

Michael Bartsch

IT-Einkaufsbedingungen

Stand der Rechtsprechung und belastbare Klauselvorschläge
zu den wesentlichen Regelungsfeldern

Große IT-Nutzer schließen zahlreiche Verträge über vergleichbare Leistungen. Der Aufsatz erörtert die Vorteile und die Gestaltungsmöglichkeiten von AGB und Musterverträgen beim Einkauf (Allgemeine Einkaufsbedingungen, AEB) anhand der häufigsten Vertragstypen (Kauf und Miete von Standardsoftware, Softwarepflege) und der häufigsten Regelungsfelder, die auch in anderen Verträgen vorkommen. Verbraucherschutz ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

Gestaltung aufgenommen werden.

- ▷ Vereinfachung des Vertragsabschlusses: Die Standardisierung der Vertragswerke ist schon aus Vereinfachungsgründen erwünscht. In den einfachen Fällen will man ohne die Rechtsabteilung auskommen.
- ▷ Interessenverschiebung: Der zentrale Punkt ist die Verschiebung der Interessen gegenüber den Vorgaben aus Gesetz und Rechtsprechung.

I. Wozu Einkaufsbedingungen?

1. Gründe für Allgemeine Geschäftsbedingungen

Es gibt fünf Argumente für Unternehmen, AGB zu nutzen:

- ▷ Konkretisierung der Gesetzesvorschriften: Mit den Vorschriften des Werkvertragsrechts beispielsweise werden der Friseurbesuch und die Beschaffung eines Kraftwerks organisiert. Es liegt auf der Hand, dass der Regelungsbedarf mit den wenigen Gesetzesvorschriften nicht abgedeckt ist.¹
- ▷ Spezialisierung: Mit seinen Einkaufs-AGB konkretisiert der Besteller, nach welchen Regeln er beliefert werden möchte.
- ▷ AGB als Visitenkarte: Der Eindruck, den AGB machen, ist unabhängig vom Regelungsinhalt sehr unterschiedlich. AGB sind auch Visitenkarten des Unternehmens. Das sollte in die Überlegungen bei ihrer

2. Unternehmerische Entscheidung

Der vorletzte und der letzte Punkt stehen in einem Zielkonflikt, denn ein einfacher Vertragsabschluss wird sich mit sehr einseitigen AEB nicht erreichen lassen. Der Besteller kann zwischen zwei Konzepten wählen:

- ▷ Einseitiger Entwurf: Die AEB betonen ausschließlich die Interessenlage des Bestellers. Statt einer Kooperation beginnt eine Konfrontation. Der Entwurf wird Verhandlungen unter Einbeziehung der Rechtsabteilungen zur Folge haben, also Aufwand machen. Die Gültigkeit der einseitigen Klauseln ist ungewiss.
- ▷ Ausgeglichener Entwurf: Die AEB berücksichtigen auch die Interessen des Lieferanten. Der Entwurf wird den Vertragsabschluss erleichtern und insofern Aufwand sparen; die Wirksamkeit der Klauseln ist wahrscheinlicher.

Verträge, die sich nur an der vermeintlichen Interessenlage des Auftraggebers orientieren, sind weniger hilfreich, als man auf den ersten Blick denkt. Die Rechtsprechung weist dem Softwarehaus ohnehin weitgehend das Risiko eines Vertragsabbruchs zu. Verträge, die das noch verstärken, beeinträchtigen das Klima und provozieren, was sie angeblich verhüten wollen, nämlich Streit. Der Jurist, der den Vertrag entworfen hat, kann dann die Klauseln zum Vertragsabbruch anwenden und meinen, seine Vertragsgestaltung sei hilfreich gewesen.

▷ Prof. Dr. Michael Bartsch, Karlsruhe. Die vorgeschlagenen Klauseln stammen größtenteils aus dem Beitrag des Autors im Beck'schen Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (11. Aufl. 2013) Teil III.G, das weiterführende Gestaltungshinweise enthält und nächstens in neuer Auflage vorliegen wird.

1 In der Baubranche hat deshalb die VOB/B hohe Praxisbedeutung erlangt.

IT-Einkaufsbedingungen

Der Beschaffer muss also zunächst eine unternehmerische Entscheidung treffen.

In unangenehmen AEB liest man beispielsweise:

- ▷ *Klauseln zur Haftungsverstärkung:* Die außerordentliche Kompetenz des Auftragnehmers wird herausgestellt. Das hohe Schadensrisiko aus einem Projektfahlschlag oder einer Projektverzögerung wird betont.
- ▷ *Leistungsrisiken:* Man benutzt unklare und umfangreiche Formulierungen, beispielsweise „*umfassende Unternehmenssoftware*“. Man verlangt die Migration der heute vorhandenen Daten, schiebt also die Probleme aus deren Fehlerhaftigkeit auf den Auftragnehmer. Man verschärft die Einstandspflicht des Auftragnehmers zusätzlich durch Klauseln wie: „*Der Auftragnehmer versichert, dass er dem Auftraggeber vor Vertragsschluss sämtliche Informationen mitgeteilt hat, die für den Auftraggeber für die Beurteilung des Leistungsumfangs und der Leistungsdurchführung im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Projektvertrages von Bedeutung sind oder sein können.*“

Das ist mehrfach trickreich. „Versichern“ ist als Garantiehaftung zu lesen. „Sämtliche Informationen“ ist denkbar unklar.

Ein sinnvoller Weg ist es, für die alltäglichen Fälle AEB zu haben, die der Anbieter möglichst ohne Diskussion akzeptieren kann, und für die darüber hinausgehenden Fälle Musterverträge zu haben, über die dann zu verhandeln ist.

II. Rechtsprechung

Eine durchgängige Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle im IT-Bereich, wie es dies beispielsweise für den Bereich des Baurechts gibt, liegt nicht vor. Über Klauseln in Software-Einkaufsbedingungen gibt es praktisch keine Rechtsprechung. Die Standardkommentare zum AGB-Recht belegen dieses Fehlen.

So ist die große Aufmerksamkeit, die das Urteil des BGH über Einkaufsbedingungen eines Baumarktbetreibers² im Bereich IT-Recht fand, nicht erstaunlich. Der BGH entschied zu zwei Bereichen:

1. Sachmängel

a) Mangelvermutung

Klausel 3 des Baumarkt-Urteils:

„Es wird vermutet, dass ein Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden war, wenn seit Gefahrübergang nicht mehr als 12 Monate vergangen sind.“

Der BGH verwirft die Klausel. Die gesetzliche Verteilung der Beweislast sei „in besonderem Maße Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots“³. Das Verbraucherrecht der EU, das in § 476 BGB die gegenteilige Wertung hat, ist für den BGH kein ausdehnungsfähiger Maßstab.

Die Beweislastverteilung kann also in AGB auch unter Unternehmern nicht geändert werden (vgl. § 309 Nr. 12 BGB).

² BGH v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05, CR 2006, 221 ff. m. Anm. Redeker, CR 2006, 226 und Rinkler, ITRB 2006, 68, nachfolgend „Baumarkt-Urteil“ genannt.

³ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 22.

b) Selbstbeseitigung des Mangels

Klausel 4 des Baumarkt-Urteils:

„In dringenden Fällen ... sind wir auch berechtigt, die Mängel auf Kosten des Lieferanten selbst zu beseitigen, beseitigen zu lassen oder Ersatz zu beschaffen.“

Die Klausel wird verworfen. Sie dürfe nicht Fälle erfassen, „in denen einem Lieferanten trotz Eilbedürftigkeit Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben werden muss“⁴.

Die gesetzliche Situation besagt:

- ▷ Zunächst hat der Käufer nur den Primäranspruch auf Erfüllung, modifiziert durch § 439 BGB.
- ▷ Anspruch auf die Sekundäransprüche Rückabwicklung und Minderung hat der Käufer erst, wenn eine gesetzte Nachfrist abgelaufen ist oder wenn in den Sonderfällen des § 323 Abs. 2 BGB die Fristsetzung entbehrlich war oder wenn laut § 440 S. 1 BGB die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung ihm unzumutbar war⁵. Unzumutbarkeit kann in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit gegeben sein.
- ▷ Bei komplexen Kaufgegenständen wird die Rückabwicklung dem Käufer keine wirtschaftlich sinnvolle Lösung bieten, weil die Aufwendungen für Installation, Inbetriebnahme und Schulung verloren sind und er nicht sicher sein kann, sie vom Verkäufer erstattet zu bekommen.
- ▷ Der Minderungsanspruch wird typischerweise geringer ausfallen als der beim Käufer entstehende Aufwand zur Mängelbeseitigung.
- ▷ § 439 Abs. 3 BGB beschränkt die Nacherfüllungspflicht des Verkäufers; unverhältnismäßige Kosten muss er nicht tragen; sie dürfen ihm deshalb auch nicht bei der Selbstbeseitigung aberverlangt werden.
- ▷ Schließlich muss der Käufer auch seine Schadensminderungspflicht beachten.

Unter Einbeziehung einer vom BGH⁶ zitierten Klausel des Baumarktbetreibers spricht einiges für die Zulässigkeit folgender Klausel⁷:

Klauselvorschlag:

„Der Käufer ist berechtigt, den Mangel auf Kosten des Verkäufers selbst zu beseitigen, beseitigen zu lassen oder Ersatz zu beschaffen, wenn dem Käufer aus dem Ausbleiben sofortiger Nacherfüllung ein in Relation zum Nachteil des Verkäufers unangemessen hoher Nachteil entsteht. Die vom Verkäufer zu erstattenden Kosten dürfen nicht unverhältnismäßig sein und sind auf den Betrag begrenzt, den er bei eigener Nachbesserung in der ihm zustehenden Nachbesserungszeit gehabt hätte. Weitergehende gesetzliche oder vertragliche Ansprüche bleiben vorbehalten.“

⁴ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 27.

⁵ Laut Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, Teil 2, (11) Einkaufsbedingungen, Rz. 3 (nachfolgend als „Christensen“ zitiert) kann der Zugang zu Rücktritt und Schadensersatz nicht erleichtert werden. Dem stimme ich zu. Das aktuelle Schuldrecht hat die Schwelle zum Vertragsabbruch unangemessen abgesenkt (vgl. Bartsch, CR 2001, 649 [656 bei III.2]).

⁶ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 26.

⁷ Vgl. auch Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, Klauseln, Rz. E 102 (nachfolgend als „Dammann“ zitiert).

IT-Einkaufsbedingungen

c) Keine Rückgriffsansprüche wie im Verbraucherkaufrecht

Rückgriffsansprüche in der Handelskette, wie es sie im Verbrauchsgüterkauf gibt (§§ 478, 479 BGB), sind unwirksam. Auch hier lässt der BGH das EU-Verbraucherrecht nicht als Gerechtigkeitsmaßstab gelten.

d) Verjährung

Die zweijährige Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB kann auf drei Jahre verlängert werden. Obwohl der BGH diese Verlängerung maßvoll nennt und obwohl die frühere Verjährungsfrist von sechs Monaten auf zwei Jahre, also um den Faktor 4 erhöht werden durfte, ist die Wirksamkeit einer Verjährungsfrist von mehr als drei Jahren zweifelhaft⁸.

Für neu gelieferte oder nachgebesserte Teile darf laut Baumarkt-Urteil die Verjährungsfrist nicht neu anlaufen.

Diese Wertung ist nicht zweifelsfrei. Denn je nach Konstellation riskiert der Käufer, für das neu gelieferte Teil nur noch den eventuell sehr kleinen Rest der Gewährleistungszeit ab der ersten Lieferung zu haben oder, wenn verhandelt wurde, eine Rest-Verjährungszeit von drei Monaten nach § 203 S. 2 BGB, obwohl § 309 Nr. 8 (b) BGB verbietet, dass bei „Lieferungen neu hergestellter Sachen ... eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird“. Es hätte nahegelegen, diese Jahresfrist heranzuziehen. Der Nacherfüllungsanspruch ist der angepasste Primäranspruch. Die Gefahr für das Ersatzteil geht mit der neuen Versendung über. Weshalb soll nicht nun eine neue Verjährung beginnen? Auch die Reparatur ist eine neue Leistung.

Das Urteil geht vielleicht davon aus, dass eine Nachbesserung zur Hemmung der Verjährung nach § 203 BGB führt, also zumindest zu einer Restverjährungszeit von drei Monaten⁹. Der Verkäufer kann aber auf erste Anforderung ausdrücklich aus Kulanz ein Ersatzteil liefern und damit dieser Verjährungsverlängerung entgegen. Wenn von der ursprünglichen Gewährleistungszeit nur noch ein kleiner Rest besteht, ist die Einstandspflicht des Verkäufers für dieses Ersatzteil unzureichend kurz. Der Käufer sollte deshalb per AGB im unternehmerischen Rechtsverkehr eine restliche Gewährleistungszeit von zumindest 6 Monaten verlangen können.

Klauselvorschlag:

„Die Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB wird auf drei Jahre verlängert. Für Leistungen, die zur Nacherfüllung erbracht wurden, beträgt die Gewährleistungszeit zumindest sechs Monate.“

Man muss ausdrücklich die Frist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verlängern, denn in § 438 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 BGB gehen Fristen über zwei Jahre hinaus, die sonst entgegen den Interessen des Käufers verkürzt würden.

2. Rechtsmängel

a) Keine Garantiehafung

Der BGH hat die Klauseln, die eine unbegrenzte verschuldensfreie Haftung des Lieferanten vorsahen, mit folgendem Argument verworfen:

⁸ Zur Verlängerung der Verjährungszeit vgl. Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 6, 8. *Dammann* hält eine Verdoppelung der gesetzlichen Fristen für zulässig.

⁹ Auch *Dammann* (Rz. E 107 Fn. 1) kritisiert die Unklarheit des Urteils.

„Eine generelle Regelung in AGB, nach der der Verkäufer für die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache eine Garantie übernimmt, benachteiligt den Verkäufer unangemessen, weil sie ihn dem Risiko einer unübersehbaren Schadensersatzhaftung aussetzt.“¹⁰

b) Kernproblem der Rechtsmängelhaftung

Das Problem einer nutzerfreundlichen Gestaltung der Rechtsmängelhaftung liegt darin, dass typischerweise ein Drei-Personen-Verhältnis entsteht. Ein Dritter greift den Nutzer mit der Behauptung an, der Nutzer verletze mit den beim Gebrauch der Software notwendig einhergehenden Kopiervorgängen Rechte dieses Dritten. Der Nutzer hat keine eigene Möglichkeit des Gegenbeweises. Weil der Dritte über einstweiligen Rechtsschutz auf Nutzungsuntersagung und möglicherweise durch eine Strafanzeige hohen Druck auf den Nutzer ausüben kann, wird der Nutzer häufig keine andere Wahl als die eines raschen Arrangements mit dem Dritten haben.

Das Softwarehaus ist an dieses Arrangement nicht gebunden und kann per AGB nicht gebunden werden, denn dies wäre eine Garantiehafung. Also muss der Nutzer dem Softwarehaus den Rechtsmangel beweisen, was er praktisch nicht kann. Der Dritte wird wenig Anlass sehen, ihm dabei zu helfen.

Als Ausweg bietet der BGH das haftungsverstärkende Argument, dass an die Sorgfaltspflicht des Verkäufers, rechtsmängelfrei zu liefern, hohe Anforderungen zu stellen sind¹¹. Aber da der BGH im selben Satz wiederholt, dass eine „generell verschuldensunabhängige Rechtsmängelhaftung“ nicht zu rechtfertigen sei, lässt er Raum für eine verschuldensunabhängige Rechtsmängelhaftung, die eine angemessene Haftungsbeschränkung enthält. Zwei Wege kommen in Betracht, um die Interessen des Nutzers zu schützen:

aa) Betonung der Sorgfaltspflicht des Verkäufers

Der Käufer darf an die Sorgfaltspflicht des Verkäufers hohe Anforderungen stellen. Wenn der Verkäufer mit dieser Sorgfalt bei der eigenen Beschaffung der Software vorgehen muss, kann er den Nutzer in dessen Streit mit dem Dritten unterstützen und damit zur Abwehr des Angriffs beitragen.

Klauselvorschlag:

„Der Verkäufer hat mit besonderer Sorgfalt zu sichern, dass Behauptungen Dritter, die dem Käufer einzuräumenden Nutzungsrechte verletzen Rechte dieses Dritten, abgewehrt werden können. Er dokumentiert die eigenen Beschaffungsvorgänge mit größter Genauigkeit, sorgt durch Vertragsgestaltung mit seinen Mitarbeitern für einen sicheren Rechtsübergang, wählt Vorlieferanten mit größtmöglicher Sorgfalt aus, geht jedem Verdacht eines Rechtsmangels unverzüglich und intensiv nach und stellt dem Käufer auf dessen Mitteilung, von einem Dritten in den Nutzungsrechten angegriffen zu sein, diese Informationen und sein Fachwissen uneingeschränkt zur Aufklärung des Sachverhalts und zur Abwehr der behaupteten Ansprüche zur Verfügung. Er trifft nach Möglichkeit mit den Vorlieferanten Vereinbarungen, die eine umfassende Erfüllung dieser Pflichten ermöglichen und sichern. Für den Fall eines Rechtsstreits mit dem Dritten stellt er Beweismittel in der nach der jeweiligen Verfah-

¹⁰ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 31.

¹¹ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 33.

IT-Einkaufsbedingungen

rensart korrekten Form (z.B. als Eidesstaatliche Versicherung oder als Original von Urkunden) zur Verfügung.“

Hält der Verkäufer diese Pflichten nicht nachweisbar ein, kann der Käufer seine Nachteile, die er gegenüber dem Dritten hat, schadensrechtlich gegenüber dem Verkäufer geltend machen.

bb) Beschränkte verschuldensfreie Haftung

Der zweite vom BGH aufgezeigte Weg ist die verschuldensfreie, aber beschränkte Haftung.

Das Risiko des Softwarehauses, bei einem Mangel den vollen Kaufpreis zu verlieren, ist verschuldensfrei. Mit einem gewissen Optimismus darf man das BGH-Urteil so lesen, dass dementsprechend auch verschuldensfreier Schadensersatz bis zu dieser Grenze zulässig ist.¹² Dies rechtfertigt folgende Überlegungen: Bei Software ist dem Nutzer mit der Rückabwicklung des Vertrages typischerweise nicht geholfen. Bis Standardsoftware installiert ist, hat der Nutzer hohe Aufwendungen über den Kaufpreis hinaus. Auch der Austausch der Standardsoftware gegen ein anderes Produkt ist mit hohen Kosten belastet. Rücktritt als probater Ausgleich für einen Mangel deckt also bei Software den typischen Nachteil des Käufers nicht ab (vgl. II.1.b) oben). Der Käufer muss und will typischerweise die Software behalten. Bis zur Grenze des dem Verkäufer gesetzlich auferlegten Risikos der Rückabwicklung sollte man dem Käufer den Ersatz der Aufwendungen gestatten, die er zur Bewahrung der Nutzungsmöglichkeit hat.

Das stimmt mit den Abwägungen des BGH¹³ überein, die Klausel dürfe dem Käufer nicht die Möglichkeit eröffnen, „über den Kopf des Lieferanten hinweg mit dem Schutzrechtsinhaber auf Kosten des Lieferanten Vereinbarungen zu treffen, die für den Lieferanten deutlich nachteiliger sein können als etwa die Rücknahme der wegen der Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts mangelhaften Ware gegen Erstattung des Kaufpreises und der Ersatz des der Beklagten (also der Käuferin) durch den Rechtsmangel entstandenen Schadens.“

Klauselvorschlag:

„Statt eines Anspruchs auf Rückabwicklung kann der Käufer gegen das Softwarehaus einen verschuldensfreien Anspruch auf Schadensersatz geltend machen, begrenzt auf den Kaufpreis.“

Schon der Verdacht, die Sache habe einen Mangel, kann als Mangel im rechtlichen Sinn eingestuft werden¹⁴. Eine dem Transparenzgebot genügende Möglichkeit, diesen Gedanken konkretisierend in eine Klausel zu bringen, ist nicht ersichtlich.

Übrigens zeigt sich hier ein erheblicher Unterschied zwischen Kauf und Miete von Software. Wenn dem Mieter die weitere Nutzung der Software wegen des Angriffs des Dritten unzumutbar ist, liegt eine Störung des Mietgebrauchs vor. Außerdem haftet der Vermieter für anfängliche Mängel ohne Verschulden, und Rechtsmängel werden nicht während der Nutzungszeit eintreten, sondern stets anfängliche Mängel sein. Um diese gesetzliche Regelung beizubehalten, genügt in AEB eine Kollisionsklausel, mit welcher die Vermieter-AGB, die üblicher-

weise die verschuldensfreie Haftung ausschließen, unwirksam gemacht werden¹⁵.

c) Verjährung

Zur Verjährung nimmt der BGH folgende Position ein: Eine Ausdehnung der Verjährungszeit auf zehn Jahre ist unwirksam¹⁶. Dass zuvor mehr als hundert Jahre eine Frist von 30 Jahren galt (eine 15 mal so lange Frist wie die heutige Frist), ist ohne Belang. Maßstab der AGB-Kontrolle ist nur das aktuelle Gesetz. Das wirft ein bezeichnendes Licht darauf, dass AGB-Kontrolle beim BGH nicht Angemessenheitskontrolle ist, sondern Reduktion der Gestaltungsfreiheit auf die Nähe zum dispositiven Recht auch im kaufmännischen Verkehr.¹⁷

Eine Verjährungsfrist von vier Jahren sollte zulässig sein, obwohl der BGH das gesetzgeberische Ziel der Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängeln benennt¹⁸.

Eine lange Gewährleistungszeit verstärkt die berechtigte Erwartung des Käufers, der Verkäufer werde die auch vom BGH angemahnte besondere Sorgfalt¹⁹ wahren.

3. Höchstrichterliche Vorgaben

Über die konkreten Entscheidungen zu einzelnen Klauseln hinaus bietet das Urteil einen Blick auf die Entscheidungsvorgaben:

- ▷ Auslegungskriterium nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist nur das aktuell geltende Gesetzesrecht.
- ▷ Die ohnehin sehr käuferfreundlichen Gewährleistungsregeln können kaum in AGB zugunsten der Käufer geändert werden.
- ▷ Das EU-Verbraucherschutzrecht hat keine Ausstrahlungswirkung auf die AGB-Kontrolle zwischen Unternehmern.
- ▷ Gewährleistungsfristen sind verlängerbar.

Man vermisst deutliche Kriterien, nach denen sich eine künftige Klauselkontrolle richten kann. Und man vermisst eine klare Linie, weshalb bei einigen Klauseln eng, bei anderen Klauseln weitherzig entschieden wird.

III. Klauseln über Einstandspflichten des Lieferanten

Hier werden vier Regelungsbereiche erörtert, die in vielen Formularverträgen von Bedeutung sind.

1. Verzögerung

Die gesetzliche Ausstattung eines Vertragspartners mit Rechten bei Leistungsverzögerungen ist opulent, teils

¹⁵ Zum Vergleich zwischen Kauf und Miete von Standardsoftware vgl. Bartsch, Kauf oder Miete von Standardsoftware in Conrad: Inseln der Vernunft – Festschrift für Prof. Dr. Jochen Schneider, 2008, S. 33 ff.).

¹⁶ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 34 ff.

¹⁷ Dieser vom Gesetzgebungszweck jedenfalls im unternehmerischen Bereich nicht gedeckten These folgt auch Christensen, Rz. 1, wonach in § 307 BGB zu prüfen sei, „ob es sachgerechte Gründe für wesentliche Abweichungen von den BGB- und HGB-Bestimmungen gibt. Das ist selten der Fall.“ Es soll also nicht um die Eindämmung von Gestaltungsmissbrauch gehen, sondern um fromme Gesetzesbefolgung.

¹⁸ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 37. Rinkler, ITRB 2006, 68, hält fünf Jahre für zulässig. Meine früher geäußerte Auffassung (Bartsch, CR 2005, 1 bei III. 2.), der Käufer könne die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB vorgeben, ist durch das Baumarkt-Urteil (Fn. 2) überholt.

¹⁹ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 33.

¹² Das Baumarkt-Urteil (Fn. 2) verbietet eine „unübersehbare Schadensersatzhaftung“ (Rz. 31) und eine „generell verschuldensunabhängige Rechtsmängelhaftung“ (Rz. 33).

¹³ Baumarkt-Urteil (Fn. 2) – Rz. 50.

¹⁴ Vgl. Bartsch, CR 2005, 1 bei II 7.

IT-Einkaufsbedingungen

(jedenfalls für den kaufmännischen Bereich) deutlich übertrieben. So darf der Besteller bei einer vom Lieferanten nicht verschuldeten Verzögerung auch dann den Rücktritt erklären, wenn er die Verzögerung überwiegend selbst verschuldet hat (§ 323 Abs. 6 BGB). Der Wertungshintergrund ist, wie gewöhnlich, nur der Sachkauf, bei welchem der Gesetzgeber meint, dem Händler entstehe aus der Rückabwicklung des Vertrags kein schwerer Nachteil, weil er ja die anderweitig verkaufbare Kaufsache zurückbekommt. Beim Verkauf von Standardsoftware durch den Hersteller trägt das Argument nicht. Bei Werkleistungen ist es ganz unrichtig, weil der Auftragnehmer mit der zurückgewährten Leistung ja nichts anfangen kann.

Der Weg zum Vertragsabbruch führt zumeist über eine Fristsetzung (vgl. §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB, worauf in §§ 437, 634 BGB verwiesen wird). Die Situation ist für den Leistungsempfänger (typischerweise den Besteller) komfortabel: Wenn er im konkreten Fall eine zu kurze Frist setzt, wird sie durch eine angemessene Frist ersetzt. Allerdings muss der Besteller die in der angemessenen Frist angebotene Leistung annehmen.

Der Leistungsempfänger sollte jedoch nicht in AGB die Dauer der Nachfrist vorgeben. Das OLG Hamm hat entschieden: Wenn eine so gesetzte Frist zu kurz ist, wird keine angemessene Nachfrist in Gang gesetzt²⁰. Die Folge einer zu kurzen Frist ist nach dieser Entscheidung die Unwirksamkeit einer auf dieser Grundlage ausgesprochenen Vertragsabbruchserklärung. Ob heute weiterhin so judiziert würde, mag zweifelhaft sein. Aber der Autor von AGB muss insbesondere die Klauseln in Bezug auf den Vertragsabbruch so rechtssicher wie möglich formulieren, also die Einschränkung des OLG Hamm beachten.

2. Defizit des Liefergegenstandes

Die meisten Themen sind bei der Erörterung des Bau markt-Urteils besprochen (vgl. II.1. oben). Hinzu kommen zwei Bereiche:

a) Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB:

Der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB wird weiterhin „*erheblicher Gerechtigkeitsinhalt*“ zugewiesen²¹. Ein völliger Ausschluss der Untersuchungs- und Rügepflicht gilt jedenfalls als unzulässig. Für den Softwarebereich ist eine strenge Handhabung dieser Pflichten nicht sinnvoll:

- ▷ *Unklarer Fristablauf*: Bei typischen Projekten auf der Grundlage von Standardsoftware wird die Software nach Anlieferung nicht oder nicht vollständig installiert. Vor dem Abschluss der (oft sehr zeitaufwendigen) Installation ist sie nicht prüffähig. Wann die Rügefrist in solchen Fällen endet, ist deshalb sehr unklar.
- ▷ *Einschätzungsdefizit des Käufers*: Der Käufer kann anfangs oft nicht wissen, ob ein Fehler vorliegt oder ob ein bisheriger Betriebsablauf besser geändert oder die Schulung wiederholt würde.
- ▷ *Verdachtsmomente*: Auf Verdacht gerügte Mängel führen nicht zur Verbesserung der Software, sondern zu Ärger zwischen den Vertragspartnern.

Die Kommentarliteratur hält eine Beschränkung der Rügepflicht auf offenkundige Mängel oder auf offenkundige und leicht erkennbare Mängel für zulässig²². Hieraus lässt sich folgende Klausel ableiten:

Klauselvorschlag:

„Soweit eine Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB besteht, beschränkt sie sich auf offensichtliche und leicht erkennbare Mängel.“

Die Kommentarliteratur will für „komplexe EDV-Anlagen“ großzügig lange Fristen gelten lassen²³. Von AGB-Klauseln zur Bemessung der Rügefrist ist abzuraten. Denn zur Bestimmung der gesetzlichen Frist wird man auch zu prüfen haben, wie offensichtlich die Fehlerhaftigkeit ist. Eine Klausel, die dieses Kriterium einbezieht, wird nicht mit dem Transparenzgebot in Übereinstimmung gebracht werden können.

b) Abwälzung der Produzentenhaftung

Dammann²⁴ erörtert die Konstellation, dass der Verkäufer dem Käufer Material verkauft, aus dem der Käufer einen Gegenstand herstellt, der bei einem Dritten dann zu einem durch Produzentenhaftung gedeckten Schaden führt. Der Käufer dürfe sich von der Produzentenhaftung, die er einem Dritten gewähren muss, durch den Verkäufer (z.B. eines Bauteils oder von Material) freistellen lassen, wenn der Verkäufer für den Fehler verantwortlich ist²⁵.

Die Klausel ist fragwürdig, denn sie verschiebt die Verjährungsgrenze extrem weit über die gesetzlichen zwei Jahre hinaus.

Außerdem ist der Nutzen der Klausel zweifelhaft. Die Verjährung des Anspruchs auf Produzentenhaftung beginnt frühestens mit dem Schaden. Zwischen dem Käufer, der aus dem vom Verkäufer gelieferten Material einen Gegenstand herstellt und wegen eines Materialfehlers vom Dritten als Produzent des Gegenstands in Haftung genommen wird, und dem verkaufenden Hersteller des Materials besteht ein vertraglicher Anspruch auf Erstattung eines Vermögensschadens, nicht eines durch § 823 BGB gedeckten Schadens. Aber der Dritte, der durch den Gegenstand aufgrund des Materialfehlers geschädigt ist, hat in der vorgegebenen Konstellation gegen den Materialhersteller („Verkäufer“) und gegen den Hersteller des hieraus gefertigten Gegenstands („Käufer“) Ansprüche aus Produkthaftung. Der Käufer hat gegen den Verkäufer Ausgleichsansprüche nach § 426 BGB. Da nach Sachverhalt der Verkäufer für den Fehler verantwortlich ist, ist nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Innenausgleich „ein anderes bestimmt“, so dass der Verkäufer ohnehin den Schaden allein zu tragen hat.

3. Temporäre Störungen der Software

Aus allen Vertragstypen kann es Störungen geben, die durch Dienste des Softwarehauses zu beseitigen sind. Der Nutzer hat das Interesse, dass die Störung möglichst geringfügig, kurz und selten ist.

Hieraus ergeben sich typische Regelungsansätze:

20 OLG Hamm v. 10.1.1995 – 28 U 251/93, NJW-RR 1995, 503; zustimmend Christensen, Rz. 5.

21 Christensen, Rz. 8 unter Hinweis auf teils sehr alte Literaturmeinungen.

22 Christensen, Rz. 8; Dammann (Fn. 7), § 309 Nr. 8 b ee Rz. 81.

23 Christensen, Rz. 8, ohne eine Silbe zur Bemessung dieser Frist zu äußern.

24 Dammann, § 309 Nr. 8 b ee Rz. 81.

25 Dammann, Rz. E 111.

IT-Einkaufsbedingungen

a) Fehlerklassen

Üblicherweise werden drei Fehlerklassen unterschieden:

- ▷ Fehlerklasse 1: betriebsverhindernde Mängel;
- ▷ Fehlerklasse 2: erheblich betriebsbehindernde Mängel;
- ▷ Fehlerklasse 3: sonstige Mängel.

Wer mehr Fehlerklassen einrichtet, vergrößert die Abgrenzungsprobleme. Es ist sachgerecht, die Fehlerklassen durch Beispiele zu spezifizieren.

b) Fehlerbeseitigung

Der Nutzer hat folgende Interessen:

- ▷ Die Maßnahmen zur Störungsbeseitigung sollen so früh wie möglich einsetzen (*Reaktionszeit*).
- ▷ Die Störung soll so kurz wie möglich dauern (*Entstörzeit*).

c) Verfügbarkeit

Insgesamt soll der Betrieb möglichst ungestört bleiben (*Verfügbarkeit*). Vereinbarungen über die Verfügbarkeit technischer Systeme sind handelsüblich; „auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen“ (§ 310 Abs. 1 S. 2 BGB). Deshalb sind Verfügbarkeitsklauseln zulässig²⁶.

In welche juristische Rubrik die Leistungsstörung gehört (z.B. Gewährleistung, Verzug oder Unmöglichkeit), darf keine Rolle spielen, denn die Frage ist für den Nutzer nicht auflösbar, und sie ist für ihn ohne Belang.

Klauselvorschlag:

„1. Die Vertragspartner vereinbaren folgende Fehlerklassen und Reaktionszeiten:

Fehlerklasse 1: Betriebsverhindernde Fehler:

Der Mangel verhindert den Betrieb der Software beim Nutzer; eine Umgehungslösung liegt nicht vor: Das Softwarehaus beginnt unverzüglich, spätestens innerhalb von ... Stunden mit der Mangelbeseitigung und setzt sie mit Nachdruck bis zur Beseitigung des Mangels oder zur Herabstufung der Störung in eine andere Fehlerklasse fort, soweit zumutbar auch außerhalb der üblichen Arbeitszeit (werktags 08.00 Uhr–17.00 Uhr).

Fehlerklasse 2: Betriebsbehindernde Fehler:

Der Mangel behindert den Betrieb der Software beim Nutzer erheblich; die Nutzung der Software ist jedoch mit Umgehungslösungen oder mit temporär akzeptablen Einschränkungen oder Erschwernissen möglich: Das Softwarehaus beginnt bei Fehlermeldung vor 10.00 Uhr mit der Mangelbeseitigung am gleichen Tag, bei späterer Fehlermeldung zu Beginn des nächsten Arbeitstages und setzt sie bis zur Beseitigung des Mangels oder zur Herabstufung der Störung in eine andere Fehlerklasse innerhalb der üblichen Arbeitszeit fort.

Fehlerklasse 3: Sonstiger Fehler:

Das Softwarehaus beginnt innerhalb einer Woche mit der Fehlerbeseitigung oder (soweit für den Auftraggeber zumutbar) beseitigt den Fehler im nächsten Programmstand.

2. In einem Zeitraum von drei Monaten darf die Verfügbarkeit der Software nicht insgesamt länger als ... Stunden durch einen Fehler der Klasse 1 oder insgesamt länger als ... Stunden durch einen Fehler der Klasse 2 beeinträchtigt sein.

Für jede darüber hinausgehende Stunde reduziert sich der Mietzins für den Monat, in dem der Fehler auftritt, bei einem Fehler der Klasse 1 um ... (z.B. 2) Prozent, bei einem Fehler der Klasse 2 um ... (z.B. 1) Prozent.

3. In die Berechnung der Zeiten werden nur die Werkta-ge am Sitz des Auftraggebers von 8:00 Uhr–17:00 Uhr einbezogen.“²⁷

Die AGB-rechtliche Prüfung richtet sich nach folgenden Kriterien:

- ▷ § 271 BGB verschiebt die *Bestimmung der Leistungszeit* auf die Umstände. Dies rechtfertigt die Differenzierung nach dem Ausmaß der Störung, die zu beseitigen ist, also nach Fehlerklassen.
- ▷ Software muss dem *Stand der Technik* entsprechen. Dazu gehören auch Eigenschaften, die die Benutzung sichern, beispielsweise Robustheit (zur Störungsvermeidung) und Reparierbarkeit (zur Störungsverkürzung). Software, die häufig ausfällt oder nur mit großem Zeitaufwand reparierbar ist, ist mangelhaft. Die zeitlichen Vorgaben dürfen sich an Software orientieren, die dem *Stand der Technik* entspricht. Gäbe es keine Vertragsklausel zur Bestimmung der Leistungszeit, so könnte der Auftraggeber bei einem Fehler der Klasse 1 durch Mahnung nach wenigen Stunden Verzug und damit ebenfalls die Schadensersatzpflicht des Softwarehauses herbeiführen.

Aus diesen Argumenten rechtfertigen sich knappe zeitliche Vorgaben im Vertrag und Ansprüche auf finanzielle Kompensation bei Überschreitung. Um dem Urteil des OLG Hamm (vgl. IV.1.) Rechnung zu tragen, sollte der Betreiber zusätzlich mahnen, um jedenfalls Verzug auszulösen.

Eine konkretisierende Regelung für die Einbußen bei unzureichender Verfügbarkeit kann folgendermaßen lauten:

Klauselvorschlag:

Leistungsziel	Anforderung	Folgen der Nichteinhaltung
Kein Fehler der Klasse 1 in der Servicezeit 1	– Verfügbarkeit ohne Fehler der Klasse 1: 97 % pro Kalendermonat – Reaktionszeit bei einem solchen Fehler: 30 Minuten Entstörzeit bei einem solchen Fehler: 3 Stunden	Pro Stunde ... % der Gesamtvergütung nach Anlage Vergütung für den jeweiligen Kalendermonat.
Kein Fehler der Klasse 2 in der Servicezeit 1	– Verfügbarkeit ohne Fehler der Klasse 2: 95 % pro Kalendermonat – Reaktionszeit bei einem solchen Fehler: 1 Stunde Entstörzeit bei einem solchen Fehler: 5 Stunden	Pro Stunde ... % der Gesamtvergütung nach Anlage Vergütung für den jeweiligen Kalendermonat.
Kein Fehler der Klasse 1 Servicezeit 2	– Verfügbarkeit ohne Fehler der Klasse 1: 97 % pro Kalendermonat – Reaktionszeit bei einem solchen Fehler: 4 Stunden Entstörzeit bei einem solchen Fehler: 8 Stunden	Pro Stunde ... % der Gesamtvergütung nach Anlage Vergütung für den jeweiligen Kalendermonat.

²⁶ OLG Köln, Urt. v. 31.1.2003 – 19 U 151/02; Christensen, Rz. 5.

²⁷ Vgl. Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.6 § 8 m.w.N.

IT-Einkaufsbedingungen

Leistungsziel	Anforderung	Folgen der Nichteinhaltung
Kein Fehler der Klasse 2 in der Servicezeit 2	– Verfügbarkeit ohne Fehler der Klasse 2: 95 % pro Kalendermonat – Reaktionszeit bei einem solchen Fehler: 4 Stunden Entstörzeit bei einem solchen Fehler: 16 Stunden	Pro Stunde ... % der Gesamtvergütung nach Anlage Vergütung für den jeweiligen Kalendermonat.

- ▷ *Verfügbarkeit: Der Dienst wird ohne Fehler der Klasse 1 und der Klasse 2 erbracht.*
- ▷ Fehlerklassen: (Definition s. oben)
- ▷ Servicezeit 1: Werktage am Sitz des Auftraggebers, 8.00 Uhr–17.00 Uhr
- ▷ Servicezeit 2: Außerhalb der Servicezeit 1
- ▷ Reaktionszeit: Zeit zwischen Bemerken des Fehlers beim Dienstleister (spätestens Zugang der schriftlichen Störungsmeldung) und schriftlicher Nachricht an den Auftraggeber, dass mit der Fehlerbeseitigung begonnen wurde.
- ▷ Entstörzeit: Zeit zwischen Bemerken des Fehlers beim Dienstleister (spätestens Zugang der schriftlichen Störungsmeldung) und Beseitigung des Fehlers oder Herabstufung des Fehlers in eine niedrigere Fehlerklasse.
- ▷ Die Folgen der Nichteinhaltung werden für jede angebrochene Stunde berechnet, in welcher entweder die Verfügbarkeit unterschritten oder die Reaktionszeit oder die Entstörzeit überschritten ist. Für eine Störung fällt die Vertragsstrafe nur einmal an.
- ▷ Die Vertragsstrafe ist auf Schadensersatzansprüche nicht anzurechnen.²⁸

Die letzte Regelung ist zu kommentieren: Die Leistungsstörung verursacht dem Auftraggeber erheblichen Aufwand, der kaum in einen bezifferbaren Schaden umgesetzt werden kann (Ablaufstörungen, Verlust an Arbeitszeit der Mitarbeiter, Unzufriedenheit der Kunden usw.). Deshalb ist die in §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB vorgesehene Anrechnung von Vertragsstrafe und Schadensersatz nicht angezeigt.

4. Schadens- und Aufwendungsersatz

Einen Bedarf zur Verbesserung der schadensrechtlichen Position des Bestellers in AEB sehe ich nicht. Eine Garantiehaftung wird in AGB nur für wenige Situation in Frage kommen (vgl. II. 2).

Wer mit AEB rasch zu einem fairen Interessenausgleich mit dem Anbieter kommen will, wird den eigenen Schadensersatzanspruch begrenzen müssen (vgl. I.2)²⁹.

Gelegentlich liest man AEB-Klauseln, wonach der Besteller bei Leistungsstörungen Anspruch auf Erstattung seiner internen Aufwendungen hat. Der umgekehrte Fall (Aufwendungsersatzanspruch des Lieferanten, wenn sich nach einer Störungsmeldung kein Mangel des Liefergegenstandes finden lässt) ist vom BGH entschieden.³⁰ Der Besteller haftet nur schadensrechtlich, also nur dann, wenn er die Irrtümlichkeit seiner Mangelrüge erkennen konnte. Das gilt umgekehrt für Aufwendungen des Bestellers. Sie sind schadensrechtlich zu regulieren und bedürfen somit keiner Regelung.

²⁸ Vgl. Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.7 Anm. 45.

²⁹ Die Haftungsbegrenzungen in den EVB-IT-Mustern gehen m. E. deutlich zu weit.

³⁰ BGH v. 23.1.2008 – VIII ZR 246/06, CR 2008, 278.

Eine Klausel zur Pauschalierung des Aufwandes wird analog § 309 Nr. 5 BGB zu werten sein, also in der Praxis nicht viel bringen.

IV. Kauf von Standardsoftware

1. Vertragsgegenstände

a) Auslieferung

Zur Auslieferung der Software findet man beispielsweise folgende Klausel:

„Das Computerprogramm ist auf Datenträgern auszuliefern. Das Handbuch ist auf Papier auszuliefern und zwar ein Exemplar pro Arbeitsplatz.“

Weil die Weiterveräußerung des Original-Datenträgers mit der Software nicht den möglicherweise nur schwer erfüllbaren Voraussetzungen aus der *UsedSoft*-Rechtsprechung unterliegt, bleibt das Interesse des Käufers an diesem Original-Datenträger valent.

Inzwischen überraschend erscheint die Klausel, nach der das Handbuch auf Papier und in gegebenenfalls hoher Stückzahl auszuliefern ist. Darauf ist kein Softwarehaus mehr eingerichtet; das Handbuch darf elektronisch überlassen werden. Entgegenstehende Klauseln sind unwirksam.

b) Ausdehnung der Lieferpflicht

Wenn der Käufer nicht eine unternehmensweite Lizenz erwirbt, hat er in Bezug auf seine Nutzungsbefugnis (Beispielsweise die Anzahl der User) Bedarf an Nachbestellungen.

Klauselvorschlag:

„Der Käufer kann ab der Erstlieferung noch ... Jahre weitere Concurrent-User-Lizenzen zum dann geltenden Listenpreis abzgl. des heute vereinbarten Rabattes nachbestellen.“

Wo das Softwarehaus (wie üblicherweise) Monopolist für die Nachbestellung solcher Rechte ist, ist eine solche Optionsmöglichkeit sachgerecht.

Die dauerhafte Rabattierung berücksichtigt, dass das Softwarehaus in diesen Fällen keinen Vertriebsaufwand mehr hat.

Die *Dauer des Optionsrechts* ist nicht ohne Problem. Ein Zeitraum von zwei Jahren ist unproblematisch. Ein Zeitraum von fünf Jahren wird zu lang sein. Denn an die neue Auslieferung schließt sich eine neue Gewährleistungszeit an, so dass das Softwarehaus zu seiner Überraschung noch in sieben Jahren Service für diese Software leisten muss, was möglicherweise außerhalb der Unternehmensplanung liegt.

c) Recht auf Leistungsänderung

Der Erwerb von Standardsoftware ist häufig Teil eines Softwareprojektes, bei welchem der Auftraggeber individuelle Änderungen und Ergänzungen wünscht. Gegenüber den Festlegungen beim Vertragsabschluss gibt es hier stets Abweichungen und Zusätze („Change Request“).

Das OLG Hamburg³¹ hat folgende (hier knapp zusammengefasste) Klausel gebilligt:

³¹ OLG Hamburg, Urt. v. 29.10.2009 – 6 U 253/08, vom BGH bestätigt. Die vollständige Klausel lautet: „Der Auftraggeber behält sich vor, zu je-

IT-Einkaufsbedingungen

„Der Auftraggeber behält sich vor, zu jeder Zeit Änderungen oder Zusätze zur Spezifikation zu bestimmen. Sofern Änderungen oder Zusätze zu Beeinträchtigungen von Preis oder Lieferzeit führen, werden Auftraggeber und Auftragnehmer einvernehmlich über entsprechende Anpassungen des Vertrages bestimmen.“

Im Streitfall ging es um die Herstellung eines Bauwerks. Die Situation ist mit einem Software-Projekt vergleichbar: Der Lieferant kann die Leistungsänderung oder -mehrung typischerweise ohne größere Probleme durchführen, aber nur er kann sie sinnvoll durchführen.

Ich halte auch ohne eine solche Klausel ein Recht des Auftraggebers für gegeben, im Rahmen der Zumutbarkeit geänderte und neue Anforderungen in das Projekt einzubringen. Alles andere führt dazu, dass nicht brauchbare Software gebaut wird. Die gelegentlich veröffentlichte Auffassung, der Auftraggeber habe prinzipiell kein Änderungsrecht, verkennt, dass die Partner eines Projektvertrages in einem engen Vertrauensband stehen, dass also die Pflicht „zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils“ (§ 241 Abs. 2 BGB) von hoher Bedeutung ist und dass der Auftraggeber auf den Ersteller der Software zwingend angewiesen ist.

Statt der unklaren Klausel, dass die Vertragspartner Preis und Lieferzeit „einvernehmlich bestimmen“ werden, sollte man die Kalkulation des Vertrages auch für den Fall von Change Requests gelten lassen.

Zur Bemessung der zusätzlichen Lieferzeit (also des Ausmaßes der Projektverzögerung) kommen nicht viele Möglichkeiten in Betracht:

- ▷ Eine einseitige Bestimmung durch den Besteller scheidet in AEB aus. Man kann dem Besteller ein Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen geben (§ 315 BGB), erzielt aber damit keine Klarheit.
- ▷ Eine Bestimmung durch das Softwarehaus führt dazu, dass das Softwarehaus aus dem typischerweise zu engen Zeitplan ausweichen kann.
- ▷ Als zeitnahe Lösung bleibt nur die Einschaltung eines Schiedsgutachters (§ 317 BGB), was allerdings nur helfen wird, wenn er das Projekt gut kennt.

d) Belieferung mit anderen Gegenständen

In AEB liest man oft die folgende oder eine vergleichbare Klausel:

„Der Käufer hat das Optionsrecht, auch andere Softwareprogramme des Softwarehauses zu erwerben.“

In der Praxis ist die Klausel oft erweitert um Regeln zur Preisbildung und zum Optionszeitraum.

Generell ist die Klausel als überraschend (§ 305c Abs. 1 BGB) zu beurteilen, also als unwirksam. Durch Hinweise auf die Klausel oder durch Gestaltung des Vertrags als offener Rahmenvertrag kann der Besteller dieses Problem vermeiden.

der Zeit Änderungen oder Zusätze zum Vertrag, zu Plänen und/oder zur Spezifikation zu bestimmen, vorausgesetzt, dass diese Änderungen oder Zusätze nicht zu Änderungen in Preis, Lieferzeit und/oder wesentlichen Eigenschaften des Lieferanteils des Auftragnehmers führen. Sofern Änderungen oder Zusätze zu Beeinträchtigungen von Preis, Lieferzeit und/oder wesentlichen Eigenschaften des Lieferanteils führen, werden Auftraggeber und Auftragnehmer einvernehmlich über entsprechende Anpassungen des Vertrages bestimmen.“

e) Weitere Dienstleistungen

Der Käufer weiß bei der Bestellung möglicherweise noch nicht, ob und in welchem Umfang er Dienstleistungen benötigen wird oder beziehen möchte.

Klauselvorschlag:

„Das Softwarehaus ist für die Dauer von drei Monaten ab dem Vertragsabschluss verpflichtet, auf Wunsch des Auftraggebers einen Vertrag über weitere Dienstleistungen (z.B. Installation, Parametrisierung, Schulung) und einen Vertrag über Softwarepflege zu den heute beim Softwarehaus geltenden Bedingungen zu schließen.“³²

Weil die Optionsfrist kurz ist, ein innerer Zusammenhang zwischen der Anfangsbestellung und den Dienstleistungen besteht und der Auftraggeber auf die Dienstleistungen angewiesen ist, halte ich die Klausel für wirksam. Das gilt jedenfalls, wenn das Softwarehaus (wie dies meist der Fall ist) solche Leistungen standardmäßig anbietet.

f) Qualität der Vertragsgegenstände

Eine Ausdehnung des gesetzlichen Mangelbegriffs ist unnötig.

Garantien im Sinne verschuldensfreier Haftung sind mit guter Wahrscheinlichkeit unwirksam (vgl. III.2.b) oben). Haltbarkeitsgarantien (also unselbständige Garantien) sind bei Software unzulässig, weil Software nicht altert.

Liefer-AGB enthalten häufig Qualitätseinschränkungen, die in Widerspruch zu § 434 BGB stehen. Dem Auftraggeber genügt die gesetzliche Qualitätszusage. Ein Interesse besteht deshalb nur darin, Beschränkungen abzuwehren. Folglich genügt eine AGB-Kollisions-Klausel.

2. Rechte des Käufers an der Software

Der Käufer hat folgende Ziele:

- ▷ Er will die Software umfassend im ganzen Bereich der verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) einsetzen.
- ▷ Er will frei entscheiden, welches dieser Unternehmen den zentralen Betrieb der Software durchführt.
- ▷ Er will den Betrieb der Software in gleich welcher Weise auf einen Dritten auslagern dürfen (z.B. durch Outsourcing oder Hosting).
- ▷ Er will die Software nach dem jeweiligen Stand der Technik nutzen, auch wenn hierdurch neue Nutzungsarten betroffen sind.

Die gesetzliche Situation ist dem Erwerber, dem das Softwarehaus typischerweise die eigenen beschränkenden AGB vorlegt, nicht günstig. Das Urheberrecht hat die Tendenz, beim Urheber zu bleiben. Deshalb ist dem Erwerber nicht damit gedient, dass die Nutzungsrechtsklauseln sowohl in den AGB als auch in den AEB unwirksam sind. Der beste Weg ist die Vereinbarung des Vertragszwecks für das Volumen der Nutzung³³. Die Festlegung des Vertragszwecks ist AGB-rechtlich nur über das Überraschungsverbot (§ 305c Abs. 1 BGB) und das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) kontrollfähig.

Klauselvorschlag:

„Der Betrieb der Software darf für den Käufer und die mit ihm verbundenen Unternehmen (vgl. § 15 AktG)

³² Vgl. Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.2 § 2 Abs. 3.

³³ Übertragungszwecktheorie, § 31 Abs. 5 UrhG; vgl. auch den Wortlaut des § 69d Abs. 1 UrhG: „Bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms“.

IT-Einkaufsbedingungen

durch eines dieser Unternehmen durchgeführt werden.

Der Käufer darf die Software – zusätzlich zur Eigennutzung – den mit ihm verbundenen Unternehmen zur dort eigenen Nutzung nach den Regeln dieses Vertrages überlassen und die Software für diese Unternehmen einsetzen. Dieses Nutzungsrecht ist temporär; es endet drei Kalendermonate nach dem Zeitpunkt, zu dem der Käufer und das nutzende Unternehmen nicht mehr miteinander verbunden sind.

Der Käufer darf den Betrieb der Software durch ein drittes Unternehmen durchführen lassen (z.B. als Outsourcing oder Hosting). Der Käufer unterrichtet das Softwarehaus hierüber im Voraus schriftlich und legt dem Softwarehaus auf dessen Anforderung die Erklärung des Dritten vor, dass die Software geheim gehalten und ausschließlich für Zwecke des Käufers und der mit ihm verbundenen Unternehmen genutzt wird.³⁴

Der Käufer darf die Software Dritten zur Fehlerbeseitigung überlassen. Er darf die Software einschließlich der schriftlichen Unterlagen Dritten zur Schulung der Mitarbeiter des Käufers und der mit ihm verbundenen Unternehmen überlassen.

Die Rechtseinschränkung umfasst insbesondere die Rechte der Vervielfältigung, der Bearbeitung in jeder Weise einschließlich der Fehlerbeseitigung, der Vermietung im Rahmen der oben genannten Zwecke und Regeln und insgesamt alle Nutzungsmöglichkeiten, die dem jeweiligen Stand der Technik entsprechen. Eingeräumt sind dementsprechend auch heute unbekannt Nutzungsarten. Insofern hat das Softwarehaus für Rechtseinschränkungen seitens der Urheber zu sorgen. Das Softwarehaus hält den Käufer von eventuellen Ansprüchen der Urheber nach §§ 31a Abs. 2, 32 a UrhG frei.³⁵

Der Käufer darf Sicherungskopien entsprechend einer Nutzung nach dem jeweiligen Stand der Technik erstellen.

Der Käufer darf das Benutzerhandbuch und andere Informationen ausdrucken und kopieren und auch den verbundenen Unternehmen zur Verfügung stellen.“

3. Weiterveräußerung der Software

Das jüngste *UsedSoft*-Urteil des BGH³⁶ brachte einige praktische Klärungen:

- ▷ Das Recht zur Weiterveräußerung gilt auch in Bezug auf Verbesserungen und Aktualisierungen der Software³⁷.
- ▷ Der Ersterwerber muss seine Kopie unbrauchbar gemacht haben. Hierzu kommentiert *Marly* richtig, dass der Ersterwerber auch seine zahlreichen Sicherungs- und Archivkopien unbrauchbar gemacht haben muss und dass er und der Nacherwerber insofern die Darlegungs- und Beweislast tragen³⁸. Wie dieser Nachweis erbracht werden kann, ist unklar. Die Auffassung des OLG Frankfurt³⁹ ist m.E. deutlich zu luftig. Eine vom Zwischenhändler erstellte Urkunde ist

nur eine parteiliche Meinungsäußerung. EuGH und BGH verlangen den technischen Vorgang der Löschung. Was ein Notar in diesem Zusammenhang bestätigen soll, ist unerfindlich.

Software wird in Unternehmen jahrzehntelang genutzt. Nach *besten Praxis* wird die Software getrennt von Daten und nur bei Bedarf gesichert, so dass nicht eine unbekannte Vielzahl von Kopien der Software auf einer Vielzahl von Datenträgern ist. Aber diese Praxis ist *nicht die Regel*. Üblicherweise wird kaum jemand die Löschung sämtlicher Kopien bestätigen können. Die Lücke muss deshalb vertraglich geschlossen werden, sonst scheitert der Weiterverkauf von Software.

Klauselvorschlag:

Der Käufer darf die erworbene Software im jeweiligen, insbesondere aufgrund von Softwarepflege und Gewährleistung vorliegenden Stand mit den ihm an der Software eingeräumten Befugnissen und Nutzungsbeschränkungen veräußern. Er zeigt dem Softwarehaus die Veräußerung schriftlich an und gibt den Erwerber bekannt. Die Veräußerung an den Dritten setzt voraus, dass der Käufer sämtliche Kopien der Software löscht.

Statt der Löschung sämtlicher Kopien der Software kann der Käufer folgende Erklärung vorlegen: „Wir haben sämtliche erreichbaren Kopien der Software gelöscht. Wir bestätigen, dass uns an der Software kein Nutzungsrecht mehr zusteht. Wir gestatten dem Softwarehaus angemessene Kontrollen in unseren Räumen und auf unseren IT-Geräten. Für den Fall, dass die uns überlassene Software dennoch durch uns genutzt wird, verpflichten wir uns zu einer Vertragsstrafe in Höhe des dreifachen Lizenzpreises, wie er beim Softwarehaus zum Zeitpunkt des Verstoßes gilt.“

Weil dem Nutzer weder die komplette Löschung aller Kopien noch ein entsprechender Beweis möglich sind, gewährt er dem Softwarehaus eine Prüfmöglichkeit und gibt ein verschuldensfreies hohes Vertragsstrafe-Verprechen.

4. Änderungen und Ergänzungen der Software

Viele Softwarehäuser statuieren in den eigenen AGB, dass ihnen die Rechte an den für den Käufer erstellten Änderungen und Ergänzungen der Standardsoftware einschließlich des Rechts zur Weitergabe an andere Nutzer exklusiv zustehen und dass der Käufer lediglich ein einfaches Nutzungsrecht hat. Da die Änderungen und Ergänzungen häufig Know-how des Käufers enthalten, wird er eine solche Weitergabe verhindern wollen⁴⁰.

Außerdem will der Käufer gesichert sein, dass Änderungen und Ergänzungen keinen Zusatzaufwand erforderlich machen, wenn die Standardsoftware sich ändert.

Klauselvorschlag:

„An Änderungen und Ergänzungen der Software, die das Softwarehaus für den Käufer erstellt, erwirbt der Käufer dieselben Rechte wie an der Standardsoftware, jedoch exklusiv.“

Die Änderungen und Ergänzungen sind so zu erstellen, dass sie die volle Funktionstätigkeit auch dann behalten, wenn sich die Standardsoftware ändert. Soweit dies nicht möglich ist, führt das Softwarehaus die notwendi-

³⁴ Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.2 Anm. 14.

³⁵ Vergütungsfragen im Bereich der §§ 31a, 32a UrhG in der Handelskette sind urheberrechtlich noch nicht geklärt; vgl. Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 10. Aufl., § 31a Rz. 61, 62 m.w.N. Zur Rechtsmängelhaftung in AEB vgl. auch Bartsch, CR 2005, 9 bei III.2.

³⁶ BGH v. 17.7.2013 – I ZR 129/08, CR 2014, 168.

³⁷ Hierzu *Marly*, CR 2014, 147 bei III 4.

³⁸ *Marly*, CR 2014, 145 bei III 1, 5; Leitsatz Nr. 2 des BGH-Urteils.

³⁹ OLG Frankfurt v. 18.12.2012 – 11 U 68/11, CR 2013, 148 – Rz. 47 mit Zustimmung *Marly*, CR 2014, 146 bei III 5.

⁴⁰ Vgl. hierzu Bartsch, CR 2012, 141 bei I.

IT-Einkaufsbedingungen

gen Anpassungen auf eigene Kosten durch. Diese Pflicht endet, wenn der Käufer den Softwarepflegevertrag ordentlich kündigt.“

Wenn der Käufer eine solche Regelung nicht durchsetzen kann, tut er gut daran zuzustimmen, dass die für ihn individuell erstellten Funktionalitäten in die Standardsoftware aufgenommen werden, damit für die Pflege auch dieser Softwareteile gesorgt ist. Gegebenenfalls sind für Wettbewerber des Käufers Weitervergabeverbote in Bezug auf diese Softwareteile zu vereinbaren.

V. Miete von Standardsoftware

1. Miete und Pflege

Der Mieter braucht typischerweise die Leistungen der Softwarepflege. Die Bereiche Fehlerbeseitigung und anpassende Fortentwicklung sind mit der Instandhaltungspflicht des Vermieters (§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB) abgedeckt. Aber die Lieferung neuer Funktionen und die Hotline gehen darüber hinaus.

Der Nutzer sollte die Nutzungsmöglichkeit und die Pflege der Software in einen Mietvertrag mit erweiterter Instandhaltungs- und Servicepflicht bringen.

2. Rechte an der Software

Zu den Vorteilen des Mietvertrages gehört, dass ein variables Nutzungsvolumen gegen einen variablen Preis zur Verfügung gestellt werden kann.

Klauselvorschlag:

„Der Mieter kann jederzeit weitere Concurrent-User-Rechte hinzumieten. Als zusätzliche Miete gilt die im vorliegenden Mietvertrag vereinbarte Durchschnittsmiete pro Concurrent-User.“

Der Mietzins pro User ist ab Beginn des Mietvertrags für zwei Jahre fest. Er ändert sich für die Zeit danach auf der Grundlage der dann beim Softwarehaus geltenden Preisliste für eine Installation der Größe der Installation des Mieters entsprechend der Entwicklung dieser Preisliste, jedoch nicht über jährlich ... % hinaus. Der Mieter kann frühestens zum Ablauf von ... Monaten (z.B. 36) die Installation durch Teilkündigung verkleinern. Die Reduktion des Mietzinses erfolgt linear zur Anzahl der User.“

3. Vertragsdauer

Die Interessenlage der Vertragspartner in Bezug auf die Vertragsbeendigung ist sehr unterschiedlich:

- ▷ Der Vermieter wünscht zwar eine lange Bindungszeit des Mieters, braucht sie aber nicht notwendig. Auch die Länge der Kündigungsfrist ist für den Vermieter nicht von großer Bedeutung.
- ▷ Der Mieter ist auf die jahrelange Nutzungsmöglichkeit der Software angewiesen, will also die ordentliche Kündigung seitens des Softwarehauses langfristig ausschließen. Für den Fall einer Kündigung seitens des Softwarehauses braucht er eine lange Frist zur Umstellung auf andere Software. Er ist aber selbst an einer kurzfristigen Kündigungsmöglichkeit interessiert.

Da die Interessenlage asymmetrisch ist, sind asymmetrische Kündigungsregeln sachgerecht. Aber um den Einwand der Überraschung vorzubeugen, sollten diese Re-

gelungen nicht in den AGB versteckt sein. Das Softwarehaus muss sie zweifelsfrei wahrgenommen haben.

Klauselvorschlag:

„Der Mieter kann den Vertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Kalendermonatsende kündigen, frühestens zum Ablauf von

– ... Monaten/Jahren.

Der Vermieter kann den Vertrag mit einer Frist von zwölf Monaten zum Kalendermonatsende kündigen, frühestens zum Ablauf von

– ... Jahren.“⁴¹

Laut § 580a Abs. 3 Nr. 2 BGB kann der Vertrag mit einer Frist von drei Tagen gekündigt werden. Nirgends ist die Diskrepanz zwischen der wirtschaftlichen Notwendigkeit und dem Gesetz so groß. Obwohl die vorgeschlagene Jahresfrist den gesetzlichen Zeitraum um das 120-fache überschreitet, ist die Klausel wirksam.

4. Insolvenz des Softwarehauses

Der Insolvenzverwalter hat ein Sonderkündigungsrecht (§ 103 InsO) und kann hohen Druck auf den Mieter ausüben. Laut BGH CR 2006, 151 ist ein vorweg vereinbarter Rechtsübergang zulässig, aufschiebend bedingt auf die Ausübung eines Kündigungsrechts.

Klauselvorschlag:

„Das Softwarehaus räumt hiermit dem Mieter am jeweils neuesten, ihm überlassenen Stand der Software die Rechte nach § ... als dauerhafte, nicht kündbare Rechte ein. Insofern schließen die Vertragspartner hiermit einen dementsprechenden Kaufvertrag über die Software. Die Rechtseinräumung ist aufschiebend bedingt auf eine Kündigung des Vertrages seitens des Softwarehauses oder eine Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund seitens des Mieters; die Bedingung tritt mit Wirksamkeit der Kündigung ein.“

Der Mieter ist berechtigt, vom Kauf und der Übertragung mit einer Frist von drei Monaten nach Eintritt der in Abs. 1 genannten Bedingung durch schriftliche Erklärung zurückzutreten.

Als Kaufpreis zahlt der Mieter das Dreifache der bei Fälligkeit des Kaufpreises geltenden Jahresmiete. Der Kaufpreis ist mit Ablauf der Frist nach Abs. 2 fällig.“⁴²

Die Klausel nimmt den insolvenzrechtlich besseren Weg, dass der Kaufvertrag schon geschlossen ist, gibt aber dem Mieter das Recht, sich von diesem Vertrag durch Rücktritt zu lösen.

VI. Softwarepflege

1. Leistungen

Weder in der technischen noch in der juristischen Literatur gibt es eine anerkannte Aussage, welche Leistungen mit „Softwarepflege“ gemeint sind. Es besteht aber wohl Konsens darüber, dass die Benutzbarkeit der Software erhalten bleiben muss.⁴³ Hierzu gehören:

- ▷ Beseitigung von Fehlern;
- ▷ Anpassung an geänderte Bedingungen der Software-Umgebung (z.B. geänderte Systemsoftware);

⁴¹ Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.6 § 7.

⁴² Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.6 § 6.

⁴³ Vgl. Bartsch, NJW 2002, 1526 bei II 1–3.

Computerrecht

- ▷ Anpassung an allgemein geänderte Anforderungen (z.B. Änderung der Anwaltssoftware bei Änderung des Gebührenrechts).⁴⁴

Der Auftraggeber sollte folgende Leistungsbeschreibung anstreben:

Klauselvorschlag:

„Das Softwarehaus erbringt folgende Leistungen:

- ▷ **Fortentwicklung**
Das Softwarehaus entwickelt die Software in Bezug auf Qualität und Modernität fort, passt sie an geänderte Anforderungen an und beseitigt Fehler. Das Softwarehaus stellt dem Auftraggeber die neue Version der Software zur Verfügung.
- ▷ **Störungshilfe**
Das Softwarehaus unterstützt den Auftraggeber durch Hinweise zur Fehlervermeidung, Fehlerbeseitigung und Fehlerumgehung (Hotline).
- ▷ **Alle Leistungen werden nach dem jeweils aktuellen Stand der Technik erbracht.**⁴⁵

⁴⁴ Bommer/Spindler/Barr, Softwarewartung, 2008, S. 34.

⁴⁵ Bartsch in Beck'sches Formularbuch, III.G.3 § 2; NJW 2002, 1526 ff.

2. Leistungsstörungen

Die Bündelung unterschiedlicher Leistungen entzieht sich einer einheitlichen Einstufung in das System der BGB-Vertragstypen:

- ▷ Die Überlassung des neuen Programmstands ist, wie bei einem Zeitschriften-Abonnement, vertragstypologisch ein *Kauf*⁴⁶.
- ▷ Die Hotline wird man *dienstvertraglich* einordnen.
- ▷ Die konkrete Fehlerbeseitigung wird man *werkvertraglich* einordnen.

Der Nutzer kann allerdings nicht wissen, aus welchem Bereich die Störung kommt. Er braucht ein einheitliches Leistungsstörungenrecht, das die Komponenten Nacherfüllung, Minderung, Vertragsstrafe und Schadensersatz umfasst. Das Thema ist in III.3. oben erörtert.

3. Vertragsdauer

Die Probleme der Vertragsdauer sind bei V.3. oben besprochen.

⁴⁶ Urheberrechtlich liegt Miete vor; vgl. Bartsch, CR 2012, 141 bei III 1.

Rechtsprechung zum Computerrecht

BGH: Anforderungen an Verpflichtung von Vertragshändlern zur Übergabe von Kundendaten an Hersteller

HGB § 89b

Leitsatz

Ein Ausgleichsanspruch in entsprechender Anwendung des § 89b HGB steht dem Vertragshändler 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 (Fortführung von BGH, Urt. v. 17.4.1996 – VIII ZR 5/95, MDR 1996, 1122 = NJW 1996, 2159).

BGH, Urt. v. 5.2.2015 – VII ZR 315/13
(OLG München, Urt. v. 31.7.2013 – 7 U 516/13; LG München I, Urt. v. 28.1.2013 – 15 HKO 29536/11)

Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger nimmt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der K. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) die Beklagte auf Zahlung von Ausgleich entsprechend § 89b HGB in Anspruch.

[2] (...) Am 2.6./1.7.2003 schlossen die Schuldnerin und die Beklagte einen (...) Vertragshändlervertrag sowie eine gesonderte Vereinbarung zur Überlassung von Kundendaten für Zwecke der Kundenbetreuung durch die Beklagte und zur Marktforschung (im Folgenden: KBP-Vereinbarung). (...)

[3] Die KBP-Vereinbarung enthält unter I u.a. folgende Bestimmungen: „... 2. Zur Durchführung der ... Kundenbetreuung so-

wie zu Marktforschungszwecken wird der Händler die Personen-, Firmen- und Fahrzeugdaten von ... Kunden und Interessenten für neue ... Automobile, Vorführfahrzeuge und Dienstwagen einschließlich aller notwendigen Betriebsdaten laufend an B. (Anm.: die Beklagte) übermitteln. ... 5. Die Teilnahme des Händlers an der ... Kundenbetreuung endet durch Beendigung des ... Händlervertrags (...). 6. Vorbehaltlich der nachstehend unter Abschnitt II getroffenen Regelungen wird B. nach Beendigung der Teilnahme des Händlers an der ... Kundenbetreuung die vom Händler überlassene Daten sperren, ihre Nutzung einstellen und auf Verlangen des Händlers löschen.“

[4] Abschnitt II der Vereinbarung hat auszugsweise folgenden Wortlaut: „II. Ankauf von Kundendaten durch B. 1. B. bietet dem Händler hiermit an, seine vollständigen ... Kunden- und Interessentendaten bei endgültiger Beendigung der Zusammenarbeit auf Grundlage eines ... Händlervertrags gegen Zahlung eines pauschalen Kaufpreises anzukaufen, wenn B. dem Händler nicht nach Auslaufen des jeweils bestehenden ... Händlervertrages den Abschluss eines neuen ... Händlervertrages anbietet oder die Beendigung aus Gründen erfolgt, die von B. zu vertreten sind (...).“

[5] Das Vertragsverhältnis wurde durch außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 7.7.2008 beendet. Eine Vereinbarung über den Ankauf der Kundendaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses kam nicht zustande. (...)

Aus den Entscheidungsgründen:

[10] (...) Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte in entsprechender Anwendung des § 89b HGB verneint.

[11] 1. Dem Vertragshändler steht nach der Rechtsprechung des BGH nur dann ein Ausgleichsanspruch gegen den Hersteller oder Lieferanten (im Folgenden nur: Hersteller) in entsprechender Anwendung des § 89b HGB zu, wenn zwischen ihm und einem Hersteller ein Rechtsverhältnis besteht, das über eine bloße Verkäufer-Käufer-Beziehung hinausgeht. Der Vertragshändler muss aufgrund besonderer vertraglicher Abmachungen so in die Absatzorganisation des Herstellers eingegliedert sein, dass er wirtschaftlich in weitem Umfang Aufgaben zu erfüllen hat, die sonst einem Handelsvertreter zukom-