

**Positionspapier**  
**Arbeitskreis Öffentliche Aufträge**  
**Arbeitskreis Verteidigung**

**Problematische Rückvergütungsklauseln bei Softwareverträgen der öffentlichen Hand**

14.04.2014  
Seite 1

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. vertritt mehr als 2.100 Unternehmen, davon über 1.300 Direktmitglieder mit etwa 135 Milliarden Euro Umsatz und 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Anbieter von Software & IT-Services, Telekommunikations- und Internetdiensten, Hersteller von Hardware und Consumer Electronics sowie Unternehmen der digitalen Medien. Der BITKOM setzt sich insbesondere für eine Modernisierung des Bildungssystems, eine innovative Wirtschaftspolitik und eine zukunftsorientierte Netzpolitik ein.

**Zusammenfassung**

Bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand über Software sind Vertragsbedingungen zu finden, die problematische Klauseln zur Rückvergütung enthalten. Der Zweck von Rückvergütungsvereinbarungen ist, dass der Auftraggeber an einer erfolgreichen Weitervermarktung von Software beteiligt wird, deren Erstellung er zuvor selbst mitfinanziert hat.

BITKOM sieht nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich für Rückvergütungsklauseln in Softwareverträgen. Ausschließlich bei der Entwicklung von Individualsoftware und dort nur unter ganz bestimmten wirtschaftlichen Prämissen ist eine Rückvergütung in Erwägung zu ziehen. Ausschlaggebend ist dabei das wirtschaftliche Interesse der Vertragsparteien.

Ausgeschlossen ist eine Rückvergütung systembedingt bei der Lieferung von Standardsoftware. Diese ist gerade nicht auf die speziellen Bedürfnisse des Auftraggebers zugeschnitten, sondern wird für eine Vielzahl von Kunden standardisiert erstellt.

**1 Rückvergütung bei Individualsoftware**

Individualsoftware zeichnet sich gegenüber Standardsoftware dadurch aus, dass sie bereits bei ihrer Programmierung speziell an die Bedürfnisse des Auftraggebers angepasst wird. Bevor die ersten Entwicklungsarbeiten beginnen, müssen sich der Auftraggeber und Auftragnehmer also über Funktionalitäten und die spätere Systemumgebung verständigt haben.

Individualsoftware bedeutet aber nicht, dass zwingend alle Bestandteile der Software von Grund auf neu programmiert werden müssen. Individualsoftware liegt auch dann vor, wenn vorbestehende Programmbestandteile etwa aus Programmiercode-Bibliotheken oder früheren Entwicklungen neu miteinander verknüpft werden. Es ist daher wie folgt zu differenzieren:

Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation und  
neue Medien e.V.

Albrechtstraße 10 A  
10117 Berlin-Mitte  
Tel.: +49.30.27576-0  
Fax: +49.30.27576-400  
bitkom@bitkom.org  
www.bitkom.org

**Ansprechpartner**  
Felix Zimmermann  
Bereichsleiter Öffentliches  
Auftragswesen und Verga-  
berecht  
Tel.: +49.30.27576-526  
Fax: +49.30.27576-51-526  
f.zimmermann@bitkom.org

**Präsident**  
Prof. Dieter Kempf

**Hauptgeschäftsführer**  
Dr. Bernhard Rohleder

## **Positionspapier**

Problematische Rückvergütungsklauseln bei Softwareverträgen der öffentlichen Hand

Seite 2

### **1.1 Vollständige Neu-Entwicklung**

In einigen Fällen wird die Software dem Auftraggeber von der ersten Programmcodezeile an „auf den Leib geschneidert“. Da keine anderweitig vorbestehenden Programmcodes zum Einsatz kommen, wird in der Regel vereinbart, dass der Auftraggeber sämtliche Entwicklungskosten trägt.

BITKOM kann nachvollziehen, dass der Auftraggeber ein wirtschaftliches Interesse an einer Rückvergütung hat, wenn das ursprünglich mit Mitteln des Auftraggebers finanzierte Entwicklungsergebnis gewinnbringend an Dritte weiterveräußert wird.

Dies setzt nach Ansicht des BITKOM neben einer zuvor getroffenen vertraglichen Vereinbarung allerdings in wirtschaftlicher Hinsicht kumulativ voraus, dass

- der Auftraggeber die vollständigen Entwicklungskosten getragen hat,
- das Entwicklungsergebnis ohne die Verwendung vorbestehenden Materials des Auftragnehmers oder Dritten neu für den Auftraggeber entwickelt wird und
- das Entwicklungsergebnis unverändert Dritten gegen Entgelt gewinnbringend zur Verfügung gestellt wird.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass derartige Vereinbarungen in der Folgezeit einen nicht zu unterschätzenden Administrationsaufwand für beide Seiten bedeuten. Insbesondere der Auftragnehmer muss einen erheblichen Aufwand leisten, um die Weiterverwendung intern nachzuhalten und zu dokumentieren. Es ist auch schwer gegenüber der rein internen Weiterverwendung von Know-how abzugrenzen.

BITKOM empfiehlt eine Rückvergütungsklausel daher nur dann, wenn außergewöhnlich viel oder wesentliches Know-how des Auftraggebers in die Arbeitsergebnisse übernommen wird.

## **Positionspapier**

Problematische Rückvergütungsklauseln bei Softwareverträgen der öffentlichen Hand

Seite 3

### **1.2 Entwicklung auf Basis vorbestehender Materialien**

Häufig setzt die Entwicklung einer Individualsoftware zumindest in Teilen auf vorbestehende Materialien oder Know-how des Auftragnehmers oder Dritten auf. Diese Vorgehensweise entspricht in der Praxis sogar dem Regelfall.

Eine vollständige oder überwiegende Finanzierung der Entwicklung durch den Auftraggeber liegt damit nicht vor. Der Auftraggeber profitiert vielmehr vom Erfahrungsschatz und den früheren Entwicklungsergebnissen des Auftragnehmers aus anderen Projekten. Darüber hinaus kalkuliert der Auftragnehmer von vornherein die Möglichkeit des Weitervertriebs in die Vergütung mit ein. Für den Auftraggeber bedeutet dies deutlich geringere Kosten. Infolgedessen kann er jedoch nicht mit einer Rückvergütung rechnen. Zudem muss die Zweitverwertung von „nicht festgeschriebenem“ Entwicklungs-Know-how des Auftragnehmers kostenfrei bleiben.

### **1.3 Migration von Individualsoftware zu Standardsoftware**

Funktionen aus Individualsoftware werden nur äußerst selten in Standardsoftware überführt. Sie sind spezifisch für einen Auftraggeber entwickelt und müssten erst zu einer Standardfunktion weiterentwickelt und dokumentiert werden. Dieser Aufwand ist mit einer vollständigen Neuentwicklung vergleichbar. Da diese Kosten vom Auftragnehmer selbst getragen werden, ist es folglich unangemessen, den Auftraggeber der früheren Individualsoftware an den Erlösen aus der Standardsoftware zu beteiligen.

## **2 Rückvergütung bei der Überlassung von Standardsoftware**

Bei der Überlassung von Standardsoftware besteht ein eindeutiges Bild. Der Hersteller entwickelt die Standardsoftware eigenverantwortlich und gerade nicht zur Erfüllung eines bestimmten Entwicklungsauftrags. Der Hersteller bildet dabei eine generalisierte Mischung von Anforderungen in der Standardsoftware ab. Er verfolgt das Ziel, die Software an eine unbestimmte große Anzahl von Kunden vertreiben zu können. Die Entwicklungskosten hierfür trägt er selbst und auf eigenes Risiko, wobei der erste Kunde (Auftraggeber) ggf. der Garant für seinen ersten Referenzkunden bildet.

Sobald der Hersteller das Produkt auf dem Markt anbietet und an Kunden verkauft, erhält jeder Kunde eine Lizenz in Gestalt eines einfachen Nutzungsrechts am Produkt. Die Vergütung orientiert sich in der Regel am Nutzungsumfang und nicht an den Entwicklungskosten. Durch den Vertrieb an eine Vielzahl von Kunden bestrebt der Hersteller aus wirtschaftlicher Sicht den Ausgleich seiner Entwicklungskosten. Das konkrete, Auftraggeber bezogene Entwicklungs- und Rückvergütungsszenario liegt hier insofern nicht vor. Für individuelle Anpassungen und Erweiterungen von Standardsoftware gelten die obigen Ausführungen unter 1.3. entsprechend. Rückvergütungen im Bereich der Überlassung von Standardsoftware sind demnach bereits begrifflich auszuschließen.