

Leseprobe zu



Redeker

Handbuch der IT-Verträge

inkl. CD

3 Bände, Ordner Leinen, Handbuch

ISBN 978-3-504-56008-9

159,00 € (Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

mit der 41. Lieferung erhalten Sie zwei aktualisierte und zwei neu erstellte Kapitel:

Das Kapitel **Softwareerstellung durch agiles Programmieren (1.11)** wurde von *Kühn* verfasst. Die Kommentierung erläutert unter anderem eingehend, was unter einer agilen Softwareentwicklung zu verstehen ist und wie diese grundsätzlich vertragstypologisch einzuordnen ist. Das Vertragsmuster dieses Kapitels bildet die Erstellung von Individualsoftware unter Anwendung von Scrum, einer der bekanntesten und in der Praxis mit am weitesten verbreiteten agilen Methode für Softwareentwicklung, ab. Mit dem Kapitel 1.11 wird der Inhalt des Handbuchs um eine weitere hochaktuelle und sehr praxisrelevante Materie erweitert.

Das Kapitel **Arbeitnehmerüberlassung (5.3)** wurde von *Niklas* neu gefasst. Das Kapitel stellt zwei Vertragsmuster vor, zum einen das Muster „Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer“ und zum anderen das Muster „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher“. Ferner schildert der Autor die praktische Bedeutung der Arbeitnehmerüberlassung speziell in der IT-Branche und trägt den rechtlichen Grundlagen der Arbeitnehmerüberlassung ausführlich Rechnung, wobei auch die bei der Arbeitnehmerüberlassung maßgeblichen Rechtsverhältnisse zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter, zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter berücksichtigt werden.

Das Kapitel **Geheimhaltungsvertrag (6.4)** wurde von *Redeker* aktualisiert. Der Autor hat hierbei die Neuerungen aufgrund des Inkrafttretens des Geschäftsgeheimnisgesetzes und der Datenschutzgrundverordnung berücksichtigt.

Das Kapitel **Subunternehmervertrag (6.5)** wurde von *Gennen* erneuert. Das Kapitel stellt die Ausgangssituation des Subunternehmers in typischen Konstellationen vor und beschreibt unter anderem eingehend die Interessenlage und grundlegende Risiken beim Subunternehmervertrag ebenso wie regulatorische Anforderungen im Subunternehmerverhältnis. Den Softwareerstellungsvertrag mit einem Subunternehmer ordnet der Autor in seiner Kommentierung rechtsdogmatisch als Werkvertrag ein.

Alle im Handbuch nach dieser Lieferung enthaltenen Vertragsmuster stehen Ihnen für die Arbeit am PC in der Datenbank **Redeker online** zur Verfügung. Zusätzlich erhalten Sie mit Redeker online den Zugang zur Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsdatenbank von Otto Schmidt online sowie zu den Werken Härting, Internetrecht, Schneider, Handbuch EDV-Recht sowie Schuster/Grützmaker, IT-Recht Kommentar als erstem IT-Recht-Kommentar auf dem deutschen Markt, der das IT-Recht als Querschnittsmaterie abbildet.

Ihr

Verlag Dr. Otto Schmidt KG

Inhaltsübersicht*

Band I

	Seite
Vorwort	III
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Teil 1	
Endkunden-Verträge für die Lieferung von EDV	
	Kapitel
Hardware-Kauf	1.1
(Jochen Schneider)	
Standardsoftware-Kauf (B2B)	1.2
(Brandi-Dohrn)	
Kauf einer EDV-Anlage (Standardhardware und -software)	1.3
(Stadler)	
Erstellung von Individualsoftware	1.4
(Witte)	
Vertrag zur Lieferung eines kompletten IT-Systems	1.5
(Bräutigam/Thalhofer)	
Anpassung von Standardsoftware	1.6
(Redeker)	
Hinterlegungsvereinbarung	1.7
(Grützmaker)	
Hardware-Miete/System-Miete	1.8
(Gerlach)	
Software-Miete	1.9
(Gerlach)	
Hardware-Wartung	1.10
(Lensdorf)	

* Die Vertragsmuster, die für eine der nächsten Lieferungen geplant sind, sind *kursiv* gesetzt.

	Kapitel
<i>Softwareerstellung durch agiles Programmieren</i>	1.11
Software-Pflege (Heymann/Lensdorf)	1.12
Leasing eines kompletten EDV-Systems (Brisch)	1.13
Hardwareleasing (Zahn)	1.14
Softwareleasing (Zahn)	1.15
Vertrieb von Software über das Internet (Stögmüller)	1.16
Software as a Service (SaaS) (Gennen/Laue)	1.17
Erbringung von IT-Schulungen und Trainingsleistungen (Bischof/Witzel)	1.18
Hotlinevertrag (Roth-Neuschild)	1.19
Vertrieb von Open Source Software (Jaeger)	1.20

Band II**Teil 2****Vertriebsverträge**

	Kapitel
Handelsvertretervertrag Software (Grützmaker)	2.1
Handelsvertretervertrag Hardware (Alpert)	2.2
Vertragshändlervertrag Software (Bischof/Witzel)	2.3
Großhändlervertrag Hardware (Alpert)	2.4
<i>Einstweilen frei</i>	2.5
Garantiekarte (Witte)	2.6

Teil 3**Internet-Verträge**

Webdesign-Vertrag (Härting)	3.1
Website-Baukasten (Laue/Nink)	3.2
Web-Hosting-Vertrag (Schuppert)	3.3
Domain-Übertragungs-Vertrag (Reinholz)	3.4
Domain-Service-Vertrag (Reinholz/Wunderlin)	3.5
SEO-Vertrag (Schirnbacher)	3.6
Banner-Vertrag mit Werbendem (Jan Schneider)	3.7
Banner-Austauschvertrag (Jan Schneider)	3.8

	Kapitel
Beschaffung von Webcontent (Gennen)	3.9
Datenbankverträge (Czychowski)	3.10
<i>Video-Abrufvertrag</i> <i>Video-Abrufvertrag</i>	3.11
Affiliate Marketing-Vertrag (Hort-Boutouil/Kremer)	3.12
Internet-Auktionsvertrag (Ernst)	3.13
Webportal-Nutzungsbedingungen (Härting)	3.14
<i>Einstweilen frei</i> <i>Einstweilen frei</i>	3.15
Datenschutzerklärung (Selk)	3.16

Band III**Teil 4****TK-Verträge**

	Kapitel
Festnetz-Provider-Vertrag mit dem Kunden (Scholz)	4.1
<i>Mobilfunkvertrag</i>	4.2
<i>Internes Telekommunikationsnetz</i>	4.3

Teil 5**Mitarbeiter- und Beraterverträge/Outsourcing**

Arbeitsvertrag mit einem Software-Ersteller (Brisch/Kissel)	5.1
Vertrag mit einem freien Mitarbeiter (Brisch/Kies)	5.2
Arbeitnehmerüberlassung (Werxhausen)	5.3
Outsourcing-Vertrag (Heymann/Lensdorf)	5.4
Beratervertrag (Lensdorf)	5.5
Social Media Guidelines (Kremer/Adrian Schneider)	5.6
Geschäftsbesorgungsvertrag mit einem externen Datenschutz- beauftragten (Conrad/Licht)	5.7

Teil 6**Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen
oder Berater**

Projektvertrag (Schmidt)	6.1
-----------------------------------	-----

	Kapitel
Forschungs- und Entwicklungsvertrag (Häuser)	6.2
Arbeitsgemeinschaft und Kooperation für Softwareentwicklung (Bräutigam/Thalhofer)	6.3
Geheimhaltungsvertrag (Redeker)	6.4
Subunternehmervertrag (Gennen)	6.5
 Teil 7	
Sonstige Verträge	
Rechenzentrumsvertrag (Jochen Schneider)	7.1
Auftragsverarbeitung (Bierekoven)	7.2
 Teil 8	
Konfliktregelung	
Schiedsvereinbarungen (Brödermann/von Bodenhausen)	8.1
Schiedsgutachten (von Bodenhausen/Brödermann)	8.2
Schlichtung (von Bodenhausen/Brödermann)	8.3
Mediation (Lapp)	8.4
 Stichwortverzeichnis (Hoppe)	

1.19 Hotlinevertrag

Schrifttum: *Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019; *Bischof/Witzel*, Softwarepflegeverträge – Inhalte und Problemstellungen, ITRB 2003, 31 ff.; *Bräutigam*, SLA: In der Praxis alles klar?, CR 2004, 248 ff.; *Braun*, Die Zulässigkeit von Service Level-Agreements am Beispiel der Verfügbarkeitsklausel, 2006; *Cichon*, Internetverträge, 2. Aufl. 2005; *Conrad/Grützmaker*, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, 2014; *Fechtnner/Witzel*, Preisanpassungen – Wie Unternehmen Preisänderungen nachträglich, einseitig und wirksam durchsetzen können, CR 2016, 808 ff.; *Hartmann/Thier*, Typologie der Softwarepflegeverträge, CR 1998, 581 ff.; *Hörl*, Der Service Desk der Zukunft, ITRB 2018, 260 ff.; *Hörl/Häuser*, Service Level-Agreements in Outsourcing-Verträgen, CR 2003, 713 f.; *Intveen M.*, Gerichtliche Überprüfung von Preis- und Leistungsbestimmungen bei formularmäßigen Pflegeverträgen, ITRB 2005, 117 f.; *Lejeune*, Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts bei internationalen IT-Verträgen, ITRB 2011, 20 ff.; *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010; *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, 2001; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 7. Aufl. 2018; *McGuire*, Neue Anforderungen an Geheimhaltungsvereinbarung?, WRP 2019, 679 ff.; *Mehring*, Der Rechtsschutz computergestützter Fachinformationen, 1990; *Redeker*, IT-Recht, 6. Aufl. 2017; *Redeker*, Mangelnde Mitwirkung des Kunden bei Softwarelieferung, ITRB 2011, 65 ff.; *Redeker*, Information als eigenständiges Rechtsgut, CR 2011, 634 ff.; *Redeker*, Schriftformklauseln in Software-Verträgen, ITRB 2006, 15 ff.; *Roth*, Geheimhaltungsklauseln in IT-Verträgen, ITRB 2011, 115 ff.; *Roth*, Organisatorische und technische Maßnahmen zum Schutz personenbezogener Daten, ITRB 2010, 60 f.; *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017; *Schneider*, Windungen des Gordischen Knotens „Pflegevertrag“ im Spiegel der Vertragsgestaltung und Rechtsprechung, CR 2017, 708 ff.; *Schneider/Graf von Westphalen* (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, 2. Aufl. 2014; *Schoengarth*, Application Service Providing – Vertragsgestaltung und Risiken, insbesondere Betriebsausfallschäden, 2005; *Schreibauer/Taraschka*, Service Level-Agreements für Softwarepflege, CR 2003, 557 ff.; *Schuster*, Mitwirkungspflichten bei IT-Verträgen, CR 2016, 627 f.; *Söbbing*, Auswirkungen der BDSG-Novelle II auf Outsourcing-Projekte, ITRB 2010, 36 ff.; *Söbbing*, Nacherfüllung bei IT-Beratungsverträgen, ITRB 2007, 217 f.; *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl. 2004; *Spindler/Klöhn*, Fehlerhafte Informationen und Software, VersR 2003, 273 ff.; *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016; *Graf von Westphalen/Thüsing* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 43. Aufl. 2019, 43. EL Stand 4/2019; *Witzel/Stern*, Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im Softwareprojekt, ITRB 2007, 167 ff.; *Wohlgemuth*, Computerwartung, 1999.

A. Einleitung

I. „Hotline“ in der Praxis

Unter „Hotline“ (engl. „heißer Draht“) wird in der Praxis das Bereithalten einer **per Telekommunikation erreichbaren Ansprechstelle beim Anbieter** verstanden. Der Kunde kann diese Ansprechstelle je nach Vereinbarung telefonisch, per Telefax, E-Mail, SMS, Messenger-Dienst (zB WhatsApp, Threema etc.) oder per Internet (zB über die Internetseite des Anbieters), per Livechat oder mittels eines vom Anbieter bereitgestellten Ticketsystems kontaktieren. Auch sogenannte Chatbots und andere digitale Assistenten, mit deren Hilfe Kundenanfragen automati-

siert, gestützt auf Datenbanken und künstliche Intelligenz, bearbeitet werden, sind bereits im Einsatz und werden in Zukunft eine immer bedeutendere Rolle in der Kundenkommunikation einnehmen¹. Der Terminus „Hotline“ beschreibt also nicht den Inhalt der vom Anbieter zu erbringenden Leistung, sondern die Art und Weise der Kommunikation und der Leistungserbringung.

- 1a Statt des Begriffs der Hotline werden auch Begriffe wie User Help-Desk (UHD) oder generell (Customer) Support verwendet. Darunter versteht die Praxis generell die Betreuung von Kunden bei technischen Problemen und bei der Benutzung bestimmter Soft- und Hardware. Die IT-Infrastructure Library (ITIL), eine Sammlung von sog. Good Practices für IT-Prozesse, verwendet den Begriff des Service Desks. Das ist die einzige Schnittstelle („Single Point of Contact“ – SPOC), die der Softwareanbieter dem Nutzer zur Kommunikation zur Verfügung stellt, um die IT-Organisation des Softwarehauses zu erreichen und um Störungsfälle oder sonstige Anfragen zu melden.
- 1b Die schnelle Unterstützung via Telekommunikation wird insb. im Zuge der Digitalisierung der Arbeitswelt – kaum ein Arbeitsplatz kommt ohne IT aus – und der Schaffung neuer Arbeitsmodelle, wie zB HomeOffice oder andere „mobile Arbeitsmodelle“, immer wichtiger. Daher wird der Hotlinevertrag – unter welcher Bezeichnung auch immer – ein Revival erleben. Die Komplexität wird insb. dann zunehmen, wenn ein Anbieter möglichst viele und breit gefächerte Unterstützungshandlungen des Kunden übernehmen und zukünftig für diesen erbringen soll². In der Praxis werden darüber hinaus bereits Leistungen, die typischerweise der Kunde selbst vorhält (wie zB einen First Level-Support oder eine zentrale Bestellannahme) outgesourct, so dass solche „Service Desk-Projekte“ mit einer Transitionsphase beginnen, im Rahmen derer die Prozesse und das Know-how des Kunden auf den Anbieter übertragen werden.
- 2 Das Angebot zur Bereitstellung einer Hotline findet sich zunächst als typischer Leistungsbestandteil in **Softwarepflege- oder Hardwarewartungsverträgen** (vgl. *Heymann/Lensdorf*, Muster M 1.12). Hotlineleistungen können auch als **eigenständige Leistungen** von einem Softwareanbieter angeboten werden³. Es gibt Softwarehäuser, die an Stelle des typischen Pflegeleistungsbündels (also Hotline, Mangelbehebung, Updatelieferung) nur Hotlineleistungen offerieren, weil die Softwarebedienung beratungsintensiv ist oder weil neue Programmstände nur in größeren Zeitabschnitten entwickelt und diese dann zum Verkauf angeboten werden. Auch Händler oder Systemintegratoren, die die betreffende Software nicht selbst entwickeln und daher keine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit darauf haben, bieten ihren Kunden Hotlineverträge an. Schließlich werden solche Verträge auch zwischen den Softwareherstellern und den die Software vertreibenden oder integrierenden Händlern geschlossen⁴.

1 *Klar*, Kundenservice in der Zukunft, Computerwoche vom 26.12.2018, <https://www.computerwoche.de/a/kundenservice-der-zukunft,3545038>, abgerufen am 14.12.2019.

2 *Hörl*, ITRB 2018, 260 ff.

3 *Redeker*, IT-Recht, Rz. 634; *Peter* in *Schneider/von Westphalen* (Hrsg.), Software-Erstellungsverträge, I Rz. 456.

4 *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 208.

Die unter dem Begriff der Hotline in der Praxis erbrachten Leistungen variieren, auch wenn diese Teil eines Pflegevertrages sind, stark¹. Während einige Anbieter die Funktion der Hotline als eine Art Telefonzentrale oder Single Point of Contact begreifen², deren Tätigkeit sich in der Entgegennahme von Störungsmeldungen oder pauschal in der Erteilung von Auskünften erschöpft, bieten andere Anbieter neben der Anwendungs- und Bedienungsberatung auch die Analyse und Behebung der gemeldeten Störung (ggf. unter Einbeziehung des Second oder Third Level-Supports) an. 3

Hotlineverträge werden in der Regel wie Pflegeverträge als befristete oder kündbare **Dauerschuldverhältnisse** angeboten, die dem Kunden innerhalb bestimmter Geschäftszeiten die Möglichkeit geben, Hotlineleistungen gegen regelmäßige Zahlung einer pauschalen Vergütung in Anspruch zu nehmen. Dies kann – um Kalkulationssicherheit für den Anbieter zu schaffen – mit einem festen Aufwandskontingent pro Abrechnungszeitraum (zB 30 Stunden im Monat) verbunden sein. An Stelle der pauschalen Vergütung finden sich auch Verträge, bei denen die Berechnung der Vergütung nach Anzahl von Tickets zu einem bestimmten Ticketpreis oder nach Aufwand vereinbart ist, im Rahmen dessen bestimmte Tätigkeiten durchaus mit pauschaler Vergütung erfolgen und im Übrigen ein fester Stundensatz dafür vereinbart ist. Es existieren auch Angebote auf dem Markt, bei denen der Anwender Hotlineleistungen auf Abruf, also „Hotline by Call“ oder „Hotline on Demand“ erhält. Für den konkreten Kontakt wird ein Vertrag geschlossen, der nach Aufwand, zu einem Pauschalpreis oder über eine kostenpflichtige Mehrwertdienste- bzw. Servicenummer via Telefonrechnung abgerechnet wird. Schließlich gibt es auch Hotlines, die kostenlos Leistungen erbringen. 4

Der Mustervertrag umfasst Unterstützungsleistungen für ein bestimmtes Softwareprodukt. Nicht Gegenstand dieses Beitrages ist das Angebot einer Service-Rufnummer zur generellen Kontaktaufnahme mit einem Anbieter, zu dem dieser im Falle des Abschlusses von Fernabsatzverträgen gem. § 312d BGB verpflichtet ist³. 4a

II. Leistungsinhalt

1. Vertragsinhalt, Ermittlung durch Auslegung

Der Inhalt einer Leistungsverpflichtung ergibt sich nach § 241 BGB aus dem jeweiligen Schuldverhältnis, also daraus, was die Vertragspartner vereinbart haben. Der Inhalt einer Leistungsabrede muss so konkret sein, dass Gegenstand und Dauer der Leistung zumindest unter Heranziehung allgemeiner Auslegungskriterien bestimmbar sind⁴. Nicht selten reduziert sich die Leistungsbeschreibung des Hotlinevertrags auf die „Erbringung von Hotlineleistungen“ zu bestimmten Geschäftszei- 5

1 *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 1040; *Redeker*, IT-Recht, Rz. 634; vgl. zur Parallelproblematik des Softwarepflegevertrages *Bischoff/Witzel*, ITRB 2003, 31 ff. mwN; *Schreibauer/Taraschka*, CR 2003, 557 ff.

2 Hierzu *Wohlgemuth*, Computerwartung, S. 25.

3 Vgl. dazu EuGH v. 2.3.2017 – C-568/15, CR 2017, 408 ff.

4 OLG Koblenz v. 23.6.2010 – 1 U 1355/09 – Internetsystemvertrag, CR 2010, 706 ff.

ten ohne nähere Ausführungen. Hierunter kann von „Zuhören“ bis hin zu qualifizierter Beratung und Fehlerbehebung per Telekommunikation vieles subsumiert werden. Für den Hotlinevertrag existiert, wie für andere Verträge aus dem Bereich der Informationstechnologie, kein gesetzliches, durch Rechtsprechung oder Branchenübung geprägtes Leitbild, aus dem sich die zu erbringende Leistung entnehmen ließe.

- 5a Wie oben bereits angedeutet, ist der Begriff der Hotline für die Definition des Leistungsinhalts wenig aussagekräftig. Aus der verwendeten Terminologie ergibt sich für den festzulegenden Leistungsinhalt lediglich, dass eine Ansprechstelle zur Verfügung gestellt werden muss, die zügig reagiert. Dass eine Leistung vor Ort beim Kunden oder die Lieferung von Sachen, zB Software, erfolgt, kann dem Begriff nicht entnommen werden.
- 6 Letztlich muss im Fall einer dürftigen Leistungsbeschreibung der Leistungsinhalt unter Berücksichtigung der Grundsätze der §§ 157, 133 BGB durch Auslegung ermittelt werden. Maßgeblich dafür ist der Vertragszweck, der hypothetische Wille der Parteien und insb. die verobjektivierte Empfänger- bzw. Kundenerwartung¹. Es kommt darauf an, welche Regelungen die Parteien bei Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise im Hinblick auf den verfolgten Zweck vereinbart hätten². Vertragszweck aus Sicht des Kunden und des Anbieters dürfte jedenfalls der Erhalt bzw. die Erbringung von **Unterstützungsleistungen per Telekommunikation** im Zusammenhang mit der Nutzung der Gegenstände, auf die sich der Hotlinevertrag bezieht, sein. Das Vertragsmuster und die folgenden Ausführungen beziehen sich auf Software als Gegenstand des Hotlinevertrags.
- 6a Als Leistungsbestandteil eines Hotlinevertrags können sicherlich nicht solche Leistungen erwartet werden, die nicht „mittels Hotline“ bzw. im Weg der vereinbarten Kommunikationsmittel möglich sind. **Fernüberwachungsleistungen** oder gar **Fernwartungsleistungen**, bei denen typischerweise per Datenfernübertragung Zugriff auf das Kundensystem genommen und daran gearbeitet wird oder in deren Rahmen neue Updates eingespielt werden, können ohne vertragliche Vereinbarung eher nicht als Gegenstand eines Hotlinevertrags eingeordnet werden, da Hotline vorrangig als Kommunikationsleistung in Form eines direkten Kontakts, sei es mündlich oder schriftlich, nicht jedoch als unmittelbare Leistung an der Software selbst verstanden werden kann³. Allerdings ist auch bei einem Hotlinevertrag denkbar, dass der Zugang per Remote Access zur vertragsgegenständlichen Software auf dem Rechner des Kunden von der Hotlineleistung umfasst sein kann, um das Anliegen des Kunden besser zu verstehen und die erforderlichen Beratungsleistungen zielgerichtet erbringen zu können.
- 6b Meldet der Kunde eine Softwarestörung und kommt der Anbieter nach der Störungsanalyse zu dem Ergebnis, dass die gemeldete Störung nicht durch telefonische Unterstützung, sondern nur durch die Behebung eines Softwaremangels oder

1 BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/08 – Internetsystemvertrag, CR 2010, 327 ff.; BGH v. 24.3.2011 – VII ZR 134/10, NSW BGB § 649.

2 Backmann in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 157 Rz. 30.

3 Schneider/Kahlert in Schneider, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 206 ff.

die Lieferung eines **Updates** möglich ist, so ist typischerweise weder die Mangelbeseitigung noch die Überlassung eines Updates – wie generell die Überlassung von Software – eine aus dem Hotlinevertrag geschuldete Leistung.

Die Auslegungsregeln lassen die **Darlegungs- und Beweislast** unberührt. Für die 7
Beibringung des für die Auslegung nötigen Tatsachenstoffs bleibt es bei der gesetzlichen Zuordnung der Darlegungslast¹. Wenn sich aus der Vertragsurkunde – für die grundsätzlich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit spricht – eine bestimmte, vom Kunden gewünschte Leistung nicht ergibt, trägt dieser die Beweislast für die außerhalb der Urkunde liegenden Umstände, aus denen sich die verlangte Leistung ergibt. Der Kunde hat, wenn er im Streitfall nicht beweisen kann, dass eine von ihm verlangte Leistung (zB Beratung in englischer Sprache) auch geschuldet ist, das Nachsehen.

2. Vertragliche Vereinbarung

Aufgrund der Schwierigkeit, den Leistungsinhalt durch Auslegung zu ermitteln, 8
empfiehlt es sich, den Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistung, unabhängig davon, ob diese im Rahmen eines Pflegevertrags oder eines eigenständigen Hotlinevertrags erbracht wird, konkret zu vereinbaren.

Gegenstand eines Hotlinevertrags können folgende Leistungen sein: 8a

- ▷ Beratungsleistungen für die von dem Hotlinevertrag erfasste Software². Diese Beratung kann sich auf die Installation, die Konfiguration, die Bedienung sowie die Funktionalität der Software beziehen.
- ▷ Entgegennahme und Erfassung von Mängel- oder Störungsmeldungen, deren Analyse, eventuell Weitergabe an Spezialisten (Second/Third Level Support), sowie die Mitteilung der Ergebnisse der Analyse.
- ▷ Unterstützung bei der Mängel- oder Störungsbehebung oder Erteilung von Hinweisen zur Behebung, soweit dies durch die technisch vereinbarten Kommunikationsmittel der Hotline möglich ist.
- ▷ Zurverfügungstellung von aktuellen Informationen über die vertragsgegenständliche Software. Dies kann durch die Versendung von „Newslettern“ oÄ oder durch Zugang zu einer Wissensdatenbank erfolgen. Dort können bspw. Lösungen bekannter Probleme dargestellt und häufig gestellte Fragen (FAQ) beantwortet sowie Hinweise zur Bedienung gegeben werden. Für bekannt gewordene, aber programmseitig noch ungelöste Probleme können auf diesem Weg Umgehungsstrategien bekannt gegeben werden.

Neben oder anstatt der Begriffe „Fehler“ oder „Mangel“ wird in der Praxis häufig 9
auch der Begriff der **Störung** verwendet. Während die beiden ersten Bezeichnungen iS des Gewährleistungsrechts zu verstehen sind, ist der Begriff der Störung

¹ Reichold in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 133 Rz. 31.

² Der Hotlinevertrag kann auch einen anderen Gegenstand oder eine Sachgesamtheit umfassen (zB Hardware und Software).

deutlich weitreichender.¹ Er beschreibt – anders als der gesetzlich geprägte Begriff des Mangels – nur die Wirkung, während der Mangel als Rechtsbegriff zusätzlich eine Verantwortungs- bzw. Verursachungszuordnung der Störung impliziert. Unter Störung wird man jegliche Abweichung vom dokumentierten oder erwartbaren Verhalten der Software verstehen dürfen, unabhängig davon, ob das Defizit der Software zurechenbar ist bzw. aus der Leistung resultiert oder in einer außerhalb der Software bzw. Leistung liegenden Ursache zu verorten ist (zB Fremdsystem, fehlerhafte Bedienung, fremde Datenformate etc.).²

- 9a Aus Sicht des Anwenders führt die Fokussierung auf einen **Mangel** im Rahmen der Leistungsbeschreibung zu einer Einschränkung der Leistungspflicht. Für ihn ist es sinnvoll, Unterstützung bei jeder Störung zu erhalten, die sich in der Software auswirkt, unabhängig davon, ob diese aus einem Mangel derselben resultiert. Denn für ihn ist die Ursache zunächst unerheblich und in aller Regel auch nicht unbedingt ermittelbar. Auch ein Bedienfehler oder ein Fehler der Systemumgebung kann zu einer Softwarestörung führen. Demgegenüber wird das Softwarehaus jedoch technisch nicht in der Lage sein, Störungsursachen, die außerhalb ihrer eigenen oder von ihr betreuten Software liegen, zu beheben. Das Leistungsergebnis des Softwarehauses wird sich darin erschöpfen, dem Kunden mitzuteilen, dass die Störung nicht durch die Software verursacht und die Behebung der Störungsursache daher nicht Gegenstand der Leistung ist.

III. Vertragstypologische Einordnung

- 10 Der Nutzen der vertragstypologischen Einordnung einer Leistungsbeziehung liegt zunächst darin, dass das Gesetz für die unter einen bestimmten Vertragstyp subsumierbare Leistungsbeziehung ein Rechtsfolgensystem bereithält, das Anwendung findet, wenn die Vertragspartner keine oder nur lückenhafte Vereinbarungen treffen. Gleichzeitig vermittelt der Vertragstyp im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB eine Leitbildfunktion in Bezug auf den vom Gesetzgeber für diesen Sachverhalt als adäquat beurteilten Pflichtenkatalog³.
- 11 Maßgeblich dafür, wie der Hotlinevertrag vertragstypologisch eingeordnet werden kann, ist der konkrete Inhalt der vereinbarten Leistung. Der erste wesentliche Abgrenzungspunkt ist, ob die Leistung entgeltlich oder unentgeltlich gewährt wird.

1. Unentgeltlichkeit der Hotlineleistung

- 12 Ist die Hotlineleistung kostenlos, trägt der Kunde also lediglich die Verbindungskosten, um die Hotline zu erreichen, liegt entweder ein nicht rechtsgeschäftliches

1 *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 102; *Schneider*, CR 2017, 708, 710.

2 Vgl. dazu *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 106; *Peter* in *Schneider/Graf von Westphalen* (Hrsg.), *Software-Erstellungsverträge*, I Rz. 403; *Intveen*, ITRB 2005, 117 f.

3 *Grüneberg* in *Palandt*, BGB, 79. Aufl. 2020, § 307 BGB Rz. 28; vgl. auch *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581 ff.

Gefälligkeitsverhältnis oder ein Auftrag gem. § 662 BGB vor. Während im Fall des bloßen Gefälligkeitsverhältnisses zwar das deliktische Haftungsrisiko, jedoch kein vertraglicher Leistungsanspruch besteht, entsteht bei Vorliegen eines Auftrags die haftungsrechtlich relevante vertragliche Verpflichtung, ein fremdes Geschäft zu besorgen. Unter Letzteres fällt jede fremdnützige Tätigkeit, gleich welcher Art¹. Neben der Vornahme von Rechtsgeschäften sind von der Geschäftsbesorgung auch rechtsähnliche oder tatsächliche Handlungen umfasst².

Maßgeblich dafür, ob eine Hotlineleistung als **Auftrag** einzuordnen ist, ist das Vorliegen eines **Rechtsbindungswillens**³. Hierfür kommt es nicht auf den inneren Willen des Leistenden an, sondern auf die Umstände des Einzelfalls und darauf, ob der Leistungsempfänger oder ein objektiver Betrachter aus dem Handeln des Leistenden nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen Bindungswillen schließen durfte⁴. 13

Die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Leistung, der Grund und der Zweck sowie die durch fehlerhafte Leistung drohenden Schäden und Risiken können einen Rechtsbindungswillen begründen⁵. Werben das Softwarehaus oder ein Anbieter mit **kostenloser Hotline**, spricht dies für das Bestehen eines Rechtsbindungswillens, denn der Anbieter bringt dadurch idR zum Ausdruck, dass er ein wie auch immer geartetes Interesse an der durch das Leistungsangebot beabsichtigten Kundenbindung hat. 13a

Folge der Einordnung eines unentgeltlichen Vertrages als Auftragsverhältnis ist das Bestehen eines **haftungsrelevanten Leistungsanspruchs** in Bezug auf die im Rahmen der Hotline angebotenen Leistungen. Die Regelung in § 675 Abs. 2 BGB, nach der die Ratserteilung selbst nicht haftungsbegründend ist, steht dem nicht entgegen, denn nach dem Wortlaut des Gesetzes kann sich die Haftung im Fall der Ratserteilung aus sonstiger vertraglicher Beziehung – auch aus einem unentgeltlichen Auftragsverhältnis – oder dem Deliktsrecht ergeben⁶. Verletzt der Auftragnehmer Pflichten aus dem Auftragsverhältnis, erteilt er bspw. eine falsche Auskunft, die bei dem Anwender zu einem Schaden führt, steht diesem gem. § 280 BGB iVm. § 276 BGB ein Schadensersatzanspruch gegen den Auftragnehmer zu. 14

Ob die Unentgeltlichkeit des Auftragsverhältnisses zu einer **Haftungsprivilegierung** führt, ist streitig. Das Gesetz sieht beim Auftrag anders als bei anderen unentgeltlichen Rechtsverhältnissen, wie der Schenkung (§ 521 BGB), der Leihe (§ 599 BGB) oder der Verwahrung (§ 690 BGB), keine Haftungserleichterung vor. Aus diesem Grund lehnt die Rechtsprechung eine Reduzierung des Haftungsmaßstabs auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, wie dies in den zuvor genannten Normen 15

1 Hönn in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 662 Rz. 16.

2 Sprau in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 662 BGB Rz. 6a.

3 Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, Einl. v. § 241 BGB Rz. 7.

4 BGH v. 29.2.1996 – VII ZR 90/94, NJW 1996, 1889 ff.

5 Toussaint in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 241 Rz. 24.

6 BGH v. 11.3.1999 – III ZR 292/97, NJW 1999, 1540 f.; Hönn in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017 § 675 Rz. 96 ff.

vorgesehen ist, grundsätzlich ab¹. Dagegen gibt es Stimmen in der Literatur, die in Folge der Unentgeltlichkeit in einer Analogie zu den §§ 521, 599, 690 BGB einen Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit befürworten².

2. Entgeltlicher Hotlinevertrag

- 16 Zwar ist der unentgeltliche Hotlinevertrag idR als Auftrag gem. § 662 BGB zu beurteilen, den entgeltlichen Hotlinevertrag wird man deshalb jedoch nicht als das entgeltliche Pendant, also als Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB, einordnen können. Die dafür notwendige spezifische Treuepflicht³ des Geschäftsbesorgers zur Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn kann man für einen Hotlinevertrag sicherlich nicht bejahen.
- 16a Für die vertragstypologische Einordnung von vergütungspflichtigen Hotlineleistungen sind die konkret vereinbarten Leistungen zu betrachten. Rechtsprechung, die die Frage des Vertragstyps eines Hotlinevertrags der hier besprochenen Art zum Gegenstand hat, ist bisher nicht bekannt⁴. Allerdings tauchen Hotlineleistungen als Leistungsbestandteile von Leistungsbündeln in Entscheidungen, in denen auch vertragstypologische Fragen beantwortet werden, durchaus auf.⁵

a) Erbringung von Unterstützungs- und Beratungsleistungen

- 17 Ist Gegenstand der Hotlineleistung das Bereithalten einer Ansprechstelle zur Erbringung von Unterstützungs- und Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Software, kommt es darauf an, ob die zu erbringende Leistung bloßes Tätigwerden umfasst oder ob ein Erfolg geschuldet ist.⁶ Sowohl ein in Frage kommender Dienstvertrag als auch ein Werkvertrag erfordert eine Tätigkeit. Der Werkvertrag verlangt einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (§ 631 Abs. 1 BGB), der Dienstvertrag die Leistung des versprochenen Dienstes. Der Werkerfolg muss allerdings nicht zwingend in der Schaffung eines Arbeitsergebnisses liegen, sondern kann auch darin bestehen, dass eine vereinbarte Untersuchung ordnungsgemäß durchgeführt und dokumentiert wird⁷.

1 BGH v. 30.4.1959 – II ZR 126/57, NJW 1959, 1221; OLG Köln v. 30.4.2002 – 22 U 217/01, VersR 2004, 189 f.; BGH v. 26.4.2016 – VI ZR 467/15, Rz. 8.

2 Hönn in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 662 Rz. 34 mwN.

3 *Sprau* in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 675 BGB Rz. 4.

4 Unter wettbewerbs- und berufsrechtlichen Aspekten gibt es eine Reihe von Urteilen, so hat sich auch der BGH mit Hotline-Diensten von Steuerberatern und Rechtsanwälten befasst (vgl. BGH v. 30.9.2004 – I ZR 89/02; BGH v. 29.6.2002 – I ZR 44/00). Die Entscheidung über die fehlerhafte Beratung eines Anbieters eines Börsendienstes in Form einer E-Mail-Hotline bringt für die Vertragstypologie keine weiteren Erkenntnisse (vgl. LG Heidelberg v. 5.2.2008 – 2 O 261/07).

5 BGH v. 15.3.2018 – III ZR 126/17 – Fernüberwachungsvertrag; BGH v. 4.3.2010 – III ZR 79/09 – Internetsystemvertrag, CR 2010, 327 ff.; BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04 – ASP-Vertrag, CR 2007, 75 f.

6 *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 36; *Marly*, Softwareüberlassungsverträge, Rz. 1043 ff.; vgl. *Heymann/Lensdorf*, M 1.12.

7 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3123 ff.

Maßgeblich für die vertragstypologische Einordnung ist der im Vertrag zum Ausdruck kommende Wille der Vertragspartner¹. Sofern der Vertrag keine ausdrückliche Vereinbarung enthält, müssen die gesamten Umstände des Einzelfalls betrachtet werden. Hierfür kann eine Reihe von Einzelaspekten hilfreich sein. Für das Vorliegen eines Werkvertrags spricht, dass die Parteien die zu erledigende Aufgabe und ggf. den Umfang der Arbeiten konkret festlegen. Nicht ausreichend dafür ist die bloße Festlegung des Ziels der Leistung, jedoch wäre eine funktionale Leistungsbeschreibung denkbar, allerdings mit den damit einhergehenden Risiken für die Bestimmung des Leistungsinhaltes. Auch die Art der Vergütung kann einen Hinweis auf den Vertragstyp geben, so kann die einzelfallbezogene Vergütung als Festpreis ebenso wie nach Aufwand auf die Übernahme des werkvertraglichen Risikos deuten. Regelmäßige Zahlungen einer pauschalen Vergütung sprechen eher dafür, dass die werkvertragliche Risikoübernahme nicht gewollt ist². 17a

Die hM in der Literatur ordnet allgemeine Unterstützungs- und Beratungsleistungen dem **Dienstvertragsrecht** zu³. Dass einer Kundenmeldung eine konkrete Frage zugrunde liegt, deren Beantwortung, insb. deren richtige Beantwortung, für den Kunden entscheidend sein kann, ändert an dem Ergebnis nichts, denn geschuldet ist nur die Dienstleistung als solche, also das Vorhalten einer Auskunftsmöglichkeit und die Auskunft selbst. Ein damit herbeizuführender Erfolg oder die Umsetzung eines sonstigen Anwendermotivs ist danach grundsätzlich nicht geschuldet.⁴ 18

Ein **Werkvertrag** kann jedoch dann vorliegen, wenn der Erfolg im Mittelpunkt der Leistung steht, bspw. dann, wenn nicht nur Unterstützung bei der Installation oder der Mangelbehebung geleistet wird, sondern wenn die Installation oder Mangelbehebung an sich durchzuführen ist oder wenn der konkret vereinbarte Zweck der Unterstützungsleistung die Aufrechterhaltung des Softwarebetriebs ist⁵. Davon ist bei einem üblichen Hotlinevertrag jedoch nicht auszugehen. Ist die Beratung allerdings auf die individuellen Wünsche und Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten, kann eine werkvertragliche Einordnung die Folge sein⁶. 19

b) Mangel-, Störungsbehebung

Ist vertraglich die Mangel- oder Störungsbehebung versprochen, ist diese Leistung **werkvertraglich** zu beurteilen, da ein konkreter Erfolg geschuldet ist⁷. Allerdings wird eine solche Leistung nur der Softwarehersteller erbringen können, denn nur dieser besitzt idR die erforderlichen rechtlichen und technischen Möglichkeiten, 20

1 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3123 ff.

2 BGH v. 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3123 ff.

3 *Heymann/Lensdorf*, Muster M 1.12; *Bischoff/Witzel*, ITRB 2003, 31 ff.; *Schneider*, CR 2017, 708, 710; *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 207; *Redeker*, IT-Recht, Rz. 658; *Wohlgemuth*, Computerwartung, S. 91.

4 *Wohlgemuth*, Computerwartung, S. 92 mwN.

5 *Wohlgemuth*, Computerwartung, S. 92.

6 *Spindler/Klöhn*, VersR 2003, 273 ff.

7 *Bischoff/Witzel*, ITRB 2003, 31 ff.

Mängel der Software zu beheben¹. Hinzu kommt, dass eine solche Leistung häufig mit Softwarelieferungen in Form von Patches oder Updates verbunden ist und daher typischerweise in Softwarepflegeverträgen zu finden sein wird. Bieten Dienstleister, die nicht Softwarehersteller sind, solche Leistungen an, müssen sie zur Sicherstellung der eigenen Leistungsverpflichtung über eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit den Herstellern verfügen.

- 21 Gegenstand des Hotlinevertrags ist üblicherweise nur die **Zusage zur Unterstützung** bei der Mangel- oder Störungsbehebung sowie eventuell die Zurverfügungstellung bereits existierender Lösungen. Aufgrund der technischen Unwägbarkeiten bei der Behebung von Softwarefehlern und der Nachteile des werkvertraglichen Haftungskonzeptes besteht anbieterseitig das Bestreben, keine Fehlerbehebung, sondern nur ein „Bemühen“ anzubieten. Diametral entgegengesetzt ist das Interesse des Kunden. Grundsätzlich wird es jedoch als zulässig erachtet, lediglich Unterstützungsleistungen zu versprechen². Ist also nur die Unterstützung bei der Mangel- oder Störungsbehebung als Leistungspflicht vereinbart, ist ein werkvertraglicher Erfolg nicht geschuldet. Für diese Leistungen bleibt es bei der Einordnung als **Dienstvertrag**.

c) Nutzung von Datenbanken

- 22 Gegenstand der Datenbanknutzung im Rahmen eines Hotlinevertrags können der Zugang und die Einräumung der Nutzungsmöglichkeiten der dort vorhandenen Informationen einschließlich der Ermöglichung des Downloads von dazu bestimmten Informationen durch den Kunden sein.
- 22a In der Literatur werden für die vertragstypologische Einordnung von Datenbanknutzungsverträgen verschiedene Ergebnisse angeboten³. Während *Redeker* den Gesamtprozess mit Blick auf das konkrete Rechercheergebnis auf eine Anfrage des Anwenders als Werkvertrag einordnet, separiert *Schneider* die einzelnen Leistungselemente, nämlich Zugang, Recherche und ggf. Erwerb bzw. Nutzung der erlangten Informationen⁴. Für den Zugang und die Nutzungsmöglichkeit erwägt *Schneider* die miet- bzw. pachtrechtliche Einordnung, für den Rechercheauftrag das Vorliegen eines Werkvertrages. *Redeker* sieht in der Zugangsmöglichkeit keine eigenständige Leistung und lehnt die mietrechtliche Einordnung ab, da nicht der „Besitz“ an der Datenbank im Vordergrund stehe, sondern die Recherche⁵.
- 22b Ist nur die **Bereitstellung der Datenbank**, nicht jedoch zusätzlich der einzelne Informationsabruf vergütungspflichtig, wird man die Leistung **mietvertraglich** ein-

1 *Redeker*, IT-Recht, Rz. 637, hält solche Zusagen für beschränkt erfüllbar und empfiehlt als der Fehlerbehebung gleichwertige Leistung die Vereinbarung und Darstellung einer Umgehungslösung.

2 *Schneider/Kahlert* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, S Rz. 208; *Hartmann/Thier*, CR 1998, 581 ff.

3 *Czychowski*, Muster M 3.10; *Redeker*, CR 2011, 634 ff.; *Roth* in *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, S. 88 mwN; *Schuppert* in *Spindler* (Hrsg.), Vertragsrecht der Internet-Provider, II Rz. 51 ff.; *Redeker*, IT-Recht, Rz. 1144 ff. mwN.

4 *Redeker*, IT-Recht, Rz. 1146; *Schneider* in *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, M Rz. 539.

5 *Redeker* in *Conrad/Grützmacher*, Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen, § 55 Rz. 33.

C. Erläuterungen

I. Vorbemerkung

Ziel des Vertragsmusters ist es, einen Hotlinevertrag mit einigen Gestaltungsmöglichkeiten abzubilden. Das Muster wählt als Objekt der Leistung Software, natürlich könnte sich der Vertrag auch auf Hardware oder ein Gesamtsystem, bestehend aus Softwareprodukten, Hardware und dem Netz beziehen. Abhängig von der Leistungsfähigkeit des Hotlianebieters muss das im Muster angebotene Leistungsportfolio im Einzelfall kritisch geprüft werden. Es ist durchaus möglich, dass ein Anbieter Leistungen, die in § 2 des Musters dargestellt sind, nicht in der vorgeschlagenen Form anbieten kann. Ebenso muss der Anbieter eingehend prüfen, ob er die im Muster enthaltenen Reaktions- und Erledigungsfristen in § 5 sowie die Berichtspflicht in § 8 und die Sanktionen in § 9 übernehmen möchte. Das Muster hält auch Streichungen der oben genannten Passagen stand. Im Hinblick auf die Gestaltungsalternativen ist selbstverständlich auf die Konsistenz der gewählten Varianten zum restlichen Vertragstext zu achten. 29

II. Erläuterung der einzelnen Klauseln

1. Erläuterung zu § 1

§ 1 Vertragsgegenstand 30

Gegenstand dieses Vertrags ist die Erbringung der in diesem Vertrag beschriebenen Hotlineleistungen (im Folgenden auch „Hotlinedienst“ oder „Leistungen“) für die nachfolgend genannten Softwareprodukte (im Folgenden „Software“) im jeweils aktuellen Versionsstand in der beschriebenen Hard- und Softwareumgebung. Der Hotlinedienst umfasst darüber hinaus nach Maßgabe dieses Vertrages die beiden dem aktuellen Softwareversionsstand vorangehenden Versionsstände.

Softwareprodukte	Hard- und Softwareumgebung

Ein neuer Versionsstand liegt vor, wenn sich bei der Zählung der Version die erste oder zweite Ziffer rechts des Punktes ändert (zum Beispiel 1.1.1 in 1.1.2 oder 1.1.2 in 1.2).

a) Ratio

Zunächst wird die vertragsgegenständliche Leistung schlagwortartig dargestellt. 31

b) Erläuterungen zu § 1

- 32 Im Hotlinevertrag sind die Softwareprodukte, auf die sich die Hotlineleistungen beziehen sollen, zu benennen. Soweit dies für die Erbringung des Hotlinedienstes erforderlich ist, kann auch die Hard- und Softwareumgebung beschrieben werden, mit der die vertragsgegenständliche Software interagiert. Darüber hinaus sollte festgelegt werden, welche Versionsstände der Software Gegenstand des Vertrags sind. Die Beschränkung auf einen konkreten Versionsstand einer Software ist für beide Vertragspartner dann sicherlich unproblematisch, wenn der Vertrag kurzfristig kündbar ist. Sinnvollerweise wird man vereinbaren, dass stets der aktuellste Stand der Software relevant ist, um Vertragsänderungen, die durch Festlegung eines bestimmten Standes erforderlich wurden, zu vermeiden. Für den Kunden kann es notwendig sein, nicht nur Unterstützung in Bezug auf den jeweils aktuellen Softwarestand zu erhalten, sondern auch für ältere Softwarestände. Das Muster sieht vor, dass auch bestimmte ältere Versionen Gegenstand des Hotlinevertrags sein sollen. Ob dies nun eine oder mehrere ältere Versionen sein sollen, muss der Anbieter im Ergebnis davon abhängig machen, ob er – soweit er nicht Hersteller der Software ist – seinerseits noch Leistungen für ältere Versionen vom Hersteller erhält. Damit ein gemeinsames Verständnis vorliegt, sollte definiert werden, was der Anbieter unter dem Begriff „Version“ versteht.
- 33 Einstweilen frei

2. Erläuterungen zu § 2**34 § 2 Vertragsleistungen**

(1) Der Anbieter erbringt nach Maßgabe dieses Vertrags folgende Leistungen:

- (a) **Anwendungssupport:** Der Kunde erhält Beratung und Unterstützung bei der Installation, der Einrichtung sowie der Bedienung der Software.*
- (b) **Technischer Support:** Der Kunde erhält Unterstützung bei der Diagnose, Eingrenzung, Behebung oder Umgehung von Störungen der Software, soweit dies mittels der vereinbarten Kommunikationsmittel möglich ist und soweit dem Anbieter Lösungen zur Verfügung stehen. Dem Anbieter stehen solche Leistungen zur Verfügung, die*
- ▷ dem Hotline-Personal mit angemessener, vertragsgemäßer Ausbildung im Zusammenhang mit der Software möglich sind oder*
 - ▷ vom Hersteller allgemein zugänglich bereitgestellt werden oder*
 - ▷ vom Hersteller im Rahmen eines allgemein angebotenen Supportvertrages in Bezug auf die Software erbracht werden und die der Anbieter an den Kunden weitergeben darf.*

Störungen der Software sind Abweichungen der Funktionsweise der Software von dem in der dazugehörigen Dokumentation beschriebenen oder dem erwartbaren Verhalten der Software.

Alternative:

Störungen der Software sind Abweichungen der Funktionsweise der Software von dem in der dazugehörigen Dokumentation beschriebenen oder dem erwartbaren Verhalten der Software, deren Ursache in der Software selbst liegt.

- (c) **Informationssupport:** Der Kunde erhält Zugang zu der Wissensdatenbank des Anbieters. Diese enthält aktuelle Informationen zu der Software sowie zu bekannten Problemen, bekannte Lösungsumgehungsstrategien, Tipps für die Bedienung und Antworten zu häufig gestellten Fragen.
- (d) Der Anbieter hält für die Erbringung des Hotlinedienstes einen First und einen Second Level-Support bereit. Eine Anfrage des Kunden (im Folgenden „Call“), die nicht durch den First Level-Support gelöst werden kann, wird an den Second Level-Support zur Weiterbearbeitung abgegeben. Während der jeweils vereinbarten Leistungszeit beschäftigt der Anbieter stets mindestens
- ▷ im First Level-Support [**Anzahl**] Mitarbeiter mit dem Ausbildungsstatus A gemäß **Anlage 1**,
 - ▷ im Second Level-Support [**Anzahl**] Mitarbeiter mit dem Ausbildungsstatus B gemäß **Anlage 1**.

Der Anbieter überlässt auf Verlangen des Kunden Nachweise über das Bestehen der vereinbarten Qualifikationen.

- (e) Der Anbieter erbringt den Anwendungssupport und den technischen Support nur durch Nutzung des vom Anbieter bereitgestellten Ticketsystems oder mit Hilfe der sonstigen vereinbarten Telekommunikationsmittel und in der Weise, wie dies durch den Einsatz dieser Mittel möglich ist.

(2) Nicht Gegenstand dieses Vertrages sind insbesondere

- (a) die Überlassung von Software (einschließlich Patches, Updates, Upgrades, Softwareänderungen etc.);
- (b) Leistungen, die Eingriffe in die Software erfordern, es sei denn, es handelt sich um die Nutzung von in der Software vorgegebenen, vom Anwender ausführbaren Einrichtungs- oder Einstellungsmöglichkeiten;
- (c) Leistungen zur Störungs- und Mangelbehebung außerhalb des in § 2 Abs. 1 litera (b) beschriebenen Umfangs oder Störungsbehebungsmaßnahmen, wenn die Störungsanalyse des Anbieters ergibt, dass die Ursache der Störung außerhalb der Software liegt;
- (d) Beantwortung von Anfragen, die sich nicht auf die Anwendung der Software, sondern auf organisatorische oder betriebswirtschaftliche Fragestellungen in den Geschäftsprozessen des Kunden beziehen;
- (e) Vor-Ort-Einsätze bei dem Anbieter.

(3) Der Anbieter wird den Kunden darauf hinweisen, wenn eine vom Kunden verlangte Leistung (zum Beispiel Schulung, Softwareänderung, organisatorische oder betriebswirtschaftliche Beratung, Beratung für nicht von diesem Vertrag erfasste Soft- oder Hardware) nicht Gegenstand dieses Vertrags ist. Solche Leistungen müssen gesondert vereinbart werden.

a) Ratio

Für einen Hotlinevertrag existiert kein gesetzliches oder verkehrsbüchliches Leistungsbild, allerdings dürfte die berechtigte Leistungserwartung beteiligter Verkehrskreise darin bestehen, Unterstützung bei der Benutzung der Software zu erhalten. Zur Herstellung der beiderseitigen Leistungssicherheit ist es wichtig, im Vertrag

35

die vom Anbieter zu erbringenden Hotlineleistungen zu beschreiben. Die Hotlineleistungen sind im Muster in drei Kategorien eingeteilt:

- ▷ Leistungen im Zusammenhang mit der Anwendung der Software als solcher, die als „Anwendungssupport“ bezeichnet werden,
- ▷ Leistungen zur Behebung von Störungen, die als „technischer Support“ bezeichnet werden sowie
- ▷ Leistungen in Form von Bereitstellung von Informationen, die als „Informationssupport“ bezeichnet werden.

Mindestinhalt eines Hotlinevertrags ist jedenfalls der oben beschriebene Anwendungssupport. Inwieweit der Anbieter auch technischen Support oder Informationssupport anbieten kann, muss im Einzelfall geprüft werden.

- 36 Da die konkrete Beschreibung der Leistungen, insb. der Beratungsleistungen, auf gewisse Schwierigkeiten stößt, empfiehlt es sich, die Leistungen mittels negativer Leistungsbeschreibung gegenüber solchen Leistungen abzugrenzen, die nicht Gegenstand des Hotlinevertrags sein sollen. Da es, wie oben ausgeführt, kein vorgegebenes Leistungsbild gibt, ist die sorgfältige Beschreibung der im Rahmen des Hotlinevertrags zu erbringenden Leistungen von besonderer Bedeutung.
- 36a Zwar unterfallen sowohl die positive wie auch die negative Leistungsbeschreibung gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle, jedoch haben sie dem in § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB verfassten Transparenzgebot zu genügen und sind daher klar und verständlich zu formulieren. Ist das nicht der Fall, liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor mit der Folge, dass die Klausel, weil sie den Klauseladressaten unangemessen benachteiligt, unwirksam ist. Gem. § 306 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam, anstelle der unwirksamen Klausel richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften. Problematisch ist dies jedoch dann, wenn eine gesetzliche Auffangregelung für die unwirksame Klausel fehlt, so dass die Unwirksamkeit einer die Hauptleistung beschreibenden Leistungsbestimmung die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge haben könnte. Da dies wiederum den Klauseladressaten schutzlos stellen würde, wäre die Rechtsfolge der Vertragsunwirksamkeit nach Auffassung des BGH unzulässig¹. Hier muss die Lücke im Wege einer objektivierten Vertragsauslegung geschlossen werden². Betrifft die Intransparenz die Leistungsbestimmung, dürfte der Unternehmer eine Leistung schulden, die unter Berücksichtigung des vertraglichen Zwecks dem Stand der Technik bei einem mittleren Ausführungsstandard entspricht³. Soweit die Unwirksamkeit die Vergütung erfasst, wird man auf die übliche oder angemessene Vergütung abstellen müssen⁴.

1 BGH v. 26.3.2014 – IV ZR 422/12 – Rz. 35; *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rz. 353.

2 *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rz. 369 f.

3 BGH v. 16.12.2003 – X ZR 129/01.

4 *Fuchs* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB Rz. 369 mwN.

b) Erläuterungen zu § 2 Abs. 1 lit. (a)

Die Erbringung von Beratungs- und Unterstützungsleistungen im Zusammenhang mit der vertragsgegenständlichen Software ist eine typische Hotlineleistung. Das Muster konkretisiert die Anwendungsbereiche, für die Unterstützungsleistungen erbracht werden. Danach soll im Rahmen der **Installation**, der **Einrichtung** und der **Bedienung** Unterstützung gewährt werden. Im Einzelfall kann sich die Unterstützungsleistung jedoch auch auf die Bedienung der Software beschränken oder über die vorgeschlagenen Einzelaktivitäten hinausgehen, abhängig davon, welche Aktivitäten der Kunde mit der Software ausführt. Beschreibt der Vertrag keine konkreten Leistungen, wird der Kunde Beratung und Unterstützung für alle Fragestellungen in Bezug auf die Software verlangen können. 37

Die in § 2 Abs. 1 lit. a) beschriebenen Beratungs- und Unterstützungsleistungen sind tätigkeitsbezogen und daher **dienstvertraglich** zu beurteilen (vgl. Rz. 17 ff.). 38

Die im Muster verwendeten Begriffe „Beratung“ und „Unterstützung“ sind sicherlich als solche im Hinblick auf die **Leistungstiefe** nicht besonders aussagekräftig. Insofern ist es empfehlenswert, die Leistung zu konkretisieren, notfalls auch durch eine negative Leistungsbeschreibung (s. § 2 Abs. 2 des Musters). Bei der Erstellung von Leistungsbeschreibungen ist zu beachten, dass gem. § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, §§ 308, 309 BGB nur solche Bestimmungen in AGB unterliegen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Aufgrund der Vertragsfreiheit unterfallen Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sog. Leistungsbeschreibung) sowie Vereinbarungen über das vom anderen Teil zu erbringende Entgelt, insb. soweit sie dessen Höhe betreffen, nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB, sondern nur dem Transparenzgebot. Nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibungen in diesem Sinn sind allerdings nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistungen festlegen. Es handelt sich dabei um solche Leistungsbestimmungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhaltes ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann¹. Der Inhaltskontrolle unterworfen sind hingegen Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren². 39

c) Erläuterungen zu § 2 Abs. 1 lit. (b)

§ 2 Abs. 2 lit. (b) enthält die Verpflichtung zur Erbringung von Unterstützungsleistungen bei der Behebung und Umgehung von Störungen der Software. Man könnte stattdessen die Unterstützungsverpflichtung auf Mängel der Software beschränken (vgl. Rz. 8 ff.). 40

Da eine „**Störung**“ inhaltlich nicht mit einem Mangel iS des Gewährleistungsrechts identisch ist, empfiehlt es sich, den Begriff der „Störung“ zu definieren. Das Muster stellt hierfür auf die Abweichung der Funktionsweise der Software von dem in der 41

1 BGH v. 14.11.2018 – VIII ZR 109/18; vgl. Rz. 35 ff.

2 BGH v. 25.10.2016 – XI ZR 9/15.