

Beck'sches Formularbuch IT-Recht

5., überarbeitete und erweiterte Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74218-7
C.H.BECK

der Grundmiete nach Absatz 1. Die Transaktionen werden von der Software monatsweise protokolliert und zur Authentifizierung elektronisch signiert. Die Protokolldatei einschließlich Signatur ist spätestens zum Ende eines jeden Monats an den Vermieter zu übermitteln, sofern keine Anbindung an ein Kommunikationsnetz gegeben ist, über das die Übermittlung automatisch abgewickelt werden kann.

(3) Der Vermieter kann die Grundmiete und die Kosten je Transaktion nach billigem Ermessen (§ 315 III BGB) durch Mitteilung an den Mieter mit Zugang spätestens sechs Wochen vor Ablauf eines Vertragsjahres mit Wirkung für die folgenden Vertragsjahre anpassen.

(4) Alle Entgelte verstehen sich zzgl. der gesetzlichen Umsatzsteuer.

(5) Die Abrechnung der Miete erfolgt monatlich. Zur Abrechnung weist die Software zu Beginn eines jeden Kalendermonats die für den vorangegangenen Monat angefallenen Transaktionen je Gruppe aus. Der Mieter wird hieraus die jeweils zu entrichtende Miete berechnen und diese dem Vermieter bis spätestens zum 15. eines Monats zahlen.

to paragraph 1. The transactions are logged by the software on a monthly basis and electronically signed for authentication. The log file including signature must be transmitted to the Lessor at the latest by the end of each month, unless there is a connection to a communication network via which the transmission can be handled automatically.

(3) The Lessor may adjust the basic rent and the costs per transaction at his reasonable discretion (§ 315 III BGB) by notifying the Lessee with upon six weeks notice as of receipt before the end of a contractual year with effect for the following contractual years.

(4) All fees are exclusive of statutory value-added tax.

(5) The rent shall be invoiced monthly. For billing purposes, at the beginning of each calendar month, the software shows the transactions per group for the previous month. Based on the number of transactions, the Lessee will calculate the rent to be paid and pay the amount due to the Lessor by the 15th of a month at the latest.

§ 4 Rechteeinräumung/Nutzungssperre

(1) Der Mieter ist für die Laufzeit des Vertrages berechtigt, die Software zur Nutzung auf einem Rechner zu vervielfältigen. Zu den nur für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland gestatteten Vervielfältigungshandlungen gehören die Installation auf einen Datenträger des Rechners, das Übertragen der Software ganz oder in Teilen von diesem Datenträger in den Arbeitsspeicher und in der Folge in die CPU und Grafikkarte des Rechners.⁵

(2) Der Einsatz der überlassenen Software ist nur auf dem Rechner zulässig, auf dem die Software erstmalig installiert und freigeschaltet wurde. Eine erneute Installation

§ 4 Granting of Rights/Blocking of Use

(1) For the duration of the contract, the Lessee is entitled to reproduce the software for use on one computer. The acts of reproduction permitted only for the territory of the Federal Republic of Germany include the installation on a data carrier of the computer, the transfer of the software in whole or in part from this data carrier to the main memory and subsequently to the CPU and graphics card of the computer.⁵

(2) The use of the provided software is only permitted on the computer on which the software was first installed and activated. A renewed installation of the soft-

der Software, gleich aus welchem Grund, auch auf dem Ursprungsrechner, erfordert eine Freischaltung durch die Vermieterin. ERFOLGT KEINE FREISCHALTUNG, IST DIE NUTZUNG DER SOFTWARE AB DEM 21. TAG DER INSTALLATION GESPERRT.⁶

(3) Der Mieter darf die Software an Dritte weder veräußern, noch verschenken oder verleihen, noch weitervermieten und verlesen.

(4) Der Mieter ist nicht berechtigt, die vorhandenen Schutzmechanismen des Programms gegen eine unberechtigte Nutzung zu entfernen oder zu umgehen, es sei denn dies ist erforderlich, um die störungsfreie Programmnutzung zu erreichen.

§ 5 Schutzrechtsverletzungen⁷

(1) Der Vermieter stellt den Mieter auf eigene Kosten von allen Ansprüchen Dritter aus vom Vermieter zu vertretenden Schutzrechtsverletzungen frei. Der Mieter wird den Vermieter unverzüglich über die geltend gemachten Ansprüche Dritter informieren. Informiert er den Vermieter nicht unverzüglich über die geltend gemachten Ansprüche, erlischt dieser Freistellungsanspruch.

(2) Im Falle von Schutzrechtsverletzungen darf der Vermieter – unbeschadet etwaiger Schadensersatzansprüche des Mieters – nach eigener Wahl und auf eigene Kosten hinsichtlich der betroffenen Leistung

- a) nach vorheriger Absprache mit dem Mieter Änderungen vornehmen, die unter Wahrung von dessen Interessen gewährleisten, dass eine Schutzrechtsverletzung nicht mehr vorliegt oder
- b) für den Mieter die erforderlichen Nutzungsrechte erwerben.

ware, for whatever reason, also on the original computer, requires an activation by the Lessor. IF THERE IS NO ACTIVATION, THE USE OF THE SOFTWARE IS BLOCKED FROM THE 21ST DAY OF INSTALLATION.⁶

(3) The Lessee may not sell, give away or lend the software to third parties, nor sublet or lease it.

(4) The Lessee is not entitled to remove or circumvent the existing protective mechanisms of the program against unauthorized use, unless this is necessary to achieve trouble-free program use.

§ 5 Infringements⁷

(1) The Lessor shall indemnify the Lessee at his own expense against all claims by third parties arising from infringements of intellectual property rights for which the Lessor is responsible. The Lessee shall inform the Lessor without culpable delay of any claims asserted by third parties. If he does not inform the Lessor without culpable delay about the asserted claims, this claim for exemption expires.

(2) In the event of infringements of property rights, the Lessor may – without prejudice to any claims for damages by the Lessee – at his own discretion and expense with regard to the service concerned

- a) after prior consultation with the Lessee, make changes which, while safeguarding the Lessee's interests, ensure that an infringement of property rights no longer exists, or
- b) acquire the necessary rights of use for the Lessee.

§ 6 Laufzeit/Rückgabe

(1) Die Überlassung der Software erfolgt zunächst für eine feste Laufzeit von 36 Monaten. Danach kann der Vertrag mit einer Frist von 6 Monaten zum Ende eines Kalenderjahres schriftlich gekündigt werden.

(2) Die Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt.

(3) Nach Beendigung des Vertrages hat der Mieter die vom Vermieter erhaltenen Datenträger und erstellten Sicherungskopien herauszugeben oder zu vernichten, die Software zu deinstallieren und etwaig verbleibende erkennbare Softwarereste aus dem IT-System zu löschen. Auf Wunsch des Vermieters hat der Mieter die Erfüllung der vorgenannten Pflichten schriftlich zu bestätigen.

§ 7 Sach- und Rechtsmängelhaftung

(1) Technische Daten, Spezifikationen und Leistungsangaben in öffentlichen Äußerungen, insbesondere in Werbemitteln sind keine Beschaffenheitsangaben. Die Funktionalität der Software richtet sich zunächst nach der Beschreibung in der Benutzerdokumentation und den ergänzend hierzu getroffenen Vereinbarungen. Im Übrigen muss sich die Software für die nach diesem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen und ansonsten eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Software der gleichen Art üblich ist.⁸

(2) Der Vermieter wird die Software in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und erhalten. Die Pflicht zur Erhaltung beinhaltet nicht die Anpassung der Software an veränderte Einsatzbedingungen und technische und funktionale Entwicklungen, wie Veränderungen der IT-Umgebung, insbesondere Änderung der Hardware oder des Betriebssystems, Anpassung an den Funktionsumfang konkurrierender Produkte oder Herstellung der Kompatibilität zu neuen Datenformaten.⁹

§ 6 Duration>Returns

(1) The software is initially provided for a fixed term of 36 months. Thereafter, the contract can be terminated in writing with a notice period of 6 months to the end of a calendar year.

(2) Termination for good cause shall remain unaffected.

(3) After termination of the contract, the Lessee must return or destroy the data carriers and backup copies received from the Lessor, uninstall the software and delete any remaining recognizable software remnants from the IT system. At the request of the Lessor, the Lessee must confirm in writing that the aforementioned obligations have been fulfilled.

§ 7 Material and Legal Defects

(1) Technical data, specifications and performance specifications in public statements, in particular in advertising material, shall not be deemed to be quality specifications. The functionality of the software is initially based on the description in the user documentation and the supplementary agreements made. Otherwise, the software must be suitable for the use presumed under this contract and must otherwise have a quality that is usual for software of the same type.⁸

(2) The Lessor shall provide and maintain the software in a condition suitable for contractual use. The obligation to maintain does not include the adaptation of the software to changed operating conditions and technical and functional developments, such as changes to the IT environment, in particular changes to the hardware or operating system, adaptation to the functional scope of competing products or the creation of compatibility with new data formats.⁹

(3) Die verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Mängel, die bereits bei Vertragsschluss vorhanden waren, ist ausgeschlossen.¹⁰

(4) Der Mieter wird den Vermieter bei der Mangelfeststellung und -beseitigung unterstützen und unverzüglich Einsicht in die Unterlagen gewähren, aus denen sich die näheren Umstände des Auftretens des Mangels ergeben.

(3) The strict liability for damages for defects which already existed at the time of conclusion of the contract is excluded.¹⁰

(4) The Lessee shall support the Lessor in determining and remedying the defect and shall grant without culpable delay access to the documents from which the detailed circumstances of the occurrence of the defect arise.

§ 8 Haftung im Übrigen¹¹

(1) Der Vermieter haftet für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Für leichte Fahrlässigkeit haftet er nur bei Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht (Kardinalpflicht), deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Mieter regelmäßig vertrauen darf, sowie bei Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.

(2) Der Vermieter schuldet die branchenübliche Sorgfalt. Bei der Feststellung, ob den Vermieter ein Verschulden trifft, ist zu berücksichtigen, dass Software technisch nicht fehlerfrei erstellt werden kann.

(3) Die Haftung ist im Falle leichter Fahrlässigkeit summenmäßig beschränkt auf die Höhe des vorhersehbaren Schadens, mit dessen Entstehung typischerweise gerechnet werden muss; maximal ist diese Haftung jedoch beschränkt auf EUR pro Schadensfall und insgesamt auf EUR aus dem Vertragsverhältnis.

(4) Für den Verlust von Daten und/oder Programmen haftet der Vermieter insoweit nicht, als der Schaden darauf beruht, dass es der Mieter unterlassen hat, Datensicherungen durchzuführen und dadurch sicherzustellen, dass verlorengegangene Daten mit vertretbarem Aufwand wiederhergestellt werden können.

§ 8 General Liability¹¹

(1) The Lessor is liable for intent and gross negligence. In the event of slight negligence, the Lessee shall only be liable for breach of a material contractual obligation (cardinal obligation), the fulfilment of which is essential for the proper performance of the contract and on the observance of which the Lessee may regularly rely, as well as for damage resulting from injury to life, limb or health.

(2) The Lessor owes the care customary in the software industry. When determining whether the Lessor is at fault, it must be taken into account that software cannot be created without technical errors.

(3) In the event of slight negligence, the Lessor's liability shall be limited in sum to the amount of the foreseeable damage, the occurrence of which must typically be expected; however, the Lessor's liability shall be limited to a maximum of EUR per claim, and the Lessor's maximum aggregate liability under this contract shall not exceed EUR.

(4) The Lessor is not liable for the loss of data and/or programs insofar as the damage is due to the fact that the Lessee has failed to perform data backups and thereby ensure that lost data can be restored with reasonable effort.

(5) Die vorstehenden Regelungen gelten auch zugunsten der Erfüllungsgehilfen des Vermieters.

(5) The above provisions shall also apply in favour of the Lessor's vicarious agents.

§ 9 Schlussbestimmungen

§ 9 Final Provisions

(1) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen hierdurch nicht berührt. Die Parteien vereinbaren bereits jetzt für diesen Fall, dass die ungültige Bestimmung durch eine wirksame Bestimmung ersetzt wird, die dem wirtschaftlichen Zweck der ungültigen Bestimmung möglichst nahe kommt. Entsprechendes gilt für etwaige Lücken der Vereinbarung.

(1) Should individual provisions of this contract be or become invalid in whole or in part, this shall not affect the validity of the remaining provisions. The parties hereby agree that the invalid provision shall be replaced by a valid provision which comes as close as possible to the economic purpose of the invalid provision. The same applies to any gaps in the agreement.

(2) Die Parteien werden im Falle einer sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeit vor Durchführung eines Gerichtsverfahrens (Klage) eine Schlichtung gemäß der Schlichtungsordnung der Hamburger Schlichtungsstelle für IT-Streitigkeiten in der zum Zeitpunkt der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens gültigen Fassung durchführen. Das Schlichtungsverfahren soll dazu dienen, den Streit ganz oder teilweise, vorläufig oder endgültig beizulegen. Kommt eine Einigung vor der Schlichtungsstelle nicht zustande, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.

(2) In the event of a dispute arising out of this contract, the parties shall, prior to conducting court proceedings (legal action), conduct arbitration in accordance with the Hamburg Arbitration Board's Rules of Conciliation for IT Disputes in the version valid at the time when arbitration proceedings are initiated. The purpose of the conciliation procedure shall be to settle the dispute in whole or in part, provisionally or finally. If an agreement cannot be reached before the conciliation body, legal recourse to the ordinary courts is opened.

(3) Die Abtretung von Forderungen, die nicht Geldforderungen sind ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der anderen Vertragspartei zulässig. Die Zustimmung darf nicht unbillig verweigert werden.

(3) The assignment of claims which are not monetary claims is only permissible upon prior written consent of the other party. Such consent shall not be unreasonably withheld.

(4) Ein Zurückbehaltungsrecht kann nur wegen Gegenansprüchen aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis geltend gemacht werden.

(4) A right of retention can only be asserted due to counterclaims from the respective contractual relationship.

(5) Die Vertragsparteien können nur mit Forderungen aufrechnen, die rechtskräftig festgestellt oder unbestritten sind.

(5) The contracting parties may only offset claims that have been legally established or are undisputed.

(6) Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht. Allgemeine Geschäftsbedingungen der Parteien im Übrigen finden

(6) There are no subsidiary agreements to this contract. General terms and conditions of the parties shall not apply to this

für diesen Vertrag keine Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn solchen Bedingungen nicht ausdrücklich widersprochen wird. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Auf dieses Formerfordernis kann nur durch schriftliche Vereinbarung verzichtet werden.

(7) Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland.

(8) Ausschließlicher Gerichtsstand für alle Rechtsstreitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag ist der Sitz des Vermieters. Der Vermieter ist aber auch berechtigt, am allgemeinen Gerichtsstand des Mieters zu klagen

(9) Die Vertragsparteien haben den Vertrag in einer deutschen und einer englischsprachigen Fassung geschlossen. Für die rechtlichen Wirkungen zwischen den Parteien ist allein die deutsche Fassung maßgeblich.¹²

contract. This shall also apply if such conditions are not expressly contradicted. Amendments and supplements to this contract must be made in writing. This formal requirement can only be waived by written agreement.

(7) The laws of the Federal Republic of Germany shall apply.

(8) The exclusive place of jurisdiction for all legal disputes arising from or in connection with this contract is the registered office of the Lessor. However, the Lessor is also entitled to sue at the general place of jurisdiction of the Lessee.

(9) The parties have concluded the contract in a German and an English version. Only the German version is decisive for the legal effects between the parties.¹²

beck-shop.de Anmerkungen

1. Rechtsnatur der Überlassung auf Zeit. Es ist umstritten, ob die Überlassung von Software auf Zeit dem Mietrecht unterfällt. Denn nach § 535 BGB verlangt die Miete das Überlassen einer Sache, so dass diejenigen, die Software nicht als Sache im Sinne des § 90 BGB betrachten, eine mietrechtliche Einordnung verneinen müssten. Dementsprechend wird vertreten, dass Pachtrecht Anwendung findet (*Heydn* CR 2010, 765 [773]; für „Nähe“ zur Pacht BGH 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684), was wegen der weitgehenden Verweisung auf das Mietrecht regelmäßig zu gleichen Ergebnissen führen wird. Der BGH hat die zeitweise Überlassung von Software zuletzt dem Mietrecht zugeordnet (BGH 15.11.2006 – XII ZR 120/04, MMR 2007, 243 [244]). Gelegentlich wird der Vertrag zur Überlassung von Software auf Zeit auch als **Lizenzvertrag** bezeichnet. Das ist insofern ungenau, als das BGB den Begriff der Lizenz nicht kennt. Wohl wird er dagegen in neueren urheberrechtlichen Vorschriften verwendet. Letztlich ist abseits der Begrifflichkeiten wichtig, dass das urheberrechtliche und das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter unterschieden werden. Aus dem urheberrechtlichen Begriff der Lizenz ist für das Schuldrecht unmittelbar nichts zu gewinnen.

Das Formular sieht den Einsatz der Software auf der Hardware des Mieters vor. Andere Mietmodelle ermöglichen die Nutzung von Software, die auf der Hardware des Vermieters läuft, wobei die Begriffe nicht eindeutig belegt sind. Das gilt etwa für das **Application Service Providing** (hierzu → Form.E.4.), das davon kaum zu trennende „Software as Service“ (SaaS) und auch das begrifflich unscharfe „Cloud Computing“ → Form.H.7.

2. Benutzerdokumentation. Das Fehlen einer Benutzerdokumentation und einer Installationsanleitung würde wie bei der Überlassung auf Dauer einen Mangel darstellen.

3. Installation. Auch hier ist zu prüfen, ob der Mieter dazu ohne Weiteres in der Lage ist. Wenn nicht, sollte dies in die Anforderungen an die Lauffähigkeit der Software aufgenommen und dem Mieter leicht erkennbar mitgeteilt werden.

4. Vergütung. Das Formular sieht eine nutzungsabhängige Vergütung vor. Die Intensität der Nutzung bestimmt die Miete. Das Amortisationsinteresse des Vermieters bedingt eine nutzungsunabhängige Grundmiete, die auch dann zu zahlen ist, wenn keine Nutzung erfolgt. Anderenfalls hätte es der Mieter in der Hand, sich durch Nichtnutzung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht zu entziehen, ohne den Vertrag kündigen zu müssen oder zu können.

Besondere Regeln zur Anpassung der Miete enthält das BGB für Sachen, die keine Räume oder Grundstücke sind, nicht. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze zur **Preis Anpassung**, wonach eine Mieterhöhung vereinbart werden muss, dies aber auch schon vorab geschehen kann. Wie stets in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Transparenz der Erhöhungsklausel und die Wahrung der Leistungsäquivalenz zu beachten → Vorb. A.III.8. Die hier vorgeschlagene Klausel hält diesen Anforderungen nicht stand. Unbedenklich wäre eine **Staffelung der Miete** unter genauer Angabe der Erhöhungsschritte, was jedoch in der Praxis kaum vorkommt. Letztlich hat der Vermieter bei der Softwaremiete aber die Möglichkeit, Preiserhöhungen im Verhandlungswege durchzusetzen und bei einem Scheitern der Verhandlungen den Vertrag – notfalls – zu kündigen.

5. Nutzungsrechte. Der Vermieter von Software muss anders als derjenige, der Software auf Dauer überlässt, nicht damit rechnen, dass der Nutzer die Software auf rechtmäßige Weise weiter gibt. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts findet bei der mietweisen Überlassung von Software nicht statt. Dementsprechend brauchen keine – wenn auch in der Regel nur deklaratorischen – Weitergabebefehle vereinbart werden.

Auch bei der Überlassung von Software auf Zeit bedarf der Mieter zum Ablaufenlassen der Software auf einem Rechner im Rahmen der Mindestnutzung keiner besonderen Gestattung. Wegen § 69d Abs. 1 UrhG reicht es, wenn er berechtigter Nutzer ist, wobei die Berechtigung nicht aus einer urheberrechtlichen Gestattung zur Nutzung folgen muss, weil sonst die Regelung leerlaufen würde (zum Kreis der Berechtigten vgl. Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Spindler UrhG § 69d Rn. 4). Erst nach Ablauf der Mietdauer entfällt das Nutzungsrecht des Mieters.

6. CPU-Klausel. Zwar ist die Weitergabe von Software rechtlich nicht zulässig, da sie aber faktisch möglich ist, kann auch der Vermieter von Software bestrebt sein, eine Weitergabesperre einzurichten. Geschieht dies durch eine so genannte CPU-Bindung, ist die Vereinbarung einer solchen Sperre jedenfalls AGB-rechtlich nicht zu beanstanden. Die Bindung an einen bestimmten Rechner kann über die Identifikation von dessen CPU erfolgen. CPU haben regelmäßig Identifikationsnummern, die sie individualisierbar machen mit der Folge, dass das Programm erkennen kann, wenn es in einem System mit einer anderen CPU läuft. Das ist zum einen für die Kontrolle der Weitergabe der Software sinnvoll und zum anderen dann, wenn die Miete nach der Nutzungsintensität berechnet wird. Eine leistungsfähigere CPU soll dann eine höhere Vergütung auslösen. Der BGH hält zwar die urheberrechtliche Wirksamkeit der Bindung an eine CPU für fraglich, sieht aber jedenfalls eine schuldrechtliche Abrede mit diesem Inhalt als AGB-rechtlich wirksam an (BGH 24.10.2002 – I ZR 3/00, NJW 2003, 2014 [2016] – CPU Klausel). Der deutlich gestaltete Hinweis auf die Programmsperre soll dem Anwender den Einwand nehmen, die Klausel sei überraschend oder die Frist, nach der die Sperre eintritt, sei unangemessen kurz.

Denkbar ist auch, die Rechte bei einer rechtswidrigen Nutzung der Software entfallen zu lassen. Ob eine solche **auflösende Bedingung** wirksam ist, ist allerdings umstritten. In einem die GPL Version 2 betreffenden Fall hat das LG München folgende Regelung für wirksam

gehalten: „Jeder anderweitige Versuch der Vervielfältigung, Modifizierung, Weiterlizenzierung und Verbreitung ist nichtig und beendet automatisch Ihre Rechte unter dieser Lizenz“ (LG München I 19.5.2004 – 21 O 6123/04, GRUR-RR 2004, 350 [351]). Zu beachten ist aber, dass diese Regelung im Anwendungsbereich des § 69d UrhG keine Wirkungen entfalten kann. Betroffen könnten dann nur Nutzungsarten sein, die über den abdefesten zwingenden Kern von Nutzungsbefugnissen hinausgehen. Aus Gründen der Transparenz sollte dies in den Nutzungsbedingungen deutlich gemacht werden.

7. Schutzrechtsverletzungen. → Form. C.1. Anm. 20.

8. Beschaffenheitsvereinbarung. Zwar gibt es im Mietrecht keine dem § 434 Abs. 1 S. 3 BGB entsprechende Regelung, einem Vertrauensschutz des Mieters gegenüber solchen Bekanntmachungen soll hier aber entgegengewirkt werden.

9. Gewährleistung. Der Mietvertrag ist dadurch gekennzeichnet, dass der Vermieter während der Vertragslaufzeit verpflichtet ist, die Mietsache in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten. Für Software beinhaltet das insbesondere die Pflicht, die üblicherweise im Rahmen von **Pflegeverträgen** entgeltlich erbrachten Leistungen zur Mängelbeseitigung und unter Umständen auch zur Anpassung an geänderte Umstände aufgrund des Mietvertrages unentgeltlich zu erbringen. Der Abschluss eines die Mängelbeseitigung beinhaltenden Pflegevertrages in rechtlicher Einheit mit dem Mietvertrag führt zu den bekanntesten AGB-rechtlichen Problemen → Form. C.7. Anm. 2, weil die Einheit der Verträge dem hier maßgeblichen Leitbild des Mietvertrages widerspricht. Bietet der Pflegevertrag dagegen lediglich Leistungen an, die vom Vermieter von Gesetzes wegen nicht geschuldet sind, so kommt es zu keiner unangemessenen Benachteiligung aufgrund der Rechtseinheit beider Verträge (MAH IT-R/von dem Bussche/Schelinski Teil 1 Rn. 311). Soll der Pflegevertrag darüber hinaus gehen und lässt sich eine eindeutige Abgrenzung zwischen der Mängelhaftung nach dem Mietvertrag und den entgeltlichen Leistungen aus dem Pflegevertrag nicht treffen, wird in der Praxis der Mietvertrag um die Pflegeleistungen erweitert und die Software zu einem Entgelt vermietet, das der Summe aus dem ursprünglich beabsichtigten Pflegevertrag und der Miete entspricht. Es liegt dann keine rechtliche Einheit, sondern von Anfang an nur ein Vertrag vor. AGB-rechtlich dürfte das nicht zu beanstanden sein.

Der zweite Satz der Klausel soll klarstellen, dass eine **Weiterentwicklung** der Software nicht geschuldet ist. Inwieweit diese Leistung von der gesetzlichen Erhaltungspflicht umfasst ist, ist fraglich, der Zusatz soll insoweit für Klarheit sorgen. Dem Interesse an einer Weiterentwicklung der Software und der Aufrechterhaltung der Gebrauchstauglichkeit kann durch den parallelen Abschluss eines Pflegevertrages Rechnung getragen werden.

Ob und in welchem Umfang eine **Beschränkung der Pflichten** des Vermieters zum Erhalt der Gebrauchstauglichkeit von Software AGB-rechtlich zulässig ist, ist nicht klar. Rechtsprechung hierzu fehlt.

10. Anfängliche verschuldensunabhängige Haftung. Die verschuldensunabhängige Haftung für anfängliche Mängel kann auch in AGB ausgeschlossen werden, s. dazu BGH 4.10.1990 – XII ZR 46/90, NJW-RR 1991, 74.

11. Haftung. Eine effektive Beschränkung der Haftung in AGB ist nicht möglich → Vorb. A.III.4.

12. Vertragssprache. → Form. H.6. Anm. 28.