

Meinhard Erben (Hrsg.)

# **Allgemeine Geschäftsbedingungen**

IT-Verträge wirksam vereinbaren



Meinhard Erben (Hrsg.)

Allgemeine Geschäftsbedingungen

Meinhard Erben (Hrsg.)

# **Allgemeine Geschäftsbedingungen**

IT-Verträge wirksam vereinbaren



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über  
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2011

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011

Lektorat: Peter Pagel

Gabler Verlag ist eine Marke von Springer Fachmedien.

Springer Fachmedien ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

[www.gabler.de](http://www.gabler.de)



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 978-3-8349-2908-2



## Vorwort zur 5. Auflage

„Vertrag ist Vertrag, den habe ich schließlich unterschrieben, und jetzt kann man nichts mehr machen.“ – Sehen Sie das als IT-Spezialist auch so? Dann sollten Sie dieses Buch lesen. Denn nach den §§ 305 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sind bestimmte vorformulierte Klauseln unwirksam, da sie AGB sind. „AGB? Das ist doch nur das Kleingedruckte!“ – Weit gefehlt. Auch gut lesbare Verträge können Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) darstellen, die den §§ 305 ff. BGB unterliegen. Statistisch ist sogar die überwiegende Mehrzahl aller Verträge als AGB einzustufen und birgt damit die oben genannten Risiken für den Verwender. Sie können ganz oder in Teilen unwirksam sein, worauf sich der Vertragspartner berufen kann – aber nicht muss. Ist eine Klausel unwirksam, so müssen Sie sich nicht daran halten. Wissen Sie schon vorher, dass die Klausel als unwirksam eingestuft wird, so erübrigen sich Verhandlungen darüber. Verhandlungen können sogar schaden, da Sie der (an sich unwirksamen) Klausel damit zur Wirksamkeit verhelfen können.

„Da kann unser Kunde nichts machen, er hat schließlich diesen Absatz hier unterschrieben!“ – Das Obige gilt natürlich für Ihren Vertragspartner ebenso, wenn Sie die IT-Leistungen anbieten: Haben Sie dem Kunden eine unwirksame Klausel in den Vertrag geschrieben, und klingt sie auch noch so rechtskundig und wirksam, so muss sich Ihr Kunde nicht daran halten. Das stellt für Sie ein unternehmerisches Risiko dar, das es einzuschätzen gilt, um keine Überraschungen zu erleben.

Das Buch unterstützt daher einerseits Hersteller, Händler und Lieferanten, die AGB verwenden wollen, bei der wirksamen Ausgestaltung einzelner Regelungen. Dabei bleibt der Rat eines Juristen im Detail allerdings nötig. Andererseits erhalten Kunden so das nötige Rüstzeug, um sicher mit ihren Lieferanten verhandeln zu können. Die einzelnen Kapitel befassen sich unter anderem mit Klauseln, wie sie typischerweise in Lieferbedingungen enthalten sind, mit IT-spezifischen Klauseln in verbreiteten Vertragstypen (insbesondere mit dem Benutzungsrecht an Software) sowie mit allgemeinen und IT-spezifischen Einkaufsbedingungen der Kundenseite. In Kapitel 5 werden die Einkaufsbedingungen für Informationstechnik der öffentlichen Hand (EVB-IT Überlassung Typ A) erläutert.

Verlag und Autoren haben sich entschieden, den Titel des Werks leicht abzuwandeln, um den Fokus auf AGB besser herauszustellen und es deutlicher von dem zeitgleich in diesem Verlag in der zweiten Auflage erscheinenden Buch „Gestaltung und Management von IT-Verträgen“ des gleichen Autorenteam abzugrenzen, das das vorliegende Buch ergänzt und auf das durch eine Vielzahl von Fundstellen verwiesen wird. Seit dem Erscheinen der 4. Auflage vor vier Jahren hat die Rechtsprechung wieder eine Vielzahl von Fragen, die sich insbesondere aus der Großen Schuldrechtsreform und der Integration des früheren AGB-Gesetzes in das BGB (§§ 305 ff.) ergaben, geklärt; Literatur und Praxis haben die Umsetzung der neuen Rechtsprechung präzisiert. Die 5. Auflage der „IT-Verträge“ berücksichtigt dies. Stellungnahmen zu vorhandenen Klauseln wurden angepasst, Stellungnahmen zu neuen Klauseln aufgenommen. Auch das Sachregister wurde ergänzt. Zudem wurde der Text nochmals überarbeitet, um ihn – entsprechend der Zielsetzung des Buches

– für Nicht-Juristen noch verständlicher zu machen. Die Fußnoten verweisen nun auf das Buch Gestaltung und Management von IT-Verträgen und wurden daher komplett neu gefasst. Herstellern, Händlern, Lieferanten und Kunden steht damit ein Werk zur Verfügung, das dem aktuellen Stand der Rechtsprechung entspricht und Zusammenhänge auf eine für Nicht-Juristen verständliche Weise nahe bringt.

Mit der 5. Auflage scheiden Dr. Christoph Zahrnt und Diplom-Informatiker Michael Kubert aus dem Autorenteam aus, wir danken ihnen für die bisherige Mitarbeit.

Falls Sie Anregungen oder Fragen zum Buch haben, können Sie uns gerne eine E-Mail schreiben: [mail@kanzlei-dr-erben.de](mailto:mail@kanzlei-dr-erben.de). Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir in diesem Rahmen nur Fragen zum Buch beantworten können, nicht aber individuelle Rechtsberatung durchführen. Individuelle Rechtsberatung rund ums IT-Recht können Sie natürlich von KANZLEI DR. ERBEN erhalten, was dann aber auch einen vergütungspflichtigen Vertrag voraussetzt: [www.kanzlei-dr-erben.de](http://www.kanzlei-dr-erben.de). Wir bieten auch regelmäßig Seminare zum IT-Recht an.

Heidelberg, Mai 2011

Meinhard Erben  
Wolf Günther

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 5. Auflage.....	5
Einleitung .....	17
<b>1 Einführung in das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) .....</b>	<b>19</b>
1.1 Allgemeines .....	19
(1) Das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB als Schutzvorschriften).....	19
(2) Zielsetzung .....	21
(3) Beweislast.....	22
1.2 Wann liegen AGB vor?.....	23
(1) Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	23
(2) Umwandlung von AGB in Individualvereinbarungen durch Verhandlungen ...	25
1.3 Wie werden AGB Vertragsbestandteil?.....	26
(1) Einbeziehung der AGB (§ 305 Abs. 2 und 3 BGB) .....	26
(2) Schutzhüllenverträge .....	27
(3) Verständlichkeitsgebot/Lesbarkeitsgebot .....	29
(4) Kollision von AGB beider Vertragspartner .....	29
1.4 Inhaltskontrolle von AGB.....	30
(1) Inhaltskontrolle im Einzelfall.....	30
(2) Inhaltskontrolle durch das Bundeskartellamt.....	34
(3) Kontrollverfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz (Verbandsprozess) ....	34
1.5 Sonstige Regelungen .....	35
(1) Überraschende Klauseln (§ 305c Abs. 1 BGB).....	35
(2) Vorrang von Individualvereinbarungen (§ 305b BGB).....	37
(3) Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB).....	38
(4) Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit (§ 306 BGB).....	39
(5) Behandlung von Sonderfällen .....	40
<b>2 Typische AGB-Klauseln in Lieferbedingungen der Lieferanten .....</b>	<b>41</b>
2.1 Klauseln zum Vertragsabschluss und Vertragsinhalt .....	41
2.1.1 Zustandekommen des Vertrags.....	41
(1) Freibleibend-Klausel .....	41
(2) Verbindlichkeit des Vertragsantrags des Kunden.....	42
2.1.2 Geltung von AGB .....	43
(1) Einbeziehung von AGB in den Vertrag.....	43
(2) Einbeziehung von AGB in die Geschäftsverbindung; Rahmenvereinbarung.....	44
(3) Änderung von AGB.....	44
(4) Widersprechende AGB des Lieferanten und des Kunden .....	45

2.1.3	Schriftformerfordernis und Vollmacht.....	45
(1)	Vertragsabschluss mit schriftlicher Bestätigung des Lieferanten.....	45
(2)	Weitere Vereinbarungen vor Vertragsabschluss; Geschäftsleitungsvorbehalt (Vollmacht).....	46
(3)	Allgemeines Schriftformerfordernis .....	48
(4)	Verzicht auf die Schriftform.....	48
(5)	Vollmacht.....	49
(6)	Unbeachtlichkeit vorhergehender Vereinbarungen.....	49
2.1.4	Beteiligung Dritter am Vertragsabschluss .....	50
(1)	Beratungspflicht des Lieferanten.....	50
(2)	Angaben im Kaufvertrag über Finanzierung (z. B. durch Leasing).....	50
(3)	Zusammenhang mit Verträgen mit Vertriebspartnern.....	51
(4)	Entkoppelung der eigenen Vertragsdokumente.....	51
2.1.5	Sonderfragen zum Leasing.....	51
(1)	Keine Haftung des Leasinggebers für Verzug und Gewährleistung des Lieferanten.....	52
(2)	Übernahmebestätigung.....	53
2.2	Klauseln zur Vertragsdurchführung .....	54
2.2.1	Lieferbedingungen und Leistungsumfang .....	54
(1)	Gesonderte Vereinbarung über die Lieferzeit.....	54
(2)	Einhalten der Lieferfrist.....	55
(3)	Lieferzeit unverbindlich .....	55
(4)	Berechtigung zu Teillieferungen .....	55
(5)	Änderungen der Lieferzeiten; Rücktrittsrecht des Lieferanten .....	56
(6)	Verwendung neuwertiger Teile.....	57
(7)	Vorbehalt der Änderung von Konstruktion und Form .....	57
(8)	Benutzerdokumentation nicht geschuldet.....	58
(9)	Benutzerdokumentation als Maßstab.....	59
(10)	Benutzerdokumentation teilweise in Englisch.....	59
2.2.2	Eigentumsvorbehalt .....	60
(1)	Erweiterter Eigentumsvorbehalt .....	60
(2)	Benachrichtigung des Lieferanten bei Pfändung.....	60
2.2.3	Zahlungspflicht des Kunden.....	61
(1)	Kosten der Installation .....	61
(3)	Preiserhöhungen.....	62
2.2.4	Aufrechnung, Abtretung und Zurückbehaltungsrecht .....	63
(1)	Aufrechnung durch den Kunden.....	63
(2)	Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts.....	63
(3)	Abtretung von Rechten und Pflichten aus dem Vertrag .....	64
2.2.5	Übergang der Gefahr.....	64
2.2.6	Abnahme.....	65

---

(1)	Abnahme mit Übergabe und Demonstration der Betriebsbereitschaft .....	65
2.3	Klauseln zu Pflichtverletzungen .....	66
2.3.0	Allgemeines .....	66
(1)	Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen .....	66
2.3.1	Verzug des Kunden mit der Zahlung.....	67
(1)	Rücknahmerecht des Lieferanten.....	67
(2)	Verzugszinsen .....	67
(3)	Einstellen der Leistung durch den Lieferanten .....	68
2.3.2	Verzug des Kunden mit der Annahme der Leistung.....	69
(1)	Recht des Lieferanten, anderweitig zu verfügen .....	69
(2)	Rücktritt und Schadensersatz .....	70
(3)	Ersatz von Kosten der Lagerung.....	70
2.3.3	Ansprüche des Kunden bei Verzug des Lieferanten.....	71
(1)	Entschädigung.....	71
(2)	Rücktrittsrecht .....	71
(3)	Nachfrist von vier Wochen bei Verzug .....	72
2.3.4	Gewährleistungspflicht des Lieferanten .....	72
(1)	Beginn und Dauer der Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Mängeln .....	72
(2)	Ausschluss der Gewährleistung wegen Ablaufs der Rügefrist .....	73
(3)	Nachbesserungsrecht des Lieferanten .....	74
(4)	Ausschluss der Gewährleistung bei fehlendem Vertretenmüssen des Lieferanten bzw. bei Änderungen/Eingriffen durch den Kunden.....	74
(5)	Ausschluss der Gewährleistung für gebrauchte IT-Anlage / bei Verwendung untauglichen Zubehörs .....	75
(6)	Pflicht des Kunden, Mängel zu melden .....	76
(7)	Mängelbeseitigung am Sitz des Lieferanten; Kunde überspielt Korrekturmaßnahme .....	76
(8)	Kosten der Nachbesserung.....	77
(9)	Vergütung des Aufwands bei nicht nachgewiesenem Mangel .....	78
(10)	Ausschluss der Gewährleistung bei nicht reproduzierbaren Mängeln.....	78
(11)	Wartungsvertrag als Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche.....	79
(12)	Verweis auf Dritte.....	79
2.3.5	Einschränkung von Schadensersatzansprüchen des Kunden .....	80
(1)	Ausschluss der Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit .....	80
(2)	Kein Ersatz für mittelbare Schäden / Haftungsobergrenzen.....	82
(3)	Kein Ersatz bei Verlust von Daten .....	83
2.4	Klauseln zu Rahmenbedingungen.....	83
2.4.1	Anwendbares Recht .....	83
2.4.2	Gerichtsstandsvereinbarungen.....	84
2.4.3	Ausfuhrkontrollbestimmungen.....	84
2.4.4	Teilunwirksamkeitsklausel und salvatorische Klausel.....	85

(1)	Teilunwirksamkeitsklausel .....	85
(2)	Salvatorische Klausel.....	85
<b>3</b>	<b>IT-spezifische AGB-Klauseln der Lieferanten .....</b>	<b>87</b>
3.1	Klauseln zur Überlassung von Software-Produkten (Standardsoftware) .....	87
3.1.1	Ansprüche wegen Mängeln (Gewährleistung) .....	88
(1)	Mängelfreiheit nicht geschuldet .....	88
(2)	Form der Mängelmeldung .....	89
(3)	Ausschluss der Gewährleistung bei Änderungen durch den Kunden.....	89
(4)	Einsatz der Software-Produkte nur auf dafür freigegebenen Typen von IT-Anlagen .....	90
(5)	Einschränkung/Ausschluss des Rücktritts.....	91
(6)	Keine Kombinierbarkeit der Funktionen bei Software-Produkten .....	92
(7)	Löschen von Kopien bei Vollzug des Rücktritts .....	93
(8)	Mängelbeseitigung durch neue Version/Auswechllösung .....	94
(9)	Verbot für bestimmte Einsatzbereiche.....	95
(10)	Kein vorausgesetzter Gebrauch geschuldet.....	95
(11)	Einschränkung der Rechtsmängelhaftung.....	96
(12)	Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit .....	96
3.1.2	Benutzungsrecht im Allgemeinen.....	97
(1)	Nutzungsrecht nur in Verbindung mit dem Abschluss eines Pflegevertrags.....	98
(2)	Eigentumsvorbehalt am Datenträger.....	98
(3)	Nutzungsrecht ruht bei Zahlungsverzug.....	98
(4)	Urheberrechtsschutz unterstellt .....	99
(5)	Software-Produkte als Betriebsgeheimnisse.....	99
(6)	Weitergabeverbot.....	100
	(6.1) Lieferung der Quellprogramme.....	101
	(6.2) Lieferung der Objektprogramme.....	101
	(6.3) Langfristige Benutzungsmöglichkeit .....	101
	(6.4) Systemsoftware .....	102
	(6.5) Weitergabeverbot bei größenbezogener Vergütung.....	102
	(6.6) Weitergabeverbot bei Mehrfacheinsatz .....	102
	(6.7) Weitergabeverbot bei Überlassung als „Lizenzvertrag“ .....	103
	(6.8) Weitergabeverbot bei Nutzungsrecht für eine Unternehmensgruppe .....	103
	(6.9) Weitergabeverbot bei urheberrechtlich nicht geschütztem Programm .....	103
(7)	Weitergabe an Dritte unter Bindung des Zweiterwerbers/ nur mit Zustimmung des Lieferanten .....	103
	(7.1) Bindung des Zweiterwerbers an den Überlassungsvertrag .....	103
	(7.2) Zustimmungsvorbehalt.....	105
(8)	Verbot von Änderungen / Änderungen nur mit Zustimmung des Lieferanten.....	105

(9)	Kopierbeschränkungen/Kopierverbote .....	107
(10)	Verbot der Mängelbeseitigung .....	107
3.1.3	Umfang des Benutzungsrechts .....	108
(1)	Installation und Einsatz der Software-Produkte auf irgendeiner/einer bestimmten IT-Anlage.....	108
(2)	Benutzung von gebündelten Software-Produkten nur auf einem PC.....	110
(4)	Keine Benutzung auf einer anderen IT-Anlage/Zentraleinheit .....	112
	(4.1) Benutzung ausgeschlossen .....	113
	(4.2) Benutzung vergütungspflichtig .....	114
	(4.3) Benutzung zustimmungsbedürftig .....	114
(5)	Benutzung für RZ-Dienstleistungen.....	114
(6)	Kein Vorzugspreis bei Lieferung einer neuen Version .....	115
(7)	Ausschluss des Anspruchs auf eine nach Wechsel des Typs der IT-Anlage erforderliche Variante .....	115
(8)	Benutzung über das Internet.....	117
3.1.4	Klauseln zur Bindung des Benutzungsrechts an bestimmte Typen von IT-Anlagen .....	120
(1)	Einsatz von Anwendungssoftware nur auf freigegebenen Typen von IT-Anlagen .....	120
(2)	Einsatz von Systemsoftware nur auf freigegebenen Typen von Hardware .....	121
(3)	Bindung des Einsatzes von Anwendungssoftware an Herstellerhardware .....	122
3.1.5	Programmschutz.....	122
(1)	Pflichten des Kunden .....	122
	(1.1) Vernichtungsgebot oder Rückgabe bei Benutzungsende .....	123
	(1.2) Vertragsstrafe.....	123
	(1.3) Erlöschen des Benutzungsrechts .....	123
(2)	Technische Maßnahmen des Lieferanten.....	124
(3)	Kontrollrechte des Lieferanten .....	124
(4)	Verbot der Kenntnisgabe der Quellprogramme an Dritte .....	125
(5)	Verbot des Dekompilierens.....	126
3.1.6	Besonderheiten bei Miete .....	127
(1)	Mängelhaftung (Gewährleistung).....	127
(2)	Vermietungsverbot.....	128
(3)	Erhöhung des Mietzinses .....	128
3.2	Klauseln zur Erstellung von Programmen .....	128
3.2.1	Erstellungsphase .....	128
(1)	Erstellung der Spezifikation.....	128
(2)	Wunsch des Kunden wie vom Lieferanten bestätigt.....	129
3.2.2	Leistungspflichten .....	130
(1)	Einschränkungen der Lieferpflicht des Lieferanten .....	130
	(1.1) Keine bzw. eingeschränkte Lieferung der Quellprogramme .....	130

(1.2) Keine Lieferung von Entwicklungswerkzeugen .....	131
(1.3) Benutzerdokumentation nur, falls vereinbart .....	131
(2) Vergütung, insbesondere von Nebenkosten, durch den Kunden .....	132
3.2.3 Abnahme .....	133
(1) Keine Meldung eines schweren Mangels innerhalb einer bestimmten Frist .....	134
(2) Produktive Nutzung .....	134
3.2.4 Benutzungsumfang .....	135
(1) Benutzungsrecht des Kunden .....	135
(2) Einsatz nur auf bestimmten Typen von IT-Anlagen .....	135
(3) Änderungen durch den Kunden .....	136
3.2.5 Programmschutz .....	136
(1) Kenntnisgabe der Quellprogramme an Dritte .....	136
(2) Geheimhaltungspflichten des Lieferanten .....	137
3.2.6 Einschränkung der Mängelbeseitigungspflicht des Lieferanten .....	138
(1) Kosten der Selbstvornahme .....	138
(2) Keine Pflicht zur Mängelbeseitigung in Vorprodukten .....	138
3.2.7 Einschränkung von weiteren Mängelhaftungsansprüchen („Gewährleistungsansprüchen“) des Kunden .....	139
(1) Ausschluss des Rücktritts .....	139
(2) Pauschale Mindestfrist zur Mängelbeseitigung .....	139
(3) Entkoppelung mehrerer Verträge .....	140
3.3 Klauseln zur Wartung/Reparatur von Hardware .....	140
3.3.1 Wartungspflicht des Lieferanten .....	141
(1) Vereinbarung einer Beendigungsmöglichkeit .....	141
(2) Beginn mit Installation .....	142
3.3.2 Leistungspflichten des Lieferanten .....	142
(1) Verbrauchsmaterial/Ersatzteile .....	143
(2) Austausch durch gebrauchte Teile .....	143
(3) Instandhaltung auf Abruf .....	143
(4) Bestimmte Reparaturen außerhalb der Pauschale .....	144
3.3.3 Zahlungspflicht des Kunden .....	144
(1) Vorauszahlungspflicht .....	144
(2) Preisvorbehalt des Lieferanten .....	144
3.3.4 Wartung nach Zeit und Material / zu Reparaturaufträgen .....	145
(1) Berechnungsgrundlage .....	145
(2) Austauschteile .....	146
3.3.5 Haftung des Lieferanten .....	147
3.4 Klauseln zur Pflege von Software-Produkten .....	147
3.4.1 Pflegepflicht des Lieferanten .....	147
(1) Ablehnung des Lieferanten in den Überlassungs-AGB, Pflegeleistungen zu erbringen .....	147



(2)	Benutzungsrecht nur bei Fortdauer des Pflegevertrags .....	148
(3)	Mindestlaufzeit .....	148
(4)	Kündigungsrecht .....	149
(5)	Beginn mit Installation .....	149
(6)	Fristsetzung .....	150
3.4.2	Leistungspflichten des Lieferanten .....	150
(1)	Anpassung an geänderte Rechtsvorschriften .....	150
(2)	Maßgebliche Version .....	151
3.4.3	Benutzungsrecht des Kunden .....	152
(1)	Änderungen durch den Kunden .....	152
3.4.4	Zahlungspflicht des Kunden .....	153
(1)	Gesonderte Erstattung von Reisekosten .....	153
(2)	Preisvorbehalte auf die Pflegepauschale .....	154
(3)	Zusätzliche Vergütung bei Ablehnung der Fernpflege .....	154
(4)	Förmliches Inverzugsetzen nicht notwendig .....	155
3.4.5	Haftung des Lieferanten .....	155
<b>4</b>	<b>AGB-Klauseln der Auftraggeber (Kunden)</b>	
	<b>(„Einkaufsbedingungen“)</b> .....	<b>157</b>
4.1	Klauseln zum Vertragsabschluss und zum Vertragsinhalt .....	158
(1)	Abwehrklausel .....	158
4.2	Klauseln zur Vertragsdurchführung .....	158
4.2.1	Lieferbedingungen und Leistungsumfang .....	158
(1)	Veränderung der Liefertermine .....	158
(2)	Lieferzeit .....	159
(2.1)	Neuer Termin bei Lieferverzögerungen .....	159
(2.2)	Keine Rechte des Lieferanten bei Ruhen der Arbeit .....	159
(2.3)	Begrenzte zusätzliche Vergütung bei vom Lieferanten nicht verschuldeter Terminverzögerung .....	160
(3)	Erfüllungsort .....	160
(4)	Meistbegünstigungsklausel .....	160
4.2.2	Zahlungspflicht des Kunden .....	161
(1)	Vereinbarung eines Zahlungsziels .....	161
4.2.3	Abtretung .....	161
(1)	Abtretungsverbot .....	161
(2)	Abtretung von Rechten und Pflichten .....	162
4.2.4	Übergang der Gefahr .....	162
(1)	Gefahrtragung .....	162
4.2.5	Abnahme .....	163
(1)	Gegenzeichnung des Abnahmeprotokolls .....	163
(2)	Kunde erklärt Abnahme bei Vertragsgemäßheit der Programme .....	163

(3)	Übergabe und Gutbefund der Unterlagen.....	164
(4)	Probezeit vor Abnahme .....	164
4.2.6	Eigentums- und Nutzungsrechte .....	165
(1)	Eigentum an den Unterlagen/Übertragung der Nutzungsrechte .....	165
(2)	Haftung des Lieferanten bei bestehenden Schutzrechten Dritter .....	166
4.2.7	Geheimhaltungspflicht des Lieferanten .....	166
(1)	Geheimhaltung von Know-how und anderen Informationen.....	166
(2)	Datenschutz .....	168
(3)	Rechte an den Arbeitsergebnissen .....	168
4.2.8	Abwerbung.....	168
4.2.9	Mitteilung über Vorlieferanten.....	169
4.3	Klauseln zu Pflichtverletzungen .....	169
4.3.1	Ansprüche des Kunden bei Verzug des Lieferanten.....	169
(1)	Mahnung und Fristsetzung nicht erforderlich.....	169
(2)	Verschulden nicht erforderlich .....	170
(3)	Vertragsstrafe zusätzlich .....	170
4.3.2	Mängelhaftungspflicht (Gewährleistungspflicht) des Lieferanten .....	171
(1)	Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist .....	171
(2)	Gewährleistungsfrist bei Nachbesserung .....	172
(3)	Mängelbeseitigung nach Abnahme .....	172
(4)	Vorhandensein von Mängeln.....	174
(5)	Überlassene Unterlagen .....	174
(6)	Unklarheiten der Aufgabenstellung .....	175
(7)	Lieferant übernimmt Garantie für Mängelfreiheit.....	175
(8)	Berechtigung zur Selbstvornahme .....	176
(9)	Rückgriff bei Weiterverkäufen an Unternehmer .....	176
(10)	Gewährleistung bei Rechtsmängeln .....	177
(11)	Keine unverzügliche Rügepflicht.....	178
<b>5</b>	<b>Beispiel: EVB-IT Überlassung Typ A.....</b>	<b>179</b>
5.1	Gegenstand des Vertrages.....	179
5.2	Art und Umfang der Leistung .....	180
5.3	Nutzungsrechte* .....	181
5.4	Außerordentliche Kündigung der Nutzungsrechte* .....	183
5.5	Vergütung.....	184
5.6	Verzug .....	184
5.7	Gewährleistung .....	187
5.8	Schutzrechtsverletzung.....	190
5.9	Sonstige Haftung .....	192

---

5.10	Verjährung .....	193
5.11	Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit.....	193
5.12	Schriftform .....	194
5.13	Anwendbares Recht .....	194
5.14	Salvatorische Klausel.....	195
5.15	Begriffsbestimmungen .....	195
	Literaturverzeichnis .....	197
	Sachregister .....	199

# Einleitung

Das AGB-Recht schränkt die Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und damit die Möglichkeit ein, von den nachgiebigen Regelungen des Zivilrechts, vor allem des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), abzuweichen. Klauseln, die nicht im zulässigen Bereich liegen, sind unwirksam. Sie werden durch das geltende Recht ersetzt. Genau das möchte derjenige, der solche Klauseln verwendet, aber vermeiden. Der Versuch, dies durch Aufnahme einer Bestimmung zu umgehen, nach der unwirksame Klauseln durch solche ersetzt werden, die den unwirksamen wirtschaftlich möglichst nahe kommen, aber gerade noch zulässig sind, wird fehlschlagen: Denn auch eine solche Klausel ist unwirksam<sup>1</sup>. Das kann sich sehr nachteilig für den Verwender von AGB auswirken. Verwendet er in AGB z. B. eine Haftungsbeschränkung, die nicht den Anforderungen des AGB-Rechts entspricht, ist diese unwirksam, d. h. der Verwender haftet unbegrenzt! Daher bleibt der Rat eines Juristen für die Ausgestaltung im Detail nötig.

Das Buch soll denjenigen, der AGB verwenden will, also in erster Linie den Anbieter, dabei unterstützen, diese wirksam zu gestalten.

Das Buch soll ebenso dem Kunden, dem AGB vorgelegt werden, aufzeigen, inwieweit er den einzelnen Klauseln widersprechen kann. Denn über unwirksame Klauseln braucht er nicht zu verhandeln. Sie bleiben trotz seiner Unterschrift unwirksam. Bei unwirksamen Einschränkungen der Schadensersatzpflicht des Lieferanten z. B. kann der Kunde ruhig abwarten: Wenn es wirklich zu einem Schaden kommt, kann er immer noch darauf hinweisen, dass die Klausel unwirksam ist. Trotz ihrer Unwirksamkeit sollte der Kunde dagegen solchen Klauseln widersprechen, die die Abwicklung des Projekts betreffen, weil es auf sie mit hoher Wahrscheinlichkeit bei der Projektdurchführung ankommt und damit Ärger über solche Klauseln vorprogrammiert ist, so z. B. bei einer Klausel: „Mit Übergabe und Demonstration der Betriebsbereitschaft gilt die Abnahme der Leistung als erklärt“<sup>2</sup>. Denn der Kunde wird in der Regel zunächst einmal eine Frist für die Überprüfung der Leistung in Anspruch nehmen wollen, bevor er die Abnahme erklärt.

Diese Aussagen werden Leser, die keine juristischen Kenntnisse haben, möglicherweise überraschen. Kapitel 1 „Einführung in das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB)“ schafft deshalb eine Verständnisgrundlage.

Kapitel 2 befasst sich mit Klauseln, wie sie in Lieferbedingungen typischerweise enthalten sind. Diese Klauseln sind nur beschränkt IT-spezifisch. Es wird hier von einem Liefervertrag über Hardware und Software ausgegangen, wobei die spezifischen Fragen des Benutzungsrechts an Software in diesem Kapitel ausgeklammert sind.

---

<sup>1</sup> vgl. Kapitel 2.4.4 (2).

<sup>2</sup> vgl. Kapitel 2.2.6 (2).

Kapitel 3 befasst sich mit den IT-spezifischen Klauseln in verbreiteten Vertragstypen, insbesondere mit dem Benutzungsrecht an Software.

In Kapitel 4 werden die Rollen getauscht: Es befasst sich mit allgemeinen und mit IT-spezifischen Einkaufsbedingungen der Kundenseite.

In Kapitel 5 wird ein Muster der Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand (EVB-IT) als geschlossenes AGB-Werk aus der Praxis erläutert. Dieses wird auch von Auftragnehmerseite verwendet. Bei den Ausführungen wird auf Klauseln mit der jeweiligen Thematik in den Kapiteln 1 bis 3 verwiesen.

Das Buch baut auf dem zeitgleich in diesem Verlag in der zweiten Auflage erscheinenden Buch „Gestaltung und Management von IT-Verträgen“ auf und ergänzt dieses. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird darauf umfangreich verwiesen. Das Buch verzichtet weitgehend auf Literatur- und Rechtsprechungshinweise.

# 1 Einführung in das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB)

## 1.1 Allgemeines

### (1) Das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB als Schutzvorschriften)

Im deutschen Recht gilt die Vertragsfreiheit. Dies bedeutet, dass die Vertragspartner grundsätzlich vereinbaren können, was sie wollen, auch wenn das Gesetz eigentlich etwas anderes vorsieht („Jeder ist seines Glückes Schmied.“).

#### ➤ Beispiel:

Nach dem Gesetz hat derjenige, der einen Anspruch gegenüber einem anderen hat, dem anderen zugleich aber auch etwas schuldet, grundsätzlich das Recht, seine Leistung zurückzuhalten, bis auch der andere seine Leistung erbracht hat (Zurückbehaltungsrecht<sup>3</sup>). In Verträgen wird dieses Recht meist ausgeschlossen.

Es gibt aber einige so genannte zwingende Rechtsvorschriften, die die Vertragsfreiheit einschränken. Von diesen darf also auch durch vertragliche Vereinbarungen nicht abgewichen werden. Zwingend sind Rechtsvorschriften, wenn der Gesetzgeber einen Vertragspartner schützen will, z. B. weil er aufgrund seiner Position besonders schutzbedürftig ist (z. B. Arbeitnehmer, Wohnungsmieter, aber auch derjenige, gegenüber dem AGB verwendet werden<sup>4</sup>), und nicht nur – wie im Regelfall – einen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien herbeiführen will, der auch ganz anders erreicht werden könnte. Im BGB sind zwingende Vorschriften die Ausnahme.<sup>5</sup> Im Bereich von IT-Verträgen gibt es – außer den §§ 305 BGB – fast keine praxisrelevanten zwingenden Rechtsvorschriften.

Die allgemeine Grenze für die Vertragsfreiheit wird in individuell ausgehandelten Verträgen im Wesentlichen dadurch bestimmt, dass Verträge nicht sittenwidrig sein dürfen. Wenn jemand aber die Vertragsfreiheit nutzt, um AGB zu formulieren, die unverändert zum Vertragsbestandteil werden sollen, wird die Grenze enger gezogen. Die §§ 305 ff. BGB schränken die Vertragsfreiheit bei der Ausgestaltung von AGB und damit die Möglichkeit ein, von den nachgiebigen Regelungen des BGB abzuweichen.<sup>6</sup> Klauseln in AGB dürfen zwar etwas von den gesetzlichen Regelungen abweichen – würde das nicht zugelassen

---

<sup>3</sup> siehe Kapitel 1.5.(4) und 2.2.4 (2).

<sup>4</sup> siehe sogleich (2).

<sup>5</sup> Gestaltung und Management, 1.2.

<sup>6</sup> vgl. Gestaltung und Management, Kapitel 4.3.

werden, wäre von der Vertragsfreiheit nicht mehr viel übrig. Sie dürfen aber nicht *unangemessen* (= *grob*) abweichen, insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.<sup>7</sup>

Die §§ 305 ff. BGB regeln also nicht den Inhalt von AGB-Klauseln, sondern erklären Klauseln für unwirksam, die von den gesetzlichen Regelungen, insbesondere Treu und Glauben, grob abweichen. Sie enthalten zwar Kataloge von Klauseln (vgl. §§ 308, 309), aber nur in dem Sinne, dass diese Kataloge Klauseln auflisten, die bestimmt oder wahrscheinlich unwirksam sind. Die §§ 305 ff. BGB beschränken also nur die Zulässigkeit von Abweichungen im Bereich des nachgiebigen Rechts. Welche Unterschiede sich in der Zulässigkeit von Vereinbarungen ergeben, zeigt beispielhaft **Abbildung 1.1**, welche zeigt, wann die vertragliche Haftung ausgeschlossen werden kann:

**Abbildung 1.1 Inhaltskontrolle am Beispiel des Haftungsausschlusses**

### In ausgehandelten Verträgen

ist

Haftung des	für:	Vorsatz	grobe Fahrlässigkeit	einfache Fahrlässigkeit
_ gesetzl. Vertreters:	nicht ausschließbar	} ausschließbar	} ausschließbar	} ausschließbar
_ Erfüllungsgehilfen:	ausschließbar			

### In AGB

ist

Haftung des	für: ...	Vorsatz	grobe Fahrlässigkeit	einfache Fahrlässigkeit
_ gesetzl. Vertreters:	nicht ausschließbar	nicht ausschließbar	nur begrenzt einschränkbar	
_ Erfüllungsgehilfen:	nicht ausschließbar	manchmal ausschließbar	nur begrenzt einschränkbar	

Wie oben bereits erwähnt, können zwingende Vorschriften<sup>8</sup> des BGB nicht abbedungen werden, weder durch AGB noch Individualvereinbarung. Erwähnenswert sind die §§ 444, 536d und 639 BGB, die zwingend festlegen, dass man sich bei Arglist bzw. übernommenen Garantien nicht auf eine Vereinbarung zum Haftungsausschluss berufen kann.

<sup>7</sup> siehe Kapitel 1.4 (1).

<sup>8</sup> zum Begriff vgl. Gestaltung und Management, 1.2.

§ 310 BGB legt den Anwendungsbereich der §§ 305 bis 309 BGB fest. Er verwendet dazu die Definitionen des Verbrauchers und Unternehmers aus den §§ 13 bzw. 14 BGB: Ein Verbraucher ist danach „jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Ein Unternehmer ist hingegen eine natürliche oder juristische Person, die „bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“. Damit sind auch Freiberufler einbezogen.

### ➤ Beispiele:

Herr Meier ist Geschäftsführer einer Softwarefirma. Wenn er nun bei der Firma Müller einen Laptop bestellt, hängt es davon ab, ob er diesen für sich privat (= Verbraucher) oder für die Firma (= Unternehmer) braucht. Typischerweise wird sich an der Verwendung von Firmenbriefpapier oder der Zeichnung („Meier, GF“) erkennen lassen, ob Herr Meier als Verbraucher oder Unternehmer handelt.

Die Unterscheidung ist wichtig für die Inhaltskontrolle<sup>9</sup> nach dem AGB-Recht: Unternehmer werden in geringerem Maße als Empfänger von AGB geschützt als Verbraucher, da der Gesetzgeber annimmt, Unternehmer seien rechtskundiger und rechtsgewandter als Verbraucher.

Das Unterlassungsklagengesetz (UkLaG) vervollständigt die §§ 305 ff. BGB. Es regelt ein Verfahren, wie gerichtlich außerhalb eines konkreten Rechtsstreits festgestellt werden kann, ob eine Klausel den §§ 305 ff. BGB widerspricht.<sup>10</sup>

## (2) Zielsetzung

Die §§ 305 ff. BGB sollen die Vertragspartner des Verwenders von AGB schützen. Man geht davon aus, dass der Verwender eine gewisse Marktmacht hat, die kontrolliert werden muss. Der Gedanke des Verbraucherschutzes wurde durch die Einführung des § 310 Abs. 3 BGB noch erheblich verstärkt<sup>11</sup>. Man geht weiterhin davon aus, dass der Verwender seine AGB mit juristischer Beratung in seinem Interesse vorformuliert hat und damit einen erheblichen Verhandlungsvorsprung hat. Das Gesetz will den Missbrauch dieser Stellung des Verwenders verhindern, insbesondere durch die Inhaltskontrolle<sup>12</sup>: Nur solche Abweichungen vom BGB sind zulässig, die den anderen Vertragspartner nicht *unangemessen* benachteiligen.

---

<sup>9</sup> Kapitel 1.4.

<sup>10</sup> dazu unten 1.4 (3).

<sup>11</sup> dazu unten 1.4.

<sup>12</sup> Kapitel 1.4.



Die §§ 305 ff. BGB greifen auch dann korrigierend ein, wenn sich der andere Vertragspartner mit der Geltung der AGB des Verwenders einverstanden erklärt hat, z. B. sie unterzeichnet hat. Anders ist es, wenn die Vertragspartner über die AGB so viel verhandelt haben, dass sie zu Individualvereinbarungen geworden sind.<sup>13</sup>

Die §§ 305 ff. BGB greifen – wenn auch nicht so stark – ebenfalls ein, wenn ein Unternehmer<sup>14</sup> seine AGB gegenüber einem anderen Unternehmer oder gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber verwendet.<sup>15</sup> Dabei spielen die Größe und die Marktstellung des anderen Vertragspartners keine Rolle.

Also sollte der Verwender die gesetzlichen Regelungen, insbesondere die von Treu und Glauben, bei der Formulierung seiner AGB beachten. Dies empfiehlt sich für die Lieferantenseite häufig ohnehin, um mit den eigenen AGB vor Auftraggebern bestehen zu können.

### **(3) Beweislast**

Wer sich auf den Schutz der §§ 305 ff. BGB beruft, muss beweisen, dass es sich bei der von ihm angegriffenen Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

Gedruckte, fotokopierte sowie auf andere Weise vervielfältigte Dokumente legen den Schluss nahe, dass sie vorformuliert<sup>16</sup> worden sind. Trifft dies zusammen mit anderen typischen Merkmalen von AGB, z. B. der abstrakten Bezeichnung der Vertragsparteien als „Kunde“ etc., gehen die Gerichte davon aus, dass es sich um AGB handelt, wenn derjenige, der die AGB verwendet, nichts vortragen kann, was diesen Anschein erschüttert.

Der Beweis ist dagegen schwer zu führen, wenn AGB in den individuellen Vertragstext eingebettet werden.<sup>17</sup> Dann muss der Kunde nachweisen, dass der Lieferant die Klausel mit dem gleichen Inhalt auch in anderen Verträgen verwendet.

Ist der Beweis erbracht, muss der Verwender den Entlastungsbeweis führen, und zwar, dass die Klausel verhandelt worden ist und damit ihren Charakter als AGB-Klausel verloren hat. Daran sind nach der Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen. Besondere Fragen der Beweislast<sup>18</sup> werden bei den jeweiligen Paragraphen behandelt.

---

<sup>13</sup> Kapitel 1.2 (2).

<sup>14</sup> Gestaltung und Management, Kapitel 4.4.

<sup>15</sup> siehe Kapitel 1.4 (1).

<sup>16</sup> siehe Kapitel 1.2 (1).

<sup>17</sup> Kapitel 1.2 (1).

<sup>18</sup> zum Begriff vgl. Gestaltung und Management, Kapitel 5.3.