

Medien- und IT-Recht
06.01.2025:
Softwarerecht II
IT-Verträge

Prof. Dr. Iris Kirchner-Freis, LL.M.Eur.

Universität Bremen - WS 2024/2025

Open Source Software

- Der Nutzer darf die Software kostenlos nutzen, sofern er sich z.B. zur kostenfreien Weitergabe und Offenlegung des Quellcodes verpflichtet.
- Der Nutzer muss ggf. bei der Weitergabe auch Veränderungen und / oder Erweiterungen offenlegen.
- Es existiert keine allgemeine Open-Source-Lizenz.
- Es bestehen verschiedene Lizenzbedingungen:
 - GNU General-Public License (GPL),
 - Berkeley Software Distribution-Lizenz (BSD),
 - Mozilla-Lizenz,
 - Lesser-GPL (Sonderform der GPL für Software-Bibliotheken).

Urheberrechtliche Einordnung

Rechtseineräumung durch die GPL

- Die GPL basiert auf amerikanischem Recht.
- Die Rechte des Nutzers bei der Nutzung in Deutschland richten sich wegen des Schutzlandprinzips nach deutschem Urheberrecht.
- Die GPL gestattet die Bearbeitung, Vervielfältigung und unentgeltliche Verbreitung der Software.
 - Bedingung ist, dass ein entsprechender Copyrightvermerk, ein Haftungsausschluss und eine Kopie der GPL-Bedingungen beigelegt wird.
- Die Weitergabe muss unentgeltlich erfolgen.
 - Zulässig ist ein Entgelt für die Erstellung von Vervielfältigungsstücken und Zusatzleistungen.
- Kommerzielle Anbieter müssen den Quellcode immer weitergeben.

Haftungs- und Gewährleistungsregeln

- Die meisten Open Source Lizenzbedingungen sehen bei der kostenlosen Überlassung der Software einen umfassenden Haftungs- und Gewährleistungsausschluss vor.
 - Ansprüche wegen Rechts- und Sachmängeln gegen einen einzelnen Programmierer bzw. die Community der Programmierer bestehen damit nach den meisten Lizenzbedingungen nicht.
- Der Haftungs- und Gewährleistungsausschluss besteht dabei unabhängig davon, ob es sich um Copyleft-Lizenzen oder Non-Copy-Left-Lizenzen handelt.

Copyleft-Prinzip

- **Copy-Left-Software:** Lizenzbestimmungen, die festlegt, dass Weiterentwicklungen bzw. Bearbeitungen der Open Source Software den Open Source Software Lizenzbestimmungen zu unterstellen sind.
 - Dadurch wird verhindert, dass geänderte Programme „unfrei“ werden.
 - Strenges Copyleft: Lizenzen wie die GPL, die jegliche Bearbeitungen dem Copyleft unterstellen.
 - Beschränktes Copyleft: Lizenzen wie die Mozilla Public License (MPL), die die Unterstellung von Weiterentwicklungen der Ursprungssoftware unter abweichenden Lizenzbedingungen erlauben.
- **Non-Copy-Left-Software:** Lizenznehmer ist es überlassen, die Open Source Software in eigene Software einzufügen bzw. fortzuentwickeln und unter eigenen Lizenzbestimmungen zu vertreiben (z.B. BSD-Lizenzen).
- Kein Unterschied hinsichtlich der Regelungen zum Haftungs- und Gewährleistungsausschluss.

Rechtsprechung

- Rechtsprechung hat sich bisher mit der Frage der Wirksamkeit von Haftungs- und Gewährleistungsausschlüssen in Open Source Software Lizenzen noch nicht beschäftigt.
- Deutsche Gerichte haben bisher hinsichtlich der GPL v 2.0 und der GNU Lesser General Public License festgestellt (siehe z.B. LG Bochum Urteil vom 10.02.2011, CR 2011, 289):
 - Open Source Software Lizenzbestimmungen sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Absatz 1 BGB einzuordnen.
 - Lizenzbestimmungen gelten zwischen Rechteinhabern und Nutzer mit der Akzeptanz als vereinbart.
 - Nichteinhaltung von Lizenzbedingungen stellt eine Urheberrechtsverletzung dar.
 - Ziff. 4 GPL: Nutzungsrechte an der Software fallen an Urheber zurück bei Nichteinhaltung der Regelungen der GPL: Kein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Ziff. 1 BGB.
 - Rechtsverletzung soweit Quellcode bei Weitergabe der Software nicht offengelegt wird.

Literaturmeinung

- Umfassender Haftungs- und Gewährleistungsausschluss hat AGB-rechtliche Vorgaben zu erfüllen und verstößt gegen § 309 Nr. 8 b) aa) BGB und gegen § 307 Absatz 2 Nr. 1 BGB.
- Rechtsfolge: Klauseln in den Lizenzbestimmungen sind nichtig und werden durch gesetzliche Regelungen ersetzt.
 - Überwiegende Ansicht in der juristischen Literatur sieht den isolierten Erwerb von Open Source Software als Schenkungsvertrag gemäß § 516 ff. BGB an: Die Überlassung der Software erfolgt kostenlos.
 - Unwirksame Haftungs- und Gewährleistungsvorschriften werden durch gesetzliche Regelungen zur Schenkung ersetzt:
 - Gewährleistungsrechtliche Vorschriften: §§ 523, 524 BGB.
 - Haftungsrechtliche Vorschriften: § 521 BGB: Haftung des Schenkers für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Vertragliche Aspekte

- Softwareunternehmen, die insbesondere Eigenentwicklungen auf der Basis von Open Source Software vertreiben wollen, sollten hinsichtlich der Haftung und Gewährleistung folgendes berücksichtigen:
 - Haftungs- und Gewährleistungsregeln sollten individualvertraglich und mit Anpassung an das deutsche Recht mit dem Erwerber vereinbart werden, um das Risiko das gesetzliche Regelungen zum Schenkungsrecht zur Anwendung kommen, auszuschließen.
 - Risikovorsorge hinsichtlich Haftungs- und Gewährleistungsansprüchen durch Vorhalten eigener Programmierkenntnisse zu Open Source Software.
 - Beauftragung eines IT-Dienstleisters, der im Haftungs- und Gewährleistungsfall verantwortlich ist.
 - Softwareunternehmen sollten sicherstellen, dass wegen des Copyleft-Prinzips keine Freigabe geheimhaltungsbedürftiger Software notwendig ist.

Patentrechtlicher Schutz von Software

- Der Patentrechtsschutz geht über den Urheberrechtsschutz hinaus, indem die Funktionalität der Software geschützt wird.
- Patent- und Urheberrechtsschutz ergänzen sich also, so dass IT-Unternehmen einen umfassenden Schutz für die Software erlangen können.

Patentierbarkeit von Software

- Patentierungsausschluss für Programme für Datenverarbeitungsanlagen.
 - Nach [§ 1 Abs. 3 Nr. 3 PatG](#) werden Datenverarbeitungsprogramme nicht als Erfindung angesehen.
- Gem. [§ 1 Abs. 4 PatG](#) gilt dieser Patentierungsausschluss nur, wenn für Datenverarbeitungsprogramme als solche Schutz begehrt wird.

Erfordernis der Technizität

- Eine Software-Erfindung ist nach [§ 1 PatG](#) patentfähig, wenn die beanspruchte Lehre Anweisungen enthält, die der Lösung eines konkreten technischen Problems mit technischen Mitteln dient.

Voraussetzungen der Patentierbarkeit von Software

- Die Voraussetzungen des [§ 1 PatG](#)
 - Neuheit
 - Erfinderische Tätigkeit
 - Gewerbliche Anwendbarkeit
- Patente können für Gegenstände und auch für Tätigkeiten, die mittels eines Computerprogramms realisiert werden, erteilt werden.

Neuheit und erfinderische Tätigkeit

- Neuheit und erfinderische Tätigkeit sind in [§§ 3](#) und [4 PatG](#) geregelt.
- Der Erfindungsgegenstand darf nicht bereits bekannt sein und sich auch nicht aus dem Stand der Technik für den Durchschnittsfachmann in naheliegender Weise ergeben.
- Die Erfindung darf zum Zeitpunkt der Anmeldung nicht schriftlich, mündlich oder in sonstiger Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden sein.

Gewerbliche Anwendbarkeit

- Die gewerbliche Anwendbarkeit ist in [§ 5 PatG](#) geregelt.
- Eine Erfindung ist gewerblich anwendbar, wenn ihr Gegenstand aus irgendeinem gewerblichen Gebiet einschließlich der Landwirtschaft hergestellt oder benutzt werden kann.
 - Es ist nahezu jede Erfindung gewerblich anwendbar.

Beispiele patentierbarer Software

- Computerimplementierte Erfindungen aus dem Bereich der Steuerungs- und Regelungstechnik, wie z.B. zur Steuerung von Produktionsanlagen.
- Computer Aided Design oder Computer Aided Manufacturing für Software zum Entwurf dreidimensionaler Gegenstände am Computer und die Steuerung ihrer Produktion, wie beispielsweise einer Chipproduktion.
- Betriebssysteme, d.h. Software, welche die Funktionsfähigkeit einer Computeranlage betrifft.

Beispiele nicht patentierbarer Software

- Software zur Textverarbeitung bzw. Tabellen-kalkulation.
- Betriebs- und Verwaltungssoftware, wie beispielsweise Software zur Verwaltung von Verträgen oder Lagerbeständen.
- E-Business-Geschäftsmethoden, wie beispielsweise Amazon's „1-Click“- Patent, für das Amazon allerdings in den USA ein Patent erhalten hat.

Einführung in die klassischen Geschäftsmodelle der IT-Branche

- Entwicklung und Überlassung von Standardsoftware
- Befristete Überlassung von Software
- Entwicklung und Überlassung von Individualsoftware
- Pflege von Software
- Outsourcing

Entwicklung und Überlassung von Standardsoftware

- Standardsoftware sind Programme, die für einen großen Anwenderkreis entwickelt wurden.
- Standardsoftware wird nicht für einzelne Nutzer, sondern für die breite Masse der Softwarenutzer erstellt.
 - Standardsoftware wird in der Regel beispielsweise auf Datenträger verkauft, wie z.B. Computerspiele.
- Mindestanforderungen an Arbeitsspeicher und Festplattenplatz sprechen nicht gegen die Eigenschaft als Standardsoftware

Entwicklung und Überlassung von Standardsoftware

- Die Arten der Software-Überlassung werden zumeist dem Kauf-, dem Werkvertrag, dem Miet- oder Leasingvertrag zugeordnet.
- Entscheidend ist, ob die Software dauerhaft gegen Zahlung eines Einmalentgeltes überlassen wird oder ob der Anwender die Software nur befristet nutzen darf.
- Die Zuordnung eines Vertragstyps hat zur Folge, dass unterschiedliche Rechtsfolgen anzuwenden sind, auf deren Basis beispielsweise die Haftung des IT- Dienstleisters bestimmt wird.

Rechtliche Einordnung: Dauerhafte Überlassung

- Auf die dauerhafte oder auch endgültige Überlassung von Standardsoftware gegen die Zahlung eines Einmalentgelts finden die kaufrechtlichen Bestimmungen zumindest entsprechend Anwendung.
- Pflicht des Verkäufers ist gem. [§ 433 Abs. 1 BGB](#) die Übergabe der verkauften Software sowie die Verschaffung des Eigentums frei von Sach- und Rechtsmängeln.
- Es können sich weitere Verpflichtungen des Verkäufers ergeben, die gesonderten Regelungsbedarf begründen.

Beratungspflichten

- Den Softwarelieferanten können im Einzelfall spezifische Beratungspflichten treffen.
 - Beratungspflichten gegenüber unerfahrenen Anwendern sind höher als gegenüber einer Person mit Vorkenntnissen.
 - Softwareanbieter branchenspezifischer Softwarelösungen treffen höhere Beratungspflichten als Computer-Discounter.
 - Beim Kauf komplexer Software sollte der Funktions- und Leistungsumfang der Software gegebenenfalls in Anlagen zum Vertrag klar beschrieben werden.

Dokumentationspflichten

- Diese Pflicht ist eine Hauptpflicht des Vertrages.
- Dokumentationspflicht bedeutet, dass der Softwarelieferant dem Käufer ein Handbuch bzw. eine Betriebsanleitung liefert.
 - Einfachste Form ist die Schriftform.
 - Ein Online- Handbuch ist nur möglich, wenn dies außerhalb der AGB vereinbart wurde.
 - Für den deutschen Markt muss die Dokumentation in deutscher Sprache verfasst sein.
 - Das Handbuch eines Programms für fortgeschrittene Nutzer kann im Einzelfall auch in englischer Sprache verfasst sein.

Pflicht zur Installation und Einweisung

- Den Verkäufer treffen weder Installations- noch Einweisungspflichten, sofern dies nicht vertraglich vereinbart wurde.

Haftung

- Die Haftung bestimmt sich nach den kaufrechtlichen Vorschriften der §§ 434 ff. BGB.
- Grundvoraussetzung der Haftung nach den §§ 434 ff. BGB ist das Vorliegen eines Sach- oder Rechtsmangels.

Sachmangel

- Ein Sachmangel liegt gem. [§ 434 BGB](#) vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist.
- Ist eine Beschaffenheit nicht vereinbart, liegt ein Sachmangel vor, wenn die Sache sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte bzw. gewöhnliche Verwendung nicht eignet.
- Dazu gehören auch Eigenschaften, die der Verkäufer in der Werbung geäußert hat.
- Soweit die Leistung der Software von der Beschreibung im Pflichtenheft abweicht, liegt ein Mangel vor.

Sachmangel

- Ein Funktionsmangel liegt vor, wenn die tatsächlichen und die erwarteten Ergebnisse der Arbeit mit der Software auseinander fallen.
- Beispiele für Funktionsmängel:
 - Textverarbeitungsprogramm kann keine Umlaute drucken.
 - Vorhandensein eines Computervirus.

Sachmangel

- Ein Bedienungsmangel liegt vor, wenn ein Fehler die Benutzung des Programms erschwert oder gänzlich unmöglich macht.
- Das Programm muss eine gewisse Fehlertoleranz und Unterstützung des Anwenders bei Auftreten eines Fehlers bieten.
- Beispiele für Bedienungsängel:
 - Programm teilt nicht mit, dass eine CD im Laufwerk fehlt.
 - Programm benötigt ungewöhnlich lange Ladezeiten.

Rechtsmangel

- Gemäß [§ 435 S. 1 BGB](#) ist eine Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf diese Sache keine oder nur die im Kaufvertrag benannten Rechte geltend machen können.
- Beim Softwarekauf wird es sich bei Drittrechten regelmäßig um gewerbliche Schutz- oder Urheberrechte handeln.
- Der Softwarelieferant haftet dem Käufer wie bei einem Sachmangel.

Untersuchungs- und Rügepflicht

- Die Untersuchungs- und Rügepflicht gilt ausschließlich im B2B-Bereich.
- Gem. [§ 377 Abs. 1 HGB](#) muss ein Käufer die Software unverzüglich nach Ablieferung untersuchen und dem Verkäufer ebenso unverzüglich etwaige Mängel anzuzeigen.
- Unterlässt der Käufer dies, gilt dieser Mangel nach [§ 377 Abs. 2 HGB](#) als genehmigt.
 - Die Untersuchungsfrist ist abhängig von der Komplexität der Software.

Mängelansprüche

- Liegt ein Mangel vor, kann der Käufer nach [§§ 437 Nr.1, 439 Abs. 1 BGB](#) zunächst Nacherfüllung verlangen.
- Der Käufer hat die Wahl, ob er die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache wünscht.
- Das Wahlrecht kann vertraglich dem Verkäufer zugestanden werden.
- Der Veräußerer kann die Art der Nacherfüllung verweigern, wenn diese mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist.

Mängelansprüche

- Schlägt die Nacherfüllung fehl, kann der Käufer gem. der [§§ 437, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB](#) vom Vertrag zurücktreten oder nach [§§ 437, 441 BGB](#) den Kaufpreis mindern.
- Beim Rücktritt muss der Veräußerer den Kaufpreis erstatten.
- Der Käufer muss die Software inklusive sämtlicher Sicherungskopien zurückgeben oder die Kopien zumindest zerstören.

Mängelansprüche

- Der Käufer hat einen Anspruch auf Schadensersatz.
 - Schadensersatz statt der Leistung nach [§§ 437 Nr. 3 BGB i.V.m. §§ 280 Abs. 3, 281 BGB](#) ersetzt sämtliche Schäden, die sich aus der Mangelhaftigkeit der Software selbst ergeben.
 - Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung nach [§ 280 Abs. 1 BGB](#) umfasst nicht den im Mangel der Sache selbst liegenden Schaden, sondern den über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Vermögensnachteil des Software-Käufers wie beispielsweise Vermögensschäden und entgangener Gewinn.

Mängelansprüche

- Der Softwareanbieter kann anstatt eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß [§ 437 Nr.3 BGB](#) [i.V.m. § 284 BGB](#) Aufwendungsersatz verlangen.
- Sogenannte „frustrierte“ Aufwendungen sind beispielsweise Vertragskosten, die nutzlos aufgewendet wurden.

Mängelansprüche

- Die Mängelansprüche unterliegen der Verjährung.
- Die Ansprüche verjähren gem. [§ 438 Absatz 1 Nr. 3 BGB](#) innerhalb von zwei Jahren.
- Die Verjährungsfrist kann bei einem B2B-Geschäft vertraglich reduziert werden.
 - Derartige Vereinbarungen sind in den AGB möglich.
 - Die Frist sollte nicht unter zwölf Monate reduziert werden.

Befristete Überlassung von Software

- Die Software wird dem Anwender gegen Zahlung eines regelmäßig zu entrichtenden Entgelts zur Verfügung gestellt.
- Rechtlich stellt diese Art der Nutzungsüberlassung eine besondere Form der Miete nach den [§§ 535 ff. BGB](#) dar.

Funktionsumfang des Mietgegenstandes

- Gem. [§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB](#) muss der Vermieter die Software in einem zu dem vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und die Software während der Mietzeit instandhalten.
 - Zur Instandhaltung gehören insbesondere Updates bzw. Upgrades.
- Der Vermieter muss eine Dokumentation des Programms sowie ein Benutzerhandbuch übergeben.

Haftung

- Bei Auftreten von Mängeln hat der Mieter verschiedene Ansprüche:
 - Anspruch auf Mängelbeseitigung gem. [§ 535 Abs. 1 BGB.](#)
 - Anspruch auf Befreiung von der Pflicht zur Mietzinszahlung kraft Gesetzes gem. [§ 536 Abs. 1 BGB.](#)
 - Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. [§ 536 a BGB.](#)

Haftung

- Ist der Vermieter in Verzug mit der Mangelbeseitigung oder verweigert er diese, kann der Mieter nach [§ 536a Abs. 2 BGB](#) den Mangel selbst beseitigen und seine Aufwendungen ersetzt verlangen.
- Der Mieter kann den Vertrag gem. [§ 543 Abs. 1 BGB](#) fristlos kündigen, wenn ihm der Gebrauch der Mietsache durch den Vermieter vorenthalten wird.

Entwicklung und Überlassung von Individualsoftware

- Die rechtliche Zuordnung der Entwicklung und Überlassung von Individualsoftware ist umstritten.
- Eine Einordnung ist in Kaufvertrag, Werkvertrag oder einen Kaufvertrag mit ergänzender Anwendung einzelner Werkvertragsregeln möglich.
- IT-Dienstleister sollten sich durch Umsetzung der entsprechenden Normen bei der Vertragsgestaltung auf einen Vertragstyp festlegen.

Haftung

- Setzt man die Anwendung des Werkvertragsrechts voraus, gelten die Haftungsnormen der [§§ 634 ff. BGB](#).
- Der Begriff des Sach- und Rechtsmangels unterscheidet sich nicht von dem im Kaufrecht.

Mängelansprüche

- Die Gewährleistungsrechte im Kaufrecht und im Werkrecht sind so aneinander angeglichen, dass überwiegend auf die Darstellung zum Kaufrecht im Abschnitt zur Standardsoftware verwiesen wird.
 - Nacherfüllungsansprüche auf Mangelbeseitigung oder Neuerstellung bzw. Nachlieferung gem. [§§ 634 Nr. 1, 635 BGB](#).
 - Rücktritts- oder Minderungsrechte gem. §§ 634 Nr. 3, 636 BGB sowie Schaden- oder Aufwendungsersatzansprüche gem. [§§ 634 Nr. 3, 636 BGB](#).

Mängelansprüche

- Besonderheiten des Werkvertragsrechts:
 - Die werkvertragliche Selbstvornahme nach [§§ 634 Nr. 2, 637 BGB](#) ist im Kaufrecht nicht vorgesehen.
 - Die Selbstbeseitigung durch Dritte kann in den AGB zugunsten des Softwareherstellers ausgeschlossen werden.
 - Der Softwarehersteller kann die Nacherfüllung, d.h. die Mangelbeseitigung oder die Herstellung eines neuen Werkes, gemäß [§ 635 BGB](#) nach seiner Wahl bestimmen.

Abnahme

- Nach [§ 640 BGB](#) ist der Besteller verpflichtet die Software abzunehmen.
 - Die Abnahme kann gem. § 640 Abs. 1 S. 2 BGB nicht wegen „unwesentlicher“ Mängel verweigert werden.
 - Mit der Abnahme erlöschen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche; an deren Stelle treten Mängelansprüche.
 - Gem. § 640 Abs. 1 S. 3 BGB steht es der Abnahme gleich, wenn der Softwarehersteller dem Anwender eine Frist zur Abnahme setzt und der Anwender die Abnahme innerhalb dieser Frist nicht erklärt, obwohl er dazu verpflichtet war.
 - Der Auftraggeber der Software verliert seine Mängelansprüche im Fall der vorbehaltlosen Abnahme trotz Kenntnis eines Mangels gemäß § 640 Abs. 2 BGB weitgehend.

Herausgabe des Quellcodes

- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ohne eine vertragliche Vereinbarung eine Herausgabe des Quellcodes nicht geschuldet.
- Es sind detaillierte vertragliche Regelungen zu empfehlen, z.B.
 - Überlassung der Software ausschließlich im Objektcode.
 - Hinterlegung bei Dritten, wie beispielsweise einem Escrow-Unternehmen sowie bei Rechtsanwälten und Notaren.
 - Überlassung des Quellcodes mit eingeschränkten oder uneingeschränkten Nutzungsrechten.

Pflege und Wartung von Software

- Der Vertragstyp zeichnet sich dadurch aus, dass verschiedene Leistungen angeboten werden, welche aus rechtlicher Sicht verschiedenen Vertragstypen zugeordnet werden können.
- Typische Inhalte eines Pflegevertrages sind die Zurverfügungstellung einer Hotline und das Einrichten eines Fehlerbeseitigungsservices per Fern- oder Remotezugriff.
 - Z.B. Wartungsverträge, Supportverträge, „Help Desks“.
- Die rechtliche Einordnung dieses Vertragstyps ist gesondert für jeden Leistungsgegenstand zu bestimmen.

Rechtliche Einordnung

- Ist ein Erfolg geschuldet, ist ein Werkvertrag gem. [§ 631 BGB](#) gegeben.
 - Z.B. bei einer Fehlerbeseitigungspflicht des Herstellers.
- Ist die Leistung tätigkeitsorientiert und nicht auf einen Erfolg gerichtet, findet Dienstvertragsrecht gem. [§ 611 BGB](#) Anwendung.
 - Z.B. das Zurverfügungstellen einer Hotline.
- Es ist zu berücksichtigen, dass der Pflegevertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, so dass analog Mietrecht Anwendung findet.

Haftung

- Die Haftung des IT-Dienstleisters für fehlerhafte Werkleistungen bestimmt sich im Rahmen des Werkvertragsrechts nach [§§ 634 ff. BGB](#).
- Es ist zu berücksichtigen, dass der Pflegevertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, sodass analog Mietrecht Anwendung findet.
 - So kommt beispielsweise bei einer gravierenden Pflichtverletzung eine außerordentliche Kündigung des Pflegevertrages aus wichtigem Grund in Betracht.
 - Der IT-Anwender besitzt ein ordentliches Kündigungsrecht.
 - Daher sollten vertragliche Regelungen zur ordentlichen Kündigung mit Fristen und festen Vertragslaufzeiten festgelegt werden.

Outsourcing

- Der IT-Dienstleister stellt marktgängige Standardsoftwareanwendungen oder speziell für den Zweck des Outsourcing entwickelte Softwareanwendungen auf einem Server oder in einem Rechenzentrum für eine begrenzte Zeit über das Internet oder andere elektronische Netze zur Nutzung bereit.
- Die Software verbleibt während der Nutzungsdauer auf dem Rechner des IT-Dienstleisters.
- Der Kunde führt die in der Software enthaltenen Funktionen selbst aus oder lässt diese von dem IT-Dienstleister als funktionsbezogene Auftragsdatenverarbeitung ausführen.
- Es findet keine Speicherung der Software im Arbeitsspeicher des Softwareanwenders statt.
- Der IT-Dienstleister übernimmt in der Regel die Softwarepflege, Updates, Datensicherung und stellt Speicherplatz zur Verfügung.

Rechtliche Einordnung

- Der ASP-Vertrag/Outsourcing-Vertrag ist ein zusammengesetzter Vertrag, bei dem jeder Vertragsteil nach dem auf ihn passenden Vertragstypus zu beurteilen ist, soweit dies nicht im Widerspruch zum Gesamtvertrag steht.
 - Überwiegend wird ein Mietvertrag angenommen, der die entgeltliche Gebrauchsüberlassung einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zum Gegenstand hat.
 - Es steht nicht entgegen, dass in dem ASP-Vertrag/Outsourcing-Vertrag weitere Leistungen wie Softwarepflege, Updates, Datensicherung und Datahosting vereinbart werden.

Haftung

- Die Bereitstellung der Software als vertragliche Hauptleistung ist dem Mietrecht zuzuordnen.
- Die [§§ 536 ff. BGB](#) legen für den IT-Dienstleister eine sehr strenge mietvertragliche Haftung fest.
 - Durch das Minderungsrecht gem. [§ 536 BGB](#) verringert sich die vom IT-Anwender zu zahlende Vergütung automatisch um den Betrag, durch den die vertragsgemäße Nutzung eingeschränkt wird.
 - Gem. [§ 536 a BGB](#) steht dem Softwareanwender ein Schadensersatzanspruch zu, wenn die Software bei einzelnen Zugriffen nicht verfügbar ist oder nicht die vertraglich vereinbarte Funktionalität aufweist.
 - Der IT-Dienstleister hat für anfängliche, d.h. bei Vertragsschluss vorliegende Mängel unabhängig von einem Verschulden einzustehen.

Haftung

- Es besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht des Anwenders gem. [§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#), wenn dem IT-Dienstleister bei Nichtverfügbarkeit der Software bzw. des Nichtvorhandenseins der vertraglich vereinbarten Funktionalitäten eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt wurde und diese erfolglos abgelaufen ist.
- Gemäß [§ 536 c BGB](#) ist der IT-Anwender verpflichtet, dem IT-Dienstleister auftretende Mängel unverzüglich anzuzeigen, da er sonst nicht berechtigt ist, obige Ansprüche geltend zu machen.
- Die Ansprüche verjähren gem. [§ 195 BGB](#) innerhalb von drei Jahren.

Haftung

- Die Haftung des IT-Dienstleisters kann durch Individualvertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden, sofern dieser nicht sittenwidrig ist (§ 138 BGB) oder gegen Treu und Glauben verstößt (§ 242 BGB).
- Bei AGB sind zusätzlich die Anforderungen der §§ 305 ff BGB zu beachten.
 - Kein Ausschluss des Minderungsrechts in den AGB.
 - Kein Ausschluss des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs.
 - Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts nur, wenn dem Softwareanwender ein Nacherfüllungsrecht im Wege der Nachbesserung oder Ersatzlieferung eingeräumt wird.
 - Keine Beschränkung der Haftung für Schäden, die auf vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten beruhen.

Dokumentation

- Der IT-Dienstleister ist zur Lieferung einer Dokumentation verpflichtet.
- Es handelt sich um eine vertragliche Hauptpflicht.
 - Bei Nichterfüllung besitzt der IT-Anwender ein außerordentliches Kündigungsrecht gem. [§ 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) sowie einen Schadensersatzanspruch gemäß [§ 281 BGB](#).
- Eine Regelung in den AGB, dass die Dokumentation in elektronischer Form statt in Papierform zur Verfügung gestellt werden kann, ist fraglich, soweit der Anwender hierdurch unangemessen benachteiligt wird.
 - Z.B. der Ausdruck der Dokumentation aufgrund des Umfangs einen zu hohen Aufwand darstellt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Kontakt:

kirchner-freis@uni-bremen.de

kirchner-freis@mls-legal.de