gelten die Bestimmungen über den Lieferantenregress (§§ 478, 479 BGB). Diese lassen sich zum Nachteil des Händlers nur bei Einräumung eines gleichwertigen Ausgleichs abbedingen (§ 478 Abs. 4 BGB; zur AGB-rechtlichen Gestaltung der Mängelhaftung beim Lieferantenregress s. Ulmer/*Brandner/Hensen/Christensen* Teil 2 [26] Rn. 11).

38. Schutzrechte Dritter. Die Bedingungen zur Mängelhaftung (§ 10) gelten für Sach- und Rechtsmängel gleichermaßen. § 11 regelt zusätzlich die Mitwirkung des Herstellers bei einer Verteidigung gegen Ansprüche, die gegen den Vertragshändler aufgrund (bestehender oder vermeintlicher) gewerblicher Schutzrechte oder Urheberrechte Dritter an einem Vertragsprodukt geltend gemacht werden.

39. Haftung. Für formularmäßige Haftungsbegrenzungen in Softwarevertriebsverträgen gelten keine Besonderheiten. Ein Ausschluss der Haftung für Vorsatz ist unzulässig (§ 276 Abs. 3 BGB). Die Verbote des § 309 Nr. 7 BGB gelten weitgehend auch im Unternehmerverkehr (BGH Ur. v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1 [4] = NJW 2007, 3774 [3775]). Eine Haftungsfreizeichnung ist im Übrigen an § 307 BGB zu messen. Bei Verträgen zwischen Unternehmen tendiert die Rechtsprechung dazu, eine Begrenzung der Haftung für Fahrlässigkeit auf typische bei Geschäften der fraglichen Art entstehende Schäden zu gestatten (BGH Ur. v. 15.9.2005 – I ZR 58/03, NJW-RR 2006, 267 [269]; Palandt/*Grüneberg* BGB § 309 Rn. 56) und einen Haftungsausschluss bei einer leicht fahrlässigen Verletzung nicht wesentlicher Vertragspflichten zuzulassen, soweit die Freizeichnungsklausel derartige Vertragspflichten hinreichend transparent beschreibt (BGH Ur. v. 20.7.2005 – VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 [35 ff.] = NJW-RR 2005, 1496 [1505] – Honda).

40. Vertragsdauer. Verträge, die jeweils auf bestimmte Dauer abgeschlossen und dann, ohne erneut ausgehandelt zu sein, mit gleichlautendem Inhalt jeweils für einen bestimmten weiteren Zeitraum verlängert werden, bilden Kettenverträge, die gemeinsam einen auf unbestimmte Zeit eingegangenen Vertrag ergeben (BGH Urt. v. 17.7.2002 – VIII ZR 59/01, NJW-RR 2002, 1554 [1555 f.]; BGH Urt. v. 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, NJW-RR 2003, 98; OLG Schleswig, Urt. v. 2.5.2013 – 5 U 49/12, BeckRS 2013, 12655).

Mangels gesetzlicher Bestimmungen über Fristen einer ordentlichen Kündigung von Vertragshändlerverträgen orientiert sich die Rechtsprechung an den Kündigungsfristen für Handelsvertreterverträge aus § 89 Abs. 1 HGB (BGH Urt. v. 9.10.2002 – VIII ZR 95/01, BGH NJW-RR 2003, 98; BGH Urt. v. 24.6.2009 – VIII ZR 150/08, BGHZ 181, 346 [352] = NJW 2009, 3646 [3647]). Für die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Kündigungsfristen in Vertragshändlerverträgen bietet § 89 Abs. 1 HGB jedoch nur wenig verlässliche Anhaltspunkte. Vielmehr ist unter besonderer Berücksichtigung des Interesses des Vertragshändlers an einer Amortisation seiner Investitionen in den Vertrieb der Vertragsprodukte jeweils im Einzelfall zu bestimmen, ob eine Kündigungsfrist den Vertragshändler unangemessen benachteiligt. Ihm ist dabei eine angemessene Auslauf- und Umstellungsfrist einzuräumen. Je weitreichender ein Vertragshändler in das Vertriebssystem des Herstellers unter Ausschluss oder Beschränkung des Vertriebs von Wettbewerbsprodukten integriert ist, desto länger ist die Kündigungsfrist zu bemessen (vgl. Martinek/Semler/Habermeier/Flohr/*Flohr* § 26 Rn. 26 ff.). Die vorliegend bestimmte Kündigungsfrist von drei Monaten ist kurz und könnte im Einzelfall der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht standhalten. Eine unzulässige Kündigung lässt sich regelmäßig in eine Kündigung zum nächstmöglichen Zeitpunkt umdeuten (§ 140 BGB).

41. Außerordentliche Kündigung. Ein Vertragshändlervertrag kann von jeder Partei in analoger Anwendung des § 89a HGB aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden (BGH Urt. v. 29.6.2011 – VIII ZR 212/08, NJW 2011, 3361). In AGB lassen sich Kündigungsgründe vereinbaren, soweit sie derart erheblich sind, dass sie das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien grundlegend beschädigen können. Dennoch beurteilt sich die Wirksamkeit einer Kündigung aus einem solchen Kündigungsgrund im Einzelfall unter Berücksichtigung der durch die vertragliche Kündigungsklausel von den Parteien getroffenen Wertung danach, ob der geltend gemachte Vorfall so schwerwiegend ist, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertrags nicht weiter zugemutet werden kann (BGH Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 327/09, NJW 2011, 608 = BB 2011, 528 mAnm *Ayad*).

Wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Herstellers eröffnet, erlischt der Vertragshändlervertrag automatisch nach § 116 InsO. Im Falle der Insolvenz des Vertragshändlers greift § 116 InsO dagegen nicht. Der Formularvertrag räumt dem Hersteller für diesen Fall ausdrücklich ein außerordentliches Kündigungsrecht ein.

42. Bestellungen nach Kündigung. Der Vertragshändler muss nach Kündigung die Vertragsprodukte bis Vertragsende wie vertraglich vorgesehen vertreiben können. Ein Weiterverkauf von Lagerware nach Vertragsende ist vom Hersteller regelmäßig nicht gewünscht. Die hier verwendete Klausel trägt den gegenüberstehenden Belangen angemessen Rechnung, soweit nicht der Vertragshändler auf ein Warenlager angewiesen ist. Die Klausel passt demnach bei Lieferungen per Softwaredownload oder beim Verkauf von Datenträgern, die der Hersteller nach Bestellung durch einen Endkunden rechtzeitig liefern kann. Ist dagegen der Vertragshändler auf ein Warenlager angewiesen, lässt sich eine Beschränkung des Umfangs der Lagerbestände auf ein notwendiges Maß vereinbaren (vgl. Schultze/Wauschkuhn/Spenner/Dau/Kübler/*Wauschkuhn* Rn. 669 f.).

43. Wartungsvertrag. Bei Beendigung eines softwarespezifischen Vertragshändlervertrags möchte regelmäßig der Vertragshändler von seinen Wartungspflichten entbunden

werden und der Hersteller die Wartung selbst übernehmen oder einem Dritten übertragen. Mit dem hier vorgeschlagenen Wartungsmodell (s. § 9 Formularvertrag) kann der First Level Support durch den Hersteller oder einen vom Hersteller beauftragten Dritten ohne Weiteres übernommen werden (→ Anm. 29). Besteht dagegen ein Wartungsvertrag zwischen Vertragshändler und Endkunden, lässt sich eine Regelung in den Vertragshändlervertrag aufnehmen, wonach sich die Parteien um die Zustimmung des Wartungskunden zu einer Vertragsübernahme bemühen werden.

44. Nachvertraglicher Vergütungsanspruch. Es wird vertreten, dass ein Vertragshändler unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt ist, nachvertragliche Vergütungsansprüche analog § 87 Abs. 3 HGB geltend zu machen (str., vgl. Martinek/Semler/Habermeier/Flohr/*van der Moolen* § 28 Rn. 1 ff.; Küstner/Thume/*Thume* Teil II Kap. 8 Rn. 27). Die Formularbestimmung schließt einen nachvertraglichen Vergütungsanspruch vorsorglich aus.

45. Ausgleichsanspruch. § 89b HGB findet auf die Vermittlung von Wartungsverträgen gem. § 9 des Formularvertrags unmittelbar Anwendung (→ Anm. 29). Für den Verkauf der Vertragsprodukte kommt dagegen nur eine analoge Anwendung des § 89b HGB in Betracht. Die Rechtsprechung gewährt einem Vertragshändler einen Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB, wenn

- das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Unternehmer so ausgestaltet ist, dass es sich nicht in einer bloßen Verkäufer-Käufer-Beziehung erschöpft, sondern der Vertragshändler so in die Absatzorganisation des Herstellers oder Lieferanten eingegliedert war, dass er wirtschaftlich in erheblichem Umfang einem Handelsvertreter vergleichbare Aufgaben zu erfüllen hatte,
- und der Vertragshändler vertraglich verpflichtet ist, dem Hersteller oder Lieferanten seine Kundendaten zu übertragen, so dass sich dieser bei Vertragsende die Vorteile des Kundenstamms sofort und ohne Weiteres nutzbar machen kann (BGH Urt. v. 13.6.2007 – VIII ZR 352/04, NJW-RR 2007, 1327 [1328]; BGH Urt. v. 6.10.2010 – VIII ZR 209/07, NJW 2011, 848; BGH Urt. v. 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300) die von der Vorinstanz festgestellte analoge Anwendung des § 89b HGB bei Beendigung eines Distributorvertrags, der den Vertrieb von Softwareprodukten zum Gegenstand hatte, bestätigend BGH Urt. v. 1.10.2008 – VIII ZR 13/05, NJW-RR 2009, 824 = CR 2009, 83 [84]).

In zahlreichen Softwarevertriebssystemen übernehmen Vertragshändler über die allgemeine Vertriebsförderungspflicht hinaus weitgehende Pflichten im Zusammenhang mit der Vermarktung der Software und Unterstützung der Anwender. Daraus ergibt sich üblicherweise seine dem Handelsvertreter entsprechende Einbindung in die Absatzorganisation des Herstellers, die sich auch vorliegend aus mehreren Bestimmungen des Formularvertrags ableiten lässt. Hierzu gehören die Zuweisung eines Marktverantwortungsgebiets, die Werbung nach Gestaltungsrichtlinien des Herstellers, die Schulung von Mitarbeitern, Mindestabnahmepflichten, Vorführung, Installation und Support, weitgehende Berichtspflichten sowie das Wettbewerbsverbot.

Eine analoge Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverträge über Softwareprodukte kann dennoch vermieden werden, indem der Vertragshändler zur Überlassung von Kundendaten nicht verpflichtet wird. Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsprechung nur geringe Anforderungen an das Kriterium der Überlassung von Kundendaten stellt (s. dazu Schultze/Wauschkuhn/Spennner/Dau/Kübler/*Wauschkuhn* Rn. 788 ff.). Eine Pflicht zu einer solchen Überlassung ergibt sich in Softwarevertriebsverträgen häufig unmittelbar aus Berichtspflichten (so im Formularvertrag § 3 (5)). Sie kann sich auch daraus ergeben, dass der Vertragshändler Lizenz- oder Wartungsverträge, in denen die Endkunden benannt sind, an den Vertragshändler übersenden oder eine Softwareaktivierung unter Angabe von Kundendaten bzw. eine Registrierung der Lizenznehmer unterstützen muss.

Ein Ausgleichsanspruch steht dem Vertragshändler aber auch dann nicht zu, wenn der Hersteller oder Lieferant nach den vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet ist, die ihm vom Vertragshändler überlassene Kundendaten bei Beendigung des Vertrags zu sperren, ihre Nutzung einzustellen und auf Verlangen des Vertragshändlers zu löschen (BGH Urt. v. 5.2.2015 – VII ZR 315/13, NJW 2015, 1300).

Sind die Analogievoraussetzungen erfüllt, ist der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers in entsprechender Anwendung des § 89b Abs. 4 S. 1 HGB zwingendes Recht (BGH Urt. v. 6.2.1985 – I ZR 175/82, NJW 1985, 3076 [3077]; BGH Urt. v. 25.2.2016 – VII ZR 102/15, GWR 2016, 164 = ZIP 2016, 1169). Für Vertriebsgebiete außerhalb des EWR lässt sich der Ausgleichsanspruch jedoch ausschließen (§ 92c Abs. 1 HGB). Dies gilt auch dann, wenn das Recht am Ort der Niederlassung des Vertriebsmittlers einen Ausgleichsanspruch zwingend vorsieht (OLG München Urt. v. 11.1.2002 – 23 U 4416/01, NJW-RR 2003, 471). Nach Auffassung des BGH gilt dagegen das Ausschlussverbot bei einem deutschen Recht unterliegenden Vertragshändlervertrag auch für die Tätigkeit des Vertragshändlers in Vertragsgebieten des EU- oder EWR-Auslands (BGH Urt. v. 25.2.2016 – VII ZR 102/15, GWR 2016, 164 = ZIP 2016, 1169).

46. Rechtswahl. Die Parteien können das anwendbare Recht grundsätzlich frei wählen (Art. 3 Rom I-VO). Ohne Rechtswahl ist das Recht anzuwenden, in dem der Vertragshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 f) Rom I-VO; zur Rechtswahl in Vertriebsverträgen s. Martinek/Semler/Habermeier/Flohr/Lakkis § 57).

Pflege und Hinterlegung

7. Software-Pflegevertrag

Software-Pflegevertrag

zwischen

.....,

– nachfolgend „Auftraggeber“ genannt –

und

.....,

– nachfolgend „Auftragnehmer“ genannt –

Präambel

Die Parteien haben am einen Vertrag über die Überlassung der Software (nachfolgend „die Software“) durch den Auftragnehmer an den Auftraggeber geschlossen (nachfolgend „Überlassungsvertrag“).

Die Software ist ein Change-Management-System, das den Anwender bei der Aufnahme, Bündelung, Bearbeitung und dem Workflow-Management von Änderungsanforderungen an IT-Systeme oder auch an fachliche Systeme unterstützt. Einzelheiten zum Leistungsumfang der Software ergeben sich aus der diesem Vertrag als Anlage 1 anliegenden Beschreibung.

Zur Pflege der Software vereinbaren die Parteien das Folgende:

§ 1 Vertragsgegenstand

(1) Gegenstand dieses Vertrages ist die Pflege der in Anlage 1 beschriebenen Software in den dort bezeichneten Modulen durch den Auftragnehmer.¹ Der Auftragnehmer erbringt außerhalb seiner Nacherfüllungsverpflichtungen aufgrund des Überlassungsvertrages² folgende Leistungen

- a) die Beseitigung von Fehlern (§ 2),
- b) die Weiterentwicklung der Software (§ 3) sowie
- c) das Vorhalten einer Hotline (§ 4).

(2) Der Auftragnehmer erbringt die vorgenannten Leistungen ab Vertragsschluss, jedoch nicht vor dem Zeitpunkt, zu dem der Auftraggeber den operativen Einsatz der Software gemeldet hat.

§ 2 Fehlerbeseitigung

(1) Ziel der Fehlerbeseitigung ist die Herstellung oder Aufrechterhaltung der in dem Softwareüberlassungsvertrag vereinbarten und durch Nachträge fortgeschriebenen Funktionalität der Software. Ein Fehler liegt dementsprechend vor, wenn die Software in der für sie vertraglich vorgesehenen Systemumgebung und bei bestimmungsgemäßer Anwendung die vorbezeichnete Funktionalität nicht aufweist und sich dies mehr als nur unwesentlich auswirkt.³

(2) Der Auftragnehmer wird vom Auftraggeber mitgeteilte Fehler an der Software jeweils innerhalb angemessener Frist nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen beseitigen. Angemessen ist die Frist, innerhalb der der Auftragnehmer unter Berücksichtigung seiner Auftragslage und der Verfügbarkeit geeigneter Mitarbeiter ohne schuldhaftes Zögern die gemeldeten Fehler analysieren und beseitigen kann.⁴

(3) Die Art und Weise der Fehlerbeseitigung erfolgt nach Wahl des Auftragnehmers und regelmäßig durch Überlassung von Software, die die in der Anlage 1 bezeichnete Software ändert und/oder ergänzt inklusive der Überlassung einer Dokumentation der geänderten und/oder ergänzten Funktionen in einer vom Auftragnehmer zu wählenden Form, die auch im Wege einer Online-Hilfe erfolgen kann.⁵

(4) Der Auftragnehmer erbringt die Leistungen zur Fehlerbeseitigung im Rahmen der branchenüblichen Sorgfalt. Eine Garantie zur Beseitigung der Fehler überhaupt oder innerhalb einer bestimmten Zeit übernimmt der Auftragnehmer nicht. Es besteht auch keine Verpflichtung, eine bestimmte Verfügbarkeit der Software sicherzustellen.⁶

(5) Fehler sind vom Auftraggeber unter Angabe der nach seiner Einschätzung gegebenen Priorität über das vom Auftragnehmer eingerichtete Ticket-System (Anlage 2) zu melden. Erreicht der Fehler eine höhere Prioritätsstufe, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen. Die Fehlermeldung soll neben der Einschätzung der Priorität folgende Informationen (falls vom System nicht vorgegeben) beinhalten:

- a) Kunde;
- b) in welchem Modul trat der Fehler auf;
- c) die Arbeitsschritte, im Zuge derer der Fehler aufgetreten ist bzw. die den Fehler verursacht haben;
- d) die Beschreibung des Fehlers mittels Screenshots, Protokollen oder ähnlicher Hinweise;
- e) Tag und Uhrzeit der Fehlerfeststellung;
- f) Angabe zur Reproduzierbarkeit (Ja/Nein).

B. 7

B. Softwareverträge

(6) Die Fehlersymptome werden wie folgt klassifiziert:⁷

Priorität	Klassifizierung	Beschreibung	Reaktionszeit (R)
I.	dringend; der Betriebsablauf ist unterbrochen	die Anwendung ist nicht lauffähig, es kommt zu Programmabstürzen das Drucken und Auswählen und/ oder die Übergabe von Daten kann nicht gestartet werden Daten werden nicht oder nicht richtig und vollständig gespeichert oder gelesen	R = 60 min
II.	hoch; der Betriebsablauf ist beeinträchtigt	Die Funktionsweise der Anwendung ist beeinträchtigt oder es kommt zu Fehlfunktionen, insbesondere: Meldungen sind unverständlich oder stehen nicht im richtigen Kontext zur aufgerufenen Funktion Funktionalitäten zeigen nicht die zu erwartenden Ergebnisse Das Antwortzeitverhalten verhindert eine übliche Nutzung der Software	R = 360 min
III.	niedrig; der Betriebsablauf ist nicht beeinträchtigt	Ein Arbeiten mit der Software ist möglich, wenn auch nicht durchgängig innerhalb der vereinbarten Parameter Bedienerfreundlichkeit ist verbesserungsbedürftig Fehlfunktionen können umgangen werden	R = 2 Tage

(7) Der Auftragnehmer wird dem Auftraggeber auf dessen Wunsch nach Meldung eines Fehlers eine unverbindliche Einschätzung zu der für die Fehlerbeseitigung voraussichtlich benötigten Zeit geben.

(8) Die Reaktionszeit läuft vom Eingang der Fehlermeldung des Auftraggebers beim Auftragnehmer an. Maßgeblich für den Eingang ist die Angabe im Ticket-System. Die Reaktionszeit läuft während der Betriebszeiten des Auftragnehmers von 8:00 Uhr bis 18:00 Uhr ab und ist gewahrt, wenn der Auftragnehmer innerhalb des Laufes der Reaktionszeit Maßnahmen zur Fehlerbehebung einleitet.⁸

(9) Der Auftragnehmer ist berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, Fehler auch außerhalb seiner Geschäftszeiten zu beheben; dies jedoch nur, wenn der Auftraggeber hierzu seine Mitwirkung in ausreichendem Umfang zusichert und die für diese Leistungen anfallenden Zusatzentgelte trägt.

(10) Der Auftragnehmer kann auftretende Fehler unter Berücksichtigung der vorgenommenen Priorisierung nach eigener Wahl durch folgende Maßnahmen beseitigen:

- a) Bereitstellung von Software auf Datenträgern oder online, die vom Auftraggeber selbst zu installieren ist. Dies umfasst regelmäßig die Überlassung von Softwarebestandteilen („Patches“), unter Umständen aber auch die Überlassung der vollständigen Software, bei der eine Neuinstallation erforderlich wird;⁹