



Praxishilfe

Ausgewogene Vertragskonzepte

Empfehlungen für die Formulierung
von IT-Projektverträgen

www.bitkom.org

bitkom

Herausgeber

Bitkom e. V.
Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
Albrechtstraße 10 | 10117 Berlin

Ansprechpartner

Thomas Kriesel | Bitkom e. V.
T 030 27576-146 | t.kriesel@bitkom.org

Verantwortliche Bitkom-Gremien

AK Vertrags- und Rechtsgestaltung

Satz & Layout

Sabrina Fleming | Bitkom e. V.

Titelbild

© scott graham | unsplash.com

Copyright

Bitkom 2021

Diese Publikation stellt eine allgemeine unverbindliche Information dar. Die Inhalte spiegeln die Auffassung im Bitkom zum Zeitpunkt der Veröffentlichung wider. Obwohl die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurden, besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität, insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen. Eine Verwendung liegt daher in der eigenen Verantwortung des Lesers. Jegliche Haftung wird ausgeschlossen. Alle Rechte, auch der auszugsweisen Vervielfältigung, liegen beim Bitkom.

Danksagung

Die vorliegende Praxishilfe für Ausgewogene Vertragskonzepte ist eine Publikation des Bitkom-Arbeitskreises »Vertrags- und Rechtsgestaltung«. Der Arbeitskreis besteht aus Vertragrechtsexperten der Bitkom-Mitgliedsunternehmen und befasst sich mit Fragen rund um Vertragsgestaltung und -abwicklung in der Digitalbranche.

Für die Mitarbeit an diesem Leitfaden danken wir folgenden Personen, die mit ihrer Expertise und wertvollen praktischen Erfahrung die Erstellung der vorliegenden Publikation möglich gemacht haben:

- Johanna Bast | Osborne Clarke, Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
- Kerstin Braun | P&I Informatik AG
- Dieter Götz | Atos Information Technology GmbH
- Bernd H. Harder | Harder Rechtsanwälte
- Jens Konradi | Deutsche Telekom Business Solutions GmbH
- Dr. Zsófia Nagyné Körmendy | ehemals SALT Solutions GmbH
- Marco Lechner | Accenture GmbH
- Anne Leßner | Osborne Clarke, Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung
- Ilona Lindemann | gkv informatik GbR
- Dr. Ingo Wolf Marfording | Sopra Steria GmbH
- Helmut Poder | Computacenter AG & Co. oHG
- Christian Rein | IBM Deutschland GmbH
- Bettina Skudelny Bourdeil | Scheer GmbH
- Oliver Zigan | I.T.E.N.O.S. International Telecom Network Operation Services GmbH

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	7
2	Anwendungsbereich ausgewogener Vertragskonzepte	8
3	Abgrenzung ausgewogener Vertragskonzepte zu AGB	9
4	Mitwirkung des Kunden	10
4.1	Vorüberlegungen	10
4.2	Sicht des Kunden	10
4.3	Sicht des Anbieters	11
4.4	Klauselvorschlag	11
4.5	Anmerkungen	12
5	Staffing und Personalaustausch	14
5.1	Vorüberlegungen	14
5.2	Sicht des Kunden	14
5.3	Sicht des Anbieters	15
5.4	Klauselvorschlag	15
5.5	Anmerkungen	16
6	Einschaltung von Subunternehmern	17
6.1	Vorüberlegungen	17
6.2	Sicht des Kunden	17
6.3	Sicht des Anbieters	17
6.4	Klauselvorschlag	18
6.5	Anmerkungen	18
7	Abnahme	20
7.1	Vorüberlegungen	20
7.2	Sicht des Kunden	21
7.3	Sicht des Anbieters	21
7.4	Klauselvorschlag	22
7.5	Anmerkungen	26
8	Gewährleistung	28
8.1	Vorüberlegungen	28
8.2	Sicht des Kunden	29
8.3	Sicht des Anbieters	30
8.4	Klauselvorschlag	31
8.5	Anmerkungen	33

9	Freistellung bei Schutzrechtsverletzungen	36
9.1	Vorüberlegungen	36
9.2	Sicht des Kunden	37
9.3	Sicht des Anbieters	38
9.4	Klauselvorschlag	38
9.5	Anmerkungen	39
10	Haftung	40
10.1	Vorüberlegungen	40
10.2	Sicht des Kunden	41
10.3	Sicht des Anbieters	41
10.4	Klauselvorschlag	42
10.5	Anmerkungen	43
11	Change Request	44
11.1	Vorüberlegungen	44
11.2	Sicht des Kunden	44
11.3	Sicht des Anbieters	44
11.4	Klauselvorschlag	45
11.5	Anmerkungen	46
12	Geheimhaltung/Vertraulichkeit	47
12.1	Vorüberlegungen	47
12.2	Sicht des Kunden	48
12.3	Sicht des Anbieters	48
12.4	Klauselvorschlag	49
12.5	Anmerkungen	50
13	Datenschutz	52
14	Schuldnerverzug	53
14.1	Vorüberlegungen	53
14.2	Sicht des Anbieters	53
14.3	Sicht des Kunden	54
14.4	Klauselvorschlag	54
14.5	Anmerkungen	55
15	Verteilung von Nutzungsrechten	56
15.1	Vorüberlegungen	56
15.2	Sicht des Anbieters	57
15.3	Sicht des Kunden	57
15.4	Klauselvorschlag	59
15.5	Anmerkungen	60

16	Höhere Gewalt	63
16.1	Vorüberlegungen	63
16.2	Sicht des Anbieters	64
16.3	Sicht des Kunden	64
16.4	Klauselvorschlag	65
16.5	Anmerkungen	66
17	Verbot der Abwerbung von Mitarbeitern	68
17.1	Vorüberlegungen	68
17.2	Sicht des Anbieters	68
17.3	Sicht des Kunden	68
17.4	Klauselvorschlag	68
17.5	Anmerkungen	69
18	Vergütung, Zahlungsabwicklung und Zurückbehaltungsrechte	70
18.1	Vorüberlegungen	70
18.2	Sicht des Anbieters	71
18.3	Sicht des Kunden	71
18.4	Klauselvorschlag	72
18.5	Anmerkungen	73

1 Einleitung

Bei Vertragsverhandlungen zwischen Unternehmen haben sich die Beteiligten immer wieder mit Vertragsregelungen auseinanderzusetzen, in denen die unterschiedlichen Interessen der Vertragspartner besonders deutlich hervortreten (z. B. Haftung, Einschaltung von Subunternehmern). Die Verhandlungen über diese Punkte sind meist besonders langwierig, kontrovers, verlangen einen hohen Ressourceneinsatz und verhindern die Konzentration auf andere, für das jeweilige Geschäft wesentliche Vertragsabsprachen. Dennoch führen sie erfahrungsgemäß immer wieder zu ähnlichen Ergebnissen, da ein Kompromiss gefunden werden muss, die Verhandlungspartner bestimmte Positionen aber nicht aufgeben können.

Vor diesem Hintergrund möchte Bitkom ausgewogene und interessengerechte Vertragskonzepte für Fragestellungen vorschlagen, die in IT-Verträgen regelmäßig streitig sind. Die Vertragsparteien sollen auf einen neutralen Rahmen zurückgreifen können, um Zeit und Ressourcen in Vertragsverhandlungen einsparen zu können. Damit möchte der Leitfaden auch dem gemeinsamen Interesse der Parteien entgegenkommen, spätere Vertragsstreitigkeiten und gerichtliche Auseinandersetzungen möglichst zu vermeiden.

Die hier vorgeschlagenen Klauseln sollen modular in einen Vertrag eingepasst werden können und auch ggf. mehrere Alternativen für eine Vertragsklausel zur Verfügung stellen. Bitkom hofft, damit eine neutrale Richtschnur für die Verhandlung von IT-Projektverträgen bereitstellen zu können, die in konkreten Vertragsverhandlungen eine deeskalierende Wirkung entfalten können.

2 Anwendungsbereich ausgewogener Vertragskonzepte

Die hier zusammengestellten Module für IT-Vertragswerke sind nicht als Vertragsmuster oder Vertragstemplates konzipiert. Vielmehr sollten sie als Kompromissvorschläge verstanden werden, die zur Anwendung kommen, wenn sich die Parteien auf anderweitige Regelungen oder auf die Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nicht einigen können. Die Module können auch als Anregungen verstanden werden für Regelungen, die in IT-Verträgen getroffen werden sollten, oder sie können als Grundlage für weitere Vertragsverhandlungen dienen. Sie sind jedoch weder für das Geschäft mit Verbrauchern (B2C) noch für das Massengeschäft geeignet. Denn nach ihrer Konzeption muss über die Aufnahme jedes einzelnen der vorgestellten Vertragsmodule in den Vertrag und über ihre Ausgestaltung im konkreten Anwendungsfall verhandelt werden, sodass ihr Einsatz in den Fällen ausscheidet, in denen kein Spielraum für die Verhandlung von einzelnen Vertragsabschlüssen besteht. Die hier präsentierten Vertragskonzepte sind vor allem auf Projekt- und Beratungsverträge ausgerichtet.

Der Einsatz der hier vorgeschlagenen Vertragsmodule setzt ein gewisses juristisches Verständnis und eine gewisse praktische Erfahrung bei der Gestaltung von Verträgen im IT-Umfeld voraus. Insbesondere juristische Grundkonzepte wie Verschulden, Gewährleistung, Verzug und AGB sollten bereits bekannt sein. Die Verwendung dieses Leitfadens ersetzt keine juristische Beratung bei der Gestaltung konkreter Verträge.

3 Abgrenzung ausgewogener Vertragskonzepte zu AGB

Die in diesem Leitfaden dargestellten ausgewogenen Vertragskonzepte sind nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) konzipiert und als solche nicht einsetzbar. Deshalb wurden die Klauselvorschläge in diesem Leitfaden nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem AGB-Recht überprüft. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 BGB).

Die hier dargestellten Klauseln sollen gerade nicht im Interesse einer Vertragspartei »verwendet« werden, sondern die Interessen beider Parteien berücksichtigen und zum Ausgleich bringen. Damit dieser Unterschied auch in der Praxis zum Ausdruck kommt, müssen die Vertragsparteien über die Einbeziehung eines jeden ausgewogenen Vertragskonzepts in den Vertrag und auch über die Ausgestaltung dieser Vertragskonzepte in der konkreten Geschäftsbeziehung verhandeln und eine individuelle einvernehmliche Vereinbarung herbeiführen. Jede Vertragspartei muss »aus freien Stücken« einer einzelnen Klausel zustimmen. Die Aufnahme einzelner ausgewogener Vertragskonzepte in einen Vertrag auf Vorschlag eines Vertragspartners muss daher deutlich und ernsthaft zur Disposition des anderen Vertragspartners gestellt werden und es sollte Spielraum für die vertragliche Formulierung im Einzelfall bleiben.

Dem soll in den Formulierungsvorschlägen in diesem Leitfaden dadurch Rechnung getragen werden, dass die Klauseln teilweise ausfüllungsbedürftige Lücken für eigene Formulierungen der Vertragsparteien enthalten und teilweise mehrere Regelungsalternativen zur Auswahl stellen. Zusätzlich sollten die Vertragsparteien im konkreten Anwendungsfall – soweit möglich und sinnvoll – projektspezifische Abreden in die Klauseln einarbeiten.

Die einzelnen Klauselvorschläge sind thematisch abgeschlossen und als einzeln verwendbare Module ausgestaltet. Für jedes Modul werden Regelungshintergrund, Regelungsrahmen, Regelungsziel und die jeweiligen Interessen der Vertragsparteien beschrieben.

Die Einigung auf ausgewogene Vertragskonzepte und ihre von beiden Parteien gewollte Aufnahme in den Vertrag sollte dokumentiert werden.

4 Mitwirkung des Kunden

4.1 Vorüberlegungen

Eine gesetzliche Mitwirkungspflicht kennt das BGB vor allem für den Werkvertrag (vgl. §§ 642, 643 BGB). Der gesetzlichen Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass auch der Kunde eine gewisse Verantwortung für den Eintritt des Leistungserfolgs trägt. Mitwirkungspflichten sind von bloßen Obliegenheiten abzugrenzen. Während der Kunde einer Obliegenheit lediglich aus Eigeninteresse nachkommen sollte, weil er ansonsten einen rechtlichen Nachteil erleidet, z. B. in Annahmeverzug kommt, hängt von der Erfüllung einer Mitwirkungspflicht die ordnungsgemäße Leistungserbringung ab. Daher kann der Vertragspartner die Erfüllung einer Mitwirkungspflicht ggf. einfordern, die Erfüllung einer Obliegenheit jedoch nicht. Eine für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche Mitwirkungshandlung des Kunden kann z. B. in der Weitergabe von Informationen, in der Bereitstellung von Ressourcen oder in sonstigen Hilfstätigkeiten (z. B. Öffnung eines Systemzugangs oder Testen einer neuen Lösung) bestehen. Auch liegt es in der Verantwortung des Kunden, dafür zu sorgen, dass der angestrebte und beauftragte Leistungserfolg im Einklang mit dem geltenden Recht erbracht werden kann.

Soweit gesetzlich nicht geregelt, muss eine für die ordnungsgemäße Leistungserbringung erforderliche Mitwirkung des Kunden vertraglich vereinbart werden. Falls der Anbieter die Mithilfe des Kunden benötigt, sollte er daher eine entsprechende Anforderung frühzeitig offenlegen, spezifizieren und im Vertrag niederlegen, damit der Kunde die damit zusammenhängenden Kosten planen und die nötigen Ressourcen bereitstellen kann.

Soweit nicht gesondert beauftragt, gehört die Datensicherung bei IT-Projekten nicht zum Pflichtenumfang des Anbieters. Die regelmäßige Datensicherung nach allgemein anerkannten Regeln (State of the Art) fällt in den Verantwortungsbereich des Kunden (Obliegenheit des Kunden). Der Anbieter haftet entsprechend nur für Datenverlust seit der letzten ordnungsmäßigen Datensicherung durch den Kunden und nur für den Verlust von Daten, mit denen der Anbieter bei der Vertragsdurchführung in Berührung kommt. Dabei hängt die Angemessenheit der Datensicherung von Art und Menge der Daten ab. Dies sollte im Vertrag spezifiziert werden, z. B. indem eine Datensicherung der verarbeiteten Daten durch den Kunden zweimal pro Tag zu erfolgen hat.

4.2 Sicht des Kunden

Da der Kunde die Leistung bezahlt, möchte er nicht über den Umweg von Mitwirkungspflichten auch noch an der Leistungserstellung mitwirken müssen. Er möchte den Anbieter nicht von dessen Leistungspflichten entlasten. Dennoch wird in vielen Fällen die Leistungserbringung ohne nur dem Kunden mögliche Unterstützung nicht möglich sein. Denn der Kunde verfügt in der Regel hinsichtlich der Rahmenbedingungen und Ziele eines Projekts über einen Wissensvorsprung. Falls der Kunde die Unterstützung nicht gewähren kann oder diese versagt, darf es aus seiner Sicht nicht zu einer automatischen Erstattung des dadurch hervorgerufenen Mehraufwands des Anbieters kommen.

4.3 Sicht des Anbieters

Um die Leistung ordnungsgemäß erbringen zu können, ist der Anbieter vielfach auf die Unterstützung und Mithilfe des Kunden angewiesen (z. B. Bereitstellung von Informationen und Ressourcen, Hinweise auf besondere Gegebenheiten). Es ist im Interesse des Anbieters, diese Mitwirkungspflichten des Kunden soweit wie möglich im Voraus zu identifizieren und vertraglich niederzulegen, damit es bei der Vertragsdurchführung nicht zu Unstimmigkeiten oder Verzögerungen kommt.

Sollte der Kunde zu der notwendigen fachgerechten Mitwirkung nicht in der Lage sein, möchte der Anbieter dadurch erforderlich werdenden Mehraufwand nur gegen Kostenerstattung übernehmen. Denn der Anbieter möchte neben seinen vertraglich festgelegten Leistungspflichten keinen weiteren Anforderungen zur Mitwirkung am Leistungserfolg ausgesetzt sein, auch wenn sich herausstellt, dass die Erfüllung dieser Anforderungen für die erfolgreiche Leistungserbringung unabdingbar ist. Dies gilt besonders für Umstände, die im Verantwortungsbereich des Kunden liegen.

Unterbleibt eine erforderliche Mitwirkung des Kunden oder erfolgt sie verspätet, möchte der Anbieter von daraus resultierenden Konsequenzen (z. B. Verspätung bei der Leistungserbringung) entlastet werden bzw. ihm entstehende Mehraufwendungen vergütet erhalten.

4.4 Klauselvorschlag

1. Der Kunde ist verpflichtet, diejenigen Mitwirkungsleistungen zu erbringen, die ihm gemäß besonderer vertraglicher Vereinbarung zugewiesen sind.
2. Dem Kunden obliegt es darüber hinaus insbesondere:
 - a. den Mitarbeitern des Anbieters Zutritt zu seinen Räumlichkeiten und Zugang zu der dort vorhandenen informationstechnischen Infrastruktur zu gewähren, soweit dies zur Erbringung der Leistung erforderlich ist;
 - b. die bei ihm vorhandenen, für die Leistung aus Sicht des Anbieters erforderlichen Informationen und Unterlagen diesem zur Verfügung zu stellen.
3. Der Kunde hat weitere Mitwirkungsleistungen nur zu erbringen, wenn der Anbieter dies mit angemessenem zeitlichem Vorlauf und unter Beschreibung der erforderlichen Mitwirkung in Textform verlangt. Derartige Mitwirkungsleistungen müssen für die vertragsgemäße Leistungserbringung notwendig, gemessen am Nettovertragsvolumen nicht wesentlich sein und dürfen nach diesem Vertrag nicht dem Pflichtenkreis des Anbieters zuzuordnen sein.
4. Alle Mitwirkungsleistungen sind für den Anbieter kostenfrei, vollständig, fristgerecht und in der vereinbarten Art und Weise zu erbringen.
5. Erbringt der Kunde seine Mitwirkungsleistungen nicht vertragsgemäß, gelten die gesetzlichen Vorschriften. Die vertragliche Haftungsbeschränkung findet Anwendung.

4.5 Anmerkungen

Dem oben wiedergegebenen Klauselvorschlag liegt die Idee einer Abstufung von Mitwirkungspflichten zugrunde. Der erste Absatz der Klausel formuliert Mitwirkungspflichten des Kunden, die Absätze zwei und drei formulieren Obliegenheiten des Kunden. Dabei betreffen die Obliegenheiten vor allem die Bereitstellung notwendiger Informationen und die Gewährung von Zugang. Die Unterschiede zwischen diesen Kategorien liegen auf der Rechtsfolgende. Für die Verletzung von Obliegenheiten kann z. B. kein Schadensersatz gefordert werden. Wird eine Obliegenheit verletzt und ist diese Verletzung kausal für eine schlecht erbrachte Leistung des Anbieters, ist der Kunde insoweit in der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen beschränkt.

Zu Ziffer 1:

Die Mitwirkungspflichten des Kunden sollen klar offen gelegt sein und im Vertrag oder in einer Anlage hierzu zusammengestellt werden. Dies dient der Transparenz und der Vorbereitung des Kunden, der wissen muss, was auf ihn zukommt. Die Regelung dient auch dazu, die Vertragspartner dazu anzuhalten, bereits bei Vertragsschluss die Vertragsdurchführung genau zu planen und die jeweiligen Beiträge festzulegen. Wird nach Vertragsschluss eine Mitwirkungspflicht des Kunden erforderlich, die unverhältnismäßig erscheint oder den Rahmen einer Mitwirkungspflicht sprengt, müsste dazu ein Change-Request-Verfahren eingeleitet werden.

Zu Ziffer 2 a:

Ein Remotezugang zum IT-System des Kunden ist in vielen Fällen für die Leistungserbringung nicht erforderlich. Da mit einem Remotezugang höhere Sicherheitsrisiken verbunden sind, müssen entsprechende Sicherheitspflichten berücksichtigt werden. Falls ein Remotezugang erforderlich ist, sollte dies im Vertrag (zumindest in einer Anlage dazu) spezifiziert werden.

Zu Ziffer 2 b:

Dieser Absatz formuliert lediglich eine Auffangregelung, falls sich herausstellt, dass nicht alle notwendigen Informationen im Rahmen des vorrangig anzuwendenden Absatz 1 detailliert festgelegt wurden.

Zu Ziffer 3:

Hier sollen die projektspezifischen Mitwirkungspflichten aufgenommen werden. Die projektspezifischen Mitwirkungspflichten können in einer eigenen, vertraglich zu vereinbarenden Anlage zusammengestellt werden. Sie sollten, soweit bekannt, auch benannt und zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt werden. Beistelleleistungen stellen eine Unterkategorie von Mitwirkungspflichten dar. Für beide gelten hier dieselben Regelungen.

Zu Ziffer 5:

Um seine gesetzlichen Ansprüche durchzusetzen, muss der Anbieter folgende Schritte durchlaufen: Die Mitwirkungsleistungen müssen konkret eingefordert und mit Fristsetzung abgefordert werden. Werden sie nicht fristgerecht bzw. nicht in der erforderlichen/vereinbarten Qualität erbracht, muss der Anbieter dem Kunden eine Nachfrist setzen. Kann der Anbieter seine Projektarbeiten wegen fehlender Mitwirkung des Kunden nicht fortsetzen, so kann er:

- Mehraufwendungen ersetzt verlangen; außerdem wird der Anbieter vorerst von seinen Leistungspflichten frei;
- Bei fruchtlosem Ablauf der Nachfrist den Vertrag außerordentlich kündigen und ggf. in Kombination damit Schadenersatz verlangen.

5 Staffing und Personalaustausch

5.1 Vorüberlegungen

Der Auswahl und Einteilung von Personal für die Durchführung von Projekten oder die Abarbeitung von Aufträgen (Staffing) kommt in verschiedenen Vertragsbeziehungen unterschiedliche Bedeutung zu. In Werkverträgen ist regelmäßig das Interesse des Anbieters an einer freien Personalwahl etwas höher zu gewichten, da der Anbieter für die erfolgreiche Erstellung des Werkes verantwortlich ist und haftet. In Dienstleistungsverträgen spielt dagegen die persönliche Leistungserbringung durch Personen, die dem Kunden bekannt sind, in der Regel eine größere Rolle. Daher wäre es ausgewogen, in solchen Fällen zumindest ein Mitspracherecht des Kunden bei der Personalauswahl zu vereinbaren. Dieses Mitspracherecht kann allerdings auch beschränkt sein auf die Beteiligung an der Auswahl anonymer Qualifikationsprofile.

In den Fällen, in denen Personal des Anbieters vor Ort beim Kunden eingesetzt wird, ist dem Kunden gleichfalls ein weitergehendes Mitspracherecht bei der Personalauswahl zuzugestehen als bei Remote-Tätigkeiten. Eine einvernehmliche Personalauswahl (es wird nur Personal eingesetzt, wenn sowohl Kunde als auch Anbieter vorher zugestimmt haben) dürfte im Regelfall ungeeignet sein, da eine solche Regelung den Projektfortgang stark behindern kann.

In jedem Fall müssen die eingesetzten Personen über eine ausreichende Qualifikation verfügen, um die vertraglich geschuldeten Leistungen ordnungsgemäß erbringen zu können. Auch sollten in jedem Fall auf beiden Seiten Hauptverantwortliche für das jeweilige Projekt vorab benannt werden.

In gemischten Projektteams, die sowohl vom Anbieter als auch vom Kunden besetzt werden, ist Harmonie und ein gutes Arbeitsklima besonders wichtig. Dies lässt sich jedoch nicht vertraglich regeln.

5.2 Sicht des Kunden

Hat die Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung im konkreten Fall für den Kunden besondere Bedeutung, wird er darauf dringen, dass das eingesetzte Personal namentlich zu benennen ist. Ansonsten wird ihm regelmäßig ausreichen, dass Personal mit der erforderlichen Qualifikation eingesetzt wird und die Qualifikation nachgewiesen ist.

Dennoch hat der Kunde regelmäßig Interesse daran, möglichst großen Einfluss auf die Projektbesetzung nehmen zu können, indem er

- eingesetzte Mitarbeiter des Anbieters sowie Mitarbeiter von Subunternehmern direkt auswählt (»People Business«),
- Änderungen im Staffing erzwingt, wenn ein Mitarbeiter des Anbieters nicht zum eigenen Team »passt« (möglichst ohne die Hürde, objektiv nachprüfbare Gründe angeben zu müssen) und
- Personalaustausch möglichst verhindert, um während der Projektdauer ein stabiles und »eingespieltes« Team zu haben.

Des Weiteren hat der Kunde Interesse daran, dass Personalaustausch jedenfalls ohne Einfluss auf Zeitplan und Vergütung bleibt.

5.3 Sicht des Anbieters

Aus Sicht des Anbieters ist es optimal, bei der Bestimmung des von ihm eingesetzten Personals komplett freie Hand zu haben und das Staffing eines Projekts allein nach eigenen Bedürfnissen vornehmen zu können. Eine namentliche Benennung von Mitarbeitern für bestimmte Projekte ist aus Sicht des Anbieters nicht wünschenswert, da er damit viel Flexibilität beim Personaleinsatz für verschiedene Kunden verliert und seine Personalplanung beeinträchtigt wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn Verzögerungen bei einer Projektdurchführung auftreten und die eingesetzten Mitarbeiter bereits für andere Projekte eingeplant sind.

Darüber hinaus hat der Anbieter ein Interesse daran, das Projektteam (bei Werkverträgen) nach eigenen Bedürfnissen vergrößern oder verkleinern zu können.

Erfahrungsgemäß sind Anbieter oft bereit, die konkrete anfängliche Projektbesetzung mit dem Kunden abzustimmen. Der Kunde soll einen späteren Personalaustausch jedoch nicht verhindern oder erzwingen können.

Schließlich ist dem Anbieter daran gelegen, dass der Kunde bei durch ihn veranlasstem Personalwechsel eventuelle Zusatzaufwände vergütet.

5.4 Klauselvorschlag

1. Der Anbieter erbringt die Leistung durch Personen, die entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen für die Erbringung der vereinbarten Leistung qualifiziert sind. Dazu können die Parteien vorab Qualifikationsprofile der einzusetzenden Mitarbeiter festlegen.
2. Die Parteien können sich auf die Besetzung von Schlüsselpositionen einigen. Diese werden in einer Anlage zum Vertrag namentlich benannt. Der Anbieter darf Personen in vereinbarten Schlüsselpositionen nur mit vorheriger Zustimmung des Kunden auswechseln. Der Kunde wird seine Zustimmung nicht unbillig verweigern. Als Schlüsselpersonen im Sinne dieser Regelung gelten:
 - Projektleiter
 - Teilprojektleiter
 - sonstige:
 - nicht anwendbar

Personen, die nicht auf Schlüsselpositionen eingesetzt sind, darf der Anbieter auch ohne Zustimmung des Kunden auswechseln, sofern das Ersatzpersonal über die vertraglich vorausgesetzte Eignung, insbesondere das erforderliche Qualifikationsprofil, verfügt.

3. Der Kunde kann in sachlich begründeten Fällen den Austausch einer vom Anbieter zur Vertragserfüllung eingesetzten Person verlangen.
4. Sonstige Wünsche zum Austausch von Personal werden im Rahmen der Eskalationsregelungen behandelt (Klausel wahlweise in Vertrag aufnehmbar).
5. Die durch den Austausch entstehenden Kosten gehen zu Lasten des Anbieters, es sei denn, der Kunde hat den Grund für den Austausch gesetzt.

5.5 Anmerkungen

Gründe, die einen Wunsch nach Personalaustausch wecken können, sind insbesondere:

- Fehlende Qualifikation,
- fehlende Harmonie mit dem Kunden oder seinen Mitarbeitern,
- Kündigung des Personals oder Krankheit,
- Umsetzungswunsch des Anbieters und
- Pflichtverletzung: wiederholte Schlechtleistung oder Delikt.

Es ist sinnvoll, die Regelung nach Werkvertrag und Dienstvertrag zu differenzieren. Beim Dienstvertrag trägt der Anbieter keine Projektverantwortung, und die Leistung ist grundsätzlich eher »personenabhängig« als beim Werkvertrag.

Eine ausgewogene Regelung kann dem Kunden also bei einem Dienstvertrag mehr Mitspracherechte einräumen als bei einem Werkvertrag. Beim Werkvertrag trägt der Anbieter Projekt- und Erfolgsverantwortung und braucht effektive Steuerungsmöglichkeiten über das Projekt.

Beim Werkvertrag ist es fair, dass der Anbieter eventuelle Zusatzaufwände trägt, denn der Wechsel wird entweder durch den Anbieter veranlasst oder durch das schwere Fehlverhalten eines Mitarbeiters verursacht. Diese Gründe liegen in der Sphäre des Anbieters.

Sofern das Staffing stark durch den Kunden gesteuert wird, sollte generell die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung beachtet und ggf. vertraglich festgeschrieben werden (kein Übergang der Weisungsbefugnisse, Steuerung der Mitarbeiter über einen dedizierten Ansprechpartner des Anbieters keine Eingliederung der Mitarbeiter in die betriebliche Organisation des Kunden). Denn die Arbeitnehmerüberlassung bedarf einer behördlichen Erlaubnis und hat weitergehende arbeitsrechtliche Konsequenzen.

6 Einschaltung von Subunternehmern

6.1 Vorüberlegungen

Nach der Konzeption des BGB kann eine Vertragspartei zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten weitere Personen hinzuziehen, ohne dass es dafür einer Zustimmung der anderen Vertragspartei bedarf (§ 278 BGB). Diese Möglichkeit ist nur ausgeschlossen bei einem Dienstleistungsvertrag, in dessen Rahmen der Anbieter eine höchstpersönliche Leistungserbringung schuldet. Andererseits kann auch bei Werkverträgen ein berechtigtes Interesse des Kunden bestehen, Subunternehmer abzulehnen, insbesondere dann, wenn diese im Unternehmen des Kunden tätig werden sollen oder auf sensible Daten des Kunden Zugriff nehmen können, oder wenn dem Kunden Hinweise auf Unzuverlässigkeit des Subunternehmers vorliegen.

Von Subunternehmern, die bei der Erfüllung eines bestimmten Vertrages einbezogen werden, sind Lieferanten zu unterscheiden, die den allgemeinen betrieblichen Bedarf des Anbieters unterstützen. Ein Lieferant ist nicht in ein konkretes Vertragsverhältnis mit einem Kunden und nicht in eine konkrete Leistungserbringung des Anbieters eingebunden.

Das hier dargestellte Konzept für die Einschaltung von Subunternehmern erfasst nicht Lieferanten, die nicht i. S. d. § 278 BGB in die Leistungserbringung eingeschaltet sind.

6.2 Sicht des Kunden

Häufig möchte der Kunde den Einsatz von Subunternehmern beschränken. Er hat einen Vertrag mit dem Anbieter geschlossen und bei der Entscheidung für den konkreten Anbieter in der Regel die Leistungsfähigkeit sowie die Solvenz und gegebenenfalls die Eigentümerstruktur des Anbieters berücksichtigt. Er hat daher kein Interesse daran, mit Dritten, von deren Zuverlässigkeit er sich nicht hat überzeugen können, in eine Leistungsbeziehung zu treten.

Besonders kritisch ist der Einsatz von Subunternehmern aus der Sicht des Kunden, wenn die Leistungserbringung im Zusammenhang mit besonders schützenswerten Informationen des Kunden steht. Solche Informationen können Geschäftsgeheimnisse (z. B. Kundendatei oder die Kenntnis eines besonderen Produktionsverfahrens), personenbezogene oder einem besonderen Geheimnisschutz (z. B. Bankgeheimnis) unterliegende Daten sein.

6.3 Sicht des Anbieters

In der Regel möchte der Anbieter in seiner Entscheidung frei sein, ob und welche Subunternehmer er zur Leistungserbringung einsetzt.

Ist er in der Wahl des Einsatzes von Subunternehmern frei, kann er etwa auf Knowhow zurückgreifen, das in seinem Unternehmen nicht vorhanden ist oder Spitzen bei der Auslastung seines Unternehmens ausgleichen, ohne einen unverhältnismäßigen Personalstamm aufbauen oder die Erledigung von Aufträgen in die Zukunft verschieben zu müssen.

6.4 Klauselvorschlag

Vorbemerkung: Bei der Vertragsgestaltung und der Verwendung von Klauselvorschlägen ist zu unterscheiden, ob es sich im konkreten Fall um einen Dienstvertrag oder um einen Werkvertrag handelt.

a) Gestaltung bei Dienstverträgen

Variante 1 (*während eines laufenden Projekts werden Subunternehmer eingeschaltet*): Der Anbieter wird Subunternehmer nur nach vorheriger schriftlicher Zustimmung des Kunden einsetzen. Der Kunde darf die Zustimmung nicht unbillig verweigern. Die Hinzuziehung von verbundenen Unternehmen im Sinne der §§ 15 ff. AktG bedarf nicht der Zustimmung des Kunden. Davon unberührt bleiben datenschutzrechtliche Erfordernisse.

Variante 2 (*Anbieter weiß schon bei Vertragsschluss, dass er Subunternehmer einsetzen wird*): Die Zustimmung zum Einsatz der nachfolgend [alternativ: in der Anlage Subunternehmer] genannten Subunternehmer wird hiermit erteilt. [ggf. Liste der Subunternehmer mit Firma und Anschrift]

Für beide Varianten: Der Anbieter wird seine Subunternehmer in geeigneter Weise zur Einhaltung der Vertraulichkeit und des Datenschutzrechts verpflichten, beispielsweise durch Abschluss einer ggf. notwendigen Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung.

b) Gestaltung bei Werkverträgen

1 (deklaratorisch): Der Anbieter ist berechtigt, unter Berücksichtigung zwingender spezialgesetzlicher Vorgaben, z. B. des Datenschutzrechts, Dritte als Subunternehmer zur Leistungserbringung hinzuzuziehen (Abbildung der gesetzlichen Regelung). Macht der Anbieter von diesem Recht Gebrauch, informiert er den Kunden vorab in Textform. Der Kunde ist nur aus wichtigem Grund berechtigt, dem Einsatz von Subunternehmern im Einzelfall zu widersprechen.

2: Der Anbieter wird seine Subunternehmer in geeigneter Weise zur Einhaltung der Vertraulichkeit und des Datenschutzrechts verpflichten, beispielsweise durch Abschluss einer ggf. notwendigen Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung.

6.5 Anmerkungen

Je stärker die persönliche Zuverlässigkeit oder das spezifische Knowhow des Anbieters eine Rolle spielt, desto größer ist das Interesse des Kunden an einer Leistungserbringung durch den Anbieter selbst und desto eher werden die berechtigten Belange des Kunden an einer Beschränkung des Einsatzes von Subunternehmern durchgreifen. Häufig finden sich daher Regelungen in Verträgen, die hinsichtlich der Zulässigkeit des Einsatzes von Subunternehmern nach der Art der betroffenen Leistung unterscheiden (z. B. Einsatz von Subunternehmern bei Leistungen im »Kernbereich« oder bei bloßen »Hilfstätigkeiten«). Hiervon wurde im vorliegenden Muster abgesehen, um eine zu große Komplexität der Regelung zu vermeiden.

In einzelnen Konstellationen, etwa wenn schutzwürdige Daten betroffen oder aufsichtsrechtliche Vorgaben einzuhalten sind (z. B. gemäß § 25a KWG oder Datenschutzrecht), können weitergehende Einschränkungen beim Einsatz von Subunternehmern (bis hin zu dessen Ausschluss) zu berücksichtigen sein.

Möchte der Anbieter zur Leistungserfüllung Subunternehmer einsetzen, wird er diese regelmäßig bereits bei Vertragsschluss benennen. Da der Kunde insoweit bereits von Anfang an weiß, womit er zu rechnen hat, erscheint es ausgewogen, von ihm bereits bei Vertragsschluss eine entsprechende Zustimmung zu verlangen.

Der Kunde darf seine Zustimmung zur Einschaltung von Subunternehmern nicht unbillig verweigern (vgl. § 315 BGB). Er muss dafür also einen nachvollziehbaren Grund angeben können. Solche Gründe sind je nach Einzelfall ggf. im Vertrag beispielhaft zu benennen. In Betracht kommen hier nur unternehmensbezogene Gründe, die mit der konkreten Leistungsbeziehung in Zusammenhang stehen.

Der Kunde darf seine einmal gegebene Zustimmung auch nur aus wichtigem Grund für die Zukunft zurücknehmen. Nimmt der Kunde seine Zustimmung zur Einschaltung des Subunternehmers zurück, sollte dies als Grund für die Auflösung des Subunternehmervertrages vereinbart sein. Für den Fall, dass der Grund für die Rücknahme der Zustimmung in der Person des Subunternehmers liegt, sollte im Subunternehmervertrag eine Schadenersatzregelung vereinbart sein. Im Vertrag zwischen Anbieter und Kunde sollte vereinbart sein, dass der Anbieter eine angemessene Frist für die Suche nach einem neuen Subunternehmer erhält, wenn der Kunde seine Zustimmung zum ersten Subunternehmer zurücknimmt. Während dieser Suchfrist sollten Sanktionen für eine Leistungsverzögerung ausgesetzt sein.

Haftet dagegen der Anbieter ohnehin für den Erfolg seiner vertraglich geschuldeten Leistung (liegt mithin ein Werk- und kein Dienstvertrag vor), werden in der Regel die Interessen des Anbieters überwiegen, (nahezu) beliebige Subunternehmer zur Leistungserbringung hinzuzuziehen, die er zur Herbeiführung des vertraglich geschuldeten Erfolgs benötigt. Grundsätzlich obliegt es dem Anbieter, frei zu entscheiden, wie er diesen Erfolg herbeiführt. Die Interessen des Kunden werden durch die Erfolgsverantwortung des Anbieters häufig hinreichend gewahrt. Sofern der Anbieter bei einem Werkvertrag in der Wahl seiner Mittel (einschließlich des Einsatzes von Subunternehmern) beschränkt wird, sind vertragliche Regelungen vorzusehen, welche Vertragspartei die hieraus entstehenden Risiken und Nachteile trägt, z. B. Projektverzögerungen, Mehraufwände und das mögliche Nichterreichen eines Leistungserfolgs.

Oft findet man folgende Regelung in Verträgen: »Der Anbieter haftet für das Verschulden seiner Subunternehmer wie für eigenes Verschulden.« Diese Regelung ist jedoch nicht ausgewogen, weil hiervon auch deliktisches Handeln erfasst wäre, sodass der Anbieter auch für deliktisches Handeln seines Subunternehmers haften müsste. Eine deliktische Haftung des Subunternehmers direkt gegenüber dem Geschädigten besteht von Gesetzes wegen.

7 Abnahme

7.1 Vorüberlegungen

Die Abnahme ist ein zentrales Element des Werkvertrages. Sie dient dazu festzustellen, dass die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß erbracht wurde. Abnahmeregelungen finden sich vielfach auch in Software-Erstellungsverträgen. Abnahmeregelungen passen jedoch nur in Verträge, die die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs zum Inhalt haben, nicht hingegen für leistungsbezogene Verträge wie Dienstverträge. »Freigaben« oder »Bestätigungen« in Softwareentwicklungsprojekten, die mit einer »agilen« oder »Scrum«-Methode durchgeführt werden, sind keine Abnahme im Rechtssinne, da die jeweiligen Ergebnisse von beiden Parteien gemeinschaftlich erarbeitet werden. Hier fehlt es zudem regelmäßig an einer vorab definierten Sollbeschaffenheit, gegen die eine Abnahmeprüfung durchgeführt werden kann, sowie an der Kontrolle des Anbieters über die Vorgehensweise und die Qualitätssicherung.

Die zentrale Bedeutung der Abnahme liegt in ihren rechtlichen Auswirkungen:

- Der originäre Erfüllungsanspruch endet,
- Die Gewährleistung beginnt,
- Liefertermine gelten als eingehalten,
- Der Vergütungsanspruch des Anbieters wird fällig,
- Gefahrübergang tritt ein (eine Verschlechterung des Werkes nach Gefahrübergang mindert den Vergütungsanspruch nicht),
- Die Beweislast für Mängel des Werkes geht auf den Besteller über.

Die Erteilung der Abnahme bedeutet nicht den Verlust eventueller Haftungsansprüche wegen Fehlern in der Leistung.

Entscheidende Elemente einer Abnahmeregelung sind die Definition der Abnahmekriterien (einschließlich Mängelkategorien), der Vorgehensweise im Abnahmetest (einschließlich der Verantwortlichkeiten der Parteien), sowie die Folgen im Falle des Scheiterns des Abnahmetests.

Die konkrete Ausgestaltung der Abnahmeregelung hängt dabei sehr stark von der Projektstruktur und der Zusammenarbeit der Parteien im Projekt ab. So kann ein Abnahmetest beispielsweise vollständig integriert in ein Gesamttestkonzept oder als eigenständiger Test des Kunden nach vollständiger Testdurchführung durch den Anbieter durchgeführt werden. Bei langfristigen Projekten mit mehreren Releases bietet sich eine Teilabnahme der einzelnen Releases an, als Voraussetzung für eine schrittweise produktive Nutzung.

Zu unterscheiden ist regelmäßig zwischen einem vereinfachten Verfahren zur Abnahmeprüfung von Konzepten und anderen Leistungen, die nicht Software sind, und einem ausführlichen Testverfahren für Softwareergebnisse.

Der nachfolgend dargestellte Klauselvorschlag nimmt die genannten Elemente auf und regelt diese in einer Weise, die für ein klassisches Softwareerstellungsjahr typisch ist. Er ist auf-

grund des zuvor Gesagten regelmäßig auf die tatsächlichen Projektgegebenheiten zu überprüfen und ggf. anzupassen.

7.2 Sicht des Kunden

Der Kunde strebt einen möglichst hohen Grad an Sicherheit an, dass die Arbeitsergebnisse den vereinbarten Spezifikationen entsprechen. Es ist in seinem Interesse, die mit Erklärung der Abnahme fällige vollständige Vergütung erst zu zahlen, wenn er sicher ist, dass das Arbeitsergebnis der vertraglichen Vereinbarung entspricht, obwohl er durch die typischerweise folgende Gewährleistung auch nach Abnahme die Möglichkeit hat, Mängelbehebung vom Anbieter zu verlangen.

Der Kunde wird an einer effizienten Durchführung des Abnahmetests in einer möglichst produktionsnahen Umgebung interessiert sein. Aus wirtschaftlichen Gründen bietet sich daher der Abnahmetest beim Kunden (ggf. in einer zukünftig neuen Umgebung) an. Zu einer effizienten Durchführung gehört darüber hinaus die Integration des Abnahmetests in ein übergeordnetes Testkonzept, um Redundanzen und gleichzeitig Lücken im Testvorgehen zu vermeiden.

Sein Interesse an einer möglichst umfassenden Fehlerbehebung vor Abnahme steht im Konflikt mit einer zügigen Produktionsaufnahme und dem Interesse des Anbieters an einer möglichst frühzeitigen Abnahmeerklärung. Soweit der Kunde eine Behebung von unwesentlichen Mängeln auch nach Abnahme (im Rahmen der Gewährleistung) zulässt, wird er darauf achten wollen, dass die Behebung explizit vorbehalten wird, und er den Anspruch nicht im Sinne von § 640 Abs. 2 BGB verwirkt.

Der Kunde wird, je nach Größe und Stärke der eigenen IT-Abteilung, Dritte bei der Abnahmeprüfung hinzuziehen wollen. Themen wie Geheimhaltung und Schutz von Urheberrechten und Knowhow des Anbieters werden in diesem Zusammenhang zu diskutieren sein.

7.3 Sicht des Anbieters

Der Anbieter ist an einem sorgfältigen und umfassenden Test interessiert, um mögliche Schadensfälle im späteren Betrieb auszuschließen. Er hat dabei ebenfalls ein Interesse an einer Integration des Abnahmetests in das übergeordnete Testkonzept.

Der Anbieter hat ein starkes Interesse daran, die Erklärung der Abnahme auch tatsächlich fordern zu können. Daher ist es für ihn außerordentlich wichtig, die Abnahmekriterien eindeutig (und in Bezug auf seine eigenen, durch ihn kontrollierten und geschuldeten Leistungen) festzulegen.

Aufgrund der Nachweislast einer ordnungsgemäßen Lieferung auf Seiten des Anbieters ist dieser daran interessiert, den Abnahmetest in einer geordneten und wohldefinierten Umgebung durchzuführen. So soll weitgehend ausgeschlossen werden, dass angebliche Mängel gemeldet werden, die auf Fehlbedienung oder Datenfehler zurückzuführen sind. Daher wird der Anbieter regelmäßig drauf bestehen, dass die Abnahme vorliegen muss, bevor das Werk produktiv genutzt wird.

Ein regelmäßiger Fall widersprüchlicher Interessen betrifft die Frage, wer die Einordnung von gefundenen Mängeln in die jeweiligen Mängelkategorien vornimmt. Ein Kompromiss kann hier oft über eine ausführliche und objektive Definition der Mängelkategorien und ein eventuelles Eskalationsverfahren im Falle der Uneinigkeit erzielt werden.

7.4 Klauselvorschlag

Abnahme

1. Gegenstand der Abnahme

Die vom Anbieter nach diesem Vertrag zu erstellenden Werkleistungen (nachfolgend »Gewerke«) unterliegen der Abnahme.

1.1 Teilabnahme / Gesamtabnahme

Soweit Teilabnahmen vereinbart sind, wird im Rahmen der Teilabnahme die Funktionsfähigkeit der Teilleistung isoliert betrachtet. Eine Teilabnahme umfasst grundsätzlich weder systemübergreifende Funktionalitäten noch die Interoperabilität der Teilleistung mit anderen Teilen der Werkleistungen. Systemübergreifende Funktionalitäten und die Interoperabilität der Teilleistungen sind dann Gegenstand der Teilabnahme, wenn die Nutzung dieser Teilleistungen vor der Gesamtabnahme vereinbart ist und diese Nutzung deren Interoperabilität vereinbarungsgemäß voraussetzt. Abgenommene Teilergebnisse dienen als Grundlage für die Fortführung der Arbeiten. Insbesondere ist bei Widersprüchen zwischen früheren Leistungsbeschreibungen und abgenommenen Konzepten immer das abgenommene Konzept maßgeblich für die spätere Abnahme des Gesamtwerks.

Das vertragsgemäße Zusammenwirken von Teilleistungen mit anderen Ergebnissen (Integration) ist Gegenstand einer separaten Gesamtabnahme. Nach Erklärung der Abnahme der letzten Teilleistung erfolgt eine Gesamtabnahme. Gegenstand der Gesamtabnahme ist insbesondere die Prüfung der systemübergreifenden Funktionalitäten sowie der Interoperabilität aller Teile der Werkleistungen.

1.2 Abnahme von gesonderten Teilergebnissen

Soweit in der Leistungsbeschreibung Teilergebnisse definiert sind, die während des Projektverlaufs separat und ohne Einbeziehung in die Gesamtabnahme abgenommen werden sollen, gilt auch für diese das nachfolgende Abnahmeverfahren.

2. Abnahmeverfahren

2.1 Gewerke, die keine Software-Leistungen sind

Gewerke, die nicht Softwareentwicklung, Softwareimplementierung oder Systemintegration sind, stellt der Anbieter dem Kunden zum vereinbarten Termin bereit und fordert ihn in Textform zur Abnahme auf. Der Kunde hat die Abnahme der Gewerke innerhalb von ... (bitte ausfüllen) Arbeitstagen nach Bereitstellung in Textform zu erklären, wenn die erbrachte Leistung im Wesentlichen den vertraglich vereinbarten Spezifikationen entspricht.

Liegen wesentliche Mängel vor, übergibt der Kunde an den Anbieter innerhalb der genannten Frist eine Mängelliste aller abnahmeverhindernden Mängel. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. Weist der Anbieter die Beseitigung der fristgerecht gerügten und abnahmeverhindernden Mängel nach, gilt die erbrachte Leistung als abgenommen. Die Leistung gilt auch dann als abgenommen, wenn der Kunde innerhalb der genannten Frist keine Liste der abnahmeverhindernden Mängel übergeben hat. Der Anbieter kann für abgenommene Leistungen eine schriftliche Abnahmeerklärung verlangen.

2.2 Abnahmeverfahren bei Software-Leistungen

Im Falle von Gewerken, die Softwareentwicklung, Softwareimplementierung oder Systemintegration sind, stellt der Anbieter dem Kunden das Gewerk zum vereinbarten Termin zur Abnahme bereit und zeigt mindestens in Textform die Bereitstellung zur Abnahme an. Soweit möglich wird der Anbieter mit einem Vorlauf von mindestens fünf Arbeitstagen die Bereitstellung zur Abnahme ankündigen. Der Kunde beginnt unverzüglich nach Anzeige der Bereitstellung zur Abnahme (BzA) mit der Abnahmeprüfung. Die Abnahmeprüfung ist innerhalb einer Frist von ... (bitte ausfüllen) Arbeitstagen abzuschließen. Der Anbieter ist berechtigt, an der Abnahmeprüfung teilzunehmen und die Ergebnisse einzusehen.

Der Abnahmetest erfolgt in der vertraglich vereinbarten Systemumgebung. Im Abnahmetest wird das Gewerk auf Mängel überprüft. Soweit nicht anders vereinbart, wird der Kunde die für die Durchführung des Abnahmetests erforderliche Infrastruktur (Hardware, Software, Daten, Personal etc.) bereitstellen.

Zu Beginn der Vertragsdurchführung, spätestens jedoch bis zum Abschluss des technischen und funktionalen Feinkonzepts, werden die Parteien einvernehmlich ein Abnahmekonzept (inklusive der zu verwendenden Testdaten, Testfälle und der zu erwartenden Ergebnisse) und Abnahmekriterien auf Basis der vertraglich vereinbarten Spezifikationen für die Abnahme festlegen. Der Anbieter wird unter Verwendung von anonymisierten Bestands- und Bewegungsdaten, die vom Kunden bereitgestellt werden, sowie der vereinbarten Testdaten, Testfälle und der zu erwartenden Ergebnisse eine Testdatenbank erstellen, welche im Rahmen der Tests (einschließlich des Abnahmetests) eingesetzt wird.

Der Kunde hat alle zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um das Gewerk umfassend zu testen und eine vollständige Liste aller Mängel zu erstellen. Soweit der Anbieter bei der Testdurchführung nicht beteiligt ist, wird der Kunde dem Anbieter kontinuierlich Mängel mitteilen und deren

Beseitigung außerhalb des Abnahmesystems ermöglichen. Das Ergebnis des Abnahmetests wird vom Kunden in einem Abnahmeprotokoll festgehalten, in dem die Abweichungen von den vertraglich vereinbarten Spezifikationen dokumentiert werden.

Ergibt sich aus dem endgültigen Testprotokoll, dass keine abnahmeverhindernden Mängel vorliegen, erklärt der Kunde unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 5 Arbeitstagen, schriftlich die Abnahme. Die Abnahme gilt als erklärt, wenn der Kunde binnen dieser Frist weder die Abnahme schriftlich erklärt noch eine schriftliche Begründung für die Abnahmeverweigerung an den Anbieter übergibt, aus der alle Gründe für die Abnahmeverweigerung detailliert aufgeführt sind. Die Abnahme gilt in jedem Falle als erklärt, wenn der Kunde das Gewerk produktiv im Echtbetrieb nutzt.

3. Mängelkategorien für die Abnahme von Software-Leistungen

Als Mängel gelten alle Abweichungen von den vertraglich vereinbarten Spezifikationen und den vereinbarten Abnahmekriterien. Ein Mangel liegt auch dann vor, wenn der Kunde darlegen kann, dass das Gewerk für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung nicht geeignet ist. Im Übrigen werden vorhandene Mängel durch die Parteien in die folgenden Mängelkategorien eingeteilt:

Mängelkategorie 1 (gravierende Mängel)

Mängel der Kategorie 1 machen die vertragsgemäße Nutzung der gesamten Leistung oder von einzelnen, in sich abgeschlossenen Teilen der Leistung unmöglich oder schränken diese so schwerwiegend ein, dass die vertragsgemäße Nutzung der Leistung nur mit wirtschaftlich nicht zu vertretendem Aufwand möglich wird, ohne dass der Kunde dies für eine zumutbare Zeitdauer umgehen kann.

Mängel der Kategorie 1 können zum Beispiel sein: häufige Systemabstürze, die unvorhersehbar oder nicht zu vermeiden sind, schwere Beschädigung von Datenbanken und Datenbeständen oder unzumutbarer manueller Zusatzaufwand.

Mängelkategorie 2 (wesentliche Mängel)

Mängel der Kategorie 2 haben eine wesentliche Auswirkung auf die vertragsgemäße Nutzung der Leistung in der Weise, dass sie zu erheblichem Zusatzaufwand beim Einsatz der mangelhaften Leistung gegenüber einer Nutzung der vertragsgemäßen Leistung führen oder dass aufgrund des Mangels einzelne Funktionalitäten nicht verfügbar sind.

Mängel der Kategorie 2 können zum Beispiel sein: Applikationen, die inhaltlich falsche Ergebnisse produzieren, Datenfelder, die nicht validiert werden oder anders als vorgesehen genutzt werden, sowie Fehler in Berichten.

Mängelkategorie 3 (unwesentliche Mängel)

Mängel der Kategorie 3 haben keine wesentlichen Auswirkungen auf die Funktionalität und die vertragsgemäße Nutzung der Leistung.

Mängel der Kategorie 3 können zum Beispiel sein: orthografische, semantische oder syntaktische Fehler oder kleinere Ungenauigkeiten innerhalb der Leistung, die bei vertragsgemäßer Nutzung der Leistung keinen nennenswerten Zusatzaufwand für den Nutzer verursachen.

Die Parteien sollen Einvernehmen über die Einordnung eines Mangels in die Mängelkategorien erzielen. Sollte dies nicht binnen zwei Arbeitstagen nach Feststellung des Mangels erfolgen, tritt das Eskalationsverfahren gem. Ziffer X dieses Vertrages in Kraft. Der Anbieter ist berechtigt, vor Abschluss des Eskalationsverfahrens mit der Behebung der Mängel bereits zu beginnen.

Abnahmeverhindernd sind alle Mängel der Mängelkategorie 1 sowie jeder Mangel der Mängelkategorie 2, der über die erlaubte Toleranzgrenze von [X] (bitte ausfüllen) Mängeln der Mängelkategorie 2 hinausgeht. Mängel der Mängelkategorie 3 sind nicht abnahmeverhindernd, es sei denn, sie liegen in einer so hohen Zahl vor, dass sie aufgrund ihrer Vielzahl zu einer Beeinträchtigung führen wie ein gravierender Mangel der Kategorie 1.

Mängel der Mängelkategorien 2 und 3 werden in der Abnahmeerklärung als Mängel festgehalten und vom Anbieter im Rahmen seiner Haftung für Sach- und Rechtsmängel unverzüglich beseitigt, soweit nicht eine Frist für die Beseitigung vereinbart ist.

4. Folgen des Scheiterns der Abnahme

Werden gravierende Mängel (Kategorie 1) festgestellt, kann der Kunde den Abnahmetest abbrechen. Sofern lediglich wesentliche Mängel (Kategorie 2) festgestellt werden, darf der Kunde den Abnahmetest abbrechen, wenn dessen Fortsetzung aufgrund der Vielzahl der Mängel nicht mehr sinnvoll möglich ist.

Hat der Kunde den Abnahmetest gemäß Absatz 1 abgebrochen, setzt er dem Anbieter eine angemessene Frist, die Mängel zu beseitigen. Nach deren Beseitigung hat der Anbieter die Leistungen erneut zur Abnahme bereitzustellen. Der Kunde hat das Recht zur erneuten Abnahmeprüfung.

Bei Vorliegen von abnahmeverhindernden Mängeln ist der Kunde berechtigt, die Abnahme zu verweigern, bis der Anbieter diese Mängel behoben hat. Nach Behebung der abnahmeverhindernden Mängel wird der Kunde unverzüglich den Teil des Testzyklus, in dem die Mängel aufgetreten sind, zum Zwecke der Funktionsprüfung wiederholen. Der Testzyklus muss so gewählt werden, dass die erfolgreiche Mängelbeseitigung festgestellt werden kann und aus der Mängelbeseitigung resultierende (neue) Mängel auszuschließen sind. Das Ergebnis der Nachprüfung ist in einem erneuten Abnahmeprotokoll festzuhalten.

Vor Ausübung eines Rücktrittsrechts und /oder vor Verlangen von Schadensersatz statt der Leistung wegen Fehlschlagens der Beseitigung der abnahmeverhindernden Mängel wird der Kunde dem Anbieter mindestens zweimal eine angemessene Nachfrist zur Mängelbeseitigung setzen. Voraussetzung für die Ausübung dieser Rechte ist die vorherige schriftliche Mitteilung an den Anbieter, dass der Kunde beabsichtigt, im Falle des fruchtlosen Verstreichens der Nachfrist diese Rechte auszuüben.

7.5 Anmerkungen

Nach der Konzeption des hier präsentierten Moduls »Abnahme« soll der Anbieter das Recht haben, bereits festgestellte Mängel schon während der noch andauernden Abnahmeprüfung zu beseitigen. Hierdurch soll eine schnellere Nutzung der Werkleistung erreicht werden.

Die Abnahmekriterien werden nach der Konzeption dieses Moduls in erster Linie aus den vertraglich vereinbarten Spezifikationen abgeleitet. Teilabnahmen im Sinne des Klauselvorschlags sind solche im Sinne der werkvertraglichen Vorschriften des BGB.

Die in dem Klauselvorschlag genannten Zeiträume sind vor dem Projekthintergrund und der Komplexität der zu erbringenden Werkleistung (z. B. ausstehende Tests) im Rahmen der Abnahme zu überprüfen und anzupassen.

Regelmäßig werden die Fristen für die Abnahme von Nicht-Softwareleistungen wesentlich kürzer sein, da der Prüfaufwand geringer ist und der Kunde in deren Erstellung meist laufend eingebunden ist.

Die Anzahl der zulässigen Mängel der Mängelkategorie 2 ist vor dem Hintergrund der Kritikalität der Software für den Betrieb sowie dem Interesse (beider Parteien) an einem möglichst frühzeitigen Produktionsbeginn festzulegen.

Die Abnahme erfordert ein aktives Mitwirken des Kunden (mindestens Prüfung des Werkes und Benennung eines Mangels). Wirkt der Kunde nicht bei der Abnahme mit, obwohl ihn der Unternehmer unter Setzung einer angemessenen Frist zur Prüfung der fertig gestellten Gewerke und zur Erklärung der Abnahme aufgefordert hat, so wird nach § 640 Abs. 2 BGB die Abnahme fingiert. Diese gesetzliche Vorschrift bringt die Interessen der Vertragsparteien angemessen zum Ausgleich, sodass eine vertragliche Regelung insoweit entbehrlich erscheint.

Die Erklärung der Abnahme ist nach Konzeption des BGB nicht an eine bestimmte Form gebunden. Es reicht auch eine konkludente Abnahme (z. B. durch Inbetriebnahme der Software oder Nutzung des Werks durch den Kunden) aus. Dennoch erscheint es sinnvoll, zu Nachweis- und Dokumentationszwecken eine Abnahme zumindest in Textform zu vereinbaren. Die Einhaltung der Textform (§ 126b BGB) ist z. B. durch E-Mail möglich, eine handschriftliche Unterschrift ist dafür nicht erforderlich.

Sonderthema Wartungs- und Pflegeverträge

Das vorstehend präsentierte Modul »Abnahme« passt nicht für Wartungs- und Pflegeverträge, weil bei diesen andere Überlegungen eine vordringliche Bedeutung haben. In Wartungsverträgen ist die Anwendung von Abnahmeregelungen problematisch. Hier finden sich oft Elemente eines Dauerschuldverhältnisses. Diese sind nicht auf den punktuellen Austausch einer Leistung ausgelegt und stehen damit einem Abnahmekonzept eher entgegen, auch wenn in diesen Verträgen kleinere Werkleistungselemente vorkommen (Erweiterungen im Wesentlichen), für die dann wieder eine Abnahme geeignet wäre.

8 Gewährleistung

8.1 Vorüberlegungen

Die Gewährleistung ist das zentrale Element im Schuldrecht zur Regulierung von inhaltlichen und qualitativen Leistungsstörungen (in Abgrenzung zu zeitlichen Leistungsstörungen/Verzug). In den Bereich der Gewährleistung gehören auch Einschränkungen, die sich aus Rechten Dritter an den überlassenen Leistungen ergeben (»Rechtsmängel«) wie weiter unten beschrieben.

Die Gewährleistung versetzt den Empfänger einer Leistung in die Lage, auch nach Bezahlung und Übergabe Nachbesserung der Leistung zu verlangen oder im Falle des Scheiterns der Nachbesserung weitere Rechte geltend zu machen.

Das Konzept der Gewährleistung unterscheidet sich je nach Vertragstyp. Gemeinsam ist den Konzepten jedoch, dass der Fokus auf die Nachbesserung und damit auf die Erhaltung des ursprünglich vereinbarten Vertrages gerichtet ist. Weitere Rechte stehen dem Leistungsempfänger regelmäßig erst zu, nachdem eine Nachbesserung durch den ursprünglichen Anbieter gescheitert ist. Die weiteren Gewährleistungsrechte beinhalten das Recht zur Nachbesserung durch Dritte oder durch den Leistungsempfänger selbst (jeweils auf Kosten des ursprünglichen Anbieters), Minderung der Vergütung und bei schwerwiegenden Leistungsstörungen Rücktritt vom Vertrag. Daneben bestehen Schadensersatzansprüche.

Für IT-Verträge kommen i. d. R. vier gesetzliche Leitbilder und die dazugehörigen Gewährleistungsmodelle in Betracht: Dienstvertrag, Werkvertrag, Kaufvertrag oder Miet- / Pachtvertrag. Der Dienstvertrag sieht dabei kein »echtes« Gewährleistungsmodell vor; denn eine Nachbesserungspflicht besteht nur im Falle einer vom Leistungserbringer verschuldeten Schlechtleistung, während bei den anderen Vertragsarten das Verschulden (ausgenommen für Schadensersatzansprüche) keine Anspruchsvoraussetzung ist. Unterschiede in den anderen Modellen bestehen vor allem in der Dauer sowie in Nuancen der Anspruchsgestaltung.

Die hier vorgeschlagene Klausel richtet sich auf die gesetzlichen Regelungen für die Vertragstypen Kauf- und Werkvertrag. Sie ist nicht geeignet für Miete und Dienstverträge.

Folgende Punkte bei der Gestaltung der Gewährleistung in IT-Verträgen sind wichtig, um mögliche Probleme und Lücken des gesetzlichen Leitbildes zu adressieren bzw. zu schließen:

- Beginn und Dauer der Gewährleistung,
- Gegenstand der Gewährleistung, insbesondere bei Kombination von Leistungen (z. B. Konflikt zwischen Gewährleistung und Pflege im Falle von Software),
- Beweislast,
- Reaktionszeiten und Zeiten für die Fehlerbehebung und
- Fristen und Zusammenarbeit zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer (u.a. dem Betrieb des Leistungsempfängers).

Die Interessen aus Sicht des Leistungserbringers und Leistungsempfängers zu diesen Punkten werden nachfolgend jeweils noch detaillierter dargestellt.

Konstellationen, in denen Rechte Dritter durch die vertragsgemäße Nutzung der Leistungen verletzt werden oder würden (»Rechtsmängel«), führen ebenfalls zu Gewährleistungsansprüchen analog zu sonstigen qualitativen Mängeln (»Sachmängeln«). In vielen Verträgen findet sich hierzu jedoch eine vertragliche Konstruktion, die über das Konzept der gesetzlichen Rechtsmängelgewährleistung hinaus geht und einen umfassenden Freistellungsanspruch gegen Ansprüche Dritter wegen Verletzung ihrer Rechte etabliert (vgl. dazu unten Ziffer 9.).

8.2 Sicht des Kunden

Der Kunde strebt eine möglichst umfassende Gewährleistung an, die ihm die Sicherheit gibt, dass die erworbenen Leistungen auch den vereinbarten Spezifikationen entsprechen und für ihn wie geplant nutzbar sind. Die unverzügliche und vollständige Behebung von Mängeln ist ein offensichtliches Interesse des Kunden. Er wird dabei darauf achten müssen, dass er bei der Kombination von Leistungen unterschiedlicher Anbieter in der Lage bleibt, den Anspruchsgegner für seine Ansprüche zu identifizieren. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Gewährleistungsanspruches liegt dabei beim Kunden. Daher ist es in der Praxis wichtig für den Kunden, möglichst immer eine Kopie der vom Anbieter übergebenen Originalfassung einer Software aufzubewahren, um nachzuweisen zu können, dass der Mangel nicht auf eine spätere Veränderung des übergebenen Arbeitsergebnisses zurückzuführen ist.

Der Kunde hat insbesondere bei komplexeren Projekten mit Teilabnahmen ein Interesse an einer Gewährleistungsdauer, die alle Teilleistungen im Zusammenwirken für einen gewissen Zeitraum erfasst, um Mängel im Zusammenwirken beheben lassen zu können. Typischerweise wird der Kunde an einer möglichst langen Gewährleistung interessiert sein.

Der Kunde wird ein Interesse daran haben, sich möglichst alle im Gesetz vorgesehenen Ansprüche zu sichern, und seine Obliegenheiten (z. B. Untersuchung und Rüge nach § 377 HGB) zu reduzieren. Insbesondere im Fall der Selbstvornahme bzw. Ersatzvornahme durch Dritte (beim Werkvertrag) steht dies in direktem Konflikt mit dem starken Interesse des Anbieters daran, die Übersicht und Kontrolle über Änderungen an dem von ihm erbrachten Werk zu behalten und das in seinen Leistungen enthaltene Knowhow gegen Wettbewerber zu schützen.

Grundsätzlich ist der Anbieter verpflichtet, die Mängelbeseitigung im System des Kunden herbeizuführen. Dies kann in der Form erfolgen, dass die Mängelbeseitigung beim Anbieter vorgenommen wird und nur das Ergebnis in die Systeme des Kunden eingespielt wird. Bei komplexeren Systemen wird der Kunde jedoch regelmäßig daran interessiert sein, dass eine Nachbesserung in seiner Entwicklungs- und Testumgebung stattfindet, um Risiken zu vermeiden und seine eigene IT-Abteilung in die Analyse und ggf. Konzeptionierung der Nachbesserung einbinden zu können. Im Falle von Standardprodukten erfolgt die Nachbesserung typischerweise beim Hersteller.

8.3 Sicht des Anbieters

Der Anbieter ist daran interessiert, einen festen Beginn und ein festes Ende der Gewährleistungsfrist festzulegen, um seine Risiken aus Gewährleistung kalkulieren und den Aufwand seiner Nachbesserungspflichten einschätzen und die Erfüllung dieser Pflichten organisieren zu können. Er wird daher regelmäßig versuchen, Hemmung oder Neubeginn von Gewährleistungsfristen auszuschließen. Zudem ist er naturgemäß daran interessiert, die Dauer der Gewährleistung so kurz wie möglich zu gestalten.

Der Anbieter hat ein starkes Interesse daran, die Ersatzvornahme durch den Kunde oder Dritte als Gewährleistungsrecht auszuschließen. Die Kosten einer Ersatzvornahme durch Dritte sind typischerweise deutlich höher als die Kosten der Mangelbeseitigung durch den Anbieter selbst. Darüber hinaus sprechen aus Sicht des Anbieters gegen die Ersatzvornahme der notwendige Zugang zum Source Code und die Notwendigkeit, die Integrität seines Arbeitsergebnisses während der Gewährleistungsfrist zu schützen, um nicht später an einer Version arbeiten zu müssen, die nicht von ihm selbst erarbeitet wurde.

Er ist daran interessiert, nicht über seine vertragliche Leistungspflicht hinaus Verantwortung übernehmen zu müssen. Seine Gewährleistung soll sich nicht auf Fehler erstrecken, die sich aus der Kombination seiner Leistung mit der Leistung anderer sowie mit bereits vorhandenen Komponenten ergeben können, es sei denn, eine solche Integration ist ausdrücklich Teil seiner Leistungspflicht. Ebenso ist er daran interessiert, die Kriterien für einen Mangel möglichst nachprüfbar und objektiv zu gestalten. Dies ist ein Interesse, das grundsätzlich auch der Kunde (wegen der Beweislastsituation) hat. Beim Kunden steht dieses Bestreben aber im Konflikt mit dem Interesse daran, dass die Gewährleistung ein möglichst breites Spektrum potenzieller Fehler und Probleme umfassen soll.

Der Anbieter wird die grundsätzliche Beweislast – am besten bis hin zur Reproduzierbarkeit eines Mangels – beim Kunden sehen wollen. In der Praxis wird der Anbieter aber regelmäßig nach einem hinreichenden Nachweis für ein Fehlverhalten mit der Fehleranalyse beginnen, weil teilweise nur er hierzu in der Lage ist. Eine Regelung zur Kostentragung bei unberechtigter Geltendmachung von Gewährleistung ist daher für ihn wichtig.

Nach der Konzeption des Gesetzes ist ein festgestellter Mangel unverzüglich zu beheben. Hinsichtlich der Reaktions- und Behebungszeiten will der Anbieter aber naturgemäß so flexibel wie möglich bleiben. Soweit es sich um ein Standardprodukt handelt, wird er in der Regel eine Standardorganisation zur Pflege /Wartung haben, die feste, für alle Kunden gleichförmige Bearbeitungszeiten vorgibt. Diese wird er im Vertrag verankern wollen. Soweit seine Leistung in der Herstellung eines kundenspezifischen Arbeitsergebnisses besteht, wird er regelmäßig auf die Entwicklungs- und Testumgebung des Kunden zugreifen müssen und sich die entsprechenden Rechte im Vertrag sichern. In allen Fällen ist es für den Anbieter wichtig, den Kunden zu verpflichten, den Mangel und die Betriebszustände, in denen der Mangel auftritt, umfassend und sorgfältig zu beschreiben.

8.4 Klauselvorschlag

1. Rechte des Kunden bei Sachmängeln

1.1 Der Kunde wird Sachmängel unverzüglich nach Entdeckung mindestens in Textform mitteilen, dabei möglichst konkret beschreiben und dem Anbieter die Möglichkeit zur Nachlieferung oder Nachbesserung geben. Die Anwendung von § 377 HGB ist ausgeschlossen.

1.2 Der Anbieter wird wesentliche Mängel unverzüglich beheben. Die Nacherfüllung für unwesentliche Sachmängel erfolgt gesammelt alle [X] Monate während der Dauer der Gewährleistung. Soweit für die Leistungen Wartungs- oder Pflegeverträge bestehen, ergeben sich die Reaktions- und Fehlerbehebungszeiten – nicht jedoch die Frage des Bestehens einer Pflicht zur Mängelbeseitigung – abschließend aus den Regelungen der relevanten Wartungs- und Pflegeverträge.

1.3 Der Anbieter kann die Art der Nacherfüllung nach eigener Wahl bestimmen. Der Anbieter kann im Rahmen der Mängelbehebung eine Umgehungslösung zur Verfügung stellen, soweit und solange dies für den Kunden zumutbar ist. Die Verpflichtung des Anbieters, den Mangel in angemessener Frist zu beseitigen, bleibt unberührt, soweit ihm dies zumutbar ist.

1.4 Der Kunde stellt dem Anbieter auf Anforderung kostenlos in zumutbarem Umfang Unterlagen und Informationen zur Verfügung, die der Anbieter für die Analyse und Beseitigung der Mängel benötigt. Der Kunde benennt einen geeigneten Ansprechpartner. Darüber hinaus wird der Kunde den Anbieter bei der Analyse und Beseitigung in zumutbarem Umfang kostenlos unterstützen, insbesondere Rechner, Arbeitsplätze und Telekommunikationseinrichtungen – soweit zur Mängelbeseitigung erforderlich – zur Verfügung stellen. Der Anbieter kann auch verlangen, dass der Kunde übersandte Programmteile mit Korrekturen einspielt.

1.5 Wenn die Nachbesserung endgültig fehlgeschlagen ist, ist der Kunde nach seiner Wahl berechtigt, entweder

- a) die vereinbarte Vergütung in angemessenem Umfang herabzusetzen oder
- b) falls eine Abnahme vereinbart ist, bei Vorliegen abnahmehindernder Mängel, anderenfalls bei Vorliegen eines wesentlichen Mangels, vom Vertrag zurückzutreten.

Das endgültige Fehlschlagen ist unter Berücksichtigung der Komplexität und der Umstände der Mängelbehebung zu ermitteln, ist aber in jedem Fall noch nicht nach einem einmaligen Fehlschlagen eines Nacherfüllungsversuches für einen Mangel anzunehmen. Eine Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Kunden oder durch Einbeziehung Dritter ist ausgeschlossen. Der Kunde kann Schadensersatz im Rahmen der vereinbarten Haftungsbeschränkungen geltend machen.

1.6 Der Anbieter haftet nicht für Sachmängel, die auf mangelhaften Leistungen des Kunden oder von ihm eingesetzter Dritter beruhen. Ebenso entfällt eine Sachmängelhaftung des Anbieters, soweit Leistungsgegenstände des Anbieters verändert wurden, es sei denn, der Kunde weist nach, dass der Mangel nicht auf die Änderung zurückzuführen ist.

1.7 Der Kunde vergütet dem Anbieter in angemessenem Umfang den durch unberechtigte Mängelrügen entstandenen Aufwand zu dem vereinbarten, ansonsten zum üblichen Personentagesatz.

1.8 Sachmängelansprüche des Kunden verjähren innerhalb von zwölf Monaten nach Übergabe / Abnahme, es sei denn, der Anbieter hat den Sachmangel arglistig verschwiegen. Während dieser Zeit gemeldete Sachmängel sind vom Anbieter zu beheben, auch wenn die Behebung in die Zeit nach Ablauf der Frist von zwölf Monaten reicht. Für Teilleistungen beginnt die Verjährungsfrist mit Abnahme der betroffenen Teilleistung, endet jedoch in Bezug auf Mängel im Zusammenwirken mit anderen unter diesen Vertrag geschuldeten Teilleistungen erst zwölf Monate nach Abnahme der Gesamtleistung. Werden Komponenten der Leistung nachgebessert oder nachgeliefert, beeinflusst dies die Verjährung der Sachmängelansprüche für den Vertragsgegenstand im Übrigen nicht. Sachmängelansprüche für nachgebesserte Teilleistungen verjähren drei Monate nach Bereitstellung der nachgebesserten Teilleistungen, jedoch nicht vor dem Ende der regulären Gewährleistungsfrist.

2. Rechte des Kunden bei Rechtsmängeln

2.1 Der Anbieter gewährleistet, dass durch die überlassenen Arbeitsergebnisse bei vertragsgemäßer Nutzung durch den Kunden keine Rechte Dritter verletzt werden. Diese Gewährleistung setzt voraus, dass der Kunde den Anbieter von gegen ihn geltend gemachten Rechten Dritter unverzüglich schriftlich in Kenntnis setzt und dem Anbieter die Rechtsverteidigung und Vergleichsverhandlungen überlässt. Der Kunde wird den Anbieter dabei kostenlos in zumutbarem Umfang unterstützen, insbesondere hierfür erforderliche Informationen überlassen. Die Anwendung von § 377 HGB ist ausgeschlossen.

2.2 Beeinträchtigt ein Recht eines Dritten die vertragsgemäße Nutzung eines Arbeitsergebnisses durch den Kunden, so kann der Anbieter nach eigener Wahl entweder das Arbeitsergebnis so verändern, dass das Recht des Dritten nicht mehr verletzt wird oder dem Kunden die benötigte Befugnis zur Nutzung des Arbeitsergebnisses verschaffen. Die Selbstvornahme durch den Kunden oder durch Einbeziehung Dritter ist ausgeschlossen.

2.3 Der Kunde kann Schadenersatzansprüche im Rahmen der vereinbarten Haftungsbeschränkungen geltend machen.

2.4 Ansprüche des Kunden wegen Rechtsmängeln bestehen nicht, soweit die Arbeitsergebnisse durch den Kunden oder Dritte geändert worden sind, es sei denn, der Kunde weist nach, dass die Rechtsverletzung nicht durch die Änderungen verursacht worden ist. Ansprüche des Kunden bestehen ebenfalls nicht bei Rechtsverletzungen infolge einer Kombination der Arbeitsergebnisse des Anbieters mit Leistungen oder Produkten Dritter, die diesbezüglich keine Subunternehmer des Anbieters sind.

2.5 Ansprüche des Kunden wegen Rechtsmängeln verjähren innerhalb von zwölf Monaten nach Abnahme bzw. Übergabe, es sei denn, der Anbieter hat den Rechtsmangel arglistig verschwiegen.

8.5 Anmerkungen

Allgemein gilt: Die hier beschriebene Klausel ist geeignet für Werk- und Kaufverträge, nicht dagegen für Software as a Service und ähnliche Modelle, die auf das gesetzliche Leitbild Miete oder Dienstvertrag zurückzuführen sind.

Zu Ziffer 1.1:

Nur relevant bei Anwendung des Kaufrechts: Ein Ausschluss der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügeobliegenheit ist im Umfeld von IT-Projekten ausgewogen, da die konkret erforderliche Prüfungstiefe einzelfallabhängig ist und daher zu Rechtsunsicherheiten führt. Um diese zu vermeiden, schließt die Klausel die Anwendbarkeit der Rügeobliegenheit nach § 377 HGB aus. In besonders komplexen Fällen wird regelmäßig bereits eine Abnahme- oder Funktionsprüfung durchgeführt, um Fehler zeitnah zu erkennen.

Zu Ziffer 1.2:

Es empfiehlt sich, die Mängeldefinition im Rahmen der Sachmängelgewährleistung mit derjenigen im Rahmen der Abnahme gleichzuschalten. Dies gilt für die relevanten Spezifikationen ebenso wie für die Mängelkategorien. Die Parteien werden oftmals in Wartungs- und Pflegeverträgen bestimmte Service Level (Reaktionszeiten) vereinbart haben, die hier dann ebenfalls Anwendung finden können. Wenn die Parteien ein Abnahmeverfahren entsprechend dem Klauselvorschlag dieses Leitfadens vereinbaren, ist es sinnvoll, die dort vereinbarten Mängelkategorien auch im Rahmen der Gewährleistung nutzbar zu machen. In diesen Fällen kann die Gewährleistungsklausel in Ziffer 1.1 um folgenden Abschnitt ergänzt werden:

»Sachmängel an Gewerken der Softwareentwicklung, Softwareimplementierung oder Systemintegration werden vom Kunden im Rahmen der Meldung den im Abschnitt ›Abnahme‹ definierten Mängelkategorien zugeordnet. Der Anbieter kann der Einordnung widersprechen. In diesem Fall gilt das im Rahmen der Abnahme vereinbarte Verfahren. Unbeschadet eines fehlenden Einvernehmens kann der Kunde die unverzügliche Beseitigung des Mangels verlangen, trägt jedoch die bei der Beseitigung entstehenden Mehrkosten, falls sich die Einordnung des Mangels durch den Kunde im Nachhinein als unkorrekt herausstellt.«

Sofern diese Klausel eingefügt wird, muss in Ziffer 1.2 des obigen Klauselvorschlags zusätzlich auf die Kategorie der gravierenden Mängel Bezug genommen werden. Zudem werden beide Parteien im Falle unwesentlicher Mängel an einer gebündelten Behebung interessiert sein, um die Kosten und Risiken im Zusammenhang mit dem Einspielen von Updates zu minimieren. Daher wären bei Erweiterung des Absatzes 1 um die obige Klausel die ersten beiden Sätze von Ziffer 1.2 wie folgt anzupassen:

»Der Anbieter wird Mängel der Kategorien 1 (gravierende Mängel) und 2 (wesentliche Mängel) unverzüglich beheben. Die Nacherfüllung für unwesentliche Sachmängel erfolgt gesammelt alle [X] Monate während der Dauer der Gewährleistung.«

Der Kunde hat im Rahmen der Gewährleistung ebenfalls Anspruch auf eine Dokumentation der Fehlerbehebung und auf eine entsprechende Anpassung der Gesamtdokumentation (als Bestandteil der Fehlerbehebung).

Zu Ziffer 1.4 S. 4:

Die Art und Weise und der Zeitpunkt für das Einspielen von Programmteilen, die der Anbieter im Rahmen der Gewährleistung überarbeitet hat, bleibt dem Kunden vorbehalten. Damit sollen Probleme im laufenden Betrieb des Kunden möglichst vermieden werden.

Zu Ziffer 1.7:

In der Praxis ist es wichtig, eine Kostentragung im Fall unberechtigter Gewährleistungsansprüche zu regeln. Dies führt zu einer kontrollierten und wohlbedachten Vorgehensweise des Kunden bei der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen. In vielen Fällen sind Probleme nämlich nicht auf Mängel in der Leistung, sondern auf Fehlbedienung oder Datenfehler zurückzuführen. Sofern die Fehleranalyse nicht sorgfältig beim Kunden VOR Geltendmachung des Gewährleistungsanspruches durchgeführt wird, kann es dazu kommen, dass der Anbieter im Rahmen der Fehleranalyse bei Mangelbeseitigung feststellt, dass es sich eben nicht um einen Gewährleistungsmangel handelt. Die entsprechenden Aufwände für die Analyse sind dem Anbieter dann billigerweise zu vergüten.

Zu Ziffer 1.8:

In Verträgen wird häufig zugunsten der Anbieterseite von der gesetzlichen Verjährungsfrist von 24 Monaten abgewichen. Während in Deutschland und in vielen kontinentaleuropäischen Ländern häufig eine 12-monatige Gewährleistung vereinbart wird, findet man in vielen US-amerikanischen Verträgen oder in anderen Rechtsordnungen oft Verjährungsfristen von 30-90 Tagen.

Zu Ziffer 2 (Rechtsmängel):

Oftmals wird eine längere Verjährungsfrist für Rechtsmängelgewährleistung vereinbart, weil die Geltendmachung solcher Rechte durch die Dritten als Rechtsinhaber oft erst verzögert (nach Bekanntwerden der Nutzung der Arbeitsergebnisse und von deren Ausgestaltung) erfolgen kann.

Beide Parteien sollten überlegen, ob die Rechtsmängelgewährleistung geografisch auf den Nutzungsbereich der Leistungen eingeschränkt werden kann und eine entsprechende Regelung entweder in die Leistungsbeschreibung oder in die Klausel zur Einräumung von Nutzungsrechten aufnehmen.

Unter einem Mangel i.S.d. § 377 Abs. 1 war bis zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 allein ein Sachmangel zu verstehen. Seither wird diesem der Rechtsmangel i.S.d. § 435 BGB bezüglich der Verschaffungspflicht in § 433 Abs. 1 S. 2 BGB sowie bezüglich der Rechtsfolgen einschließlich der Verjährung nach §§ 437 ff. BGB gleichgestellt. Daher wird teilweise angenommen, dass der Vertragsgegenstand auch auf Rechtsmängel hin zu untersuchen ist. Durch den Ausschluss der Rügeobliegenheit wird diese Rechtsunsicherheit umgangen.

9 Freistellung bei Schutzrechtsverletzungen

9.1 Vorüberlegungen

Wie im Kapitel »Gewährleistung« bereits aufgeführt, findet sich in IT-Verträgen oft eine Regelung zur Freistellung des Kunden von Ansprüchen Dritter. Solche Ansprüche können entstehen, wenn der Anbieter mit seinen Lieferungen und Leistungen Schutzrechte Dritter verletzt. Die Freistellung ist eine strikte Haftungsregelung, die über den Schutzzumfang der im BGB definierten Rechtsmängelgewährleistung hinausgeht.

Über eine Anknüpfung des Freistellungsanspruchs an die Rechtsmängelgewährleistung sind die Voraussetzungen für den Anspruch dem Grunde nach definiert. Er ist verschuldensunabhängig (anders als der Haftungsanspruch aus Gewährleistung im Übrigen) und auf die Lieferungen und Leistungen im gewährleisteten Umfang beschränkt.

Obwohl der Freistellungsanspruch einen zusätzlichen Anspruch im Vergleich zur gesetzlichen Ausgangslage nach BGB darstellt, ist er im Allgemeinen sachgerecht und ausgewogen, weil gerade in der Beurteilung einer möglichen Schutzrechtsverletzung Unsicherheiten bestehen. Diese Unsicherheiten gehen zu Lasten des Anbieters, der als einziger in der Lage ist, das Risiko aktiv im Rahmen der Vertragserfüllung zu managen.

Ob der Freistellungsanspruch unter die vereinbarte Haftungsbeschränkung fällt oder nicht, ist meist ein Streitpunkt zwischen Anbieter und Kunde. Oft endet dies mit der Vereinbarung eines erhöhten Haftungsdeckels für Ansprüche aus der Freistellungspflicht. Generell ist das im Einzelfall vor dem Hintergrund des vereinbarten Schutzzumfangs – insbesondere der territorialen und inhaltlichen Grenzen der Freistellung – zu bewerten.

Eine wichtige Komponente der Regelung ist die Vereinbarung darüber, wie bei Geltendmachung einer Schutzrechtsverletzung durch einen Dritten vorzugehen ist. Dabei ist meist unbestritten, dass derjenige, der das wirtschaftliche Risiko trägt, auch die Kontrolle über die Rechtsverteidigung erhalten soll. Beschränkungen ergeben sich in der Praxis durch die ZPO, die es nicht erlaubt, eine Klage einfach auf einen Dritten zu übertragen und sich aus dem Verfahren zurückzuziehen. Hier ist die enge Zusammenarbeit und Abstimmung zwischen Kunde und Anbieter bei der Rechtsverteidigung notwendig. Die Verteidigung läuft in der Praxis meist auf einen Vergleich zur Beilegung des Streits hinaus. Die Vorgehensweise bei Vergleichsverhandlungen sollte also in den Regelungsumfang einbezogen werden.

Je nach Projektlage ist eine wechselseitige Freistellung der Vertragsparteien sinnvoll und ausgewogen, insbesondere in komplexen Implementierungsprojekten, bei denen wesentliche Teile der Gesamtlösung durch den Kunden beigestellt werden oder umfassende Vorleistungen des Kunden Grundlage der Arbeiten des Anbieters sind. Die Standardsituation wird aber eine einseitige Pflicht des Anbieters sein. Nur diese Konstellation wird im Weiteren hier betrachtet.

Zu regelnde Punkte sind typischerweise:

- Umfang der Freistellung
 - Welche Lieferungen und Leistungen
 - Welche Schutzrechte (und Status der Schutzrechte, insbesondere Patente)
 - Geografische Abgrenzung
 - Zeitliche Abgrenzung (Verjährung)
 - Umfang der in den Schutz einbezogenen Personen (Mitarbeiter, Geschäftsführung, verbundene Unternehmen)
 - Abgrenzung von Eigenschäden / Beschränkung auf die Ansprüche der Dritten
- Voraussetzungen für Freistellung
 - Verteidigungsprozess und Kontrolle
 - Unterstützung durch Kunden notwendig und Vergütung der Unterstützung
 - Keine Anerkennung von Ansprüchen der Dritten ohne Abstimmung.

Die Interessen von Anbieter und Kunden bei diesen Punkten werden nachfolgend jeweils noch detaillierter dargestellt.

9.2 Sicht des Kunden

Der Kunde strebt eine möglichst umfassende Freistellung an, die das Risiko von Ansprüchen Dritter möglichst vollständig auf die Seite des Anbieters verlagert.

Der Kunde hat ein Interesse daran, dem Anbieter die Rechtsverteidigung inhaltlich zu überlassen, da dieser dazu am besten (oder ausschließlich) in der Lage ist.

Der Kunde ist an einer möglichst schnellen Beilegung des Rechtsstreits interessiert, um Risiken auf seinen Geschäftsbetrieb so schnell wie möglich auszuschließen bzw. zu minimieren.

Der Kunde möchte die Beweis- und Darlegungslast für das Vorliegen der Voraussetzungen für einen Freistellungsanspruch möglichst einfach und nachvollziehbar halten. Er wird dabei darauf achten müssen, dass er bei der Kombination von Leistungen unterschiedlicher Anbieter in der Lage bleibt, den Einstandspflichtigen für Ansprüche Dritter zu identifizieren. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines Gewährleistungsanspruches liegt wie in Kapitel 8 beschrieben beim Kunden. Weitere Anspruchsvoraussetzungen, die eine separate Bewertung der Sachlage erfordern, sind nicht in seinem Interesse.

Der Kunde hat ein Interesse daran, alle möglichen Zielpersonen des Dritten in den Schutzbereich der Freistellung einzubeziehen. Das gilt insbesondere für verbundene Unternehmen (soweit die Lieferungen und Leistungen im Unternehmensverbund genutzt werden) und persönlich haftende Gesellschafter oder die Geschäftsführung.

Der Kunde ist daran interessiert, den Schutzbereich auf alle existierenden und zukünftigen Schutzrechte weltweit (oder zumindest in den Ländern seiner Geschäftstätigkeit) auszudehnen.

9.3 Sicht des Anbieters

Der Anbieter ist daran interessiert, den Umfang der Freistellungspflichten möglichst einzuschränken. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der geographischen Ausdehnung der Freistellung aufgrund der massiven Schwierigkeiten (bis hin zur Unmöglichkeit), mögliche Schutzrechtsverletzungen in allen Ländern weltweit zu prüfen und abzuschätzen. Besondere Risiken bestehen hier in Ländern mit unklaren Rechtsordnungen und Schutzrechtsstrukturen sowie in Ländern mit besonders weitgehenden Schutzrechten sowie aggressiver und kostspieliger Rechtsverfolgung im Falle einer (angeblichen) Verletzung.

Der Anbieter muss sich die Kontrolle über die Rechtsverteidigung sichern. Gleichzeitig muss er die Kooperation des Kunden sicherstellen.

Der Anbieter wird ein starkes Interesse daran haben, sein Risiko aus der Freistellungsverpflichtung summenmäßig zu beschränken, insbesondere vor dem Hintergrund der oben genannten Unsicherheiten bei der Möglichkeit, solche Ansprüche auszuschließen.

Er ist daran interessiert, nicht über seine vertragliche Leistungspflicht hinaus Verantwortung übernehmen zu müssen. Seine Freistellungspflicht soll sich nicht auf Fehler erstrecken, die sich aus der Kombination seiner Leistung mit der Leistung anderer sowie mit bereits vorhandenen Komponenten ergeben können, es sei denn, eine solche Integration ist ausdrücklich Teil seiner Leistungspflicht.

9.4 Klauselvorschlag

1. Macht ein Dritter gegenüber dem Kunden Ansprüche geltend, die auf der Verletzung seiner Schutzrechte durch die Nutzung der gelieferten Arbeitsergebnisse oder sonstiger Leistungen des Anbieters beruhen, und ist der Anbieter zur Beseitigung dieses Rechtmangels im Rahmen der Gewährleistung verpflichtet, wird der Anbieter den Kunden darüber hinaus wie folgt gegen die Ansprüche des Dritten verteidigen und von diesen im Rahmen der vereinbarten Haftungsbegrenzung freistellen:
2. Der Anbieter übernimmt auf eigene Kosten die Rechtsverteidigung gegen solche Ansprüche Dritter. Er erstattet dem Kunden die Aufwendungen, die dem Kunden aufgrund eines rechtswirksamen Urteils entstehen.
3. Voraussetzungen für die Ansprüche des Kunden gegen den Anbieter sind, dass
 - a) der Kunde den Anbieter unverzüglich über die Geltendmachung des entsprechenden Anspruchs durch den Dritten verständigt

und

- b) der Kunde dem Anbieter die alleinige Rechtsverteidigung gegen diese Ansprüche überlassen hat. Soweit der Kunde dem Anbieter die Rechtsverteidigung nicht vollständig übertragen kann, hat er ihm stattdessen die Kontrolle hierüber einzuräumen und im Rahmen der Rechtsverteidigung oder bei Vergleichsverhandlungen nur und stets im Einvernehmen mit dem Anbieter zu agieren.
3. Der Kunde wird den Anbieter bei der Vorbereitung und Durchführung der Rechtsverteidigung bzw. Vergleichsverhandlung in angemessenem Umfang unterstützen.
4. Rechte *im Sinne dieser Regelung* sind nur solche, die dem Dritten in der Bundesrepublik Deutschland zustehen.
5. Die Verjährung des Freistellungsanspruchs entspricht der Verjährung der Rechtsmängelgewährleistungsansprüche des Kunden.

9.5 Anmerkungen

Oftmals wird eine längere Verjährungsfrist für Rechtsmängelgewährleistung vereinbart, weil die Geltendmachung solcher Rechte durch die Dritten als Rechtsinhaber oft erst verzögert (nach Bekanntwerden der Nutzung der Arbeitsergebnisse und von deren Ausgestaltung) erfolgen kann. Die Freistellungspflichten orientieren sich in der Regel an diesen Verjährungsfristen. Eine separate Verjährungsregel für Freistellungspflichten wird in der Regel nicht vereinbart.

10 Haftung

10.1 Vorüberlegungen

Bei Haftungsregelungen geht es um die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien und um die Frage, welche Partei für welches Risiko vorsorgen muss. Mit der Haftung übernimmt der Anbieter das Risiko dafür, dass die vertragliche Leistung ordnungsgemäß erbracht wird. Er muss dieses Risiko, dessen Absicherung und seinen verbleibenden Gewinn aus dem Geschäft kalkulieren können. Dies muss in die Berechnung der Vergütung eingehen. Um das Gesamtangebot attraktiv zu halten, sollte daher eine Begrenzung des Haftungsrisikos vereinbart werden. Nach der Rechtsprechung ist eine Haftungsbegrenzung der Höhe nach auf bei Vertragsschluss vorhersehbare und vertragstypische Schäden sogar in AGB durchaus zulässig (BGH, Urteil vom 18.7.2012 – VIII ZR 337/11).

In der Praxis wird vielfach der Auftragswert als Maßstab für die Risikobegrenzung herangezogen. Danach ist häufig eine Haftungsbegrenzung innerhalb von Bandbreiten anzutreffen, wobei sich die Bandbreiten am Auftragswert orientieren. Eine allgemeine starre Haftungsobergrenze ist in einer ausgewogenen Regelung nicht sinnvoll, weil sie regelmäßig zu sehr zugunsten der einen oder anderen Partei ausfallen und dem Verhandlungsgedanken von ausgewogenen Vertragskonzepten entgegenstehen würde.

Bei der Auswahl der konkreten Haftungsbegrenzung im Vertrag ist zu entscheiden, welche kommerziellen Risiken des Anbieters aus dem Geschäft von der Gesamthaftungsbegrenzung erfasst sein sollen (z. B. Gewährleistung, Verzugsfolgen, Schutzpflichtverletzungen) und ob sonstige vertragliche Sanktionen (z. B. Vertragsstrafen oder Sanktionen bei einem Verstoß gegen Service Levels) auf die Haftungsobergrenze angerechnet werden oder nicht. Nicht zuletzt ist auch denkbar, dass die Risikobelastung, die aus einer Haftungsregelung resultiert, erst dann als angemessen anzusehen ist, wenn dem Anbieter (haftungsbeschwerte Partei) bei anderen vertraglichen Absprachen besondere Erleichterungen zugestanden werden. Die Ausgewogenheit von Vertragsklauseln muss also nicht innerhalb der Klausel selbst, sondern kann auch durch Ausgleich an anderer Stelle in einer Gesamtbetrachtung des Vertrags hergestellt werden.

Denkbar sind umfassende Haftungsklauseln für die Aufteilung aller aus dem Vertrag erwachsenden Risiken (Haftungsbeschränkung dem Umfang nach und Haftungsbegrenzung der Höhe nach) oder detailliertere Regelungen für verschiedene Vertragstypen oder für einzelne Haftungsrisiken (z. B. für Schlechtleistung, Verzug). Es kann auch eine Differenzierung nach Verschuldensgrad oder nach Art des Schadens (Sachschaden, Personenschaden, Vermögensschaden, Mangelgeschaden) vorgenommen werden.

Auch wenn für die vertragliche Haftung eine umfassende Haftungsregelung gewählt wird, ist eine Differenzierung nach Dauerschuldverhältnis und einmaliger Leistungsverpflichtung sinnvoll. Bei einem Dauerschuldverhältnis handelt es sich um eine Geschäftsbeziehung, die auf wiederkehrenden Austausch von Leistung und Vergütung über eine längere Zeit ausgerichtet ist und auf einer einheitlichen Vertragsgrundlage basiert. Entsprechend sollte auch die Haftungs-

begrenzung an den vertraglichen Zeitabschnitten orientiert werden. So könnte z. B. die Höhe der Haftung auf die Vergütung der letzten beiden Vertrags- / Kalenderjahre begrenzt werden.

Eine Verantwortlichkeit für Systemausfälle sollte nicht in einer allgemeinen Haftungsklausel, sondern in einem Service Level-Agreement mit entsprechenden Service Credits (vorab vereinbarte Minderung der Vergütung) oder Penalties (Vertragsstrafen) vereinbart werden.

10.2 Sicht des Kunden

Aus Sicht des Kunden soll der Anbieter für den Schaden voll haften, den er verursacht hat (gesetzliche Regelung); dennoch soll der Preis möglichst niedrig sein. Das eigene Haftungsrisiko des Kunden im Rahmen der vertraglichen Haftung soll sich beschränken auf den Bruch der Geheimhaltungspflichten, Sorgfaltspflichtverletzungen im Umgang mit der Vertragsleistung und ggf. auf die Verletzung von Mitwirkungspflichten.

Für den Kunden vorteilhaft ist eine Regelung mit wenigen Haftungsausschlüssen, ohne eigene Beteiligung am Risiko für eine vertragsgerechte Leistungserbringung. Haftungsbeschränkungen sollten sich immer am konkreten Schadensrisiko orientieren, das sich aus einer Vertragsbeziehung ergibt, und daran ausgerichtet sein. Im Hinblick auf die Verteilung des Haftungsrisikos wäre eine Haftung entsprechend der gesetzlichen Regelungen wünschenswert für den Kunden, dies würde aber im Gegenzug den Preis extrem hochtreiben.

Eine Begrenzung der eigenen Haftung ist für den Kunden ebenfalls vorteilhaft.

10.3 Sicht des Anbieters

Der Anbieter möchte möglichst geringe vertragliche Risiken eingehen, um aufgrund geringerer Kosten einen möglichst günstigen Preis anbieten zu können (Kalkulierbarkeit der Haftungsrisiken und des Geschäfts); höhere Haftungsrisiken müssen eingepreist werden (wegen Versicherung und Rückstellungen).

Für den Anbieter besonders wünschenswert sind eine Gesamtbegrenzung aller zu übernehmender Schäden (Obergrenze des Gesamthaftungsrisikos) und ein Ausschluss der Haftung für Folgeschäden (z. B. für entgangenen Gewinn).

10.4 Klauselvorschlag

Die Parteien haften einander für Schäden nur nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen (in Ziffer 1 bitte gewünschten Wert eintragen):

1. für Schäden, die auf einer leicht fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen, begrenzt auf xx Prozent des Auftragswerts.

Als Auftragswert ist zu verstehen:

- a) bei Dauerschuldverhältnissen die vereinbarte Jahresvergütung (ohne Steuern) des Vertragsjahres, in dem das Schaden auslösende Ereignis aufgetreten ist, ungeachtet einer Reduzierung aufgrund der Geltendmachung von Leistungsstörungenrechten;
- b) ansonsten der Gesamt-Auftragswert (ohne Steuern) eines Einzelvertrages.

2. für alle Schäden unbeschränkt, die auf

a) einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung beruhen,

oder

b) eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit darstellen.

Schadenersatzansprüche nach dieser Regelung schließen Aufwendungsersatzansprüche ein.

3. Sofern Garantieerklärungen abgegeben werden sollen, bedürfen sie einer gesonderten Vereinbarung, die als Anlage diesem Vertrag beizufügen ist. Die Verwendung von Begriffen wie Garantie, Zusicherung oder zugesicherte Eigenschaft begründet aus sich selbst heraus keine Garantie im Sinne des BGB, sondern ist ausschließlich leistungsbeschreibend zu verstehen.
4. Unberührt von dieser Regelung bleibt die Haftung nach Produkthaftungsgesetz.
5. Die Haftung für entgangenen Gewinn und nicht realisierte Einsparungen ist ausgeschlossen.

10.5 Anmerkungen

Die Haftung kann nicht ausgeschlossen werden für Personenschäden, Vorsatz und Produkthaftung. In allen anderen Fällen ist eine individualvertragliche Haftungsbegrenzung vom Gesetz zugelassen. Für eine Haftung nach deutschem Recht müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- Pflichtverletzung (dabei sind zu unterscheiden vertragliche Kardinalpflichten und sonstige Vertragspflichten);
- Schadenseintritt;
- Adäquate Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden;
- Vertreten müssen (außer bei Garantie), wird vermutet; bei Verschulden sind zu unterscheiden: Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit, leichte Fahrlässigkeit, erhöhter Sorgfaltsmaßstab.

In der Praxis orientiert sich die Haftung für leichte Fahrlässigkeit vielfach am vertraglichen Auftragswert, wobei als Haftungsobergrenze im Regelfall ein Prozentsatz des Auftragswertes festgelegt wird. Dabei ist eine weite Bandbreite für die Haftungsobergrenze anzutreffen. Bei komplexen Vertragsgestaltungen empfiehlt sich, den Auftragswert im Einzelnen zu bestimmen.

Folgende weitere Punkte können in der vertraglichen Regelung berücksichtigt werden:

- Verschuldensgrad (grobe oder leichte Fahrlässigkeit), Haftung für Vorsatz ist allerdings nicht beschränkbar;
- Art und Ersatzfähigkeit des Schadens: Sachschaden, Personenschaden (Schmerzensgeld, Heilungskosten), Vermögensschaden (direkt, indirekt, entgangener Gewinn), nicht realisierte Einsparungen, Aufwendungsersatz, Regressansprüche Dritter;
- Verjährung;
- Pauschalierung bestimmter Schadensposten;
- Haftungsobergrenzen (allgemein oder für einzelne Schadensarten).

Hinsichtlich Schaden und schadensauslösendem Ereignis gelten die allgemeinen Beweislastgrundsätze, d. h. jede Partei hat die für sie günstigen Umstände zu beweisen.

Die Übernahme von Garantien bedeutet nach dem gesetzlichen Leitbild die Übernahme einer verschuldensunabhängigen und unbegrenzten Haftung. Unternehmensspezifische Genehmigungsprozesse für die Übernahme von Garantien können zu beachten sein. Garantien sind wegen ihrer Verschuldensunabhängigkeit nicht als ausgewogen anzusehen.

11 Change Request

11.1 Vorüberlegungen

Beide Parteien haben ein gemeinsames Interesse daran, dass das Projekt erfolgreich abgeschlossen wird. Um beiden Vertragsparteien die Möglichkeit zu geben, auf veränderte Rahmenbedingungen zu reagieren, sollte die Möglichkeit bestehen, den zugrundeliegenden Vertrag in einem geordneten und vordefinierten Verfahren zu ändern (Change Request). Beide Vertragspartner können Änderungen vorschlagen. Die Vereinbarung eines geordneten Verfahrens dient der Effizienzsteigerung und vermeidet unnötige Verzögerungen im Projektablauf. Eine klare Dokumentation von Vertragsänderungen stärkt die Rechtssicherheit. Vereinfachte Vertretungsregelungen ermöglichen eine schnellere Anpassung der Leistung. Die Grundsätze, nach denen die Vergütung angepasst wird, sind von vornherein klar. Dies vermeidet längere Verhandlungen während des Projekts.

11.2 Sicht des Kunden

Im Rahmen eines Change-Request-Verfahrens wird der Kunde bestrebt sein, von ihm als notwendig erachtete Abweichungen von den ursprünglichen Vorgaben des Vertragsgegenstands möglichst umfangreich durchzusetzen und die Auswirkungen einer Vertragsänderung auf die Vergütung abschätzen zu können. Dabei wird er bestrebt sein, eine Pflicht des Anbieters zur Durchführung einer Vertragsänderung im Vertrag zu verankern. Beispielsweise sollen aufgrund gesetzlicher Änderungen zwingende Vorgaben sofort umgesetzt werden.

Der Kunde möchte eine prompte und kostenlose Prüfung seines Änderungswunsches. Jedenfalls aber möchte er vor Beauftragung der Prüfung eines Änderungswunsches durch den Anbieter wissen, wieviel diese kosten würde. Aus Sicht des Kunden ist eine angemessen lange Frist zur Annahme eines Änderungsangebotes erforderlich.

11.3 Sicht des Anbieters

Der Anbieter möchte eine planbare Projektsituation, d. h. eine gut dokumentierte Leistungsbeschreibung zu jedem Zeitpunkt sowie ein Verfahren, das es ihm erlaubt, seinen Ressourceneinsatz rechtzeitig zu planen. Jede Prüfung eines Change Requests möchte er vergütet haben.

Aus Sicht des Anbieters ist eine schnelle Entscheidung über das Änderungsangebot wünschenswert.

11.4 Klauselvorschlag

1. Beide Vertragspartner können Änderungen der Leistungsbeschreibung und Leistungserbringung vorschlagen. Dafür ist folgendes Verfahren vereinbart:

Der Anbieter wird einen Änderungsvorschlag des Kunden sichten und ihm mitteilen, ob eine umfangreiche Prüfung dieses Änderungsvorschlages erforderlich ist oder nicht.

Ist eine umfangreiche Prüfung des Änderungsvorschlages erforderlich, wird der Anbieter dem Kunden in angemessener Frist den dafür voraussichtlich benötigten Zeitraum und die Vergütung für die Prüfung mitteilen. Der Kunde wird in angemessener Frist den Prüfungsauftrag erteilen oder ablehnen.

Ist eine umfangreiche Prüfung des Änderungsvorschlages nicht erforderlich oder die beauftragte Prüfung abgeschlossen, wird der Anbieter dem Kunden entweder

- a) ein schriftliches Angebot zur Durchführung der Änderungen (Änderungsangebot) unterbreiten. Das Änderungsangebot enthält insbesondere die Änderungen der Leistungsbeschreibung und deren Auswirkungen auf den Leistungszeitraum, die geplanten Termine, die Mitwirkungsleistungen des Kunden und die Vergütung.

Oder

- b) mitteilen, dass der Änderungsvorschlag im Rahmen des Projekts für den Anbieter nicht durchführbar ist.

Der Kunde kann ein Änderungsangebot innerhalb der darin genannten Annahmefrist (Bindefrist) annehmen. Eine etwaige Ablehnung wird der Kunde unverzüglich dem Anbieter mitteilen.

2. Anbieter und Kunde können vereinbaren, dass von einem Änderungsvorschlag betroffene Leistungen bis zur Beendigung der Prüfung, oder – soweit ein Änderungsangebot unterbreitet wird – bis zum Ablauf der Bindefrist unterbrochen werden.
3. Bis zur Annahme des Änderungsangebots werden die Arbeiten auf der Grundlage der bisherigen vertraglichen Vereinbarungen weitergeführt. Die Leistungszeiträume verlängern sich um die Zahl der Kalendertage, an denen die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Änderungsvorschlag oder seiner Prüfung unterbrochen wurden. Der Anbieter kann für die Dauer der Unterbrechung eine angemessene Vergütung verlangen, außer soweit der Anbieter seine von der Unterbrechung betroffenen Arbeitnehmer anderweitig eingesetzt oder einzusetzen böswillig unterlassen hat.

4. Für Erklärungen im Änderungsverfahren ist Textform ausreichend.
5. Für Änderungsvorschläge des Anbieters gelten die vorstehenden Regelungen entsprechend mit der Maßgabe, dass der Kunde nicht zur Prüfung der Änderungsvorschläge des Anbieters verpflichtet ist, für eine solche Prüfung aber auch nicht vergütet wird.
6. Änderungsvorschläge sind an den im Vertrag benannten Ansprechpartner des Vertragspartners zu richten. Die benannten Ansprechpartner sind befugt, rechtlich verbindlich über die Annahme oder Ablehnung eines Change-Requests zu entscheiden.

11.5 Anmerkungen

Weder Kunde noch Anbieter sollen das Recht einer einseitigen Leistungsbestimmung haben. Beide Seiten sollten ein Vorschlagsrecht für Änderungen haben. Ein Einigungszwang für eine Vertragsänderung besteht nicht. »Mandatory changes« (Änderungen der Umstände, die eine Partei berechtigen, einseitig eine Vertragsänderung zu verlangen) wären Gegenstand einer gesonderten Regelung.

Nach dem obigen Klauselvorschlag ist das Change-Request-Verfahren auf Änderungen der Leistungsbeschreibung und Leistungserbringung beschränkt. Die Ansprechpartner sind hierbei für ihre jeweilige Vertragspartei voll vertretungsberechtigt. Die Parteien sollten darüber nachdenken, ob sie den Anwendungsbereich des Change-Request-Verfahrens auf sämtliche Vertragsänderungen ausdehnen oder im Gegenteil die Vertretungsregelung weiter einschränken möchten.

Der Wunsch des Kunden auf kostenlose Prüfung einer Vertragsänderung ist nachvollziehbar, aber es können teilweise erhebliche Aufwände beim Anbieter durch die Prüfung entstehen, die dieser nicht bei der ursprünglichen Preiskalkulation berücksichtigen kann. Daher sollte der Grundsatz gelten, dass zusätzlicher Aufwand zusätzlich vergütet werden soll. Eine Vergütungspflicht für Prüfungsaufwände dient auch der Disziplinierung der Projektleitung auf Seite des Kunden im Sinne einer ziel- und budgetorientierten Durchführung des Projektes und verhindert eine unkontrolliert hohe Anzahl von Änderungswünschen.

Die Bagatellgrenze (Vorliegen eines umfangreichen Prüfungsaufwands) kann projektspezifisch konkretisiert werden.

12 Geheimhaltung / Vertraulichkeit

12.1 Vorüberlegungen

Eine Pflicht zur vertraulichen Behandlung von geschäftlichen Informationen und Unterlagen des Vertragspartners kann sich bereits als ungeschriebene Nebenpflicht aus dem Vertrag selbst in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB (vgl. z. B. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 09.07.2012 – 1 U 19/11) oder aus besonderen gesetzlichen Vorschriften ergeben. Dennoch ist die Aufnahme einer Vertraulichkeitsklausel in den Vertrag zu empfehlen; denn dadurch kann der Schutz von Informationen konkretisiert sowie unabhängig von den gesetzlichen Voraussetzungen und über den gesetzlichen Schutz hinaus begründet werden. Soweit vertrauliche Informationen gesetzlichen Vertraulichkeitsschutz genießen (z. B. nach PatG oder nach GeschGehG) und die Voraussetzungen dafür vorliegen, tritt dieser gesetzliche Schutz neben den vertraglichen Schutz nach dieser Klausel.

Von der Verpflichtung zur Vertraulichkeit sind Anforderungen des Datenschutzes und der Datensicherheit zu unterscheiden. Belange des Datenschutzes und der Datensicherheit, also beispielsweise Berechtigung zur Datenspeicherung, Abwehr unberechtigter Datenzugriffe und Verpflichtung zur Datenlöschung, werden nicht umfassend in einer Vertraulichkeitsvereinbarung abgedeckt und bedürfen eigener vertraglicher Regelungen.

Die Wahrung der Vertraulichkeit ist in der Praxis meist nicht kontrovers, da sie für beide Parteien relevant ist. Daher ist Ausgangspunkt für eine ausgewogene Regelung eine beiderseitige Geheimhaltungsverpflichtung. Obwohl der Kunde regelmäßig bei der Vertragsdurchführung mehr Informationen über seine Geschäfts- und Betriebsabläufe offenlegt, stellt auch der Anbieter im Laufe einer Vertragsbeziehung schützenswerte Informationen zur Verfügung, so dass einseitig verpflichtende Vertraulichkeitsvereinbarungen zulasten des Anbieters nicht gerechtfertigt erscheinen.

Andererseits kann es ein berechtigtes Interesse einer Vertragspartei an weitergehender Verwendung der Informationen aus einer Geschäftsbeziehung geben, z. B. die Beschreibung eines Geschäftsprojekts als Referenzprojekt für andere Kunden. Daher ist es empfehlenswert, Umfang und Reichweite der Vertraulichkeit im Vertrag festzulegen. Falls eine umfassende Vertraulichkeitsklausel in den Vertrag aufgenommen werden soll, sollten für berechnete Offenlegungszwecke einer Partei Ausnahmen vorgesehen werden.

Mit der Vertraulichkeitsklausel sollen die Informationen geschützt werden, die eine Vertragspartei unabhängig von der anderen Vertragspartei besitzt. Davon abzugrenzen sind die Informationen, die als Ergebnis aus der Zusammenarbeit der beiden Vertragsparteien anfallen (»output«). Die Abgrenzungsfrage muss dabei lauten: Gäbe es die zu schützende Information unabhängig von der Vertragsdurchführung?

12.2 Sicht des Kunden

Der Kunde strebt einen möglichst umfassenden Schutz seiner Geschäftsgeheimnisse an, um sich die Wettbewerbsvorteile aus seiner Innovationstätigkeit zu erhalten. Daher wird er den Begriff der »vertraulichen Informationen« weit ausdehnen und keine Ausnahmen von der Vertraulichkeit zulassen wollen. Insgesamt wird der Kunde Wert darauf legen, dass die Vertraulichkeitsregeln streng beachtet werden und vertrauliche Informationen ohne seine vorherige Zustimmung nicht weitergegeben werden.

Außerdem wird er regelmäßig eine strenge, nämlich unbeschränkte Haftung des Anbieters und hohe Vertragsstrafen für die Verletzung von Geheimhaltungspflichten wollen. Die Hürde für den Nachweis solcher Vertraulichkeitsverletzungen sowie für den Nachweis daraus resultierender Schäden möchte der Kunde möglichst niedrig halten.

Die hier vorgeschlagene Klausel enthält keine besondere Regelung einer Haftung für Vertraulichkeitsverletzungen. Bei Bedarf müsste eine entsprechende Ergänzung zusätzlich vereinbart werden.

12.3 Sicht des Anbieters

Aus Sicht des Anbieters muss die Vertraulichkeitsregelung in der Praxis handhabbar sein. Sie darf die Auftragsdurchführung nicht beeinträchtigen. Zumindest muss es Ausnahmen von der Vertraulichkeit geben, damit die Vertragsdurchführung und die ordnungsgemäße Leistungserbringung gewährleistet sind, und das Risiko von Ersatzansprüchen überschaubar bleibt. Die Weitergabe von Informationen aus der Vertragsbeziehung an andere Konzernunternehmen müsste zustimmungsfrei zulässig sein.

Der Anbieter kann daran interessiert sein, Projektergebnisse in anderem Zusammenhang weiterverwerten und nutzen zu können. Hieran möchte er nicht durch eine Vertraulichkeitsvereinbarung gehindert sein. Andererseits wird er dem Kunden einen Schutz von dessen Geschäftsgeheimnissen zugestehen müssen.

Außerdem sollte aus Sicht des Anbieters nicht nur er selbst die Vertraulichkeit garantieren und entsprechende Maßnahmen treffen, sondern auch der Kunde sollte das Seinige tun müssen, damit sensible Informationen nicht bekannt werden können.

Zur Risikobegrenzung wird der Anbieter die allgemeine vertragliche Haftungsbegrenzung (vgl. oben Ziffer 4.) auf Vertraulichkeitspflichtverletzungen ausdehnen wollen. Über die allgemeine Haftung hinaus darf es aus Sicht des Anbieters keine besonderen Sanktionen für Vertraulichkeitspflichtverletzungen geben.

12.4 Klauselvorschlag

1. Vertrauliche Informationen

Der Vertraulichkeit unterliegen sämtliche Informationen, die einer Vertragspartei unabhängig von der Durchführung dieses Vertrages zur Verfügung stehen, und die der anderen Vertragspartei bei Vertragsdurchführung bekannt werden, einschließlich Informationen zu der Vertragsbeziehung zwischen den Vertragsparteien selbst. Auf welche Weise die Informationen bekannt werden, ist irrelevant.

2. Umfang der Verpflichtung zur Vertraulichkeit

2.1 Vertrauliche Informationen einer Vertragspartei dürfen von der anderen Partei ausschließlich für interne Zwecke verwendet werden. Allerdings dürfen Informationen, die von einer Vertragspartei als »vertraulich« oder in ähnlicher Weise eindeutig gekennzeichnet werden, von der anderen Vertragspartei nur zum Zwecke der Durchführung dieses Vertrages verwendet werden.

2.2 Jede Vertragspartei verpflichtet ihre Mitarbeiter und ggf. Mitarbeiter verbundener Unternehmen und Subunternehmer zur Verschwiegenheit und zur Einhaltung dieser Vertraulichkeitsverpflichtung.

2.3 Innerhalb ihrer Organisation werden die Vertragsparteien die von der anderen Vertragspartei als vertraulich gekennzeichneten Informationen nur solchem Personal zugänglich machen, welches diese Informationen zum Zweck der Vertragsdurchführung benötigt.

2.4 Ohne vorherige schriftliche Zustimmung der anderen Vertragspartei ist die Weitergabe von vertraulichen Informationen an Dritte nicht gestattet. Das Zustimmungserfordernis gilt nicht für die mit Vertragspartei im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmen, rechtmäßig eingesetzte Subunternehmer und Berater, die von Gesetzes wegen zur Vertraulichkeit verpflichtet sind. In die schriftliche Zustimmung können Bedingungen für die Weitergabe der Informationen aufgenommen werden.

2.5 Jede Partei wird die von der anderen Partei erhaltenen vertraulichen Informationen mit der gleichen Sorgfalt schützen, mit der sie eigene vertrauliche Informationen schützt, mindestens aber mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

3. Ausnahmen von der Pflicht zur Vertraulichkeit

3.1 Die Verpflichtung zur Vertraulichkeit besteht nicht, soweit der Vertragspartner die Informationen außerhalb der Vertragsbeziehung auf legalem Weg erlangt hat.

3.2 Die Verpflichtung zur Vertraulichkeit besteht darüber hinaus insoweit nicht, als der Empfänger aufgrund von gerichtlichen oder behördlichen Verfügungen zur Offenlegung der Informationen verpflichtet ist. In einem solchen Fall wird der Informationsempfänger dem Informationsgeber unverzüglich seine Herausgabepflicht schriftlich mitteilen. Im Übrigen hat der Informationsempfänger vor der Herausgabe auf die Vertraulichkeit in geeigneter Form hinzuweisen.

4. Rechte an den vertraulichen Informationen

Die Parteien stimmen darin überein, dass mit der Überlassung von vertraulichen Informationen eine Übertragung von immateriellen oder materiellen Eigentums- und Nutzungsrechten nicht verbunden ist, soweit sich dies nicht aus einer anderen Regelung dieses Vertrages (z. B. aus Mitwirkungspflichten oder der Einräumung von Nutzungsrechten) ergibt.

5. Löschungspflicht

5.1 Für Informationen, die als vertraulich gekennzeichnet wurden, gilt folgendes: Verkörperungen dieser Informationen sind von der anderen Vertragspartei nach vollständiger Erfüllung dieses Vertrags, einschließlich sämtlicher angefertigter Kopien und Reproduktionen, unverzüglich zu vernichten und elektronische Aufzeichnungen dieser Informationen sind zu löschen. Die vollständige Vernichtung bzw. Löschung ist der anderen Vertragspartei auf deren Verlangen schriftlich zu bestätigen. Soweit gesetzlich vorgeschrieben, darf eine Kopie der Information zurückbehalten werden.

5.2 Sicherungskopien im Rahmen der betriebsüblichen Datensicherung sind zulässig. Eine Vernichtung dieser Sicherungskopien erfolgt im Rahmen der betriebsüblichen Prozesse.

6. Dauer der Verpflichtung zur Vertraulichkeit

Die Verpflichtung zur Vertraulichkeit endet fünf Jahre nach vollständiger Erfüllung dieses Vertrages.

Weitergehende gesetzliche Pflichten und Rechte (z. B. aus GeschGehG, PatG) bleiben unberührt.

12.5 Anmerkungen

Die hier vorgeschlagene Vertraulichkeitsklausel verdrängt nicht weitergehende Vertraulichkeitspflichten aus dem Datenschutzrecht oder sonstigen Schutzrechten (z. B. aus PatG oder GeschGehG), da diese gesetzlichen Vorschriften zwingendes Recht darstellen.

Zu beachten ist, dass die hier vorgeschlagene Klausel nicht Daten und Informationen erfasst, die vor oder unabhängig von einem Vertragsschluss ausgetauscht werden. Zur Begründung vorvertraglicher Vertraulichkeitspflichten sollte ein besonderes NDA (Non Disclosure Agreement) abgeschlossen werden.

Zu Ziffer 1:

Beispiele für vertrauliche Informationen sind: Verfahrenstechniken, Entwürfe, Prototypen, Modelle, Informationen über geschäftliche, finanzielle, technische, wissenschaftliche oder sonstige Belange, Kundenkontakte, Kundenlisten sowie alle einen wirtschaftlichen Wert darstellenden sonstigen Geschäftsgeheimnisse.

Zu Ziffer 2:

Abs. 2: Aus der Klausel lassen sich für eine Vertragspartei keine (vertraglichen) persönlichen Haftungsansprüche gegen Mitarbeiter der anderen Vertragspartei ableiten.

Abs. 4: Aus der hier vorgeschlagenen Vertragsformulierung ergibt sich keine Verpflichtung, eine Zustimmung zur Weitergabe vertraulicher Informationen an Dritte zu erteilen.

Zu Ziffer 3:

Der Beweis sämtlicher Tatsachen für das Vorliegen einer der in § 3 genannten Ausnahmen obliegt jeweils der zur Vertraulichkeit verpflichteten Partei.

Zu Ziffer 4:

In der Praxis werden Vertraulichkeit und Nutzungsrechte oft vermischt. Zur Klarstellung dient diese deklaratorische Regelung.

Zu Ziffer 5:

Der Kunde möchte sich darauf verlassen können, dass nach Beendigung der Vertragsbeziehung keine der überlassenen Informationen beim Anbieter verbleiben. Möglicherweise wird er sogar aus datenschutzrechtlichen Gründen auf eine vollständige Datenlöschung und deren Nachweis dringen müssen. Der Anbieter möchte durch die Datenlöschung möglichst wenig eigenen Aufwand haben.

Zu beachten ist, dass die Vertragsdurchführung auch nachvertragliche Pflichten, z. B. die Erfüllung etwaiger Gewährleistungsansprüche umfasst. Hierzu können auch noch Informationen und Daten erforderlich sein, die während der Vertragsdurchführung zwischen den Parteien ausgetauscht wurden.

Zu Ziffer 6:

Der Kunde wird regelmäßig an einer unbefristeten Verschwiegenheitspflicht interessiert sein, da er dem Anbieter im Rahmen eines IT-Projekts tiefe Einblicke in seine interne Organisation gewähren muss. Der Anbieter dagegen möchte die Verschwiegenheitspflicht regelmäßig zeitlich begrenzen. Die hier vorgeschlagene Regelung stellt einen Kompromiss dar, der auch praktische Aspekte der Überprüfbarkeit berücksichtigt.

13 Datenschutz

Für etwaige vertragliche Absprachen, die aufgrund der Vorgaben des Datenschutzrechts getroffen werden müssen, wird auf die [themenspezifische Internetseite des Bitkom](#) hingewiesen.

14 Schuldnerverzug

14.1 Vorüberlegungen

Verzögerungen sind ein Grundproblem vieler IT-Projekte. Jedoch ist nicht jede Verzögerung ein Verzug im gesetzlichen Sinn: Ein Verzug im Sinne des BGB setzt neben der verzögerten Erfüllung einer vertraglichen Pflicht Verschulden an der Verzögerung sowie in der Regel eine Nachfristsetzung (Mahnung) voraus. Selten liegen Verursachungsbeiträge nur auf Anbieter- oder nur auf Kundenseite. Oft sind IT-Projekte zeitlich knapp kalkuliert, ohne eine gewisse projektimmanente Eigendynamik zu berücksichtigen. Kunden unterschätzen im Vorfeld oft die zeitliche Zusatzbeanspruchung der eigenen Mitarbeiter durch die Wahrnehmung von Projektaufgaben und die Erfüllung von Mitwirkungspflichten.

Anbieter stehen Erweiterungen des Leistungsumfangs und Change Requests im Allgemeinen positiv gegenüber, verkennen jedoch zuweilen deren Auswirkungen auf die Zeitplanung. Beide Parteien unterschätzen bisweilen die Komplexität und den daraus resultierenden Abstimmungsbedarf in IT-Projekten und /oder handhaben das Projektmanagement zuweilen nicht straff genug, z. B. in Fällen, in denen zusätzliche Leistungen »auf Zuruf« ohne entsprechende Anpassungen des Zeitplans erbracht werden sollen. Auf diese Weise können Projektverzögerungen entstehen. Daher sollte – auch wenn das in der Praxis schwer durchzuhalten ist – für zusätzliche Anforderungen während der Ausführungsphase das Change-Request-Verfahren zur Anwendung kommen.

Eine besondere Form des Schuldnerverzugs stellt der Zahlungsverzug des Kunden dar, dieser wird hier jedoch nicht behandelt.

Die gesetzlich vorgesehenen Verzugsfolgen (z. B. Verzugsschadensersatz, Rücktritt) können durch eine Vertragsstrafe (Verzugsstrafe) ergänzt werden. Diese muss – soweit gewollt – vertraglich vereinbart werden. Dies bietet sich aber nur in besonderen Fällen an. In dem folgenden Modul wird eine Regelung zur Verzugsstrafe ausgeklammert.

14.2 Sicht des Anbieters

Der Anbieter ist daran interessiert, Haftungsansprüche wegen Verzugs kalkulierbar zu halten, d. h. diesbezüglich eine Obergrenze zu vereinbaren. Aus Sicht des Anbieters muss der Verursachungsbeitrag des Kunden bzw. dessen Mitverschulden hinsichtlich der Verzögerung angemessen berücksichtigt werden; bei überwiegendem Verursachungsbeitrag des Kunden soll der Verzugsschadensersatzanspruch des Kunden ausgeschlossen sein (vgl. Ausführungen zu Mitwirkungspflichten des Kunden). Bei teilweisem Verursachungsbeitrag des Kunden an der Verzögerung sollte dies bei der Bemessung des Ersatzanspruchs ebenfalls berücksichtigt werden.

Der Anbieter möchte die Möglichkeit haben, bei Verzug mit einzelnen Zwischenterminen / Meilensteinen durch Intensivierung der eigenen Projektarbeit die Verzögerung wieder aufholen zu dürfen. Wenn das Projektende ohne Verzögerung erreicht wird, soll aus Sicht des Anbieters ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs ausgeschlossen sein.

14.3 Sicht des Kunden

Der Kunde ist in der Regel nicht bereit, Verzögerungen als Projektrealität einfach hinzunehmen. Er möchte seine Rechte aus dem Verzug möglichst einfach geltend machen können, ohne hierfür weitere Schritte (z. B. Mahnung) einleiten zu müssen. Daher wird er auf die Vereinbarung verbindlicher Leistungstermine großen Wert legen und im Zweifel alle Termine als verbindlich betrachten wollen. Im Interesse des Kunden liegt es, alle Termine kalendermäßig zu bestimmen, weil dann nach dem gesetzlichen Leitbild eine Mahnung für den Anbieterverzug entbehrlich ist.

Nach der gesetzlichen Regelung wird vermutet, dass der Anbieter die Überschreitung eines Leistungstermins zu vertreten hat. Der Kunde möchte diese für ihn positive gesetzliche Beweislastverteilung hinsichtlich der Verzugsvoraussetzungen nicht verändern.

Geringes Mitverschulden an der Verzögerung soll aus Kundensicht nicht zu einer Einschränkung seines Schadensersatzanspruchs führen.

14.4 Klauselvorschlag

1. Vereinbarte Termine sind verbindlich einzuhalten, es sei denn, die Termine sind abweichend gekennzeichnet. Vereinbarte Termine sind solche, die durch gesetzliche Vertreter oder Bevollmächtigte der Vertragsparteien oder von im Vertrag benannten Projektverantwortlichen zwischen den Parteien einvernehmlich festgelegt wurden.
2. Bei der Überschreitung vereinbarter Termine kommt der Anbieter nicht ohne Mahnung mit angemessener Nachfristsetzung durch den Kunden in Verzug, es sei denn, die Parteien haben den Termin als »wesentlich« vereinbart.
3. Verzug tritt nicht ein, wenn der Anbieter die Verzögerung nicht zu vertreten hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Kunde die Verzögerung maßgeblich mitverursacht hat. In diesen Fällen verschieben sich die von der Verzögerung betroffenen Termine angemessen.
4. Tritt Verzug des Schuldners ein, stehen dem Kunden die gesetzlichen Rechte mit den folgenden Maßgaben zu:
 - a) Der Kunde kann Schadens- und Aufwendungsersatz im Rahmen der vereinbarten Haftungsbeschränkung geltend machen.
 - b) Dem Kunden steht wegen eines Anbieterverzugs kein Rücktrittsrecht zu, er hat jedoch das Recht zur außerordentlichen Kündigung. Voraussetzung für eine außerordentliche Kündigung ist der zweimalige fruchtlose Ablauf einer angemessenen Nachfrist nach Eintritt des Verzugs.

14.5 Anmerkungen

Die Klausel sieht keine Rücktrittsmöglichkeit vom Vertrag bei Verzug vor, da erfahrungsgemäß ein Rücktritt bei IT-Projektverträgen für beide Parteien ungünstig ist und regelmäßig zu einer loose-loose-Situation führt. Eine Rückabwicklung des Vertrages ist dem Anbieter kaum zuzumuten, wenn er bereits einen Großteil seiner Leistung erbracht hat. Eine Erstattung schon gezahlter Vergütungsanteile nach Rücktritt kann der Kunde nur Zug um Zug gegen Rückgängigmachung der bisher erbrachten Leistung verlangen. Eine solche volle Rückabwicklung der erbrachten Leistung wird dem Kunden aber vielfach gar nicht möglich sein. Damit ist ein Rücktrittsrecht für den Kunden de facto wertlos. So käme eine Rückabwicklung allenfalls bei einfachen und kurzlaufenden Projekten in Betracht.

Der Klauselvorschlag enthält weder eine Verzugsstrafe, noch eine besondere summenmäßige Deckelung des Verzugschadens jenseits der allgemeinen Haftungsregelung, da dies isoliert betrachtet in einem IT-Projektvertrag nicht ausgewogen wäre. Die Vereinbarung von Vertragsstrafen einerseits oder besonderen Haftungsbeschränkungen andererseits muss im Gesamtkontext der Leistungsvergütung und eventueller Inzentivierungsmodelle betrachtet werden.

Um die fristgemäße Durchführung und das Monitoring eines IT-Projekts besser unter Kontrolle zu behalten, kann die Vereinbarung einer angemessenen Anzahl von Meilensteinen sinnvoll sein. Solche Meilensteine werden typischerweise als wesentliche Termine vereinbart. Dabei handelt es sich um vorab definierte Termine, zu denen ein bestimmter Arbeitsstand im Projekt erreicht sein muss. Dafür kann es sich anbieten, Meilensteine mit Teilabnahmen zu verbinden (vgl. Modul »Abnahme«). Auch dies bedarf einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung.

Bei fehlendem Verschulden kommt der Anbieter nicht in Verzug. Dafür hat der Anbieter darzulegen und zu beweisen, dass er eine eingetretene Verzögerung nicht zu vertreten hat. Dies wird ihm jedoch leichter fallen als dem Kunden, das Gegenteil nachzuweisen.

15 Verteilung von Nutzungsrechten

15.1 Vorüberlegungen

In vielen IT-Projektverträgen sind Rechte an geistigem Eigentum (Urheberrechte, Designrechte, Gebrauchsmuster, Patente) betroffen oder solche Rechtspositionen entstehen im Verlauf des Projekts. Wie die nach Urheberrecht entstehenden Verwertungs- und Nutzungsrechte in solchen Fällen angemessen zu verteilen sind, ist Gegenstand des vorliegenden Moduls. Die Patentfähigkeit von Konzepten und Software ist in der EU weiterhin stark eingeschränkt, so dass dieses Modul die Betrachtung von Patenten ausklammert.

Für die urheberrechtliche Betrachtung und den entsprechenden vertraglichen Regelungsbedarf sind folgende Regelungsbereiche zu unterscheiden:

- Software: Überlassung von Standard-Software, Erstellung von Individualsoftware, Customizing
- Verwendung und Anpassung von Open Source Software (hierzu wird auf den [Bitkom-Leitfaden zu Open Source Software](#) verwiesen)
- Dokumente: z. B. Konzepte, Pläne, Prozessdokumentation, Benutzerhandbuch, Schulungsunterlagen
- Daten: Rohdaten (seien sie personenbezogen oder nicht personenbezogen) sind nach geltender Rechtslage weder durch das Urheberrecht noch durch Vorschriften zum Sacheigentum rechtlich geschützt. Dennoch können z. B. das Urheberrecht an Datenbanken, das Sacheigentum, das Datenschutzrecht oder auch andere Schutzrechte zu Restriktionen beim Zugriff oder der Nutzung von Daten führen. Daher sind Datenzugang und Nutzung dieser Daten vertraglich abzusichern. Da in diesem Bereich die Rechtsentwicklung noch nicht abgeschlossen ist und die möglichen Anwendungsszenarien sehr vielfältig sind, ist die Formulierung eines allgemeingültigen ausgewogenen Regelungskonzepts hierfür nicht möglich.

Bei Projekten, in denen Software erstellt oder zur Nutzung überlassen werden soll, ist eine Vereinbarung über Verteilung und Einräumung von Urheberrechten nach dem UrhG erforderlich. Insbesondere muss der Anbieter dem Kunden ein Nutzungsrecht einräumen, also das Recht, das urheberrechtlich geschützte Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen (vgl. Legaldefinition in § 31 Abs. 1 S. 1 UrhG). Nutzungsarten von Software sind z. B. Vervielfältigung, Verbreitung, Umarbeitung oder die Ermöglichung eines öffentlichen Zugangs (vgl. § 69c UrhG).

Darüber hinaus unterscheidet das Gesetz in Bezug auf Software einfache und ausschließliche Nutzungsrechte (vgl. §§ 69a Abs. 4, 31 Abs. 1 S. 2 UrhG). Diese Nutzungsrechte können darüber hinaus zeitlich, inhaltlich und räumlich definiert werden. Die Übertragung eines ausschließlichen Nutzungsrechts auf den Kunden bedeutet die vollständige Aufgabe eigener Nutzungsrechte durch den Anbieter. Ein ausschließliches Nutzungsrecht kann nur einem einzigen Rechtsträger zustehen. Einfache (nicht-ausschließliche) Nutzungsrechte können dagegen einer Vielzahl von Rechtsträgern eingeräumt werden und individuell unterschiedlichen Umfang haben (vgl. § 31 UrhG).

Ist der Anbieter nicht selbst Hersteller der angebotenen Software, muss er darauf achten, dass er dem Kunden keine weitergehenden Rechte einräumt als er selbst erhalten hat.

Die Urheberrechte an der Software schließen die Rechte an ihrer Dokumentation ein. Rechte an der Dokumentation können unabhängig von den Rechten an der Software gestaltet werden.

15.2 Sicht des Anbieters

Es liegt im Interesse des Anbieters, den Umfang der einzuräumenden Nutzungsrechte möglichst gering zu halten, um den wirtschaftlichen Wert der Software umfassend zu realisieren. Im Übrigen richtet sich die Interessenlage des Anbieters danach, ob er Standard- oder Individualsoftware überlässt.

Ist der Anbieter auch Hersteller der Standardsoftware, wird er an der Software nur einfache Nutzungsrechte übertragen wollen, weil er seine eigenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (die auf Quellcode-Ebene liegen) und die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens wahren will. Außerdem möchte er keinen Restriktionen von Weiterentwicklung und Vertrieb der Software unterliegen. Im Sinne eines effizienten Lizenz- und Risikomanagements möchte der Anbieter im Übrigen die Nutzungsbedingungen für die Software standardisieren.

Der Hersteller von Individualsoftware möchte die Arbeitsergebnisse möglichst mehrmals auch für weitere Geschäftsbeziehungen nutzen können. Außerdem möchte er keinen Restriktionen bei Entwicklung und Vertrieb zukünftiger Individualsoftware (z. B. wegen möglicher Rechtsverletzungen) unterliegen. Verlangt der Kunde ein ausschließliches Nutzungsrecht, könnten die Interessen des Anbieters in solchen Fällen gewahrt werden, indem der Kunde bestimmte (Teil-)Rechte an den Anbieter zurücküberträgt.

Wenn der Anbieter nicht selbst Hersteller der Software ist, ist ihm der Umfang der Nutzungsrechte, die er an den Kunden übertragen kann, vorgeschrieben.

Customizing: Auf die Anpassung einer vorhandenen Software an die Bedürfnisse des Kunden wird der Anbieter in der Regel keine eigenen schutzwürdigen Positionen geltend machen. Er möchte jedoch auch hier einmal programmierte Lösungen wiederholt einsetzen können.

15.3 Sicht des Kunden

Der Kunde kann nicht daran gehindert werden, eine Software unter Aufgabe aller eigenen Rechte weiter zu veräußern.

Ein gemeinsames Interesse von Anbieter und Kunde besteht darin, die eingeräumten Rechte möglichst genau zu definieren und abzugrenzen.

Aus Sicht des Kunden *ist dies* deswegen *wünschenswert*, weil bei einer unbestimmten Klausel der Umfang der Nutzungsrechte restriktiv auf den zur Erreichung des Vertragszwecks notwendigen Umfang reduziert wird (§ 31 Abs. 5 UrhG). Aus Sicht des Anbieters kommt *genauen Definitionen Bedeutung* zu, um den wirtschaftlichen Wert der Software zu erhalten; denn mit jeder unklaren Rechtseinräumung verliert er an wirtschaftlichem Potenzial.

Die Anpassung einer Software an die Anforderungen des Kunden auf Grund von Einstellungen, die schon in der Software angelegt sind, ist aus Sicht des Kunden kein für ihn wettbewerbsentscheidender Faktor.

Der Kunde wird vor allem dann die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einer Individualsoftware verlangen, wenn es ihm gerade auf den Innovationsvorteil durch die Individualerstellung ankommt. Damit erhält der Kunde die Sicherheit, dass die Software nicht bei anderen Marktteilnehmern zum Einsatz kommen kann. Ein von Kunden für ein ausschließliches Nutzungsrecht angeführter Grund ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die dem Anbieter beim Customizing bekannt werden (z. B. über optimierte interne Unternehmensprozesse oder über technische Verbesserungen geltender Standards). Daher dürfen dokumentierte Geschäftsprozesse des Kunden nicht anderen Kunden zugänglich gemacht werden. Andererseits ist das Knowhow des Anbieters über Prozessoptimierung eine wichtige Qualifikation, die er auch anderen Kunden zur Verfügung stellen möchte. Geschäftsgeheimnisse des Kunden können allerdings ausreichend durch eine Geheimhaltungsvereinbarung geschützt werden. Dies ist kein Thema, das im Rahmen der Rechteeinräumung behandelt werden sollte.

Gegen die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts spricht des Weiteren, dass Software heutzutage nicht mehr individuell völlig neu entwickelt wird. Vielmehr werden verschiedene, bereits vorhandene Komponenten neu kombiniert. Diese Komponenten werden in vielen unterschiedlichen Anwendungen genutzt, sodass eine ausschließliche Rechteeinräumung an ihnen nicht in Betracht kommt.

Im Übrigen ist der Kunde vor allem an ausreichend weit definierten Nutzungsrechten interessiert, um Investitionssicherheit für die Zukunft zu schaffen. Er will die Software ggf. auch unter geänderten Einsatzszenarien nutzen, die durch strategische Änderungen seiner betrieblichen Rahmenparameter bedingt sind (strategische Optimierung von Geschäftsabläufen, Produktions- oder Vertriebsprozessen usw.). Diese Flexibilität in der Nutzung ist aber auch erreichbar durch die Einräumung einfacher, inhaltlich weit gefasster Nutzungsrechte. Z. B. kann auch ein einfaches Nutzungsrecht mit der Erlaubnis zur Unterlizenzierung oder mit der Erlaubnis zur Bearbeitung verbunden werden.

15.4 Klauselvorschlag

1. Definitionen

- a) Customizing: Anpassung von Standardsoftware an die Anforderungen des Auftraggebers, die nicht auf Quellcodeebene erfolgt
- b) Erstellung: Programmierung des Quellcodes und Generierung des Objektcodes sowie der Dokumentation für eine Software
- c) Individualsoftware: Computerprogramme, die zur Vertragserfüllung für die Bedürfnisse des Auftraggebers vom Auftragnehmer erstellt wurden, einschließlich der zugehörigen Dokumentation. Hierzu gehören auch die Anpassungen von Individualsoftware auf Quellcodeebene.
- d) Standardsoftware: Computerprogramme, die für die Bedürfnisse einer Mehrzahl von Kunden am Markt und nicht speziell vom Auftragnehmer für den Auftraggeber entwickelt wurden, einschließlich der zugehörigen Dokumentation. Hierzu gehören auch die Anpassungen von Standardsoftware auf Quellcodeebene.
- e) Sonstige Arbeitsergebnisse: alle Leistungsergebnisse, die nicht Standardsoftware, Individualsoftware oder Customizing sind
- f) Objektcode: Zwischenergebnis eines Compiler- bzw. Übersetzungsvorgangs des Quellcodes eines Programms.
- g) Quellcode: Code eines Programms in der Fassung der Programmiersprache.

2. Überlassung von Standard-Software

Der Anbieter räumt dem Kunden mit vollständiger Bezahlung der für die Standard-Software geschuldeten Vergütung das Recht ein, die Standard-Software in dem Umfang einzusetzen, wie er vertraglich und ergänzend in den für die Standard-Software geltenden Standard-Lizenzbedingungen festgelegt ist. Sind solche Standard-Lizenzbedingungen nicht vereinbart, wird ein einfaches, nicht ausschließliches Nutzungsrecht an der Software eingeräumt, soweit dies für den von beiden Vertragsparteien zugrunde gelegten Vertragszweck erforderlich ist. Dabei wird dem Kunden nur der Objektcode der Software überlassen.

3. Erstellung von Individual-Software

Der Anbieter räumt dem Kunden mit vollständiger Bezahlung der geschuldeten Vergütung das nicht ausschließliche Recht ein, die Individual-Software zu nutzen. Der Kunde ist danach berechtigt, die Individual-Software zu vervielfältigen, zu bearbeiten (auch mit anderen Programmen zu

verbinden, umzugestalten, in andere Programmiersprachen und für andere Betriebssysteme zu konvertieren), in andere Darstellungsformen zu übertragen und auf sonstige Art und Weise zu verändern, und zu ergänzen, Unterlizenzen an seine nach § 15 AktG verbundenen Unternehmen zu vergeben sowie alle im Rahmen dieses Vertrags eingeräumten Nutzungsrechte zu übertragen.

Um diese Rechte wahrnehmen zu können, erhält der Kunde den Quellcode der Software.

Bis zur vollständigen Bezahlung erhält der Kunde Nutzungsrechte, soweit er diese zur Durchführung des Projekts mit dem Anbieter benötigt (z. B. für Test-, Prüf- und Schulungszwecke).

4. Customizing

Der Anbieter räumt dem Kunden mit vollständiger Bezahlung der geschuldeten Vergütung das nicht ausschließliche Recht ein, das im Rahmen des Customizing entstandene Arbeitsergebnis räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt, für sämtliche bekannte und unbekanntete Nutzungsarten zu nutzen.

5. Rechte an sonstigen Arbeitsergebnissen

Der Anbieter räumt dem Kunden mit vollständiger Bezahlung der geschuldeten Vergütung das nicht ausschließliche Recht ein, sonstige Arbeitsergebnisse (z. B. Konzepte, Pläne, Schulungsunterlagen) räumlich, zeitlich und inhaltlich unbeschränkt, für sämtliche bekannte und unbekanntete Nutzungsarten zu nutzen. An vorbestehenden Werken, die Teil des Arbeitsergebnisses werden, werden in dem Umfang Nutzungsrechte eingeräumt, wie vertraglich und ergänzend in den für die vorbestehenden Werke geltenden Standard-Lizenzbedingungen festgelegt ist. Sind solche Standard-Lizenzbedingungen nicht vereinbart, erhält der Kunde an vorbestehenden Werken Nutzungsrechte im gleichen Umfang wie an den sonstigen Arbeitsergebnissen.

15.5 Anmerkungen

Zu 1.

Die Definitionen in 1. sind auf alle Varianten der Einräumung von Software-Rechten anwendbar und sollten stets zu einer der Klauseln in 2. bis 4. hinzugefügt werden.

Zu 2. Überlassung von Standard-Software

Satz 1: Bei Verwendung der vorgeschlagenen Klausel sollte der Anbieter ganz besonders darauf achten, dass er in der vertraglichen Leistungsbeschreibung nicht weitergehende Rechte einräumt als ihm selbst nach den Lizenzbedingungen für die Standard-Software zustehen. Der Anbieter kann ohne eigenes Haftungsrisiko nur dann über die Standard-Lizenzbedingungen hinausgehende Rechte einräumen, wenn er selbst Urheber der Standard-Software ist. In der vertraglichen Leistungsbeschreibung können allerdings die an den Kunden übertragenen Rechte über die Lizenzbedingungen für die Standard-Software hinaus eingeschränkt werden.

Zu 3. Erstellung von Individual-Software

a) Umfang der Rechteeinräumung

Individual-Software wird in den seltensten Fällen noch vollkommen neu programmiert. Regelmäßig werden für die Erstellung einer Auftragssoftware bereits bestehende Software-Komponenten (z. B. Bibliotheken) neu kombiniert und verbunden. Die Konsequenz daraus ist, dass eine vollständige Einräumung von Nutzungsrechten an solchen Komponenten gar nicht möglich sein wird. Ein ausschließliches Nutzungsrecht für den Kunden ist daher nur möglich, wenn der Kunde den Programmieraufwand für die gesamte, für ihn vollumfänglich neu programmierte Software komplett vergütet. Die Einräumung einfacher Nutzungsrechte kann daher als Regelfall angesehen werden. Die Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte ist dagegen nur bei besonderen Umständen und gegen erhöhte Vergütung ausgewogen.

Die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts wird so restriktiv wie möglich erfolgen, weil der Anbieter in diesen Fällen bei seiner zukünftigen Geschäftsentwicklung urheberrechtlich limitiert ist. Sofern dem Kunden ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt werden soll, ist die Klausel in 2. umfangreich anzupassen. Insbesondere ist das ausschließliche Nutzungsrecht nicht zu übertragen für vorbestehende Arbeitsergebnisse, z. B. Tools, Methoden, Konzepte und verwendete Software-Komponenten und Open Source Software sowie davon abgeleitete Komponenten oder Änderungen dieser vorbestehenden Arbeitsergebnisse.

b) Zeitpunkt der Rechteeinräumung

Der Anbieter möchte dem Kunden möglichst erst bei vollständiger Bezahlung der vertraglich vereinbarten Vergütung alle vertraglich vereinbarten Nutzungsrechte einräumen, um sich gegen Zahlungsverzögerung abzusichern. Dies erscheint jedoch kaum ausgewogen. Die Klausel beschreitet daher einen Mittelweg. Zum einen räumt sie dem Kunden ein Nutzungsrecht nicht erst bei Zahlung der vereinbarten, sondern bereits bei Zahlung der geschuldeten Vergütung (d. h. vereinbarte Vergütung abzüglich berechtigter Abzüge) ein. Zum anderen werden dem Kunden bereits vor Zahlung Teilrechte zur Nutzung für bestimmte Zwecke eingeräumt.

Zu 4. Customizing

Wird eine Standard- oder eine Individual-Software an die Bedürfnisse des Auftragsgebers angepasst, so kann aus dieser Anpassung ein selbständiges, urheberrechtlich schutzfähiges Arbeitsergebnis entstehen (z. B. die Programmierung von Schnittstellen). Das Interesse des Anbieters besteht darin, z. B. Schnittstellenprogrammierungen nicht nur einem Kunden, sondern vielfach anbieten zu können. Deswegen möchte er hieran keine ausschließlichen Nutzungsrechte einräumen.

Zu 5. Rechte an sonstigen Arbeitsergebnissen

Ob und in wieweit an Zwischenergebnissen, die nicht in das endgültige Arbeitsergebnis eingehen, ebenfalls Rechte eingeräumt werden, hängt davon ab, ob diese gemäß der Leistungsvereinbarung geschuldete Arbeitsergebnisse sind oder nicht. Zwischenergebnisse, die in unveränderter oder veränderter Form in das endgültige Arbeitsergebnis eingehen, sind von der Nutzungseinräumung mit umfasst, soweit sie vergütet werden.

Für vorbestehende Werke sind primär die dafür geltenden Nutzungsbedingungen zu beachten. Gibt es solche nicht, gelten für vorbestehende Werke die gleichen Rechte wie für das endgültige Arbeitsergebnis. Vorbestehende Werke sind Werke/Schöpfungen, die außerhalb des vertragsgegenständlichen Projekts entstanden und in das endgültige Arbeitsergebnis eingeflossen sind und Gegenstand eigener Rechte sein können.

16 Höhere Gewalt

16.1 Vorüberlegungen

Insbesondere in angelsächsisch geprägten Verträgen finden sich häufig Regelungen zu »höherer Gewalt« (force majeure oder – nur Naturereignisse betreffend – acts of god). Höhere Gewalt-Klauseln sollen Fälle regeln, in denen eine Partei aufgrund von Umständen, die außerhalb ihrer Kontrolle liegen, an ihrer Leistungserbringung zumindest vorübergehend gehindert ist.

Der Begriff der höheren Gewalt ist zwar nicht gesetzlich definiert, jedoch durch die Rechtsprechung geprägt. Danach liegt höhere Gewalt vor bei Ereignissen, die außerhalb des Betriebs ihren Ursprung haben, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisen, nicht voraussehbar und auch nicht durch äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt abwendbar sind. Ein Ereignis höherer Gewalt kann dabei sowohl durch Naturkräfte als auch durch Handlungen Dritter herbeigeführt werden. Ungeachtet der Rechtsprechung können die Parteien Fälle der höheren Gewalt einverständlich im Vertrag definieren.

Sofern man in einer Regelung zu höherer Gewalt lediglich niederlegen wollte, dass eine Partei im Fall der Unmöglichkeit nicht leisten muss und bei fehlendem Verschulden – außer beim Vorliegen einer Garantie – auch nicht zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet ist, hätte dies in der Regel lediglich deklaratorischen Charakter. Entsprechende Rechtsfolgen ergeben sich bereits unmittelbar aus dem Gesetz (§ 275 BGB).

Hat eine Partei ein Leistungshindernis verursacht, handelt es sich nicht um einen Fall höherer Gewalt, sondern um eine Pflichtverletzung dieser Partei, deren Folgen sich nach den gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen bestimmen (z. B. Regelungen zur Haftung oder zur Verletzung von Mitwirkungshandlungen).

Häufig werden in Klauseln zu höherer Gewalt auch weitergehende Fragen und Streitfälle adressiert, etwa in welchen Fällen höhere Gewalt vorliegt, ob und unter welchen Voraussetzungen Leistungen nach dem Ende der Verhinderung wieder aufgenommen werden müssen und unter welchen Voraussetzungen das Vertragsverhältnis gegebenenfalls gekündigt werden kann. Diese Fragen lassen sich mit hinreichender Klarheit häufig nicht allein auf der Grundlage gesetzlicher Vorschriften beantworten, auch wenn man hierbei etwaig vorhandene einschlägige Rechtsprechung berücksichtigt. Eine ausgewogene vertragliche Regelung für diesen Bereich ist daher für beide Parteien sinnvoll.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der hier vorgeschlagenen Klausel liegen weitere Fälle der Leistungserschwerung. Für diese gelten nach deutschem Recht die Regelungen des BGB zu Störung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Insgesamt entspricht es dem Gedanken eines ausgewogenen Vertragsverhältnisses am ehesten, wenn sich beide Parteien bemühen, trotz höherer Gewalt am Vertrag und an dessen Durchführung festzuhalten. Wenn jedoch die Leistungsstörung durch höhere Gewalt eine gewisse Zeitdauer überschreitet, kann es für jede der Parteien unzumutbar sein, am Vertrag festzuhalten.

16.2 Sicht des Anbieters

Aus Sicht des Anbieters ist wesentlich, dass er im Fall höherer Gewalt nicht nur nicht zur Leistungserbringung verpflichtet ist, sondern wegen der ausbleibenden Leistungen auch keinen Schadens- oder Aufwendungsersatz an den Kunden zahlen muss. Bedeutsam ist dies insbesondere in den Fällen, in denen die Parteien verschuldensunabhängige Pönalen im Rahmen von Service Level Agreements (SLAs) vereinbart haben.

Ebenso wichtig ist es für ihn, dass er Ressourcen und Mitarbeiter während der Dauer des Ereignisses höherer Gewalt nicht durchgängig für die betroffene Kundenbeziehung vorhalten muss, da dies zu erheblichen Kosten auf seiner Seite führen wird, die der Kunde in der Regel nicht zu erstatten bereit ist.

Auch benötigt der Anbieter eine hinreichende Sicherheit, dass der Kunde wegen bloß vorübergehender, kurzfristiger Störungen das Vertragsverhältnis nicht beenden kann, sondern dass an eine Vertragsbeendigung hohe Anforderungen gestellt werden. Bedeutsam ist dies für Anbieter insbesondere in den Fällen, in denen der Anbieter zu Beginn der Laufzeit eines Vertrags hohe Anfangsinvestitionen tätigt, die sich erst über die Laufzeit des Vertrags amortisieren.

16.3 Sicht des Kunden

Der Kunde benötigt eine hinreichende Sicherheit, dass der Anbieter seine Leistungen im vertraglich vereinbarten Umfang zu den vereinbarten Zeitpunkten erbringt und nicht bereits im Fall einer bloßen Leistungerschwerung von seinen Verpflichtungen frei wird.

Von besonderer Bedeutung ist es für den Kunden zudem, dass der Anbieter schnellstmöglich seine Leistungen wieder aufnimmt, sobald das Leistungshindernis beseitigt wurde. Ebenso bedeutsam kann es für den Kunden jedoch bei einem lang anhaltenden Ereignis höherer Gewalt sein, das Vertragsverhältnis vorzeitig zu beenden, um alternative Lösungen zu finden oder zu anderen Anbietern zu wechseln, die von dem Ereignis höherer Gewalt nicht betroffen sind.

16.4 Klauselvorschlag

1. Weder der Anbieter noch der Kunde haften für die Verletzung ihrer jeweiligen Verpflichtungen, sofern die Verletzung auf höherer Gewalt beruht. Die Parteien sind insoweit von der betroffenen Vertragspflicht befreit. Höhere Gewalt liegt vor bei von außen kommenden, nicht voraussehbaren oder nicht durch vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt abwendbaren Ereignissen. Dies kann beispielsweise vorliegen, wenn die Erfüllung der Vertragspflicht nicht möglich ist aufgrund von Feuer, Hochwasser, Erdbeben, Explosionen, Naturereignissen, Kriegshandlungen, Terrorismus, Unruhen, Epidemien, behördlich angeordneten Quarantäne-Maßnahmen, Im- und Exportverboten, allgemeinen Störungen der Telekommunikation oder Energieversorgung, Streik, Aussperrung oder aufgrund von anderen, vergleichbaren Ereignissen oder Umständen, die außerhalb des vernünftigerweise zu erwartenden Einflussbereichs der betroffenen Partei liegen.
2. Die Parteien werden sich unverzüglich wechselseitig vom Vorliegen eines Ereignisses höherer Gewalt und von dessen Wegfall in Textform informieren.
3. Der Leistungsverpflichtete ist in Fällen höherer Gewalt berechtigt, das Erbringen der betroffenen Leistungen um die Dauer der Behinderung zuzüglich einer angemessenen Anlaufzeit hinauszuschieben. Vereinbarte Leistungs- und Zahlungenstermine verschieben sich entsprechend.
4. Lässt sich durch einen Terminaufschub nach Ziffer 3 die von der höheren Gewalt beeinträchtigte Leistungsfähigkeit nicht wiederherstellen, verhandeln die Parteien über eine Neuausrichtung der Vertragsdurchführung mit dem Ziel, am Vertrag festzuhalten. Dabei prüfen sie insbesondere, ob der wegen höherer Gewalt unmögliche oder verzögerte Leistungsbeitrag auf anderem Wege durch den Vertragspartner erbracht werden kann.
5. Ist der Leistungsverpflichtete mehr als ___ **[Anzahl]** zusammenhängende **Tage / Wochen / Monate** (Unzutreffendes streichen) durch ein Ereignis höherer Gewalt in wesentlichem Umfang an der Erbringung seiner Leistungen gehindert und ist eine Neuausrichtung des Vertrages nach Ziffer 4 gescheitert, kann jede Partei den Vertrag schriftlich kündigen. Kosten, die den Vertragsparteien nach der Kündigung entstehen, trägt jede Partei selbst. Bis zur Kündigung fertig gestellte oder abgenommene Teilleistungen hat der Kunde angemessen zu vergüten, wenn sie einen eigenständigen Wert haben und der Kunde daran die Nutzungsrechte erhält. Andere bis zur Kündigung entstandene Kosten des Anbieters hat der Kunde zu ersetzen.
6. Die Regelungen in dieser Klausel gelten nicht für die Verletzung der Pflicht zur Zahlung von Geldschulden.
7. Soweit nicht anderweitig vereinbart, umfassen Garantieverprechen des Anbieters auch Fälle der höheren Gewalt.

16.5 Anmerkungen

Zu Ziffer 1.:

Durch die hier geregelten Fälle höherer Gewalt wird nicht zwingend der Vertrag insgesamt suspendiert. Eine Leistungspflicht kann auch nur teilweise oder nur zeitweise unmöglich werden und muss im Übrigen weiter erfüllt werden.

Die Aufzählung der Fälle höherer Gewalt in Satz 4 der Regelung ist nicht abschließend, sondern lässt es ausdrücklich zu, dass auch in anderen, nicht genannten vergleichbaren Fällen höhere Gewalt angenommen wird. Sofern sichergestellt werden soll, dass bestimmte Ereignisse grundsätzlich Fälle höherer Gewalt darstellen, sollten diese in die beispielhafte Aufzählung übernommen werden. Eine abschließende Aufzählung aller Fälle höherer Gewalt ist in Anbetracht der Vielzahl denkbarer Fallgestaltungen in der Regel nicht möglich. Umgekehrt ließe sich grundsätzlich ergänzend regeln, in welchen konkreten Fällen keine höhere Gewalt vorliegt.

Häufig wird darüber gestritten, ob Streik und Aussperrung Fälle höherer Gewalt darstellen, insbesondere wenn diese im Unternehmen des vertraglich zur Leistung Verpflichteten stattfinden. Hiergegen wird eingewandt, der Betroffene habe es in der Hand, den Forderungen der Arbeitnehmer nachzugeben und so Arbeitskampfmaßnahmen zu verhindern oder zu beenden. Hiergegen spricht jedoch, dass eine Verpflichtung, Forderungen der Arbeitnehmer nachzugeben, Unternehmer unzulässig in ihren grundgesetzlich geschützten Rechten beeinträchtigen würde. Um diese Diskussionen in der ohnehin angespannten Situation höherer Gewalt zu vermeiden, empfiehlt sich die Aufnahme der in der Klausel vorgeschlagenen Klarstellung.

Zu Ziffer 2.:

Die Informationspflicht soll es den Vertragsparteien ermöglichen, die mit der höheren Gewalt verbundenen nachteiligen Folgen soweit möglich zu reduzieren. Die Einhaltung der Informationspflicht ist nicht Voraussetzung für das Vorliegen höherer Gewalt; ihre Verletzung stellt jedoch eine Pflichtverletzung dar, die bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen zur Zahlung von Schadensersatz verpflichten kann. Ersetzt werden in diesem Fall jedoch nicht die durch höhere Gewalt entstandenen, sondern (nur) die durch eine verspätete Mitteilung (mit)verursachten Schäden.

Zu Ziffer 3.:

Insbesondere länger andauernde Fälle höherer Gewalt können den Anbieter zwingen, seine Arbeitsorganisation umzustellen, um wieder leistungsfähig zu werden, und ggf. auch Mitarbeiter und Erfüllungsgehilfen anderweitig einzusetzen, um so seine Schäden zu minimieren. In diesem Fall wird der Anbieter bei einer Beendigung der Störung nicht unmittelbar in der Lage sein, die Leistungen mit demselben oder anderen Personal wieder aufzunehmen. Daher ist eine angemessene Anlaufzeit vorzusehen. Eine konkrete Frist wird sich in der Regel bei Vertragsschluss nicht vereinbaren lassen, da die Frage, welche Frist angemessen ist, vom jeweiligen Einzelfall (z. B. Art der betroffenen Leistungen, Dauer der höheren Gewalt) abhängt.

In komplexen Vertragsbeziehungen / Projekten sollte die Wiederaufnahme der Leistung operativ und organisatorisch sowie die Verteilung der damit verbundenen Kosten detailliert geregelt werden.

Zu Ziffer 4.:

Je komplexer und langwieriger ein Projekt angelegt ist, desto größer sind die Nachteile einer vorzeitigen Beendigung des Projektes für beide Parteien. Daher wird für solche komplexen Projekte hier eine Regelung vorgeschlagen, die eine Fortsetzung der bisherigen Vertragsdurchführung ermöglicht.

Zu Ziffer 5.:

Die hier gewählte Regelung hat zum Ziel, eine angemessene Kosten- und Lastenverteilung zwischen den Parteien zu erreichen, wenn es unzumutbar erscheint, den Wiedereintritt der Leistungsfähigkeit abzuwarten. Sie führt zur Kündigung des gesamten Vertragsverhältnisses und sollte daher nur »gezogen« werden, wenn ein Festhalten am Vertrag aufgrund andauernder Leistungsunfähigkeit wegen höherer Gewalt nicht zumutbar ist. Beide Vertragsparteien sollten sich im Vorfeld des Vertragsschlusses genau überlegen, wie lange ein Festhalten am Vertrag zumutbar sein sollte. Je nach den Umständen kann ein Leistungsaufschub bis zu 60 Tagen noch zumutbar sein. Der Grundgedanke der Regelung besteht darin, Kalkulierbarkeit für beide Vertragsparteien zu schaffen.

Zu Ziffer 6.:

Nach allgemeiner Auffassung finden die Regelungen zur Unmöglichkeit – und mithin in der Folge Vereinbarungen über höhere Gewalt – auf Geldschulden keine Anwendung, sofern es sich nicht um die Herausgabe konkreter Geldscheine oder Münzen handelt. Dieser Spezialfall sollte im IT-Bereich jedoch zu vernachlässigen sein. Unter welchen Voraussetzungen eine Partei im Falle der Zahlungsverhinderung von ihren entsprechenden Pflichten frei wird, richtet sich nach dem Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht.

Zu Ziffer 7.:

Bei Formulierung der Garantieerklärung ist darauf zu achten, Fälle der höheren Gewalt ausdrücklich auszuschließen, wenn der Anbieter in solchen Fällen von der Garantieleistung befreit sein soll. Wenn die Parteien dazu in der Garantieerklärung nichts regeln, ist der Anbieter auch in Fällen der höheren Gewalt zur Garantieleistung verpflichtet mit der Konsequenz, dass er dem Kunden ersatzpflichtig wird.

17 Verbot der Abwerbung von Mitarbeitern

17.1 Vorüberlegungen

In IT-Projekten werden Mitarbeiter des Anbieters häufig im Unternehmen des Kunden tätig. Der Kunde kann sich im engen Kontakt von den Qualitäten des Mitarbeiters überzeugen. In der Folge kommt es häufig dazu, dass der Kunde versucht, den Mitarbeiter für sich zu gewinnen und ihn beim Anbieter abzuwerben. Besondere gesetzliche Regelungen für diese Fälle kennt das geltende Recht nicht. Vielmehr gilt in Deutschland das Prinzip der freien Berufswahl und der freien Wahl des Arbeitsplatzes. Nach deutschem Arbeitsrecht kann daher jeder Arbeitnehmer – unter Einhaltung bestimmter Fristen – ein bestehendes Arbeitsverhältnis kündigen und nach Wirksamkeit der Kündigung ein neues Arbeitsverhältnis eingehen.

17.2 Sicht des Anbieters

Gute Mitarbeiter sind angesichts des anhaltenden Fachkräftemangels schwer zu finden. Im IT-Bereich ist das Interesse an der Erhaltung eines qualifizierten Mitarbeiterstammes besonders hoch, wenn nicht für kleinere Unternehmen sogar existenznotwendig.

Im Falle einer Mitarbeiterabwerbung verliert der Anbieter als Arbeitgeber eines abgeworbenen Mitarbeiters nicht nur eine Arbeitskraft, sondern vor allem wichtiges Knowhow, das der Mitarbeiter während seiner Tätigkeit erworben hat. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass ein Mitarbeiter bei seinem Weggang Geschäftsgeheimnisse aus dem Unternehmen mitnimmt und in anderen Unternehmen nutzt.

Der Arbeitgeber wird daher versuchen, den Verlust qualifizierter Arbeitnehmer und den Abfluss von Knowhow unter allen Umständen zu verhindern.

17.3 Sicht des Kunden

Überzeugt ein Mitarbeiter des Anbieters in IT-Projekten beim Kunden durch Qualifikation und Arbeitseinsatz, so weckt dies häufig das Interesse des Kunden an dem Mitarbeiter. Da der Mitarbeiter im Rahmen des Projekts auch mit der IT-Umgebung und mit sonstigen Gegebenheiten beim Kunden eng vertraut wird, wird sich der Kunde vielfach um die Gewinnung des Mitarbeiters für das eigene Unternehmen bemühen. Aus Sicht des Kunden wäre es günstig, wenn seinen Bemühungen keine rechtlichen Hindernisse entgegenstünden.

17.4 Klauselvorschlag

Der BGH hat die Möglichkeit des Arbeitgebers eng begrenzt, Kündigungsrechte der Arbeitnehmer vertraglich wirksam einzuschränken. Dies gilt auch für vertragliche Vereinbarungen zwischen dem aktuellen und einem potenziellen zukünftigen Arbeitgeber eines Arbeitnehmers.

In seinem ⁷Urteil vom 30.04.2014 (I ZR 245/12) hat der BGH entschieden, dass vertraglich vereinbarte Abwerbungsverbote nicht gerichtlich durchsetzbar sind. Der BGH stützt diese Rechtsansicht vor allem auf § 75f HGB. Nur für besondere Ausnahmefällen erkennt der BGH ein überwiegendes Interesse der »Arbeitgeberseite« an einer gerichtlichen Durchsetzbarkeit eines Abwerbeverbots an.

Nicht in den Anwendungsbereich des § 75f HGB fallen nach der Entscheidung des BGH solche Vereinbarungen, bei denen das Abwerbeverbot nicht Hauptzweck ist, sondern nur eine Nebenbestimmung darstellt, die einem besonderen Vertrauensverhältnis der Parteien oder einer besonderen Schutzbedürftigkeit einer der beiden vertragschließenden Seiten Rechnung trägt. Dient ein Abwerbeverbot dem Schutz vor illoyaler Ausnutzung von Erkenntnissen, die im Rahmen solcher Vertragsverhältnisse und ihrer Abwicklung gewonnen worden sind, bestehe kein Grund, die gerichtliche Durchsetzbarkeit zu versagen. Auch für durchsetzbare Abwerbeverbote postuliert der BGH aber zeitliche Schranken. In seiner Entscheidung bestätigte der BGH die zeitliche Begrenzung auf maximal zwei Jahre.

Da die BGH-Rechtsprechung ein gerichtlich durchsetzbares Verbot der Mitarbeiterabwerbung nur in besonderen Ausnahmefällen zulässt, und diese Fälle nicht allgemein und nur mit großem Aufwand ausreichend konkret vertraglich umschrieben werden können, verzichtet dieser Leitfaden auf einen entsprechenden Klauselvorschlag.

17.5 Anmerkungen

Auch wenn ein allgemeines vertragliches Abwerbeverbot von Mitarbeitern gerichtlich nicht durchsetzbar ist, gibt das Recht den Unternehmen Möglichkeiten an die Hand, um die Nutzung exklusiven Knowhows durch andere Unternehmen zu unterbinden und auf diese Weise das eigene Knowhow zu schützen. So wird aus Arbeitsverträgen eine Loyalitäts- und Verschwiegenheitsverpflichtung des Arbeitnehmers als Nebenpflicht abgeleitet, ohne dass diese im Arbeitsvertrag explizit vereinbart werden müsste (vgl. BAG, Urteil vom 16.3.1982, Az.: 3 AZR 83/79). Die Vorschrift des § 4 Abs. 3 GeschGehG verhindert, dass ein Arbeitgeber unberechtigt Knowhow nutzen kann, das seine Arbeitnehmer bei vorherigen Arbeitgebern erworben haben.

Darüber hinaus enthält § 60 Abs. 1 HGB ein gesetzliches Wettbewerbsverbot und verhindert dadurch, dass ein Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Knowhow zum Nachteil des Unternehmens einsetzt, bei dem er das Knowhow erworben hat.

Weitergehende Wettbewerbsverbote lassen sich ggf. im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer direkt vereinbaren. Arbeitsvertragliche Absprachen sind jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Leitfadens.

18 Vergütung, Zahlungsabwicklung und Zurückbehaltungsrechte

18.1 Vorüberlegungen

Die Entrichtung des Entgelts (Vergütung) gehört zu den vertraglichen Hauptpflichten. In der Praxis sind vielfältige Vergütungs-, Preis- und Lizenzmodelle im Einsatz (z. B. Festpreisvereinbarungen, Vergütung nach Aufwand, Lizenzierung nach Nutzerzahlen). Auch werden Möglichkeiten zur nachträglichen Preisgestaltung (Boni, Rabatte, Berücksichtigung von nachträglichen Preissteigerungen) sowie zur Zahlungsbeschleunigung (z. B. Skonti) genutzt und vereinbart. Bei der Preis- bzw. Vergütungsgestaltung zwischen Unternehmen sind die Vertragsparteien weitgehend frei. Die bestehenden rechtlichen Grenzen (z. B. Wucherverbot) werden in der Praxis kaum relevant. Da sich die Höhe der Vergütung und das Vergütungsmodell nach der jeweils geschuldeten vertraglichen Leistung des Anbieters und vor allem nach betriebswirtschaftlichen Überlegungen richtet, können allgemeingültige Vertragsregelungen hierzu nicht vorgeschlagen werden.

Neben der Vergütung kann die Erstattung von Nebenkosten und besonderem Aufwand (z. B. Reisekosten, Zuschläge für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, Bereitstellung von Material oder Werkzeugen) verlangt werden, wenn die Erstattung dieser Kosten nicht bereits durch die Gesamtvergütung abgedeckt ist. Zur Erstattung von Nebenkosten ist eine besondere Vereinbarung im Vertrag zu empfehlen. Für die Ausgewogenheit einer solchen Vereinbarung sollte das Prinzip gelten, dass jede Vertragspartei nur die Kosten zu erstatten hat, die von ihr veranlasst wurden.

Einer juristischen Betrachtung und entsprechender vertraglicher Gestaltung besser zugänglich als Vergütung und Kostenerstattung ist die Zahlungsabwicklung. In Projektverträgen kann nicht nur die Höhe der Vergütung als solches, sondern es können auch die Zahlungsmodalitäten (z. B. Ratenzahlung, Teilzahlung nach Erreichung bestimmter Zwischenergebnisse, Anzahlungen) wichtig werden. Auch sind Ansprüche zu berücksichtigen, die möglichen Zahlungsansprüchen entgegengehalten werden können (z. B. Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, Aufrechnungsansprüche von Schadensersatz- oder Minderungsforderungen).

Ein Zahlungsanspruch wird nach der gesetzlichen Konzeption fällig sofort nach Erbringung bzw. im Werkvertragsrecht nach Abnahme der Leistung. Die gesetzlichen Regelungen zur Fälligkeit und Zahlung passen für IT-Projekte häufig nur eingeschränkt. Dies gilt insbesondere dann, wenn Projekte eine lange Laufzeit und umfangreiche und aufwändige Leistungen des Anbieters zum Gegenstand haben. In diesem Fall ist eine einmalige Zahlung zum Projektende (ggf. nach einer Gesamtabnahme) häufig nicht angemessen. Daher werden in derartigen Projekten in der Regel während der Projektdurchführung zu leistende Zahlungen vereinbart, z. B. im Rahmen von »Milestone-Payments«, »Abschlagszahlungen«, »Zahlungsplänen« o. ä. Häufig ist unklar, ob es sich um Vorauszahlungen handelt, die im Fall eines Scheiterns eines Projekts zurückzuzahlen sind oder ob der Anbieter diese Zahlungen behalten darf, etwa nach Teilabnahmen einzelner Leistungen. Die Begriffe werden zum Teil wenig trennscharf und uneinheitlich verwendet. Daher empfiehlt es sich, diese Punkte ausdrücklich zu regeln.

Beide Parteien möchten vermeiden, in Vorleistung treten zu müssen, ohne ihren eigenen Anspruch in der Folge durchsetzen zu können. Um diesem Risiko zu begegnen, besteht die Möglichkeit, Sicherheitsleistungen zu vereinbaren. Denkbar sind z. B. Bürgschaft, Hinterlegung oder andere Treuhandmodelle, Patronatserklärung. Die Vereinbarung von Sicherheitsleistungen sollte jedoch nicht mit Regelungen zu Vergütung und Zahlungsabwicklung vermischt werden.

Schließlich möchte im Streitfall keine der Parteien warten müssen bis ihre jeweiligen Ansprüche gerichtlich bestätigt sind.

18.2 Sicht des Anbieters

Insbesondere bei größeren oder sachlich in mehrere Phasen aufteilbaren Projekten ist es nicht im Interesse des Anbieters, seine Vergütung erst nach Erbringung der gesamten Leistung zu erhalten. Denn er hat regelmäßig schon während der Leistungserbringung hohe Aufwendungen, die seine finanziellen Möglichkeiten bis zur Fälligkeit der Vergütung übersteigen können. Neben diesen Aspekt der Liquiditätssicherung treten beim Anbieter regelmäßig Überlegungen, wie er das Risiko von Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit des Kunden beseitigen oder möglichst reduzieren kann.

Diesem Anbieterinteresse kann durch Vereinbarung eines Zahlungsplans Rechnung getragen werden, der einzelne Zahlungen an bestimmte Ereignisse oder Termine knüpft.

Schließlich wird der Anbieter verhindern wollen, dass er trotz einer Zahlungsverweigerung des Kunden seine Leistung fortsetzen muss. Insoweit könnte er sich auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) berufen. Der Anbieter riskiert jedoch, dass eine unberechtigte Leistungsverweigerung Schadenersatzansprüche des Kunden auslösen kann.

18.3 Sicht des Kunden

Der Kunde hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine ordnungsgemäß erbrachte bzw. mangelfreie Leistung. Wenn dieser Anspruch nicht erfüllt wird, hat er verschiedene eigene rechtliche Ansprüche, z. B. Zurückbehaltungsrecht, Aussetzung einer Ratenzahlung, ggf. Rücktritt vom Vertrag bzw. weitere Gewährleistungsrechte. Der Kunde möchte aber verhindern, dass die Ausübung seines Zurückbehaltungsrechts den Anbieter zu einer Leistungsverweigerung berechtigt und dadurch der Projektfortgang verzögert wird. Das wirtschaftliche Risiko einer Projektverzögerung überwiegt aus seiner Sicht die Interessen des Anbieters mit der Konsequenz, dass der Anbieter bei ungeklärter Rechtslage stets zur Erbringung der Leistung verpflichtet bleiben soll.

Auch möchte er sich ein Druckmittel zurückbehalten, um seinen Ansprüchen auf die Leistung, seinen Gewährleistungsansprüchen oder seinem Anspruch auf Erhalt einer ordnungsmäßigen Rechnung Nachdruck verleihen zu können.

Diesem Interesse kann z. B. dadurch Rechnung getragen werden, dass eine letzte Rate des Vergütungsanspruchs erst nach Abnahme oder (in Ausnahmefällen) sogar erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist fällig wird.

18.4 Klauselvorschlag

1. Zahlungsplan und Fälligkeiten

- Zahlungen werden zu folgenden Terminen fällig:

Datum	Betrag bzw. Prozentsatz der vereinbarten Vergütung

- Zahlungen werden zu folgenden Meilensteinen fällig:

Meilenstein	Betrag bzw. Prozentsatz der vereinbarten Vergütung

Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit ist das erfolgreiche Erreichen des jeweiligen Meilensteins. Für Werkleistungen gilt: Soweit ein Meilenstein als Teilabnahmetermin vereinbart ist, ist die damit fällige Zahlung als Teilvergütung anzusehen. In anderen Fällen liegt dagegen eine Abschlagzahlung vor.

- Die Vergütung wird mit _____ (Bezeichnung des Ereignisses) fällig.
- Die Vergütung ist monatlich im Nachhinein fällig. Der Anbieter wird den monatlich zu erteilenden Rechnungen entsprechende / zugehörige Leistungsnachweise beifügen.

2. Zahlungsmodalitäten

Über die vom Kunden zu leistenden Zahlungen wird der Anbieter Rechnungen erteilen. Sämtliche vertraglichen Zahlungen sind zuzüglich der zum Leistungszeitpunkt gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer an die in der Rechnung genannte Bankverbindung des Anbieters zu leisten. Die Zahlung hat für den Anbieter kostenfrei zu erfolgen.

3. Zahlungsfrist

Die fällige Vergütung ist innerhalb von 30 Kalendertagen nach Erhalt einer ordnungsgemäßen und prüffähigen Rechnung zu zahlen.

4. Zurückbehaltungsrechte

Voraussetzung für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts ist die qualifizierte Darlegung, inwieweit die andere Vertragspartei nicht vertragsgemäß geleistet hat.

Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts setzt voraus, dass der Gegenanspruch aus demselben Vertragsverhältnis stammt.

5. Abtretung und Aufrechnung

Jede Vertragspartei darf nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten oder entscheidungsreifen Forderungen aufrechnen.

Der Anbieter ist zur Abtretung von Ansprüchen gegen den Kunden an Dritte nur nach schriftlicher Zustimmung des Kunden berechtigt. § 354a HGB bleibt unberührt.

18.5 Anmerkungen

Zu 1. Zahlungsplan

Abweichend vom gesetzlichen Leitbild kann in Verträgen vereinbart werden, dass Zahlungen nicht in einer Gesamtsumme, sondern in mehreren Teilbeträgen zu leisten sind. Die Fälligkeit der Teilbeträge kann an vorab vereinbarte Termine, an den Ablauf bestimmter Zeiträume oder an vorab definierte Ereignisse anknüpfen. Die vertragliche Gegenüberstellung von Fälligkeitszeitpunkten und Vergütungsteilbeträgen erfolgt in einem Zahlungsplan. Ein Zahlungsplan (vgl. oben Ankreuzoptionen 1 und 2) kann folgende Elemente enthalten:

- **Anzahlung/Vorauszahlung:** Zahlung vor Eintritt der gesetzlich vorgesehenen Fälligkeit (z. B. vor Leistungsbeginn), die auf die Gesamtvergütung angerechnet wird.
- **Abschlagszahlung:** Zahlung entsprechend Leistungsfortschritt. Die Vereinbarung von Abschlagszahlungen ist insbesondere im Rahmen von Werkverträgen sinnvoll und ausgewogen, um das Vergütungsausfallrisiko, das der Werkunternehmer aufgrund seiner Vorleistungspflicht trägt, zu begrenzen. Falls »Meilensteine« zur Messung des Leistungsfortschritts vereinbart werden, sollte im Vertrag klargestellt werden, ob das Erreichen eines solchen Meilensteins eine Teilabnahme darstellt und welche Folgen das Nichterreichen eines Meilensteins hat. Erfolgt eine Zahlung für die Erreichung eines Meilensteins, der als Teilabnahme definiert ist, kommt der Zahlung ein Vergütungscharakter zu.

Eine Zahlung ist dagegen als Abschlagszahlung anzusehen, wenn der zugehörige Meilenstein nicht mit einer Teilabnahme verbunden ist. Es ist sinnvoll, sich bei der Vereinbarung der Meilensteine am Projektplan zu orientieren. Als Meilensteine kommen z. B. in Betracht: Vertragsabschluss, Abschluss separater Planungsleistungen, Abschluss einzelner Arbeitspakete, Endabnahme.

- Ratenzahlung: Bei der Ratenzahlung wird eine (bestehende) Schuld durch ratenweise Teilzahlungen innerhalb eines vertraglich festgelegten Zeitraums abgetragen. Eine Rate setzt sich in der Regel aus einem Tilgungsbetrag und Zinsen zusammen. Die Vereinbarung von Ratenzahlungen ist in IT-Projekten eher unüblich. Daher wird von einem Formulierungsvorschlag hierfür an dieser Stelle abgesehen.
- Teilzahlung: Das BGB sieht in einer Teilzahlung nach § 266 BGB die Stückelung einer schon voll entstandenen Zahlungsverpflichtung. Zu einer Teilzahlung ist der Kunde nur berechtigt bzw. verpflichtet, wenn die Parteien eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. In der Praxis meint der Begriff der Teilzahlung häufig die vollständige Zahlung eines Teiles der Gesamtvergütung für eine in sich abgeschlossene Teilleistung des Anbieters.

Zu 2. Zahlungsmodalitäten

- Anfallende Steuern: Die Umsatzsteuerschuld entsteht nach dem Grundsatz des § 13 Abs. 1 Nr. 1a UStG mit Ablauf des Voranmeldungszeitraums, in dem die zu bezahlende Lieferung oder Leistung ausgeführt wird. Der Voranmeldungszeitraum kann 1 oder 3 Monate betragen (§ 18 Abs. 2 UStG). In besonders geregelten Konstellationen (z. B. bei Anzahlungen) knüpft die Entstehung der USt an die Erbringung einer Zahlung an.

Gesetzesänderungen (z. B. zur Höhe des anzuwendenden Umsatzsteuersatzes) sind nach § 27 Abs. 1 UStG auf die Lieferungen und Leistungen anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten der Gesetzesänderungen erbracht werden. Auf den Zeitpunkt der vertraglichen Vereinbarung kommt es insoweit ebenso wenig an wie auf den Zeitpunkt der Entgeltvereinnahmung oder der Rechnungserteilung.

- Auf die Ermittlung der Umsatzsteuerbarkeit, eventueller Umsatzsteuerbefreiungen, des richtigen Umsatzsteuersatzes und der Schuldnerschaft für die Umsatzsteuer sollte einige Sorgfalt gelegt werden. In einem Urteil vom 28. 9. 2006 (Az. 12 U 46/06) hat das Brandenburgische OLG einen Schadensersatzanspruch des Rechnungsempfängers für fehlerhaften Ausweis der Umsatzsteuer anerkannt. Der richtige Umsatzsteuerausweis kann oftmals mit Rechtsunsicherheit behaftet sein. Daher kann es sich anbieten, die umsatzsteuerliche Behandlung einer Leistung, von der beide Parteien gemeinsam ausgehen, im Vertrag niederzulegen bzw. zu regeln, was bei Irrtum über die richtige umsatzsteuerliche Bewertung gelten soll.
- In grenzüberschreitenden Leistungsbeziehungen können neben der Umsatzsteuer weitere Steuern anfallen (z. B. Quellensteuern), die auch im Vertrag berücksichtigt werden sollten. Ebenfalls sollte in solchen Vertragsbeziehungen die Währung vereinbart werden, in der die

Vergütung zu leisten ist. Bei Vergütungen in Fremdwährungen sollten eventuelle Wechselkursrisiken außerhalb der Vertragsbeziehung abgesichert werden.

Zu 3. Zahlungsfristen

Zahlt der Kunde trotz Fälligkeit nicht innerhalb von 30 Kalendertagen nach Rechnungserhalt, gerät er in Zahlungsverzug. Bei Zahlungsverzug können Zinsen i.H.v. 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz berechnet werden (§§ 286, 288 BGB).

Zu 4. Zurückbehaltungsrechte

Ein Zurückbehaltungsrecht für vertragliche Leistungen ist in § 320 BGB bereits weitgehend ausgewogen geregelt. Es ist von Rechten aufgrund von Verzug der anderen Vertragspartei abzugrenzen. Der Rückgriff auf ein Zurückbehaltungsrecht kommt vor allem in Betracht, wenn unklar ist, ob die Gegenleistung korrekt erbracht wurde, oder wenn diesbezüglich eine unklare Rechtslage oder Nachweisschwierigkeiten bestehen. Grundsätzlich kann ein Zurückbehaltungsrecht beiden Vertragsparteien zustehen. Eine vorleistungspflichtige Partei kann jedoch nicht mit Hinweis auf ein Zurückbehaltungsrecht seine Vorleistungspflicht umgehen.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.

**Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.**

Albrechtstraße 10
10117 Berlin
T 030 27576-0
F 030 27576-400
bitkom@bitkom.org
www.bitkom.org

bitkom