

(UN)WIRKSAMKEIT VON B2B-AGB BEI (INTERNATIONALEN) SAAS-VERTRÄGEN

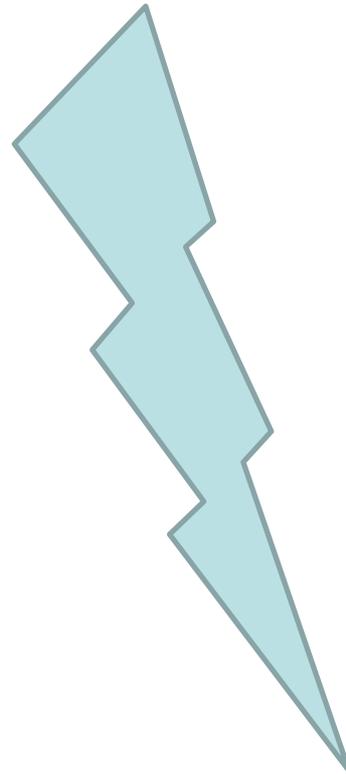
Anne Leßner
Julius Gäntgen
Osborne Clarke

Herbstakademie 2021

Das Problem:

(COMMON LAW-BASIERTER)

**SAAS-
VERTRAG**



BGB //

INSBESONDERE: STRENGE

B2B-AGB

Übersicht

A) Problemaufriss

- I. SaaS – rechtliche Einordnung und Relevanz in der anwaltlichen Beratung
- II. AGB-rechtlicher Prüfungsmaßstab

B) Drei Probleme mit Beispielklauseln

- I. Leistungsbeschreibung über verlinkte Dokumente - AGB-rechtlicher Prüfungsmaßstab
- II. Impliziter Ausschluss der Gewährleistung für Rechtsmängel
- III. Doppelvergütung

Setting & Annahmen:

- SaaS-Begriff
- Für SaaS-Vertrag gilt deutsches Recht.
- SaaS-Vertrag = im Kern Mietvertrag.

Kurze Erinnerung:

AGB-RECHTLICHER MAßSTAB

Zur Erinnerung bzgl. des rechtlichen Rahmens: § § 305 ff. BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr

- ▶ Grds. Systematik und Rechtsfolgen § § 305ff. BGB werden hier als **bekannt vorausgesetzt**

Besonderheiten B2B?

- ▶ § 310 I BGB: anwendbar bei B2B mit einigen Modifikationen
 - ▶ Im Handelsverkehr geltende Gewohnheiten und Gebräuche beachten
 - ▶ § § 308 / 309 BGB größtenteils nicht direkt anwendbar

Für Beitrag wichtigste Norm:

Grundsatz Inhaltskontrolle:

§ 307 I 1 BGB: Kunde darf nicht „*entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden*“.

Wie kann die Benachteiligung nach § 307 I BGB erfolgen?

Schlagwort	Regelung	Norm
Transparenzgebot	Klausel unwirksam, wenn sie zum Nachteil des Kunden intransparent ist	§ 307 I 1 i.V.m. I 2 BGB, ggf. über den Verweis in § 307 III 2 BGB)
Unangemessenes Abweichen vom Gesetz	Klausel im Zweifel unwirksam, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist	§ 307 I 1 i.V.m. II Nr. 1 BGB
Gefährdung des Vertragszwecks	Klausel im Zweifel unwirksam, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist	§ 307 I 1 i.V.m. II Nr. 2 BGB

Setting & Annahmen:

- SaaS-Begriff
- Für SaaS-Vertrag gilt deutsches Recht.
- SaaS-Vertrag = im Kern Mietvertrag.



Problem 1

LEISTUNGSBESCHREIBUNG ÜBER VERLINKTE DOKUMENTE

Beispielklausel

Section 1 – Definitions

„Software“ means the software-as-a-service as described in the documentation provided under [hier Link zu Website des Herstellers].

Section 2 – Obligations of Provider

Provider will, for the term of this Agreement, provide access to the Software.

Problem: Was meint die Beispielklausel: Statische oder dynamische Einbeziehung?

Sprachlich unklar, da kein Zeitelement



Section 1 – Definitions

“Software“ means „the software-as-a-service as described in the documentation provided under

www.RandomSaaSProvidersProducts.com.

Section 2 – Obligations of Provider

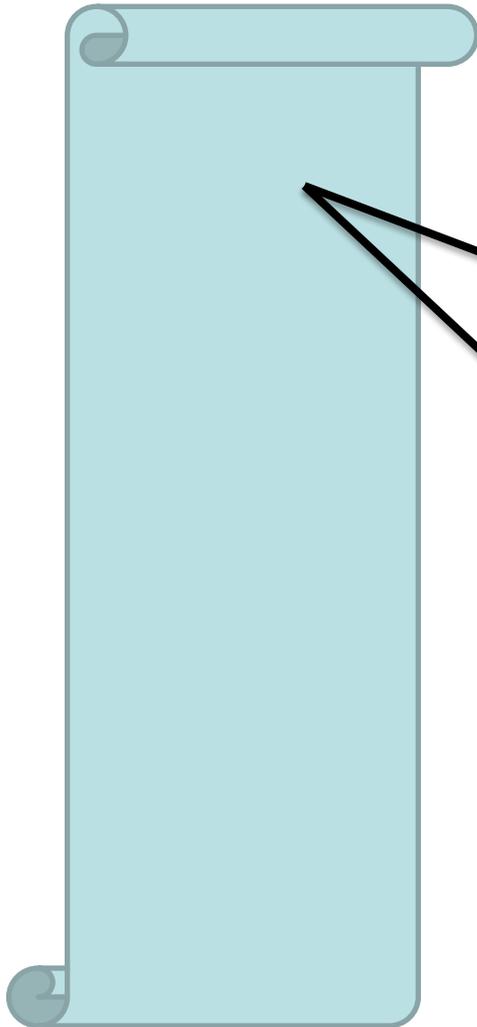
Provider will, for the term of this Agreement, provide access to the Software.

- Einbeziehung statisch
- Änderung Anlage = Änderung Leistung
= zustimmungsbedürftige
Vertragsänderung

Software has the following three features:

- b) ...
- c) ...
- a) ...

- Einbeziehung dynamisch
- Änderung Anlage \neq Änderung Leistung
 \neq zustimmungsbedürftige
Vertragsänderung



2021:



2022:



Section 1 – Definitions

“Software“ means „the software-as-a-service as described in the documentation provided under

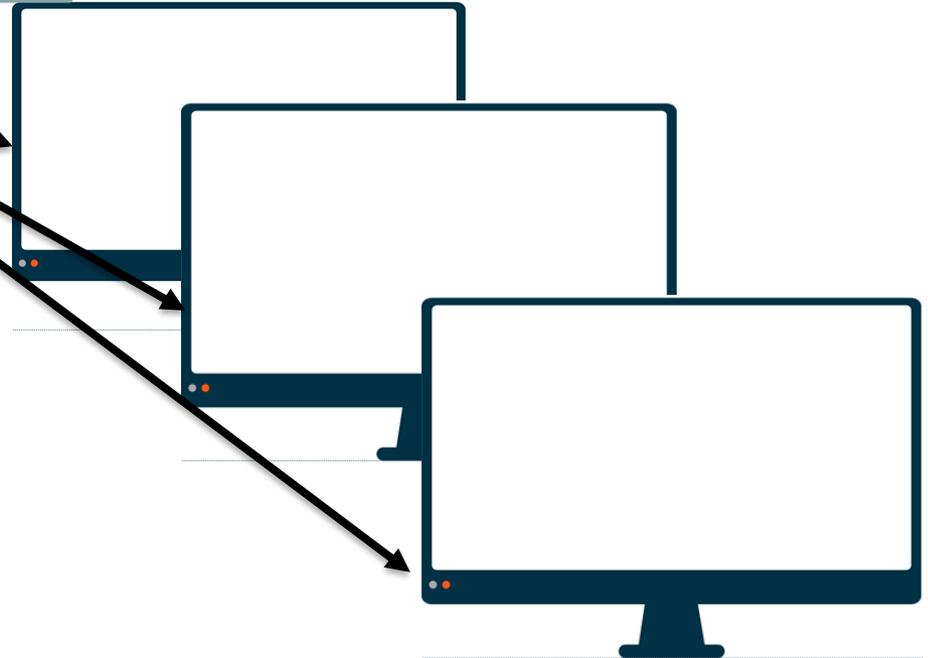
www.RandomSaaSProvidersProducts.com.

Section 2 – Obligations of Provider

Provider will, for the term of this Agreement, provide access to the Software.



Statisch oder dynamisch?



Prüfung, wenn Individualvertrag

- ▶ 1) Statisch oder dynamisch?
- ▶ Auslegung wird ergeben, dass dynamische Einbeziehung gemeint

- ▶ 2) unklare Sprache -> Überhaupt wirksamer Vertragsschluss nach § § 133, 157 BGB ?
 - ▶ Auslegungssache
 - ▶ idR wohl ausreichend

Section 1 – Definitions

“Software“ means „the software-as-a-service as described in the documentation provided under

www.RandomSaaSProvidersProducts.com.

Section 2 – Obligations of Provider

Provider will, for the term of this Agreement, provide access to the Software.

2021:

Software has the following
three features:

A + B + C

2022:

Software has the following
three features:

A + B ~~+ C~~



Prüfung, wenn Individualvertrag

- ▶ 1) unklare Sprache -> Überhaupt wirksamer Vertragsschluss nach § § 133, 157 BGB ?
 - ▶ Auslegungssache
 - ▶ i.E. wohl in der Regel ja

- ▶ 2) wenn dynamisch: Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB?
 - ▶ Auslegungssache
 - ▶ Vermutlich ja, so dass Grenzen Willkür Anbieter nach § 315 III BGB

Prüfung, wenn AGB

- ▶ Dann Auslegung nach 133, 157 nicht möglich, 305 c II BGB:
Zweifel gehen zu Lasten Verwender.
- ▶ Im Zweifel also wohl statisch.

Beispielklausel

Section 1 – Definitions

„Software“ means the software-as-a-service as described in the documentation provided under [hier Link zu Website des Herstellers] in its respective then-current version from time-to-time.

Section 2 – Obligations of Provider

Provider will, for the term of this Agreement, provide access to the Software.

AGB-Kontrolle dynamischer Klausel

Unangemessenes Abweichen vom Gesetz, denn gesetzlicher Grundsatz:

- ▶ 1) Pacta sunt servanda, sowie
- ▶ 2) Schuldrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz in Bezug auf die Hauptleistung (wenn auch weniger streng als im Sachenrecht)
- ▶ 3) Grds. zwar auch in AGB Leistungsbestimmungsrecht zulässig, aber:
 - ▶ § 315 II BGB: Änderung muss gegenüber anderer Partei *erklärt* werden
 - ▶ Zudem: Transparenzgebot: Was sind die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechtes hier?
- ▶ **FAZIT: unangemessenes Abweichen vom Gesetz !**

Beispiel Korrektur:

Section 3 – Dynamic Annexes¶

For any documents referenced to dynamically in this Agreement, e.g. in form of a reference to an online resource, valid in its then-current form (“Dynamic Annexes”), the following applies:¶

The Parties have documented the version of each Dynamic Annex at Effective Date as [...].¶

The Provider may not make changes in Dynamic Annexes which have, or are likely to have, a material, adverse impact on Customer’s use of the Software (“Adverse Changes”). Prior to Adverse Changes, the Provider shall notify the Customer as follows: [...].¶

¶

Problem 2

IMPLIZITER AUSSCHLUSS DER GEWÄHRLEISTUNG FÜR RECHTSMÄNGEL

Zwei Beispielklauseln und ihr Zusammenspiel

Section 4 – Warranties

(...)

Section 5 – IP Rights

(...)

Beispielklausel

Section 4 – Warranties

4.1 Provider warrants that the Software will *perform substantially in accordance with the documentation as set out under [beschreibt Funktionen der Software]*. In case Provider fails to provide the Software in accordance with this Section 4.1., Customer shall have the following remedies: [...]

4.2 The remedies set out in this Section 4 shall be the *sole and exclusive remedies* of Customer in case of a breach of the warranties.

Beispielklausel

Section 5 – IP Rights

5.1 If a third party asserts a claim based on its intellectual property (“IP”) rights against Customer due to use of Software, Provider shall, at its discretion, either i) modify the infringing part so that it ceases to be infringing without loss of substantial functionality or replace the infringing portion of the Service with non-infringing software or services; or ii) procure a license to enable Customer to legally continue using the Software. If Provider cannot secure the options above, Customer may terminate the affected Software with immediate effect and receive any prepaid Fees as reimbursement.

5.2 The remedies set out in this Section 5 shall be the sole and exclusive remedies of Customer in case of a breach of third party IP rights.

Leitbild Beispielsklauseln

Art des Mangels	Rechtsfolge
Sachmängel	Service Credits, Kündigung, Schadensersatz etc.
(bestimmte) Rechtsmängel	<u>Ausschließlich</u> ernsthafter Versuch des Herstellers, den Fehler abzustellen (Work-around oder Lizenz); ansonsten nur Kündigung

- Rechtsfolgen Rechtsmängel < Rechtsfolgen Sachmängel !

Prüfung, wenn AGB

Anbieter zum
Kunden:

Grund des Problems =
Programmier-/Algorithmusfehler
etc.? Ich helfe dir!

Grund des Problems = IP-Problem?
Ich probiere es, aber hier gilt eher
take it or leave it!

BGB zu Rechtsmängeln beim Mietvertrag?

§ 536 BGB: Mietminderung bei Sach- und **Rechtsmängeln**

[Abs. 1- 2: Regelungen zur Mietminderung]

(3) Wird dem Mieter der **vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.**

§ 536a BGB: Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines **Mangels**

(1) Ist ein Mangel im Sinne des § 536 (...) vorhanden
[Mängelansprüche]

Leitbild BGB

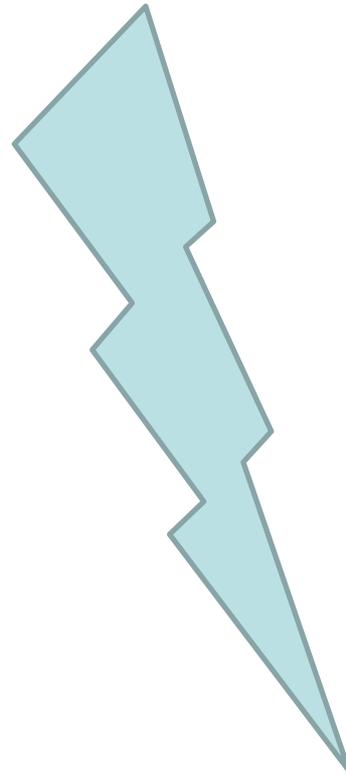
Art des Mangels	Rechtsfolge
Sachmängel (Ziffer 4)	Mietminderung, Schadensersatz- und Aufwendungsersatzanspruch (auch bei anfänglichem Mangel)
Rechtsmängel (Ziffer 5)	<u>s.o.!</u>

- ▶ Rechtsfolgen Rechtsmängel = Rechtsfolgen Sachmängel !

Das Problem:

(COMMON LAW-BASIERTER)

**SAAS-
VERTRAG**



BGB //

INSBESONDERE: STRENGE

B2B-AGB

Prüfung, wenn Individualvertrag

Abweichung, aber im Rahmen der Vertragsautonomie zulässig

Anders, wenn AGB?

Vorfrage: Verletzung von IP-Rechten Dritter = Mietrechtsmangel bei SaaS?

- ▶ Eine Ansicht: Nein
 - ▶ Argument: bei SaaS vervielfältigt der Kunde nicht selbst i.S.d. UrhG, kann daher selbst gar keine Rechte Dritter verletzen

- ▶ Hier vertretene Meinung: Ja!
- ▶ Denn:
 - ▶ Wortlaut von § 536 III BGB; v.a. Vergleich Wortlaut mit Mangelbegriff Kaufrecht
 - ▶ Systematik: nach §§ 536 III, 311a BGB anfänglicher Mangel möglich ->
 - ▶ Teleologisch:
 - ▶ Mietrecht ≠ Urheberrecht
 - ▶ Für Mieter ist irrelevant, ob Einstellung der SaaS aus Unterlassungsklage gegen ihn direkt oder gegen Vermieter herrührt

§ 536 BGB: Mietminderung bei Sach- und Rechtsmängeln

[...]

(3) Wird dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

versus

§ 435 S.1 BGB: Rechtsmangel

Die Sache ist frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte (...) Rechte gegen den Käufer geltend machen können

Prüfung, wenn AGB

- ▶ D.h. : Abweichen von gesetzlichem Leitbild *Rechtsmangel* = *Sachmangel*
- ▶ Schäden Sachmängel = Schäden Rechtsmängel, wenn rein „logisches“ Produkt: beides führt zu eingeschränkter / unmöglicher Nutzung

Prüfung, wenn AGB - besondere Interessenlage SaaS?

- ▶ Argument Anbieter:
 - ▶ one-to-many-Verhältnis, Rechtsmangel skaliert, daher zu hohes Haftungsrisiko
 - ▶ Aber: auch bei Sachmängeln der Fall

- ▶ Argument Anbieter:
 - ▶ (Weltweiter) Verstoß gegen IP-Rechte schwer zu übersehen
 - ▶ Aber:
 - ▶ nur Anbieter kann Dritt-IP-Risiko überhaupt kontrollieren
 - ▶ Unterschied zur § 275 BGB / Force Majeure / § 313 BGB: hier kommt Risiko von außen

- ▶ Argument Anbieter:
 - ▶ nur so sei günstiger Preis möglich
 - ▶ Aber: Preisargument darf bei AGB grds. nicht angebracht werden

AGB-Kontrolle

- ▶ FAZIT: unangemessenes Abweichen vom Gesetz !

Beispiel Korrektur:

Section 4—Warranties ¶

4.1 Provider warrants that the Software will perform substantially in accordance with the documentation as set out under [beschreibt Funktionen der Software]. This warranty for performance includes performance faults which result from legal defects (Rechtsmängel), e.g. performance impact due to shutdown of a component due to lack in title of intellectual property (“IP”) rights for that component. In case Provider fails to provide the Software in accordance with this Section 4.1., Customer shall have the following remedies: [...] ¶

4.2 The remedies set out in this Section 4 shall be the sole and exclusive remedies of Customer in case of a breach of the warranties. ¶

Problem 3

DOPPELVERGÜTUNG

Beispielklausel

Section 6 – Obligations of Provider

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software.

6.2 Provider shall be obliged to provide the following: Service Desk with a 24x7 access; workarounds in case of a total failure of the system; bug fixes, patches, upgrades and updates (hereinafter together the "Support Services").

Section 7 – Fees

7.1 For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]

7.2 For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]

Beispielklausel: Überlassen der Software und Einräumen der Nutzungsrechte

Section 6 – Obligations of Provider

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software.

6.2 Provider shall be obliged to provide the following: Service Desk with a 24x7 access; workarounds in case of a total failure of the system; bug fixes, patches, upgrades and updates (hereinafter together the "Support Services").

Section 7 – Fees

7.1 For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]

7.2 For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]

Beispielklausel: Weitere Services

Section 6 – Obligations of Provider

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software.

6.2 Provider shall be obliged to provide the following: Service Desk with a 24x7 access; workarounds in case of a total failure of the system; bug fixes, patches, upgrades and updates (hereinafter together the "Support Services").

Section 7 – Fees

7.1 For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]

7.2 For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]

§ 535 BGB: Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags

(1) Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Er hat die auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen.

(2) Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter die vereinbarte Miete zu entrichten.

§ 535 Inhalt und Hauptpflichten des Mietvertrags

- ▶ Das Erhalten des zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustands ist Hauptleistungspflicht.
- ▶ Für diese Leistung zahlt der Mieter den vereinbarten Mietzins.
- ▶ Wird diese Pflicht nicht erfüllt, liegt ein Mangel vor. Dem Mieter stehen die Mängelgewährleistungsrechte nach § § 536 ff. BGB zu:
 - ▶ Aufwendungsersatz
 - ▶ Minderung
 - ▶ Schadenersatz
 - ▶ Kündigung

Doppelvergütung für Problembehebung

Section 6 – Obligations of Provider

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software.

*6.2 Provider shall be obliged to provide the following: Service Desk with a 24x7 access; workarounds in case of a total failure of the system; **bug fixes**, patches, upgrades and updates (hereinafter together the "Support Services").*

Section 7 – Fees

7.1 For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]

7.2 For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]

Vergütung für die Gebrauchserhaltung nach der Beispielklausel

Section 7 – Fees

7.1 *For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]* ← **Vergütung Nr. 1 (Section 6.1 § 535 I 2 BGB)**

7.2 *For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]* ← **Vergütung Nr. 2 (Section 6.2)**

- ▶ Der Anbieter lässt sich „doppelt“ vergüten.

AGB-Kontrolle

- ▶ *Preisabrede* oder *Preisnebenabrede* – Problem?
- ▶ Jedenfalls können die Klauseln im Hinblick auf Einhaltung des Transparenzgebotes überprüft werden.
- ▶ „Versteckte“ weitere Vergütung für die Instandhaltung – der Kunde kann nicht erkennen, wie hoch der Mietzins tatsächlich ist.
- ▶ Abbedingung des § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB?
 - ▶ Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB

Ergebnis AGB-Kontrolle

- ▶ Der Verwender der AGB kommt nicht umhin, zwischen
 - ▶ reiner Instandhaltung und Mängelsupport einerseits und
 - ▶ Verbesserung sowie sonstigem Support andererseits

zu unterscheiden und dies auch in der Klausel transparent wiederzugeben.

Welche Pflegeleistungen dienen der Instandhaltung und welche der Verbesserung?

Section 6 – Obligations of Provider

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software.

6.2 Provider shall be obliged to provide the following: **Service Desk with a 24x7 access**; **workarounds in case of a total failure of the system**; **bug fixes**, **patches**, **upgrades** and **updates** (hereinafter together the "Support Services").

Section 7 – Fees

7.1 For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...]

7.2 For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...]

Klauselvorschlag

Section 6—Obligations of Provider ¶

6.1. Provider shall grant Customer access to the Software and keep the software suitable for the purposes of this Agreement. ¶

6.2. Provider shall be obliged to provide ~~the following:—Service Desk with a 24x7 access; workarounds in case of a total failure of the system; bug fixes, patches, upgrades and updates.~~ Services to continuously improve the Software (hereinafter together the "Support Services"). The exact scope of the Support Services results from the Service Description—Annex 1. ¶

Section 7—Fees ¶

7.1. For granting access to the Software, Customer shall pay the following annual license fees: [...] ¶

7.2. For the Support Services, Customer shall pay the following annual support fees: [...] ¶

Klauselvorschlag

Annex 1 – Service Description ¶

¶

2. Support Services ¶

¶

2.1. The Support Services according to Section 6.2 of the Agreement include the following: ¶

→ 2.1.1. Upgrades in the form of new features and tools for → → the Software ¶

→ 2.1.2. Service Desk with a 24x7 access ¶

→ 2.1.3. Updates to increase the processing power of the → → Software. ¶

2.2. The aforementioned Services are subject to the provision that they do not merely serve the maintenance of the Software according to Section 6.1 of the Agreement. ¶

Fragen?

Danke!



Anne Leßner

Associate
Germany

T +49 30 7262 18049 (direct line)

T +49 221 5108 4168 (Assistant)

Anne.lessner@osborneclarke.com



Julius Gäntgen

Referendar
Germany

Julius.gaentgen@osborneclarke.com

- ▶ Anne entwirft und verhandelt IT-Verträge, hauptsächlich komplexe internationale IT-Projektverträge (IT-Outsourcing), und Lizenzverträge (einschließlich B2B-Geschäftsbedingungen). Sie berät auch regelmäßig im Bereich IT/ IP/Datenschutz bei Venture Capital Deals. Anne interessiert sich besonders für die Schnittstelle von Software und Recht. Zusätzlich zu ihrem Jurastudium hat sie mehrere Kurse zur Einführung in die Informatik und verschiedenen Programmiersprachen absolviert.
- ▶ Julius ist Rechtsreferendar am Landgericht Köln und absolviert seine Anwaltsstation bei Osborne Clarke, wo er bereits zuvor als studentische und wissenschaftliche Hilfskraft tätig war. Dabei unterstützt er die Praxisgruppe IT-Recht bei der Beratung zu IT-Verträgen, insbesondere im Bereich IT-Outsourcing, und agiler Softwareentwicklung. Während seines Studiums an der Universität Bonn, hat sich Julius mit dem IT-Recht befasst und einen Zertifikatslehrgang im IT/IP/Medienrecht absolviert.
- ▶ Der Beitrag gibt unsere persönliche Rechtsmeinung wieder, nicht die unserer Arbeitgeber.

Danke!



Anne Leßner

Associate
Germany

T +49 30 7262 18049 (direct line)

T +49 221 5108 4168 (Assistant)

Anne.lessner@osborneclarke.com



Julius Gäntgen

Referendar
Germany

Julius.gaentgen@osborneclarke.com

- ▶ **Der Beitrag gibt unsere persönliche Rechtsmeinung wieder, nicht die unserer Arbeitgeber.**